
„Open Approaches“

RETO M. HILTY*

Inhaltsverzeichnis

I.	Fragestellung.....	83
II.	Schutzrechte und Wettbewerbsrecht.....	86
III.	Rechtsinhaberschaft und Wettbewerb.....	90
IV.	Kollektive Rechtsinhaberschaft und Wettbewerb.....	93
	1. Abgrenzungen.....	93
	2. Charakteristika des „open approach“ im Urheberrecht.....	96
	3. Charakteristika des „open approach“ im Patentrecht.....	98
	4. „Open Approaches“ und Wettbewerb.....	102
V.	Folgerungen.....	105

I. Fragestellung

Kommunikation – aus dem lateinischen Wort *communicare* stammend – fokussiert im ursprünglichen Wortsinn auf ein Teilen bzw. Mitteilen, eine Teilhabe, d.h. auf etwas Gemeinsames, Vereintes. Die damit ermöglichte soziale Interaktion erlaubt Lösungen zugunsten einer Gemeinschaft (*communio*), welche der Einzelne – ohne Einbezug fremder Information, d.h. ohne Wissen, Erkenntnissen und Erfahrungen Dritter – nicht zu finden in der Lage wäre. Möglichst unbehinderte Kommunikation bildet damit eine grundlegende Voraussetzung dafür, kollektiv vorhandene Informationen so zu verknüpfen, dass gegenüber der Nutzung bloss individuell vorhandener Informationsfragmente durch den Einzelnen ein Mehrwert entstehen kann.¹

Diesem einleuchtenden und im Grunde simplen Gedanken steht freilich eine weitgehend proprietäre Welt gegenüber, in der Informationseinheiten in verschiedenen Formen so rechtlich abgesichert werden, dass sie einer freien

* Herrn FELIX TRUMPKE danke ich für seine wertvolle Hilfe bei der Materialauswertung.
¹ Vgl. etwa ROGER LÜTHI/MARGIT OSTERLOH, Wikipedia: Ein neues Produktionsmodell und seine rechtlichen Hürden, CREMA Working Paper Series 2010, 5, 6, abrufbar unter https://www.uzh.ch/iou/orga/ssl-dir/wiki/uploads/Main/wikipedia_und_recht.pdf. Zum Begriff der „kollektiven Intelligenz“, der gerade in jüngster Zeit zunehmend an Bedeutung gewinnt, siehe grundlegend PIERRE LÉVY, Die kollektive Intelligenz, Mannheim 1997; THOMAS W. MALONE, What is collective intelligence – and what will we do about it?, in: Mark Tovey (Hrsg.), Collective Intelligence: Creating a Prosperous World at Peace, Oakton 2008, 1 ff.; siehe auch JAMES SUROWIECKI, The Wisdom of Crowds: Why the Many Are Smarter than the Few and How Collective Wisdom Shapes Business, Economies, Societies and Nations, NY 2005.

Nutzung durch Dritte dem Grundsatz nach entzogen werden.² Diese auf bestimmte Formen von „Eigentum“³ – letztlich also eine individuelle „Inhaberschaft“⁴ – hinauslaufenden Schutzmechanismen sind allerdings nichts Naturgegebenes. Eingerichtet wurden solche Rechtsanordnungen vielmehr aus dem Glauben heraus, positiv auf die Mechanismen des Wettbewerbs einzuwirken, indem die Aussicht auf eine durch Recht privilegierte Marktposition Anreize vermitteln soll, um Neues hervorzubringen.

Auf den ersten Blick stehen solche Schutzmechanismen indessen im Konflikt mit den Zielen offener Kommunikation. Aus der Nähe betrachtet drängt sich freilich ein differenzierteres Bild auf. Denn mit der Zuweisung von individuellen Rechtspositionen an sich ist über die Reichweite des Schutzes noch nichts besagt. Vielmehr ist es eben gerade die Aufgabe des objektiven Rechts, diese Reichweite zu definieren bzw. zu begrenzen. Möglich ist eine Beschränkung insbesondere in zeitlicher Hinsicht, aber auch mit Bezug auf die aus der Rechtszuweisung fließenden Abwehrmöglichkeiten. Rechnung getragen werden kann damit namentlich öffentlichen Interessen, denn „Eigentum“ als Institution einer Gemeinschaft kann nicht allein individuellen Zwecken des jeweiligen Inhabers dienen; ebenso massgeblich ist die soziale Bedeutung einer Zuweisung von Rechten zu Individuen.⁵

² OLGA DROSSOU/STEFAN KREMP/ANDREAS POLTERMANN, Der Kampf um die Innovationsfreiheit: Der Bit Bang des Wissens und seine Sprengkraft, in: Olga Drossou/Stefan Kremp/Andreas Poltermann (Hrsg.), Die wunderbare Wissensmehrung, Hannover 2006, 4 ff.; die „Verdinglichung“ von Informationen betonend und vor den Herausforderungen durch neue Technologien warnend ROLF H. WEBER, Visionen über die Kommunikationsgesellschaft: Die rechtliche Dimension, sic! 1997, 430 ff.; DERS., Traditionelles Urheberrecht: Sprengstoff für die Informationsgesellschaft, in: Reto M. Hilty/Mathis Berger (Hrsg.), Urheberrecht am Scheideweg?, Bern 2002, 69 f., 81 ff.

³ Besser geeignet erscheint hierfür der englische Terminus „property“, weil er weniger die deutschrechtliche Vorbelastung des Eigentumsbegriffs im Sinne von Sacheigentum impliziert. Dies spiegelt sich auch in der – im deutschen Sprachgebrauch an sich allein richtigen – Terminologie des „Immaterialgüterrechts“, welches Rechtsgebiet eigenen Grundsätzen verpflichtet ist. Dieser von JOSEF KOHLER geprägte Begriff, mit dem sich die früheren, zu weit reichenden Theorien des „Geistigen Eigentums“ überwinden liessen, gerät heute allerdings zunehmend unter Druck, weil die international gebräuchliche – und als solche durchaus richtige, da nicht gleichbedeutende – Wendung „intellectual property“ inzwischen unbesehen „zurückübersetzt“ wird. Vgl. dazu etwa CYRILL RIGAMONTI, Geistiges Eigentum als Begriff und Theorie des Urheberrechts, Baden-Baden 2001, 144 ff.; MANFRED REHBINDER, Urheberrecht, 16. Aufl., München 2010, N 97.

⁴ Im Folgenden wird – ungeachtet der späteren Unterscheidungen verschiedener Formen – dieser offene und quasi „unbelastete“ Begriff der „Inhaberschaft“ verwendet, dem bewusst keine bestimmte inhaltliche Bedeutung mit Blick auf den betroffenen Schutzgegenstand zugemessen werden soll. Erfasst sein soll damit im Gegenteil jede Form bzw. jeder Grad an Rechtsgüterzuweisung mit Bezug auf immaterielle Güter (bzw. im vorliegenden Kontext konkret an Information).

⁵ So schon THOMAS JEFFERSON: „[...] the exclusive right as given not of natural right, but for the benefit of society [...]“, *Brief von Thomas Jefferson an Isaac McPherson vom 13. August 1883*, in: Andrew A. Lipscomb/Albert Ellery Bergh (Hrsg.), *The Writings of Thomas Jefferson*, Vol. XIII, Washington 1905, 326–338.

Solche Einsichten sind natürlich nicht neu, im Gegenteil; im Kontext der Rechtsgüterzuweisung wurde durchaus schon umfassende Forschung betrieben.⁶ Weiterhin verschafft die Erkenntnis, dass individuell zugewiesene Rechte zu begrenzen sind, noch keine klaren Vorgaben für die konkrete Ausgestaltung solcher Normenkomplexe. Hierfür sind vielmehr zahllose weitere – insbesondere auch ausserrechtliche – Faktoren zu beachten, eine Diskussion, die in das Begriffspaar von „property regimes“ und „liability regimes“ mündet.⁷ Im Wesentlichen geht es dabei um das Spannungsverhältnis zwischen umfassenden individuellen Abwehrrechten, welche aus der Inhaberschaft von subjektiven Rechten fließen, und der Erlaubnis Dritter, den Schutzgegenstand gegen eine Vergütung nutzen zu können.

Diese heute breit geführten Debatten sollen hier nicht im Einzelnen nachgezeichnet werden. Stattdessen geht es darum, gewisse Aspekte aufzugreifen, die zuweilen eher in diffuser Form in die Diskussionen einfließen. Dabei soll insbesondere ein Querblick gewagt werden, nachdem sich viele Darstellungen in einer eher sektoriellen Betrachtung erschöpfen, indem oft nur die Verhältnisse eines einzelnen Schutzrechtssystems beleuchtet werden.⁸ Im Kern soll es dabei um die Fragestellung gehen, welche Auswirkungen bestimmte Formen von Inhaberschaften an Information auf jene Wettbewerbsmechanismen haben, welche ihrerseits Grundlage dafür sind, dass gestützt auf eine möglichst ungehinderte Kommunikation der vorhandenen Information opti-

⁶ Siehe dazu umfassend ALEXANDER PEUKERT, *Güterzuordnung als Rechtsprinzip*, Tübingen 2008, 100 ff.; siehe auch HAROLD DEMSETZ, *Toward a Theory of Property Rights*, *The American Economic Review* 1967 [Vol. 57], 347 ff.; MARK LEMLEY, *Property, Intellectual Property and Free Riding*, *Texas Law Review* 2004 [Vol. 83], 1031 ff.; HANS-BERND SCHÄFER/CLAUS OTT, *Lehrbuch der ökonomischen Analyse des Zivilrechts*, 4. Aufl., Berlin 2005, 549 ff., 617 ff.; ALFRED SCHÜLLER (Hrsg.), *Property Rights und ökonomische Theorie*, München 1983; CHRISTINE GODT, *Eigentum an Information*, Tübingen 2007, 448 ff.; ABRAHAM BELL/GIDEON PARCHOMOVSKY, *A Theory of Property*, *Cornell Law Review* 2005 [Vol. 90], 531 ff.

⁷ Dazu namentlich ANNETTE KUR/JENS SCHOVSBO, *Expropriation or Fair Game for All? The Gradual Dismantling of the IP Exclusivity Paradigm*, Max Planck Institute for Intellectual Property, Competition & Tax Law Research Paper No. 09-14, 2009, abrufbar unter http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1508330; STEWART STERK, *Property Rules, Liability Rules, and Uncertainty About Property*, *Michigan Law Review* 2008 [Vol. 106], 1285 ff.; BEN DEPOORTER, *Property Rules, Liability Rules and Patent Market Failure*, *Erasmus Law Review* 2008 [Vol. 1], 59 ff.; DAN BURK, *Critical Analysis: Property Rules, Liability Rules and Molecular Futures: Bargaining in the Shadow of the Cathedral*, in: Geertrui van Overwalle (Hrsg.), *Gene Patents and Collaborative Licensing Models*, Cambridge 2009, 294 ff.

⁸ Tatsächlich wächst das Interesse der Doktrin an horizontalen Gesichtspunkten, um allgemeine Prinzipien innerhalb der verschiedenen Schutzrechtsmechanismen herauszudestillieren; s. etwa ALEXANDER PEUKERT, *Individual, Multiple and Collective Ownership of Intellectual Property Rights – Which Impact on Exclusivity?*, in: Annette Kur/Vytautas Mizaras (Hrsg.), *Can One Size Fit All?*, ATRIP Conference 2009, Cheltenham 2010, abrufbar unter http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1563990, 2; s. auch schon RETO M. HILTY, *Individual, multiple and collective ownership – What impact on competition?*, 2011, abrufbar unter SSRN (in Kürze erscheinend).

male Rahmenbedingungen geschaffen werden können, um im Sinne eines kollektiven Prozesses neues Wissen hervorzubringen.

II. Schutzrechte und Wettbewerbsrecht

Die Interaktion von Schutzrechten und Wettbewerbsrecht (namentlich Kartellrecht⁹) ist von anhaltend grossem akademischen Interesse.¹⁰ Allerdings ist heute weitgehend anerkannt, dass ein echter Zielkonflikt der beiden Rechtsgebiete nicht – oder jedenfalls nicht per se – besteht, sondern dass die Zielsetzungen letztlich vergleichbar bzw. in gewisser Hinsicht sogar gleichgerichtet sind.¹¹ In aller Kürze (und unvollständig) gesagt, sind gestützt auf beide Erlassebenen gewisse rechtliche Interventionen möglich, die je vom Glauben getragen sind, dass eine Marktsituation *mit* solchen Interventionen im Vergleich zu einer Situation *ohne* Interventionen „bessere Resultate“ hervorbringt. Die zugrundeliegende Annahme ist dabei, dass die natürlicherweise bestehenden dynamischen Marktkräfte als solche nicht – oder nicht in ausreichender Weise – jene Effekte bewirken, welche gestützt auf bestimmte Formen solcher Interventionen beabsichtigt werden. Namentlich wird davon ausgegangen, dass gewisse Marktteilnehmer in gewissen Konstellationen zum Nachteil anderer Marktteilnehmer – und potentiell damit auch zulasten der Allgemeinheit – individuelle Vorteile erzielen könnten, die zu Ungleichgewichten und letzten Endes zu Unvollkommenheiten im Markt führen würden.

