

BENEDIKT FLÖTER

Der wettbewerbsrechtliche
Schutz von Investitionen
vor Marktversagen

*Geistiges Eigentum und
Wettbewerbsrecht*
133

Mohr Siebeck

Geistiges Eigentum und Wettbewerbsrecht

herausgegeben von

Peter Heermann, Diethelm Klippel,
Ansgar Ohly und Olaf Sosnitza

133



Benedikt Flöter

Der wettbewerbsrechtliche Schutz von Investitionen vor Marktversagen

Eine rechtsvergleichende und rechtsökonomische
Untersuchung zum unmittelbaren Leistungsschutz
im US-amerikanischen und deutschen Recht

Mohr Siebeck

Benedikt Flöter, geboren 1984; Studium der Rechtswissenschaften in Konstanz, Warwick (UK) und Bonn; 2010 Erstes Juristisches Staatsexamen; Promotionsstudium in Bonn und Chicago (USA); Rechtsreferendariat am OLG Hamburg; seit 2016 Rechtsanwalt in Hamburg.

ISBN 978-3-16-155876-4 / eISBN 978-3-16-156161-0
DOI 10.1628/978-3-16-156161-0

ISSN 1860-7306 (Geistiges Eigentum und Wettbewerbsrecht)

Die Deutsche Bibliothek verzeichnet diese Publikation in der Deutschen Nationalbibliographie; detaillierte bibliographische Daten sind im Internet über <http://dnb.dnb.de> abrufbar.

© 2018 Mohr Siebeck Tübingen. www.mohrsiebeck.com

Das Werk einschließlich aller seiner Teile ist urheberrechtlich geschützt. Jede Verwertung außerhalb der engen Grenzen des Urheberrechtsgesetzes ist ohne Zustimmung des Verlags unzulässig und strafbar. Das gilt insbesondere für Vervielfältigungen, Übersetzungen, Mikroverfilmungen und die Einspeicherung und Verarbeitung in elektronischen Systemen.

Das Buch wurde von Gulde Druck in Tübingen auf alterungsbeständiges Werkdruckpapier gedruckt und gebunden.

Meiner Verlobten

Vorwort

Die vorliegende Arbeit ist während meiner Zeit als wissenschaftlicher Mitarbeiter am Lehrstuhl für Bürgerliches Recht, Recht des Geistigen Eigentums und Wettbewerbsrecht an der Rheinischen Friedrich-Wilhelms-Universität Bonn von Prof. Dr. *Matthias Leistner*, LL.M. (Cantab.) entstanden. Die Arbeit wurde von der Rechts- und Staatswissenschaftlichen Fakultät im Wintersemester 2016 / 2017 als Dissertation angenommen. Für die Veröffentlichung konnte Rechtsprechung und Literatur bis November 2017 berücksichtigt werden.

Meinem Doktorvater Prof. Dr. *Matthias Leistner*, LL.M. (Cantab.) danke ich für den Anstoß zu dieser rechtsökonomischen Arbeit und der Ermöglichung eines Forschungsaufenthalts am Chicago-Kent College of Law. Die Eröffnung dieser neuen Perspektive auf die eigene Profession hat mich nachhaltig beeinflusst. Prof. Dr. *Michael Loschelder* danke ich für die zügige Erstellung des Zweitgutachtens.

Prof. Dr. *Peter Heermann*, LL.M. (Wisconsin), Prof. Dr. *Diethelm Klippel*, Prof. Dr. *Ansgar Ohly*, LL.M. (Cantab.) und Prof. Dr. *Olaf Sosnitza* danke ich für die Aufnahme in die Schriftenreihe „Geistiges Eigentum und Wettbewerbsrecht“ (GEuWR).

Meinen ehemaligen Kollegen am Lehrstuhl Dr. *Manuel Kleinemenge*, Dr. *Martin Königs*, Dr. *Alexander Koof*, Dr. *Stefan Koroch*, Dr. *Stephan Reisner* und Dr. *Verena Roder* danke ich für die anregenden Diskussionen und die gemeinsamen Veranstaltungen, sodass diese Jahre wie im Flug vergingen. Danken möchte ich insbesondere auch unserer lieben Astrid Lindau, die sprichwörtlich die gute Seele des Lehrstuhls war.

