

Grußwort von Cornelia Rudloff-Schäffer Präsidentin des Deutschen Patent- und Markenamts

War das europäische Markenrecht in den letzten Jahren nach der Klärung der grundlegenden rechtlichen Fragen in etwas ruhigeres Fahrwasser eingeschwenkt, so sorgt nun die neugefasste EU-Markenrechtsrichtlinie 2015/2436 vom 16. Dezember 2015 wieder für eine bewegte See. Mit dem Markenrechtsmodernisierungsgesetz, das am 14. Januar 2019 in Kraft treten wird, werden ihre Maßgaben nun auch in deutsches Recht umgesetzt. Die Novellierung des Markengesetzes bringt zwar keine grundsätzliche Neuregelung mit sich, aber einige bedeutsame Änderungen des deutschen Markenrechts in den Verfahren vor dem DPMA, die in der täglichen Rechtsanwendung aufmerksam beachtet sein wollen.

Mit dem Abschied vom Erfordernis der grafischen Darstellbarkeit wird mehr Spielraum für moderne Markenformen eröffnet. Aus vielen Gesprächen mit unseren Anmelderinnen und Anmeldern wissen wir, wie sehr diese auf die neuen Möglichkeiten warten. Deutschland hatte sich deshalb schon seit den ersten Anfängen der Reform sehr für diese Neuerung eingesetzt. Genau genommen geht dies noch zurück auf die Studie des Max-Planck-Instituts für Innovation und Wettbewerb aus dem Jahr 2011 (damals noch als MPI für Immaterialgüter- und Wettbewerbsrecht), die wesentliche Impulse für die Reform gesetzt hat. Womöglich werden wir staunen, welch große, heute im Einzelnen noch nicht vorstellbare Gestaltungsfreiheit hierdurch entstehen wird!

Die wenigen Stimmen, die kritisieren, das seit einiger Zeit etwas straffere Fristenregime im Widerspruchsverfahren setze sie zu sehr unter Zeitdruck, kann ich mit Blick auf die Reform beruhigen: Auch das DPMA wird ab Januar 2019 auf gemeinsamen Antrag beider Seiten eine Frist von mindestens zwei Monaten mit Verlängerungsmöglichkeit einräumen, damit eine gütliche Einigung erreicht werden kann (also ein „Cooling-off“, ähnlich dem beim EUIPO).

An Bedeutung gewinnt in Zukunft die Zusammenarbeit zwischen den nationalen Ämtern und dem EUIPO. Die Reform des europäischen Markenrechts hat diese Kooperation in den Fokus genommen und erstmals verbindlich verankert. Wir im DPMA engagieren uns vor allem bei den Konvergenzprojekten, um im Interesse der Anmelderinnen und Anmeldern die Annäherung der Prüfungspraxis voranzutreiben. Damit sind wir schon in den vergangenen Jahren recht erfolgreich gewesen. Die Prüfungspraktiken des EUIPO und des DPMA liegen heute nicht mehr so weit auseinander wie früher, sind vergleichbarer und kalkulierbarer geworden. Längst widmen wir uns dabei auch den Themen der Reform und diskutieren gemeinsame elektronische Formate für neue Markenformen sowie deren Prüfung im Eintragungs- und Widerspruchsverfahren.



Dabei setzen wir uns auch dafür ein, dass den Bedürfnissen und dem Marken- und Sprachverständnis unserer Anmelderinnen und Anmeldern aus Deutschland angemessen Rechnung getragen wird. Internationale Kooperation kann nachhaltig nur gelingen, wenn die Regionen mit ihren individuellen Besonderheiten nicht vernachlässigt werden. Dies ist das Hauptanliegen des DPMA bei unserer Kundenorientierung und unseren Serviceangeboten. Von der Option, unsere Gebührenstruktur auf eine Bezahlung pro Klasse umzustellen, machen wir deshalb keinen Gebrauch: Ein Großteil unserer Anmelderinnen und Anmeldern sind KMU, häufig auch Einzelanmelder. An unserem Gebührensystem mit Pauschalabdeckung von drei Klassen schätzen sie die Freiheit bei der Gestaltung ihres Waren- und Dienstleistungszeichnisses sehr, nutzen diese aber nicht übermäßig aus. Die Gefahr einer Überfüllung des Registers oder einer Blockade des Marktes durch ungenutzte Markenrechte schätzen wir daher in Deutschland geringer ein als auf europäischer Ebene und werden unseren Anmelderinnen und Anmeldern das für sie vorteilhafte bisherige Gebührensystem erhalten.

Alles in allem lässt sich feststellen: Die ehemals so unüberschaubare Marken-Welt wird durch diese Rechtsreform ein gutes Stück weiter harmonisiert, komfortabler und näher zusammenrücken.

Cornelia Rudloff-Schäffer

Die Umsetzung der Europäischen Markenrechtsrichtlinie (EU) 2015/2436 in das nationale Markenverfahren beim DPMA

KATHARINA MIRBT*

Die Richtlinie (EU) 2015/2436 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 16. Dezember 2015 zur Angleichung der Rechtsvorschriften der Mitgliedstaaten über die Marken (MRL) ist am 13. Januar 2016 in Kraft getreten. Ziel der Richtlinie ist es insbesondere, einen gut funktionierenden Binnenmarkt einzurichten und zu fördern sowie die Eintragung, Verwaltung und den Schutz von Marken in der Union zu erleichtern und damit Wachstum und Wettbewerbsfähigkeit der europäischen – insbesondere der kleinen und mittleren – Unternehmen zu fördern.¹ Das Markenrechtsmodernisierungsgesetz (MaMoG), mit dem das deutsche Markenrecht novelliert und die MRL in nationales Recht umgesetzt wird, wurde am 14. Dezember 2018 verkündet² und wird am 14. Januar 2019 in Kraft treten.

I. Neue Markenkategorie: Gewährleistungsmarke

Mit der Gewährleistungsmarke hält – neben den Individualmarken und Kollektivmarken – eine weitere Markenkategorie Einzug in das Markengesetz. Der Gesetzgeber hat damit dem Bedürfnis Rechnung getragen, nicht nur herkunftshinweisende Marken zu schützen, sondern auch Marken, mit denen eine bestimmte Eigenschaft der beanspruchten Waren oder Dienstleistungen, nämlich deren „Güte“, zugesichert werden soll.³ Sichtbar wurde dieses Bedürfnis durch eine jahrzehntelange Praxis,⁴ die zur Eintragung von Güte- und Qualitätszeichen, Garantie- und Gewährleistungszeichen, Prüf- und Kontrollzeichen für verschiedene Waren in Kombination mit Dienstleistungen wie Qualitätsprüfung, Qualitätskontrolle, Zertifizierung oder Qualitätssicherung in das Markenregister führte. Der EuGH hat diese Praxis durch seine Funktionenlehre untermauert, nach der die Qualitätsfunktion ausdrücklich als Nebenfunktion einer Individualmarke anerkannt wurde.⁵

Rechtssystematisch haben sich die Gütezeichen jedoch nie präzise in die Kategorie der Individual- oder Kollektivmarken einreihen können, da sie eben gerade keinerlei Hinweis auf die Herkunft einer bestimmten Ware oder Dienstleistung geben sollten. Mit Einführung des Rechtsinstituts der Gewährleistungsmarke wollte der Gesetzgeber deshalb etwaige Rechtsunsicherheiten im Zusammenhang mit den bisher bestehenden Gütezeichen ausräumen.⁶ Der EuGH hat dieses Ansinnen bereits unterstützt, indem er in Beantwortung des Vorlagebeschlusses des OLG Düsseldorf vom 15.12.2015⁷ entschied, dass die Anbringung einer Individualmarke auf Waren als Gütezeichen keine markenmäßige Benutzung darstelle, wenn der Anbringung der Marke auf Waren nur die Funktion eines Gütezeichens für die Waren zukomme und nicht zugleich die Funktion der Garantie,

dass die Waren aus einem einzigen Unternehmen stammen. Damit hat der EuGH die Möglichkeit abgeschnitten, auf bisher übliche, gängige Gütezeichen als Individualmarken zurückgreifen zu können.⁸ Unabhängige Markeninhaber können künftig stattdessen ihr Gütesiegel als Gewährleistungsmarke an ausgewählte Unternehmen vergeben, die zuvor in einer Satzung festgelegte Kriterien erfüllen.⁹



Katharina Mirbt, Abteilungsleiterin im Deutschen Patent- und Markenamt, Marken

Eine Gewährleistungsmarke muss bei der Anmeldung als solche bezeichnet werden, § 106a Abs. 1 S. 3 MarkenG¹⁰, hierfür wird das Anmeldeformular des DPMA ein Ankreuzfeld vorsehen. Inhaber einer Gewährleistungsmarke kann grundsätzlich jeder sein. Allerdings darf der Markeninhaber keine Tätigkeit ausüben, die die Lieferung von Waren oder Dienstleistungen umfasst, für die eine Gewährleistung besteht (Prinzip der Neutralität), § 106b MarkenG. Damit soll sichergestellt werden, dass derjenige, der eine bestimmte Eigenschaft des Produkts mit seinem Zertifikat garantiert, selbst keine Interessen an dem wirtschaftlichen Erfolg des Produkts hat.¹¹ Für die Unabhängigkeit des Zertifizierungssystems ist dieses Neutralitätsprinzip von grundlegender Bedeutung.¹² Eine entsprechende Erklärung des Inhabers muss daher ebenso wie die Eigenschaften, die mit der Gewährleistungsmarke garantiert werden sollen, in der Markensatzung enthalten sein, die mit der Anmeldung der Gewährleistungsmarke beim DPMA einzureichen ist. Aus der Satzung muss hervorgehen, wie der Inhaber der Gewährleistungsmarke die von der Gewährleistung umfassten Eigenschaften zu prüfen und

*Die Autorin ist Abteilungsleiterin im Deutschen Patent- und Markenamt, Marken

¹ vgl. Erwägungsgründe 42 und 8 MRL

² BGBl 2018 Teil I Nr. 45, S. 2357

³ Gesetzesbegründung zum MaMoG, A. II. 2. Unterpunkt

⁴ vgl. Fezer, Rechtsnatur und Rechtssystematik der unionsrechtlichen Konzeption einer Gewährleistungsmarke, GRUR 2017, 1188 (1193)

⁵ st. Rechtsprechung des EuGH; zB EuGH Urt. v. 20.09.2017 – C-673/15 P bis C-676/15 P, MarkenR 2017, 462 – Darjeeling

⁶ Gesetzesbegründung zum MaMoG, A. II. 2. Unterpunkt

⁷ OLG Düsseldorf GRUR 2016, 386 – Internationales Baumwollzeichen

⁸ so auch Grabrucker, „Der EuGH schnürt am Paket zur Gewährleistungsmarke: Gedanken zur „Baumwollblüte“ in „Darjeeling“, GRUR 2018, 53

⁹ Einführung zum MaMoG, B. 2. Unterpunkt

¹⁰ Die folgenden Ausführungen beziehen sich auf die ab dem 14.1.2019 geltenden Fassungen des MarkenG und der MarkenV.

¹¹ Gesetzesbegründung zum MaMoG, A. II. 2. Unterpunkt

¹² Vgl. auch Fezer GRUR 2017, 1188 (1192)

die Benutzung der Marke zu überwachen hat, § 106d Abs. 2 Nr. 8 MarkenG. Auch müssen die Nutzungsbedingungen der Gewährleistungsmarke in der Satzung offengelegt werden, damit für jedermann deutlich wird, unter welchen Voraussetzungen die Gewährleistungsmarke vergeben wird und für welche Produkt- und Qualitätseigenschaften sie einsteht (Transparenzgebot¹³). Die Satzung wird mit der Marke im Markenregister eingetragen und damit jeder Person frei zugänglich, § 106d Abs. 3 und 4 MarkenG. Auch Änderungen der Satzung sind dem DPMA mitzuteilen und werden im Register eingetragen, § 106f MarkenG.

Die Gewährleistungsmarke muss darüber hinaus geeignet sein, Waren und Dienstleistungen, für die eine Gewährleistung bestimmter Produkteigenschaften durch den Markeninhaber besteht, von solchen Waren und Dienstleistungen zu unterscheiden, für die keine derartige Gewährleistung übernommen wird, § 106a MarkenG. Zudem wird die Anmeldung einer Gewährleistungsmarke auch dann zurückgewiesen, wenn die Gefahr besteht, dass das Publikum über den Charakter oder die Bedeutung der Marke irreführt wird, insbesondere wenn die Marke den Eindruck erwecken kann, sie sei etwas anderes als eine Gewährleistungsmarke, § 106e Abs. 2 MarkenG. Hieraus folgt das rechtliche Gebot, die Gewährleistungsmarke als Garantieverprechen eines neutralen Zertifizierers auf dem Markt eindeutig erkennbar zu machen.¹⁴ Die Anforderungen an dieses „Erkennbarkeitsgebot“ werden sehr kontrovers diskutiert¹⁵ und sind auch international noch nicht einheitlich definiert. Während das United States Patent and Trademark Office (USPTO) explizit klarstellt, dass die Gewährleistungsmarke nicht unmittelbar als solche erkennbar sein muss¹⁶, fordert das Intellectual Property Office des Vereinigten Königreichs (UKIPO) ebendiese Erkennbarkeit, lässt aber gegebenenfalls eine entsprechende Regelung in der Satzung, z.B. „It is a condition of use that the mark shall not be used without indicating that it is a certification mark“ ausreichen¹⁷. Die Guidelines des European Union Intellectual Property Office (EUIPO) enthalten hierzu keine Regelungen, die Eintragungspraxis ist noch uneinheitlich: Während die Zeichen ¹⁸ und ¹⁹ z.B. mangels Unterscheidungskraft vom EUIPO zurückgewiesen wurden, wurde das Zeichen ²⁰ als Gewährleistungsmarke eingetragen.

Der deutsche Gesetzgeber hat mit den Regelungen zur Gewährleistungsmarke eine klare Systematik geschaffen und dem Vertrauensschutz der Verbraucher durch die besonderen Erfordernisse der Neutralität des Markeninhabers und der Transparenz hinsichtlich der Art der Gewährleistung sowie der diesbezüglichen Prüf- und Überwachungspflichten besonders Rechnung getragen. Diesen Schwerpunkt hat der EuGH durch seine Rechtsprechung, insbesondere zum Baumwollzeichen, klar unterstützt und die Unterschiede und Besonderheiten zwischen den Marken-

kategorien verdeutlicht.²¹ Der gewährleistende Charakter einer Gewährleistungsmarke muss daher insgesamt aus dem Zeichen heraus erkennbar sein, damit dieses im Sinne des § 106a MarkenG unterscheidungskräftig ist. Ein diesbezüglicher Mangel kann allerdings im Wege der Verkehrsdurchsetzung überwunden werden, §§ 106a Abs. 2 iVm 8 Abs. 3 MarkenG.



Quelle: EuGH Urt. v. 20.09.2017 - C-673/15 P bis C-676/15 P – Darjeeling; InfoCuria

Aus dem gleichen Gedanken heraus können auch gleiche Zeichen desselben Inhabers langfristig wohl nicht sowohl als Individualmarke als auch als Gewährleistungsmarke Bestand haben. Wenn der Inhaber der Gewährleistungsmarke nämlich keine geeigneten Maßnahmen trifft, um zu verhindern, dass die Gewährleistungsmarke missbräuchlich in einer der Gewährleistungsmarkensatzung widersprechenden Weise benutzt wird, wird sie auf Antrag für verfallen erklärt und gelöscht, § 106g MarkenG. Die Gewährleistungsmarke gezielt als Herkunftshinweis für eigene Waren und Dienstleistungen und eben gerade nicht als Garantieverprechen eines neutralen Zertifizierers einzusetzen, dürfte den Tatbestand dieser Irreführung in geradezu klassischer Weise erfüllen. Auch an der Erklärung, dass der Markeninhaber nicht selbst Hersteller oder Erbringer der beanspruchten Waren oder Dienstleistungen ist, dürften berechtigte Zweifel bestehen, wenn der Inhaber zugleich eine (gegebenenfalls nicht einmal ähnliche) Individualmarke hinsichtlich derselben Waren oder Dienstleistungen innehat.²²

II. Neue Markenformen

Bisher waren Marken von der Eintragung ausgeschlossen, die sich nicht grafisch darstellen ließen, § 8 Abs. 1 MarkenG a.F. Dieses Erfordernis der grafischen Darstellbarkeit des angemeldeten Zeichens wird nunmehr aufgegeben, sodass ein Zeichen in jeder geeigneten Form unter Verwendung allgemein zugänglicher Technologie dargestellt werden kann. Nach § 8 Abs. 1 MarkenG sind daher nur solche Zeichen im Sinne des § 3 MarkenG von der Eintragung ausgeschlossen, die nicht geeignet sind, im Register so dargestellt zu werden, dass die zuständigen Behörden und das Publikum den Gegenstand des Schutzes klar und eindeutig bestimmen können. Das Zeichen muss zwar nicht mehr grafisch, jedoch in eindeutiger, präziser, in sich abgeschlossener, leicht zugänglicher, verständlicher, dauerhafter und objektiver Weise darstellbar sein (Siekmann-Kriterien²³). Die

¹³ Gesetzesbegründung zum MaMoG, A. II. 2. Unterpunkt

¹⁴ so auch Fezer, GRUR 2017, 1188 (1192)

¹⁵ Für Erfordernis der Erkennbarkeit im Zeichen selbst z.B. Fezer, GRUR 2017, 1188 (1193); dagegen z.B. Dröge, Die Gewährleistungsmarke und ihre Praxisrelevanz, GRUR 2017, 1198; ebenso Geiger/Kringer, Die Einführung der Gewährleistungsmarke in das deutsche Markenrecht, MarkenR 2018, 359 (364)

¹⁶ USPTO Trademark Manual Examining Procedure, 1306.04(c) Characteristics of Certification Marks

¹⁷ UKIPO Trade marks manual – Guidance, Certification and collective marks, 2.5.1

¹⁸ EM 017383886, für Waren der Klassen 1, 3, 5, 6, 16, 21, 29-33 und Dienstleistungen der Klassen 39 und 43

¹⁹ EM 017282211, für Waren der Klassen 17, 18, 22, 23, 24, 25 und 27

²⁰ EM 017321738, für Waren der Klasse 7

²¹ Ebenso Grabrucker GRUR 2018, 53 (57)

²² Das UKIPO beanstandet die Anmeldung in diesen Fällen, UKIPO Trade marks manual – Guidance, Certification and collective marks, Pkt. 2.4

²³ vgl. EuGH, 12. Dezember 2002, C-273/00, ECLI:EU:C:2002:748, GRUR 2003, 145 – Siekmann

dazu genutzten Mittel müssen dafür ausreichende Garantien bieten.²⁴ Künftig wird es durch diese Öffnung möglich, das Zeichen mittels gängiger Audio- und Bild-Dateiformate im Register zu hinterlegen, sofern diese eine rechtssichere Darstellung garantieren.

Um die wichtigsten Verfahrensvorschriften im Bereich der Markeneintragung in den Mitgliedstaaten und im Markensystem der Union anzugleichen,²⁵ haben sich die europäischen Ämter weitgehend auf einheitliche Markenformen geeinigt²⁶. Diese umfassen neben den klassischen Markenformen Wortmarke, Bildmarke (und Wort-/Bildmarke), dreidimensionale Marke und Farbmarke auch die Markenformen Klangmarke (bisher: Hörmarke), Positionsmarke, Mustermarke, Bewegungsmarke, Hologrammarke, Multimediamarke und sonstige Marke, § 6 MarkenV. Die in Deutschland bewährte und verwendete Kennfadenmarke bleibt zusätzlich als eigene Markenform im deutschen Markensystem erhalten, § 12 MarkenV. Die für die Einreichung der Markendarstellungen zulässigen Formate werden auf der Homepage des DPMA bekanntgegeben, § 6a Abs. 1 MarkenV.

Die §§ 6 ff MarkenV enthalten zwar Regelungen zu den formellen Einreichungsmodalitäten, auf Legaldefinitionen der einzelnen Markenformen wurde jedoch verzichtet. Die Markenform, in der die Marke in das Register eingetragen werden soll, ist in der Anmeldung anzugeben, § 6 MarkenV. Dabei ist zu beachten, dass der Schutzgegenstand der Marke je nach gewählter Markenform ein anderer sein kann: Eine Bildmarke schützt nicht zwingend das unterschiedliche Schillern eines in dem Bild enthaltenen holographischen Elements; eine Bewegungsmarke schützt möglicherweise nicht den bloßen Farbwechsel.

Mit der MRL sollte unbedingt gewährleistet werden, dass eingetragene Marken nach dem Recht aller Mitgliedstaaten

einen einheitlichen Schutz genießen.²⁷ Um dies in der Praxis zu bewerkstelligen, sind die abgrenzenden Kriterien einzelner Markenformen bereits Gegenstand eines Europäischen Kooperationsprojekts.²⁸

Die neuen, nicht grafisch dargestellten Marken stellen das Markenverfahren vor diverse praktische Herausforderungen: Nicht nur die Bearbeitungs-, Übertragungs- und Anzeigemöglichkeiten der elektronischen Akten, des elektronischen Markenregisters sowie der technischen Schnittstellen z.B. zum EUIPO, zur Weltorganisation für Geistiges Eigentum (WIPO) und zum Bundespatentgericht (BPatG) waren anzupassen, sondern auch eine Form der Darstellung der – nicht grafisch dargestellten – Marken in Beschlüssen, auf Urkunden und sonstigen Bescheinigungen muss gewährleistet bleiben. Hierzu werden die entsprechenden Dokumente künftig einen Hinweis (Link) auf die Darstellung im elektronischen Markenregister enthalten und mit einem QR-Code ausgestattet sein. Zu Markendarstellungen von Nicht-Wortmarken werden sowohl etwaige Wortbestandteile als auch intuitive Begriffe als Suchschlagworte erfasst werden, um eine erfolgreiche Suche im Markenregister auch von nicht grafisch dargestellten Marken zu ermöglichen.

III. Absolute Schutzhindernisse

Die absoluten Schutzhindernisse des § 8 Abs. 2 MarkenG werden um die Tatbestände zu den geschützten Ursprungsbezeichnungen (g.U. 🍷) und geschützten geografischen Angaben (g.g.A. 🌍),²⁹ garantiert traditionellen Spezialitäten (g.t.S. 🍷)³⁰, traditionellen Bezeichnungen für Weine³¹ sowie geschützten Sortenbezeichnungen³² erweitert, § 8 Abs. 2 Nr. 9 bis 12 MarkenG. Diese Angaben und Bezeich-

²⁴ vgl. Erwägungsgrund 13 MRL

²⁵ vgl. Erwägungsgrund 9 MRL

²⁶ European trademark and design network: "Common Communication on the representation of new types of trade marks"

²⁷ vgl. Erwägungsgrund 9 MRL

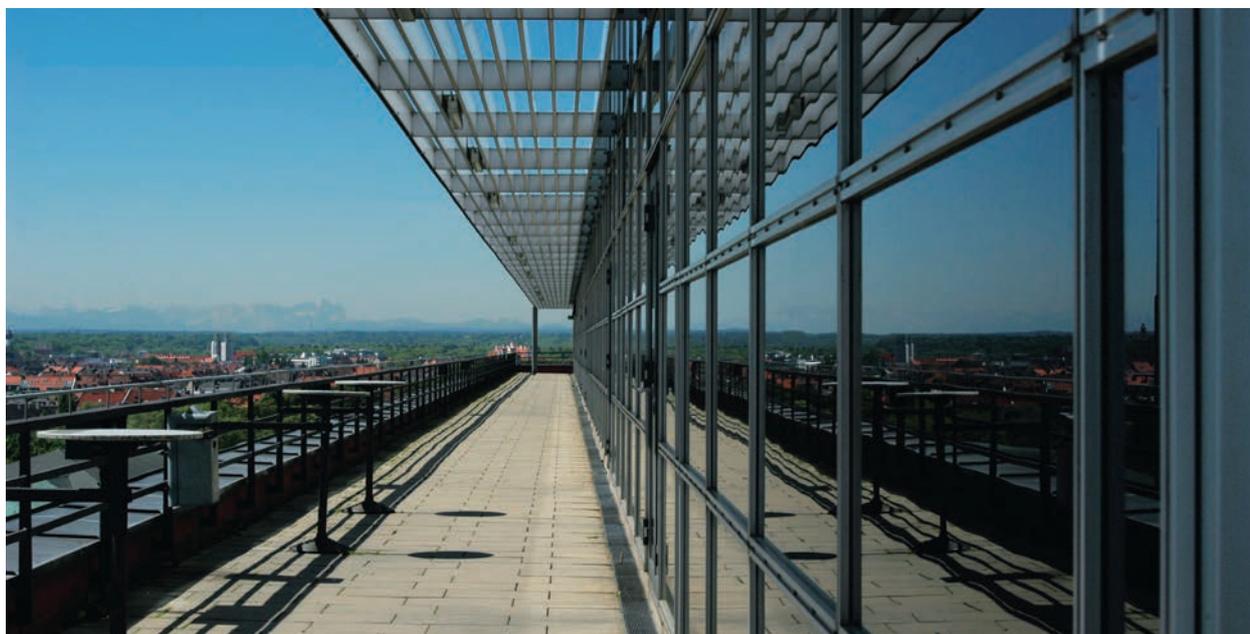
²⁸ Arbeitsgruppe Konvergenzanalyse CP 11: Neue Arten von Marken – Formalprüfung und Prüfung auf absolute und relative Schutzhindernisse

²⁹ g.U. und g.g.A. recherchierbar in den Datenbanken DOOR (Lebensmittel und Agrarprodukte) sowie E-Bacchus (Weine) und E-Spirit (Spirituosen)

³⁰ Recherchierbar in DOOR

³¹ Recherchierbar in E-Bacchus (Weine)

³² Recherchierbar in CPVO



DPMA-Dachgeschoss, München, mit Blick auf die Alpen

Foto: Deutsches Patent- und Markenamt

nungen waren dabei größtenteils auch bisher schon nach Unionsvorschriften, nationalem Recht oder internationalen Übereinkünften bzw. über den Tatbestand des § 8 Abs. 2 Nr. 9 MarkenG a.F. („sonstige Vorschriften“) von der Eintragung ausgeschlossen³³, ohne dass sie explizit als Schutzhindernisse im MarkenG Erwähnung fanden. Angaben oder Bezeichnungen der genannten Art sind bzw. bleiben damit in Alleinstellung von der Eintragung als Marke ausgeschlossen. Möglich bleibt jedoch auch weiterhin die Eintragung von Marken, die sich an derartige geschützte Angaben oder Bezeichnungen anlehnen oder diese „beinhalten“, wie z.B. „Krauses Schwarzwälder Schinken“. In diesen Fällen muss die Marke jetzt allerdings genau die Waren beanspruchen, die der Produktspezifikation der geschützten Angabe oder Bezeichnung entsprechen. Die bloße Möglichkeit der rechtmäßigen Verwendung der Bezeichnung durch die Beanspruchung entsprechend weit gefasster Oberbegriffe im Warenverzeichnis³⁴ erscheint nach Aufnahme der geschützten Angaben und Bezeichnungen als Schutzhindernisse in den Katalog des § 8 Abs. 2 MarkenG nicht mehr ausreichend.



DPMA Nutzerforum 2018 im Deutschen Patent- und Markenamt

IV. Widerspruchsverfahren

Ein Widerspruch kann nunmehr, wenn er ab 14. Januar 2019 beim DPMA eingereicht wird, nicht mehr nur auf der Grundlage eines einzigen älteren Rechts, sondern auch aufgrund mehrerer älterer Rechte erhoben werden, wenn diese Rechte demselben Inhaber gehören, §§ 42 Abs. 3, 158 Abs. 4 MarkenG. Ferner können künftig auch Widersprüche erhoben werden, die sich auf eine geschützte geografische Angabe oder eine geschützte Ursprungsbezeichnung stützen, § 42 Abs. 2 Nr. 5 MarkenG. Allerdings ist dies nach der Übergangsregelung des § 158 Abs. 3 MarkenG nur gegen Eintragungen von Marken möglich, deren Anmeldungen ab 14. Januar 2019 beim DPMA eingereicht wurden.

Im Übrigen werden künftig Beginn und Ende der Benutzungsschonfrist eingetragener Marken im Register angezeigt, § 25 Nr. 20a MarkenV, und der sog. zweite („wandernde“) Benutzungszeitraum des § 43 Abs. 1 Satz 2 MarkenG a.F. entfällt. Die Parteien im Widerspruchsverfahren

können künftig auch im deutschen Markenverfahren gemeinsam eine mindestens zweimonatige Frist zur gütlichen Einigung beantragen („Cooling Off“), § 42 Abs. 4 MarkenG.

V. Lizenzen

Als eine der letzten Rechtsordnungen weltweit³⁵ bietet nunmehr auch das deutsche Markengesetz ab 14. Januar 2019 die Möglichkeit, Lizenzen im Markenregister einzutragen, § 30 Abs. 6 MarkenG. Antragsberechtigt sind sowohl der Markeninhaber als auch der Lizenznehmer – jeweils mit Zustimmung des anderen. Für die Änderung oder Löschung einer eingetragenen Lizenz gilt Entsprechendes. Die Eintragung einer Lizenz im Register des DPMA entfaltet dabei ausschließlich deklaratorische Wirkung; die Vorschrift dient der Umsetzung von Artikel 25 Absatz 5 der MRL.³⁶ Auch Erklärungen des Markeninhabers, dass er zur Lizenzierung oder auch zur Veräußerung der Marke bereit ist, können dann in das Markenregister aufgenommen werden, § 42 c MarkenV.



DPMA-Hauptgebäude, München

VI. Fazit

Neben einigen grundlegenden Änderungen wie der Einführung der Gewährleistungsmarke oder dem Wegfall des Erfordernisses der grafischen Darstellbarkeit einer Marke bewirkt die Umsetzung der MRL zahlreiche „kleine“ Änderungen in etlichen Markenverfahren. Hierzu gehören zum Beispiel die veränderten Schutzende- und Fälligkeitstermine im Verlängerungsverfahren.³⁷ Vieles gilt es „lediglich“ umzusetzen und die Verfahrensabläufe entsprechend zu verändern – was insbesondere im Hinblick auf technische, organisatorische und informationspolitische Aspekte höchst anspruchsvoll ist. Von anderer Qualität ist die Herausforderung, neue Spielräume auszufüllen, die der Gesetzgeber bei der Normsetzung gelassen hat. Hier wird die weitere Entwicklung sowohl der Rechtsprechung als auch im internationalen Umfeld, in dem wir uns bewegen, intensiv zu beobachten und zu berücksichtigen sein.

Katharina Mirbt,
Abteilungsleiterin im Deutschen Patent- und Markenamt, Marken

³³ Zum Diskussionsstand sowie den unterschiedlichen Rechtsfolgen vgl. Ströbele in Ströbele/Hacker/Thiering, MarkenG, 12. Auflage 2018, § 8 Rn. 976ff

³⁴ Entsprechend der Rechtsprechung zur ersichtlichen Täuschungseignung, grundlegend BPatG BIPMZ 1989, 286 - Molino

³⁵ Stumpf, Karin, Die Eintragung von Lizenzen im Markenregister, in MarkenR 2005, 425 - 429

³⁶ Gesetzesbegründung zum MaMoG, zu Nr. 17 b)

³⁷ § 47 MarkenG

Ein ereignisreiches Jahr 2018 neigt sich dem Ende zu.

Das Wirken unserer Vereinigung hatte in diesem Jahr einen ausgeprägten Praxisbezug. Beispielsweise betrafen die Stellungnahmen zu Gesetzesinitiativen aus Berlin und Brüssel die Abmahnpraxis im Wettbewerbsrecht, lange diskutierte Rechtsfragen zum Ersatzteilschutz im Designrecht und auch das Schutzzertifikat als besonderes Schutzrecht, das den komplexen Zulassungsverfahren für Arzneimittel Rechnung trägt.

Die Jahrestagung unter dem Dachthema „Digitale Zukunft“ stand wie auch die Veranstaltung „GRUR meets Brussels“ und das GRUR-JIPLP-Seminar im November zum Thema der Standardessenziellen Patente ganz im Zeichen der Digitalisierung. Fachvorträge zu den neuen Rechtsfragen der Digitalwirtschaft wurden ergänzt durch praxisbezogene Präsentationen, die in die neuen Technologien einführen und die geänderten Anforderungen der Unternehmen an den Schutz der Immaterialgüter erläuterten. Die neuen Technikgebiete gaben insbesondere jungen Wissenschaftlern Gelegenheit, ihre Arbeiten im juristischen Neuland zu präsentieren. Die Praktiker und Vertreter der Industrie haben die praxisbezogene Ausrichtung der GRUR-Veranstaltungen sehr begrüßt.

Parallel zur Stärkung der praktischen Orientierung hat die GRUR auch die Initiative vorangetrieben, den Nachwuchs und die Berufsanfänger in unserer Vereinigung zu fördern. Innerhalb des Geschäftsführenden Ausschusses wurde eine Sonderarbeitsgruppe zu diesem Thema gebildet. Das Wirken dieser Arbeitsgruppe führte bereits zu einer Reihe von Förderinitiativen. So unterstützte die GRUR in diesem Jahr die Teilnahme an der GRUR Jahrestagung für ein Kontingent an Studenten, angehenden Anwälten und jungen Wissenschaftlern. Weitere Maßnahmen zur Unterstützung der Studierenden und Heranführung an die Vereinigung werden diskutiert.

Insbesondere hat sich eine an die GRUR herangetragene Initiative sehr erfreulich entwickelt. Bereits zum vierten Mal in Folge veranstalteten wissenschaftliche Mitarbeiter

verschiedener Lehrstühle für Immaterialgüterrecht im deutschsprachigen Raum eine jährliche Tagung, in der über ausgewählte Arbeiten an den Instituten referiert wird.

Die Tagung bietet Rechtswissenschaftlern am Anfang ihrer Berufslaufbahn die Möglichkeit, in ungezwungener Atmosphäre mit ihren Arbeiten an ein größeres Publikum heranzutreten. Dabei können sowohl inhaltliche Aspekte diskutiert werden als auch die Präsentation vor größerem Publikum an sich trainiert werden. Die GRUR unterstützt die Veranstaltung sowohl organisatorisch also auch finanziell, insbesondere bei der Publikation der Tagungsbeiträge. Die Tagungsreihe trägt mittlerweile den Namen „GRUR Junge Wissenschaft“. Die Organisatoren haben in diesem Jahr auch Rechtsanwälte, Patentanwälte und Unternehmensjuristen in ihren ersten vier Berufsjahren zur Teilnahme eingeladen. Die Veranstaltung bietet damit dem gesamten Nachwuchs unserer Vereinigung einen Rahmen, um außerhalb der etablierten Expertenrunden ein Diskussionsforum für ihre rechtswissenschaftlichen Aktivitäten zu finden und ein professionelles Netzwerk aufzubauen.

Bereits in den vergangenen Ausgaben der GRUR Newsletter waren einzelne Beiträge aus der Gruppe der jungen Wissenschaftler enthalten. In der vorliegenden Ausgabe bilden diese Artikel erkennbar den Schwerpunkt. Nach dem Tagungsbericht der diesjährigen Veranstaltung finden Sie kritische Überlegungen zum Gesetzgebungszyklus als Folge technischer Umbrüche, zur Ausweitung abgelaufenen Patentschutzes, zum Wesen der datenschutzrechtlichen Einwilligung, zu Kunst im Cyberspace, Marken an der Grenze der Unterscheidungskraft und zur rechtlichen Bewertung der Nutzung geschützter Musikwerke im Wahlkampf.

Wir hoffen, unseren Mitgliedern auf diesem Wege die kreativen und zukunftsorientierten Aktivitäten unserer jungen Mitglieder näher zu bringen und gleichzeitig auch das Interesse des Nachwuchses in unserem Rechtsgebiet an den Tätigkeiten der Vereinigung zu steigern. Die Förderung der jungen Mitglieder und der praktischen Relevanz unserer Arbeiten wird auch in den kommenden Jahren höchste Priorität haben.



Stephan Freischem, Generalsekretär der GRUR

Dr. Gert Würtenberger, Präsident der GRUR

Recht als Infrastruktur für Innovation

Bericht zur Tagung GRUR Junge Wissenschaft 2018 am 29. / 30. Juni in München

Innovationen nicht nur zu schützen, sondern auch zu fördern, ist seit jeher Aufgabe des Immaterialgüterrechts. Durch die fortschreitende Digitalisierung entstehen neue Kommunikations-, Werbe- und Nutzungsformen. Wissen und innovative Werke werden zunehmend dezentral und kollektiv geschaffen. Im Zeitalter globaler Digitalwelten verschwimmen nationale Grenzen. Aus dem steten Wandel erwächst für das Recht die Aufgabe, sich fortlaufend weiterzuentwickeln, um ein innovationsfreundliches Klima zu schaffen und Zukunftstechnologien zu fördern. Andererseits können aus technischen Neuerungen und innovativen Geschäftsmodellen auch Gefahren für schutzwürdige Belange erwachsen. Auch hierauf muss das Recht reagieren, wenn es nachhaltig Innovationen steuern will.



Den hieraus folgenden Fragen widmete sich die 4. Tagung „GRUR Junge Wissenschaft – Kolloquium zum Gewerblichen Rechtsschutz, Urheber- und Medienrecht“, zu der unter dem Thema „Recht als Infrastruktur für Innovation“ die Technische Universität München und das Max-Planck-Institut für Innovation und Wettbewerb eingeladen hatten. Die Organisatoren Dr. Lena Maute (TUM) und Dr. Dr. Mark-Oliver Mackenrodt, LL.M. (MPI) konnten über 80 Teilnehmerinnen und Teilnehmer aus Deutschland, Österreich, Polen, England und der Schweiz begrüßen – darunter Doktorandinnen und Doktoranden, Habilitandinnen und Habilitanden sowie Berufsanfängerinnen und Berufsanfänger aus Justiz, Verwaltung und Anwaltschaft.

Eröffnet wurde die Tagung durch Grußworte von Prof. Dr. Christoph Ann (TUM) und Stephan Freischem (Generalsekretär der GRUR). Im ersten Referat diskutierte Dr. Lars Rühlicke (Universität Potsdam) die Geheimhaltung von Scoring-Algorithmen. Im Anschluss stellte Dr. Stefan Holzweber (Universität Wien) die Frage, inwieweit Innovation als einschränkender Parameter in der Marktmachtmissbrauchskontrolle Berücksichtigung finden kann. Kristina Wagner, LL.M. (Harmsen Utescher, Hamburg) erläuterte, inwieweit die Gewährleistungsmarke eine Chance für mehr Wettbewerbsvielfalt bietet. Daran schlossen Referate aus dem Bereich des Patentrechts an: Sven Vetter (Humboldt-Universität zu Berlin) zeigte, dass Open Source Lizenzen „FRAND“ sein können. Stefan Papastefanou (Bucerius Law School, Hamburg) widmete sich der Bedeutung und Funktionalität von Menschenwürde im deutschen und US-ame-

rikanischen Patentrecht. Dr. Moritz Schroeder (Bird & Bird, Düsseldorf) setzte sich kritisch mit dem Mythos des Patentrolls auseinander und untersuchte, wie Patentinhaber vor missbräuchlichen Patentverletzungsklagen geschützt werden können.