Bezogen auf das Umfeld von Innovationen und Kreationen im Besonderen laufen solchen Unvollkommenheiten darauf hinaus, dass – mangels einer

⁹ Zur Schnittstelle zwischen den Schutzrechtssystemen und den – heterogenen – Ansätzen zur Regulierung von unlauterem Wettbewerb, siehe RETO M. HILTY, *The Law Against Unfair Competition and Its Interfaces*, in: Reto M. Hilty/Frauke Henning-Bodewig (Hrsg.), *The Law against Unfair Competition*, Berlin 2007, 1 ff.

¹⁰ S. unter anderem JOSEF DREXL, *Research Handbook on Intellectual Property and Competition Law*, Cheltenham 2010; GUSTAVO GHIDINI, *Innovation, Competition and Consumer Welfare in Intellectual Property Law*, Cheltenham 2010; STEVEN ANDERMAN, *Competition Law and Intellectual Property Rights*, Oxford 2005; PETER STRAUB, *Das Rechtsprinzip des wirksamen Wettbewerbs und seine normative Wirkung im Spannungsverhältnis von Kartellrecht und Immaterialgüterschutz in der Schweiz und der Europäischen Union*, München 2010, 303 ff.; DONATELLA FIALA, *Das Verhältnis zwischen Immaterialgüter- und Kartellrecht*, Bern 2006.

¹¹ Dazu schon LOUIS KAPLOW, *The Patent-Antitrust Intersection: A Reappraisal*, *Harvard Law Review* 1984 [Vol. 97], 1813 ff.; siehe auch ANDREAS HEINEMANN, *Immaterialgüterschutz in der Wettbewerbsordnung*, Tübingen 2002, 24 ff.; DERS., *Schutzrechte und Wettbewerbsrecht: Perspektiven für die schweizerische Rechtsentwicklung, sic! 2008* (Sondernummer), 33–46; SHEILA ANTHONY, *Antitrust and Intellectual Property Law. From Adversaries to Partners*, *AIPLA Quarterly Journal* 2000 [Vol. 28], 1 ff., abrufbar unter <http://www.ftc.gov/speeches/other/aipia.shtm>; HANNES ULLRICH, *Intellectual Property, Access to Information, and Antitrust: Harmony, Disharmony, and International Harmonization*, in: Rochelle Dreyfuss/Diane Zimmerman/Harry First (Hrsg.), *Expanding the Boundaries of Intellectual Property*, Oxford 2001, 367 ff.

rechtlichen Intervention – eine Unterversorgung mit den betreffenden Gütern erwartet wird. Dies würde zu dem führen, was oft mit „Marktversagen“ umschrieben wird, und zwar in dem Sinne, dass Güter und Dienstleistungen im relevanten Markt nicht effizient alloziert werden.¹² Um ein solches Marktversagen zu vermeiden, wird mittels spezifischer Rechtsanordnungen die – in einem unregulierten Wettbewerb grundsätzlich bestehende – Handlungsfreiheit gewisser Marktteilnehmer eingeschränkt.¹³

Im Wesentlichen – und wiederum simplifizierend sowie unvollständig – lassen sich drei grosse Gruppen definieren, in welchen solche Rechtsanordnungen zum Zwecke einer Beschränkung der Handlungsfreiheit gewisser Marktteilnehmer zu finden sind:

- Zunächst können Rechtsanordnungen auf eine dysfunktionale Aneignung von (fremden) Innovationen oder Kreationen oder dergleichen gerichtet sein, dies namentlich in der Form von Patent-, Design- oder Urheberrechten etc.¹⁴ Bis zu einem gewissen Grade vergleichbar sind Anordnungen, die eine Aneignung fremder Investitionen verhindern sollen, wie dies etwa im Rahmen der urheberrechtlichen Leistungsschutzrechte¹⁵ oder – im EU-

¹² Eine ideale Situation hingegen ist ein freier (wettbewerbsfähiger) Markt, in welchem eine optimale Allokation von Gütern und Dienstleistungen erfolgt. Dieser Zustand wird erreicht und vermag zu einem Maximum an Wohlfahrt führen, wenn keine Partei mehr in der Lage ist, die eigene Position zu optimieren, ohne jene einer anderen zu verschlechtern (das sog. *Pareto-Optimum*, benannt nach VILFREDO PARETO, einem italienischen Politikwissenschaftler und Ökonomen); s. für weitere Einzelheiten BOUDEWIJN BOUCKAERT/GERRIT DE GEEST (Hrsg.), *Encyclopedia of Law & Economics*, Band II, Cheltenham 2001, 189–215; JANE GORDON, Marktversagen bei Immaterialgütern, in: Claus Ott/Hans-Bernd Schäfer (Hrsg.), *Ökonomische Analyse der rechtlichen Organisation von Innovationen*, Tübingen 1994, 328 ff.; siehe auch FRANCIS BATOR, *The Anatomy of Market Failure*, *Quarterly Journals of Economics* 1958 [Vol. 72], 351 ff.; STANLEY BESEN/LEO RASKIND, *An Introduction to the Law and Economics of Intellectual Property*, *The Journal of Economic Perspectives* 1991 [Vol. 5], 3 ff.; WILLIAM LANDES/RICHARD POSNER, *An Economic Analysis of Copyright Law*, *The Journal of Legal Studies* 1989 [Vol. 18], 325 ff.; WENDY GORDON, *Asymmetric Market Failure*, *University of Dayton Law Review* 1992 [Vol. 17], 853–869.

¹³ Treffend umschrieben als „Wettbewerbsbeschränkung zur Förderung des Wettbewerbs“ durch MICHAEL LEHMANN, *Eigentum, geistiges Eigentum, gewerbliche Schutzrechte*, GRUR Int. 1983, 356, 360.

¹⁴ Siehe etwa KENNETH ARROW, *Economic Welfare and the Allocation of Resources for Innovations*, in: Richard Nelson (Hrsg.), *The Rate and Direction of Inventive Activity*, Princeton 1962, 609 ff.; HAROLD DEMSETZ, *Toward a Theory of Property Rights*, *American Economic Review* 1967 [Vol. 57], 347 – 359; ARMEN ALCHIAN/HAROLD DEMSETZ, *The Property Right Paradigm*, *Journal of Economic History* 1973 [Vol. 33], 16 – 27; EIRIK FURUBOTN/SVETOZAR PEJOVICH, *Property Rights and Economic Theory: A Survey of Recent Literature*, *Journal of Economic Literature* 1972 [Vol. 10], 1137 – 1162; KENNETH DAM, *The Economic Underpinnings of Patent Law*, *Journal of Legal Studies* 1994 [Vol. 23], 247 ff.; ROBERT COOTER/THOMAS ULEN, *Law & Economics*, 5. Aufl., Boston 2008, 120, 122 ff.

¹⁵ In diesem Sinne etwa Art. 14 des Übereinkommens über handelsbezogene Aspekte der Rechte des Geistigen Eigentums (TRIPS); s. ebenso schon das Internationale Abkommen über den Schutz der ausübenden Künstler, der Hersteller von Tonträgern und der Sendeunternehmen (Rom-Abkommen) sowie im jüngsten Erlass, dem WIPO Vertrag über Darbietungen und Tonträger (WPPT) Art. 5 f. (Rechte der ausübenden Künstler) sowie Art. 11 f. (Rechte der Tonträgerhersteller).

- Recht – durch den „sui generis“-Schutz des Datenbankenrechts¹⁶ bezweckt wird.
- Sodann können Rechtsanordnungen auf ein dysfunktionales Verhalten von Marktteilnehmern gerichtet sein, namentlich dadurch, dass andere Marktteilnehmer (etwa Konsumenten) negativ beeinflusst werden, insbesondere durch eine Verfälschung relevanter Marktinformationen. Welche die weltweit recht verschiedenen Ansätze zur Regulierung solchen Verhaltens auch immer sein mögen, sie müssen letztlich stets in jenem Kontext gesehen werden, der in den meisten zivilrechtlich organisierten Staaten als Recht gegen unlauteren Wettbewerb ausgestaltet ist. So gehören etwa „passing off“-Regeln¹⁷ in Systemen des Common Law (wie z.B. England oder Australien) zumindest funktional betrachtet in diese zweite Gruppe von Rechtsanordnungen. Das Gleiche gilt bei näherer Betrachtung aber auch für das Markenrecht sowie etwa für die Gesetzgebung zu geographischen Herkunftsangaben und dergleichen.
 - Letztlich können Rechtsanordnungen aber auch darauf ausgerichtet sein, den dysfunktionalen Einsatz einer vorhandenen Marktmacht zu unterbinden. In extremen Formen kann solches Verhalten auf einen Missbrauch von Marktmacht hinauslaufen¹⁸ – ungeachtet dessen, wo solche Marktmacht herrührt und ob der fragliche Marktteilnehmer individuell oder in einem Kollektiv handelt, namentlich also durch Kooperation mit andern Marktteilnehmern. Im Zusammenhang mit Schutzrechten geht es dabei v.a. um die Verweigerung einer Lizenzerteilung, aber auch um das Lizenzieren zu wettbewerbsfeindlichen Bedingungen.¹⁹ Die Rechtsinstrumente,

¹⁶ Richtlinie 96/9/EG vom 11. März 1996 über den rechtlichen Schutz von Datenbanken; für weitere Einzelheiten s. YOCHAI BENKLER, Constitutional Bounds of Database Protection: The Role of Judicial Review in the Creation and Definition of Private Rights in Information, Berkeley Technology Law Journal 2000 [Vol. 15], 535 ff.; vgl. auch ROLF H. WEBER, Schutz von Datenbanken – Ein neues Immaterialgüterrecht?, UFITA 1996 [Band 132], 55 ff.; DERS., Datenbankrecht – Regelungsbedarf für die Schweiz?, in: Rolf H. Weber/Reto M. Hilty (Hrsg.), Daten und Datenbanken: Rechtsfragen zu Schutz und Nutzung, Zürich/Baden-Baden 1999, 59 ff.; HEIKO SENDROWSKI, Zum Schutzrecht „sui generis“ an Datenbanken, GRUR 2005, 369 ff.

¹⁷ Die Passing-off-Klage richtet sich gegen die irreführende Verwendung einer Information durch einen Marktteilnehmer, welche zu einer Verwechslungsgefahr führt und dadurch den Ruf eines anderen Marktteilnehmers schädigt. Siehe dazu allgemein CHRISTOPHER WADLOW, The Law of Passing-Off, 3. Aufl., London 2004; HAZEL CARTY, An Analysis of the Economic Torts, Oxford 2001, Chapter 8; vgl. auch KATHARINA VON BASSEWITZ, Prominenz[®] und Celebrity[™], Köln 2008, 90 ff.

¹⁸ Solches Verhalten kann ökonomisch gesprochen zu einem sog. *deadweight loss* führen; s. NANCY GALLINI/SUZANNE SCOTCHMER, Intellectual Property: When Is It the Best Incentive System, Innovation Policy and the Economy 2002 [Vol. 2], 51 ff.; LEMLEY (Fn. 6), 1058 ff.; WILLIAM LANDES/RICHARD POSNER, The Economic Structure of Intellectual Property Law, Cambridge 2003, 16 ff.

¹⁹ Siehe etwa JOSEF DREXL, Abuse of a Dominance in Licensing and Refusal to License – A ‘More Economic Approach’ to Competition by Imitation and to Competition by Substitution, in: Claus-Dieter Ehlermann/Isabela Atanasiu (Hrsg.), Competition Law Annual 2005:

die bei solchem Verhalten zum Einsatz gelangen, basieren üblicherweise auf dem Kartellrecht.