Ein ganz besonderer Dank gilt meinen Eltern und meiner Familie. Sie haben mir nicht nur die lange und aufwändige Ausbildung ermöglicht, sondern stets alle meine Entscheidungen unterstützt. Meiner Mutter danke ich dafür, dass sie in jeder Lebenslage Rat weiß und mich immer zu motivieren gewusst hat. Meinem Vater muss ich höchste Anerkennung dafür aussprechen, dass er mit aller Hingabe eines Altphilologen das beschwerliche Lektorat dieser Arbeit übernommen hat.

Nicht zuletzt danke ich meiner Verlobten Frau RRin Dr. Nina Dierkes für unsere gemeinsame Zeit als Doktoranden in Bonn, für hitzige Streitgespräche und ihre Lebensfreude. Ihr ist diese Arbeit gewidmet.

Hamburg, Dezember 2017

Dr. Benedikt F. Flöter

Inhaltsverzeichnis

| | |
|---|-----------|
| Vorwort..... | VII |
| Einleitung | 1 |
| | |
| 1. Teil: Marktversagen in Märkten für Informationsgüter | 7 |
| <i>1. Kapitel: Referenzrahmen für Marktversagen</i> | <i>9</i> |
| A. Vollkommener Wettbewerb | 9 |
| B. Theorie des funktionsfähigen Wettbewerbs | 10 |
| C. Notwendigkeit regulativen Eingreifens..... | 12 |
| D. Marktversagen für Informationsgüter | 14 |
| E. Fazit | 18 |
| <i>2. Kapitel: Marktversagen durch Nicht-Ausschließbarkeit.....</i> | <i>21</i> |
| A. Grundlagen | 21 |
| I. Externalitäten | 21 |
| II. Die Allmendetragödie..... | 22 |
| III. Der Trittbrettfahreneffekt | 23 |
| B. Behebung des Marktversagens | 24 |
| I. Ausgangspunkt | 24 |
| II. Incentive/access-Paradigma | 26 |
| III. Absolute protection-Paradigma..... | 27 |
| 1. Schutzausgestaltung | 28 |
| 2. Imitationskonkurrenz | 29 |
| 3. Stellungnahme..... | 30 |
| IV. Theorie der semicommons..... | 32 |
| 1. Positiver Gehalt..... | 32 |
| 2. Normativer Gehalt..... | 33 |
| 3. Stellungnahme..... | 37 |
| C. Fazit | 40 |

| | |
|---|----|
| 3. Kapitel: Marktversagen durch Nicht-Rivalität | 41 |
| A. Modellbildung | 41 |
| I. Reichweite des Modells | 43 |
| II. Unteilbarkeiten | 45 |
| 1. Preisbildung bei Unteilbarkeiten | 46 |
| 2. Gefahr der Monopolisierung | 46 |
| III. Fixkostendegression | 47 |
| 1. Nicht-Rivalitäten in der Kostenstruktur | 48 |
| 2. Grenzkostenparadoxon | 49 |
| 3. Kostenduplikation und ruinöse Konkurrenz | 51 |
| IV. Imitationskonkurrenz | 53 |
| 1. Ruinöse Konkurrenz | 53 |
| 2. Wohlfahrtsökonomische Überlegungen | 55 |
| V. Zusammenfassung | 56 |
| B. Regulierung des Marktversagens | 57 |
| I. Konfligierende Interessen in der Regulierung | 57 |
| II. Öffentliche Bereitstellung und Fixkostensubvention | 58 |
| III. Private Bereitstellung und Vergabe von property rights | 59 |
| 1. Preisregulierung | 60 |
| 2. Zeitliche Befristung von Exklusivrechten | 61 |
| IV. Private Bereitstellung und Förderung des Wettbewerbs | 62 |
| 1. Anbieterseitige Bestreitbarkeit | 63 |
| a) Schutz mit Sperrwirkung | 63 |
| b) Kosten und Anreiz des Marktzutritts | 64 |
| c) Anreiz zur Imitationskonkurrenz | 65 |
| 2. Nachfragerseitige Bestreitbarkeit | 66 |
| a) Produktdiff. und monopolistischer Wettbewerb | 67 |
| b) Investitionsanreize bei Durchschnittskosten | 69 |
| V. Folgerungen | 69 |
| C. Rahmenbedingungen für ruinöse Konkurrenz | 71 |
| 4. Kapitel: Bewertung | 73 |
| 2. Teil: Investitionsschutz des US-amerikanischen Rechts | 75 |
| 5. Kapitel: Rechtshistorische Nachweise | 77 |
| A. <i>Charles River Bridge v. Warren Bridge</i> | 77 |
| I. Die Brücke als natürliches Monopol? | 78 |
| II. Bestreitbarkeit des Marktes | 78 |
| III. Parallele zu Immaterialgüterrechten | 79 |
| 1. Kostenstruktur und Anreizargument | 79 |