Am zweiten Tag lag der Fokus auf den Themenbereichen Digitalisierung und Big Data. Dr. Amit Datta (Hengeler Müller, Berlin) analysierte die Haftung bei Verträgen über digitale Inhalte nach dem RL-Vorschlag COM(2015) 634 final. Friederike Schulte zu Sundern (Humboldt-Universität zu Berlin) behandelte territoriale Beschränkungen von Nutzungsrechten im Lichte aktueller europäischer Reformen am Beispiel der Übertragungsrechte bei Sportveranstaltungen. Michael Servatius (Humboldt-Universität zu Berlin) setzte sich mit dem künftigen Verhältnis von Urhebern und Verlegern auseinander. Philipp Homar (Donau-Universität Krems) stellte ein Modell zur angemessenen Vergütung der Nutzung von Werken auf Streaming-Plattformen vor.

Johannes Marosi (Johannes Gutenberg-Universität Mainz) leitete zum Themenblock des Datenschutzes und des Rechts an Daten über. Er analysierte und kritisierte das Urteil des EuGH in der Rs. C-210/16 zur datenschutzrechtlichen Verantwortlichkeit der Betreiber von Facebook-Fanpages. Kirsten Johanna Schmidt, MLaw, LL.M. (Universität Basel) und Thomas Sagstetter (Ludwig-Maximilians-Universität München) widmeten sich in ihren Referaten aus unterschiedlichen Blickwinkeln den Herausforderungen für das Recht durch Big Data. Die Tagung schloss mit Dr. Lukas Abegg, LL.M. (Bundesverwaltungsgericht, St. Gallen) und seinem Modell zur Beschreibung digitaler Sachverhalte am Beispiel von 3D-Druckern und Blockchain-Token.

Gefördert wurde die Tagung durch die Deutsche Vereinigung für gewerblichen Rechtsschutz und Urheberrecht e.V. (GRUR), die Kanzlei Hogan Lovells und den Nomos Verlag. Ihre großzügige Unterstützung hat die Tagung und die Publikation des Tagungsbandes möglich gemacht.

Die 5. Tagung GRUR Junge Wissenschaft wird am 21. / 22. Juni 2019 an der Universität Leipzig stattfinden.



Juniorprofessorin Dr. Lena Maute
Universität Augsburg

Dr. Dr. Mark-Oliver Mackenrodt, LL.M. (NYU), Attorney (NY)
Max-Planck-Institut für Innovation und Wettbewerb, München

Der Zyklus des Urheberrechts vom technischen Fortschritt bis zur Gesetzgebung

CHRISTOPHER FISCHER*

I. Einleitung

Das Urheberrecht schützt den Urheber in seiner Beziehung zum Werk, neben seiner ideellen auch in seiner vermögensrechtlichen: er soll wirtschaftlich angemessen an der Nutzung seines Werkes beteiligt werden. Seit der Industrialisierung findet der Genuss von Musik und Filmen zunehmend unter Verwendung technischer Geräte statt.¹ Bei jedem Gerät und Dienst, die eine neue Möglichkeit zur Nutzung von Musik- oder Filmwerken schaffen, entbrennt ein Streit darüber, ob diese Nutzung einen Eingriff in ein Verwertungsrecht darstellt. Die Interessenlage der zugrundeliegenden Sachverhalte bedingt, dass bei derartigen Neuerungen ein Zyklus abläuft, der vom technischen Fortschritt ausgelöst wird und üblicherweise mit der parlamentarischen Gesetzgebung endet.²

II. Wertschöpfungsketten und Interessenlage

Um einem Verbraucher den Werkgenuss von Musik oder Filmen zu ermöglichen, muss das Werk in einer hierfür geeigneten Form zu ihm gelangen. An diesem Prozess sind verschiedene Akteure beteiligt. Eine Wertschöpfungskette beschreibt das Zusammenspiel der Akteure, die gewinnbringend an dieser Auswertung eines Werkes beteiligt ist. Alle Wertschöpfungsketten haben ihren Ursprung beim Urheber, an dessen Schöpfung Produzenten, Verwertungsgesellschaften, Werkmittler und Vertrieber anknüpfen, die das Werk aufbereiten und verbreiten, um dem Verbraucher einen möglichst einfachen, günstigen und qualitativ hochwertigen Werkgenuss zu ermöglichen.

Anfang des 20. Jahrhunderts bestand die analoge Wertschöpfungskette darin, dass eine Werkkopie auf einem Ton- oder Filmträger an Rundfunkanstalten verkauft oder Kinobetreibern verliehen wurde und diese das Musik- oder Filmwerk sendeten oder aufführten.³ Teil der damit erzielten Verkaufspreise, Rundfunkgebühren und Erlöse an der Kinokasse wurden an die Urheber und Rechteinhaber weitergegeben. Diese Wertschöpfungskette wurde durch die Einführung von Tonbandgeräten und später Videorecordern verändert. Diese Geräte ermöglichten den Verbrauchern, selbst Kopien von Musik- und Filmwerken anzufertigen und diese zum selbstgewählten Zeitpunkt wiederzugeben. Es entstand durch den Verkauf der Geräte und passenden Speichermedien auch eine neue Einnahmequelle, an der die Urheber und Rechteinhaber nicht partizipierten.⁴

Digitale Wertschöpfungsketten, an denen die Urheber und Rechteinhaber wirtschaftlich partizipierten und solche, an denen sie nicht partizipierten, entwickelten sich am Ende des 20. Jahrhunderts parallel. Die Urheber und Rechteinhaber partizipierten wirtschaftlich an solchen Diensten,



welche die Musik- und Filmwerke von ihnen lizenzierten, um sie als Download oder Stream Verbrauchern gegen ein Entgelt oder in Begleitung von Werbung zur Verfügung zu stellen.⁵ Anders verhielt es sich bei Diensten, welche Verbrauchern die Möglichkeit zur Verfügung stellten, selbst urheberrechtsrelevante Nutzungen vorzunehmen. Anfang der 1990er waren das Bulletin Board Systeme, in die sich Endverbraucher einwählen und Dateien hochladen konnten. Diese gespeicherten Dateien konnten wiederum von anderen Endverbraucher heruntergeladen werden. Ende der 1990er ermöglichten Peer-to-Peer-Netzwerke Verbrauchern, Dateien direkt vom Computer eines anderen Verbrauchers herunterzuladen. Ende der 1990er ermöglichten Peer-to-Peer-Netzwerke Verbrauchern Dateien direkt vom Computer eines anderen Verbrauchers herunterzuladen. In den 2000er wurden Videoportale eingeführt, auf denen Verbraucher Clips hochladen konnten, die anderen Verbrauchern zum Streaming zur Verfügung stehen. Die Musik- und Filmwerke, welche Verbraucher mit einem Dienst nutzten, wurden regelmäßig über denselben Dienst bezogen, ohne, dass sie von den Urhebern oder Rechteinhabern lizenziert wurden. Diese Dienste erzeugten mit Gebühren und Werbeanzeigen Einnahmen. Es entstand mit ihnen eine separate Wertschöpfungskette, an dessen Einnahmen die Urheber und Rechteinhaber größtenteils nicht beteiligt wurden.⁶

Betrachtet man die Interessenlage bei den Akteuren in einer Wertschöpfungskette, zeigt sich derselbe Grundkonflikt in allen Sachverhalten. Die Urheber und Rechteinhaber haben – von intrinsischen Motiven abgesehen – ein Interesse daran, die Auswertung ihrer Werke rechtlich kontrollieren zu können. Sie möchten dadurch die Modalitäten der Auswertung und der Lizenzverträge bestimmen.⁷ Ist eine solche Kontrolle faktisch oder rechtlich nicht durchsetzbar, möchten sie für die Nutzung ihrer Werke zumindest ver-

*Doktorand am Max-Planck-Institut für Innovation und Wettbewerb, München.

¹ In der Dissertation, welche diesem Artikel zugrunde liegt, wurde die Nutzung von Musik und Filmen mit Ton- und Videoaufnahmegeschichten, Kabelanlagen, Bulletin Board Systemen, Internet Service Providern, Peer-to-Peer-Netzwerken und Videoportalen in den USA und Deutschland daraufhin untersucht, wie sie das Urheberrecht tangierte und wie dieses in Folge ausgelegt, angewendet und weiterentwickelt wurde. Hierfür wurden Archivalien in beiden Ländern ausgewertet, insbesondere Stellungnahmen der betroffenen Interessenskreise und Protokolle von Anhörungen.

² Ähnlich *Kindermann*, ZUM 1987, 219 (224).

³ Darüber hinaus wurden Werkkopien von Musikwerken auch direkt an Verbraucher verkauft, welche sie an heimischen Abspielgeräten wiedergaben.

⁴ *Richartz* (Komponist), Sachverständigen Gutachten zum Kurzprotokoll über die 25. Sitzung des Ausschusses für Kulturpolitik am 06.10.1952 in Bonn, S. 7 u. 13, B106/17786: „In einem einzigen Satz zusammengefasst lauten die Forderungen der Komponisten und ihrer Textdichter so: keinerlei Verwertung von Urheberrechten ohne Entgelt für die Schöpfer selber!“

⁵ *Holzmilller*, ZUM 2017, 301 (302).

⁶ Stellungnahme der GEMA (undatiert 2016), S. 8; Stellungnahme des Bundesverband Musikindustrie v. 28.10.2016, S. 4 f.; abrufbar unter https://www.bmjv.de/SharedDocs/Gesetzgebungsverfahren/DE/EU-Urheberrechtsreform_2Copyright-Package.html (aufgerufen am 08.12.2018).

⁷ Stellungnahme der SPIO v. 08.04.2003, BT-AfWA Ausschussdrucksachen, PA-DBT XV/0039 Bd. A1 Nr. 17 Beilage 15, S. 1.

gütet werden. Die Hersteller neuer Geräte und Speichermedien sowie Betreiber neuer Dienste, mit denen man Urheberrechtswerke nutzen kann, haben ein Interesse daran, dass die Werke von ihren Kunden genutzt werden können, ohne dass die Nutzung durch Urheberrechte beschränkt wird.⁸ Darüber hinaus haben sie als gewerbliche Akteure prinzipiell kein Interesse daran, diese Nutzung zu vergüten. Die Interessen der Urheber und Rechteinhaber sind folglich diametral zu denen der neu auftretenden Akteure.

III. Zyklus des Urheberrechts

Dieser Grundkonflikt bedingt den Zyklus des Urheberrechts vom technischen Fortschritt bis zur Gesetzgebung, welcher in fünf Stadien unterteilt werden kann.

1. Technischer Fortschritt

Der technische Fortschritt erfolgt unabhängig von einer möglichen urheberrechtsrelevanten Anwendung der Technik. In der Regel sind es chemische oder elektronische Verfahren⁹, die erfunden, verbessert oder vergünstigt werden und eine Vielzahl von Anwendungen ermöglichen. Gerade die Digitalisierung und das Internet sind Horizontaltechniken, die Anwendung auf fast alle Industrien finden – sie ermöglichen somit auch Handlungen, die keine urheberrechtliche Relevanz haben.

2. Neue Geräte und Dienste

Auf Grundlage des technischen Fortschritts entwickeln Unternehmer neue Geräte und Dienste, die eine neue Möglichkeit der Nutzung von Musik und Filmen bieten.¹⁰ Eines der ersten Geräte für Verbraucher war in den 1950ern das Magnettonbandgerät, das aufgrund der günstiger gewordenen Produktionskosten für Verbraucher erschwinglich geworden war. Ein neueres Beispiel sind die in den 2000ern entstandenen Videoportale, welche durch gestiegene Internetgeschwindigkeiten, gesunkene Verbindungskosten und bessere Komprimierungsverfahren ermöglicht wurden.



Tragbares Tonbandgerät aus den frühen 60er Jahren von Grundig

3. Wesentliche Einnahmequelle oder Gefahr

Ein Konflikt zwischen den Urhebern und Rechteinhabern und den Hersteller von Geräten und Speichermedien be-

ziehungsweise mit den Betreibern neuer Dienste entsteht meistens erst dann, wenn jene eine signifikante Einnahme erzielen und diese an den neuen Einnahmen nicht angemessen beteiligt werden oder ihre eigenen Einnahmen durch die neuen Geräte oder Dienste gefährdet sehen.

Dies setzt voraus, dass eine bedeutende Anzahl von Verbrauchern das neue Gerät oder den neuen Dienst verwenden. Bei Markteinführung ist noch unklar, welche Geräte oder Dienste von den Verbrauchern angenommen werden.¹¹ Faktoren, die dazu beitragen, ob Verbraucher ein neues Gerät oder einen neuen Dienst verwenden, sind insbesondere die Möglichkeit eine größere Anzahl von Werken zu günstigeren Preisen in höherer Qualität zu nutzen. Bei den Internetdiensten entstehen mit steigenden Nutzerzahlen darüber hinaus Netzwerkeffekte.¹²



4. Lizenzverhandlungen und Gerichtsverfahren

Wird ein neues Gerät oder ein neuer Dienst vom Markt angenommen, treten die Rechteinhaber in Lizenzverhandlungen mit den Herstellern der Geräte und Speichermedien beziehungsweise Betreibern der Dienste und fordern eine Vergütung für die Nutzung der Urheberrechtswerke, welche mit der neuen Technik erfolgt. In der Regel weigern sich die neuen Akteure die Nutzung der Werke zu vergüten, insbesondere wenn die unmittelbare Nutzungshandlung von den Verbrauchern selbst vorgenommen wird oder zumindest gesteuert wird.¹³

Kommt keine Einigung zwischen den Parteien zustande oder wird diese zu einem späteren Zeitpunkt nicht erneuert, klagen die Urheber und Rechteinhaber vor den ordentlichen Gerichten gegen die Hersteller der Geräte und Speichermedien oder Betreiber der Dienste. Sie beantragen, dass die urheberrechtsrelevante Nutzung der neuen Technik eine Urheberrechtsverletzung ist. Sie versuchen damit die Nutzung zu unterbinden oder zumindest für diese vergütet zu werden.

5. Gesetzgebung

Der Gesetzgeber nimmt sich in der Regel einer Reform des Urheberrechts an, wenn der zugrundeliegende Lebens-

¹¹ „Zunächst ist zu berücksichtigen, dass die künftige technische Entwicklung heute noch kaum abzusehen ist (...)“ BT-Drs. 11/4929 (1989), S. 40.

¹² Je mehr Nutzer auf einem P2P-Netzwerk Dateien bereithalten, je mehr Videos sich auf einem Videoportal befinden, desto attraktiver werden die Dienste für den einzelnen Verbraucher.

¹³ Die unmittelbare Nutzungshandlung werden bei Internetdiensten auf den Computern der Betreiber von automatisierten Verfahren vorgenommen, welche von den Verbrauchern gesteuert werden.

⁸ Stellungnahme des Verbands der Internetwirtschaft v. 28.10.2016, S. 2, Link in Fn. 6; Notiz betr. Diskussion zwischen Schallplatten-Industrie und Magnettongeräte-Industrie über Regelungen des neuen Urheberrechtsgesetzes in Hannover am 22.01.1952, B141/2613 Bl. 188 (190).

⁹ Mittlerweile auch Programmiersprachen und Datenbanken.

¹⁰ Diese Geräte und Dienste werden selten von den Urhebern und Rechteinhabern selbst entwickelt.

sachverhalt sich zu weit vom geltenden Urheberrecht entfernt hat – das heißt, wenn die neue Interessenlage nicht mehr der entspricht, die der ursprünglichen Gesetzgeber mit dem Gesetz regeln wollte.¹⁴ Dies ist bei der beschriebenen Veränderung der Wertschöpfungskette gegeben. Der Gesetzgeber wird darauf von Gerichten in Urteilen hingewiesen und insbesondere von Vertretern derjenigen Akteure, die sich von den neuen Verhältnissen oder der Rechtsprechung benachteiligt fühlen.¹⁵

Der Gesetzgeber möchte mit dem Urheberrecht prinzipiell lediglich die Rahmenbedingungen für einen funktionsfähigen Wettbewerb schaffen.¹⁶ Dies bedeutet einerseits die Stärkung der Position der Urheber und Rechteinhaber gegen eine ungenehmigte Nutzung ihrer Werke, andererseits aber die Schaffung von Ausnahmen, damit die neuen Geräte und Dienste verwendet werden können.¹⁷ Der Gesetzgeber muss folglich die neu entstandene Interessenlage umfassend bewerten und in einen angemessenen Ausgleich bringen.¹⁸

¹⁴ „Es bleibt somit zu prüfen, ob durch den neuen Sachverhalt (...) ein urheberrechtlich bedeutender, vom Gesetzgeber nicht gesehener Interessenkonflikt aufgetreten ist, dessen Lösung nicht [dem geltenden Recht] entnommen werden kann, weil er nicht mehr unter den Interessenausgleich fällt, den allein der Gesetzgeber mit dieser Rechtsnorm angestrebt hat.“ BGH GRUR 1955, 492 (495) – Grundig-Reporter.

¹⁵ „Beim Urheberrecht geht es (...) um viel Geld. Alle Betroffenen haben deshalb mit großer Verve für ihre jeweiligen Interessen geworben.“ BT-Plenarprotokoll 16/108 v. 05.07.2007, PA-DBT XVI/0238, Bd 4 Nr. 048, S. 11144.

¹⁶ BT-Drs. 13/4000 (1996), S. 40.

¹⁷ „Dabei soll zum einen der Schutz der Rechtsinhaber im digitalen Umfeld gewährleistet werden und zum anderen den Verwertern und Nutzern ein Rechtsrahmen vorgegeben werden, der einen möglichst effizienten Einsatz der neuen Technologien zulässt (...)“ Bundesrat, Rechtsausschuss, Niederschrift der Unterausschusssitzung am 04.09.2002, PA-DBT XV/0039 Bd A1 Nr. 5, S. 61.

IV. Fazit

Der technische Fortschritt kann zur Veränderung einer bestehenden Wertschöpfungskette führen und damit einen neuen Lebenssachverhalt schaffen, der im geltenden Urheberrecht noch nicht berücksichtigt wurde.¹⁹ Die jeweils neue Interessenlage wird vom Grundkonflikt zwischen den Interessen der neuen und der bisherigen Akteure bestimmt. Dieser Grundkonflikt bedingt den Zyklus im Urheberrecht, der mit dem technischen Fortschritt beginnt und üblicherweise durch die parlamentarische Gesetzgebung abgeschlossen wird.²⁰

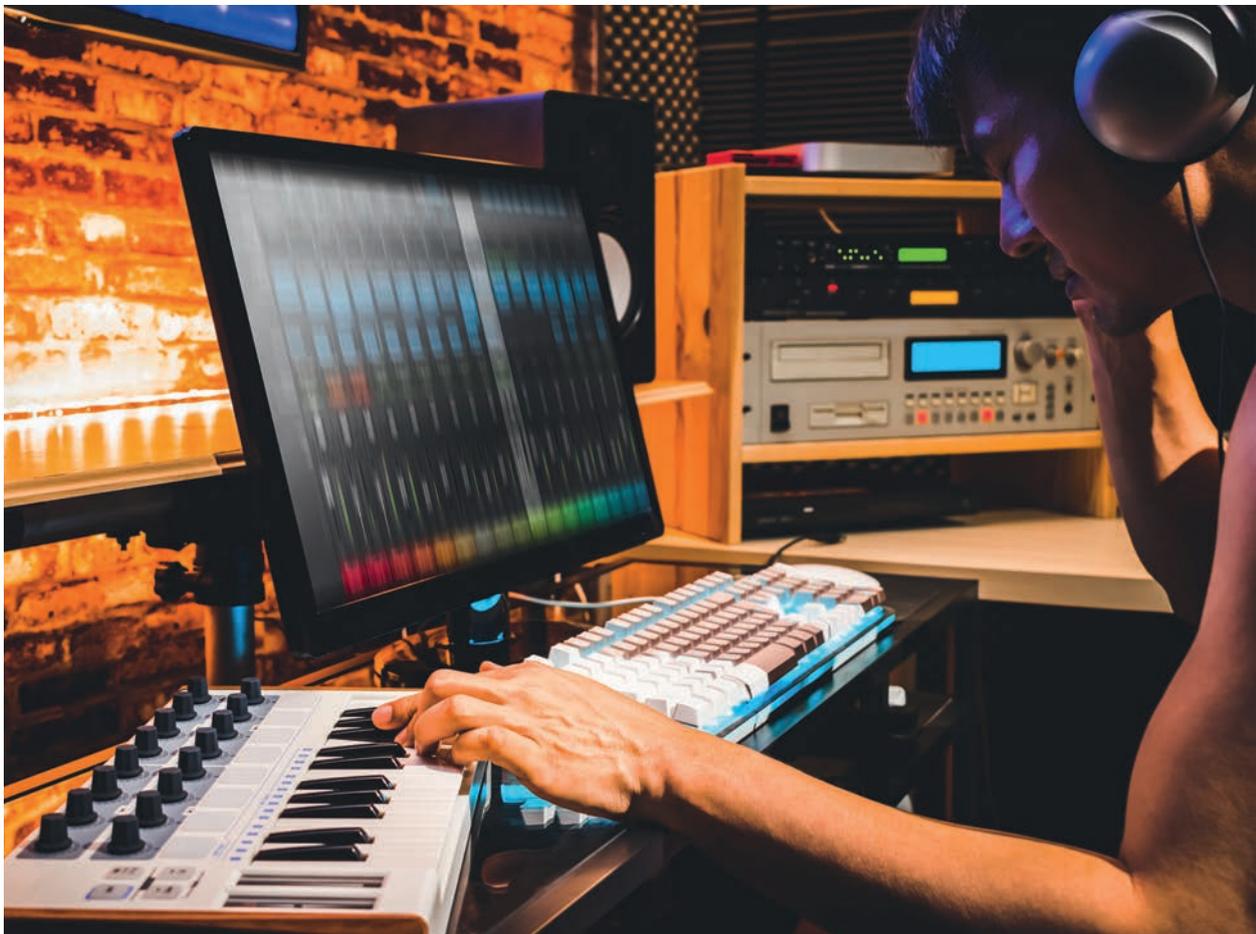


Christopher Fischer,
Doktorand am MPI für Innovation
und Wettbewerb, München

¹⁸ Zypries: „Jeder Schritt erfordert eine sorgsame Abwägung der Interessen aller Beteiligten. Dass diese Interessen sehr divergent sind, muss ich Ihnen hier nicht sagen.“ Deutscher Bundestag, Plenarprotokoll 15/10, 10. Sitzung am 14.11.2002, Bundesrat, Wirtschaftsausschuss, Niederschrift der 702. Ausschusssitzung am 12.09.2002, PA-DBT XV/0039 Bd. A1 Nr. 12, S. 625.

¹⁹ „Vom urheberrechtlichen Blickpunkt aus ist bedeutsam für die Gesetzesauslegung nicht der technische Fortschritt als solcher, der durch die neuen technischen Errungenschaften erzielt worden ist, sondern dessen Auswirkungen auf diejenigen Rechtsverhältnisse, die durch die Urheberrechtsgesetzgebung geregelt werden sollten.“ BGH GRUR 1955, 492 (495 f.) – Grundig-Reporter.

²⁰ „Jeder technische Wandel hat eine entsprechende Anpassung des Schutzes des geistigen Eigentums zur Folge gehabt. Das Urheberrecht ist die Geschichte seiner Reformen.“ BT-Drs. 13/8110 (1997), S. 9.



Fotos: 1. Portrait Christopher Fischer – Patrick Art, Lexip GmbH; 2. PrinceOfLow / Shutterstock.com

Verlängerung des abgelaufenen Patentschutzes durch ergänzenden Leistungsschutz

JOSEPHA KOCH*

I. Einleitung

Die Praxis ist seit Längerem auf der Suche nach Möglichkeiten, um den zeitlich begrenzten Patentschutz bestmöglich zu verlängern. Da dies über das Patentrecht nicht möglich ist, wird oftmals versucht, einen Nachahmungsschutz durch das Wettbewerbsrecht zu erreichen. Auch der BGH hat diese Möglichkeiten durch seine Rechtsprechungslinie unterstützt, indem er ehemals patentrechtlich geschützten Erzeugnissen ergänzenden Leistungsschutz auf Grundlage des UWG zubilligte. Eine derartige Vorgehensweise ist nicht nur aus patentrechtlicher, sondern auch lauterkeitsrechtlicher Sicht sehr kritisch zu sehen. Der vorliegende Beitrag setzt sich daher zuerst mit den beiden Schutzsystemen des Patentrechts und des unlauteren Wettbewerbsrechts auseinander (II.), um im Anschluss die aktuelle Rechtsprechung des BGH zu beleuchten (III.) und diese abschließend zu bewerten (IV.).

II. Systematik des Nachahmungsschutzes

In Rechtsprechung und Literatur ist anerkannt, dass der ergänzende Leistungsschutz und die verschiedenen Sonderschutzrechte nebeneinander existieren können.¹ Dies gilt auch für das Nebeneinander von Patent und wettbewerbliehen Nachahmungsschutz bei einzelnen Produkt. Allerdings sind die grundlegenden Wertungen der speziell ausgestalteten Sonderschutzrechte bei der Anwendung des ergänzenden Leistungsschutzes mit zu beachten, um Wertungswidersprüche zu vermeiden. Soll daher für ein ehemals patentrechtlich geschütztes Produkt Nachahmungsschutz auf Grundlage des UWG gewährt werden, müssen die patentrechtlichen Wertungen bei der Prüfung der wettbewerbliehen Eigenart und der zumutbaren Vermeidbarkeit der Herkunftstäuschung mit einbezogen werden. Hierbei ist jedoch auch anzuerkennen, dass das UWG eigenen Schutzzwecke verfolgt, die möglichst in einen gerechten Ausgleich zu den patentrechtlichen Wertungen gebracht werden müssen.

1. Patentrecht

Das Patentrecht schützt technische Erfindungen vor Nachahmung, gem. § 9 PatG. Dadurch soll nicht nur der Erfinder für seine geistigen und materiellen Aufwendungen im Rahmen der Entwicklung entlohnt werden, sondern auch im Interesse der Allgemeinheit ein Anreiz für Fortschritt gesetzt werden.² Um durch das Ausschließlichkeitsprinzip jedoch keine fortschrittshindernden Monopole zu schaffen, ist eines der wichtigsten Prinzipien des Patentschutzes die begrenzte Schutzdauer von 20 Jahre, gem. § 16 PatG. Geschützt wird in dieser Zeit die Erfindung, d. h. die in den Patentansprüchen formulierten neuartigen technischen Lehren. Hierunter wird jedes

planmäßiges Handeln unter Einsatz beherrschbarer Naturkräfte zur Erreichung eines kausalen und unmittelbaren Erfolges verstanden.³ Je nach Art des Produktes können die patentrechtlichen Lehren von außen sichtbar sein oder versteckt in dem Produkt enthalten sein.

2. Unlauterer Wettbewerb

Das deutsche UWG beruht vordergründig auf dem Prinzip der freien Nachahmung.⁴ Nichtsdestotrotz können Produkte unter bestimmten Voraussetzungen lauterkeitsrechtlichen Nachahmungsschutz, gem. § 4 Nr. 3 UWG erfahren. Der lauterkeitsrechtliche Leistungsschutz dient vor allem den Interessen der Hersteller, die vor Produktpiraterie geschützt werden sollen. Hierfür müssen die Produkte von einem Mitbewerber nachgeahmt werden und zusätzliche unlautere Umstände hinzutreten. Die nachgeahmten Erzeugnisse müssen dafür wettbewerbliehen Eigenart aufweisen,⁵ d.h. die konkrete Ausgestaltung des Produktes bzw. dessen Merkmale müssen geeignet sein, dass der Verkehr auf Grund des Gesamtbildes die betriebliche Herkunft des Produktes erkennen kann.⁶ Durch die Tatbestandsvoraussetzung der wettbewerbliehen Eigenart wird sichergestellt, dass der Wettbewerber durch sein Marktverhalten einen Ruf für seine Produkte erarbeitet hat, beispielsweise durch Vermarktungsstrategien. Je nach Grad der wettbewerbliehen Eigenart und der Intensität der Nachahmung bestimmen sich die Anforderungen an die zusätzliche Voraussetzung der unlauteren Umstände („Wechselwirkungstheorie“).⁷ Es wird somit nicht in erster Linie das Erzeugnis an sich geschützt, sondern die Verdienste, die sich der Hersteller im Wettbewerb erarbeitet hat. Damit ein Erzeugnis vom relevanten Verkehrskreis einem bestimmten Hersteller zugeordnet wird, muss die Ausgestaltung für das jeweilige Erzeugnis ungewöhnlich sein. Denn nur aus nicht verkehrüblichen Merkmalen kann sich eine Unterscheidungskraft in Vergleich zu den anderen Produkten auf dem Markt ergeben.⁸ Technisch notwendige Merkmale, die ein Produkt für ihre Funktionsfähigkeit zwingend benötigt, sind nicht geeignet, eine wettbewerbliehen Eigenart zu begründen.⁹ Anders verhält es sich mit Merkmalen, die nur technisch bedingt sind. Steht eine gleichwertige Alternativlösung zur Verfügung, die die Funktionsfähigkeit des Produktes nicht einschränkt, so kann sich auch aus einem technischen Merkmal die wettbewerbliehen Eigenart ergeben.¹⁰ Dies hat zur Folge, dass ein Mitbewerber gezwungen sein kann, die Gestaltung seines Produktes zu ändern und eine andere technische Lösung im Rahmen der Zumutbarkeit zu

³ BGH X ZB 15/67.

⁴ Sambuc, Köhler/Bornkamm/Feddersen, UWG, § 4 Rn. 14.

⁵ BGH I ZR 124/06.

⁶ BGH I ZR 104/04.

⁷ Ohly, Ohly/Sosnitza, Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb, Rn. 3/26.

⁸ Sambuc, Harte-Bavendamm/Henning-Bodewig, UWG, § 4 Rn. 85.

⁹ BGH I ZR 289/99.

¹⁰ BGH I ZR 21/11.

*wissenschaftliche Mitarbeiterin, Technische Universität München Campus Straubing, Lehrstuhl für Wirtschaftsrecht und Geistiges Eigentum.

¹ Köhler, Köhler/Bornkamm/Feddersen, UWG, § 4 Rn. 3.6a.

² Kraßer/Ann, Patentrecht, § 3 Rn. 10.

wählen, wenn das Produkt als Nachahmung anzusehen ist und daher eine vermeidbare Herkunftstäuschung bei den relevanten Verkehrskreisen hervorruft.

III. Übersicht über die aktuelle Rechtsprechung

Eine zentrale Entscheidung über die Schutzfähigkeit von Produkten durch ergänzenden Leistungsschutz nach Ablauf des Patentschutzes stellt die „Exzenterzähne“-Entscheidung des BGH dar.¹¹ Der BGH hat hier neue Grundsätze aufgestellt, inwiefern Merkmale, die ehemals patentrechtlich geschützt waren, eine wettbewerbliche Eigenart begründen können. Er ist zu dem Ergebnis gekommen, dass Merkmale, die von den Patentansprüchen umfasst waren und nur technisch bedingt sind, eine wettbewerbliche Eigenart begründen können. Entscheidend für die wettbewerbliche Eigenart sei der Gesamteindruck des Produktes. Je nach Art des Produktes könnten dies einzelne Merkmale sowie eine Kombination aus mehreren Merkmalen sein. Ob die Merkmale zuvor patentrechtlich geschützt waren, sei dabei unerheblich. Ausschlaggebend sei nur, dass die Merkmale nicht technisch notwendig sind. Zusätzlich könne eine tatsächliche Bekanntheit innerhalb der relevanten Verkehrskreise die wettbewerbliche Eigenart verstärken.

Diese Rechtsprechungslinie führte der BGH im „Bodendübel“-Urteil weiter.¹² Zusätzlich wurde die technische Notwendigkeit der Produktmerkmale nicht in Hinblick auf das konkrete Erzeugnis bestimmt, sondern durch einen Vergleich mit anderen Produkten, die vom angesprochenen Verkehrskreis als austauschbar gelten. Nicht entscheidend sei hierbei, dass die Vergleichsprodukte auch auf Grundlage der ehemals patentgeschützten Lehre beruhen bzw. aufbauen. Der Kreis der technisch bedingten Merkmale wird so sehr stark erweitert, wodurch ein Merkmal leichter als wettbewerblichen Eigenart eingeordnet werden kann. Der BGH hatte somit bei den Bodendübeln einen Großteil der äußeren Merkmale als tauglich für die Erlangung der wettbewerblichen Eigenart erfasst und insbesondere die Kombination der Merkmale als wettbewerbliche Eigenart anerkannt. Folglich wurde das Produkt des Wettbewerbers als unlautere identische Nachahmung qualifiziert. Dem Wettbewerber sei es auch nicht erlaubt sich darauf zu berufen, dass die übernommenen Merkmale inzwischen dem Stand der freien Technik angehören und deshalb uneingeschränkt verwendet werden können. Vielmehr sei es dem Wettbewerber auf Grund des hohen Grades der Nachahmung zuzumuten, die Herkunftstäuschung durch Verwendung alternativer technischer Lösungen zu vermeiden.

Als Änderung zu diesen Rechtsprechungslinien wird oftmals das „Leuchtballon“-Urteil des BGH ins Feld geführt.¹³ Hierin setzt sich der BGH abermals mit der zumutbaren Herkunftstäuschung auseinander. Im Gegensatz zu den vorangegangenen Urteilen verneint der BGH die Möglichkeit einer zumutbaren abweichenden Gestaltung des Produkts zur Vermeidung einer Herkunftstäuschung. Wettbe-



Bodendübel

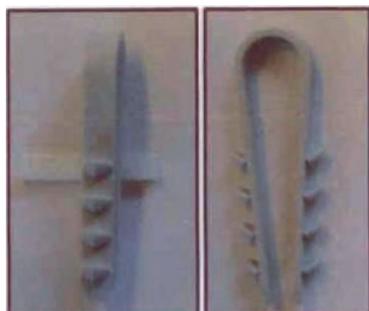
werblicher Nachahmungsschutz für das Originalprodukt wurde damit nicht gewährt. Es ist jedoch zu bedenken, dass ein Leuchtballon auf Grund der Kombination der verschiedenen Materialien und Gesamtgestaltung als wesentlich komplexeres Produkt anzusehen ist. Hierbei wurde von allen Elementen nur die Federspannvorrichtung übernommen.¹⁴ Die weiteren Elemente, wie die Form des Ballons und die Farbkombination unterschieden sich dagegen vom Originalprodukt. Es wurde somit nur ein technisches Element übernommen und im Übrigen der im Rahmen der weiteren Elemente gegebene Gestaltungsspielraum genutzt. Hierin unterscheidet sich der Leuchtballon-Fall signifikant von den vorangegangenen Urteilen: Die Bodendübel und Exzenterzähne waren gestalterisch ausschließlich durch die ehemals patentrechtlichen Elemente und deren technischer Kombination geprägt. Ein darüberhinausgehender Gestaltungsspielraum der Produkte bestand auf Grund der Beschaffenheit der Produkte nur in sehr engem Rahmen, der wahrscheinlich zu keinerlei anderem Gesamteindruck geführt hätte. Das Leuchtballon Urteil ist daher nicht als Fortsetzung der Rechtsprechungslinie im Hinblick auf die Ausweitung eines Patentschutzes im engeren Sinne zu betrachten. Ob die aufgestellten Kriterien nichtsdestotrotz auch auf Fälle übertragen werden, bei denen sich der Gesamteindruck gerade durch die ehemals patentrechtlichen Komponenten ergibt, bleibt abzuwarten.

¹¹ BGH I ZR 107/13.

¹² BGH I ZR 197/15.

¹³ Leistner, in GRUR 2017, 699 (697).

¹⁴ BGH I ZR 2/16.



Exzenterzahn, Bildquelle: Urteil BGH GRUR 2015, 910.



Leuchtballon, Bildquelle: Urteil BGH GRUR 2017, 1136.



Leuchtballon, Bildquelle: Urteil BGH GRUR 2017, 1136.

Foto: Bodendübel – trendobjets / Stock, Adobe.com

IV. Kritische Würdigung

Der BGH erkennt zwar richtigerweise an, dass der ergänzende Leistungsschutz neben den Sonderrechtsschutz bestehen kann. Die besonderen Wertungen des Patentrechtsschutzes werden jedoch nach hier vertretener Ansicht nicht ausreichend gewürdigt. Wenn der Gesamteindruck eines Produktes durch technische Merkmale geprägt ist, die vormals patentrechtlich geschützt waren, muss eine differenzierte Bewertung der wettbewerblichen Eigenart vorgenommen werden. Eine Unterscheidung der technisch notwendigen und technisch bedingten Merkmale ist daher zwar von großer Bedeutung, zur Sicherstellung des Interessenausgleiches allein aber nicht ausreichend. Vielmehr ist es notwendig, dass in einem weiteren Schritt geprüft wird, inwiefern die zu beachtenden technisch bedingten Merkmale zuvor einen patentrechtlichen Schutz genossen haben und ob eine weitere Monopolisierung dieser Merkmale gerechtfertigt ist. Es darf dabei nicht auf eine Vergleichspalette an Produkten abgestellt werden, die für den angesprochenen Verkehrskreis austauschbar ist. Stattdessen müssen die konkreten Produkte, die von der technischen Lehre des Patentes umfasst waren, zum Vergleich herangezogen werden. Für den Aufbau eines Wettbewerbes nach Ablauf des Patentschutzes ist es erforderlich, dass auf die konkrete technische Lehre zurückgegriffen werden kann, auch wenn diese nur technisch bedingt ist und den Gesamteindruck des Produktes prägt. Denn den Mitbewerbern ist durch die 20-jährige Monopolstellung des Patentrechtsinhabers ohnehin schon ein nicht zu vernachlässigender Wettbewerbsnachteil entstanden. Auch dem Argument, dass ein Wettbewerber nicht schlechter gestellt werden kann, weil die wettbewerbliche Eigenart eines Produktes vormals Patentschutz genossen hat¹⁵, kann daher nicht gefolgt werden. Die Vereinbarkeit der verschiedenen Schutzmechanismen muss durch einen gerechten Interessenausgleich hergestellt werden. Hierbei muss der wettbewerbliche Vorteil mitbedacht werden, der dem Originalhersteller durch das Patentmonopol entstanden ist. Nach Ablauf des Patentschutzes soll der Markt jedoch möglichst offen sein für alle Wettbewerber.

Diese gesetzliche Interessenwertung darf auch nicht dadurch umgangen werden, dass es dem Wettbewerber unter Heranziehung des § 4 Nr. 3 UWG verboten wird, den Stand der freien Technik zu verwenden. Die Frage, ob bestimmte gestalterische Maßnahmen zur Vermeidung einer Herkunftstäuschung zumutbar sind, muss unter Beachtung der patentrechtlichen Wertung entschieden werden. Denn nur durch das uneingeschränkte Freiwerden der technischen Lehre kann ein funktionierender Wettbewerb aufgebaut werden. Das liegt auch im Interesse des UWG: Ein unverfälschter Wettbewerb ist auch eines der Kernziele des UWG.¹⁶ Dass der Originalhersteller dabei möglicherweise einen geringeren Schutzzumfang seiner wettbewerblichen Eigenart hinnehmen muss, liegt im Interesse des Patentschutzes und des UWG und wurde bereits durch den Vorteil des Patentmonopols ausgeglichen.