Diese Gruppierung in drei Bereiche ist von einer gewissen Relevanz für die nachstehenden Überlegungen. Gestützt auf sie lassen sich zwei Beobachtungen anstellen:

- Es besteht ein Unterschied zwischen der ersten und der zweiten Gruppe von Rechtsanordnungen auf der einen Seite und der dritten Gruppe auf der andern:
 - Die erste und – weniger deutlich – die zweite Gruppe fokussieren auf Dritte, die daran gehindert werden sollen, in eine fremde Sphäre einzudringen. Verfolgt wird dieses Ziel durch die *Gewährung* von – mehr oder weniger extensiven Formen von – Inhaberschaften.
 - Demgegenüber fokussiert die dritte Gruppe auf solche Inhaber. Konkret geht es darum, dass die Geltendmachung der gewährten Rechte einer *Kontrolle* unterworfen wird; der Inhaber soll nicht in der Lage sein, seine Rechte in einer dysfunktionalen – namentlich wettbewerbsfeindlichen – Art einzusetzen.
- Gleichwohl – und ungeachtet der Frage, in welcher der drei Gruppen eine Rechtsanordnung liegt – sind alle Regulierungen im Prinzip auf kongruente Ziele ausgerichtet: die Handlungsfreiheit von gewissen Marktteilnehmern soll beschränkt werden, um irgendeine Form von dysfunktionaler Störung des Wettbewerbs zu verhindern. Wie ausgeführt, richten sich mithin alle Rechtsanordnungen letztlich darauf aus, einem potentiellen „Marktversagen“ vorzubeugen.

Selbstverständlich werden sich komplexere Fragen stellen, sobald man gewisse Details mitbeachtet. Insbesondere muss man sich bewusst sein, dass Interventionen mittels Rechtsanordnungen ein hochriskantes Unterfangen sind, denn Wettbewerb ist ein dynamischer Prozess, während Regulierungen notwendigerweise von „statischer“ Natur sind.²⁰ Hinzu kommt, dass unsere Informationen über das Funktionieren von Marktkräften unvollständig sind. Aus diesem Grunde implizieren Regulierungen per se eine gewisse Willkür; wie immer ein Normenkomplex ausgestaltet wird, riskiert der Gesetzgeber stets, entweder über das Ziel der Regulierung hinauszuschiessen oder aber ihre Ineffektivität in Kauf zu nehmen.²¹

The Interaction between Competition Law and IP Law, Oxford 2007, 647 ff.; vgl. auch MILAN JOVANOVIĆ, Die kartellrechtlich unzulässige Lizenzverweigerung, Zürich 2007.

²⁰ Siehe PAUL DAVID, The Economic Logic of „Open Science“ and the Balance between Private Property Rights and the Public Domain in Scientific Data and Information: A Primer, in: Julie Esanu/Paul Uhler (Hrsg.), National Research Council, The Role of Scientific and Technical Data and Information in the Public Domain, Washington 2003, 19, 29, der bemerkt, dass Rechtsanordnungen immer eine gewisse „protracted period of waiting, and struggling to have the courts settle upon an interpretation of the law“ in sich tragen.

²¹ RETO M. HILTY, Märkte und Schutzrechte, in: Jens Beckert/Rainer Diaz-Bone/Heiner Ganssmann (Hrsg.), Märkte als soziale Strukturen, Frankfurt/New York 2007, 235, 237.

Diese allgemeine Problematik braucht hier aber gar nicht weiter vertieft zu werden. Es gilt bloss die Komplexität solcher Zusammenhänge im Auge zu behalten, wenn eine Antwort auf die Frage versucht wird, welche Auswirkungen eine Rechtsanordnung – hier: die Verleihung von individuellen Abwehrrechten – in der realen Welt (vorliegend: auf die Mechanismen des Wettbewerbs) hat. Denn jede Antwort wird im Lichte dieser Komplexität zwangsläufig unpräzise und unvollständig ausfallen.

III. Rechtsinhaberschaft und Wettbewerb

In jeder der genannten drei Gruppen von Rechtsanordnungen hat die Inhaberschaft einen mehr oder weniger weitreichenden Einfluss auf die Mechanismen des Wettbewerbs:

- Klar erscheint die Situation zunächst bei der *ersten Gruppe von Rechtsanordnungen*, bei welcher es darum geht, Aneignungen von fremden Innovationen oder Kreationen zu verhindern. Patente, urheberrechtlich geschützte Werke, Designs und dergleichen gehören definitionsgemäss jemandem; in ähnlicher Weise können Tonaufnahmen, Fernsehsendungen, Datenbanken und ähnliches einem Rechtssubjekt zugewiesen werden. Solche Formen von Inhaberschaften haben damit offensichtlich einen Einfluss auf den Wettbewerb; gleichzeitig erscheint es offensichtlich, dass es dabei auf die Form der Rechtsgüterzuweisung ankommt.
- Bezogen auf die *zweite Gruppe von Rechtsanordnungen*, durch welche dysfunktionales Verhalten von Marktteilnehmern unterbunden werden soll, erscheint es demgegenüber weniger offenkundig, inwieweit eine Inhaberschaft einen Einfluss auf die Mechanismen des Wettbewerbs hat.
 - Mehr oder weniger schlüssig beantworten lässt sich diese Frage noch bei Marken. Denn grundsätzlich „gehört“ – ähnlich wie das Patent oder das Design etc. – auch die Marke jemandem,²² auch wenn der Einfluss dieser Inhaberschaft auf den Wettbewerb nicht von gleicher Natur ist. Dieser Unterschied ist denn auch ursächlich dafür, Marken nicht in der ersten Gruppe von Rechtsanordnungen aufzuführen, sondern in der zweiten; denn das Markenrecht seinerseits muss letztlich als eine besondere Form des Wettbewerbsrechts verstanden werden.²³
 - Weniger klar ist die Situation bei Rechtsanordnungen bezüglich des Gebrauchs von geographischen Herkunfts- bzw. Ursprungsbezeichnungen. Soweit solche *registriert* sind, setzen die anwendbaren

²² DANIEL MCCLURE, Trademarks and Competition: The Recent History, Law and Contemporary Problems 1996 [Vol. 59], 13, 39 ff.

²³ HILTY (Fn. 9), 31 ff.; siehe auch COOTER/ULEN (Fn. 14), 134 ff.; MCCLURE (Fn. 22), 13 ff.

Rechtssysteme üblicherweise eine Art von „Organisation“ voraus.²⁴ Gestützt auf dieses Erfordernis lässt sich der Schluss ziehen, dass eine Form von Inhaberschaft dieser „Organisation“ existieren muss – zumindest funktional gesehen.

Wenn geographische Herkunftsangaben bzw. Ursprungsbezeichnungen hingegen *nicht* registriert sind, existiert eine Inhaberschaft – im eigentlichen Sinne des Wortes – nicht; eher zeigt die Rechtsanordnung auf, dass sich zwei Typen von Marktteilnehmern unterscheiden lassen:

- Jene Marktteilnehmer, welchen es *erlaubt* ist, eine bestimmte Angabe bzw. Bezeichnung zu benutzen, weil sie gewisse besondere Voraussetzungen erfüllen;
 - und alle andern Marktteilnehmer, welchen es *nicht* erlaubt ist, die Angabe oder Bezeichnung zu benutzen, weil sie diese Voraussetzungen nicht erfüllen.
- Weiterhin gehören in diese zweite Gruppe von Rechtsanordnungen Regeln zur Sicherstellung der Lauterkeit des Wettbewerbs, welche vom internationalen Recht zumindest dem Grundsatz nach vorgeschrieben sind,²⁵ mögen die Terminologien sowie die Arten der Normierung in den verschiedenen Rechtssystemen auch erheblich variieren. Dieser Rechtsschutz fokussiert allgemein auf Situationen, in denen ein Marktteilnehmer durch die Handlungen eines anderen in seiner Marktposition beeinträchtigt wird.²⁶ Diese Position kann er verteidigen, auch wenn eine Inhaberschaft gestützt auf derartige Rechtsanordnungen nicht vermittelt zu werden scheint – zumindest nicht auf den ersten Blick.²⁷

²⁴ Art. 5 der Verordnung (EG) Nr. 510/2006 des Rates vom 20. März 2006 zum Schutz von geografischen Angaben und Ursprungsbezeichnungen für Agrarerzeugnisse und Lebensmittel spricht von „Vereinigung“, was „ungeachtet der Rechtsform oder Zusammensetzung jede Art des Zusammenschlusses von Erzeugern oder Verarbeitern des gleichen Agrarerzeugnisses oder Lebensmittels“ bedeutet. In der Schweiz bestimmt Art. 5 Abs. 1 der Verordnung vom 28. Mai 1997 über den Schutz von Ursprungsbezeichnungen und geographischen Angaben für landwirtschaftliche Erzeugnisse und verarbeitete landwirtschaftliche Erzeugnisse (GUB/GGA-Verordnung; SR 910.12): „Jede *Gruppierung* von Produzenten, die für ein Erzeugnis repräsentativ ist, kann beim Bundesamt für Landwirtschaft (Bundesamt) ein Gesuch um Eintragung einreichen“.

²⁵ Art. 10^{bis} Pariser Übereinkunft zum Schutz des gewerblichen Eigentums, revidiert in Stockholm am 14. Juli 1967 (PVÜ); Art. 22 Abs. 2 (b) TRIPS. Für weitere Details siehe MARTIN PFLÜGER, Der internationale Schutz gegen unlauteren Wettbewerb, Köln 2010, Kapitel 3 (B) III, Kapitel 4 (A) III, Kapitel 4 (B) II, der Probleme und Möglichkeiten einer globalen Harmonisierung des Rechts gegen unlauteren Wettbewerb aufzeigt.

²⁶ PFLÜGER (Fn. 25), Kapitel 4 (B) III. 1 (c) bb) ff.

²⁷ Zu beachten ist allerdings, dass Art. 10^{bis} PVÜ im Kontext gewerblicher Schutzrechte gesehen werden muss, die Interessen eines „Inhabers“ damit im Blickfeld zu stehen scheinen, zumal die PVÜ die Bekämpfung unlauteren Wettbewerbs als Teil des gewerblichen Rechtsschutzes definiert (Art. 1 Abs. 2 PVÜ); s. dazu auch PFLÜGER (Fn. 25), Kapitel 3 (A) I. 3 (b) aa) ff.

Bei genauerer Betrachtung zeigt sich allerdings, dass diese Beobachtung nicht zu überzeugen vermag. Gewisse Gegenstände, die von solchen Rechtsanordnungen erfasst werden, scheinen durchaus jemandem zu gehören, so etwa Geschäftsgeheimnisse, oder – wie Art. 39 TRIPS dies bezeichnet – „undisclosed information“. Wie auch immer der nationale Gesetzgeber solche Schutzvorschriften umsetzt, so lässt sich jedenfalls schwerlich verkennen, dass solche Information – zumindest „faktisch“ – jemandem gehören muss.²⁸

In einem Gesamtblick zeigt sich damit, dass diese zweite Gruppe von Rechtsanordnungen recht metamorph zu sein scheint. Gewisse Formen von Inhaberschaften spielen dabei wohl eine Rolle und haben insoweit auch einen Einfluss auf die Mechanismen des Wettbewerbs. Von vergleichbarer Klarheit wie in der ersten Gruppe ist dieser allerdings nicht.

- In der *dritten Gruppe von Rechtsanordnungen*, welche gegen die dysfunktionale Ausübung von Marktmacht gerichtet ist, liegt es wiederum auf der Hand, dass Inhaberschaft einen Einfluss auf den Wettbewerb hat. Denn diese dritte Gruppe steht in gewisser Hinsicht in enger Beziehung zur ersten, ist es doch just die im Rahmen der Rechtsanordnungen in der ersten Gruppe gewährte Inhaberschaft, welche zu zwei Arten von Risiken führt:
 - Entweder ermöglicht diese Inhaberschaft den einseitigen Missbrauch einer bestehenden Marktmacht, welche als solche potentiell aus der Inhaberschaft resultiert (etwa die Verweigerung, eine Lizenz zu gewähren),²⁹
 - oder die Inhaberschaft erlaubt es, gegenüber einem Vertragspartner wettbewerbswidrige Bedingungen durchzusetzen (z.B. in der Form spezifischer Klauseln eines Lizenzvertrags).³⁰

In dieser dritten Gruppe erscheint es damit offensichtlich, dass eine Veränderung der Regeln, welche zu dieser Inhaberschaft führen, sogar sehr wesentlichen Einfluss haben kann, um die Mechanismen des Wettbewerbs unterschiedlich zu instrumentalisieren.

Folgerichtig stellt sich nun als nächste Frage, inwieweit unterschiedliche Formen von Inhaberschaften einen unterschiedlichen Einfluss auf diese Wettbewerbsmechanismen ausüben. Mit Blick auf die eingangs erläuterte Feststellung, dass – ungeachtet aller möglichen Gründe für eine Intervention in den freien Wettbewerb durch die Verleihung von Schutzrechten – neue Innovationen und Kreationen bei offenen Kommunikationssystemen eher zu er-

²⁸ S. auch unten IV. 3.

²⁹ Siehe dazu etwa HERBERT HOVENKAMP/MARK JANIS/MARK LEMLEY, *Unilateral Refusals to License in the U.S.*, in: François Lévêque/Howard Shelanski (Hrsg.), *Antitrust, Patents and Copyright*, Cheltenham 2005, 12–56; siehe auch schon Fn. 19.

³⁰ KATARZYNA CZAPRACKA, *Intellectual Property Law and the Limits of Antitrust*, Cheltenham 2009, 70 ff.

warten sind als bei rein proprietären, soll nun der Schwerpunkt des Interesses bei einer besonderen Form der Inhaberschaft liegen: der *kollektiven*. Zu fragen ist mithin, ob es besondere Möglichkeiten gibt, Inhaberschaft dergestalt gemeinschaftlich auszugestalten, dass sich die Vorteile, die bei einer Ausschlusswirkung von Schutzrechten gegenüber Dritten vermutet werden, mit den Vorteilen gemeinsamer Verfügbarkeit von Information verbinden lassen.

IV. Kollektive Rechtsinhaberschaft und Wettbewerb

1. Abgrenzungen

Denkbar sind mehrere Möglichkeiten, verschiedene Formen von Inhaberschaft zu unterscheiden. Im Folgenden werden drei Stufen abgegrenzt, nämlich

- individuelle Inhaberschaft, welche bedeutet, dass das fragliche Recht einem einzigen Rechteinhaber gewährt wird;³¹
- geteilte Inhaberschaft, bedeutend, dass mit Bezug auf einen Schutzgegenstand eine beschränkte Anzahl von Rechteinhabern besteht;
- kollektive Inhaberschaft, bei welcher eine offene Zahl von Rechteinhabern involviert ist.

a) Die ersten beiden Stufen versprechen nicht viel an neuen Perspektiven; individuelle Inhaberschaft ist die primär übliche Form der Rechtsgewährung, und sie ist es auch, welche aus heutiger Sicht insoweit kritischer betrachtet wird, als ein Einfluss solcher Rechtspositionen auf den Wettbewerb sehr erheblich sein kann. Denn grundsätzlich kann der einzelne Rechteinhaber unabhängig agieren, insbesondere also alle „Nichtinhaber“ von der Nutzung des Schutzgegenstandes ausschliessen. Die konkreten Auswirkungen hängen natürlich stark vom Einzelfall ab, namentlich also davon, welche Relevanz der Schutzgegenstand für Dritte überhaupt hat.

b) Ähnliches kann im Grunde für die zweite Stufe gesagt werden, wobei die geteilte Inhaberschaft aus unterschiedlichen Rechtsgründen entstehen kann. Entweder entscheidet sich der individuelle Inhaber *freiwillig*, seine Inhaberschaft zu teilen, sei es dadurch, dass er das Recht (teilweise) auf einen oder mehrere Dritte überträgt, sei es, dass er Dritte auf schuldrechtlicher Basis an seiner Ausschliesslichkeitsstellung teilhaben lässt, wie dies beim Lizenzvertrag der Fall ist. Oder aber die Inhaberschaft wird *originär* – durch entsprechende Rechtsanordnung – auf mehrere Rechtssubjekte aufgeteilt. Diese letztgenannte Situation kann sich insbesondere bei gemeinsamen Schaffens- oder Erfindungsprozessen ergeben (im Falle des Urheberrechts mit Co-Autorschaft, im Falle des Patentrechts mit einem gemeinsamen Rechtsanspruch auf das zu erteilende Patent). Aber auch beim Markenrecht

³¹ Ebenso PEUKERT (Fn. 8), 3.

gibt es von Gesetzes wegen – zumindest in funktionaler Hinsicht – eine Art geteilte Inhaberschaft, so etwa bei der Kollektivmarke, die allerdings formal gesehen nicht die Nutzer selbst inne haben, sondern eine Organisation, ähnlich wie dies für die (eingetragenen) geographischen Herkunftsangaben oder Ursprungsbezeichnungen bereits skizziert wurde.³²

Diese unterschiedlichen Rechtsgründe für das Entstehen von geteilter Inhaberschaft sind insoweit relevant, als davon wesentlich die Auswirkungen auf die Mechanismen des Wettbewerbs abhängen. Denn ein individueller Inhaber wird v.a. dann willens sein, eine geteilte Inhaberschaft einzugehen, wenn er sich daraus eine Verbesserung seiner Wettbewerbsstellung erhofft. Damit liegt es auf der Hand, dass freiwillig eingeräumte geteilte Inhaberschaft negative Einwirkungen auf den Wettbewerb potentiell eher verstärkt, wobei abstrakte Beurteilungen nicht möglich sind; entscheidend sind vielmehr stets die Umstände des Einzelfalls. Ein schönes Beispiel hierfür sind Patentpools, die sowohl die Effizienz für alle Teilnehmenden erhöhen können (etwa wenn Standards gemeinsam genutzt werden), als sich auch negativ auswirken mögen, etwa wenn Dritte vom Gebrauch der zum Patentpool gehörenden Schutzgegenstände ausgeschlossen sind. Umgekehrt dürften originär geteilte Inhaberschaften eher keine – zusätzlichen – negativen Auswirkungen auf die Mechanismen des Wettbewerbs haben, denn durch die betreffenden Rechtsanordnungen sind die verschiedenen Inhaber mehr oder weniger eng aneinander gebunden; Dritte werden damit kaum mehr von einem Ausschliesslichkeitsrecht in den Händen mehrerer betroffen sein als wenn dieses Recht nur einem Inhaber zusteht: Erlaubt ist die Nutzung des Schutzgegenstandes so oder anders nicht.

c) Eine ganz andere Perspektive ergibt sich nun freilich auf der dritten Stufe, wobei eine Definition des Begriffs „kollektive Inhaberschaft“ nicht leicht fällt. In gewisser Hinsicht kann diese Wendung als – rein hypothetische – Rechtskonstruktion aufgefasst werden, dies gestützt auf gewisse (theoretische) Überlegungen, wie eine stärker kooperativ operierende Welt innerhalb des geltenden Rechtssystems organisiert werden könnte.³³ Denn es existieren (wie gleich noch zu zeigen sein wird) zwar keine spezifischen Rechtsvorschriften, auf welche eine solche kollektive Inhaberschaft gestützt werden könnte; Rechnung getragen werden kann damit aber dem einleitend vorangestellten Gedanken, dass möglichst ungehinderte Kommunikation mehr Innovation und Kreation verspricht als rein proprietäre Systeme. Mit andern Worten lassen sich mit dem Begriff der kollektiven Inhaberschaft jene wachsenden Zweifel an der Wirksamkeit des geltenden Rechtssystems spiegeln, welche aus Beobachtungen im Kontext der ersten Gruppe von Rechtsanord-

³² Siehe vorn III.

³³ Vgl. etwa JENS SCHOVSBO, The necessity to collectivize copyright – and dangers thereof, 2010, abrufbar unter http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1632753&download=yes.

nungen genährt werden, indem dort für bestimmte Schutzgegenstände eine zu extensive Gewährung von Ausschlussrechten vermutet wird.³⁴ Tatsächlich sind es zuweilen diese – möglicherweise – zu weit reichenden Ausschlusswirkungen als solche, die als Quelle von negativen Auswirkungen auf die Mechanismen des Wettbewerbs³⁵ bzw. – allgemeiner gesprochen – als Beeinträchtigung öffentlicher Interessen wahrgenommen werden.³⁶

Vor diesem Hintergrund lässt sich der Begriff der kollektiven Inhaberschaft allerdings kaum genauer umschreiben als mit dem Charakteristikum, dass eine unbestimmte Zahl von Inhabern involviert ist.³⁷ Im Übrigen besagen weder der Begriff der Inhaberschaft als solcher³⁸ noch jener der Kollektivität für sich etwas – im Gegenteil. Gerade der letzte kann für eine Vielzahl von möglichen Konstellationen dienen, ohne über die Beziehung der beteiligten Personen zueinander ein klares Bild zu vermitteln. Entsprechend unterschiedlich können denn auch die Gründe sein, weswegen es überhaupt zu einer kollektiven Inhaberschaft kommt. Im Lichte dieser Unschärfe mag es für die folgenden Ausführungen helfen, einen weiteren Begriff einzuführen, der sich im Kontext von Schutzrechten in jüngerer Zeit immer deutlicher in unser Bewusstsein einprägt: Der Begriff „open“. Anzutreffen ist dieser Begriff im Wesentlichen in drei Bereichen:³⁹

- „Open source“ – bezogen auf Software – war der erste Bereich, in welchem der Begriff genutzt wurde, um das Gegenteil zu „propriärer“ (im Sinne von durch ein Ausschliesslichkeitsrecht geschützter) Software zum Ausdruck zu bringen.⁴⁰

³⁴ S. etwa ARTI RAI/JAMES BOYLE, Synthetic Biology: Caught Between Property Rights, the Public Domain, and the Commons, PLoS Biology 2007 [Vol. 5], 389 ff.; STEPHEN MAURER/SUZANNE SCOTCHMER, Open Source Software: The New Intellectual Property Paradigm, in: Terrence Hendershott (Hrsg.), Handbook of Economics and Information Systems, Amsterdam 2006, 285 ff.; DAVID WINICKOFF/KRISHANU SAHA/GREGORY GRAFF, Opening Stem Cell Research and Development: A Policy Proposal for the Management of Data, Intellectual Property, and Ethics, Yale Journal of Health Law, Policy and Ethics 2009 [Vol. 9], 52 ff.

³⁵ JAMES BESSEN/MICHAEL MEURER, Do Patents Perform Like Property?, The Academy of Management Perspectives 2008 [Vol. 22], 8 ff.; FRANZ X. STIRNIMANN, Urheberkartellrecht, Zürich 2004, 34 ff.

³⁶ Siehe etwa JAMES BOYLE, The Second Enclosure Movement and the Construction of the Public Domain, Law & Contemporary Problems 2003 [Vol. 66], 33 ff.; MICHAEL HELLER/REBECCA EISENBERG, Can Patents Deter Innovation? The Anticommons in Biomedical Research, Science 1998 [Vol. 280], 698 ff.

³⁷ Nach PEUKERT (Fn. 8), 13, ist der Begriff „collective ownership“ dadurch charakterisiert, dass ein Schutzrecht von einer Mehrzahl von Personen gehalten wird, wobei dort – anders als hier (vorn III.) – geteilte Inhaberschaft und insbesondere die Kollektivmarke oder die geographischen Angaben dazugezählt werden.

³⁸ S. vorn Fn. 4.

³⁹ Siehe ULF PETRUSSON/CAROLINE PAMP, Intellectual Property, Innovation and Openness, in: Christopher Arup/William van Caenegem (Hrsg.), Intellectual Property Policy Reform. Fostering Innovation and Development, Cheltenham 2009, 154 ff.

⁴⁰ Siehe dazu die *Free Software Foundation*, abrufbar unter <http://www.fsf.org/>, und die *Open Source Initiative*, abrufbar unter <http://www.opensource.org/history>; für weiterführende

- „Open access“ wurde vor ungefähr einem Jahrzehnt ein gebräuchlicher Begriff. Er fokussiert – jedenfalls im Ursprung – primär auf den Zugang zu wissenschaftlicher Information, dies im Gegensatz zu kommerziell verbreiteten Informationsquellen (namentlich durch Wissenschaftsverleger).⁴¹
- „Open innovation“ schliesslich ist ein relativ junger, aber immer häufiger verwendeter Begriff, der vergleichsweise unklar erscheint und sich auf gewisse mehr oder weniger theoretische Ansätze bezieht.⁴²

2. Charakteristika des „open approach“ im Urheberrecht

Die ersten beiden Verwendungsformen von „open“ vermitteln eine mehr oder weniger klare Perspektive. Beide beruhen letztlich auf der Existenz von Urheberrechten, zumal dieses Recht dem Schöpferprinzip zufolge allein aufgrund des Schöpfungsaktes entsteht, weitere (formale) Schritte des Kreativen also nicht erforderlich sind.⁴³ Mithin entsteht Inhaberschaft im Urheberrecht ohnehin, unabhängig davon, ob der Kreative sie zu erhalten wünscht oder nicht.