Des Weiteren kann das Kriterium der Bekanntheit im Verkehr für ehemals patentrechtlich geschützte Merkmale nicht ohne weiteres zur Begründung der wettbewerblichen



Erbgroßherzogliches Palais in Karlsruhe, Sitz des Bundesgerichtshofs

Eigenheit im Rahmen des § 4 Nr. 3 UWG herangezogen werden. Wie in den Fällen Bodendübel und Exzenterzähne beruht in einer Vielzahl der Fälle ein Großteil der äußeren Merkmale und somit ein wesentlicher Teil des Gesamteindruckes des Produkts auf vorangegangenen Patentansprüchen. Die Bekanntheit im Verkehr ist daher gerade auf das Monopol des Patentes zurückzuführen. Nach Ablauf des Patentschutzes soll dieses Monopol jedoch gerade nicht mehr weiter geschützt werden. Bezöge man die so entstandene Bekanntheit nach Ablauf der Schutzperiode in die Abwägung der wettbewerblichen Eigenart im Rahmen des § 4 Nr. 3 UWG ein, würde diese Wertung des Patentrechts gerade umgangen. Anders als nach der Schutzrichtung des § 4 Nr. 3 UWG gefordert, ist die so entstandene Bekanntheit auch gerade kein Ausdruck einer wettbewerblich herausragenden Leistung des Originalherstellers. Vielmehr wurde sie dadurch begründet, dass kein Mitbewerber diese Lehre und somit dieses Merkmal nutzen konnte um zu verhindern, dass das Merkmal als Herkunftshinweis gesehen werden kann. Denn letztendlich konnte der Originalhersteller durch ein technisches Merkmal, das nur er verwenden durfte einen besonderen Gesamteindruck schaffen. Diese Wertung entspricht auch dem Grundsatz der Nachahmungsfreiheit des UWG, der nur auf Grund von besonderen wettbewerblichen Leistungen durchbrochen werden soll.

Der ergänzende Leistungsschutz sollte somit in Zukunft zurückhaltender angewandt werden, wenn die wettbewerbliche Eigenart von ehemals patentrechtlich geschützten Produkten geltend gemacht wird. Dies dient nicht nur dem Patentschutz als Sonderschutzrecht, sondern auch dem Aufbau eines fairen Wettbewerbs als vorrangigem Ziel des UWG.



Josepha Koch,
wissenschaftliche Mitarbeiterin,
Technische Universität München
Campus Straubing,
Lehrstuhl für Wirtschaftsrecht und
Geistiges Eigentum

¹⁵ Nemeček, GRUR 2015, 915 (914).

¹⁶ Schönemann, UWG, § 1 Rn. 3.6a.

Die datenschutzrechtliche Einwilligung – Ein Instrument zur Kommerzialisierung, aber keine Verfügung

KIRSTEN JOHANNA SCHMIDT*

Die Handelbarkeit von Daten und mögliche Rechte an ihnen werden derzeit intensiv diskutiert. Eine besondere Rolle nimmt dabei das Datenschutzrecht ein. Einerseits bieten die fortschreitende Digitalisierung und neue Geschäftsmodelle immer neue Möglichkeiten, in die Privatsphäre einzugreifen und Personendaten zu sammeln. Auf der anderen Seite ermöglicht die datenschutzrechtliche Einwilligung den betroffenen Personen Daten zu verwerfen, indem das Erteilen der Einwilligung von einer Gegenleistung abhängig gemacht wird.

In letzter Zeit wurde deshalb von der Lehre die datenschutzrechtliche Einwilligung und insbesondere ihre Widerrufbarkeit vermehrt untersucht. Gewichtige Stimmen hielten dabei fest, bei der datenschutzrechtlichen Einwilligung handle es sich um eine Verfügung.¹ Diese Aussage wird im vorliegenden Beitrag untersucht.

fügung um das rechtliche Können des Schuldners. Die Verfügung betrifft die Ebene der rechtlichen Zuweisung, d.h. die rechtliche Zuweisungsordnung kann durch sie abgeändert werden.³ Die Wirkung der Verfügung ist daher erga omnes. Teilweise wird in der Lehre auch festgehalten, dass Verfügungen in ihrer Wirkung endgültig, d.h. nicht widerrufbar, sind.

Damit über ein Recht verfügt werden kann, muss sein wirtschaftlicher Wert klar alloziert sein. Für die Zuordnung des wirtschaftlichen Wertes ist umgekehrt jedoch nicht wesentlich, ob eine Verfügung über das Recht möglich ist.⁴ Neben absoluten Rechten können auch relative Rechte Gegenstände von Verfügungen darstellen. Der Begriff des Verfügungsrechts reicht deshalb weit und umfasst nicht nur die übertragbaren Ausschliesslichkeitsrechte.⁵



1. Der Verfügungsbegriff

Zunächst muss der Verfügungsbegriff dargestellt werden. Nach der auf von Tuhr zurückgehenden Dogmatik lassen sich Rechtsgeschäfte in Erwerbsgeschäfte und in Geschäfte, die zu einer Verminderung des Vermögens führen, aufteilen. Bei Letzteren werden Verpflichtungs- und Verfügungsgeschäfte unterschieden. Diese Unterscheidung erfolgt danach, ob sie obligatorische oder unmittelbar rechtsändernde (dingliche) Wirkungen nach sich ziehen.

Eine Verfügung ist gemäss von Tuhr „jedes Rechtsgeschäft, durch welches ein Recht oder ein Rechtsverhältnis unmittelbar betroffen wird, und zwar namentlich durch Veräusserung, Belastung, Änderung oder Verzicht.“ Eine Verfügung mindert den Bestand des von ihr betroffenen Rechts und bewirkt eine Minderung der Aktiven, weshalb „durch jede Verfügung eine spätere Verfügung über denselben Gegenstand entweder ausgeschlossen oder doch in ihrer Wirkung beschränkt“ wird.² Dementsprechend geht es bei der Ver-

Von der Verfügung zu unterscheiden sind Verpflichtungsgeschäfte. Sie bewirken eine Zunahme der Passiven des Schuldners. Es wird kein Recht an einem Vermögensstück des Schuldners begründet, sondern eine Rechtsbeziehung zur Person des Schuldners und seinem Vermögen hergestellt. Das rechtliche Können, also die dem Schuldner zustehende Macht über sein Vermögen, wird nicht verändert. Der Schuldner kann sich mehrmals zu derselben Leistung verpflichten, auch wenn er vertraglich zugesichert hat, dies nicht zu tun. Verpflichtungsgeschäfte haben nur eine Wirkung inter partes. Sie betreffen also das rechtliche Dürfen und sind häufig die Vorstufe zu Verfügungen, welche die Erfüllung der Verpflichtung bewirken.⁶

2. Übertragbarkeit des Rechts und faktische Übertragbarkeit von Befugnissen

Mittels Verfügungen kann die durch Ausschliesslichkeitsrechte definierte Zuständigkeitsordnung abgeändert wer-

*MLaw, Rechtsanwältin, LL.M. (Boston), Wissenschaftliche Assistentin bei Prof. Dr. iur. Dipl.-Biol. Herbert Zech, Juristische Fakultät der Universität Basel.

¹ Metzger, AcP 2016, 817, 832; Specht, JZ 2017, 763, 765.

² Zitate aus von Tuhr/Peter, Allgemeiner Teil des Schweizerischen Obligationenrechts, Band 1, 3. Aufl., Zürich 1979, § 25 I., S. 194 f. Vgl. auch BSK OR I-Zellweger-Gutknecht/Bucher, Vor Art. 1-40f N 22; Müller, Berner Kommentar, Obligationenrecht, Allgemeine Bestimmungen, Bern 2018, Einl. N 158 ff.

³ Zech, Information als Schutzgegenstand, Tübingen 2012, S. 76 f.; Peukert, Güterzuordnung als Rechtsprinzip, Tübingen 2008, S. 541 f.

⁴ Zech, in: de Franceschi (Hrsg.), European Contract Law and the Digital Single Market, Cambridge (UK) 2016, S. 51 ff., S. 61.

⁵ Zur Stufenleiter der Güterzuordnung Zech (Fn 3), S. 85 ff.

⁶ von Tuhr/Peter (Fn 2), § 25 II., S. 195 f.; Peukert (Fn 3), S. 541; Schönenberger/Jäggi, Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, Obligationenrecht, Teilband V 1a, Zürich 1973, Art. 1 N 53; vgl. Müller (Fn 2), Einl. N 155 ff., 165; BSK OR I-Zellweger-Gutknecht/Bucher, Vor Art. 1-40f N 4, 38 f.

den. Dies geschieht durch die vollständige (translative) oder teilweise bzw. beschränkte (konstitutive) Übertragung der rechtlichen Zuweisung auf eine andere Person. Durch die vollständige Übertragung eines Rechts oder durch die Abspaltung eines Tochterrechts, wie beispielsweise durch die Belastung mit ausschliesslichen Nutzungsrechten, wird eine dingliche oder „quasidingliche“ Rechtsstellung verschafft.⁷

Hervorzuheben ist, dass nur die translative und die konstitutive Übertragbarkeit des Rechts, die Verfügung, zur Ebene der rechtlichen Zuweisung gehört. Der Umstand, dass eine andere Person als der Rechtsinhaber die zugewiesenen Befugnisse ausüben kann, wird faktische Übertragbarkeit genannt und gehört in die Ebene der Befugnisse. Die Ebene der Befugnisse wird durch Verpflichtungsgeschäfte, d.h. durch schuldrechtliche Lösungen, gestaltet. Die faktische Übertragbarkeit von Befugnissen ist strikt von der Übertragbarkeit des Rechts zu trennen.⁸

3. Keine rechtliche Übertragbarkeit von Persönlichkeitsrechten

Um beantworten zu können, ob die datenschutzrechtliche Einwilligung eine Verfügung darstellen kann, ist weiter zu untersuchen, ob die durch das Datenschutzrecht gewährten Rechte translativ oder konstitutiv übertragen werden können. Dabei ist auf den persönlichkeitsrechtlichen Charakter des Datenschutzrechts abzustellen.

Die herrschende Lehre tritt für einen starken Schutz von Persönlichkeitsrechten ein und betont deren Abwehr- und Schutzfunktion. Eine translative Übertragbarkeit von Persönlichkeitsrechten wird abgelehnt, denn Persönlichkeitsrechte sollen gerade den Rechtsträger als Person schützen und können damit niemand anderem zukommen.⁹ An Personendaten wie auch an anderen Persönlichkeitsgütern können ausserdem keine Tochterrechte im Sinne einer konstitutiven Übertragung abgespalten, also keine ausschliesslichen Nutzungsrechte eingeräumt werden. Da ausschliessliche Nutzungsrechte den Rechteinhaber zur alleinigen Nutzung des betreffenden Rechts berechtigen, würde so auch die ein solches Recht einräumende Person von der Nutzung ausgeschlossen werden. Dies käme einer Enttäusung gleich und widerspräche gerade der Schutzfunktion der Persönlichkeitsrechte.¹⁰

Gegen die rechtliche Übertragbarkeit von Persönlichkeitsrechten spricht neben den Schutzüberlegungen auch der Umstand, dass die Nutzungsmöglichkeiten den betroffenen Personen nicht ausschliesslich zugewiesen, sondern als abwägungsoffene Rechte ausgestaltet sind.¹¹ Die Nutzung von Personendaten und anderen Persönlichkeitsrechtsgütern ist auch Dritten unter gewissen Voraussetzungen erlaubt, etwa wenn entweder nicht die Intensität einer Persönlichkeitsrechtsverletzung erreicht wird oder aber ein Rechtfertigungsgrund für eine solche Beeinträchtigung vorliegt. Die für eine rechtliche Übertragbarkeit notwendige klare wirtschaftliche Allokation fehlt also. Somit haben die Betroffe-

nen nicht die Verfügungsmacht, um ausschliessliche Nutzungsbefugnisse an den sie betreffenden Daten einzuräumen, d.h. über diese Daten zu verfügen. Persönlichkeitsrechte, und damit auch das Datenschutzrecht, sind somit nach herrschender Auffassung absolute Rechte, die nicht translativ oder konstitutiv übertragen werden können.¹² Eine wichtige Folge der rechtlichen Unübertragbarkeit ist, dass Persönlichkeitsrechte nicht entzogen und nicht gegen den Willen des Betroffenen, z.B. im Falle der Insolvenz oder Zwangsvollstreckung, verwertet werden können.¹³



4. Die datenschutzrechtliche Einwilligung ist keine Verfügung

Die rechtliche Übertragbarkeit von Rechten an Personendaten wird demgemäss aus Gründen des Persönlichkeitsschutzes abgelehnt und ist auch aufgrund der Ausgestaltung des Datenschutzrechts als abwägungsoffenes Recht nicht möglich. Aus diesen Gründen kann es sich bei der datenschutzrechtlichen Einwilligung nicht um eine Verfügung handeln.¹⁴

Dieses Ergebnis ist konsistent mit den Wirkungen der Einwilligung. Durch Erteilen der Einwilligung in eine Datenbearbeitung wird das rechtliche Können der betroffenen Person nicht gemindert. Die betroffene Person kann, genau wie vor Erteilen der Einwilligung, sie betreffende Daten selbst nutzen und in (weitere) Datenbearbeitungen durch Dritte einwilligen. Zudem kann der Empfänger der Einwilligung die betreffenden Personendaten zwar nutzen und allenfalls auch über deren Nutzung durch Dritte bestimmen, die Nutzungsbefugnis gilt jedoch lediglich gegenüber der betroffenen Person und nicht erga omnes. Der Einwilligungsempfänger kann folglich keine Ansprüche aus eigenem Recht gegen Dritte geltend machen. Aufgrund der freien Widerrufbarkeit¹⁵ kann der Empfänger der Einwilligung das ihm Versprochene nicht einmal gegenüber der einwilligungserteilenden Person durchsetzen.

Dass der Widerruf der datenschutzrechtlichen Einwilligung ex nunc wirkt,¹⁶ ändert nichts an dieser Einschätzung.¹⁷ Die

¹² Zech, CR 2015, 137, 140 f.; BSK ZGB I-Meili, Art. 28 N 7; Dörr, in: Böhler/Jakob (Hrsg.), Kurzkomentar ZGB, 2. Aufl., Basel 2017, Art. 28 N 1; Bucher/Aebi-Müller, Berner Kommentar, Die natürlichen Personen, 2. Aufl., Bern 2017, Rz 245; Specht, JZ 2017, 763, 765. Im Ergebnis ebenso Thouvenin, SJZ 113/2017, 21, 26.

¹³ Peukert (Fn 3), S. 534 ff.; Zech (Fn 3), S. 75.

¹⁴ Ebenso Uhlig, AJP 2013, 327, 333. So auch angedeutet bei Sattler, JZ 2017, 1036, 1037 f., mit Hinweis auf die Verpflichtungsebene. Ähnlich Peukert (Fn 3), S. 541, 568. Vgl. auch Schönenberger/Jäggi (Fn 6), Art. 1 N 53 ff., welche die schuldrechtliche Nutzungsgestaltung und die widerrufliche Einwilligung nicht zu den Verfügungen zählen. A.A. Metzger, AcP 2016, 817, 832, und Specht, JZ 2017, 763, 765, welche die datenschutzrechtliche Einwilligung als Verfügung sehen.

¹⁵ Art. 7 Abs. 3 Satz 1 DSGVO. Für die Schweiz z.B. SHK DSG-Wermelinger, Art. 13 N 7; SHK DSG-Baeriswyl, Art. 4 N 57; Uhlig, AJP 2013, 327, 329.

¹⁶ Art. 7 Abs. 3 Satz 2 DSGVO. Für die Schweiz z.B. SHK DSG-Baeriswyl, Art. 4 N 57. Ähnlich SHK DSG-Wermelinger, Art. 13 N 7.

⁷ Zech (Fn 3), S. 75 ff.; Peukert (Fn 3), S. 570.

⁸ Dazu Zech (Fn 3), S. 76 f., 84; Peukert (Fn 3), S. 541 f.

⁹ Zech (Fn 3), S. 83; Inderkum, Schadenersatz, Genugtuung und Gewinnherausgabe aus Persönlichkeitsverletzung, Zürich/Basel/Genf 2008, N 74 f.; BSK ZGB I-Meili, Art. 28 N 35.

¹⁰ Dazu z.B. BSK ZGB I-Meili, Art. 28 N 35; Inderkum (Fn 9), N 74 f., m.w.H.; Specht, JZ 2017, 763, 765; Zech (Fn 3), S. 83.

¹¹ Dazu Zech (Fn 3), S. 87.

Einwilligung bleibt zwar bis zum Zeitpunkt des Widerrufs gültig, weshalb die bis dahin erzeugten Ergebnisse der Personendatenbearbeitung grundsätzlich weiter bearbeitet werden dürfen. Handelt es sich bei den Ergebnissen der Datenbearbeitung jedoch um Personendaten, greift erneut das Datenschutzrecht ein. Die von den Daten betroffene Person hat dadurch die Möglichkeit, die Bearbeitung dieser Daten zu untersagen und sie löschen zu lassen.¹⁸ Stellen die Ergebnisse dagegen keine Personendaten dar, ist die widerrufende Person von den Daten nicht betroffen und ihre Rechtsposition ist damit nicht berührt.

5. Fazit

Die Rechtsnatur der Einwilligung ist schon eingehend untersucht worden.¹⁹ Es kann an dieser Stelle festgehalten werden, dass es sich bei der datenschutzrechtlichen Einwilligung jedenfalls nicht um eine Verfügung handelt. Die künftige Ausgestaltung des Datenschutzrechts als ein verfügbares Recht an Personendaten wird dagegen in der Diskussion um (eigentumsartige) Rechte an Daten teilweise gefordert.²⁰ Ob das Einräumen eines unwiderruflichen, allenfalls sogar auf Dritte übertragbaren einfachen Nutzungsrechts an Personendaten²¹ eine Verfügung darstellen würde, ist noch vertieft zu untersuchen. Ein solches Recht könnte einer Entäusserung gleichkommen, da die betroffene Per-

son in der Ausübung eines Teils ihrer Abwehrbefugnisse eingeschränkt wäre und ein eigenständiges Recht zur Nutzung der jeweiligen Daten entstünde. Die eigene Nutzungsbefugnis sowie die Befugnis, Dritten (weitere) Nutzungsrechte einzuräumen, blieben allerdings erhalten.

Für den Handel mit Personendaten genügt jedoch die Übertragbarkeit der faktischen Position. Güter mit Persönlichkeitsbezug, welche eigenständig bestehen, d.h. nicht untrennbar mit dem Rechtsinhaber verbunden sind, können faktisch übertragen und damit auf der schuldrechtlichen Ebene verwertet werden. So können auch die von Daten betroffenen Personen durch Erteilen ihrer Einwilligung in die Datenbearbeitung Dritte befähigen, die zugewiesenen Befugnisse auszuüben. Die datenschutzrechtliche Einwilligung kann damit ein Instrument darstellen, das den Betroffenen die kommerzielle Verwertung von Personendaten ermöglicht, obwohl sie keine Verfügung darstellt.



Kirsten Johanna Schmidt²²,
MLaw, Rechtsanwältin, LL.M. (Boston),
Wissenschaftliche Assistentin,
Universität Basel

¹⁷ A.A. Metzger, AcP 2016, 817, 832.

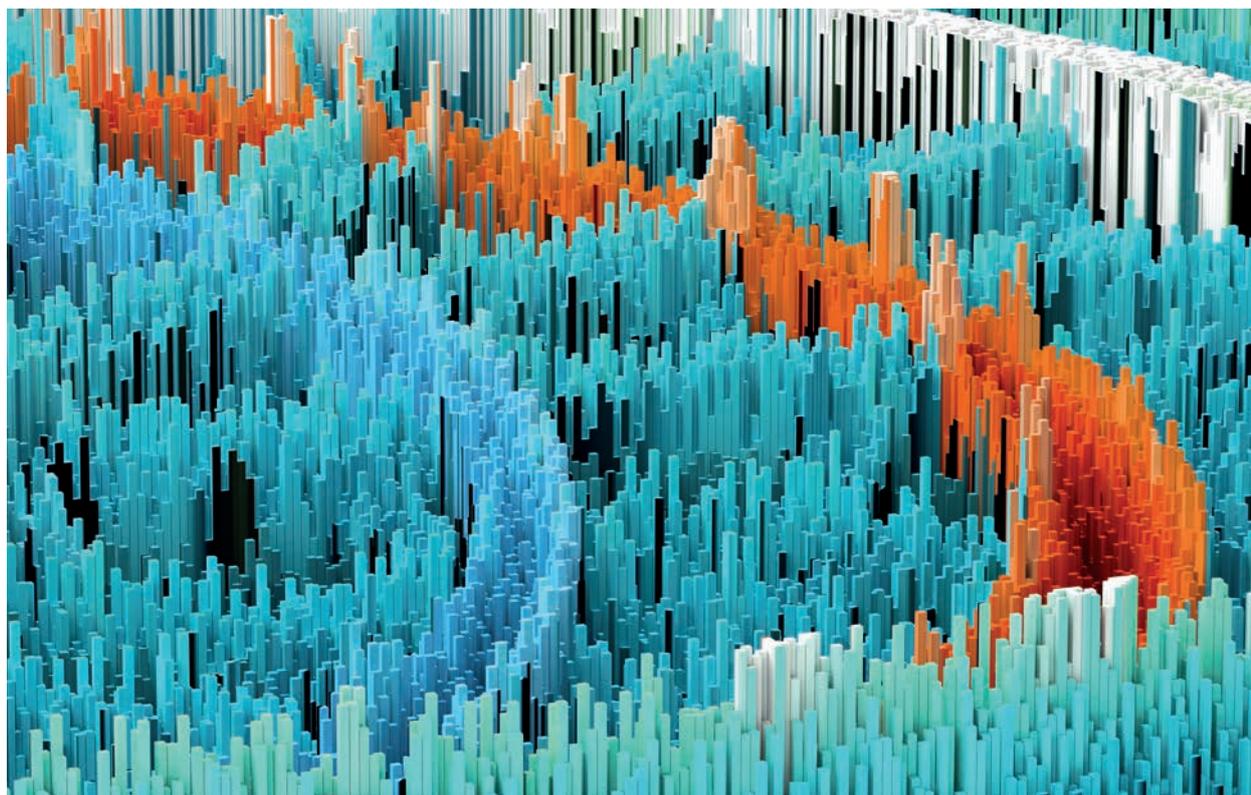
¹⁸ Generell können Personendaten aber auch auf Basis anderer Rechtsgrundlagen bearbeitet werden (vgl. Art. 6 Abs. 1 DSGVO bzw. Art. 13 des Schweizerischen Datenschutzgesetzes vom 19.06.1992 (SR 235.1)).

¹⁹ So z.B. von Ohly, „Volenti non fit iniuria“, Die Einwilligung im Privatrecht, Tübingen 2002, S. 178 ff.; Radlanski, Das Konzept der Einwilligung in der datenschutzrechtlichen Realität, Tübingen 2016, S. 117 ff.; Langhanke/Schmidt-Kessel, EuCML 6/2015, 218, 221; Langhanke, Daten als Leistung, Diss. Bayreuth 2015, S. 40 ff.

²⁰ Z.B. Fezer, MMR 1/2017, S. 3 ff.; Kilian, CRi 2012, 169, 173.

²¹ Dazu Sattler, JZ 2017, 1036 ff.

²² Der vorliegende Beitrag entstand im Rahmen des Projekts „Legal Challenges in Big Data. Allocating benefits. Averting risks.“ des Nationalen Forschungsprogramms 75 „Big Data“, das durch den Schweizerischen Nationalfonds finanziert wird. Die Autorin bedankt sich für die Förderung.



Fotos: 1. Portrait Kirsten Johanna Schmidt – Jörg Wessak; 2. Idea Studio / Shutterstock.com

Referenzielle Kunst im digitalen Zeitalter

STEFAN PAPASTEFANOU*

I. Rechtliche Bewertung von referenzieller Kunst

Das Bundesverfassungsgericht legte in seiner Sampling-Entscheidung Wert auf die Formulierung der praktischen Konkordanz zwischen Eigentumsschutz des Urhebers und der Kunstfreiheit des Nutzers. Der Eingriff in das Vervielfältigungsrecht könnte jedoch durch eine verfassungsrechtliche Schranke auch ohne eine entsprechende Lizenz möglich sein.¹

Es ist jedoch bemerkenswert schwierig, die in diesem Urteil beschriebenen Maßstäbe, insbesondere das Kriterium der „genretypischen Aspekte“ auch auf andere referenzielle Kunstformen des digitalen Zeitalters zu beziehen und grundsätzlich dieses Kriterium als geeignet anzusehen.

a) Rechtliche Schwierigkeiten der „genretypischen Aspekte“ als zentraler Maßstab

Die von dem BVerfG angewandten Kriterien lassen sich selbstverständlich gut auf das Verständnis des Samplings anpassen. Hierbei wird im Regelfall nur ein Teil des geschützten Werkes verwendet, welches keinen eigenständigen Teil des neuen Werkes darstellt, sondern durch (üblicherweise) wesentliche kreative Eigenleistungen des Referenz-Künstlers² ergänzt und erweitert wird.

Bei anderen Arten der referenziellen Kunst ist dieser Aspekt erheblich anders ausgeprägt, wie es etwa aus der klassischen Kunstform der parodierenden Werke schon sehr lange bekannt ist. Hierbei kommt es dem Referenzkünstler gerade darauf an, dass ein Betrachter oder Wahrnehmender des Referenzwerkes das Ursprungswerk wiedererkennt und so die eigentliche Aussage des Referenzwerkes erkennen kann.

Besonders moderne digitale Kunstformen wie YouTube-Kanäle oder Twitch-Channel, die mittels Compilations, Bewertungen und Reviews, Let's Plays, Walk-Throughs, Riff-Trax oder Live-Streaming Unterhaltungsprogramme³ stellen jedoch aufgrund ihrer Vielfalt erhebliche Schwierigkeiten einen gewissen Typ zu erkennen. Im Regelfall liegt die Besonderheit dieser Referenzwerke auch darin, dass es zwar von maßgeblicher Bedeutung ist, dass der Betrachter das Ursprungswerk als solches wiedererkennt und wahrnimmt, aber es fehlt ein parodierender Charakter, da die eingebetteten Szenen oder Tonspuren ohne Veränderung dargestellt werden und erst durch die Kommentierung des Referenzkünstlers das Referenzwerk Gestalt annimmt.

Besonders veranschaulichen lässt sich das Bewertungsproblem bei der sehr speziellen aber durchaus populären Referenzform des sog. „YouTube-Poop“. Diese Form der „remix culture“ ist eine sehr sonderbare und bisweilen auch bizarre

Ausformung.⁴ Auch hierbei ist es in der Regel zwar gewollt, dass der Betrachter das Ursprungswerk erkennt, aber dessen Popularität spielt oft eine untergeordnete Rolle. Gegenstand von „YouTube Poop“ sind Zusammenschnitte und Verzerrungen von TV-Aufnahmen oder anderen Video-Elementen, welche in teilweise sehr aufwendiger und präziser Arbeit so verarbeitet werden, dass es auf den tatsächlichen Inhalt des Ursprungswerks gar nicht mehr ankommt. Allerdings ist es ein wesentliches Merkmal, dass es gerade kein Muster oder einen eindeutig definierbaren „Typ“ gibt. Genretypische Elemente zu identifizieren ist daher nahezu unmöglich.



Ausschnitt aus dem YouTube Poop „The Sky Had A Weegee“ von Hurricoaster, Quelle: YouTube (https://www.youtube.com/watch?v=3MnrAw8lcfS)

Aufgrund dieser erheblichen Unterschiede im Inhalt auch innerhalb anderer einzelner Kunstrichtungen ist es ausgeschlossen, dass einzelne Kunstrichtungen einen „Freischein“ für ihre genretypischen Inhalte erhalten, wie dies etwa bei Fanfiction zur Förderung der Kreativität bei Heranwachsenden vereinzelt in Erwägung gezogen wurde. Hierin liegt eine kurzsichtige Betrachtung der Referenzkunst und ihrer Vielfalt, sodass eine generalisierende, medienpolitische Begünstigung keine interessengerechte Lösung sein kann – vielmehr ist sich auf rechtssichere und inhaltsbezogene Maßstäbe zu verlassen.

Die Gleichstellung des BVerfG zwischen Sampling zu „tongestalterischen Zwecken“ und zu „Zwecken der kritischen Auseinandersetzung“⁵ als Anerkennung im Rahmen der Kunstfreiheit stellt insofern auch keine Besonderheit dar, da der Kunstbegriff und das Urheberrecht nicht deckungsgleich sind. Die Einordnung unter den Kunstbegriff im Rahmen des Art. 5 Abs. 3 GG bedeutet nicht, dass eine entsprechende Schutzfähigkeit oder Schutzwürdigkeit im Rahmen des Urheberrechts geboten ist.

Dennoch wird das BVerfG-Urteil vielfach so ausgelegt, dass durch diese Entscheidung auch andere Arten der referen-

*LL.B., Center for Transnational IP, Media and Technology Law and Policy Bucerius Law School, Hamburg.

¹ BGH, MMR 2009, 253.

² Zur begrifflichen Klarstellung, alle Begriffe wie „Referenzwerk, Referenzkünstler, etc.“ beziehen sich auf das neu geschaffene Werk, während „Originalkünstler, Originalwerk, etc.“ das ursprüngliche Werk darstellen.

³ Mit einer ähnlichen Übersicht: *Klass*, ZUM 2016, 801 f.

⁴ „Absurde Remixe, welche die niedrigsten technischen und ästhetischen Standards der Remix-Kultur nachäffen und verspotten, die Remix-Kultur als solche zu kommentieren.“ - 2012 vom US-Kongress gesammelten Kommentaren der Electronic Frontier Foundation, S. 39.

⁵ BVerfG, MMR 2016, 463 (467).

ziellen Kunst betroffen sind und auch hierdurch eine Vereinfachung in der Ausübung dieser Kunstformen möglich ist. Die aufgezählten Kriterien des BVerfG: „stilprägende Elemente“, „erforderliche kunstspezifische Betrachtung“ und „genrespezifischer Aspekte“ im jeweiligen Schaffensprozess erlauben jedoch gerade keine beliebige Übertragung auf jegliche existenten Kunstformen. Es ist vielmehr von einer Klarstellung auszugehen, indem dem Sampling-Prozess nicht grundsätzlich die künstlerische Komponente aberkannt wurde.



Insbesondere bleibt fraglich, ob die typischen Beleidigungen in Rap-Songs als „stilprägende Elemente“ oder Schmähkritik wie das satirische Gedicht auf den türkischen Politiker Recep Tayyip Erdogan⁶ anerkannt werden und damit als zentraler Teil der Kunstform im Abwägungsvorgang besondere Berücksichtigung finden kann,⁷ obwohl in diesen Fällen – anders als in den Sampling-Fällen – die persönliche Seite des Urheberrechts eine Rolle gespielt hat.

Schließlich ist eine solche „kunstspezifische Betrachtung“ nur bei bereits etablierten Kunstformen überhaupt denkbar, während sie bei neuen Entwicklungen praktisch keinen Anwendungsbereich haben kann und diese Kunstformen in ihrem Entwicklungsstadium entsprechend schutzlos wären.

b) Besonderheiten bei digitaler Referenzkunst bzgl. des Werk- und Wirkungsbereichs

Die erwähnten Maßstäbe führen zusätzlich gerade in der digitalen Kunstszene zu einer weiteren rechtlichen Herausforderung.

Etwas das Filmurheberrecht aus § 94 Abs. 1 S. 1 UrhG, welches bei YouTube-Kanälen, die sich mit der Bewertung von Filmen beschäftigen, häufig betroffen ist, wird bereits durch das Herunterladen bzw. Anbieten selbst kleinster Partikel einen Eingriff verletzt.⁸

Auch ist in der Rechtsprechung anerkannt, dass „File-Sharing“ als solches keine Kunst darstellt und damit keinen entsprechenden Schutz genießt.⁹ Das für das Filmurheberrecht relevante Unionsgrundrecht der Kunstfreiheit in Art.

13 S. 1 GRCh, wird nach herrschender Meinung wie das nationale Äquivalent weit auslegt und umfasst einen Werk- und Wirkungsbereich.¹⁰

Das Beschaffen von digitalen Originalwerken, die zur Bearbeitung erforderlich sind, fällt in diesem Sinne auch unter den Wirkungsbereich. Da jedoch nicht alle digitalen Originalwerke legal zur Verfügung stehen, stellt sich die Frage, ob die Kunstfreiheit einen illegalen Erwerb rechtfertigen kann. Besonders kritisch ist, dass der Wirkungsbereich auch solche Schaffensprozesse der Kunst schützt, die einen Fehlschlag darstellen oder aufgrund anderer Gründe nicht über den Wirkungsbereich hinausgehen.¹¹ In diesem Fall könnte eine kunstbedingte, dauerhafte Rechtmäßigkeit mit der Absicht begründet werden, die Datei einem Schaffensprozess zuzuführen – was ein erhebliches Missbrauchspotential für unrechtmäßiges File-Sharing zu bietet. Eine Plausibilitätsprüfung der künstlerischen Tätigkeit ist kaum realisierbar oder praktikabel, da es für den Urheberrechtsinhaber oder Rechteinhaber kaum Einsichtsmöglichkeiten gibt und eine gerichtliche Prüfung notwendig wäre.

II. „Fair-Use Doctrine“ als Leitbild?

Der US-amerikanische Ansatz des Copyright Act sieht in Sect. 107 direkt vor, dass die Verwendung von urheberrechtlich geschützten Werken keine Verletzungshandlung darstellt, wenn diese zum Zweck der Kommentierung, Kritik, etc. „fair“ eingesetzt werden.¹²

Während zunächst noch der Grundsatz galt: „Get a licence or do not sample“,¹³ stellte sich 2016 das United States Court for the Ninth Circuit dagegen und bestätigte, dass ein de minimis Einwand ein zentrales Argument sein kann, um eine Verletzung von Copyright-geschützten Materialien auszuschließen.¹⁴

Die Kriterien der US-amerikanischen Fair-Use-Doctrine sind entsprechend: (1) Sinn und Zweck der Verwendung, insbesondere die kommerzielle Nutzung, (2) die Art des geschützten Ursprungswerks, (3) die Quantität und Eigenständigkeit des Teils des verwendeten Ursprungswerks im Verhältnis zum gesamten Ursprungswerk und (4) die Auswirkung der Verwendung des Ursprungswerks auf den potentiellen Markt oder den Wert des Ursprungswerks.

Zunächst ist zu analysieren, ob durch das Referenzwerk dem Originalwerk ein neues Element hinzugefügt wird, welches eine neue Aussage, Bedeutung oder Botschaft ermöglicht.¹⁵ Wenn dieser Aspekt bejaht wird und damit eine sogenannte transformative Benutzung des Originalwerks vorliegt, spielen andere Aspekte, wie etwa eine kommerzielle Nutzung, eine weniger bedeutsame Rolle.¹⁶ Ein Indiz

¹⁰ Bergmann, in: Bergmann/Dienelt, Ausländerrecht, EU-Grundrechte-Charta, Art. 13 Rn. 1; Jarass, GrCh, Art. 13 Rn. 5.

¹¹ Scholz, in: Maunz/Dürig GG, Art. 5 Rn. 18 m. w. N.

¹² Bevor die Fair-Use-Doctrine per Gesetz festgehalten wurde, war sie erheblich im Wege der judikativen Rechtsfortbildung entwickelt worden 1841 (9 F. Cas. 342 (C.C.D. Mass 1841) (No. 4, 901)).

¹³ 410 F.3d 792 (6th Cir. 2005), S. 801.

¹⁴ 824 F.3d 871 (9th Cir. 2016), S. 886.

¹⁵ Campbell, 510 U.S. S. 579 (mit Bezug auf Folsom v. Marsh, 9 F. Cas. 342, 348 (C.D.D. Mass 1841) (No. 4,901)).

¹⁶ Samuelson, Washington Law Review 2015, 815 (853 ff.); Peyton, North Carolina Law Review 2018, 1085 (1115).

gegen die Anwendung der Fair-Use-Doctrine soll aber in jedem Fall dann gegeben sein, wenn das Referenzwerk sich nur an den originalen Bestandteilen bedient, um etwa „Aufmerksamkeit zu erlangen, oder schlicht die kreative Mühe umgehen möchte, ein eigenes originelles Werk zu schaffen.“¹⁷ In der jüngsten Entwicklung haben sich auch Instanzgerichte in den USA dazu entschieden, nahezu gänzlich auf die Funktion der Referenzwerke als Kritik oder Kommentar zu verzichten.¹⁸ Es ist vielmehr ausreichend, dass eine neue Bedeutung oder ein neuer Zweck durch das Referenzwerk ausgedrückt werden soll,¹⁹ da dies genau die Bereicherung der Gesellschaft ist, die die Fair-Use-Doctrine erreichen möchte.²⁰

Der Begriff der Selbstständigkeit im Rahmen der Fair-Use-Doctrine geht hierbei jedoch insbesondere darauf ein, ob es sich um das „Kern-Element“ des Originalwerks handelt,²¹ wobei die Aussagen zur „Parody“²² deutlich überzeugender sind als die Anmerkungen des BVerfG zur Kunstform des Samplings.



Digital Culture Vector Parody of Poster in the Culture Revolution

Im Rahmen der wirtschaftlichen Betrachtung ist die kritische Frage, ob das Referenzwerk als Markt-Substitut für das Originalwerk fungiert und damit dem Originalkünstler wirtschaftlichen Schaden zufügen kann.²³ Allerdings kennt auch hier das amerikanische System eine relevante Abgrenzung zwischen des „sich Anmaßens“ von wirtschaftlicher Nachfrage durch eine Copyright-Verletzung und der einfachen „Unterdrückung“ von wirtschaftlicher Nachfrage etwa durch eine kritische Kommentierung des Werks.²⁴ Während in der deutschen Rechtsprechung regelmäßig nur

keine wirtschaftliche Gefahr durch Sampling gesehen wird, geht man in der US-amerikanischen Diskussion etwas weiter und geht sogar von einer wirtschaftlichen Begünstigung aus.²⁵

III. Fazit: Abkehr von Originalität?

Grundsätzlich bietet es sich mithin an, sich an dem besser ausdefinierten Kriterienkatalog der Fair-Use-Doctrine zu orientieren. Hierbei muss jedoch auch der Persönlichkeitsrechts-Charakter des deutschen Urheberrechts gewahrt werden, den das U.S.-amerikanische System nicht kennt. Ein dementsprechend neuer „Fair-Use“-Paragraph im Urheberrecht bzw. Unionsrecht könnte folgende Form haben:

§ 24 UrhG – Zulässige Referenz-Benutzung und Verwertung

- (1) Ungeachtet anderer Vorschriften dieses Gesetzes ist die Benutzung und Verwertung von anderen Werken (Originalwerk) zulässig, wenn dies in einem referenziellen Rahmen (Referenzwerk), wie einer Parodie, Kritik, Kommentierung, Berichterstattung, Lehre und Forschung erfolgt und eine interessengerechte Benutzung erfolgt.
- (2) Eine interessengerechte Benutzung ergibt sich aus der Abwägung der jeweiligen Interessen und der Art und Weise der Benutzung. Sie ist insbesondere unter der Berücksichtigung der folgenden Kriterien vorzunehmen:
 - a. Sinn und Zweck der Benutzung, insbesondere das Maß an Transformation und die Absicht zur Kommerzialisierung.
 - b. Gestalt und Kreativität des Originalwerks, wobei bei referenzieller Benutzung auch eine notwendige Nähe Gegenstand der Natur der referenziellen Kunst und somit unschädlich sein kann.
 - c. Die Quantität und Bedeutung des Referenzteils im Verhältnis zum Gesamt-Originalwerk sowie die Bedeutung des Referenzteils für das Referenzwerk.
 - d. Die Gefahr eines wirtschaftlichen Schadens für die Verwertung des Originalwerks durch Verdrängung von Marktanteilen durch das Referenzwerk.
 - e. Die Gefahr einer unangemessenen Schädigung des ideellen Wertes des Originalwerks oder des Schöpfers.