Gleichzeitig ist es just diese Inhaberschaft, bei der besondere Formen von Lizenzierungen möglich sind (üblicherweise umschrieben mit „creative com-

Hinweise, siehe etwa STEVE WEBER, *The Success of Open Source*, Cambridge 2004; JOSH LERNER/JEAN TIROLE, *The Scope of Open Source Licensing*, *Journal of Law, Economics, and Organization* 2005 [Vol. 21], 20–56; vgl. auch JANET HOPE, *Open Source Genetics. Conceptual Framework*, in: Geertrui van Overwalle (Hrsg.), *Gene Patents and Collaborative Licensing Models*, Cambridge 2009, 171, 173 ff. (zur Überlegung, die Idee von *Open Source* in den Bereich der Humangenetik zu übertragen); ROLF H. WEBER, *Does Intellectual Property Become Unimportant in Cyberspace?*, *International Journal of Law and Information Technology* 2001 [Vol. 9], 171 ff.

⁴¹ Siehe in diesem Zusammenhang die Berliner Erklärung über den offenen Zugang zu wissenschaftlichem Wissen vom 22. Oktober 2003, abrufbar unter http://oa.mpg.de/files/2010/04/Berliner_Erklärung_dt_Version_07-2006.pdf; siehe auch RETO M. HILTY/MATTHIAS SEEMANN, *Open Access – Zugang zu wissenschaftlichen Publikationen im schweizerischen Recht*, Rechtsgutachten im Auftrag der Universität Zürich, Zürich 2009, abrufbar unter http://www.oai.uzh.ch/index.php?option=content&task=view&id=445&Itemid=324&mos_lang=de.

⁴² Siehe etwa HENRY CHESBROUGH, *Open Innovation: The New Imperative for Creating and Profiting from Technology*, Boston 2003, 155 ff.; HENRY CHESBROUGH/WIM VANHAVERBEKE/JOEL WEST (Hrsg.), *Open Innovation: Researching a New Paradigm*, Oxford 2006, 1 ff., 285 ff.; LINUS DAHLANDER/DAVID GANN, *How open is innovation?*, *Research Policy* 2010 [Vol. 29], 699 ff.; kritisch gegenüber des TRIPS-Abkommens, durch dessen unausgewogene Ausrichtung die durch „open innovation“ verursachten, weitreichenden Veränderungen nicht adäquat berücksichtigt werden könnten: KATHERINE STRANDBURG, *Evolving Innovation Paradigms and the Global Intellectual Property Regime*, *Connecticut Law Review* 2009 [Vol. 41], 861 ff.

⁴³ In diesem Sinne PETER COHEN/T. RYAN (zitiert nach ANDRÉS GUADAMUZ GONZÁLEZ, *Open Science: Open Source Licences in Scientific Research*, 2005, abrufbar unter http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=764064, dort 19 Fn. 91): „Copyright [...] flows from the nib of a pen“.

mon licences“).⁴⁴ Solche besonderen Lizenzregime erlauben im Wesentlichen den Gebrauch des Schutzgegenstandes, wofür allerdings gewisse Bedingungen auferlegt werden. Die wichtigste von ihnen ist, dass sog. „creative uses“ des fraglichen Schutzgegenstandes (d.h. dessen Gebrauch für weitere, zusätzliche Kreationsschritte) insoweit erlaubt sein müssen, als das Resultat der weiteren bzw. zusätzlichen Schöpfung seinerseits wieder „open“ bleiben muss für weitere – ihrerseits gestützt darauf kreative – Dritte.⁴⁵ Eines der prominentesten Beispiele dafür dürfte Wikipedia sein; denn unter *www.wikipedia.com* findet sich eine enorme Zahl von auf den ersten Blick einheitlichen Werken (Texten, Bildern), die allerdings nur existieren, weil eine unbestimmte Vielzahl von Kreativen dabei mitgewirkt hat.⁴⁶ All diese Werke sind gleichzeitig Gegenstand für weitere Ergänzungen und Kreationen.

Hält man sich diese Eigenschaften vor Augen, könnte man in der Tat versucht sein, in solchen Konstellationen von kollektiver Inhaberschaft an diesen Werken zu sprechen. Formal gesehen ist die Kollektivität allerdings darauf beschränkt, dass mehrere Individuen in der beschriebenen Form zusammenwirken, woraus eines oder möglicherweise mehrere einheitliche Werke hervorgehen. Konsequenterweise besteht an diesem Resultat verschiedener Schöpfungsprozesse aber nicht eine kollektive Inhaberschaft, sondern letztlich stellt dies nichts anderes dar als eine Kombination einer Vielzahl von in-

⁴⁴ *Creative Commons* bezeichnet das im Jahre 2001 von *Michael Carroll, Molly Shaffer Van Houweling* und *Lawrence Lessig* geschaffene, weltweite Projekt, welches verschiedene vorgefertigte Lizenzverträge anbietet, die es dem Kreativen ermöglichen, in schneller und einfacher Weise die rechtlichen Bedingungen festzulegen, unter denen sein Werk weiterverwendet werden darf. Für weiterführende Hinweise, siehe <http://de.creativecommons.org/>, für einen exzellenten und umfassenden Überblick, siehe BRIAN FITZGERALD, *A Short Overview of Creative Commons*, in: Brian Fitzgerald (Hrsg.), *Open Content Licensing: Cultivating the Creative Commons*, Sydney 2007, 3 ff.; vgl. auch LAWRENCE LESSIG, *Free Culture*, New York 2004, 275 ff.; kritisch zum Ganzen NIVA ELKIN-KOREN, *Exploring Creative Commons: A Sceptical View of a Worthy Pursuit*, in: Lucie Guibault/Bernt Hugenholtz (Hrsg.), *The Future of the Public Domain. Identifying the Commons in Information Law*, Alphen aan den Rijn 2006, 325 ff.

⁴⁵ Diese Lizenzbedingung nennt sich „Weitergabe unter gleichen Bedingungen“ bzw. „Share-Alike“ [“@”]; sie erlaubt eine Weitergabe neu entstandener Werke bzw. Inhalte nur unter den gleichen Lizenzbedingungen, unter denen das ursprüngliche Werk lizenziert war. Inspiriert wurde diese Klausel von der Free Software Foundation’s GNU *General Public License* (GPL), welche die erste sog. *Copyleft* Lizenz war. Näher dazu BRIAN CARVER, *Share and Share Alike: Understanding and Enforcing Open Source and Free Software Licenses*, *Berkeley Technology Law Journal* 2006 [Vol. 20], 443–480. Sehr kritisch und auf die Gefahr der Unvereinbarkeit verschiedener Lizenzbedingungen untereinander hinweisend ZACHARY KATZ, *Pitfalls of Open Licensing: An Analysis of Creative Commons Licensing*, *IDEA – The Intellectual Property Law Review* 2006 [Vol. 46], 391, 399 ff.; näher zur Frage der Rechtswirksamkeit solcher *copyleft*-Bestimmungen ANDRÉS GUADAMUZ GONZÁLEZ, *Viral Contracts or Unenforceable Documents? Contractual Validity of Copyleft Licences*, *EIPR* 2004, 331, 334.

⁴⁶ Siehe etwa MATTHEW RIMMER, *Wikipedia, collective authorship and the politics of knowledge*, in: Christopher Arup/William van Caenegem (Hrsg.), *Intellectual Property Policy Reform. Fostering Innovation and Development*, Cheltenham 2009, 172, 178.

dividuellen Inhaberschaften am gleichen Werk.⁴⁷ Jeder Teil dieser individuellen Inhaberschaft basiert dabei auf allen vorbestehenden individuellen Inhaberschaften an den bereits bestehenden Teilen des fraglichen Werks,⁴⁸ und es umfasst auch nur die von dem betreffenden Kreativen neu hinzugefügten Teile.

Bemerkenswerterweise ist die Kombination dieser – in gewisser Hinsicht gebundenen – individuellen Inhaberschaften sogar quasi der Schlüssel dafür, dass das System als solches überhaupt offen bleibt; denn nur gestützt auf diese Inhaberschaften ist es möglich, das genannte spezielle – eben: offene – Lizenzregime zu etablieren und auch durchzusetzen.⁴⁹ Mit andern Worten erfordern „open source“ oder „open access“ zunächst einmal den Bestand von individueller Inhaberschaft,⁵⁰ wobei die aus dieser Inhaberschaft fließenden Ausschlussrechte dann eben – im kollektiven Einvernehmen – nicht voll durchgesetzt werden, sondern nur insoweit, dass die Offenheit des Systems nachhaltig und mit Blick auf weitere, zusätzliche Kreationsschritte bezogen auf das fragliche Werk gewährleistet ist.⁵¹

3. Charakteristika des „open approach“ im Patentrecht

Im Gegensatz zu den offenen Modellen im Urheberrecht basiert „open innovation“ auf unterschiedlichen rechtlichen Rahmenbedingungen.⁵² Das hier in-

⁴⁷ Ähnlich RISHAB GOSH, *Creativity and Domains of Collaboration*, in: Rishab Gosh (Hrsg.), *Code: Collaborative Ownership and the Digital Economy*, Cambridge Mass. 2005, 8.

⁴⁸ In diesem Sinne: „[...] Creativity and innovation rely on a rich heritage of prior intellectual endeavour. We stand on the shoulders of giants by revisiting, reusing, and transforming the ideas and works of our peers and predecessor [...]“, abrufbar unter http://wiki.creativecommons.org/Legal_Concepts; siehe auch RICHARD NELSON/SIDNEY WINTER, *An Evolutionary Theory of the Economic Change*, Cambridge 1982, 130; Innovation „[...] consists to a substantial extent of a recombination of conceptual and physical materials that were previously in existence“; ähnlich LESLIE KIM TREIGER-BAR-AM, *Authors' Rights as a Limit to Copyright Control*, in: Fiona Macmillan (ed.), *New Directions in Copyright Law*, Vol. 6, Cheltenham 2007, 359, 364 ff.; SIR HUGH LADDIE, *Copyright: over-strength, over-regulated, over-rated?*, EIPR 1996 [Vol. 18], 253, 259; „[...] The whole of human development is derivative [...]“.

⁴⁹ ROCHELLE DREYFUSS, *Does IP Need IP? Accommodating Intellectual Property Production outside the Intellectual Property Paradigm*, *Cardozo Law Review* 2010 [Vol. 31], 1437, 1449.

⁵⁰ NIVA ELKIN-KOREN, *What Contracts Can't Do: The Limits of Private Ordering in Facilitating a Creative Commons*, *Fordham Law Review* 2005 [Vol. 74], 101, 119 ff., 133.

⁵¹ Siehe *Creative Commons*, *Lizenzieren Sie Ihr Werk: „Bei Verwendung einer Creative Commons-Lizenz behalten Sie Ihre Urheberrechte, aber erlauben es jedermann, Ihr Werk/Ihren Inhalt zu verbreiten [...]“*, abrufbar unter <http://creativecommons.org/choose/?lang=DE>.

⁵² Der Vollständigkeit halber sei zu erwähnen, dass der Begriff „open innovation“ nicht nur in dem hier definierten Sinne verwendet wird, sondern damit zuweilen auch die Versuche gewisser Branchen bezeichnet werden, durch teilweise Offenlegung ihrer Entwicklungsprozesse und die Beteiligung Dritter externes Wissen einzubeziehen, was sie indessen meistens nicht daran hindert, für die letztlich daraus hervorgehenden Erfindungen absolutrechtlichen Rechtsschutz zu erlangen, dies ohne Beteiligung der auf diese Weise beitragenden Dritten

volvierte Recht (üblicherweise ein Patentrecht) entsteht – formal betrachtet – nicht mit dem Akt der Innovation. Stattdessen bildet sich nach erfolgter Erfindung zunächst eine Art faktische Inhaberschaft, nämlich in der Form dessen, was Art. 39 TRIPS als „undisclosed information“ bezeichnet,⁵³ dadurch gekennzeichnet, dass Dritte aufgrund des bestehenden Geheimnischarakters keinen Zugang zu der relevanten Information haben.

Gestützt auf diese faktische Inhaberschaft⁵⁴ hat der Erfinder drei Möglichkeiten. Er kann (1) die Information „undisclosed“ lassen, also den Geheimnischarakter daran bewahren; er kann stattdessen (2) „disclose“ die Information, sie also bekannt machen, ohne eine formalrechtliche Inhaberschaft zu begründen (mit andern Worten, er kann darauf verzichten, ein Patent anzumelden); oder er kann (3) sich um eine formalrechtliche Inhaberschaft bemühen – also ein Patent anmelden –, was in einem gewissen Verfahrensstadium unausweichlich zur Publikation seiner Anmeldung führt, womit die betreffende Information dann auch öffentlich wird, dies noch bevor das Patent erteilt wird (bzw. mit der Folge fehlenden Rechtsschutzes nach der Veröffentlichung, wenn die Voraussetzungen für eine Patenterteilung nicht erfüllt sind).

Im Falle der ersten Möglichkeit wird offenkundig keine Offenheit hinsichtlich der fraglichen Innovation erreicht, während die zweite Möglichkeit zur Offenheit führt, wobei der Erfinder hier keinerlei Kontrolle mehr über künftige Nutzungen seiner Erfindung durch Dritte hat. Bei der dritten Möglichkeit stellt sich – falls das Patent erteilt wird – in gewisser Hinsicht eine

oder sonstiger besonderer Nutzungserlaubnisse zugunsten Dritter. Damit wäre der hier ins Auge gefasste Zweck offener Systeme verfehlt, weswegen auf diese Spielart von „open innovation“ vorliegend nicht weiter einzugehen ist. In diesem Zusammenhang und zu der interessanten Frage, warum demgegenüber *Open Source* selbst nach Eintritt der „kommerziellen Phase“ seinen „offenen“ Charakter bewahren konnte, vgl. MARGIT OSTERLOH/SANDRA ROTA/ROGER LÜTHI, „Collective Invention“ als neues Innovationsmodell, in: Olga Drossou/Stefan Krempf/Andreas Poltermann (Hrsg.), *Die wunderbare Wissensmehrung*, Hannover 2006, 65 ff.

⁵³ Interessanterweise war es während den Verhandlungen über das TRIPS-Abkommen nicht unumstritten, ob „undisclosed information“ als eine Form von „property“ und damit als eine Kategorie von „intellectual property“ erachtet werden sollte (vgl. die Formulierung des Entwurfes der USA: „[...]To maintain legal protection, the *owner of a trade secret* may be required to make efforts reasonable under the circumstances to maintain such secrecy[...]“), Suggestion by the United States for Achieving the Negotiating Objective, MTN.GNG/NG11/W/14/Rev. 1, vom 17 Oktober 1988, 6 ff.); letztlich wurde aber der Schutz der „undisclosed information“ den Regeln gegen den unlauteren Wettbewerb unterworfen; ausführlich dazu CARLOS CORREA, *Trade Related Aspects of Intellectual Property Rights. A Commentary on the TRIPS Agreement*, Oxford 2007, 367, 368; NUNO PIRES DE CARVALHO, *The TRIPS Regime of Antitrust and Undisclosed Information*, *Alphen aan den Rijn* 2008, 207 ff. (N 39.2.1 ff.). Mag daher Art. 39 Abs. 2 TRIPS nur von „Informationen, die rechtmäßig unter [...] Kontrolle stehen“ sprechen, so ist doch unbestritten, dass die jeweilige Person die betreffende Information in einer Art und Weise „besitzt“; siehe NUNO PIRES DE CARVALHO, ebd., 226 (N 39.2.38); UNCTAD, *Resource Book on TRIPS and Development*, Genf 2005, Chapter 28: Undisclosed Information, 526 ff., abrufbar unter <http://www.iprsonline.org/unctadicts/ResourceBookIndex.htm>.

⁵⁴ CORREA (Fn. 53), 368.

ähnliche Konstellation ein wie im Urheberrecht, wenngleich mit unterschiedlichen rechtlichen Merkmalen:

Wie bereits ausgeführt, impliziert die Patentanmeldung grundsätzlich eine Offenlegung der auf die Erfindung bezogenen Information. Damit entsteht eine andere Situation als im Falle des Urheberrechts, wo der Zugang zur Information heute zu den umstrittensten Problemstellungen gehört (z.B. zu wissenschaftlicher Information, die in elektronischen Datenbanken gespeichert ist, die nicht frei zugänglich sind, sondern seitens der Betreiber der Datenbanken, also üblicherweise der Wissenschaftsverleger, mittels technischer Schutzmassnahmen abgesichert werden); im Patentrecht hingegen stellt sich die Frage nach dem Zugang zur erfindungsbezogenen Information nicht,⁵⁵ im Gegenteil: Es entspricht geradezu dem Ziel des Patentrechts, diese Information auf der einen Seite öffentlich zu machen, auf der andern Seite jedoch Dritten zu untersagen, diese Information nach der Erteilung des Patents zu nutzen.⁵⁶ Zusätzlich kann – je nach anwendbarer Rechtsordnung⁵⁷ – bereits die Patentanmeldung als solche gewisse vorläufige Schutzwirkungen entfalten. Demgegenüber ist es nach dem Urheberrecht – wenn denn Zugang zur Information besteht – nicht untersagt, diese Information auch als solche zu nutzen.⁵⁸

Ist das Patent erteilt, so existieren im Wesentlichen zwei Möglichkeiten, um ein offenes System zu erreichen:

- Der Patentinhaber selbst (der nicht notwendigerweise mit dem Erfinder identisch ist, da bereits das Recht auf das Patent übertragbar ist bzw. der Anspruch unter gewissen Voraussetzungen bereits von Gesetzes wegen originär dem Arbeitgeber zustehen kann⁵⁹) kann sich für ein offenes System entscheiden. Namentlich kann er – gestützt auf das erteilte Schutzrecht, ähnlich wie sich „creative common licences“ auf das Urheberrecht stützen – ein besonderes Lizenzregime etablieren und damit gewisse Nut-

⁵⁵ PIERRE RÉGIBEAU/KATHARINE ROCKETT, *IP Law and Competition Law: An Economic Approach*, in: Steven Anderman (Hrsg.), *The Interface between Intellectual Property Rights and Competition Policy*, Cambridge 2007, 505, 517; SARA BOETTINGER/DAN BURK, *Open Source Patenting*, *Journal of International Biotechnology Law* 2004 [Vol. 1], 224, 225.

⁵⁶ GUSTAVO GHIDINI, *Patent Protection of Innovations: A Monopoly with a Wealth of Antibodies*, in: Gustavo Ghidini (Hrsg.), *Intellectual Property and Competition Law. The Innovation Nexus*, Cheltenham 2006, 13, 25 ff.; LANDES/POSNER (Fn. 18), 294, 295.

⁵⁷ Vgl. Art. 67 Abs. 1 Europäisches Patentübereinkommen (EPÜ) („Die europäische Patentanmeldung gewährt dem Anmelder vom Tag ihrer Veröffentlichung [...] einstweilen den Schutz nach Artikel 64.“), der den gleichen Schutz wie ein europäisches Patent einräumt. Nicht alle Vertragsstaaten des EPÜ haben diese Vorschrift in ihr nationales Recht übertragen, trotzdem aber einen gewissen (wenn auch eingeschränkten) Schutz zugelassen, bspw. in Form eines Schadensersatzanspruchs, wie Art. 111 Abs. 2 PatG (Schweiz). Ähnlich auch 35 U.S.C. Sec. 154 (d) (1); Art. 29 Patent Cooperation Treaty (PCT); Art. 9 Abs. 3 Eurasian Patent Convention; siehe auch LOUIS PAHLOW, *Erfindungsschutz vor Patenterteilung*, GRUR 2008, 97 ff.

⁵⁸ Siehe Art. 9 Abs. 2 TRIPS oder Art. 2 WIPO-Urheberrechtsvertrag (WCT).

⁵⁹ Für die Schweiz Art. 332 Abs. 1 OR.

zungen Dritter unter bestimmten Bedingungen gestatten, wobei im Zentrum die Bedingung stehen wird, dass Offenheit auch für weitere – nachfolgende, auf einer neuen Erfindung basierende – Innovationen gewährleistet ist.⁶⁰

- Doch selbst wenn der Patentinhaber sich nicht für ein besonderes Lizenzregime entscheidet, sondern auf seinem aus dem Patent fließenden Ausschließlichkeitsanspruch beharrt, kann sich ein gewisser Grad an Offenheit aus der anwendbaren Rechtsordnung ergeben. Denn die meisten nationalen Patentrechte ermöglichen die Gewährung von Zwangslizenzen für abhängige Erfindungen im Sinne von Art. 31 lit. (1) TRIPS⁶¹ – nämlich wenn „a patent (‘the second patent’) ... cannot be exploited without infringing another patent (‘the first patent’)“ –, sofern eine Reihe von Voraussetzungen erfüllt ist.⁶²

Im ersten Falle, wenn also der Patentinhaber selbst ein besonderes Lizenzregime etabliert, ist die Wirkung vergleichbar mit den „creative common licences“ bei „open source“ (Software) oder „open access“ (bezogen auf Publikationen), vorausgesetzt, der nachfolgende Erfinder nutzt den gleichen Weg, indem er entweder bereits am Anfang die von ihm geschaffene Information bezüglich der neuen Erfindung offen legt, also gar keine formalrechtliche Inhaberschaft begründet, oder aber, indem er sich zwar um einen Patentschutz bemüht, jedoch seinerseits ein besonderes Lizenzregime installiert. In letzterem Falle ist jeder nachfolgende Erfinder an sich individueller Inhaber eines eigenen Patents; diese Inhaberschaften werden aber – kollektiv – nicht in der Weise durchgesetzt, wie das ausschließliche Recht dies erlauben würde, sondern nur insoweit, dass die Offenheit mit Blick auf alle weiteren Innovationschritte nachhaltig garantiert ist. Insofern ist der Begriff „kollektive Inhaber-

⁶⁰ S. etwa die *Creative Commons Public Patent License*, abrufbar unter http://wiki.creativecommons.org/CC_Public_Patent_License; siehe auch das *Open Invention Network* (OIN), abrufbar unter <http://www.openinventionnetwork.com/>, das Patente erwirbt und sie gleichzeitig für jedes Unternehmen frei verfügbar macht, welches sich dazu verpflichtet, seine Patente nicht gegenüber Linux durchzusetzen; für weitere Details siehe ROBIN FELDMAN, *The Open Source Biotechnology Movement: Is it Patent Misuse?*, *Minnesota Journal of Law, Science & Technology* 2005 [Vol. 6], 132, 140, 141; vgl. auch *Science Commons*, abrufbar unter <http://sciencecommons.org/>; *International HapMap Project*, abrufbar unter <http://hapmap.ncbi.nlm.nih.gov/index.html.en>.

⁶¹ Siehe dazu GIANNA JULIAN-ARNOLD, *International Compulsory Licensing: The Rationales and the Reality*, *IDEA: The Journal of Law and Technology* 1993, 350, 358, die betont, dass „a provision of this nature may indeed serve to foster technical progress“ und „provide an incentive for the furtherance of technical and economic development“.

⁶² In diesem Sinne etwa Art. 36 der schweizerischen PatG oder § 24 Abs. 2 des deutschen PatG; in den U.S. beispielsweise fehlen hingegen Vorschriften für die Zwangslizenz; s. dazu GEORGE FROST, *Legal Incidents of Non-Use of Patented Inventions Reconsidered*, *The George Washington Law Review* 1946 [Vol. 14], 273 ff.; allgemein zur Zwangslizenz, siehe JULIAN-ARNOLD (Fn. 61), 349 ff.; JEAN-MARC SALAMOLARD, *La licence obligatoire en matière de brevets d’invention*, Genève 1978. Näher zu Art. 31 lit. (1) TRIPS NUNO PIRES DE CARVALHO, *The TRIPS Regime of Patent Rights*, 3. Aufl., Alphen aan den Rijn 2010, 508, 511 ff.; GHIDINI (Fn. 56), 13, 36 ff.; s. auch Art. 5 Abs. 2 PVÜ.

schaft“ – wie schon in den Konstellationen des Urheberrechts – ungenau, obwohl er gewisse Wirkungen solch besonderer Lizenzregime in einer durchaus anschaulichen Weise umschreibt.

Im zweiten Falle, wenn eine Zwangslizenz erteilt wird, gibt es ebenfalls einen (oder möglicherweise mehr als einen) nachfolgenden Inhaber eines jüngeren Patents (oder mehrerer jüngerer Patente). Allerdings sind die Inhaber solch jüngerer („abhängiger“) Patente üblicherweise nicht dergestalt gebunden, dass sie ihrerseits ein besonderes Lizenzregime etablieren müssten. Vielmehr können sie ihre individuellen Rechte ausschliesslich und insoweit, als nicht die technische Abhängigkeit zum älteren Patent Grenzen setzt, auch unabhängig geltend machen. Mit andern Worten besteht in dieser Konstellation keine Grundlage dafür, den Begriff „kollektive Inhaberschaft“ zu verwenden.