Stefan Papastefanou, LL.B.
Center for Transnational IP, Media and
Technology Law and Policy
Bucerius Law School, Hamburg

¹⁷ Campbell, 510 U.S.

¹⁸ 448 F.3d 605 (2d Cir. 2006).

¹⁹ *Peyton*, North Carolina Law Review 2018, 1085 (1117); Brauneis, Syracuse Law Review 2018, 7 (31 ff.).

²⁰ Cariou, 714 F.3d at 706.

²¹ „[g]o to the heart“ of the original. – Campbell, 510 U.S. at 586; Brauneis, Syracuse Law Review 2018, 7 (31 ff.).

²² Campbell, 510 U.S. at 580, 581: “Parody needs to mimic an original to make its point, and so has some claim to use the creation of its victim’s (or collective victims’) imagination.”

²³ *Goetsch*, New England Law Review 1980, 39 (50 ff.); *Peyton*, North Carolina Law Review 2018, 1085 (1122).

²⁴ *Campbell v. Acuff-Rose Music, Inc.*, 510 U.S. 569, 588 (1994) mit Bezug auf *Fisher v. Dees*, 794 F.2d 432, 438 (9th Cir. 1986).

²⁵ *Peyton*, North Carolina Law Review 2018, 1085 (1122); *Goetsch*, New England Law Review 1980, 39 (51 ff.).

Vom Goldhasen zu KitKat 4 Finger – Zum Nachweis der durch Benutzung erlangten Unterscheidungskraft einer Unionsmarke

KRISTINA WAGNER*

Wie es die beiden EuGH-Entscheidungen „Goldhase“¹ und „KitKat 4 Finger“² zeigen, scheint insbesondere bei Schokoladenherstellern ein Interesse zu bestehen, auch die Warenform ihrer Produkte markenrechtlich schützen zu lassen, wobei sich sodann regelmäßig die Frage stellen wird, ob Unterscheidungskraft durch Benutzung erlangt wurde. Soweit die „Goldhase“-Entscheidung noch Hoffnung auf erleichterte Nachweiserfordernisse machte, trat der EuGH dieser Hoffnung mit dem „KitKat 4 Finger“-Urteil entschieden entgegen. Der Zugang zum unionsweiten Markenrechtsschutz für atypische Zeichenformen wurde zwar nicht erleichtert, eine Unbilligkeit ist darin jedoch nicht zu erkennen.

I. Der Interessenkonflikt

Es besteht ein Allgemeininteresse, das Markenregister von solchen Zeichen freizuhalten, welche die Hauptfunktion einer Marke, nämlich die Herkunftsfunktion, nicht erfüllen. Einem solchen Zeichen fehlt sodann die Unterscheidungskraft, was wiederum, wie es die gesetzliche Wertung des Art. 7 (1) b) VO (EU) 2017/1001 (UMV) zeigt, zu einem absoluten Schutzhindernis führt. Insoweit wird dem Allgemeininteresse der Vorrang eingeräumt.³ Dieses Schutzhindernis kann jedoch nach Art. 7 (3) UMV überwunden werden, sofern „die Marke [...] infolge ihrer Benutzung Unterscheidungskraft erlangt hat“. Wird ein Zeichen nämlich – sei es originär oder durch Benutzung – letztlich als Hinweis auf die betriebliche Herkunft eines bestimmten Unternehmens erkannt, so überwiegt das Interesse nur eines Unternehmens an Exklusivität das Allgemeininteresse; das Zeichen ist sodann dem Markenrechtsschutz zugänglich. Bei einer Unionsmarke ist der territoriale Bezug von besonderer Bedeutung, da ihr eine „einheitliche Wirkung für die gesamte Union“ zukommt.⁴ Diesem Umstand wird u.a. in Art. 7 (2) UMV Rechnung getragen, wonach es der Markenregistrierung bereits entgegensteht, wenn ein absolutes Schutzhindernis „nur in einem Teil der Union [vorliegt]“. Hierdurch wird sichergestellt, dass dem Markeninhaber kein Ausschließlichkeitsrecht auch für ein solches Gebiet gewährt wird, in dem gemäß der gesetzlichen Wertung nach Art. 7 (1) b) UMV das Allgemeininteresse überwiegt.

II. Vom „Goldhasen“ zu „KitKat 4 Finger“ und der Nachweis der Unterscheidungskraft

Aus dem Zusammenspiel der Art. 7 (1) b), (2), (3) UMV folgt, dass die Unterscheidungskraft in all denjenigen Gebieten der Union durch Benutzung erlangt werden muss, in denen sie dem zur Anmeldung gebrachten Zeichen originär fehlt.⁵ Ist ein Zeichen im gesamten Unionsgebiet originär nicht unterscheidungskräftig, wie es etwa häufig bei

einer Warenformmarke der Fall ist,⁶ so muss der Nachweis der durch Benutzung erlangten Unterscheidungskraft folglich für das gesamte Unionsgebiet erbracht werden. Eine besondere Schwierigkeit dürfte sich daraus ergeben, dass das Unionsgebiet mittlerweile 28 Märkte umfasst. In diesem Kontext ist auch die „Goldhase“-Entscheidung des EuGH einzuordnen, welche die Frage der durch Benutzung erlangten Unterscheidungskraft einer originär nicht unterscheidungskräftigen Warenformmarke – einem goldenen Schokoladenhasen mit Glocke – betraf. Im Gegensatz zu den früheren Entscheidungen des EuGH⁷ und des EuG⁸ umfasste das in diesem Verfahren relevante Unionsgebiet bereits zehn weitere und somit insgesamt 25 Mitgliedsstaaten. Soweit der EuGH ausführte, dass die durch Benutzung erlangte Unterscheidungskraft zwar „für den Teil der Union nachgewiesen werden muss, in dem die Marke keine originäre Unterscheidungskraft besaß, es aber zu weit ginge, zu verlangen, dass der Nachweis eines solchen Erwerbs für jeden Mitgliedstaat einzeln erbracht werden muss“⁹, wurde dieser letzte Halbsatz teils als Hoffnungsschimmer verstanden. So sollte aus der „Goldhase“-Entscheidung zumindest folgen, dass der Nachweis der erworbenen Unterscheidungskraft in nur einigen Mitgliedsstaaten hinreichend sei, um auf dieser Grundlage von einer Verkehrsdurchsetzung im gesamten Unionsgebiet auszugehen.¹⁰



Diese Interpretation der „Goldhase“-Entscheidung dürfte seit dem „KitKat 4 Finger“-Urteil nicht mehr haltbar sein, da der EuGH explizit klarstellte, dass der Nachweis der durch Benutzung erworbenen Unterscheidungskraft in nur „einem bedeutenden Teil der Union“ nicht ausreicht.¹¹

*LL.M. (Glasgow), Rechtsanwältin, Hamburg.

¹ EuGH GRUR 2012, 925 – Goldhase.

² EuGH GRUR 2018, 1141 – KitKat 4 Finger.

³ Büscher, in: BeckOK UMV, 10. Ed. 28.5.2018, Art. 7 Rn. 1f; Kur, in: BeckOK Markenrecht, 15. Ed. 1.10.2018, MarkenG § 8 Rn. 60.

⁴ Art. 1 (2) 1 UMV.

⁵ Hanf, in: BeckOK Markenrecht, 15. Ed. 1.10.2018, UMV 2017 Art. 7 Rn. 178ff.

⁶ EuGH GRUR Int. 2004, 413 Rn. 52 – Waschmittelflasche; Hanf, in: BeckOK Markenrecht, 15. Ed. 1.10.2018, UMV 2017 Art. 7 Rn. 61.

⁷ EuGH GRUR 2006, 1022 – Wicklerform.

⁸ EuG BeckRS 2009, 70779 Rn. 47 – BOUNTY; EuG BeckRS 2009, 70997 Rn. 133 – Lange Uhren.

⁹ EuGH GRUR 2012, 925 Rn. 62 – Goldhase.

¹⁰ Sosnitzer, GRUR 2013, 105, 107; vgl. ferner zu den diskutierten Ansätzen: Wagner, WRP 2017, 145, 147f.

¹¹ EuGH GRUR 2018, 1141 Rn. 78 – KitKat 4 Finger.

Vielmehr könne ein Zeichen nur dann als Unionsmarke eingetragen werden, „wenn der Nachweis erbracht wird, dass es infolge seiner Benutzung in dem Teil der Union Unterscheidungskraft erlangt hat, in dem es im Sinne von Art. 7 Abs. 1 Buchst. b keine originäre Unterscheidungskraft von Anfang an hatte.“¹² Daher müsse für eine originär nicht unterscheidungskräftige Marke nachgewiesen werden, „dass sie durch Benutzung im gesamten Hoheitsgebiet der Union Unterscheidungskraft erlangt hat“.¹³ Der EuGH hat somit klargestellt, dass die aus den Art. 7 (1) b), (2), (3) UMV folgende Wertung konsequent anzuwenden ist, ohne dass sich aus einem praktischen Bedürfnis etwaige Nachweiserleichterungen folgern ließen.



III. Das Verständnis vom Binnenmarkt in territorialer Hinsicht

Zwar kann die „KitKat 4 Finger“-Entscheidung als Klarstellung des „Goldhase“-Urteils betrachtet werden, im Widerspruch stehen beide Entscheidungen indes nicht. Vielmehr zeigt sich einmal mehr, dass der EuGH den Binnenmarkt als ein einheitliches Gebiet ungeachtet nationaler Binnenmärkte versteht. Insoweit ist zunächst zu beachten, dass der EuGH in der „Goldhase“-Entscheidung lediglich ausführte, dass es „zu weit ginge, zu verlangen, dass der Nachweis eines solchen Erwerbs für jeden Mitgliedstaat einzeln erbracht werden muss.“¹⁴ Mit dieser Aussage antwortete der EuGH auf das Vorbringen der Rechtsmittelführerin, dass aufgrund der Einheitlichkeit der Gemeinschaftsmarke nicht auf die einzelnen Märkte abgestellt werden könne.¹⁵ Aus diesem Kontext ergibt sich, dass der EuGH mit dem Verweis auf „jeden Mitgliedstaat einzeln“ lediglich eine künstliche Aufspaltung des Binnenmarktes entlang der einzelstaatlichen Grenzen abgelehnt hat. Dieses Gebietsverständnis steht im Einklang mit der „Leno Marken“-Entscheidung, in welcher der EuGH bei der Frage der ernsthaften und mithin rechtserhaltenden Benutzung klarstellte, dass „die Grenzen des Hoheitsgebiets der Mitgliedstaaten außer Betracht zu lassen sind.“¹⁶ Auch wenn dem EuGH in seiner „KitKat 4 Finger“-Entscheidung insofern beizupflichten ist, dass die Anforderungen an eine rechtserhaltende Benutzung nicht auf den Fall der durch Benutzung erlangten Unterscheidungskraft übertragbar sind,¹⁷ so liegt

beiden Entscheidungen dennoch ein korrespondierendes Verständnis vom Binnenmarkt zugrunde.

Wird der Binnenmarkt als ein einheitliches Gebiet betrachtet, ist es im Grundsatz sicherlich folgerichtig, den Nachweis der Unterscheidungskraft nicht separat für jeden Mitgliedsstaat zu fordern.¹⁸ Dies entbehrt jedoch nicht von dem Erfordernis, dass die zu erbringenden Nachweise im Ergebnis das gesamte Unionsgebiet erfassen müssen. Diese Auffassung wurde nun in der „KitKat 4 Finger“-Entscheidung weiterentwickelt, indem der EuGH anmerkte, dass einzelne Nachweise einen Aussagewert für ein Gebiet haben können, welches mehr als nur einen Mitgliedsstaat umfasst. Dies sei dann anzunehmen, wenn aufgrund hinreichender Indizien von einem grenzüberschreitenden Markt auszugehen sei.¹⁹ Hierfür könne etwa sprechen, wenn mehrere Mitgliedsstaaten im gleichen Vertriebsnetz und durch eine entsprechende Marketingstrategie zusammengefasst wurden, oder wenn eine geografische, kulturelle und sprachliche Nähe gegeben ist.²⁰ Demnach ergibt sich die territoriale Reichweite des jeweiligen Nachweises einzig aus dessen Aussagegehalt selbst, ohne dass künstlich eine Grenze entsprechenden den Binnengrenzen der Mitgliedsstaaten angenommen wird. Die beispielhaft genannten Indizien sowie insbesondere der Verweis auf eine geografische, kulturelle und sprachliche Nähe lassen allerdings recht hohe Hürden vermuten, sodass ein grenzüberschreitender Aussagewert wohl allenfalls für kulturell benachbarte Länder wie etwa die Benelux-Staaten anzunehmen sein wird.



IV. Die Möglichkeit der Extrapolation

Die „KitKat 4 Finger“-Entscheidung dürfte jedoch von der Möglichkeit der Extrapolation abzugrenzen sein. Im Fall der Extrapolation wurde der Nachweis der durch Benutzung

Fotos: 1. AlanKadr / Shutterstock.com; 2. pbaroz / Stock.Adobe.com

¹² EuGH GRUR 2018, 1141 Rn. 75 – KitKat 4 Finger.

¹³ EuGH GRUR 2018, 1141 Rn. 76 – KitKat 4 Finger.

¹⁴ EuGH GRUR 2012, 925 Rn. 62 – Goldhase.

¹⁵ EuGH GRUR 2012, 925 Rn. 62 – Goldhase.

¹⁶ EuGH GRUR 2013, 182 Rn. 57 – Leno Marken.

¹⁷ EuGH GRUR 2018, 1141 Rn. 69ff – KitKat 4 Finger.

¹⁸ Viefhues, GRUR Prax 2018, 415.

¹⁹ EuGH GRUR 2018, 1141 Rn. 81 – KitKat 4 Finger.

²⁰ EuGH GRUR 2018, 1141 Rn. 79-82 – KitKat 4 Finger.

erlangten Unterscheidungskraft nämlich nur für ein bestimmtes Gebiet erbracht. In einem anderen Gebiet wurde zwar keine Verkehrsdurchsetzung nachgewiesen, jedoch dass die Marktverhältnisse und Marktanteile vergleichbar sind. Aufgrund der vergleichbaren Marktverhältnisse wird sodann auch in dem anderen Gebiet von einer Verkehrsdurchsetzung ausgegangen.²¹ Die Extrapolation betrifft mithin eine Vermutungsannahme, wobei der erbrachte Nachweis lediglich die Tatsachengrundlage betrifft, auf der die Vermutung fußt. Anders indes die Situation in der „KitKat 4 Finger“-Entscheidung,²² in welcher der EuGH aufgrund eines grenzüberschreitenden Marktes wohl davon ausgeht, dass sich der Aussagewert der insoweit vorgebrachten Nachweise unmittelbar auf eben dieses Gebiet ungeachtet etwaiger einzelstaatlichen Grenzen bezieht.²³ Dann aber stellt sich die Frage, ob es die Möglichkeit der Extrapolation auch zukünftig noch geben soll, wenn der EuGH klarstellt, dass zur Annahme der Verkehrsdurchsetzung „der Nachweis erbracht“ werden müsse.²⁴



Gerichtshof der Europäischen Union in Luxemburg

Da im Fall der Extrapolation in dem anderen Gebiet die Verkehrsdurchsetzung nicht nachgewiesen sondern lediglich vermutet wird, ist ein gewisser Konflikt mit der „KitKat 4 Finger“-Entscheidung gegeben. Die Extrapolation wurde zudem im Schlussantrag des Generalanwalts Wathelet angesprochen,²⁵ sodass auch nicht anzunehmen ist, dass sich der EuGH bei seiner Entscheidungsfindung dieser Möglichkeit nicht bewusst war. Gleichwohl ordnete er die beispielhaft genannten Indizien der Prüfung zu, ob ein einheitlicher, grenzüberschreitender Markt anzunehmen sei, und gerade nicht, ob diese Indizien eine für die Extrapolation erforderliche Vergleichbarkeit begründen können.²⁶ Zumindest mit einem zgedrücktem Auge ließe sich eine Vereinbarkeit der Extrapolation mit der „KitKat 4 Finger“-Entscheidung dennoch annehmen. Schließlich müsste die Vergleichbarkeit der jeweiligen Märkte nachgewiesen werden, sodass der Markenmelder nicht von der Pflicht befreit ist, Nachweise für das gesamte Unionsgebiet vorzulegen. Lediglich deren Aussagegehalt würde variieren. Damit wurde das endgültige Schicksal der Extrapolation einstweilen auf eine andere Entscheidung vertagt.

²¹ EuG BeckRS 2009, 70779 Rn. 53-60 – BOUNTY; EUIPO, Prüfungsrichtlinien für Unionsmarken, Stand: 1.10.2017, Teil B, Abschnitt 4, Kapitel 14, Ziff. 6.3.

²² Wohl a.A. Viefhues, GRUR Prax 2018, 415, 461f.

²³ Vgl. hierzu: Ziffer III.

²⁴ EuGH GRUR 2018, 1141 Rn. 75 – KitKat 4 Finger.

²⁵ Generalanwalt Wathelet, BeckRS 2018, 16228 Rn. 77f.

²⁶ So noch: Generalanwalt Wathelet, BeckRS 2018, 16228 Rn. 78.

V. Relevanz der nationalen Markensysteme

Die „KitKat 4 Finger“-Entscheidung hat die Voraussetzungen, ein originär nicht unterscheidungskräftiges Zeichen als Unionsmarke eintragen zu lassen, sicherlich nicht herabgesetzt. Eine unbillige Härte folgt aus der Entscheidung jedoch nicht. Insoweit ist zu beachten, dass das Unionsmarkensystem die nationalen Schutzregime nicht verdrängt hat. Vielmehr bestehen beide Schutzregime nebeneinander. Soweit das Unionsmarkensystem einen Markenrechtsschutz für das gesamte Unionsgebiet u.a. zur Förderung des Waren- und Dienstleistungsaustausches auf dem Binnenmarkt ermöglicht, bietet die nationale Marke Schutz insbesondere dann, wenn das Schutzinteresse nicht über das Gebiet eines Mitgliedsstaates hinausgeht.²⁷ Demgemäß wäre der Inhaber einer originär nicht unterscheidungskräftigen Marke auch dann nicht schutzlos gestellt, selbst wenn die Verkehrsdurchsetzung nach Maßgabe der „KitKat 4 Finger“-Entscheidung nicht im gesamten Unionsgebiet nachgewiesen werden kann. Schließlich stünde es dem Markeninhaber weiterhin frei, eine nationale Marke in all denjenigen Gebieten zur Eintragung anzumelden, in denen er ein das Allgemeininteresse überwiegendes Schutzinteresse nachweisen kann. Die „KitKat 4 Finger“-Entscheidung sowie deren Relevanz für originär nicht unterscheidungskräftige Marken veranschaulichen mithin die Bedeutung der Koexistenz des Unionsmarkensystems mit den nationalen Schutzregimen, da es erst deren Komplementarität ist, die einen ausgewogenen Markenrechtsschutz unter territorial differenzierender Berücksichtigung sowohl des Allgemeininteresses als auch dem Bedürfnis des Markeninhabers nach Exklusivität ermöglicht.

VI. Fazit

Die „KitKat 4 Finger“-Entscheidung hat zum einen mit einer dankenswerten Klarheit festgestellt, dass die den Art. 7 (1) b), (2), (3) UMV zugrundeliegende Wertung konsequent zur Anwendung kommt und dass insbesondere auch für originär nicht unterscheidungskräftige Marken keine abweichenden Anforderungen gelten. Wird im gesamten Unionsgebiet Markenrechtsschutz begehrt, so muss im Ergebnis auch im gesamten Unionsgebiet das Interesse des Markeninhabers an Exklusivität das Allgemeininteresse überwiegen. Da diese Prämisse zumindest für originär nicht unterscheidungskräftige Marken nur mit hohem Aufwand zu erfüllen sein dürfte, werden solche Marken auf Unionsebene sicherlich seltener zur Eintragung gelangen. Ein Rückgriff auf die nationalen Markenrechte in den verkehrsdurchgesetzten Gebieten wird sodann naheliegen, sodass die „KitKat 4 Finger“-Entscheidung letztlich auch deren Bedeutung entsprechend gestärkt hat.



Kristina Wagner, LL.M. (Glasgow),
Rechtsanwältin, Hamburg

²⁷ Kochendörfer, in: BeckOK UMW, 10. Ed. 27.08.2018, Art. 1 Rn. 15; Kur, in: BeckOK Markenrecht, 15. Ed. 1.10.2018, Einleitung Markenrecht Rn. 111.

„Don't Stop the Music“ – oder doch? Beeinträchtigung von Musikwerken durch ihre Nutzung im Wahlkampf

ANNA K. BERNZEN*

A. Von Donald Trump und den Toten Hosen

Die Liste der Musiker¹, die es Donald Trump verbieten wollten, auf seinen Wahlkampfveranstaltungen vor den amerikanischen midterm elections ihre Lieder zu spielen, liest sich wie das „Who is Who“ der Musikbranche: Rihanna wehrte sich dagegen, dass mit ihrem Hit „Don't Stop the Music“ bei einer politischen Veranstaltung Stimmung gemacht wurde.² Pharrell Williams empfand es (zu Recht) als



Rihanna

geschmacklos, dass am Tag eines tödlichen Anschlags auf eine Synagoge in Pittsburgh sein Song „Happy“ auf einem ähnlichen Event gespielt wurde.³ Aerosmith-Frontmann Steven Tyler forderte den US-Präsidenten im Sommer sogar schon zum zweiten Mal auf, die Hits seiner Band nicht auf seinen Wahlkampfveranstaltungen zu verwenden.⁴

Auch in Deutschland kritisieren Musiker es immer wieder, wenn politische Parteien ihre Lieder im Wahlkampf verwenden. Unvergessen ist in diesem Zusammenhang der Spott der Toten Hosen, nachdem führende CDU-Politiker am Abend der Bundestagswahl 2013 vor den Fernsehkameras ungenau zu „An Tagen wie diesen“ mitgeklatscht und -gesungen hatten (Zitat des Sängers Campino: „wie ein Autounfall“).⁵

B. Die Entscheidung des BGH

Im vergangenen Jahr befasste sich erstmals der BGH mit der Frage, ob die Urheber eines Musikwerkes verhindern

können, dass dieses im politischen Kontext öffentlich wiedergegeben wird. Geklagt hatte ursprünglich die Kölner Band Die Höchner. Auf Wahlkampfveranstaltungen vor der Thüringer Landtagswahl 2014 hatte die NPD unter anderem die Lieder „Wenn nicht jetzt, wann dann“ und „Jetzt geht's los“ gespielt, deren Urheber die Bandmitglieder sind. Die Musik lief, während der Landesvorsitzende der Partei sich nach seiner Wahlkampfrede zu den Zuschauern begab, um mit ihnen ins Gespräch zu kommen.⁶ Dagegen hatte die Band unter Berufung auf ihr Urheberpersönlichkeitsrecht bereits eine einstweilige Verfügung erwirkt, mit der es der NPD untersagt wurde, die Lieder auf ihren Wahlkampfveranstaltungen öffentlich wiederzugeben.⁷

Auch in der Hauptsache hatten Die Höchner sich bis zum OLG Jena mit ihrem Unterlassungsanspruch aus § 97 Abs. 1 UrhG durchsetzen können.⁸ Auf die Nichtzulassungsbeschwerde der NPD hin bestätigte der BGH in einem Zurückweisungsbeschluss nunmehr die Thüringer Richter in ihrer Ansicht, dass die Partei das Urheberpersönlichkeitsrecht der Bandmitglieder verletzt hatte, indem sie die Lieder auf der Wahlkampfveranstaltung öffentlich wiedergegeben hatte. Das habe eine nach § 14 UrhG verbotene Beeinträchtigung dieser Musikwerke dargestellt. Durch „Form und Art der Werkwiedergabe und Werknutzung“⁹ seien die urheberpersönlichkeitsrechtlichen Interessen der Bandmitglieder als Urheber beeinträchtigt worden. Indem die Songs während der Überleitung von der Rede des Landesvorsitzenden zum Gespräch mit den Zuschauern gespielt wurden, seien sie in die Dramaturgie der Veranstaltung integriert worden. Somit habe die NPD die Lieder „in den Zusammenhang ihres politischen Wahlkampfes gestellt.“¹⁰

Eine solche Nutzung sei besonders geeignet, die Interessen der Urheber zu beeinträchtigen – selbst wenn die Musik nur verwendet worden sei, um eine gute Stimmung zu erzeugen. Weil die Bandmitglieder als die Urheber sich öffentlich gegen die Ziele der NPD positioniert hatten und da das BVerfG die NPD als verfassungsfeindlich eingestuft hatte, wögen die Urheberinteressen vorliegend schwerer als die Interessen der Partei als Nutzerin.¹¹ Zulasten der NPD falle zudem ins Gewicht, dass sie nicht darauf angewiesen gewesen sei, gerade diese Lieder zu spielen. Sie könne sich auch nicht darauf berufen, dass die GEMA ihr zuvor die nötige Lizenz eingeräumt habe. Die Urheber hätten der Wertungsgesellschaft das Recht auf eine öffentliche Wiedergabe ihrer Werke bei Wahlkampfveranstaltungen schließlich gar nicht übertragen, weil sie nicht zu den üblichen und voraussehbaren Formen der Wiedergabe gehöre.¹²

*Dipl.-Jur., LL.B., Doktorandin am Lehrstuhl für Bürgerliches Recht, Recht des Geistigen Eigentums sowie deutsches und europäisches Zivilprozessrecht von Prof. Dr. Mary-Rose McGuire, M.Jur. (Göttingen) an der Universität Osnabrück, Akademische Mitarbeiterin am Lehrstuhl für Öffentliches Recht und Rechtsphilosophie von Prof. Dr. Hans-Joachim Cremer an der Universität Mannheim.

¹ Aus Gründen der einfacheren Lesbarkeit wird im Folgenden stets die männliche Form verwendet. Damit sind jedoch immer alle Geschlechter gemeint.

² Keps, www.rollingstone.com v. 05.11.2018 (abrufbar unter: www.rollingstone.com/music/music-news/rihanna-sends-cess-and-desist-after-songs-played-at-trump-rally-752314, Stand: 03.12.2018).

³ Beaumont-Thomas, www.theguardian.com v. 30.10.2018 (abrufbar unter: www.theguardian.com/music/2018/oct/30/pharrell-williams-donald-trump-happy-pittsburgh-synagogue-shooting, Stand: 03.12.2018).

⁴ Keps, www.rollingstone.com v. 22.08.2018 (abrufbar unter: www.rollingstone.com/music/music-news/steven-tyler-sends-trump-cess-and-desist-letter-for-playing-aerosmith-at-rally-714395, Stand: 03.12.2018).

⁵ Niasseri, www.rollingstone.de v. 25.09.2013 (abrufbar unter: www.rollingstone.de/wie-ein-autounfall-die-toten-hosen-loben-die-cdu-fuer-tage-wie-diese-einsatz-360711, Stand: 03.12.2018).

⁶ BGH GRUR-RR 2018, 61 – Die Höchner.

⁷ OLG Jena, Urt. v. 22.04.2015 – 2 U 738/14, GRUR-RS 2015, 19437 sowie, in der Vorinstanz, LG Erfurt, Urt. v. 13.10.2014 – 3 O 1139/14 (unveröffentlicht).

⁸ OLG Jena, GRUR 2017, 622; LG Erfurt, Teilurt. v. 25.09.2015 – 3 O 102/5, BeckRS 2015, 118185.

⁹ BGH, GRUR-RR 2018, 61 – Die Höchner.

¹⁰ BGH, GRUR-RR 2018, 61 – Die Höchner.

¹¹ BGH, GRUR-RR 2018, 61 – Die Höchner unter Verweis auf BVerfGE 144, 20.

¹² BGH, GRUR-RR 2018, 61 (62) – Die Höchner.

C. Mögliche Folgen der BGH-Entscheidung

Die Entscheidung des BGH – so nachdrücklich die Verfasserin das Ergebnis auch begrüßt – wirft die Frage auf, inwiefern das Urheberrecht an Musikwerken als Werkzeug im politischen Meinungskampf eingesetzt werden kann. Welche praktische Relevanz die Beantwortung dieser Frage haben kann, zeigt das Urteil der Vorinstanz: Das OLG Jena hatte darin nicht auf die mittlerweile verfassungsrichterlich festgestellte Verfassungsfeindlichkeit der NPD abgestellt, sondern allgemein vertreten, dass die öffentliche Wiedergabe von Musikwerken auf den Wahlkampfveranstaltungen politischer Parteien geeignet sei, die Urheberinteressen zu beeinträchtigen.¹³ Können bspw. die *Toten Hosen* es der CDU daher verbieten, im Wahlkampf mit ihrer Musik (gute) Stimmung zu machen?¹⁴



D. Kritik an der BGH-Entscheidung

Eine Beeinträchtigung des Urheberpersönlichkeitsrechts gemäß § 14 UrhG hat drei Voraussetzungen, die kumulativ vorliegen müssen. Erstens: Das Werk muss durch die fragliche Nutzung beeinträchtigt werden. Zweitens: Diese Beeinträchtigung muss geeignet sein, die geistigen oder persönlichen Interessen des Urhebers am Werk zu gefährden. Drittens: Diese Urheberinteressen müssen berechtigt sein, d.h. sie müssen in der Abwägung mit den Interessen des Nutzers des Werkes überwiegen.¹⁵ Kritisch muss die Entscheidung des BGH im Hinblick auf die zweite Stufe der Prüfung betrachtet werden. Eignet sich die öffentliche Wiedergabe von Musikwerken auf Wahlkampfveranstaltungen tatsächlich, um die geistigen und persönlichen Urheberinteressen an diesen Werken zu gefährden?

Herrschend wird angenommen, dass die Beeinträchtigung eines Werkes die Eignung zur Gefährdung der Urheberinteressen indiziert.¹⁶ Es sei schließlich stets im Interesse des Urhebers, darüber zu entscheiden, in welcher Form das Werk an die Öffentlichkeit gerate.¹⁷ Wo es im Sinne des § 14 UrhG entstellt oder anderweitig beeinträchtigt wird, treffen jedoch andere die Entscheidung darüber, wie das Werk der Allgemeinheit gegenübertritt. Bei einem Eingriff in die Werksubstanz leuchtet es aufgrund der äußerlichen Verän-



derungen am Werk mithin ein, dass dadurch die Urheberinteressen gefährdet werden. Bei einer indirekten Beeinträchtigung des Werkes durch die Form und Art seiner Wiedergabe ist dies jedoch nicht ebenso selbstverständlich.

Bereits der Wortlaut der Vorschrift, die eine Gefährdung der Interessen *am Werk* fordert, zeigt, dass sie dem Urheber kein Instrument an die Hand geben soll, um jegliche Nutzungen seiner Werke abzuwehren, die ihm missfallen. Stattdessen hob der Gesetzgeber in der Begründung zu § 14 UrhG hervor, dass die Norm dem „Schutz des geistigen und persönlichen Bandes [dient], das zwischen dem Urheber und seinem Werk besteht.“¹⁸ Sie sollte dagegen ausdrücklich nicht dazu dienen, das allgemeine Persönlichkeitsrecht des Urhebers generell zu schützen. Um dies sprachlich zu verdeutlichen, wählte der Gesetzgeber damals bewusst eine Formulierung, die vom Wortlaut des Art. 6^{bis} Abs. 1 RBÜ abwich. An diese Regelung war das Recht vor seiner Kodifikation in § 14 UrhG angelehnt worden.¹⁹ Art. 6^{bis} Abs. 1 RBÜ besagt, dass der Urheber jeder Entstellung, Verstümmelung, sonstigen Änderung oder Beeinträchtigung seiner Werke entgegenzutreten kann, die seiner Ehre oder seinem Ruf nachteilig sein könnten. Die Urheberinteressen, die § 14 UrhG schützen soll, sind nach dem Willen des Gesetzgebers enger zu verstehen.

Für eine enge Auslegung spricht auch der Vergleich mit der Parallelvorschrift für ausübende Künstler, § 75 S. 1 UrhG: Auf dieser Grundlage können sie Beeinträchtigungen ihrer Darbietung untersagen, wenn sie geeignet sind, ihr Ansehen oder ihren Ruf *als ausübende Künstler* zu gefährden. Indem die Norm auf Ansehen und Ruf als ausübender Künstler abstellt, stellt sie sprachlich einen stärkeren Bezug der gefährdeten Interessen zur Person des Rechteinhabers her, als es § 14 UrhG tut. Es wäre dem Gesetzgeber schließlich auch möglich gewesen, eine Gefährdung der Interessen des ausübenden Künstlers *an der Darbietung* zu fordern, in sprachlicher Parallele zu den Interessen des Urhebers am Werk, auf die § 14 UrhG Bezug nimmt. Stattdessen auf die Auswirkungen der Beeinträchtigung auf das „Image“ der Künstler abzustellen, ergibt Sinn, kommt es dafür doch wesentlich darauf an, wie die Öffentlichkeit über ihre künstlerischen Fähigkeiten, aber auch über ihre persönlichen Einstellungen urteilt.²⁰ Musikurheber werden dagegen in der Regel weniger als Person in der Öffentlichkeit wahrgenommen und mehr über ihre Werke.²¹ Oft kennt die Öffentlichkeit die Komponisten und Textdichter eines Musikwerkes noch nicht einmal. Der Vergleich mit § 75 S. 1 UrhG streitet also ebenfalls dafür, den Kreis der Urheberinteressen in § 14 UrhG eng zu ziehen.

¹³ OLG Jena, GRUR 2017, 622 (624). Kritisch dazu in Anbetracht der betroffenen Grundrechte Grünberger, ZUM 2018, 271 (277).

¹⁴ Vgl. dazu Berger, jurisPR-ITR 1/2016 Anm. 3.

¹⁵ Statt vieler: Dreyer, in: Dreyer/Kotthoff/Meckel/Hensch, UrhR, 4. Aufl. 2018, § 14 Rn. 36.

¹⁶ OLG München, GRUR Int 1993, 332 (333) – Christoph Columbus; OLG Stuttgart, GRUR-RR 2011, 56 (58) – Stuttgart 21; Bullinger, in: Wandte/Bullinger, UrhG, 4. Aufl. 2014, § 14 Rn. 9; Dreyer, in: Dreyer/Kotthoff/Meckel/Hensch, UrhR, 4. Aufl. 2018, § 14 Rn. 51; Honscheck, GRUR 2007, 944 (946); Schlingloff, GRUR 2017, 572 (578); Schulze, in: Dreier/Schulze, UrhG, 6. Aufl. 2018, § 14 Rn. 15. Zweifelhafte für indirekte Beeinträchtigungen jüngst jedoch Schwarz, IPRB 2017, 212 (214).

¹⁷ Dreyer, in: Dreyer/Kotthoff/Meckel/Hensch, UrhR, 4. Aufl. 2018, § 14 Rn. 51.

¹⁸ BT-Drs. IV/270, S. 45.

¹⁹ BT-Drs. IV/270, S. 45.

²⁰ Vgl. OLG Jena, Urt. v. 18.03.2015, 2 U 674/14 – Helene Fischer.

²¹ Vgl. Ernst, jurisPR-WettbR 2/2016 Anm. 4.

Zuletzt lässt sich hierfür anführen, dass die Vorschrift es zum Ziel hat, die Integrität des Werkes zu schützen.²² Neben der Werksubstanz in der Gestalt, die der Urheber für sie bestimmt hat, erfasst dies zwar auch den „geistig-ästhetischen Gesamteindruck des Werkes“.²³ Aus dem Grund entschied der *BGH* zum Beispiel, dass die Nutzung von Musikwerken als Klingeltöne eine indirekte Beeinträchtigung im Sinne des § 14 UrhG darstellt.²⁴ Zur Begründung verwies er u.a. darauf, dass der komponierte Spannungsbogen des Liedes zerstört werde, wenn das Gespräch angenommen werde.²⁵ Damit ist die öffentliche Wiedergabe von Musikwerken auf Wahlkampfveranstaltungen jedoch nicht vergleichbar: Der Gesamteindruck, den die Zuhörer dabei von dem Werk bekommen, wird in keiner Weise verändert. Die Integrität des Werkes bleibt unberührt. Einzig der Kontext entspricht nicht dem Willen des Urhebers.

Sein Interesse, nicht mit einer politischen Partei in Verbindung gebracht zu werden, deren Ansichten er nicht teilt, weist nach alledem nicht die Beziehung zum Werk auf, die § 14 UrhG fordert. Daher können Urheber sich entgegen der Ansicht des *BGH* nicht unter Berufung hierauf gegen die öffentliche Wiedergabe ihrer Musikwerke auf Wahlkampfveranstaltungen wehren.

E. Ausblick

Dies bedeutet jedoch nicht, dass sie die Wiedergabe stets hinnehmen müssten. Wo die Urheber – wie hier – zugleich ausübende Künstler sind, können sie sich auf § 75 S. 1 UrhG berufen. Jeder Urheber kann daneben sein allgemeines Per-

sönlichkeitsrecht anführen. Entsteht durch das Abspielen der Musik auf einer Wahlkampfveranstaltung der unzutreffende Eindruck, dass er die Ziele der jeweiligen Partei unterstützt, wird damit eine falsche Tatsachenbehauptung aufgestellt. Dagegen kann der Urheber nach §§ 1004 Abs. 1, 823 Abs. 1 BGB vorgehen.²⁶ Für diesen falschen Eindruck kann bereits die unzutreffende gedankliche Assoziation des Urhebers mit den politischen Zielen ausreichen.²⁷

Im Ergebnis wird es ihm daher vielfach doch möglich sein, die öffentliche Wiedergabe seiner Musikwerke auf Wahlkampfveranstaltungen von Parteien zu verbieten. Unterschiede zum Unterlassungsanspruch basierend auf § 97 Abs. 1 UrhG i.V.m. § 14 UrhG ergeben sich jedoch insbesondere nach dem Tod des Urhebers: So könnten seine Erben sein Urheberpersönlichkeitsrecht bis zu 70 Jahre *post mortem auctoris* geltend machen (vgl. § 64 UrhG), während das postmortale Persönlichkeitsrecht eine Geltendmachung nach seinem Tod zeitlich nur eingeschränkt gestattet.²⁸



Dipl.-Jur. Anna K. Bernzen, LL.B.,
Doktorandin, Universität Osnabrück;
Akademische Mitarbeiterin, Universität Mannheim

²² *Dustmann*, in: *Fromm/Nordemann*, UrhR, 11. Aufl. 2014, § 14 Rn. 1, Rn. 5 ff.; *Grünberger*, ZUM 2018, 271 (276); *Honscheck*, GRUR 2007, 944 (945); *Schlingloff*, GRUR 2017, 572 (577).

²³ *Schulze*, in: *Dreier/Schulze*, UrhG, 6. Aufl. 2018, § 14 Rn. 1.

²⁴ *BGH*, GRUR 2009, 395 (396 f.) – Klingeltöne für Mobiltelefone; GRUR 2010, 920 (921) – Klingeltöne für Mobiltelefone II.