4. „Open Approaches“ und Wettbewerb

Grundlegend ist nun natürlich die Frage, welchen Einfluss solche „open approaches“ – die in gewisser Hinsicht zu dem führen, was (unscharf) mit „kollektiver Inhaberschaft“ umschrieben werden kann – auf die Mechanismen des Wettbewerbs haben. Zunächst kann wohl davon ausgegangen werden, dass das kollektive Verständnis einer Gruppe von – letztlich individuellen, aber willentlich sozusagen „verbundenen“ – Inhabern, ihre Ausschliesslichkeitsrechte nicht vollumfänglich in Ausnutzung der an sich gegebenen Rechtsmöglichkeiten durchzusetzen, sich grundsätzlich positiv auswirken dürfte.⁶³ Diese Annahme basiert auf der Erkenntnis, dass Netzwerkeffekte – unter gewissen Bedingungen, namentlich im Kontext von Innovations- oder Kreativeprozessen – Synergien entfalten. Und tatsächlich finden Schöpfungen oder Erfindungen ja auch kaum in einer isolierten Atmosphäre statt; der alleinige Kreative, der ohne Rückgriff auf Vorbestehendes Neues hervorbringen könnte, und erst recht der einzelne Erfinder, der auf sich allein gestellt nach technischen Lösungen sucht, existieren in der Rechtswirklichkeit kaum.⁶⁴ Das Schaffen von etwas Neuem basiert in den meisten Fällen auf einem kooperativen Prozess. Mithin lässt sich die Annahme gut begründen, dass adäquat konstruierte Formen von „kollektiver Inhaberschaft“ – oder besser: das Etablieren von besonderen (insbesondere „offenen“) Lizenzregimen – die Anreize

⁶³ JAMES BESSEN/ERIC MASKIN, Sequential Innovation, Patents, and Imitation, *RAND Journal of Economics* 2009 [Vol. 40], 611, 619 ff.; GUSTAVO OLIVIERI/LAURA MARCHEGIANI, Open Source Software and Technological Innovation: Competitive Issues, in: Roberto Gellini/Guido Cozzi (Hrsg.), *Intellectual Property, Competition and Growth*, Houndmills 2007, 47, 59 ff.; MAURER/SCOTCHMER (Fn. 34), 285 ff.; ähnlich DAVID (Fn. 20), 19, 28 ff.

⁶⁴ Zur *psychologischen* Dimension von Kreativität s. MANFRED REHBINDER (Hrsg.), *Die psychologische Dimension des Urheberrechts*, Baden-Baden 2003.

zu erfinden oder zu schöpfen gegenüber den traditionell proprietären Schutzrechtssystemen potentiell erhöhen dürften.⁶⁵

Fraglich ist allerdings, ob sich daraus der Schluss ziehen lässt, kollektive Inhaberschaft – im Sinne von „Offenheit“ – habe auch positive Auswirkungen auf die Mechanismen des Wettbewerbs an sich.⁶⁶ Denn die Antwort auf diese Frage hängt von einer ganzen Anzahl weiterer Faktoren ab, zumal Wettbewerb kaum (oder jedenfalls nicht nur) auf der Ebene der Schöpfer und Erfinder stattfindet. In der Rechtswirklichkeit verfügen die Kreativen kaum über eine Verhandlungsstellung, um die von Gesetzes wegen originär ihnen zustehende Inhaberschaft an dem entstehenden Urheberrecht in den eigenen Händen behalten zu können; vielmehr haben sie diese Rechte üblicherweise einem Arbeitgeber, Produzenten oder sonstigen Investor abzutreten, wenn sie denn wollen, dass ihr Werk überhaupt verwertet wird.⁶⁷ Noch prekärer ist die Situation der Erfinder, welche das Patent in aller Regel nicht selbst erwerben, zumal schon die Patentanmeldung von jener Partei getätigt wird, die das Patent später nutzt oder an Dritte lizenziert.

Doch selbst der eigentliche Inhaber des Schutzrechts ist nicht notwendigerweise der entscheidende Marktteilnehmer, jedenfalls dann nicht, wenn er nicht seinerseits jener Unternehmer ist, der mit dem Schutzgegenstand selbst am Markt auftritt. Mithin hängen die Auswirkungen von Schutzrechten auf die Mechanismen des Wettbewerbs letztlich kaum vom Verhalten der Schöpfer und Erfinder selbst ab, und möglicherweise noch nicht einmal von jenem der (späteren) Rechteinhaber.⁶⁸ Vielmehr müssen bei der Beantwortung nach dem Einfluss auf den Wettbewerb jene Marktteilnehmer ins Visier genommen werden, welche Patente, Urheberrechte und dergleichen als ökonomische Güter im Markt einsetzen.⁶⁹ Diese unternehmerisch tätigen Marktteilnehmer haben offensichtlich nicht die gleichen Interessen wie die Erfinder oder die Kreativen, welche es ja gerade sind, die von „offenen Systemen“ profitieren würden, wenn ihre eigenen Kreationen und Erfindungen auf bereits Bestehendem beruhen. Für Unternehmer hingegen besteht kein Grund, weswegen sie die Inhaberschaft an den Ausschliesslichkeitsrechten, welche sie auf ver-

⁶⁵ Siehe etwa JESSICA LITMAN, *The Economics of Open Access Law Publishing*, Lewis & Clark Law Review 2007 [Vol. 10], 101 ff.; vgl. auch BESSEN/MASKIN (Fn. 63), 619, 628, wonach starke Immaterialgüterrechte gerade dann innovationshemmende Wirkung entfalten können, wenn Erfindungen aufeinander aufbauen (also „sequential“ sind); LÜTHI/OSTERLOH (Fn. 1), 18, 21.

⁶⁶ FELDMAN (Fn. 60), 164 ff.

⁶⁷ BERNT HUGENHOLTZ, *The Great Copyright Robbery. Rights allocation in a digital environment, A Free Information Ecology in a Digital Environment*, Conference NYU School of Law 2000, abrufbar unter www.ivir.nl/publications/hughholtz/thegreatcopyrightrobbery.pdf.

⁶⁸ JOSEF DREXL, *Droit d’auteur et information scientifique – Analyse concurrentielle, protection des bases de données et perspective allemande*, in: IRPI (Hrsg.), *La propriété intellectuelle en question(s) – Regards croisés européens*, Paris 2006, 73.

⁶⁹ Detaillierter zur Begrenzung der Ausschliesslichkeit PEUKERT (Fn. 8), 7 ff.

traglicher Basis erworben haben, nicht so umfassend wie möglich geltend machen sollten, um daraus so viel Gewinn wie möglich zu erwirtschaften.⁷⁰

Je stärker sich von dieser Motivationslage geprägtes unternehmerisches Verhalten durchsetzt, um so wichtiger wird es unter gewissen Voraussetzungen sein, die Freiheit, diese Inhaberschaft an Ausschliesslichkeitsrechten umfassend geltend zu machen, zu begrenzen.⁷¹ Erreicht werden kann dies auf der einen Seite durch zwingende gesetzliche Grenzen, namentlich durch das vorstehend erwähnte System von Zwangslizenzen.⁷² Auf der andern Seite – und dies ist hier die entscheidende Feststellung – muss man sich den möglichen positiven Effekten von offenen Systemen (und insofern von Ansätzen kollektiver Inhaberschaft) bewusst sein. Denn solange es dem Kreativen oder dem Erfinder unbenommen ist, Dritten gewisse Nutzungen seiner Schöpfung oder Erfindung unter gewissen Bedingungen zu erlauben, ist auch die Möglichkeit für jeden nachfolgenden Rechteinhaber, ein Schutzrecht ausschliesslich geltend zu machen, begrenzt.⁷³ Abhängig ist dies allerdings von der anwendbaren Rechtsordnung; denn offene Systeme – und damit die Erlaubnis für nachfolgende Kreative oder Erfinder, vorbestehende Schutzgegenstände zu nutzen – basieren auf vertragsrechtlichen Beziehungen;⁷⁴ im Falle der Übertragung des fraglichen Schutzrechts (eines Patents, eines Urheberrechts etc.) auf eine dritte Partei müssten solche vertragsrechtlichen Konstruktionen ausreichend durchsetzungskräftig sein. Denn ist dies nicht der Fall – führt also der (absolutrechtliche) Erwerb eines Schutzrechts zum Verlust einer vorgängig (bloss schuldrechtlich eingeräumten) Berechtigung –, so verfehlen offene Systeme unausweichlich ihren Zweck. Folglich muss die anwendbare Rechtsordnung sicherstellen, dass es einem zeitlich nachgelagerten Rechteinhaber nicht möglich ist, einen Gebrauch des Schutzgegenstandes im Sinne des vorgängig

⁷⁰ S. etwa THE WELLCOME TRUST, Economic analysis of scientific research publishing. A report commissioned by the Wellcome Trust, Cambridgeshire 2003, 19 ff., http://www.wellcome.ac.uk/stellent/groups/corporatesite/@policy_communications/documents/web_document/wtd003182.pdf; siehe auch MARIA MONTAGNANI/MAURIZIO BORGHI, Positive Copyright and Open Content Licences: How to Make a Marriage Work by Empowering Authors to Disseminate their Creations, International Journal of Communications Law & Policy 2008 [Vol. 12], 244, 251 ff.

⁷¹ Ähnlich MONTAGNANI/BORGHI (Fn. 70), 252 ff.; PEUKERT (Fn. 8), 7.

⁷² Vertiefter dazu RETO M. HILTY, Renaissance der Zwangslizenzen im Urheberrecht? Gedanken zu Ungereimtheiten auf der urheberrechtlichen Wertschöpfungskette, GRUR 2009, 633 ff.; vgl. auch JEROME REICHMAN, Of Green Tulips and Legal Kudzu: Repacking Rights in Subpatentable Innovation, Vanderbilt Law Review 2001 [Vol. 53], 1743, 1776 ff. (der ein „compensatory liability regime“ erwägt).

⁷³ Bemerkenswert daher die Überlegung von MONTAGNANI/BORGHI, die eine „Begrenzung“ der Vertragsfreiheit im Urheberrecht vorschlagen: Eine sog. Nichtkommerzielle-Verbreitungs-Klausel („Non-Commercial Dissemination Provision“) soll als unveräusserliches und unverzichtbares Recht dem Kreativen die Möglichkeit geben, nach der ersten kommerziellen Verwertung sein Werk weiter zu verbreiten; für weitere Details siehe MONTAGNANI/BORGHI (Fn. 70), 269 ff.

⁷⁴ Näher zu *Copyleft*-Lizenzen und deren Verhältnis zu Rechten Dritter GUADAMUZ GONZÁLEZ (Fn. 45), 336 ff.

etablierten besonderen Lizenzregimes – z.B. im Sinne des „creative use“ beim Urheberrecht – zu unterbinden. Letztlich hängt die Eignung einer Rechtsordnung also davon ab, ob das Zusammentreffen von absoluten und relativen Rechtspositionen sachgerecht gelöst werden kann. Gleichzeitig wird damit auch klar, dass diese – allgemeinrechtliche – Fragestellung die Achillesferse der gesamten Konstruktion offener Systeme darstellt.

V. Folgerungen

Jede Frage nach den Auswirkungen bestimmter Handlungen auf den Wettbewerb bedingt zunächst – unter anderem – eine Identifikation der relevanten Marktteilnehmer. Bezogen auf immaterielle Güter – und namentlich Information – sind diese Marktteilnehmer aber selten jene, denen eine Inhaberschaft an einem Schutzrecht originär gewährt wird. Vielmehr sind es verschiedene Arten von Unternehmern, die als treibende Faktoren den Wettbewerb am Laufen halten und dabei auch Schutzrechte als Vermögenswerte instrumentalisieren. Damit ist auch offensichtlich, dass Regeln hinsichtlich der Inhaberschaft mit Bezug auf die Wettbewerbsfähigkeit eines Systems lediglich einen Faktor unter vielen anderen darstellen. Entscheidend ist mithin, wie diese relevanten Marktteilnehmer insgesamt agieren und wie ihre Rolle als Unternehmer den Wettbewerb damit im grösseren Kontext beeinflusst. Mit andern Worten würde es in eine zu enge Perspektive münden, die Frage der Inhaberschaft an Schutzrechten allzu hoch zu gewichten.

Abstrahiert von dieser wichtigen Erkenntnis bleibt es freilich dabei, dass in jener Phase, in der die Inhaberschaft entsteht, der Kreative oder der Erfinder – je nach anwendbarer Rechtsordnung – durchaus wesentlichen Einfluss auf das weitere Schicksal des Schutzgegenstandes nehmen kann, dies namentlich mit Blick auf die Möglichkeiten für Dritte, die diesen Schutzgegenstand für eigene Schöpfungen oder Erfindungen nutzen möchten – aber auch für Dritte, die das betreffende Schutzrecht vom Kreativen oder vom Erfinder proprietär erwerben wollen.

In gewisser Hinsicht bestehen also zwei Welten nebeneinander:

- In der einen Welt werden Erfindungen und Kreationen in dem Sinne offen gehalten, als nachfolgende Erfinder und Kreative den Schutzgegenstand für eigene erfinderische oder schöpferische Beiträge nutzen dürfen. Um diese Offenheit zu gewährleisten, ist allerdings zunächst eine individuelle Inhaberschaft erforderlich; denn diese Inhaberschaft ist die Basis für eine – kollektive – Kontrolle und eine dauerhafte Erhaltung der „Offenheit“ des Systems.

Es ist anzunehmen, dass in einer solch offenen Welt Schutzrechte kaum negative Auswirkungen auf die Mechanismen des Wettbewerbs haben – auf welcher Stufe auch immer, insbesondere jener, auf der es um das Her-

vorbringen von Neuem an sich geht. Im Gegenteil bestehen in dieser Welt vergleichbare Wettbewerbsbedingungen für alle, indem jeder Wettbewerbssteilnehmer in der Lage ist, unter Nutzung eines vorbestehenden Schutzgegenstandes einen eigenen, erfinderischen oder kreativen Beitrag zu leisten. Mit andern Worten neigt die offene Welt gerade dazu, perfekte Wettbewerbsbedingungen zu generieren: Letzten Endes wird der beste (Mit-) Erfinder oder (Mit-) Kreative die besten Resultate hervorbringen können. Von dieser Spitzenstellung wird er auf der einen Seite – abhängig davon, wie geschickt er seine übrigen (z.B. Marketing-) Strategien zu entwickeln vermag – selbst profitieren. Auf der andern Seite zieht – dank der Offenheit des Systems, mithin des Umstandes, dass nachfolgende Erfinder und Kreative wiederum auf seinen Resultaten aufbauen können – aber auch die Allgemeinheit Vorteile daraus.

- In der anderen Welt wird Rechtsschutz errichtet, um individuelle Inhaberschaften zu erzeugen und gestützt darauf die betreffenden Schutzgegenstände individuell auswerten zu können. Hier wachsen allerdings die Zweifel, ob eine solch proprietäre Welt nicht möglicherweise negativen Einfluss auf die Mechanismen des Wettbewerbs haben könnte. Dabei liegt das Problem nicht in der Gewährung individueller Inhaberschaften an sich; denn letzten Endes ist jene ja notwendige Voraussetzung für beide Welten, die proprietäre ebenso wie die offene. Ohne eine individuelle Rechtsgüterzuweisung würde mithin auch die offene Welt nicht funktionieren, weil nachhaltige Offenheit nur gestützt auf ein besonderes Lizenzregime sichergestellt werden kann.

Hält man sich diese zwei Welten – und namentlich also den Umstand, dass individuelle Inhaberschaft so oder anders erforderlich ist – vor Augen, so ist die Frage, wie diese individuelle Inhaberschaft als solche am besten ausgestaltet wird, eigentlich von sekundärem Interesse. Denn ist die vorstehend getroffene Annahme korrekt, wonach eine offene Welt mit Blick auf die Mechanismen des Wettbewerbs eher positive Effekte zu bewirken vermag als eine proprietäre, so muss es eher darum gehen, wie die Anreize erhöht werden können, damit Kreative und Erfinder sich tatsächlich zugunsten jenes Weges entscheiden, der in eine offene Welt mündet.

Ein Blick in die Rechtswirklichkeit zeigt uns allerdings, dass – ungeachtet aller abstrakten Erkenntnisse hinsichtlich möglicher positiver Auswirkungen einer offenen Welt – sich letztlich doch eine grosse Mehrheit von Rechteinhabern für die proprietäre Welt entscheidet. Zu tun haben dürfte dies nicht zuletzt damit, dass sie aus dieser Welt mehr individuelle Vorteile zu ziehen vermögen und entsprechend daran interessiert sind, ahnungslose Politiker davon zu überzeugen,⁷⁵ dass starke Schutzmechanismen der beste Weg seien,

⁷⁵ Dazu allgemein LUDWIG VAN DEN HOUWE, Public Choice, Constitutional Political Economy and Law and Economics, in: Boudewijn Bouckaert/Gerrit De Geest (Hrsg.), *Encyclope-*

um das Hervorbringen von Neuem zu fördern. Dass die Zusammenhänge bei weitem komplexer sind, wurde vorstehend gezeigt; die grosse Herausforderung besteht mithin darin, den Gesetzgeber davon zu überzeugen, dass einseitige Rechtsgüterzuweisungen nicht a priori jene Resultate bewirken, die beabsichtigt sind. Künftige Gesetzgebung darf mithin nicht blindlings darauf ausgerichtet sein, innerhalb der proprietären Welt den Rechtsschutz zugunsten gewisser individueller Rechteinhaber weiter auszubauen. Recht ist vielmehr dazu da, so viel Freiheit wie möglich zu erhalten – denn Freiheit ist die beste Voraussetzung für funktionierende Wettbewerbsbedingungen, unter denen sich wiederum am ehesten etwas Neues etablieren kann.

Damit sollte nicht zu viel Energie auf die Theorie einer idealen – offenen – Welt investiert werden.⁷⁶ Eher muss es – wenn der Weg in diese offene Welt oft eben nicht gewählt wird – darum gehen, bessere Rechtsregeln für die proprietäre Welt zu entwickeln,⁷⁷ Regeln, welche es erlauben, den Einsatz von Schutzrechten bzw. ihre Durchsetzung insoweit, als sich daraus negative Auswirkungen zu entwickeln drohen, Grenzen zu unterwerfen. Solche Rechtsregeln können auf zwei Ebenen bestehen:

- Entweder wird die eingangs genannte dritte Gruppe von Rechtsanordnungen nutzbar gemacht, im Wesentlichen also das Kartellrecht, wobei man hier die Erfahrungen aus der Praxis im Auge behalten sollte. Angesichts der verschwindend kleinen Zahl von Entscheidungen, in welchen das Kartellrecht nutzbar gemacht werden konnte,⁷⁸ drängt sich nämlich der Verdacht auf, dass die gegenwärtige Rechtslage kaum besonders geeignet sein dürfte, um den wettbewerbswidrigen Einsatz von Schutzrechten einer wirkungsvollen Kontrolle zu unterwerfen.⁷⁹
- Oder aber es können spezifische Grenzen (z.B. Schranken) direkt innerhalb der eingangs genannten ersten oder der zweiten Gruppe von Rechtsanordnungen – namentlich also im Patent-, Urheber-, Design-, Markenrecht etc. – errichtet werden. Von besonderem Interesse mit Blick auf den potentiell negativen Einfluss von Schutzrechten auf die Mechanismen des Wettbewerbs sind dabei Normen, auf denen sich Zwangslizenzen etablieren lassen.⁸⁰

dia of Law & Economics, Band I, Cheltenham 2001, 603 ff.; GARY BECKER, A Theory of Competition among Pressure Groups for Political Influence, Quarterly Journal of Economics [Vol. 98], 371 ff.

⁷⁶ Ähnlich ELLEN EULER, Creative Commons: Mehr Innovation durch die Öffnung des Urheberrechts?, in: Olga Drossou/Stefan Krempf/Andreas Poltermann (Hrsg.), Die wunderbare Wissensmehrung, Hannover 2006, 147, 151, 157 f.

⁷⁷ Siehe bereits RETO M. HILTY, Sündenbock Urheberrecht?, in: ANSGAR OHLY/DIETHELM KLIPPEL, Geistiges Eigentum und Gemeinfreiheit, Tübingen 2007, 107 ff., 134 ff.

⁷⁸ Vgl. EUGH v. 6.4.1995, C-241/91 – Magill; EUGH v. 29.4.2004, C-418/01 – IMS Health.

⁷⁹ Franz STIRNIMANN/ROLF H. WEBER, IT-/Info-Flaschenhalse und Kartellrecht, sic! 2007, 85, 93.

⁸⁰ Mag das Instrument der Zwangslizenz im Markenrecht momentan nicht gebräuchlich sein, so sei doch an den *RealLemon Fall* zu erinnern, in dem die *Federal Trade Commission*

Zielsetzung all dieser Rechtsregeln muss es letztlich sein, die Wahlfreiheit zwischen den genannten zwei Welten – der offenen und der proprietären – zu gewährleisten. Mithin muss der Gesetzgeber sicherstellen, dass diese beiden Welten tatsächlich nebeneinander Bestand haben können; dafür müssen ausreichende Rechtsmittel bestehen, um Versuche abwehren zu können, Schutzgegenstände, die seitens des ersten Rechteinhabers einem offenen Lizenzregime unterworfen worden sind, in die proprietäre Welt zu überführen.

Hier hat noch nicht mancher Gesetzgeber die Hausaufgaben gemacht – auch der schweizerische nicht. Denn sind Lizenzkonstruktionen von vornherein schuldrechtlicher Natur,⁸¹ haben Rechtsübertragungen aber absolutrechtliche Wirkungen, so hat die Einräumung bestimmter Nutzungsberechtigungen für nachfolgende Erfinder oder Kreative kaum Bestand, wenn der Schutzgegenstand veräussert wird. Zwar lässt sich der Untergang einer Lizenz durch ihren Eintrag in ein bestehendes Schutzrechtsregister vermeiden.⁸² Weder besteht aber ein solches für das Urheberrecht⁸³ noch ist vorstellbar, wie eine zugunsten unbestimmter Dritter errichtete „creative common license“ konkret eingetragen werden sollte. Mithin bleibt rechtsdogmatisch wie auch rechtspolitisch einiges aufzuarbeiten, wenn die Chancen, welche die Welt einer offenen Kommunikation von schutzrechtsbezogenen Informationen bietet, verwirklicht werden können sollen.

(FTC) die Firma Borden, Inc. verpflichtete, jedem Mitbewerber eine zehnjährige Lizenz ihrer Marke *ReaLemon* einzuräumen, da das Unternehmen den Markt für Zitronensaft durch die Verwendung der Marke in wettbewerbswidriger Weise monopolisiert hatte, siehe FTC, Borden, Inc., FTC Decisions 1978 [Vol. 92], 669, 774 ff.; vertiefend RICHARD SCHMALENSEE, On the Use of Economic Models in Antitrust: the ReaLemon Case, University of Pennsylvania Law Review 1979, 994 ff. Auch in der Literatur bleibt die Frage über das Potenzial einer markenrechtlichen Zwangslizenz diskussionswürdig, siehe etwa MARA BABIN, Abuse of Trademarks: A Proposal for Compulsory Licensing, University of Michigan Journal of Law Reform 1974, 644, 662 ff.; kritisch VINCENT PALLADINO, Compulsory Licensing of a Trademark, The Trademark Reporter 1978 [Vo. 68], 522, 530; WALTER LANE, Compulsory Trademark Licensing, Southern Economic Journal 1988 [Vol. 54], 643–655. Siehe ferner JULIAN-ARNOLD (Fn. 61), 349 ff.; HILTY (Fn. 72), 633 ff.

⁸¹ Eingehend RETO M. HILTY, Lizenzvertragsrecht, Bern 2001, 107 ff.

⁸² In der Schweiz Art. 34 Abs. 3 PatG; Art. 15 Abs. 2 DesG; Art. 18 Abs. 2 MSchG.

⁸³ Vertiefter zu der Problematik HILTY (Fn. 81), 304 ff.; s. aber auch RETO M. HILTY, Rechtsdogmatisches zur Übertragung von Urheberrechten und gewerblichen Schutzrechten, insbesondere zur Frage des Gutgläubenschutzes obligatorisch Berechtigter, Schweizerische Mitteilungen über Immaterialgüterrecht (SMI) 1992, 211–221; MATTHIAS REY, Der Gutgläubenserwerb im Immaterialgüterrecht, Bern 2009, 223 ff.