²⁵ *BGH*, GRUR 2009, 395 (397) – Klingeltöne für Mobiltelefone; GRUR 2010, 920 (921) – Klingeltöne für Mobiltelefone II.

²⁶ Statt vieler: *Baldus*, in: *MüKo BGB*, 7. Aufl. 2017, § 1004 Rn. 33.

²⁷ Vgl. *BGH*, GRUR 1959, 430 (432) – *Caterina Valente*.

²⁸ *Schlingloff*, GRUR 2017, 572 (576).



Die Rockband *Aerosmith* schaltete mehrfach ihre Anwälte ein, um *Donald Trump* die Verwendung ihrer Songs in Wahlkampfauftritten zu untersagen.

Zugang zu Daten – Kartellrecht als Lösung?

SEBASTIAN LOUVEN*

In der Informationsgesellschaft werden zunehmend Daten zu einem wichtigen Nachfragegegenstand. Dies zeigt sich einerseits an der rasanten Digitalisierung immer weiterer Lebensbereiche durch Plattformen, Internet-of-Things-Technologien und andere neuartige Angebote. In diesem Zusammenhang werden immer wieder Daten als die wesentliche Grundlage wirtschaftlicher Tätigkeit betont, zuletzt im Zusammenhang mit einem Gutachten zu einer möglichen Überarbeitung der kartellrechtlichen Vorschriften¹ sowie dem Vorschlag einer sogenannten progressiven Daten-Sharing-Pflicht.² Kann tatsächlich auch der Zugang zu Daten begehrt werden? Welche dogmatischen Herausforderungen treten hier auf und bietet das geltende Kartellrecht überhaupt eine Lösung?

Ein kartellrechtlich begründeter Zugang zu Daten ließe sich zum einen unter dem Gesichtspunkt marktmachtmissbräuchlicher Zugangsverweigerung und zum anderen im Zusammenhang mit dem Verbot wettbewerbsbeschränkender kollusiver Maßnahmen herleiten. Beides hängt wiederum stark mit der kartellrechtlichen Bewertung digitaler Plattformen zusammen.

Kartellrecht und Datenmacht

In den letzten Jahren haben Plattformen in der Digitalwirtschaft eine enorm hohe Bedeutung gewonnen. Sie stellen Vermittler zwischen verschiedensten Interessen dar, vernetzen die Wirtschaft sowie sämtliche Protagonisten zunehmend und nehmen dabei eine immer dominantere Stellung ein. Ihre Matchmaker-Funktion lässt sich mittels des Begriffs Netzwerkeffekte beschreiben, was die Auswirkungen der Entscheidungen einzelner Individuen auf andere Individuen einer Nutzergruppe beschreibt.³ Bei Plattformen treten diese Netzwerkeffekte noch stärker als bei klassischen Medienanbietern auf. Ihre kartellrechtliche Bewertung ist grundsätzlich eröffnet, die Behörden haben ihre Bedeutung erkannt, doch noch fehlt es an ausreichender Praxis. Einigkeit scheint jedenfalls zu bestehen, dass sich Netzwerkeffekte derart rückkoppeln und damit aufschau-

keln können, dass sie einen Markt zugunsten eines Unternehmens kippen lassen können. Doch wann eine derartige Situation vorliegen kann, ist noch nicht hinreichend geklärt. Jedenfalls wird die vielerorts pauschal verwendete Beschreibung eines „Quasi-Monopols“ digitaler Plattformen dafür nicht ausreichen – sei es im Rahmen des behördlichen Amtsermittlungsgrundsatzes wie auch im Zivilprozess, wo den Zugang begehrende Unternehmen die marktbeherrschende Stellung darlegen und beweisen müssten.

Unter dem Gedanken der Essential-Facility-Doktrin wäre ein kartellrechtlicher Zwangszugang grundsätzlich jedenfalls bei Herstellerdaten denkbar, soweit die Zugangsverweigerung geeignet ist, Wettbewerb auszuschließen.⁴ Dies könnte vor allem bei quasi-sortimentsbedingten Abhängigkeiten nachfragender Unternehmen von den Daten der Fall sein. Aber auch unter den allgemeinen Voraussetzungen, dass eine Einrichtung derart wesentlich ist, dass ihre Vorenthaltung gegenüber Wettbewerbern wirksamen Wettbewerb verhindert, und der Zugang ohne objektive Rechtfertigung verweigert wird, könnten Zugangsansprüche für derartige Daten in Betracht kommen. Das gilt jedenfalls bei rechtlichen Monopolen aus gewerblichen Schutzrechten.⁵ Übertragen lässt sich dies auf die faktische Inhaberschaft, sofern der Inhaber hierdurch in der Lage ist, wirksamen Wettbewerb zu beschränken.⁶ Noch offen ist hier aber die Frage, wie weit Dateninhaber den Zugang mit der Begründung verweigern dürfen, sie würden sich ansonsten selbst wettbewerbschädigen.⁷

Anders wiederum wird dies jedoch bei personenbezogenen Daten zu bewerten sein. Denn bei diesen fehlt es einerseits bereits an der erforderlichen Exklusivität, können entsprechende Datensätze von Unternehmen doch grundsätzlich noch selbstständig aufgebaut werden, ohne dass sie dabei das rechtliche oder faktische Monopol eines anderen berühren. Auch schließt die Nutzung von Daten die gleichzeitige Verwertung durch andere nicht aus, weshalb die oft

* Rechtsanwalt, Carl von Ossietzky Universität Oldenburg, Interdisziplinäres Zentrum für Recht der Informationsgesellschaft (ZRI), Oldenburg.

¹ Schweitzer/Haucap/Kerber/Welker, Modernisierung der Missbrauchsaufsicht für marktmächtige Unternehmen, 2018.

² Mayer-Schönberger/Ramge, Das Digital, 2017, S. 195 ff.

³ Evans/Schmalensee, Matchmakers, 2016, S. 21 ff.

⁴ Vgl. dazu schon BGH, Urt. v. 6.10.2015 – KZR 87/13 (Porsche-Tuning), NZKart 2015, 535 = WRP 2016, 229 (m. Anm. von Telle).

⁵ Vgl. hierzu die stete Rechtsprechung des EuGH vornehmlich zu registrierten Schutzrechten EuGH, Urt. v. 6.4.1995 – C-241/91 P, C-242/91 P (Magill), ECLI:EU:C:1995:98; EuGH, Urt. v. 26.11.1998 – C-7/97 (Bronner), ECLI:EU:C:1998:569; EuGH, Urt. v. 29.4.2004 – C-418/01 (IMS Health), ECLI:EU:C:2004:257; EuGH, Urt. v. 16.7.2015 – C-170/13 (Huawei Technologies), ECLI:EU:C:2015:477.

⁶ Vgl. Louven, NZKart 2018, S. 217.

⁷ Förster, WuW 2015, S. 233.



Foto: cfortar / Shutterstock.com

bemühte Metapher vom „neuen Öl“ hinfällig ist. Datenschutzrechtliche Verbotsvorschriften stellen in diesem Zusammenhang zudem eine objektive Rechtfertigung für die Geschäftsverweigerung dar.

Problematisch kann dies wiederum im Zusammenhang mit dem Verdacht sein, bestimmte Plattformen seien allein aufgrund ihrer schieren nur einem Unternehmen zur Verfügung stehenden Datenmassen marktmächtig. Hier ist die Praxis vor die Herausforderung gestellt, solide und gerichtsrechtlich argumentierbare Nachweise zu liefern. Denn allein die Größe oder nur gemutmaßte Masse an Daten werden kein ausreichender Beleg für Marktmacht sein können. Noch weniger brauchbar sind Aussagen über Marktanteile bei Plattformen, wenn hierbei die gegenseitigen Auswirkungen der Netzwerkeffekte nicht beachtet werden. Vielmehr wird es hier darauf ankommen, ein „Tipping“, das Umkippen, der jeweiligen Plattform konkret belegen zu können.

In diesem Zusammenhang können die im deutschen Kartellrecht seit 2017 in § 18 Abs. 3a GWB neu eingeführten zusätzlichen Kriterien zur Marktmachtbestimmung bei Plattformen gesehen werden. Nunmehr sollen auch Netzwerkeffekte und mit ihnen verbundene Größenvorteile untersucht werden. Ausdrücklich in § 18 Abs. 3a Nr. 4 GWB neu geregelt ist das Kriterium „sein Zugang zu wettbewerbsrelevanten Daten“. ⁸ Die Gesetzesbegründung bleibt hier in ihrer Erklärung offen und sogar zirkelschlüssig, indem sie von „der wirtschaftlichen Relevanz wettbewerbsrelevanter Daten“ spricht. Wann diese Relevanz der Relevanz vorliegen könnte, vermag sie nicht zu beschreiben. Nicht jeder bloße Vorsprung wird aber als wettbewerbskritisch angesehen werden können. Maßgeblich wird vielmehr auch hier eine Aussage darüber sein, ob und inwiefern ein Unternehmen wirksamen Wettbewerb beschränken kann.

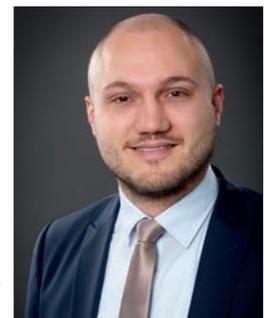
Verfahren und wettbewerbspolitische Ausgestaltung

Lässt sich eine marktmächtige Stellung und deren Missbrauch durch ein Unternehmen nachweisen, das den Geschäftsabschluss verweigert, kommen kartellrechtliche Unterlassungsansprüche im Hinblick auf die darin zu sehende Wettbewerbsbeschränkung in Betracht, die im Ergebnis einem Zwangszugang gleichkommen. ⁹ Dies wiederum stellt hohe Anforderungen an den Zugangsnachfrager im Fall eines Rechtsstreits. Will er dem Bestimmtheitserfordernis gemäß § 253 Abs. 2 Nr. 2 ZPO genügen, muss er einerseits diese doppelte Verneinung sprachlich im Rahmen eines hinreichend konkret bestimmten Antrags darstellen. Andererseits muss er jedoch aufgrund der Zukunftsgewandtheit des Unterlassungsanspruchs nicht die konkret herausgehenden Daten bezeichnen.

Die EU-Kommission hat in ihrer Mitteilung „building a european data economy“ die Diskussion über den Zugang zu Daten wiederum mit bereits gewonnenen Erkenntnissen über gewerbliche Schutzrechte und die genaue Ausgestaltung der durch den zwangsweisen Zugang zustandekommenden Geschäftsverhältnisse verknüpft. ¹⁰ Dem-

nach könnte ein gangbarer Weg hin zu einer effektiveren Verwertung von Daten darin bestehen, dass sich Unternehmen FRAND-Verpflichtungen unterwerfen, wie sie aus dem Patentrecht bereits erprobt sind. Damit wird jedoch wiederum ein Zusammenhang mit dem Verbot abgestimmter Verhaltensweisen offenbar. Denn wo Unternehmen ihre Daten zusammenlegen oder austauschen, schwebt grundsätzlich das Risiko einer Haftung für wettbewerbswidrige Informationsaustausche mit. ¹¹ Verstärkt wird dies sogar noch, wenn die Zusammenarbeit oder Kooperation darin besteht, dass eine Standardisierung oder Normierung im Wettbewerb vorgenommen wird. Dies wird jedoch dann nicht angenommen, wenn sich derartige Kooperationen als Ausdruck gerade wirksamen Wettbewerbs darstellen, an dem alle Wettbewerber weiterhin teilnehmen können. Hierfür kann es erforderlich sein, bewusste Öffnungsstrategien aufzunehmen, zu denen jedenfalls FRAND-Bedingungen zu ziehen sind. Diese Einschätzung der Kommission kann außerdem im Zusammenhang mit der Debatte über absolute Verfügungsrechte bezüglich Daten gelesen werden, nämlich dass ein derart von manchen befürwortetes rechtliches Monopol jedenfalls wettbewerbsrechtlich begründete Zugangsansprüche als Gegenrecht berücksichtigen müsste.

Zugang zu Daten wird auch auf rechtspolitischer Ebene diskutiert. Dabei geht es vorwiegend um Fragen, inwiefern den als übermächtig empfundenen US-amerikanischen Plattformen das Kartellrecht als quasi-regulatorisches Instrument entgegengesetzt werden kann. Die Vorschläge reichen von geringen Anpassungen des geltenden Kartellrechts bis hin zu neuen Instrumentarien wie einer Pflicht zum Teilen der Daten, die eindeutig regulierend wären. Auch eine Enteignungsdebatte wird in diesen Kontext erneut angestoßen, die jedoch so lange und soweit sich abweisen lässt, wie von der positiven Rechtsordnung in Daten kein ausschließliches und dem Eigentum gleich kommendes Recht zugebilligt wird. ¹² Aber möglicherweise finden sich Lösungen auch nicht im Kartellrecht, sondern in anderen Rechtsgebieten. So könnten wettbewerbliche Auswirkungen insbesondere dann positiv sein, wenn sie aufgrund starker Wechselbewegungen der Plattformnutzer stattfinden. Diese könnten wiederum durch verbesserte Nutzerrechte hervorgerufen werden. Ein Beispiel hierfür stellen Anbieterwechsellvorschriften wie das Recht auf Datenportabilität dar. Ergänzend könnten sektorspezifische Regelungen den Zugang zu Daten vorsehen, jedoch nur soweit diese sich hinreichend konkret auf Daten beziehen, deren Zugangsverweigerung zu wettbewerbspolitisch nicht gewünschten Ergebnissen führt.



Sebastian Louven, geb. Telle, Rechtsanwalt, Carl von Ossietzky Universität Oldenburg, Interdisziplinäres Zentrum für Recht der Informationsgesellschaft (ZRI), Oldenburg

⁸ Louven, NZKart 2018, S. 217 (220).

⁹ Vgl. BGH, Urt. v. 6.10.2015 – KZR 87/13 (Porsche-Tuning), NZKart 2015, 535 = WRP 2016, 229 (m. Anm. von Telle).

¹⁰ Kommission, Mitteilung (COM(2017) 9 final) - Building a European Data Economy v. 10.1.2017, <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/DE/TXT/PDF/?uri=CELEX:52008DC0832&from=DE> (abgerufen 20.11.2018), S. 13; Kommission, Staff Working Document (SWD(2017) 2 final) - Building a European Data Eco-

nomy v. 10.1.2017, S. 39.

¹¹ Bei plattformbezogenen Geschäftsmodellen wird dies sogar noch verstärkt, wie die Entscheidung EuGH, Urt. v. 21.1.2016 – C-74/14 (Euras), ECLI:EU:C:2016:42, NZKart 2016, 133 zeigt.

¹² Hartlmaier, Daten für alle: Warum die digitale Enteignung von Google und Facebook nichts bringt, Wired v. 19.10.2018, <https://www.wired.de/article/daten-fuer-alle-warum-die-digitale-enteignung-von-google-und-facebook-nichts-bringt> (abgerufen 7.12.2018).

Virtualisierung urheberrechtlicher Vergütungsmodelle: Die Anwendung der Privatkopievergütung auf Cloud Storages

PHILIPP HOMAR*

Im Zuge der Digitalisierung verschieben sich urheberrechtliche Nutzungspraktiken und daran anknüpfende Vergütungsmodelle zunehmend in virtuelle Umgebungen. Etwa speichern Nutzer Medieninhalte in vielen Fällen nicht mehr auf lokalen Speichermedien (Festplatten, Speichersticks, DVDs, CDs etc), sondern in **Online-Speichern** wie Dropbox, Google Drive und iCloud („Cloud Storages“). Diese Services ermöglichen eine dezentrale Speicherung von Medieninhalten, die im Anschluss auf Endgeräten (PCs, Tablets, Smartphones etc.) durch Streaming oder Download genutzt werden können.

Die Praxis der zunehmenden Nutzung von Cloud Storages geht mit **vergütungsrechtlichen Herausforderungen** einher: Denn typischerweise speichern Nutzer in ihren Cloud Storages nicht ausschließlich eigene Schöpfungen (selbst verfasste Texte, Urlaubsfotos etc.) und urheberrechtsfreie Inhalte, sondern auch Werke, die zugunsten dritter Personen urheberrechtlich geschützt sind (bspw. Vervielfältigungen von online abrufbaren Texten, Filmen oder Musikstücken oder eingescannte Texte).

Eckpunkte der Privatkopievergütung (§§ 54, 54b UrhG und § 42b Abs. 1 öUrhG)

Nach § 53 Abs. 1 UrhG und der Parallelnorm des österreichischen Urheberrechts (§ 42 Abs. 4 öUrhG) ist es natürlichen Personen erlaubt, einzelne Vervielfältigungen von urheberrechtlich geschützten Werken für ihren privaten Gebrauch anzufertigen, sofern sie weder direkt noch indirekt kommerzielle Interessen verfolgen. Sowohl der deutsche als auch der österreichische Gesetzgeber haben somit von der in **Art. 5 Abs. 2 lit. b InfoSoc-RL**¹ vorgesehenen Möglichkeit der Umsetzung einer Privatkopieschranke Gebrauch gemacht und müssen Urhebern und bestimmten Leistungs-

schutzberechtigten im Gegenzug einen **gerechten Ausgleich** gewähren.

Dieser gerechte Ausgleich ist im deutschen Urheberrecht durch einen Anspruch auf angemessene Vergütung umgesetzt, der nicht bei den Nutzern, sondern auf vorgelagerten Handelsstufen eingehoben wird. Nach § 54 UrhG ist die Vergütung von **Herstellern von Geräten und Speichermedien**, die ihrem Typ nach (allein oder in Verbindung mit anderen Geräten, Speichermedien oder Zubehör) zur Vornahme von vergütungspflichtigen Vervielfältigungen benutzt werden, zu leisten. Gewerbliche **Importeure** und **Händler** haften als Gesamtschuldner (§ 54b UrhG). Im österreichischen Urheberrecht wird der gerechte Ausgleich über die Speichermedienvergütung des § 42b Abs. 1 öUrhG umgesetzt. Auch diese vermittelt einen Anspruch auf angemessene Vergütung, die von demjenigen zu leisten ist, der zur Anfertigung von vergütungspflichtigen Vervielfältigungen geeignete **Speichermedien im Inland als erster gewerbsmäßig in Verkehr bringt** (§ 42b Abs. 3 Z. 1 öUrhG). Händler auf nachgelagerten Handelsstufen haften als Bürge und Zahler.

Anwendbarkeit der Privatkopievergütung auf Cloud Storages

Die Anwendbarkeit der Privatkopievergütung auf Cloud Storages hängt von zwei zentralen Fragen ab.

Cloud Storages als Einführen eines Speichermediums

Um der gegenwärtigen Privatkopievergütung zu unterfallen, muss das Betreiben von Cloud Storages als *gewerbliches Einführen eines Speichermediums in den Geltungsbereich des UrhG* zu qualifizieren sein (§ 54b UrhG). Unstrit-



Foto: kentoh / Shutterstock.com

*MMag., Wissenschaftlicher Mitarbeiter im Fachbereich Geistiges Eigentum und Datenschutz, Donau-Universität Krems.

¹ Richtlinie 2001/29/EG

tig ist, dass Cloud Storages auf gewerblicher Basis betrieben werden (i.d.R. bezahlen Nutzer in Form von Abo-Modellen oder über Umwege, etwa indem Werbung geschaltet wird).² Fraglich ist jedoch, ob das Betreiben eines Cloud Storages als Einfuhr eines Speichermediums qualifiziert werden kann. Im Schrifttum wird das Betreiben eines Cloud Storages als Bereitstellen eines Speicherplatzes oder als Erbringung einer Speicherdienstleistung gesehen und darauf hingewiesen, dass im Inland gerade kein Speichermedium eingeführt wird.³ Dieser Auffassung folgend lösen Cloud Storages (sofern sich die Server im Ausland befinden)⁴ de lege lata keine Vergütungspflicht unter der heimischen Privatkopievergütung aus.⁵



M.E. lässt sich jedoch mit guten Gründen vertreten, dass die Gewährung des Zugangs zu Cloud Storages ein Einführen eines Speichermediums darstellt: Ein Einführen i.S.d. § 54b UrhG kann durch Veräußerung oder sonstiges in Verkehr bringen, welches die Vervielfältigungsmöglichkeit eröffnet, erfolgen.⁶ Nach der Rsp. des oÖGH ist von einem in Verkehr bringen auszugehen, da darunter die Einräumung der tatsächlichen oder rechtlichen Verfügungsmacht zu verstehen ist.⁷ Cloud Storage Anbieter vermitteln den Nutzern sowohl die tatsächliche als auch die rechtliche Verfügungsmacht über „ihren“ Speicherplatz, da sie aufgrund des abgeschlossenen Vertrags darüber alleinig verfügen können.⁸ Dass die Nutzer kein Eigentum erlangen, sondern Speicherplatz lediglich mieten,⁹ steht der Vergütungspflicht nicht im Weg.¹⁰ Da die Gewährung des Zugangs zum Speicherplatz gerade auch die Vervielfältigungsmöglichkeit für die Nutzer schafft, ist von dem Einführen (bzw. nach dem österreichischen Recht in Verkehr bringen)

eines **virtuellen Speichermediums** auszugehen.¹¹ Der Begriff des „Mediums“¹² erfasst keineswegs nur physische Einrichtungen, sodass sich dieses Auslegungsergebnis m.E. selbst ohne Analogieschluss erzielen lässt. Die ggst. Auslegung ist auch mit der Rsp. des EuGH vereinbar, da diejenigen mit der Zahlung des gerechten Ausgleichs belastet werden dürfen, „die über Anlagen, Geräte und Medien zur digitalen Vervielfältigung verfügen und sie zu diesem Zweck Privatpersonen rechtlich oder tatsächlich zur Verfügung stellen oder diesen die Dienstleistung einer Vervielfältigung erbringen.“¹³

Vergütungspflicht aufgrund des Territorialitätsprinzips

Da sich die Server der Cloud Storages oftmals im Ausland befinden, gilt es in weiterer Folge zu klären, ob die darauf befindlichen Vervielfältigungen dem **räumlichen Anwendungsbereich der Privatkopieschranke** des § 53 UrhG unterfallen. Andernfalls wäre keine Rechtfertigung für die Einhebung einer Vergütung in Deutschland gegeben.¹⁴

Aufgrund des Territorialitätsprinzips findet die Privatkopieschranke des § 53 UrhG nur auf solche Vervielfältigungen Anwendung, die im Inland vorgenommen werden.¹⁵ Nach einer verbreiteten Auffassung sollen die in Cloud Storages angefertigten Vervielfältigungen, da das Ergebnis der Vervielfältigung nicht im Inland, sondern auf einem im Ausland befindlichen Server entsteht, dem Recht des Serverstandortes unterfallen.¹⁶ Auch dies kann mit guten Gründen anders beurteilt werden: Zunächst wird der Vervielfältigungsprozess zur Gänze und ausschließlich von den im Inland ansässigen Nutzern gestartet und gesteuert. Hinsichtlich des Ergebnisses der Vervielfältigung ist es zwar richtig, dass dieses technisch im Ausland eintritt; wirtschaftlich betrachtet wirkt sich die Vervielfältigung aber gerade und ausschließlich im Inland aus, da den heimischen Nutzern (und nur diesen) die Nutzungsmöglichkeit offensteht.¹⁷ Die auf Vervielfältigungen in Cloud Storages **anwendbare Privatkopieregelung** ist deshalb vorzugsweise nach dem **gewöhnlichen Aufenthaltsort der Nutzer** zu bestimmen.¹⁸ Dafür sprechen auch Gründe der Rechtssicherheit, da die Nutzer den Standort der Server i.d.R. nicht kennen können und es ihnen sonst nicht möglich wäre, die anwendbaren Regelungen zu kennen.

Conclusio und Ausblick

Nach der hier vertretenen Meinung unterfällt das Anbieten von Cloud Storages der Vergütungspflicht der §§ 54 ff. UrhG und § 42b öUrhG. Für dieses Ergebnis spricht vor

² Zudem steht außer Frage, dass Cloud Storages ihrem Typ nach zur Anfertigung vergütungspflichtiger Privatkopien benutzt werden (§ 54 Abs. 1 UrhG) bzw. dazu geeignet sind (§ 42b Abs. 1 öUrhG).

³ Vgl. *Wiebe*, MR 2015, 239 (242); *Müller*, ZUM 2014, 11 (13); *Dreier/Leistner*, GRUR-Beilage 2014, 13 (22); *Zemann* in Kucsko/Handig, urheberrecht⁵, § 42b Rz. 13.

⁴ Sofern sich die Server im Inland befinden, würde die Vergütung durch das Importieren bzw. in Verkehr bringen des Servers als Speichermedium ausgelöst werden.

⁵ *Klett*, ZUM 2014, 18 (21); *Müller*, ZUM 2014, 11 (13); *Bisges*, GRUR 2013, 146 (149); *Bücheler* in Ciresa, Österreichisches Urheberrecht¹⁹, § 42b Rz. 13. Zweifelnd: *Wiebe*, MR 2015, 239 (242); *Zemann* in Kucsko/Handig, urheberrecht⁵, § 42b Rz. 13. Demgegenüber geht *Fischer* von einer Vergütungspflicht aus (*Fischer*, MR 2016, 326, (329 f) sowie MR 2015, 175 (176)).

⁶ *Loewenheim* in Schrickler/Loewenheim, Urheberrecht⁵, § 54 Rz. 16; *Dreier* in Dreier/Schulze, UrhG⁶, § 54 Rz. 11.

⁷ Bezüglich des in Verkehr bringen eines Werkstücks: OGH RIS-Justiz RS0076899.

⁸ So auch *Fischer*, MR 2016, 326 (329).

⁹ S. zur Qualifikation als Miete: *Nägele/Jacobs*, ZUM 2010, 281 (284).

¹⁰ S. zur Qualifikation der Vermietung als in Verkehr bringen: *Loewenheim* in Schrickler/Loewenheim, Urheberrecht⁵, § 54 Rz. 16; OGH RIS-Justiz RS0076899. Dadurch kommt es jedoch zu einer gespaltenen Auslegung, da das in Verkehr bringen i.S.d. ausschließlichen Verbreitungsrechts (§ 17 Abs. 1 UrhG, § 16 Abs. 1 öUrhG) die Übertragung des Eigentums erfordert (vgl. OGH 4 Ob 61/16y, GRUR Int. 2016, 842).

¹¹ S. auch *Homar*, Gesetzliche Vergütungsansprüche zur Herstellung eines Interessensausgleichs im digitalen Zeitalter. In: Hennemann/Sattler (Hg.), Immaterialgüter und Digitalisierung - Junge Wissenschaft zum Gewerblichen Rechtsschutz, Urheber- und Medienrecht, 199 (204).

¹² Nach dem Duden ist darunter ein „vermittelndes Element“ zu verstehen, siehe https://www.duden.de/rechtsschreibung/Medium_Vermittler_Traeger [03.12.2018].

¹³ EuGH C-467/08 – *Padawan* Rz. 46, GRUR 2011, 50. S zur Anknüpfung an eine Vervielfältigungsdienstleistung unlängst auch EuGH C-265/16 – *VCAS* Rz. 35.

¹⁴ *Loewenheim* in Schrickler/Loewenheim, Urheberrecht⁵, § 54 Rz. 41.

¹⁵ *Loewenheim* in Schrickler/Loewenheim, Urheberrecht⁵, § 54 Rz. 41.

¹⁶ *Hoeren* in Hoeren/Sieber/Holznapel, Multimedia-Recht¹⁴, Teil 7.8 Rz. 16; *Intveen*, Internationales Urheberrecht und Internet, 1999, 31; *Spindler* in Leible, Die Bedeutung des Internationalen Privatrechts im Zeitalter der neuen Medien, 2003, 155 (165); so anscheinend auch *Leistner*, ZUM 2016, 580 (587).

¹⁷ Vgl. auch *Müller*, ZUM 2014, 11 (14).

¹⁸ Vgl. auch *Katzenberger/Metzger* in Schrickler/Loewenheim, Urheberrecht⁵, Vor §§ 120ff. Rz. 144; *Dreier* in Dreier/Schulze, UrhG⁶, Vorbem. §§ 120ff. Rz. 46; *Bisges*, GRUR 2013, 146, (148).

allem die **funktionale Äquivalenz**, da es weder aus der Sicht der Nutzer noch aus der Perspektive der Rechteinhaber einen Unterschied macht, ob Vervielfältigungen auf lokalen oder virtuellen Speichermedien angefertigt werden.¹⁹ Den Betreiber der Cloud Storages ist es auch genauso wie den Händlern von physischen Speichermedien möglich, die Vergütung auf ihre Nutzer abzuwälzen. Die Vergütungspflicht von Cloud Storages ist zudem konsequent und **schließt eine Lücke im Vergütungssystem**: Denn Speicherungen in Cloud Storages ermöglichen eine Verringerung der Speicherkapazitäten der Endgeräte, wodurch sich auch die gegenwärtig eingehobene Vergütung bei gleichbleibender Nutzungsintensität verringern kann.²⁰ Darüber hinaus scheint eine konsequente Erhebung der Privatkopievergütung im digitalen Raum zur Erfüllung der vom EuGH verfolgten **Ergebnispflicht** der Mitgliedstaaten erforderlich,²¹ vor allem da auch beim grenzüberschreitenden Versandhandel von physischen Speichermedien der durch die private Vervielfältigung entstehende Schaden in dem Mitgliedstaat eintritt, in dem die Endnutzer wohnen und folglich dort auszugleichen ist.²² M.E. kann die Einhebung der Vergütung lediglich aufgrund des begrenzten sachlichen Anwendungsbereichs der Privatkopieschranke des § 53 Abs. 1 UrhG und § 42 Abs. 4 öUrhG in Zweifel gezogen werden (etwa fallen Vervielfältigungen beruflicher Nutzer, Vervielfältigungen von Computerprogrammen, ganzer Bücher und von offensichtlich unrechtmäßigen Quellen nicht unter die Privatkopieschranke). Wenn empirische Erhebungen jedoch belegen, dass sich unter den Vervielfältigungen in Cloud Storages in relevantem Ausmaß

vergütungspflichtige Privatkopien befinden und Rechteinhabern dadurch ein mehr als geringfügiger Schaden entsteht,²³ kann die Vergütungspflicht (dem Grunde nach) nicht in Frage stehen.

Zugegebenermaßen geht die Anwendung der Privatkopievergütung auf Cloud Storages mit gewissen **Friktionen** einher. Da eine doppelte Vergütungspflicht nicht rechtfertigbar ist, sind Cloud Storages entweder über das Einführen des Servers als physisches Speichermedium im Land des Serverstandorts oder über das Einführen eines virtuellen Speichermediums im Wohnsitzstaat der Endnutzer zu erfassen. Ferner lässt sich die Speicherkapazität der Cloud Server nicht wie bei physischen Speichermedien eins-zu-eins als Basis für die Vergütungshöhe heranziehen: Denn es ist davon auszugehen, dass die Gesamtspeicherkapazität der Serverinfrastruktur eines Cloud Storage Services hinter der kumulierten Speichergröße der Nutzer-Accounts zurück bleibt (etwa wenn bekannt ist, dass Nutzer durchschnittlich nur einen bestimmten Prozentsatz ihrer Speicher verwenden). Insofern kann jeder Nutzer für sich genommen die volle Kapazität seines Cloud Storages zum Anfertigen von Vervielfältigungen verwenden; die Nutzer in der Gesamtheit können dies wohl nicht. Letztendlich ist aber auch dies ein Umstand, der bei der Bemessung der Vergütungshöhe zu berücksichtigen ist und die Einhebung nicht dem Grunde nach in Frage stellt.



MMag. Philipp Homar
Wissenschaftlicher Mitarbeiter
im Fachbereich Geistiges Eigentum
und Datenschutz,
Donau-Universität Krems

¹⁹ Vgl. zur Gleichwertigkeit auch *Fischer*, MR 2016, 326 (329).

²⁰ Selbst wenn Nutzer urheberrechtlich geschützte Werke parallel in ihren Cloud Storages und auf ihren Endgeräten speichern, wäre eine Vergütung nicht redundant, da die zusätzliche Vervielfältigung in der Cloud als Sicherungskopie gesehen werden kann, welche zudem eine ubiquitäre Nutzung auf mehreren Endgeräten ermöglicht und daher einen eigenständigen wirtschaftlichen Wert aufweist. Auch in der analogen Welt fällt eine mehrfache Vergütung an, wenn eine Privatkopie zusätzlich auf weiteren Speichermedien vervielfältigt wird (deshalb nicht nachvollziehbar: *Kehrer*, ipCompetence 2017 Vol.18, 31).

²¹ Zuletzt EuGH C-470/14 – *EGEDA* Rz. 21, GRUR 2016, 687. So auch *Müller*, ZUM 2014, 11 (14).

²² EuGH C-521/11 – *Amazon* Rz. 58, GRUR 2013, 1025; EuGH C-462/09 – *Stichting de Thuiskopie* Rz. 35, GRUR 2011, 909.

²³ Vgl. ErWG. 35 InfoSoc-RL.



Foto: rmedia / Shutterstock.com

Im Gespräch: Das Urhebervertragsrecht im digitalen Binnenmarkt



Prof. Dr. Malte Stieper
Gundling-Professur für Bürgerliches Recht,
Recht des geistigen Eigentums und Wett-
bewerbsrecht, Martin-Luther-Universität
Halle-Wittenberg (Gesprächsleitung)



Prof. Dr. Karl-Nikolaus Peifer
Direktor des Instituts für Medienrecht und
Kommunikationsrecht der Universität zu
Köln, RiOLG Köln



Dr. Amit Datta
Rechtsanwalt, Berlin

Während in Deutschland das Urhebervertragsrecht seit zwei Jahrzehnten eine zentrale Rolle spielt, stand das Thema beim europäischen Gesetzgeber lange Zeit nicht auf der Agenda. Erst im September 2016 legte die EU-Kommission im Rahmen ihrer Strategie für den Digitalen Binnenmarkt einen Richtlinienentwurf zur Novellierung des EU-Urheberrechts vor, der auch Vorschriften zum Urhebervertragsrecht enthält. Nach nunmehr zweijähriger Debatte und zahlreichen Änderungen am Kommissionsvorschlag gab das EU-Parlament im September 2018 grünes Licht für Trilog-Verhandlungen. Die Vorschläge zum Urhebervertragsrecht spielen hierbei eine immer bedeutendere Rolle. Worin liegt dies begründet und wie steht es nun um das Urhebervertragsrecht in der EU?

Prof. Dr. Malte Stieper (Universität Halle), Prof. Dr. Karl-Nikolaus Peifer (Universität Köln) und Dr. Amit Datta (Rechtsanwalt in Berlin und Autor des Buches „Die angemessene Vergütung des Urhebers“) trafen sich zum Fachgespräch, um diesen und anderen spannenden Fragen rund um die Novellierung des Urheberrechts in der EU auf den Grund zu gehen.*

Stieper:

Bereits im September 2016 hat die EU-Kommission ihren Vorschlag für eine Richtlinie über das Urheberrecht im digitalen Binnenmarkt vorgelegt (COM[2016] 593 final). Seitdem wird im Europäischen Parlament wie im Rat über viele der vorgeschlagenen Regelungen eine hitzige Debatte geführt. Das Parlament hat der Aufnahme offizieller Verhandlungen mit der Kommission und dem Rat erst am 12. September 2018 zugestimmt, nachdem zahlreiche Änderungen am Kommissionsvorschlag beschlossen worden waren (Parlamentsdokument P8_TA-PROV[2018]0337 vom 12.9.2018). Auch der Rat hat das Verhandlungsmandat nur auf der Grundlage einer erheblich überarbeiteten Textfassung erteilt (Ratsdokument 9134/18 vom 25.5.2018). Im Oktober und November haben nun die ersten Trilog-Verhandlungen stattgefunden. Diese scheinen sich u.a. auf ein Thema zu fokussieren, das in der bisherigen Diskussion über das Urheberrecht im digitalen Binnenmarkt kaum eine Rolle gespielt hat: das Urhebervertragsrecht. Neben zwingenden Schrankenregelungen u.a. für das Text und Data Mining, Regelungen zur Nutzung vergriffener Werke, der

Einführung eines EU-weiten Leistungsschutzrechts für Presseverleger und der Haftung von Online-Plattformen sieht der Richtlinienentwurf der Kommission auch insoweit verbindliche Vorgaben vor. Der Umstand, dass sich die EU erstmals des Urhebervertragsrechts annahmen will, und das auch über den digitalen Bereich hinaus, ist doch bemerkenswert. Weshalb ist dieses Thema trotzdem erst jetzt im Rahmen der Trilog-Verhandlungen hochgekommen?

Datta:

In meinen Augen gibt es vor allem zwei Gründe, weshalb die urhebervertragsrechtlichen Vorschriften in der Diskussion um die Richtlinienentwürfe weitgehend vernachlässigt worden sind. Zum einen enthält bereits der Kommissionsvorschlag in anderen Bereichen Regelungen, die bei Inkrafttreten weitaus gravierendere Folgen für das Urheberrecht im digitalen Binnenmarkt hätten. So drehte sich die Diskussion in erster Linie – in meinen Augen auch zu Recht – um Artikel 13 und die in den Erwägungsgründen „versteckten“ Aussagen zur Haftung von Plattformen. Ebenso spielte das Vorhaben der Kommission, mit Artikel 11 das Leistungsschutzrecht für Presseverleger nun auch EU-weit einzuführen, in der Debatte um den Richtlinienentwurf eine zentrale Rolle. Vor dem Hintergrund der Erfahrungen mit einem solchen Leistungsschutzrecht in Deutschland und Spanien überraschte dieser Schritt und prägte dementsprechend die Diskussion um die Richtlinie. Zum anderen waren die Neuerungen und Auswirkungen der Regelungen zum Urhebervertragsrecht mit Blick auf das deutsche Recht zunächst überschaubar, so dass auch aus diesem Grund hierzulande kaum Diskussionsbedarf in diesem Bereich bestand. So beinhaltet der Kommissionsentwurf nahezu ausschließlich urhebervertragsrechtliche Regelungen, die in Deutschland – spätestens seit den 2017 in Kraft getretenen Gesetzesänderungen – bereits geltendes Recht sind. So sieht Artikel 14 eine Transparenzpflicht des Lizenznehmers vor, die im Grunde § 32d UrhG entspricht. Art. 15 beinhaltet einen Vertragsanpassungsanspruch des Urhebers gegen seinen Vertragspartner, der im deutschen Recht bereits in § 32a Abs. 1 UrhG normiert ist. Die einzige Neuerung für das deutsche Recht sieht Art. 16 vor, wonach bei Streitigkeiten über die Transparenzpflicht oder die Vertragsanpassung ein freiwilliges und alternatives Verfahren angestrengt werden können soll.



Ergebnis der Abstimmung im EU-Parlament am 12.09.2018
Foto: © European Union 2018 – European Parliament

Peifer:

Das Urhebervertragsrecht ist ein Stiefkind des Rechtsgebietes. Im 20. Jahrhundert wurde das Rechtsgebiet in erster Linie im Bereich der Ausschließlichkeitsrechte ausgebaut. Nach Einführung der digitalen Rechte (§§ 15 III, 19a UrhG) wurde offensichtlich, dass die Segnungen der Digitalisierung auf der Schrankenseite nicht vollständig angekommen waren. Nutzervereinigungen und starke Protagonisten unter den Intermediären kämpften um den Ausbau dieser Zugangsregelungen. Die Urheber und ihre Verbände gerieten zunehmend zwischen diese beiden Ansätze. Von der Ausweitung der Ausschließlichkeit konnten sie nur über Beteiligungsregeln profitieren, gleichzeitig bedeutete dies aber auch Konflikte mit den Nutzern. Es dürfte also zunächst diese Sandwichposition gewesen sein, die das Thema im nationalen Recht und auch im Unionsrecht lange gebremst haben. Die nunmehr erfolgende Debatte geht zum einen darauf zurück, dass die Union erkannt hat, dass im Bereich des Vertragsrechts eine Harmonisierungslücke besteht, zum anderen dürften die nationalen Regelungen, vor allem in den Niederlanden, in Frankreich und in Deutschland dafür gesorgt haben, dass der in beinahe allen Richtlinien formulierte Auftrag, das hohe Schutzniveau den Urhebern selbst zukommen zu lassen, nunmehr angefasst wird. Eine dritte Ursache für die nun heftiger werdende Debatte liegt eindeutig in dem Bemühen des Europäischen Parlaments, die Ausweitung der Rechte (auch gegenüber Intermediären) auch dadurch zu legitimieren, dass die Urheber an dieser Ausweitung partizipieren.

Stieper:

Auch der im Rat abgestimmte Kompromissvorschlag sieht ja punktuelle Änderungen in Bezug auf die in Art. 14 bis 16 vorgeschlagenen Regelungen vor. Diese betreffen allerdings in erster Linie die Möglichkeit kollektivvertraglicher Vereinbarungen über die Transparenz- und Vergütungspflichten sowie das Recht repräsentativer Urhebervereinigungen, z.B. von Verwertungsgesellschaften, ein alternatives Streitbeilegungsverfahren im Namen eines oder mehrerer Urheber anzustrengen. Wenn die jetzige Diskussion also offenbar durch die vom Europäischen Parlament beschlossenen Änderungen angestoßen worden ist: Inwieweit gehen diese Vorschläge über die von Kommission und Rat vorgeschlagenen Regelungen hinaus?

Datta:

Vergleicht man den Parlamentsvorschlag mit dem Kommissions- und Ratsentwurf, fallen vor allem drei besonders weitgehende Änderungen auf:

- Zunächst wurde mit Art. 14 eine Regelung geschaffen, die den Grundsatz der fairen und angemessenen Vergütung der Urheber normiert – unabhängig vom konkreten Verwertungserlös. Insofern ist eine deutliche Parallele zu § 32 UrhG erkennbar.
- Für den Fall einer unverhältnismäßig niedrigen Vergütung sieht Art. 15 zunächst den Vorrang kollektivvertraglicher Vereinbarungen vor, sofern diese einen Mechanismus bereithalten, der mit dem Nachvergütungsanspruch vergleichbar ist. Ein solcher Vorrang von Kollektivvereinbarungen ist uns im deutschen Urhebervertragsrecht bei § 32a UrhG ebenso vertraut. Den normierten Nachvergütungsanspruch soll nunmehr aber an Stelle des Urhebers auch eine in seinem Namen handelnde „Vertretungsorganisation“ geltend machen. Eine vergleichbare Möglichkeit sieht das deutsche Recht hier bislang nicht vor.
- Die dritte weitreichende Änderung findet sich in Art. 16a mit einem weitgefassten Rückrufsrecht des Urhebers.

Peifer:

Die Änderungsvorschläge zeigen eine deutliche Annäherung an die dichtere Regulierung des deutschen Rechts und den Wunsch, die Position der Urheber bei einer Ausweitung des Rechtsgebietes besser als bisher zu berücksichtigen. Zum Teil gehen sie sogar über das deutsche Recht hinaus (z.B. in der Frage des Rückrufsrechts, aber auch in der Frage der kollektiven Durchsetzung angemessener Vergütungsregeln). Die Frage, ob eine Vollharmonisierung vorliegt, wird durch Art. 17a des vom Parlament verabschiedeten Vorschlags allerdings klar verneint. Das zeigt, dass noch Raum für nationale Verbesserungen zugunsten der Urheber besteht. Unklarheiten, etwa die Wirkung der Vergütungs- und Auskunftsansprüche über die Lizenzkette, werden durch die Textänderungen beseitigt. Das Dokument in der durch das Parlament verabschiedeten Form hat deutlich mehr Zugkraft, als es das Kommissionsdokument hatte.

Stieper:

Wo bestehen aus Sicht des deutschen Rechts, das nach den zwei Reformen des Urhebervertragsrechts von 2002 und 2017 schon ein vergleichsweise ausdifferenziertes Regelungssystem vorsieht, denn noch Lücken in dem vom Parlament verabschiedeten Vorschlag?

Datta:

Aus der Perspektive des deutschen Urhebervertragsrechts fällt zunächst auf, dass die verschiedenen Richtlinienvorschläge keinen Durchgriffsanspruch des Urhebers gegen Sublizenznehmer vorsehen, wenn die Vergütung unverhältnismäßig niedrig ist. In Deutschland ist dieser Durchgriffsanspruch in § 32a Abs. 2 UrhG normiert und spielte bislang in der Rechtsprechung eine bedeutende Rolle. So stand dieser Anspruch im Zentrum der beiden prominenten BGH-Entscheidungen zum Filmbereich – „Fluch der Karibik“ und „Das Boot“.

Stieper:

Das erstaunt umso mehr, als das Parlament für die Transparenzpflicht in Art. 14 explizit einen Mechanismus vorsehen will, wonach bei einer Unterlizenzierung oder Weiterübertragung auch der Unterlizenznehmer verpflichtet ist, die entsprechenden Informationen über Verwertung und erzielte Einnahmen an den Hauptlizenznehmer und, soweit dieser die Informationen nicht zeitnah weiterleitet, unmittelbar an den Urheber oder ausübenden Künstler herauszugeben. Das Parlament war sich der Problematik, dass dem Urheber oder ausübenden Künstler Ansprüche gegenüber dem unmittelbaren Vertragspartner bei einer Unterlizenzierung oder Weiterübertragung des eingeräumten Nutzungsrechts nicht weiterhelfen, also durchaus bewusst. Da hätte es doch nahegelegen, eine entsprechende Regelung auch in Art. 15 für die Verpflichtung zur Zahlung einer zusätzlichen Vergütung zu treffen. Wie ist diese – aus Sicht der Urheber schmerzliche – Lücke zu erklären?

Peifer:

Das Fehlen von Durchgriffsansprüchen war im Kommissionsvorschlag angelegt. Im Änderungsdokument des Parlaments erscheint inkonsequent, dass der Auskunftsanspruch auch an Dritte gerichtet ist, während diese für Art. 15 nicht gilt. Systematisch ist nicht erklärbar, warum die beiden Anspruchsgruppen hier auseinanderfallen. Man kann allenfalls vermuten, dass das Parlament den bisher auch rechtsvergleichend noch wenig etablierten Gedanken eines Durchgriffsanspruchs gescheut hat.

Datta:

Ein weiterer Bereich, der in den verschiedenen Vorschlägen ebenfalls weitgehend ausgeklammert wurde, betrifft kollektivvertragliche Vereinbarungen. An verschiedenen Stellen im Parlamentsentwurf, aber auch in dem des Rates, werden Ausnahmen beziehungsweise Modifikationen der gesetzlichen Regelungen beim Vorliegen von Kollektivverträgen für möglich gehalten. Entsprechende Vorschriften zur Aufstellung, Reichweite und Durchsetzung kollektivvertraglicher Regelungen finden sich in den verschiedenen Vorschlägen hingegen nicht. Dies halte ich jedoch für eine nachvollziehbare und sinnvolle Entscheidung, wenn man sich vor Augen führt, wie unterschiedlich die Vertragsstrukturen und die kollektive Rechtswahrnehmung in den einzelnen Mitgliedstaaten etwa im Bereich der Filmproduktion und -auswertung ausgestaltet sind. Mit Blick auf die anfangs doch sehr schwerfällige Aufstellung gemeinsamer Vergütungsregeln in Deutschland wäre eine Regelung auf europäischer Ebene hier vermutlich auch wenig zielführend.

Peifer:

Allerdings bleibt damit ein wesentliches Regelungsinstrument im Ungefähren. In Deutschland ging man davon aus, dass nur die Verbände durch Verhandlungen auf Augenhöhe in der Lage sein werden, die inhaltlichen Vorschriften zur Bestimmung der Angemessenheit auszufüllen. Wenn es hierfür keinerlei Verfahrensvorschriften, keinen Einigungszwang, keine Schlichtungsinstrumente gibt, ist zu befürchten, dass der Anreiz für kollektive Verhandlungen gering bleibt. Die Vorschriften wären dann ohne Wirkung. Allerdings zeigt das Beispiel des deutschen Rechts, dass die Ausgestaltung des Verfahrens gesetzgeberisch anspruchsvoll ist.

Eine Richtlinie als Regelungsinstrument erreicht hier jedenfalls dann ihre Grenzen, wenn wichtige Regelungsbausteine erst in der Spätphase kurz vor den Trilogverhandlungen gesetzt werden. Die Beteiligten in diesem Prozessstadium sind mit der Aufstellung spezieller Regelungen durchaus überfordert.



Prof. Dr. Malte Stieper auf der 6. Konferenz der Initiative Urheberrecht am 19.11.2018 in Berlin
© Initiative Urheberrecht/gezetz

Stieper:

Ist eine unionsweite Harmonisierung des Urhebervertragsrechts vor diesem Hintergrund denn überhaupt sinnvoll? Die vorgeschlagenen Instrumente, namentlich die Verpflichtung zur Zahlung einer zusätzlichen Vergütung für den Fall, dass eine unangemessen niedrige Vergütung vertraglich vereinbart wurde, knüpfen ja an die Erteilung von Lizenzrechten an. Die Frage, unter welchen Voraussetzungen und in welchem Umfang urheberrechtliche Nutzungsrechte eingeräumt werden können, ist bislang aber nicht unionsrechtlich harmonisiert und bleibt der Bestimmung durch die Mitgliedstaaten überlassen. Hier auf Unionsebene nur die schuldrechtliche Seite zu regeln, ohne gleichzeitig auch die urheberrechtliche („dingliche“) Wirkung einer solchen Lizenzierung zu klären, könnte sich als stumpfes Schwert für die Kreativen erweisen. Wenn man einen Schutz der Urheber und ausübenden Künstler insbesondere vor Buy-out-Verträgen und Verfügungen über noch unbekannte Nutzungsarten bereits auf urheberrechtlicher Ebene gewährleistet, könnte man auf urhebervertragliche Regelungen insoweit sogar ganz verzichten – für ein solches Modell hat sich etwa Haimo Schack verschiedentlich ausgesprochen.

Peifer:

Die Vorschläge von Schack zielen auf die Erhaltung von Kontrollpositionen beim Urheber, etwa durch Befristung von Vertragslaufzeiten oder die Wiedereinführung des § 31 Abs. 4 UrhG, um den Urheber vor einer übermäßigen Rechteeinräumung zu schützen. Schon die Befristung von Vertragslaufzeiten (oder die Einführung von Rückruf- oder Kündigungsrechten, wie etwa § 16a Parlamentsentwurf) zeigt allerdings, dass man auf vertragliche Normen nicht vollständig verzichten kann. Die zwingende Ausgestaltung von Lizenzpositionen ist ein Bereich, der in die Eigentumsordnung der Mitgliedstaaten stärker eingreift als dies Vertragsrechtsnormen können. Dass Kommission, Parlament und Rat hier vorsichtig agieren, erscheint mir beim derzeitigen Harmonisierungsstand politisch nachvollziehbar.



Stieper:

Den Ansatz einer solchen Regelung des „dinglichen“ Nutzungsrechts kann man in Art. 16a des Parlamentsentwurfs sehen. Darin schlägt das Parlament ein Widerrufsrecht für den Fall vor, dass das Werk oder der sonstige Schutzgegenstand nicht verwertet wird. Ein vergleichbares Rückrufsrecht kennt auch das deutsche Recht in § 41 UrhG. Der Parlamentsentwurf geht aber noch darüber hinaus und sieht eine Widerrufsmöglichkeit auch dann vor, wenn die regelmäßige Berichterstattung über den Umfang der Verwertung und die daraus erzielten Einnahmen „kontinuierlich ausbleibt“.

Datta:

Aus der Sicht der Verwerter ist dieses Widerrufsrecht des Urhebers natürlich sehr einschneidend. Auf verschiedene Weise wird es jedoch abgemildert. So soll es nach den Erwägungsgründen nur in Betracht kommen, nachdem auch das alternative Streitbeilegungsverfahren, insbesondere hinsichtlich der Pflicht zur Berichterstattung, vollumfänglich genutzt worden ist. Zudem besteht die Möglichkeit zur Vereinbarung von Ausnahmen, sofern diese auf Kollektivverträgen fußen, § 16a Abs. 4. Einen vergleichbaren Weg hat der deutsche Gesetzgeber im Zuge der jüngsten Urhebervertragsrechtsreform ja auch an verschiedener Stelle gewählt, so etwa beim Auskunftsanspruch in § 32d Abs. 3 UrhG oder beim Recht zur anderweitigen Verwertung in § 40a Abs. 4 UrhG. Auch dort ist eine Abweichung von der gesetzlichen Regelung nur dann möglich, wenn dies kollektivvertraglich „abgesichert“ ist.

Stieper:

Bemerkenswert ist zudem, dass Art. 16a Abs. 2 dem Urheber die Möglichkeit gibt, statt eines Widerrufs die Ausschließlichkeit der eingeräumten Lizenz zu kündigen, wie es seit 2017 in § 40a UrhG bei einer ausschließlichen Nutzungsrechtseinräumung gegen pauschale Vergütung erst nach zehn Jahren vorgesehen ist. Da die Informationspflicht auch den Unterlizenznehmer trifft, müsste das Widerrufsrecht konsequenterweise auch ihm gegenüber ausgeübt werden können. Damit hätte man insoweit tatsächlich ein wirksames Druckmittel auch gegenüber späteren Gliedern in der Lizenzkette. Ob das Parlament tatsächlich so weit gedacht hat, ist aber fraglich.

Datta:

Die Auswirkungen des Urhebervertragsrechts auf die Lizenzkette sind regelmäßig praktisch wie auch wissenschaftlich von besonderem Interesse und stellen auch

einen Schwerpunkt meiner Untersuchung dar. Gerade hier schweigt der Parlamentsentwurf jedoch zu einigen zentralen Fragen. Was passiert beispielsweise, wenn der Hauptlizenznehmer seiner Pflicht zur regelmäßigen Berichterstattung wiederholt nicht nachkommt und der Urheber von seinem Widerrufsrecht Gebrauch macht. Bleiben die Rechte eines Unterlizenznehmers von diesem Widerruf unberührt? Letztlich geht es hier um die Frage, wie weit der Sukzessionsschutz reichen soll. Mit der Rechtsprechung des BGH wäre diese Frage wohl zugunsten des Unterlizenznehmers zu beantworten. Ob das Parlament sich dieser Problematik bewusst war, erscheint zumindest zweifelhaft.

Stieper:

Die verbesserte praktische Durchsetzung der Rechte von Urhebern wie ausübenden Künstlern war auch ein zentrales Anliegen der jüngsten Reform des Urhebervertragsrechts in Deutschland, die am 1.3.2017 in Kraft getreten ist. Wie sind die urhebervertragsrechtlichen Vorschriften in der Richtlinie vor diesem Hintergrund zu bewerten? Im Vorfeld zur Reform in Deutschland wurde immer wieder das Problem des Blacklisting angesprochen – gehen die europäischen Regelungsvorschläge hierauf ein?

Datta:

Die verschiedenen Entwürfe reagieren in unterschiedlicher Ausprägung auf das Problem des Blacklisting. Unter Verweis auf die „Scheu“ vieler Urheber, ihre Rechte durchzusetzen, normiert der Kommissionsentwurf in Art. 16 das angesprochene alternative Streitbeilegungsverfahren. Inwiefern hierdurch das Problem des Blacklisting entschärft werden kann, ist jedoch zweifelhaft, da auch hier der einzelne Urheber seine Rechte gegenüber seinem Vertragspartner selbstständig durchsetzen müsste. Der Ratsentwurf räumt daher – wie eingangs erwähnt – auch repräsentativen Urhebervereinigungen das Recht ein, dieses Streitbeilegungsverfahren im Namen eines Urhebers oder mehrerer Urheber einzuleiten. Im Parlamentsentwurf findet sich in den Erwägungsgründen hierzu die Aussage, dass über die Person, die das Verfahren eingeleitet hat, keine Details offengelegt werden sollen. Wie das praktisch ausgestaltet werden soll, erschließt sich mir nicht. Der Parlamentsentwurf sieht darüber hinaus vor, dass der Nachvergütungsanspruch des Urhebers – das Pendant zum deutschen § 32a UrhG – von in seinem Namen handelnden „Vertretungsorganisationen“ geltend gemacht werden kann. Eine solche Möglichkeit sieht das deutsche Recht bislang nicht vor.

Peifer:

Blacklisting wird weder im deutschen Recht noch im Entwurf wirksam verhindert oder gar zentral adressiert. Man würde dies nur durch starke kollektive Durchsetzungsinstrumente ermöglichen. Der Richtlinienentwurf geht hier etwas weiter als das deutsche Recht. Wirksamkeit hätte der Schutz allerdings nur, wenn man die AGB-Kontrolle von Urheberverträgen konsequenter ermöglichen und den Urheberverbänden diesbezüglich Unterlassungsansprüche gestatten würde. Blacklisting wird immer möglich bleiben, wenn die Autoren ihre Rechte selbst durchsetzen und verteidigen, sich also exponieren müssen.

Stieper:

Ich danke Ihnen für dieses Gespräch.

Interview: “AI is the most profound technology created by mankind” RAILS & GRUR in conversation with Sharad Gandhi



*What is AI? How will it impact our jobs and businesses? Should we regulate it? How can we control it? Martin Ebers (Robotics & AI Law Society - RAILS) and Sandra von Lingen (GRUR) sat down with Sharad Gandhi to delve into these and other fascinating questions. The physicist, IT engineer, technology philosopher and strategy consultant has worked for Siemens in Germany, IBM in New York and Intel in the Silicon Valley in the past. Recently, he has published the book “AI&U – Translating Artificial Intelligence into Business”.**

GRUR: Sharad, what led you to write a book on AI?

Gandhi: I believe AI is the most profound technology created by mankind and I am intrigued by how it is about to change most aspects of our society and lifestyle. I want to be able to help others understand AI in its totality because it will eventually touch everyone, everywhere.

RAILS: How can the human species keep pace with their own creation AI?

Gandhi: Well, we humans have come to believe that we are unique on the planet, in terms of our intelligence and our intellectual capacities... and suddenly, we see another species – I call it species, because of the lack of a better word – evolving: Artificial Intelligence. But actually, it is our own creation and getting smarter. Eventually, it might become far smarter than anyone of us. How do we live and deal with that? It’s a challenge. But I am an optimist. Humans have always learned to adapt to a variety of different situations.

The Next Big Thing?

GRUR: Currently, AI is considered as ‘The Next Big Thing’. Everybody seems to talk about it, but it seems that very few people really know or profoundly understand what AI is, let alone how it works. Is there such a thing as a concise definition of “Artificial Intelligence”?

Gandhi: Simply stated: AI is the ability of machines to mimic elements of human intelligence. AI is able to exhibit behaviour that we normally associate with human intelligent behaviour.

RAILS: The impression of AI in the public and media is that AI differs from technologies in the past. Could you explain why?

Gandhi: In general, the technologies in the past, like computer and the Internet, were positioned and seen as helping people to do things better or what was previously never possible. AI has been tainted with a negative image due to the science fiction films like Matrix and Terminator. Media has also contributed in painting AI as a job killer.

GRUR: And what about the hype – why did it take AI so long to enter the consciousness of politics and the wider public?

Gandhi: AI has gone through several hype and disillusionment cycles in the last 70 years. The success of making “Deep Learning” work and produce impressive results starting in 2012 surprised even many technologists.

Societal concerns and business opportunities

RAILS: Much of the criticism is based on fundamental, social concerns and fears of new dangers that AI brings. What is your position on this?



Prototype of the Legged Squad Support Systems by Boston Dynamics
(<https://www.bostondynamics.com>)

Gandhi: I have written a long article on the social concerns about AI. It addresses the prime concerns most people have: job loss, ethical standards of AI, and dangers that AI may bring for humanity.

GRUR: How about the issue of wealth distribution: Who will benefit from the AI revolution?

Gandhi: Generally speaking, those who see the opportunity first and quickly decide to act to capitalize on AI can benefit a lot. Initially, big early adopter companies like Google, Amazon, Facebook and Apple have – and still are – enjoying the first-mover benefit. They have leveraged their immense resources to attract and acquire the best AI talents and start-ups in the world. They are now being rewarded for being the biggest risk takers. Also China has committed immense resources to develop powerful AI

* <https://www.amazon.de/AI-Translating-Artificial-Intelligence-Business/dp/1521717206>

applications and become the leading AI country in the world. China also has very capable companies like Alibaba, Tencent and Baidu developing excellent AI applications.

RAILS: *Many entrepreneurs are enthusiastic about AI and venturing into the use of AI for business purposes. For which sectors, companies or types of businesses do you see the most economic benefits of AI?*

Gandhi: The most promising (vertical) industries for early adoption of AI technology are: Healthcare, retail, finance, manufacturing and defence. Many horizontal segments like hiring, sales and customer services will also benefit from AI and bring benefits to all industries.

RAILS: *In your book "AI&U", you have put a focus on how to relate AI and business. Can you tell us a little bit about this aspect, and why you chose this particular approach?*

Gandhi: I see myself as a translator of technology. When I worked for Intel and Siemens, my objective was always to help businesses understand how technology really helps them achieve business goals. Goals are all about making higher revenues and profits by becoming more competitive, by addressing bigger markets or a new market, and reducing costs. The key value of AI comes from automating decision-making, and this is what business people need to understand.

"The way we do our jobs will change"

GRUR: *You "admitted" that AI would probably transform our society also regarding the future of jobs and work. Do you think the job losses could be compensated by new jobs and would these jobs be on the same intellectual and qualification level?*

Gandhi: I believe, most people who are willing to invest in continued learning will not be affected adversely by AI – but will benefit from it. Any technology - like computing and the Internet - will displace specific human activities, AI will also replace humans in certain jobs. That is inevitable. Re-training and the willingness to learn new skills are going to become essential.

However, different jobs will require different skills. There is a McKinsey report which I quote in my article – which states that 40% of the jobs will not change, and of the 60% of the other jobs, only 30% of the job activities will be transformed. So people will still be doing marketing or will still work as a lawyer, but the way we do our jobs will change: technology will just do certain things better and faster. However, it doesn't mean that jobs must go away. As McKinsey says, "The future of jobs is more jobs."

RAILS: *In some fields, AI can do repetitive decision-making much better than humans can (you name granting loans, assessing insurance claims etc.). Would this include the legal professions, too? The logic of algorithms seems to be quite different than the legal system.*

Gandhi: AI can be very helpful for legal applications, because it is not about formal logic. AI is really about learning from a history of past decisions where law has been applied and transferring that experience into new cases. You would not want AI (or a robot) to be a judge, but a human judge can use AI as an expert assistant, who is always consistent and accurate in applying the wisdom of all the past judgments.

"AI is a tool, not a person"

GRUR: *AI applications such as Jukedeck, AIVA technologies and the e-David project are based on 'creative action' of*

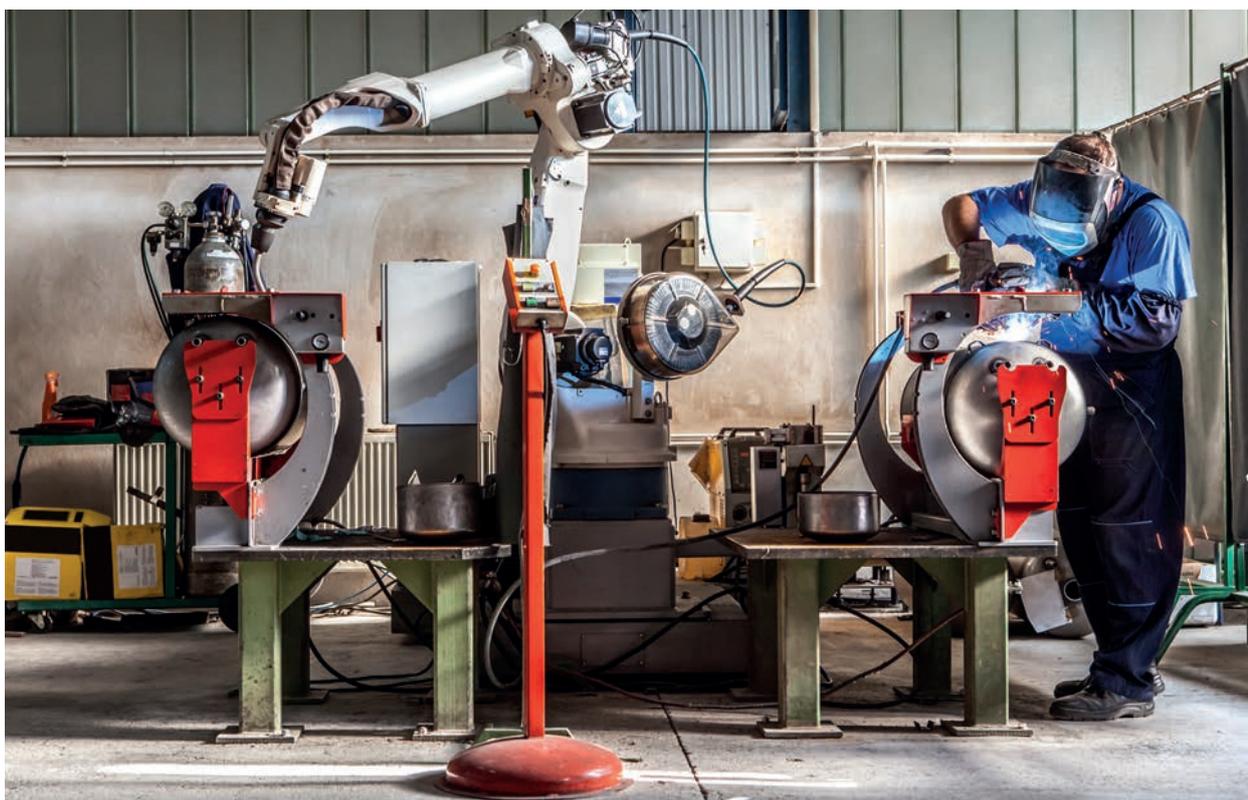
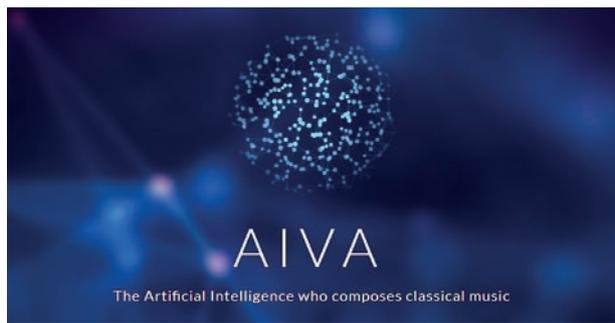


Photo: BigBlueStudio / shutterstock.com

robots or AI. What separates the robot-made 'creation/invention' from those made by humans?



Gandhi: At the moment, all these applications are being talked about because it makes news that machines can create art. These are not really appealing because they lack emotions integrated in works of art created by humans, which resonate with us. AI-generated art will be a separate category. It may have an appeal to us humans as something that is unique and not possible via humans. This category is not yet defined.

GRUR: What should authors, inventors and the cultural industry in particular take into account when starting to translate AI into their creative processes and businesses?

Gandhi: I would like to point out that AI is not a smart person. It is actually a smart tool which is there to help us in taking away some of the tedious and boring things which we repeatedly have to do. That being said, there are lots of technology-based tools which actually help creative people such as photographers, designers or musicians in their work. In fact, AI is able to create music of any artist from the past because it can figure out the patterns in their music. It requires a new type of imagination from some of the cultural players to figure out how to leverage the AI tools to make their creative works different, or even better. Once you look at it as a tool instead of a competitor, a tool that you can use for achieving your bigger mission, you can use it to your advantage. That, I believe, is the mindset which is needed.

The AI Arms Race

GRUR: To address regulatory issues: Do you see a problem in the fact that some Internet companies already have a large market lead in the development of AI, because they have a lot of data to train their algorithms? How can start-ups and SMEs catch up and succeed in the future?

Gandhi: I agree – data has become the critical resource: The quality of AI decisions improves with the more data that you have. That is the reason why companies which have a lot of data, like Google, Amazon and Facebook, are having a significant advantage. And of course, they do not just have more data, they also have a lot more economical power to acquire companies who can help them further grow their business.

So the life of start-ups is going to be difficult if they try to do exactly the same thing than these big companies do. However, I think that there are many other areas opening up for innovation for start-ups using the tools generated by these

big companies and invent something that the large companies are unable to do.

RAILS: Viktor Mayer-Schönberger has published a book with the title "Reinventing Capitalism in the Age of Big Data" in which he states that big companies, like Facebook etc., should be legally required to share their data. Do you think that would be a first step to break the monopoly and to allow the market forces to become back to normal?

Gandhi: I think these companies have shown little motivation to self-regulate themselves. It's a self-feeding mechanism: the big players have become very successful because their business model was about acquiring more and more data. Today, they are unwilling to share their data with others. This can only happen through regulation, by forcing them to share it.

On regulation – or: "All humans are a black box – and so is AI"

GRUR: Many talk about setting up a state agency that can regulate and control algorithms, AI and robotics. But talking about state supervision: Is self-learning AI interpretable at all... Do you think this aspect should be crucial in order to let this kind of AI onto the market?



Gandhi: It is very important to understand that self-learning AI is not interpretable. In the deep learning AI systems, the algorithm is developed within the neural network. There is no way to extract it out of the machine. Take a simple example like face recognition. Basically, you train the machine to recognise faces. But the machine will not be able to tell you how or why it was able to recognise the face(s).

It can do an extremely good job at doing so, but it's decision-making process cannot be re-constructed or 'reverse-engineered'. It is simply not possible to extract such information out of the machine! Therefore, you will never be able to do a check if the algorithm is OK or not. The only way of doing it is subjecting it to tests. This is also what we do for human beings by the way.

RAILS: Should we only allow supervised training of AI systems and prohibit unsupervised training? Is it necessary to prohibit certain AI learning systems (for instance deep

neural networks) if they are too opaque and not even transparent for coders?

Gandhi: Many new AI systems are a combination of mostly supervised and some unsupervised training. Prohibition never works. And deep learning AI systems will be opaque. However, humans are also opaque. Human beings are also a black box like AI machines. You can only roughly assess how they think by asking them various questions or submitting them to various situations (in a test). If they come up consistently with a satisfying answer or reaction, we believe they are OK. The same can be done for an AI system.

GRUR: So who should be doing these checks - consortiums, groups or platforms?

Gandhi: Someone neutral. The same way as it happens with today's certification tests and labels, such as a "Microsoft certified engineer"... There has to be a body constructing tests based on the basic situations which this particular AI technology encounters, AI should pass the test every year. And if it works well, it could be considered qualified.

GRUR: In your book, you suggest that it is necessary to have a human in the loop in many cases, for example in health care. But how can a human doctor verify the result of a system fed by millions of data the doctor can never read (quantity problem) and has made correlations between various factors humans cannot understand (quality problem)?

Gandhi: Humans cannot compete with AI decision-making accuracy or consistency. However, a person may be able to sense or feel something else and has the ability to overrule the AI decision. You can use Google Maps for navigation. It is very reliable in most cases and you follow it. However, you have the ability to overrule it and take a different road than recommended because it is more scenic. What I am trying to

say is that humans must see AI as an expert helper tool that they trust. However, it cannot have emotions and empathy.

"We have to feed AI a wide diversity of examples to prevent discrimination"

RAILS: What about biased decision-making?

Gandhi: A deep learning AI develops its algorithm from the examples used to teach it. All examples are based on how human beings have made a decision with the supplied data. That means that the bias of human beings is implicit in what the AI learns. This is just like children who grow up in Saudi Arabia and learn from what they experience. Their ethics – the sense of right and wrong – are based on the Saudi lifestyle and culture. The same happens to all of us. We are all biased by our upbringing.

RAILS: But how can we make the decision of an AI more balanced?

Gandhi: One way is to use a wide diversity of examples – involving decisions taken by people of varied backgrounds. I think that the level of ethics and bias neutrality in a system will become a quality differentiation feature of different AI systems. The less bias and the more ethical it is rated, the more market acceptance it will have. That's the way the market normally resolves such matters.

RAILS: You seem to suggest that market forces can solve this problem by itself. However, there still needs to be competition and the biased decision has to be detected in the first place. But in many cases, when an individual is subject to biased decisions, they don't even know which parameters have been taken into account.

Gandhi: Yes, it might be that we need a combination of regulation and some standardisation of the level on diversity, ensuring that the examples used in an AI-system have a



GRUR meets Brussels Workshop 2018

Photo: Vivien Hertz

diverse basis. Maybe there's going to be a way to measure diversity, in the sense that the training must imply examples with certain diversity levels.

The effects of data protection and privacy rules on competition

GRUR: *In Europe, we have adopted the GDPR with strict data protection regulation. So since data is so important to train the algorithm, do you think that will become a problem for European companies?*

Gandhi: The USA has a different approach to privacy and they also have these mega companies like Google etc. with an excellent access to personal data, so they have an advantage from that point of view. Europe has neither of those two - neither data, nor companies. If European businesses have to compete against US-American giants in AI, how can they be successful?

GRUR: *It has become clear that AI needs data, tons of it. Do you think the existing data protection laws including, inter alia, the principle of data minimisation and the principle of informed consent, are still up-to-date?*

Gandhi: We are trying to restrict the collection of data, which is exactly the resource needed for an AI. This is a complicated dilemma: Better AI or better privacy? The point I'd like to make here is that Europe is the regulation king, which can actually also hurt European companies in competing against the US companies.

RAILS: *How will the big players react to the new legal framework?*

Gandhi: Yesterday I was at a conference which revealed to me something very interesting: One speaker said that big companies, of the likes of Amazon, Google, do a financial calculation: "If we violate the law, what is it going to cost us? On the other hand, what's the price we have to pay to comply with a law?" So there will be companies which will ignore regulations like the GDPR and still operate. They will be willing to pay a fine, but this intentional breach of law will give them a significant long-term competitive advantage.

"Liability - do we need an ePerson?"

GRUR: *In legal science we have a discussion whether an AI system should be recognized as a legal person ("ePerson"), similar to legal entities like certain companies. I have read that you do not think this could be a useful approach to regulate AI making right decisions. Could you tell us why?*

Gandhi: I don't support the concept of AI as an ePerson. As I said before: AI is a dead tool, and not a person. It does not take responsibility for its decisions. It has no understanding of the context and consequences of its decisions. The ownership and responsibility for using it for a given situation must be with some natural person, who understands the consequences of a wrong decision or the method and timing for putting that decision into action.



Will regulation always be too late to catch up with innovations?

GRUR: *You were a key speaker at the 9th GRUR meets Brussels Workshop on "AI, Robotics & IP – What's at stake?", where representatives of the EU Parliament, the EU Commission, The European Patent Office and IP experts from academia discussed the legal implications of AI as regards intellectual property issues. What insights do you take home from that discussion?*

Gandhi: It has been mentioned before: Lawmakers and regulators are struggling to understand the new technologies. What can these technologies do and how they can be deployed? IP specialists are trying to figure out how the inventors and creators can be protected. Would the existing laws work or are new ones needed? I sense that this debate will take a long time to resolve. AI technology is evolving much faster than lawmakers can ever catch up. AI is the fastest developing technology today because the business stakes are so high and the first mover advantages are immense.

RAILS: *One last question: Where could Europe stand in 5 or 10 years as regards the use, acceptance and regulation of AI?*

Gandhi: EU product manufacturers can make good use of AI technologies developed elsewhere in their products for enhancing the value to customers. However, competing with US and Chinese products will be a challenge. They have an advantage because privacy is not a big a concern, and data access helps to make better products. As to acceptance: Europe has always been slow in accepting new technologies. For AI, the acceptance will be even slower than normal because of data privacy concerns. And finally – yes, we will develop regulations for AI. However, they will always be too late to catch up with innovations.

GRUR/RAILS: *Sharad, many thanks for taking the time for this conversation!*



A modified version of the interview was published on the RAILS blog on 26 November 2018.

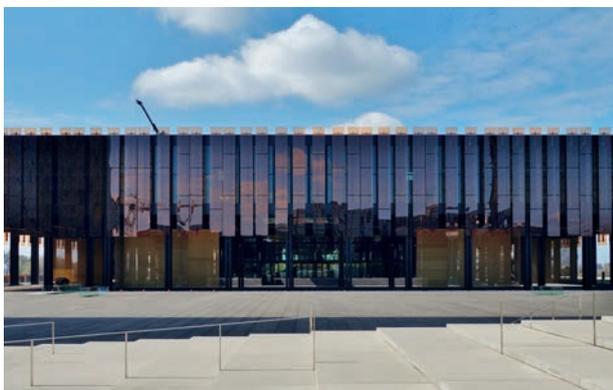
<http://ai-laws.org/blog/>

Focus I: Copyright in CJEU case of law: what legacy?

ELEONORA ROSATI*

Compared to other areas of intervention at the European Union (EU) level, copyright harmonization is a relatively recent phenomenon. Compared to other areas of intellectual property law, copyright harmonization has not been as complete as with other rights. Yet, two phenomena may be observed: on the one hand, copyright policy and legislative initiatives have intensified over the past few years; on the other hand, the large number of references to the Court of Justice of the European Union (CJEU) has substantially shaped the EU copyright framework and, with it, also the copyright framework of individual EU Member States.

The role of the CJEU in shaping the EU copyright framework has been indeed a central one. Further to a fragmentary approach to copyright harmonization and a resulting legislative framework whose provisions have proved to be rather inscrutable or altogether challenging to interpret, also in light of the issues arising out of technological advancement and new modalities of exploitation and infringement of copyright works and other protected subject matter, national courts have increasingly relied on the instrument of references for a preliminary ruling. As of today, in the context of the relatively brief history of EU copyright and within a timeframe of approximately a couple of decades, the CJEU has issued several key preliminary rulings.



The Court of Justice of the European Union in Strasbourg

Factors that have contributed to the construction of EU copyright

A number of factors have been decisive in allowing CJEU case law to acquire centre stage. First, despite the lack of formal specialization within the Court, as a matter of fact a subject matter specialization has occurred through the selection of relevant Judges-Rapporteur and Advocates General (AGs) from rather a narrow pool. The other key factor has been the employment, by the CJEU, of a set of standards that have served to address copyright issues from a certain perspective, and – admittedly – to achieve certain results. In this sense, reliance on certain standards, including the need to guarantee a high level of protection, has been at times more formal than substantial, in that the Court has referred to this objective to justify certain outcomes. So, the guarantee of a high level of protection has indeed played a key role, and has allowed the Court to

develop an expansive approach to the scope of copyright protection with regard to the construction of economic rights, while interpreting narrowly exceptions and limitations. However, it would not be correct to sum up the work of the CJEU as only concerned with this objective. Another key standard has been that of referring to certain notions in relevant legislation as autonomous concepts of EU law: this has resulted in a greater harmonization of EU Member States' laws, at a level that legislation alone – due to both the fragmentary character of its provisions and the approach of various EU Member States to the process of transposition of relevant directives into national law – would have not achieved. In addition, the Court has relied on other key standards – including proportionality and effectiveness – in its approach to the construction of the copyright framework. The need to ensure that a fair balance be achieved for contrasting rights and interests has also guided its interpretative efforts, with the EU Charter of Fundamental Rights playing an increasing relevant role.

Building an internal market

As a result of the application of this complex set of standards, the Court has given a certain shape to EU copyright law and, in significant instances, pushed the boundaries of EU harmonization beyond the text of EU legislation. In this sense, the Court's action has been informed by an overarching internal market goal. Speaking of a harmonizing 'agenda' should not lead one to believe that harmonization has been a goal per se. What the CJEU has done has been extracting and applying the primary rationale of EU harmonization: removing those differences that amount to barriers to the free movement of copyright works and protected subject matter across the EU. This has been the case, for instance, with regard to the construction of economic rights, exceptions and limitations, and enforcement tools alike.

The result has been an arguably profound impact of CJEU case law on individual EU Member States, to the point that it seems possible to speak of a EU approach to copyright that has rendered the traditional dichotomy continental Europe droit d'auteur/common law copyright less acute than what was the case before the EC/EU harmonization process began. CJEU case law rather – rather than the transposition of EU copyright directives alone – has contributed to re-shaping key copyright concepts and approaches to copyright protection.

The legacy of CJEU case law is also apparent in the context of the EU copyright reform debate: any review of EU copyright rules would not just need to consider the (formally rich but substantially thin) legislative framework, but also – and possibly above all – the CJEU interpretation of existing sets of rules. In this sense, the discussion around certain provisions in the proposed Directive on copyright in the Digital Single Market¹ (DSM Directive) – notably inter-

*Associate Professor in Intellectual Property Law at the University of Southampton; Editor of the Journal of Intellectual Property Law & Practice (OUP); IPKat blogger ipkitten.blogspot.com.

¹ Proposal for a Directive of the European Parliament and of the Council on copyright in the Digital Single Market, COM/2016/0593 final – 2016/0280 (COD).



ventions meant to remedy the claimed value gap (Article 13), introduce a right for press publishers (Article 11), regulate fair compensation for private copying (Article 12), and exploitation of out-of-commerce works (Article 7) – shows how the core of the analysis is the relationship with existing CJEU case law and whether and to what extent EU legislature wishes to retain the legacy of CJEU rulings.

The next twenty years?

It is difficult, if at all possible, to think how EU copyright law will look like over the next couple of decades. On the one hand, the process of legislative harmonization might lose the input of EU Member States, like the UK, that have played a central role so far, contributing from a particular perspective (that of common law copyright) to such process. This might have the effect of creating the conditions for a closer approximation between the continental European understanding of the role of copyright protection and the progression of EU harmonization. On the other hand, it is anticipated that the role of the Court will remain central: this may be due to a number of factors. First, as the draft DSM Directive suggests, law-making and resulting legislative provisions might become increasingly complex: in this sense, it would be a mistake to think that the formal complexity and density of new EU law provisions would be necessarily a way to enhance the clarity thereof. Second,

progressive enlargements of the EU, eg granting EU membership to Western Balkan countries, would require incorporation of the EU copyright acquis into those countries' copyright laws and, as a result of such operation, interpretative uncertainties might arise that would require the involvement of the CJEU. Third, over the past few years a substantial number of referrals has been made in relation to technologically enabled uses of copyright works and other protected subject matter: this trend seems likely to remain.

An issue that is often raised concerns how the Court works, notably its alleged lack of specialization in copyright matters. According to a criticism often made, the CJEU should envisage specialist chambers and a system of dissenting judgments, on the model of common law countries. Is this something that is needed? Probably not, and this may be so essentially for two reasons. The first relates to the role of the Court in preliminary rulings, which is providing guidance to national courts on how certain EU law provisions are to be interpreted: would dissenting judgments improve the clarity of CJEU rulings? The second reason relates to something that has been already discussed, and is that a *de facto* specialization has occurred within the CJEU. In the particular context of preliminary rulings, the role of the Court remains that of interpreting EU law provisions, also in light of the rationale for which a process of EU integration began in the first place. In this sense, EU copyright is not and should probably not become just something for copyright lawyers.



Dr Eleonora Rosati, Associate Professor in Intellectual Property Law at the University of Southampton; Editor of the Journal of Intellectual Property Law & Practice; Author of 'Copyright and the Court of Justice of the European Union' (OUP:2019)**



The plenary room of the European Council in Brussels

**available at <https://global.oup.com/academic/product/copyright-and-the-court-of-justice-of-the-european-union-9780198837176?prevSortField=1&sortField=8&start=0&resultsPerPage=20&prevNumResPerPage=20&lang=en&cc=it#>

Focus II: Registering your trade mark in Africa? Not as simple as it seems.

MARIUS SCHNEIDER*

Africa is rising: with double-digit growth figures in many sub-Saharan countries as well as a growing middle and upper class, Africa and its 1.2 billion consumers (projected to double in the next 30 years), represents an untapped, dynamic, fast-moving and competitive market that businesses can scarcely ignore. Brand owners are increasingly paying attention to this new African dynamic and have started to invest African markets with products and services. Although bursting with potential, Africa is not an easy market for companies to operate in and thrive into. To succeed it is important to understand the African reality, its particularities and the rapid changes that are taking place in a continent with fifty-four diverse countries. Furthermore, the increasing commercial opportunities in Africa have attracted the attention not only of legitimate businesses, but also of counterfeiters and unscrupulous traders.

The first step to protect your brand is to register your trade mark. While registration does not prevent future infringements, it grants exclusive right to the trade mark owner to use the mark and to prevent its unauthorised use on identical or similar goods and services. Registering a trade mark in Africa is however not always a straight forward task, and may pose numerous challenges to right-holders, both within the regional organisations and national jurisdictions in Africa. Good contacts in the respective countries and up-to-date information are crucial to secure a speedy and successful registration. This article discusses the challenges surrounding trade mark registration in Africa. The article discusses first trade mark registration at the two main regional intellectual property organisations in Africa: the African Regional Intellectual Property Organization (ARIPO) and the *Organisation Africaine de la Propriété Intellectuelle* (OAPI, in English referred to as African Intellectual Property Organization). The article then touches on trade mark registration in certain African domestic jurisdictions and the challenges faced by right-holders, and finally the registration of well-known trade marks as defensive trade marks in certain jurisdictions.

1. Trade mark registration at the regional organisations

There are two regional IP organisations in Africa: OAPI and ARIPO. The OAPI is a group of 17 predominantly Franco-phone member states: Benin, Burkina Faso, Cameroun, Central African Republic, Comoros, Republic of Congo (Brazzaville), Ivory Coast, Equatorial Guinea, Gabon, Guinea, Guinea Bissau, Mali, Mauritania, Niger, Senegal, Chad and Togo. All member states apply a uniform law, the Bangui Agreement and its ten annexes. The annexes have the status of domestic laws in each member state. The OAPI member states have adopted a common administrative procedure giving rise to unitary IP rights, which automatically extend to all member states and no designation of countries is necessary. Only the regional Office headquartered in Yaoundé, Cameroon delivers the industrial property titles valid in all member states.



The OAPI joined the Madrid Protocol for the International Registration of trade marks in 2014 and it is thus possible to designate the OAPI in an international trade mark application. There has been some debates as to whether the OAPI could validly join the Madrid System without amending the Bangui Agreement. It is clear that the OAPI holds the opposite view and will do all that is necessary to ensure that International registrations designating OAPI have the same effect as direct OAPI registrations.

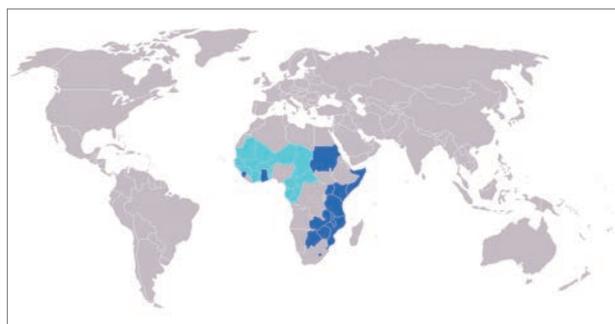
Under the current version of the OAPI Bangui Agreement, a trade mark is first registered and only thereafter published for opposition. This means that third parties are only made aware of the existence of a trade mark once it has been registered by the OAPI Administration and published for opposition. If a third party wants to contest the validity of an OAPI trade mark registration, this can be done by filing an opposition against the trade mark registration. The opposition procedure is handled in the first instance by the Director General of the OAPI and lasts approximately 18 months. In case the decision of the Director General is appealed, the Higher Appeal Commission of OAPI makes a final determination of the matter. This takes at least another 18 months. This lengthy post-registration opposition procedure is sometimes abused by infringers, who in the meantime rely on their trade mark registration to resist an infringement action and to continue to sell products under a trade mark which infringes a third party right. There are also cases where trade marks, which have been cancelled by the Higher Appeal Commission of OAPI as a result of an opposition procedure, are re-filed in bad faith. A duly registered OAPI trade mark is therefore only the first step in protecting your mark, but a constant monitoring of newly published trade marks is necessary.

ARIPO regroups mostly English-speaking African economies: Botswana, eSwatini (formerly Swaziland), The Gambia, Ghana, Kenya, Lesotho, Liberia, Malawi, Mozambique, Namibia, Rwanda, São Tomé & Príncipe, Sierra Leone, Somalia, Sudan, Tanzania, Uganda, Zambia, and Zimbabwe.

*Attorney-at-law | Avocat | Rechtsanwalt, Mauritius/Belgium, Editor of the Journal of Intellectual Property Law & Practice.

ARIPO is a simplified application system, whereby applicants can pick and choose countries in which they wish to obtain protection for their trade mark (an African mini-Madrid). ARIPO member states retain their national IP legislation and have national offices which issue and register titles of industrial property valid domestically.

The relevant protocol on trade marks under the ARIPO system is the Banjul Protocol, with the following member states: Botswana, eSwatini, Lesotho, Liberia, Malawi, Namibia, São Tomé & Príncipe, Tanzania, Uganda, and Zimbabwe. Right-holders can register their trade marks in these member states through a single application in one language indicating all or part of the states. The single application, filed either in a national office of a contracting state or directly with the ARIPO Office in Harare, Zimbabwe, has the effect of a regular national filing in the states designated in the application. So far only four of the ten members of the Banjul Protocol have expressly domesticated – that is to say transposed into national law – the Protocol (Botswana, Malawi, Namibia and Zimbabwe), prompting recurrent questions from right-holders related to the domestic application of the Banjul Protocol and the security of their registration.



Current OAPI members in cyan. Blue are ARIPO states. Source: Wikipedia.

In all fairness, the issue of the domestication of the Banjul Protocol is quite challenging. In countries where the Banjul Protocol has been domesticated, there is no doubt on its domestic applicability. For example, the Zimbabwe Trade Marks Amendment Act 2001 clearly states that a mark registered at the ARIPO under the Banjul Protocol has the same effect as a domestically registered mark.

What then is the situation for countries that are member of ARIPO but have not domesticated the Banjul Protocol? The answer to this question is not clear-cut, although support for a positive response might be found in the Ugandan case law. In *Anglo Fabrics (Bolton) Ltd v African Queen Ltd (2008)* the High Court of Uganda created a precedent on the recognition of the Banjul Protocol and this case may be viewed as support to the argument that ARIPO trade marks designating Uganda are valid in the country.

In other states, regard may be had to the general rules on the domestication of international instruments, which would include the Banjul Protocol. In Lesotho, the Industrial Property Order of 1989 provides that *in case of conflict with the provisions of this Order, the provisions of the international treaty in respect of industrial property to which Lesotho is a party, shall prevail.* A similar provision is applicable in eSwatini.



Aerial view on the main street of Harare in Zimbabwe.

With so few states guaranteeing the direct enforceability of the ARIPO registrations, is the registration worthwhile? The answer belongs to the right-holder, depending on the level of risk he finds acceptable. It can further be that for some right holders, the countries not having yet domesticated the Banjul Protocol are countries with little or no market share and where an ARIPO registration with a single fee makes more sense.

2. Domestic registrations

More and more African states are joining the Madrid Protocol for the International Registration of trade marks. It is possible to designate the following regional organisation and countries in an International trade mark registration under the Madrid system: eSwatini (formerly Swaziland), Gambia, Ghana, Liberia, Lesotho, Madagascar, Mozambique, Namibia, OAPI [Benin, Burkina Faso, Cameroun, Central African Republic, Comoros, Republic of Congo (Brazzaville), Ivory Coast, Equatorial Guinea, Gabon, Guinea, Guinea Bissau, Mali, Mauritania, Niger, Senegal, Chad and Togo], Rwanda, Sierra Leone, Zambia and Zimbabwe.

Some practitioners doubt the enforceability of International trade marks in some African countries, due to the absence of 'domestication', that is to say a national enabling legislation confirming that International registrations have the same value as a national trade mark and providing the local IP administration with guidance and procedures in relation to the examination of International trade marks.

There is no doubt on the enforceability of International trade mark registrations in Liberia, Namibia, Kenya, Mozambique, Tunisia, Morocco, Zimbabwe and Rwanda. In the other countries, we are not aware of any decision whereby an International trade mark registration would have been held to be unenforceable in the absence of 'domestication'.

In numerous countries however, domestic registrations are still the only option for the protection of trade marks. It is not possible in this article to go into detail on the registration procedures of the different African countries, but it is important to keep in mind that in some countries, like for example in Ghana, Nigeria, and Democratic Republic of Congo, the procedure can be very long and burdensome. In some countries, trade marks are even due for renewal

before they are registered. There are also jurisdictions where corruption is a serious problem and it is therefore very important to obtain originals of filing/payment receipts (there are cases where officers have been bribed to obtain false filing receipts whereas in reality no trade mark application has ever been filed). In other countries, like for example Mauritius and Kenya, the registration procedure is expedient.

Conducting a clearance search in Africa is also challenging; very often the results from an official search will not coincide with those of a search in a private database. In this event the question is whom to trust? In some countries this is further complicated by common law trade mark rights that are granted to the user of unregistered marks. A recent case decided by the Kenyan High Court prompted this issue. In *Fibrelink Limited v Star Television Production (High Court) (2018)*, the court held that any mark, whether registered or not, and whether well-known or not, is afforded protection under trade mark laws in Kenya, as long as the mark has been in use in the country. It is therefore possible in Kenya to oppose a trade mark application on the basis of a common law or unregistered trade mark. This creates legal uncertainty, because a search at the IPO will not disclose the unregistered mark, which will only be detected by a market check. Such innovative judicial pronouncements are part of the dynamic African intellectual property landscape and right-holders must be aware of such changes to ensure the continued protection of their trade marks.

Previously in both Rwanda and Burundi, once registered, a trade mark was perpetually valid and no renewal was needed. This is no longer the case. In Rwanda, existing trade marks registered under law 31/2009 of 26 October 2009 are scheduled for renewal by latest 14 December 2019. In Burundi, the Law of 28 July 2009 introduces a 10 year term for the validity of trade mark registrations. All trade marks registered under the old law have to be renewed no later than 28 July 2019.

3. Defensive trade marks in Africa

With legitimate businesses, but also counterfeiters and unscrupulous traders interested in tapping into the African market, the need to protect well-known trade marks is genuine. Even in countries where well-known brands are not present on the market and where trade mark owners thus cannot easily satisfy the use requirement, brand owners should still protect their rights and their goodwill from copycats. One solution afforded to the right-holders of well-known trade marks in certain African states is to register their well-known trade marks as defensive marks. Defensive trade marks allow a right-holder to register well-known marks for goods and services for which he has no intention of future use, where he fears that third parties might attempt to benefit from the goodwill of his trade mark for unrelated goods. A defensive trade mark is also useful for a right-holder who intends to move into other industries using the same trade mark at a later stage, but who under a 'normal' registration would be susceptible to cancellation for non-use. Seven African states currently provide for defensive trade marks: Kenya, Malawi, Nigeria, Seychelles, Uganda, Zambia and Zimbabwe.



For example, in Kenya, the owner of a registered trade mark, consisting of invented words and well-known in relation to the goods for which it is registered may apply for the defensive registration of the marks in classes which they do not intend to use and against which the non-use argument may not be raised. This applies where the trade mark become so well-known that its use for other goods could indicate a commercial connection. In Nigeria, the owner of a registered trade mark may apply for the defensive registration of his marks in classes which he does not intend to use and against which the non-use argument may not be raised. This applies to both goods and services. It is not necessary to establish use of the well-known trade mark. Brand owners of well-known trade marks are well-advised to explore these possibilities.

4. Conclusion

Trade mark registration is the first step in protecting a trade mark in Africa. Still, it is far from an easy process, but requires the constant vigilance of the practitioner together with up-to-date on the ground knowledge. The African intellectual property landscape is dynamic, with new laws being passed and courts issuing forward-thinking judgments, with significant implications for the right-holder. Even where a state has ratified an international agreement or joined a regional organisation, a legal practitioner still needs to be wary and cognisant of the finer details. The procedure on paper may differ from the practice, and ignorance of such subtleties may result in a time-consuming procedure, and even a non-legally enforceable trade mark. Finally, with many intellectual property questions still untested by the tribunals, it is important to understand the level of risk accepted by the right-holder and to craft a dedicated solution. This is why right-holders need hands-on advice from experienced practitioners in Africa, opening them the access to the untapped and dynamic African markets.



Marius Schneider,
Attorney-at-law | Avocat | Rechtsanwalt,
Mauritius/Belgium
Editor of the Journal of Intellectual
Property Law & Practice

Photos: 1. Anton_Varov / Shutterstock.com; 2. Poirat, Marius Schneider – Annabelle Thonet

Einblicke: Data Property, Data Mining & Co – wie Daten unsere Wirtschaft und unser Recht verändern

CHRISTIAN STRAKER* / PHILIP BITTER**

Das Projekt ABIDA (Assessing Big Data) ist ein auf vier Jahre (2015-2019) angelegter interdisziplinärer Forschungsverbund. Im Kern der Forschung von ABIDA steht die Frage, welche gesellschaftlichen und rechtlichen Auswirkungen Big Data hat. Dieser Fragestellung wird sich in elf an Wirtschafts- und Lebensbereiche angelehnten Vertiefungsstudien angenähert. Innerhalb der Vertiefungsstudien sind dazu externe Gutachten¹ sowie eigene Forschungsbeiträge der Projektpartner veröffentlicht worden.



Außerdem wurden Expertenworkshops und Fokusgruppen veranstaltet, um die vielzitierten Chancen und Risiken des digitalen Strukturwandels für die Gesellschaft aus verschiedenen Blickrichtungen der Wissenschaft und Praxis zu betrachten und sektorspezifische, wie auch allgemeine Handlungsmöglichkeiten im Umgang mit den wachsenden Datenmassen zu entwerfen. Für den GRUR Newsletter gibt ABIDA einen Einblick in die urheber- und wettbewerbsrechtliche Forschungsarbeit.

Data Property

Sieht man von der Diskussion rund um die DS-GVO und die Rolle des Datenschutzrechts in der Gesellschaft ab, hat kaum ein Thema so bemerkenswerte Resonanz erzeugt, wie die Debatte um die Möglichkeit und Gebotenheit der Einführung eines eigentumsähnlichen Rechts an Daten. Öffentlichkeitswirksam und facettenreich wird dabei die Frage diskutiert, wem die Daten eigentlich „gehören“. Schließlich scheint die Frage der Zuordnung von Rechten an personenbezogenen Daten die Antwort bereits vorwegzunehmen: „Meine Daten gehören mir“, heißt es in der Öffentlichkeit reflexartig und so suggeriert das „Dateneigentum“ auf den ersten Blick eine eigene, rein datenschutzrechtliche Thematik, ohne zu berücksichtigen, dass das Datenschutzrecht in der derzeitigen Ausgestaltung kein dem Eigentum vergleichbares Ausschließkeitsrecht gewährt. Aber auch gerade in Bezug auf nicht-personenbezogene Daten, soweit im Big-Data-Zeitalter überhaupt sinnvoll abgrenzbar, wird die Diskussion geführt. Wechselseitige Vorschläge aus Politik und Wissenschaft sind erkennbar darum bemüht, möglichst genau zu erfassen, was Daten eigentlich sind und wie unsere Rechtsordnung den Umgang mit ihnen ausgestalten sollte. Das externe ABIDA-Gutachten „Datenrechte – Eine rechts- und sozialwissenschaftliche Analyse im Vergleich Deutschland zu den USA“ von *Specht und Kerber* gibt

hierzu einen umfassenden Überblick.² *Specht/Kerber* zeigen auf, dass die Frage der Zuordnung von Rechten an Daten gerade auch im Immaterialgüterrecht zu berücksichtigen ist. § 87a UrhG schützt so etwa die Investition in die Sammlung bereits vorhandener Daten, nicht aber die Investition in die Datenerzeugung. Das Gutachten diskutiert den Vorschlag von *Wiebe*, die Investition in die Messung und Zusammenstellung von Daten dem Schutz des Datenbankherstellerrechts zu unterstellen.³ Hierdurch wäre es beispielsweise möglich, die Investition in die Erzeugung von Sensordaten aus dem Connected Car immaterialgüterrechtlich zu schützen. Auch sein Vorschlag, die Verletzungshandlung der Entnahme unwesentlicher Teile einer geschützten Datenbank in wiederholter und systematischer Weise (§ 87b Abs. 1 S. 2 UrhG), generalisiert auf automatisierte Systeme im B2B-Bereich anzuwenden, zeigt exemplarisch auf, wie der Schutz von Maschinendaten ohne Personenbezug ausgestaltet sein könnte. Das Gutachten greift auch die Idee auf, Daten mit gesellschaftlicher oder wirtschaftlicher Relevanz, die nur mit erheblichem Aufwand zu gewinnen sind und keinen sondergesetzlichen Schutz genießen, wettbewerbsrechtlich zu schützen, wenn kein legitimes Interesse an einer freien Nutzung besteht.⁴ Derartige Vorschläge zielen darauf ab, die Rechtsordnung so auszugestalten, dass sich die gesellschaftlichen Chancen von Big Data realisieren lassen und dabei mit den Risiken adäquat umgegangen wird. Verbunden mit einer solchen wettbewerbsrechtlichen Herangehensweise wird das Konzept der exklusiven Zuordnung von Daten und dessen Aussicht auf eine interessengerechte Umsetzung seit einiger Zeit verstärkt in Frage gestellt. Der Nachweis von Anreizdefiziten und Marktversagen bleibe bislang aus und rechtfertige daher keine ausschließkeitsrechtliche Zuordnung. Zu diesem Ergebnis kommen auch *Dewenter* und *Lüth* im ABIDA-Gutachten „Datenhandel und Plattformen“.⁵ Das flexiblere Wettbewerbsrecht erscheine derzeit geeigneter, um der Eigenschaft von Daten und Informationen angemessen Rechnung zu tragen, ohne ungerechtfertigt in die Wettbewerbs- und Informationsfreiheit einzugreifen.⁶



*Wissenschaftlicher Mitarbeiter, Projekt ABIDA / Vertiefungsstudien Arbeit und Gesundheit, Institut für Informations-, Telekommunikations- und Medienrecht, Zivilrechtliche Abteilung, Prof. Dr. Thomas Hoeren, Universität Münster.

**Wissenschaftlicher Mitarbeiter, Projekt ABIDA / Vertiefungsstudien Finanzen und Versicherungen sowie Verkehr, Institut für Informations-, Telekommunikations- und Medienrecht, Zivilrechtliche Abteilung, Prof. Dr. Thomas Hoeren, Universität Münster.

¹ Die externen Gutachten sind abrufbar unter www.abida.de/de/content/externe-gutachter.

² *Specht/Kerber*, Datenrechte – Eine rechts- und sozialwissenschaftliche Analyse im Vergleich Deutschland zu den USA, ABIDA-Gutachten, S. 69 ff.

³ *Specht/Kerber*, Datenrechte – Eine rechts- und sozialwissenschaftliche Analyse im Vergleich Deutschland zu den USA, ABIDA-Gutachten, S. 75 f.

⁴ *Specht/Kerber*, Datenrechte – Eine rechts- und sozialwissenschaftliche Analyse im Vergleich Deutschland zu den USA, ABIDA-Gutachten, S. 77.

⁵ *Dewenter/Lüth*, Datenhandel und Plattformen, ABIDA-Gutachten, S. 43 ff.

⁶ So jüngst *Wagner/Brecht/Raabe*, PinG 2018, 229, 232.

Zugangsrechte zu Daten

Spätestens seit der massiven Verbreitung von Smartphones hat das Aufkommen datenbasierter Geschäftsmodelle unsere Wirtschaft verändert. Das Gutachten „Big Data as an Asset – Daten und Kartellrecht“ von Paal und Henne-mann befasst sich intensiv mit Daten als Wirtschaftsgut. Die ökonomische und wettbewerbliche Bedeutung von Daten wird erläutert und ihre Charakteristika werden herausgestellt. Dabei wird das Mantra relativiert, bei Daten handele es sich um die „Rohstoffe“ des 21. Jahrhunderts. Denn Daten sind zwar regelmäßig die Grundlage weiterer Dienste, in ihrer Nutzung aber grundsätzlich nicht-rival, d.h. sie können leicht und ohne relevante Qualitätseinbußen vervielfältigt werden. Zudem sind sie nicht per se exklusiv, sie können also einer unbegrenzten Vielzahl von Personen zur Verfügung gestellt werden.⁷ Trotz dieser grundlegenden Erkenntnis erklären die Autoren, dass die für datenbasierte Geschäftsmodelle so typischen Plattformmärkte eine Tendenz zur Herausbildung von marktdominanten Stellungen, zur Marktkonzentration bis hin zur Monopolstellung aufweisen.⁸ In diesem Kontext untersuchen die Autoren den Zusammenhang zwischen dem Innehaben von „Datenmacht“ und Marktmacht. Sie sehen im europäischen Kartellrecht und den nationalen Bestimmungen des GWB ein geeignetes Instrument, um auf eine auf „Datenmacht“ basierende Marktmacht von Unternehmen durch die Missbrauchs- und Fusionskontrolle wettbewerbsrechtlich einwirken zu können.⁹ Den Zugang zu Daten sehen sie für die wettbewerbliche Position eines Unternehmens als bedeutend an.¹⁰ Nach Ansicht von Paal/Hennemann findet die essential-facilities-Doktrin allerdings nur in Ausnahmefällen bei personenbezogenen Daten Anwendung. Denn die essential-facilities-Doktrin verlange, dass es sich bei dem Gegenstand, zu dem Zugang gewährt werden müsse, um eine wesentliche Einrichtung

handele. Personenbezogene Daten seien aufgrund der fehlenden Exklusivität und der fehlenden Rivalität allerdings keine solche wesentliche Einrichtung. Der Zugang zu ihnen sei regelmäßig nicht unverzichtbar für ein Tätigwerden auf einer nachgelagerten Marktstufe.¹¹ Reicht also das marktmachtbezogene Wettbewerbsrecht aus, um einen freien Wettbewerb in datengetriebenen Märkten zu ermöglichen oder sollten spezifische Zugangsrechte normiert werden?¹²

Die ABIDA-Vertiefungsstudie Finanz- und Versicherungswesen setzt sich mit der Regulierung des Zugangs zu Zahlungskonten im Rahmen der Zweiten Zahlungsdiensterrichtlinie auseinander. Die Richtlinie und ihre Umsetzung ermöglichen sog. Zahlungsauslöse- und Kontoinformationsdiensten den Zugriff auf Kontotransaktionsdaten über technische Schnittstellen. Das gilt jedoch nur, sofern eine ausdrückliche Zustimmung des Kontoinhabers vorliegt. Vorausgegangen waren der Neuregelung u.a. kartellrechtliche Streitigkeiten in Bezug auf die in den Sonderbedingungen für das Online-Banking untersagte Weitergabe von personalisierten Sicherheitsmerkmalen.¹³ Ebenso hartnäckig wurde die technische Form der Zugangsgewährung diskutiert. Dabei war auf europäischer Ebene zu entscheiden, ob neben einer spezifischen Schnittstelle auch das von Vergleichsportalen bekannte Screen Scraping zu ermöglichen sei, um die Transaktionsdaten auszulesen. Screen Scraping wird dazu verwendet, Daten von Mitbewerbern automatisiert auszulesen und Informationen zu extrahieren.¹⁴ Neben den wettbewerbsrechtlichen Erwägungen zu dieser Praktik,¹⁵ hat Screen Scraping durchaus auch eine datenbankrechtliche Schnittmenge.¹⁶ Dritte Zahlungsdienstleister müssen sich allerdings nunmehr vom kontoführenden Zahlungsdienstleister identifizieren lassen, §§ 49 Abs. 2 S. 1, 51 Abs. 2 S. 1 ZAG. Durch die Regelung einer Zweckbindung

⁷ Paal/Hennemann, Big Data as an Asset – Daten und Kartellrecht, ABIDA-Gutachten, S. 18.

⁸ Paal/Hennemann, Big Data as an Asset – Daten und Kartellrecht, ABIDA-Gutachten, S. 23.

⁹ Paal/Hennemann, Big Data as an Asset – Daten und Kartellrecht, ABIDA-Gutachten, S. 79.

¹⁰ Paal/Hennemann, Big Data as an Asset – Daten und Kartellrecht, ABIDA-Gutachten, S. 82.

¹¹ Paal/Hennemann, Big Data as an Asset – Daten und Kartellrecht, ABIDA-Gutachten, S. 58.

¹² Wagner/Brecht/Raabe, PinG 2018, 229, 235.

¹³ BKartA, Beschl. v. 29.6.2016 - B 4-71/10, BeckRS 2016, 107337.

¹⁴ Deutsch, GRUR 2009, 1027.

¹⁵ BGH, Urt. v. 30.4.2014 – I ZR 224/12, GRUR 2014, 785.

¹⁶ EuGH, Urt. v. 15.1.2015 - C-30/14, GRUR 2015, 253 m. Anm. Czyszowski.



Foto: angellodico / stock.adobe.com

an den vom Nutzer verlangten Dienst soll ferner ein übermäßiger Datenabruf vom Konto eingeschränkt werden, §§ 49 Abs. 4, 51 Abs. 1 ZAG.

ABIDA untersucht auch im Rahmen des projektabschließenden Syntheseberichts, der 2019 erscheint, die unterschiedlichen technologischen wie rechtlichen Ansätze für eine interessengerechte und diskriminierungsfreie Wettbewerbsregulierung. Besonders zu berücksichtigen gilt es, dass auch etwaige Zugangsrechte mit dem Geschäftsgeheimnisschutz, Immaterialgüterrecht und Datenschutzrecht konfliktieren können.

In der Diskussion um Zugangsrechte an Daten taucht zudem auch regelmäßig die Frage auf, welchen Stellen Zugriff auf die anfallenden Daten gewährt werden sollte. Wenn Daten und Informationen die Grundlage weiterer Mehrwertdienste und Prozessoptimierungen sind, stellt sich die Frage, wer sie wie nutzen können soll. Insoweit wird die Schaffung von Zugangsrechten auch als wohlfahrtsfördernde und weniger eingriffsintensive Alternative zur Begründung von eigentumsähnlichen Rechten an Daten angeführt. Exemplarisch hierfür steht die Diskussion um den Datenzugang im Connected Car. Hier streiten Wartungs- und Zuliefererindustrie, Kfz-Versicherer und Verbraucher mit den Kfz-Herstellern um die Herrschaft über die Daten aus dem Fahrzeug. Aus diesem Grund widmet sich das ABIDA-Gutachten von *Specht/Kerber* dem Thema „Datenzugang“ ausgehend von diesem Anwendungsbeispiel.¹⁷

Um einen diskriminierungsfreien Zugang zu wettbewerbsrelevanten Daten zu ermöglichen, wird die Idee eines Daten-Treuhänders diskutiert. ABIDA hat sich diesem Thema auch im Rahmen der Vertiefungsstudie Verkehr gewidmet.¹⁸ Dabei deutet sich an, dass das Modell eines Daten-Treuhänders aus kartellrechtlicher Perspektive sowie auch vor dem Hintergrund datenschutzrechtlicher Grundsätze, wie dem Grundsatz der Datenminimierung, Bedenken begegnet.

Text und Data Mining

Wer sich mit Big Data und urheberrechtlichen Themen befasst, kommt an Text und Data Mining (vgl. § 60d UrhG) nicht vorbei. Text und Data Mining ist die automatisierte Verarbeitung digitaler Texte, um neue Einsichten zu gewinnen.¹⁹ Das Thema ist u.a. für die ABIDA-Vertiefungsstudie Gesundheit von Bedeutung. Die Pharmabranche sieht in der Nutzung von Big Data eine Möglichkeit, die Entwicklungskosten von Arzneimitteln zu reduzieren. Weiterer Mehrwert wird in der Schaffung von leistungsstärkeren Datenbanken und der Schaffung von Synergieeffekten durch die Vernetzung von Forschern gesehen.²⁰ Urheberrechtlich sind entsprechende Nutzungen geschützter Werke im Rahmen von Text und Data Mining nicht ohne Weiteres zulässig. Dies galt insbesondere für die grenzüberschreitende Nutzung entsprechender Anwendungen. Die InfoSoc-Richtli-

nie enthält hierzu bislang eine einschlägige Ausnahme in Artikel 5 Abs. 3 lit. a). Artikel 3 des Vorschlags für eine Richtlinie über das Urheberrecht im digitalen Binnenmarkt²¹ enthält nunmehr gar eine verpflichtende Schranke explizit zu Gunsten von Text und Data Mining, die sich aber nicht auf die kommerzielle Forschung und Verwertung bezieht. Diese ist auf vertraglicher Basis möglich.

Nudging

Big Data selbst beschreibt die Möglichkeit, eine erhebliche Menge an Daten zu erfassen und sie einer systematischen Analyse zu unterziehen. Big Data entsteht u. a. durch die dauerhafte Interaktion des Nutzers mit einem meist mobilen Endgerät. Durch die ständige Interaktion ist der Nutzer einem starken Einfluss der auf dem technischen Gerät installierten Software ausgesetzt. Durch die kontinuierliche Praxis der Interaktion wird diese zur Selbstverständlichkeit und vom Nutzer nicht mehr als besonders wahrgenommen. Was einerseits automatisch zu großer Anwendungssicherheit im Umgang mit technischen Geräten führt, führt andererseits dazu, dass der Nutzer manipuliert werden kann. Die extensive Nutzung von Smartphones, Tablets oder auch Wearables und die damit verbundene Generierung von Big Data durch Nutzer ist damit maßgeschneidert für verhaltenswissenschaftliche Konzepte wie das Nudging, die im Big-Data-Kontext zu einer Personalisierung von Entscheidungsarchitekturen führen.²² Von *Grafenstein/Hölzel/Irgmaier/Pohle* zeigen im externen ABIDA-Gutachten „Nudging – Regulierung durch Big Data und Verhaltenswissenschaften“, dass Nudging im Big-Data-Kontext im Konflikt mit dem Lauterkeitsrecht steht.²³ Werden Nutzer dazu veranlasst, geschäftliche Entscheidungen zu treffen, die sie ohne den Einsatz der Software nicht getroffen hätten, und wird hierbei ihre Entscheidungsfreiheit durch unzulässige Beeinflussung erheblich beeinträchtigt, ist möglicherweise von einer unzulässigen aggressiven geschäftlichen Handlung i. S. v. § 4a Abs. 1 UWG auszugehen. Eine unzulässige Beeinflussung i. S. v. § 4a Abs. 1 S. 2 Nr. 3 UWG liegt zum Beispiel vor, wenn der Unternehmer eine Machtposition gegenüber dem Verbraucher zur Ausübung von Druck in einer Weise ausnutzt, die die Fähigkeit des Verbrauchers zu einer informierten Entscheidung wesentlich einschränkt (§ 4a Abs. 1. S. 3 UWG).

Die externen Gutachten und weitere Publikationen, z.B. Workshop- und Fokusgruppenberichte, stehen unter www.abida.de zum Abruf bereit.



Christian Straker



Philip Bitter

¹⁷ *Specht/Kerber*, Datenrechte – Eine rechts- und sozialwissenschaftliche Analyse im Vergleich Deutschland zu den USA, ABIDA-Gutachten, S. 169 ff.

¹⁸ *Brockmeyer*, ZD 2018, 258; *Hoeren*, NZV 2018, 153.

¹⁹ *Trialle/de Meéis d'Argenteuil/de Franquien*, Study on the legal framework of text and data mining (TDM), S. 17.

²⁰ *Hofmann/Telgheder*, Big Data gegen die Forschungsflaute, Handelsblatt vom 21. August 2018, S. 14 f.

²¹ *Europäische Kommission*, COM(2016) 593 final, <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/DE/TXT/?uri=CELEX%3A52016PC0593>.

²² *Von Grafenstein/Hölzel/Irgmaier/Pohle*, Nudging – Regulierung durch Big Data und Verhaltenswissenschaften, ABIDA-Gutachten, S. 14.

²³ *Von Grafenstein/Hölzel/Irgmaier/Pohle*, Nudging – Regulierung durch Big Data und Verhaltenswissenschaften, ABIDA-Gutachten, S. 97 f.

Bericht: CRISPR Genome Editing – Perspektiven und Herausforderungen

MARYNA PSOL* / JAN-GERO ALEXANDER HANNEMANN**

I. Einleitung

Vom 11. bis 12. Oktober 2018 fand in der Schweiz, in Basel die internationale Konferenz „Genome Editing / CRISPR als Herausforderung für das Life Sciences-Recht“ statt. Das ganze wurde von Professoren des „Zentrums für Life Sciences-Recht“ an der Universität Basel organisiert. Teilnehmer waren überwiegend Patentanwälte, aber auch Wissenschaftler, Vertreter verschiedener EU Organisationen, Journalisten und Studenten, die aus ganz Europa anreisten. Hauptthema der Veranstaltung war die neue Methode zum Genome Editing „CRISPR-Cas9“. Es ging darum aus unterschiedlichen Perspektiven einen Blick auf die bisherigen Entwicklungen und den damit einhergehenden Chancen und Möglichkeiten der nächsten Jahre zu werfen.

Die Genschere CRISPR-Cas9 ist das erst Mal 2012 zum Genome Editing eingesetzt worden, wurde 2015 in der wissenschaftlichen Fachzeitschrift Science zum „Breakthrough of the Year 2015“ erklärt¹ und hat die Wissenschaft bereits nachhaltig verändert. Diese einfache, vielseitige und effiziente Methode erlaubt es Genome Editing so präzise wie nie zuvor durchzuführen. Dabei ist sie nicht nur einfach in der Anwendung, sondern auch kosteneffizient, da sie auf schnelle und unkomplizierte Art und Weise an präzise festgelegten Stellen DNA-Modifikationen ermöglicht. Es ist davon auszugehen, dass diese innovative Technik in näherer Zukunft auch in Medizin und Landwirtschaft enorme Auswirkungen haben wird. In den nächsten Jahren ist mit zahlreichen Start-ups, die auf dieser Technologie aufbauen werden, zu rechnen.



II. CRISPR-Cas9 – ein effizientes „Werkzeug“, um Erbgut zu verändern

Am ersten Tag der Veranstaltung standen vor allem naturwissenschaftliche, regulatorische und ethische Aspekte von CRISPR-Cas9 im Vordergrund.

Der erste Vortrag wurde von Professor *Martin Jinek*, der zusammen mit der bekannten Forscherin Frau Professor

Jennifer Doudna – eine der Entdeckerinnen von CRISPR-Cas9 – lange Jahre zusammengearbeitet hat, gehalten. Er erklärte, wie CRISPR-Cas9 im Detail funktioniert und welche Chancen sich daraus ergeben können. Das war für die Anwesenden besonders interessant, da Professor *Martin Jinek* den wissenschaftlichen Hintergrund dieser neuen Technologie im Detail erläuterte. Die CRISPR-Cas9-Genschere wurde in Bakterien entdeckt, wo sie die Bakterien vor Viren schützt. Die DNA eines Virus wird mit Hilfe der CRISPR-Sequenz als fremd identifiziert und anschließend durch das Cas9-Enzym geschnitten und auf diese Weise zerstört. Die bakterielle CRISPR-Sequenz kann für die praktische Anwendung im Genome Editing-Prozess durch eine künstliche Sequenz (synthetische gRNA) ersetzt werden. Diese gRNA kann relativ einfach konstruiert werden, um jede beliebige Stelle im Erbgut zu verändern. Außerdem ging Herr Professor *Jinek* auch auf die neuen CRISPR-Systeme ein, die anstatt des Cas9-Enzyms andere Enzyme, wie z.B. Cas12a (Cpf1), verwenden. Das CRISPR-Verfahren wird also kontinuierlich weiterentwickelt und die Präzision und Effizienz der Erbgutveränderungen wird mit der Zeit immer besser werden. Herr Professor *Jinek* betonte, dass wir erst am Anfang eines noch sehr vielversprechenden Prozesses stehen.

III. Neue „Gene Editing“ - Techniken werfen zwangsläufig ethische Fragen auf

Nach diesem ersten einleitenden Teil der Konferenz, in dem ausgiebig über das Potenzial und die Chancen der neuen CRISPR-Cas9-Methode berichtet wurde, ging man zum zweiten Teil über. Der Schwerpunkt lag hier bei den ethischen Fragen, die eine solche neue Methode zwangsläufig aufwirft.

So war auch schon der Titel des zweiten Teils der Konferenz bezeichnend: „Genome Editing als Grundlagenproblem des Rechts“. Zunächst stellte Professor *Andrea Büchler* (Universität Zürich) vor, wie die Erbgutveränderungen an menschlichen Embryonen in verschiedene Länder rechtlich einzuordnen sind. Auch wurde dargestellt, wie verschiedene Rechtsprechungen, z.B. in England, USA, EU, sowie China und Japan, die Chancen und Risiken des Genome Editings an Menschen einschätzen. Auch die Positionen der wichtigsten Organisationen, z.B. dem *International Bioethics Committee* der UNESCO und *Nuffield Council on Bioethics* wurden ausgiebig erläutert. Ebenso wurden die Erwartungen an die „*International Summit on Human Genome Editing*“ (vom 27. -29.11.2018, in: Hong Kong) diskutiert. Kurz vor dieser Konferenz hatte der chinesische Forscher Professor *He Jiankui* gemeldet, dass im Zuge seiner Arbeit mit der CRISPR-Cas9-Methode modifizierte Zwillingsschwestern geboren worden seien.² Das zeigt wie aktuell und dringend solche ethischen Debatten sind und das auch immer internationaler Konsens bei solchen gravierenden und ethisch hoch relevanten Experimenten notwendig ist. Besonders spannend dabei natürlich

*Dr., wissenschaftliche Mitarbeiterin am Viral Vectors Lab, Abteilung für Neurologie, Georg-August-Universität Göttingen.

**Student der Rechtswissenschaften, Georg-August-Universität Göttingen & Leuphana Universität Lüneburg.

¹ Science News Staff vom 17. Dezember 2015, "And Science's 2015 Breakthrough of the Year is...". Abrufbar unter: <http://www.sciencemag.org/news/2015/12/and-science-s-2015-breakthrough-year>, [Zuletzt abgerufen am 06.12.2018].

² *Cyranoski D./Ledford H.*, International outcry over genome-edited baby claim. Nature, Vol. 563, 29 November 2018; p. 607-608.

immer die Frage, wo die rote Linie liegt, die man nicht überschreiten darf? Welche Merkmale im menschlichen Genom darf man, muss man vielleicht sogar ändern und welche sollte man so belassen, wie die Natur sie eben geformt hat? Genmodifizierende Eingriffe in der menschlichen Keimbahn sind in Europa momentan nicht denkbar. Sie stehen unter Verbot und das könnte sich erst ändern, wenn CRISPR-Cas9 und die damit verbundenen Ergebnisse durch die Eingriffe jeweils als sicher eingestuft werden können und von der Gesellschaft akzeptiert werden. Der nächste Vortrag von Professor *Thomas Gutmann* (WWU Münster) beschäftigte sich mit der Frage, ob man mit der neuen CRISPR-Cas9-Methode möglicherweise eines Tages einen „göttlichen Menschen“, den sogenannten „*Homo Deus*“ nach Professor *Yuval Harari*, schaffen können wird. Der Transhumanismus und das Enhancement waren Gegenstand dieser philosophischen Betrachtung. Neue Gen-Techniken schaffen zahlreiche Möglichkeiten, um den menschlichen Körper physisch und intellektuell zu verbessern. Möglicherweise werden so eines Tages sogar neue „unnatürliche“ Eigenschaften kreiert werden (z.B. das Wahrnehmen eines Raumes wie eine Fledermaus mit Ultraschall oder gesteigertes Muskelwachstum) und natürlich wird der Mensch alles daran setzen seine Lebenszeit drastisch zu verlängern. Nicht nur wurden die Möglichkeiten diskutiert, sondern auch die Frage aufgeworfen, ob eine solche Entwicklung überhaupt wünschenswert wäre und wie weit so etwas gehen kann oder soll. Damit verbunden natürlich, ob eine solche Entwicklung vielleicht grundsätzlich gestoppt werden muss und ob sie überhaupt noch zu stoppen ist.

Herr Professor *Fateh-Moghadam* (Universität Basel) hielt eine Präsentation zur Thematik „*Genome Editing als transformative Technologie? – Zum Verhältnis von technischem und rechtlichem Wandel*“. Wie werden Innovationen zu transformativen Technologien und haben CRISPR-Genome-Editing-Methoden ein solches Potenzial? Stehen wir vor einen Durchbruch zur Eugenik oder Enhancement? Was soll, aus ethischer Sicht, berücksichtigt werden, bevor das Genome Editing allgegenwärtig wird?

IV. Die Regulierung von „Gene Editing“- Techniken

Professor *Claudia Seitz* sprach über die jüngst vom europäischen Gerichtshof (EuGH) getroffene Entscheidung bezüglich der Rechtslage zur GVO Richtlinie (Richtlinie für genetisch veränderte Organismen) für durch Mutagenese gewonnene Organismen.³ Im Zentrum stand die Frage, ob die Pflanzen, die durch Genomeditierungsverfahren entstanden sind, wie z.B. durch die CRISPR-Cas9-Methode, als GVOs gelten. Problem hierbei ist, dass die Erzeugnisse eines solchen Verfahrens – nämlich CRISPR-Cas9-modifizierte Pflanzen – sich von den durch herkömmliche Züchtung gewonnenen Pflanzen nicht unterscheiden lassen. Hierbei sind die Definitionen von „*Mutagenese*“ und „*Transgenese*“ entscheidend, die jedoch bis heute noch nicht vollständig geklärt sind. Der europäische Gerichtshof hat sich da klar positioniert, wenngleich dies zu heftigen Diskussionen in der Wissenschaft aber auch in der Wirtschaft geführt hat. So hat der EuGH traditionell nach dem Vorsorgeprinzip gehandelt, um möglichen Schaden für die Umwelt und Gesundheit zu vermeiden.⁴ Da sich die Gensche-

ren-Technologien jedoch rasant entwickeln und eine sichere Anwendung wahrscheinlich gewährleistet werden kann, sollte Europa – um den Fortschritt in der Biotechnologie und die damit einhergehenden Vorteile für die Gesellschaft nicht zu verpassen – über neue rechtliche Rahmenbedingungen, die sich von der aktuellen „GVO-Richtlinie“ unterscheiden, nachdenken.



Der letzte Vortrag des ersten Tages wurde von Dr. *Shakeel Thomas Bhatti* gehalten und beschäftigte sich inhaltlich mit dem Einfluss des Genome Editings auf subjektive Rechte des Individuums und Rechtsfragen der Normierung, die uns alle betreffen. Keimbahninterventionen bei menschlichen Embryos eröffnen viele Fragen zur Menschenwürde und Gerechtigkeit. Außerdem ist es nicht immer klar, wessen Rechte – das der Eltern oder jenes des ungeborenen Kindes – bevorzugt behandelt werden sollen.

V. Patentrechtliche Herausforderungen der CRISPR-Verfahren

Der zweite Tag widmete sich den allgemeinen rechtlichen und patentrechtlichen Fragen. Als erster Sprecher trat Professor *Heinz Müller* (Eidgenössisches Institut für Geistiges Eigentum in Bern) an. Er widmete sich ausführlich den Patentstreitigkeiten um die CRISPR-Cas9-Methode. Hier waren sich zwei Parteien gegenüber getreten: *Feng Zhang* vom *Broad Institut* des MIT und der Harvard University gegen *Jennifer Doudna* und *Emmanuelle Charpentier* von der University California Berkley. Beide Forschungsinstitutionen, *The Broad Institute* und die *UC Berkley* haben die Patentanmeldungen 2012 eingereicht und seit dem hartnäckig um das Patent auf die Genschere gestritten. Inzwischen wurden die Patente für beide Forschungsinstitutionen in den USA und Europa erteilt. Das entstandene sehr komplexe Umfeld von CRISPR-Patenten und Lizenzen hat die Industrie und Wissenschaftler nachhaltig beunruhigt. Denn inzwischen gibt es neben den 2 Schlüsselpatenten auch noch über 2000 weitere Patentfamilien. Das könnte mitunter zu Doppellizenzen und damit einhergehenden Doppelzahlungen führen. Professor *Müller* ist jedoch der Meinung, dass die akademische Forschung und die Forschungsinstitutionen durch diese Ungewissheit und Komplexität keinen Schaden nehmen würden. Hier hat er eine Analogie zur PCR (Polymerase Chain Reaction) Technologie gesehen, bei der die Forschung trotz der Patentierung letztlich nicht behindert wurde. Im konkreten Fall war der Pateninhaber (Roche) nicht gegen die Wissenschaftler vorgegangen, da eine solche Blockade der Wissenschaft nicht nur äußerst rufschädigend gewesen wäre, sondern sich darüber hinaus auch finanziell nicht gelohnt hätte.

³ EuGH, Urteil vom 25.07.2018 - C-528/16.

⁴ *Claudia Seitz*, Modifiziert oder nicht? – Regulatorische Rechtsfragen zur Genoptimierung durch neue biotechnologische Verfahren. EuZW 18/2018, 757-764.

Der nächste Vortrag beschäftigte sich mit den Anforderungen an Life Science Patente in Hinblick auf ihre Plausibilität. Diskutiert wurde, ob die Plausibilität eine neue Anforderung für die Patentierbarkeit sein sollte. Die Rechtsfigur der Plausibilität wurde eingeführt, um spekulative Patentansprüche zu verhindern, was insbesondere für die Patente im Pharmazie Bereich relevant ist, u.a. in den Ansprüchen auf weitere medizinische Verwendung bekannter Erzeugnisse (second medical use claims) und „Markush-Ansprüchen“ (Ansprüche auf chemische Stoffe mit mehreren strukturellen Alternativen). Durch seine messerscharfe Analyse der Rechtsprechung hat Professor *Bostyn* zeigen können, dass sich ein ganz klarer Trend zur Schaffung dieser neuen Rechtsfigur gebildet hat. Die Rechtsfigur der Plausibilität sorgt dafür, dass der Patentanmelder mehr experimentelle Nachweise liefern muss, um seinen Patentanspruch durchzusetzen.



Einer der wichtigsten Anwendungsbereiche der CRISPR-Technologien ist die Landwirtschaft. Dr. *Michael Kock* warf die Frage auf, wie die „Genschere“ Innovationen und Patentierungen im Agrarumfeld beeinflussen können wird. Wie müssen Besonderheiten der CRISPR-Verfahren in den Formulierungen von Patentansprüchen Berücksichtigung erfahren? Was bedeuten CRISPR-Patente in der Landwirtschaft für die herkömmliche Pflanzen- und Tierzucht? Hinzukommt, dass die CRISPR-Cas9-Genschereverfahren die Entwicklung von immer neuen kommerziellen Produkten ermöglichen, die gleichzeitig aber auch für immer kürzere Zeit am Markt bleiben werden. Wie sinnvoll werden Patente dann noch sein, wenn alleine die Zeit für die Patentprüfung die eigentliche Produktlebensdauer überschreiten wird?

Frau *Yolanda Huerta* von UPOV (International Union for the Protection of New Varieties of Plants, Genf) setzte die Diskussion über den Einfluss der CRISPR-Genome Editing-Technologien an Pflanzen-Varietäten fort. Sie führte weiter zum EDV (Essentially Derived Varieties) Konzept aus. EDV ist notwendig um Kooperationen zwischen Züchtern und Entwicklern neuer CRISPR-Technologien effizient und nachhaltig zu gestalten. Ferner werden darüber auch die Rechte der Pflanzenzüchter geschützt. Die Hauptfrage des Vortrags war, wie solche CRISPR-Verfahren unter Zuhilfenahme des EDV-Konzepts beeinflusst werden.

Der letzte Vortrag des Tages wurde von Herrn *Marvin Bartels* (*Humbolt-Universität zu Berlin*) gehalten und

analysierte das Verhältnis von Ethik und Patentierung im Life Science Bereich. So sind zahlreiche Ausnahmen und Verbote in der Biopatentierung bekannt. Insbesondere ethische Erwägungen finden hier Gehör. So sind zum Beispiel Keimbahnveränderungen an Menschen gem. § 2 II PatG verboten. Herr *Bartels* warf die Frage auf, ob die bisherigen Patentierungs-Vorbehalte grundsätzlich sinnvoll sind, ob sie ihren Zweck erfüllen oder ob sie mit Blick auf die sich rasant entwickelnde und sehr innovative Gentechnologie, die gleichzeitig immer sicherer und effizienter werde, neu überlegt werden sollten. Der Tag endete mit einer lebendigen Diskussion.

VI. Fazit

Die Möglichkeiten der CRISPR-Cas9-Methode scheinen grenzenlos. Insbesondere das Potenzial im Medizin- und Landwirtschaftsbereich weckt große Hoffnungen. Wird es den Menschen vielleicht in naher Zukunft möglich sein, Krankheiten einfach abzuschalten? Wird der Mensch den „*Homo Deus*“, also den göttlichen Menschen schaffen? Und wenn ja, nach welchem Recht ist das möglich, mit welchen Gefahren ist es verbunden und wäre das überhaupt ethisch vertretbar? Und kann man daran ein Schutzrecht erwerben oder handelt es sich um Güter der Allgemeinheit? Die Anwendbarkeit der CRISPR-Genome Editing-Methoden ist bis jetzt rechtlich noch nicht hinreichend geklärt und zumindest in Europa höchst umstritten. Erst wenn klar ist, dass diese Methoden sicher sind, werden sie sich auch in Europa durchsetzen können. Die ethischen und rechtlichen Fragen werden die Juristen jedenfalls noch lange beschäftigen. Wenn erst einmal die ersten innovativen Produkte, die unter Zuhilfenahme der CRISPR-Genome Editing-Methoden am Markt mit Erfolg beschieden werden, dann kann man fast davon ausgehen, dass nach dem Zeitalter der Digitalisierung, der vierten industriellen Revolution, schnell eine biologische Revolution anbrechen wird. Natürlich ist dann auch Vorsicht geboten, um nicht versehentlich in ein dystopisches Szenarium von Orwells „1984“ oder Niccols „*Gattaca*“ zu steuern. Auf der Konferenz waren sich alle Teilnehmer darüber einig, dass insbesondere Patentanwälte von diesen Entwicklungen in den nächsten Jahren stark profitieren werden, da sie genau an der Schnittstelle von Ideenschutz und Marktkapitalisierung stehen. Fazit der Konferenz war, dass der Hype um die CRISPR-Cas9-Methode gerade erst begonnen hat. Wir befinden uns am Anfang einer sehr spannenden und sicherlich noch sehr ereignisreichen Entwicklung.



Jan-Gero Alexander Hannemann, Student der Rechtswissenschaften, Georg-August-Universität Göttingen & Leuphana Universität Lüneburg



Dr. Maryna Psol, wissenschaftliche Mitarbeiterin am Viral Vectors Lab, Abteilung für Neurologie, Georg-August-Universität Göttingen

Fotos: 1. A. Bueckert / Stock-Adobe.com; 2. Jan-Gero Alexander Hannemann; 3. Maryna Psol

Am 13. November 2018 entschied der Europäische Gerichtshof in der Rechtssache Levola Hengelo B.V. (Levola) gegen Smilde Foods B.V. (Smilde) über das Bestehen eines Urheberrechts für Geschmack. Vorab der Sachverhalt.

Sachverhalt

Levola ist Inhaberin aller geistigen Eigentumsrechte an dem Produkt „Heksenkaas“, einem Streichkäse aus Rahmkäse und frischen Kräutern. Das Produkt wurde im Jahr 2007 kreiert.

Seit 2014 stellt Smilde ein vergleichbares Erzeugnis her, den „Witte Wievenkaas“, der von einer niederländischen Supermarktkette vertrieben wird.

Nach Auffassung von Levola verletze Smilde mit der Produktion und dem Verkauf des Witte Wievenkaas die Urheberrechte am „Geschmack“ ihres Heksenkaas. Levola beruft sich darauf, dass der Geschmack des Heksenkaas als eine eigene geistige Schöpfung dessen Herstellers angesehen werden müsse und der Geschmack des von Smilde hergestellten Erzeugnisses Witte Wievenkaas eine Vervielfältigung dieses Werks (des Geschmacks) von Levola darstelle.

Das Gericht Gelderland entschied, dass, ohne dass es einer Entscheidung über die Frage bedürfe, ob der Geschmack des Heksenkaas schutzfähig im Sinne des Urheberrechts sei, das Klagebegehren von Levola jedenfalls deshalb abzuweisen sei, weil Levola nicht angegeben habe, welche Bestandteile oder Kombination von Bestandteilen des Geschmacks des Heksenkaas einen eigenen, durch Originalität geprägten Charakter und einen persönlichen Stempel des Herstellers verliehen.¹

Der Gerichtshof Arnhem-Leeuwarden setzte das Verfahren aus und legte dem Gerichtshof folgende Fragen zur Vorabentscheidung vor:



Gerichtshof Arnhem-Leeuwarden

* LL. M., Rechtsanwältin, Den Haag.

** LL.M., Rechtsanwalt, Den Haag.

¹ Gericht Gelderland, Urteil vom 10. Juni 2015, ECLI:NL:RBGEL:2015:4674.



„1.

- a) Steht das Unionsrecht einem urheberrechtlichen Schutz des Geschmacks eines Lebensmittels – als eigene geistige Schöpfung des Urhebers – entgegen? Insbesondere:
 - b) Steht es urheberrechtlichem Schutz entgegen, dass der Begriff „Werke der Literatur und Kunst“ in Art. 2 Abs. 1 der Berner Übereinkunft, die für alle Mitgliedstaaten der Union verbindlich ist, zwar „alle Erzeugnisse auf dem Gebiet der Literatur, Wissenschaft und Kunst, ohne Rücksicht auf die Art und Form des Ausdrucks“, umfasst, sich die in dieser Vorschrift genannten Beispiele aber lediglich auf Schöpfungen beziehen, die optisch und/oder akustisch wahrgenommen werden können?
 - c) Stehen die (mögliche) Verderblichkeit eines Lebensmittels und/oder der subjektive Charakter der Geschmackserfahrung einer Einstufung des Geschmacks eines Lebensmittels als urheberrechtlich geschütztes Werk entgegen?
 - d) Steht das System von Ausschließlichkeitsrechten und Beschränkungen in den Art. 2 bis 5 der Richtlinie 2001/29 dem urheberrechtlichen Schutz des Geschmacks eines Lebensmittels entgegen?

2) Sofern Frage 1. a) verneint wird:

- a) Welche Anforderungen müssen erfüllt sein, damit der Geschmack eines Lebensmittels urheberrechtlichen Schutz genießen kann?
- b) Beruht der urheberrechtliche Schutz eines Geschmacks einzig und allein auf dem Geschmack als solchem oder (auch) auf der Rezeptur des Lebensmittels?
- c) Wie weit reicht die Darlegungslast einer Partei, die in einem (Verletzungs-)Verfahren geltend macht, sie habe einen urheberrechtlich geschützten Geschmack eines Lebensmittels kreiert? Kann sich diese Partei damit begnügen, dem Richter das Lebensmittel im Verfahren vorzulegen, damit sich der Richter – durch Kosten und Riechen – ein eigenes Urteil darüber bildet, ob der Geschmack des Lebensmittels den Anforderungen für urheberrechtlichen Schutz genügt? Oder hat die klagende Partei (gegebenen-

falls auch) eine Beschreibung der kreativen Entscheidungen bezüglich der Geschmackskomposition und/oder Rezeptur zu geben, aufgrund deren der Geschmack als eigene geistige Schöpfung des Urhebers anzusehen ist?

d) *Wie hat der Richter in einem Verletzungsverfahren festzustellen, ob der Geschmack des Lebensmittels der beklagten Partei in der Weise mit dem Geschmack des Lebensmittels der klagenden Partei übereinstimmt, dass eine Urheberrechtsverletzung vorliegt? Kommt es in diesem Zusammenhang (auch) darauf an, ob die Gesamteindrücke beider Geschmäcker übereinstimmen?“*

Urteil des Gerichtshofs²

Der EuGH entschied, dass der Geschmack eines Lebensmittels nur dann urheberrechtlichen Schutz genießt, wenn der Geschmack als „Werk“ eingestuft werden kann. Dies ergibt sich aus der Richtlinie 2001/29/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 22. Mai 2001 zur Harmonisierung bestimmter Aspekte des Urheberrechts und der verwandten Schutzrechte in der Informationsgesellschaft (Urheberrechtsrichtlinie). Die Urheberrechtsrichtlinie enthält keine Definition des Werkbegriffs. Aus dem WIPO-Urheberrechtsvertrag, dem die Europäische Union mit dem Beschluss 2000/278/EG beigetreten ist, geht hervor, dass sich die vertragsschließenden Parteien auch an die Artikel (1 bis 21) der Berner Übereinkunft halten müssen.

Nach der Berner Übereinkunft umfasst der urheberrechtliche Schutz auch Ausdrucksformen und nicht nur Ideen, Verfahren, Arbeitsweisen oder mathematische Konzepte als solche.

Im Hinblick auf die Erfordernisse sowohl der einheitlichen Anwendung des Unionsrechts als auch des Gleichheitssatzes muss der Werkbegriff daher in der Regel in der gesamten Union einheitlich ausgelegt werden.³

Unter Berücksichtigung des Vorgenannten entschied der EuGH, dass der Geschmack eines Lebensmittels nur dann urheberrechtlich geschützt werden kann, wenn die folgenden Voraussetzungen erfüllt sind:

- 1) Es muss sich bei dem betreffenden Objekt um ein Original in dem Sinne handeln, dass es eine eigene geistige Schöpfung seines Urhebers darstellt⁴; und
- 2) Nur die Elemente, die eine solche geistige Schöpfung zum Ausdruck bringen, können als „Werk“ eingestuft werden.⁵

Der EuGH stellt fest, dass der Werkbegriff notwendigerweise eine Ausdrucksform impliziert, die es mit hinreichender Genauigkeit und Objektivität identifizierbar macht. Der Geschmack eines Lebensmittels könne nach Ansicht des EuGHs – im Unterschied zu beispielsweise einem literarischen, bildnerischen, filmischen oder musikalischen

Werk – nicht präzise und objektiv identifiziert werden. Die Identifizierung des Geschmacks eines Lebensmittels beruhe nämlich im Wesentlichen auf Geschmacksempfindungen und –erfahrungen, die per Definition subjektiv und veränderlich seien, da sie u. a. von den persönlichen Vorlieben der Person abhängen, die das Erzeugnis kostet.

Stand der Technik und Wissenschaft

Zudem ist nach dem gegenwärtigen Stand der Technik und Wissenschaft eine genaue und objektive Identifizierung des Geschmacks eines Lebensmittels, die es erlaubt, ihn vom Geschmack anderer gleichartiger Erzeugnisse zu unterscheiden, mit technischen Mitteln nicht möglich.

Der EuGH stellt daher fest, dass der Geschmack eines Lebensmittels nicht als „Werk“ eingestuft werden und damit keinen urheberrechtlichen Schutz genießen kann.

Der Werkbegriff

Der EuGH erwägt, dass ein urheberrechtlich geschütztes Werk notwendigerweise eine Ausdrucksform des urheberrechtlichen Schutzobjekts impliziert, die es mit hinreichender Genauigkeit und objektiv identifizierbar werden lässt, auch wenn diese Ausdrucksform nicht notwendigerweise dauerhaft sein sollte. Gleichmaßen ist der EuGH der Auffassung, dass es sich bei dem betreffenden Objekt um ein Original in dem Sinne handeln muss, dass es eine eigene geistige Schöpfung seines Urhebers darstellt und dass nur die Elemente als „Werk“ eingestuft werden können, die eine solche geistige Schöpfung zum Ausdruck bringen.

Kurzum muss es sich also um eine hinreichend und genau objektiv identifizierbare Ausdrucksform der Originalität handeln, damit eine Einstufung als Werk erfolgen kann. Es unterfallen damit Ideen, Verfahren, Arbeitsweisen oder mathematische Konzepte als solche nicht dem Schutz des Urheberrechts.

Das Erfordernis der hinreichend genauen und objektiven Identifizierbarkeit scheint der EuGH – nach dem Schlussantrag des Generalanwalts – in Anlehnung an seine frühere Entscheidung im Sieckmann-Urteil festgelegt zu haben.⁶ In der Angelegenheit ging es jedoch um eine markenrechtliche



Foto: P-Kheawtasang / Shutterstock.com

² EuGH, Urteil vom 13. November 2018, C 310/17.

³ EuGH, Urteil vom 16. Juli 2009, Infopaq International, C-5/08, EU:C:2009:565, Rn. 27 und 28.

⁴ EuGH, Urteil vom 04. Oktober 2011, Football Association Premier League e.a., C-403/08 und C-429/08, EU:C:2011:631, Rn. 97.

⁵ EuGH, Urteil vom 16. Juli 2009, Infopaq International, C-5/08, EU:C:2009:565, Rn. 39; EuGH, Urteil vom 04. Oktober 2011, Football Association Premier League e.a., C-403/08 und C-429/08, EU:C:2011:631, Rn. 159.

⁶ EuGH, Urteil vom 12. Dezember 2002, Sieckmann ./ DPM, C-273/00, EU:C:2002:748, Rn. 55.

Frage: Kann ein Zeichen (genauer gesagt ein Geruch), das als solches visuell nicht wahrnehmbar ist, auch eine Marke sein? Der EuGH entschied, dass dies möglich ist, sofern das Zeichen insbesondere mit Hilfe von Figuren, Linien oder Schriftzeichen grafisch dargestellt werden kann, und die Darstellung klar, eindeutig, in sich abgeschlossen, leicht zugänglich, verständlich, dauerhaft und objektiv ist. Im Übrigen ist die Voraussetzung, dass sich „ein Zeichen grafisch darstellen lässt“, im Markenrecht mit dem Inkrafttreten der Unionsmarkenverordnung und der geänderten Markenrechtsrichtlinie im Jahr 2016 entfallen.

Nicht hinreichend und objektiv auszudrücken

Der EuGH stellt im Heksenkaas-Urteil fest, dass der Geschmack eines Lebensmittels – im Unterschied zu beispielsweise einem literarischen, bildnerischen, filmischen oder musikalischen Werk – nicht hinreichend und objektiv ausgedrückt werden kann. Die Identifizierung des Geschmacks eines Lebensmittels beruht nämlich im Wesentlichen auf Geschmacksempfindungen und -erfahrungen, die evident subjektiv und veränderlich sind, da sie u.a. von Faktoren abhängen, die mit der Person verbunden sind, die das Erzeugnis kostet. Solche Faktoren können sein: das Alter, Ernährungsvorlieben und Konsumgewohnheiten, sowie die Umwelt oder der Kontext, in dem das Erzeugnis gekostet wird.

Dies sollte auch für die Identifikation des Geruchs (eines Parfums) gelten. Im Urteil *Kecofa ./. Lancôme* entschied der Oberste Gerichtshof der Niederlande, dass ein urheberrechtlicher Schutz am Geruch eines Parfums grundsätzlich möglich ist.⁷ Im Lichte dieser neuen EuGH-Entscheidung kann unseres Erachtens auch der Geruch eines Parfums keinen urheberrechtlichen Schutz genießen, da ein Geruch nicht hinreichend und objektiv ausgedrückt werden kann. Die Identifikation des Geruchs eines Parfums beruht ebenfalls im Wesentlichen auf den (Geruchs-) Empfindungen und (Geruchs-) Erfahrungen der betreffenden Person, die evident subjektiv und veränderlich sind. Im Übrigen hat auch der französische Kassationsgerichtshof (*Cour de cassation*) entschieden, dass Gerüche nicht urheberrechtlich geschützt werden können.⁸

Schließlich stellt der EuGH fest, dass nach dem gegenwärtigen Stand der Wissenschaft eine genaue und objektive Identifizierung des Geschmacks eines Lebensmittels, die es erlaubt, ihn vom Geschmack anderer gleichartiger Erzeugnisse zu unterscheiden, mit technischen Mitteln nicht möglich ist.

Damit scheint sich der EuGH wiederum am Markenrecht zu orientieren. Das Markenrecht zielt darauf ab, Produkte verschiedener Hersteller zu unterscheiden. In der Vergangenheit ist es bereits des Öfteren vorgekommen, dass für ein Objekt, dem urheberrechtlicher Schutz immanent ist, gleichzeitig markenrechtlicher Schutz gesucht wird. So ist es den IP-Dienstleistern *Shieldmark* gelungen, markenrechtlichen Schutz für den Jingle „Für Elise“ von Beethoven zu erlangen. Der EuGH entschied, dass ein Notensystem unter Umständen als Hörmarke eingetragen werden kann. Der Versuch, den berühmten Schrei von Tarzan – in Form

eines Sonogramms mit der Beschreibung des Klangs in Worten – vor rund zehn Jahren als Marke anzumelden, war dagegen vergeblich.

Fazit

Nach unserer Meinung hat der EuGH zu Recht entschieden, dass der Geschmack von Heksenkaas nicht urheberrechtlich geschützt werden kann. Obwohl es das Wesen des Urheberrechts mit sich bringt, dass es immer auf „the eye of the beholder“ und damit auf ein gewisses Maß an Subjektivität ankommt, ist eben auch ein gewisses Maß an Objektivität erforderlich, um bestimmen zu können, was den Geschmack genau ausmacht. Selbst wenn es technisch möglich wäre, den Geschmack zu bestimmen, stellt sich immer noch die Frage, ob es auch wünschenswert ist, ein Urheberrecht am Geschmack anzuerkennen. Sollte der Geschmack klar und eindeutig beschrieben werden können, hätte dies zur Folge, dass diese Umschreibung dann in einem Register erfasst werden müsste. Eine Eintragung ist jedoch für das Bestehen eines Urheberrechts gerade nicht erforderlich. Ein erheblicher Unterschied zum Urheberrecht an beispielsweise einem Buch oder einem Gemälde ist, dass allein die Erschaffung ausreichend ist, um zum Ausdruck zu bringen, worauf sich das Recht bezieht. Wäre ein Urheberrecht am Geschmack eines Lebensmittels möglich, so wäre allein die Erschaffung von – in diesem Fall einer Packung Heksenkaas – nicht ausreichend, um zum Ausdruck zu bringen, worauf das Urheberrecht konkret beruht. Falls Urheberrechte genauso wie Marken, Designs und Patente in einem Register erfasst werden müssten, wäre es mit der „Freiheit des Urheberrechts“ vorbei und das Urheberrecht würde erheblich in die Richtung des Markenrechts verschoben. Dies wäre aus unserer Sicht keine wünschenswerte Entwicklung. Erfreulicherweise kann in dieser Hinsicht über Geschmack noch nicht gestritten werden und wir können zunächst urheberrechtsfreien Heksenkaas genießen.



Ernst van Knobelsdorff, LL.M.,
Rechtsanwalt, Den Haag

Brigitte Spiegeler, LL.M.,
Rechtsanwältin, Den Haag

Mit Dank an Ouassima Boudouh und Lisa Hollfelder.

⁷ Hoge Raad, Urteil vom 16. Juni 2006, NJ 2006, 585 LANCÔME/KECOFA.

⁸ Kassationsgerichtshof Frankreich, Urteil vom 10. Dezember 2013, FR:CCASS:2013:CO01205.

Deutsche Vereinigung für gewerblichen
Rechtsschutz und Urheberrecht

GRUR



Foto: © Dieter Fehmer

Save
the date

GRUR Jahrestagung 2019 25. bis 28. September Frankfurt am Main

GRUR ist mit derzeit über 5.200 Mitgliedern aus 60 Nationen die größte und älteste der in Deutschland mit dem gewerblichen Rechtsschutz und Urheberrecht befassten Vereinigungen. Zu ihren Mitgliedern zählen Rechts- und Patentanwälte, Richter und Wissenschaftler, Unternehmen und Industrieverbände sowie Angehörige der deutschen und europäischen Marken- bzw. Patentbehörden. Auch Mitglieder der für den Schutz des geistigen Eigentums zuständigen internationalen Organisationen sind in der GRUR vertreten.

Seit über 50 Jahren gehören die Jahrestagungen der GRUR zu den renommiertesten Plattformen für den Austausch von Fachleuten auf dem Gebiet des geistigen Eigentums.

Die Jahrestagung 2019 wird von der GRUR-Bezirksgruppe Frankfurt am Main ausgerichtet.

Weitere Informationen finden Sie ab Juni 2019 unter www.grur.org

Copyright © 2018 Deutsche Vereinigung für gewerblichen Rechtsschutz und Urheberrecht e.V. (GRUR)
www.grur.org • E-Mail: office@grur.de

Pharma & Biotech IP

An **iam** event

28 JANUARY 2019 LONDON

"IAM Pharma and Biotech IP was a fantastic event, with excellent speakers and content, and a great mix of delegates for networking."

- Benevolent AI

Join industry leaders from across the life sciences to discuss developments reshaping the IP landscape.

Register at www.IAM-events.com/Pharma by 15 January and save £150 using promo code **GRUR150**



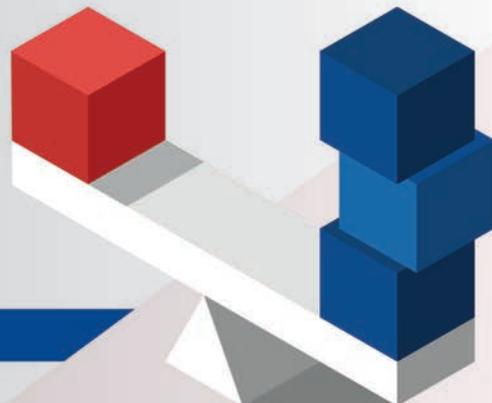
Save £150 using promo code: **GRUR150**

Managing Trademark Assets Europe

A **WTR** event

28 January 2019 – London, United Kingdom

WTR's Managing Trademark Assets Europe will provide insights and best practice for cost-effectively managing trademark portfolios. Attendees will hear senior in-house counsel from a range of industries discuss how best to manage risk and communicate the value of brands to the business.



Register at www.WTR-events.com/MTAEurope



Carl Heymanns Verlag

17. Kölner Symposium

zum Marken- und Wettbewerbsrecht 2019



Wissenschaftliche Leitung

VorsRiBGH a.D. Prof. Dr. Dr. h.c. Joachim Bornkamm, Freiburg i.Br.; VorsRiBGH a.D. Prof. Dr. Wolfgang Büscher, Mülheim a.d. Ruhr; Prof. em. Dr. Karl-Heinz Fezer, Universität Konstanz

Programm-Highlights

- Neueste Rechtsprechung: BGH, BPatG, EuGH, Instanzgerichte
- MaMoG aktuell – Das neue Markenrecht
- Internationales Markenrecht
- Aktuelle Schwerpunkte des Wettbewerbsverfahrensrechts
- Geheimnisschutz im Zivilprozess
- UWG-Rechtsschutz und DSGVO
- Selektive Vertriebsysteme nach der Coty-Rechtsprechung des EuGH

Fortbildungsbescheinigung über 15 Zeitstunden gem. § 15 FAO bei Präsenz an beiden Tagen.



Wolters Kluwer

Wolters Kluwer Deutschland GmbH · Seminarabteilung
Robert-Bosch-Str. 6 · 50354 Hürth · Telefon 0221 94373-7807 / 7808 · www.wolterskluwer.de · seminarteam-wkd@wolterskluwer.com

Termin / Ort:

➤ 7. - 8.02.2019 / Köln, Hyatt Regency

Veranstaltungszeit:

jeweils von 09:00 – 18:30 Uhr

Preise:

€ 1.580,- zzgl. 19% MwSt. (€ 1.880,20) **für 2 Tage**

€ 1.080,- zzgl. 19% MwSt. (€ 1.285,20) **für 1 Tag**

inkl. Seminarunterlagen und Verpflegung,
Abendveranstaltung

10% Frühbucherrabatt* bei Buchung bis 21.12.2018

5% Mehrbucherrabatt* pro Teilnehmer bei Anmeldung von 3 oder mehr Teilnehmern einer Kanzlei/eines Unternehmens (unbefristet).

Jetzt online anmelden

www.koelner-symposium.de



INNOVATION & IP FORUM AND AWARDS

Do not miss your chance and get registered now for **The Innovation & IP Forum and Awards**, the major international event to be held in Paris on January 30th 2019.

This one-day event is dedicated to challenges and opportunities worldwide in patent, trademark, IT, data protection, IP litigation and other related rights.

- What are the best trademark litigation strategies?
- In the years ahead, how will patents evolve?
- How to decode the data-protection reform?
- What are the new European patent strategies?

Get the answers to all these questions by attending our upcoming event!

Would you be available to participate in this conference on January 30th, that will bring together numerous decision-makers?

To confirm your participation, please send us back the **reply ticket** to be found at storage.leadersleague.com/file.php?h=Rd53b94dbae3102d8d84555ba4e0722e9.

Herausgeber

Deutsche Vereinigung für gewerblichen Rechtsschutz und Urheberrecht e.V. (GRUR)

Konrad-Adenauer-Ufer 11
RheinAtrium
D-50668 Köln
Internet: www.grur.org

Registergericht:

Amtsgericht Berlin-Charlottenburg
14057 Berlin-Charlottenburg
Vereinsreg.-Nr. 670 Nz

Generalsekretär:

Stephan Freischem (V. i. S. d. P.)

Konzept & Redaktion:

Sandra von Lingen
Senior Manager International Affairs & Publications

Layout:

MEYER ORIGINALS, Köln

Namentlich gekennzeichnete Beiträge geben nicht unbedingt die Meinung der Herausgeber und der Redaktion wieder. Die Autoren und Autorinnen sind für den Inhalt ihrer Beiträge selbst verantwortlich.