| | |
|--|-----|
| 2. Schutzzumfang..... | 80 |
| a) Weiter Schutzzumfang mit Sperrwirkung..... | 80 |
| b) Enger Schutzzumfang ohne Sperrwirkung..... | 82 |
| c) Schutzzumfang mittels incentive/access-Abwägung..... | 84 |
| 3. Schutzdauer..... | 84 |
| IV. Fazit | 85 |
| B. Das Stationers' Register..... | 86 |
| I. Verlegerleistungsschutz..... | 87 |
| II. Imitationsschutz durch Kampfpreise..... | 88 |
| III. Fazit | 89 |
| C. <i>International News v. Associated Press</i> | 89 |
| I. Sachverhalt und historischer Hintergrund | 90 |
| II. Dogmatischen Einordnung..... | 91 |
| 1. Ablehnung der doctrine..... | 91 |
| 2. Arbeitstheoretische Rechtfertigung | 92 |
| 3. Kollektiver Handelsbrauch..... | 94 |
| 4. Sittenwidrige Schädigung..... | 95 |
| 5. Reverse passing off | 97 |
| a) Entwicklung | 98 |
| b) Urhebernennungsrechte | 99 |
| c) Schutz des guten Rufs | 100 |
| (aa) Rufausbeutung bei Aktienindizes | 100 |
| (bb) Quellenhinweise in Presseerzeugnissen | 101 |
| d) Fazit | 102 |
| 6. Quasi-property right..... | 103 |
| 7. Bereicherungsrechtliche Ansätze..... | 105 |
| a) Malcompetitive Copying | 105 |
| b) Zuweisungsgehalt der doctrine | 107 |
| c) Fazit | 109 |
| III. Ökonomische Analyse | 110 |
| 1. Nach dem Modell der öffentlichen Güter | 111 |
| a) Die Associated Press als Club | 111 |
| b) Fazit | 113 |
| 2. Nach dem Modell der natürlichen Monopole..... | 114 |
| a) Die Associated Press als natürliches Monopol?..... | 114 |
| (aa) Die Analyse nach <i>Baird</i> | 115 |
| (bb) Die Analyse nach <i>Hovenkamp</i> | 116 |
| b) Ruinöse Konkurrenz durch INS..... | 117 |
| c) Fazit | 118 |
| IV. Zwischenergebnis | 119 |
| D. Die Schrittmacherfunktion von <i>INS v. AP</i> | 121 |
| I. Tonträgerherstellerrecht..... | 121 |
| 1. Schutz des Tonträgerherstellers unter Common Law..... | 122 |

| | | |
|------|--|-----|
| a) | Passing off..... | 122 |
| b) | Doctrine of misappropriation..... | 123 |
| (aa) | Verzicht auf das passing off-Element | 123 |
| (bb) | Erfordernis eines Konkurrenzverhältnisses..... | 124 |
| (cc) | Misappropriation als Unlauterkeitselement..... | 126 |
| 2. | Ökonomische Analyse..... | 127 |
| 3. | Fazit..... | 129 |
| II. | Plug Molding Statutes..... | 130 |
| 1. | Der Rechtsstreit <i>Bonito Boats</i> | 131 |
| a) | Constitutional preemption | 131 |
| (aa) | Verhaltensbezogener Schutz..... | 132 |
| (bb) | Ökonomische Begründung | 132 |
| b) | Ablehnung der preemption | 133 |
| c) | Marktversagen als Unlauterkeitselement | 133 |
| 2. | Ökonomische Analyse..... | 134 |
| a) | Schutz vor ruinöser Konkurrenz | 135 |
| b) | Wohlfahrtsökonomische Analyse | 136 |
| 3. | Fazit..... | 137 |
| III. | Semiconductor Chip Protection Act..... | 138 |
| 1. | Die doctrine als Leitbild der Gesetzgebung | 139 |
| 2. | Schutzbereich und reverse engineering-Privileg | 140 |
| 3. | Investitionsschutz durch den SCPA..... | 141 |
| 4. | Ökonomische Analyse..... | 142 |
| a) | Schutz vor ruinöser Konkurrenz | 142 |
| b) | Produktdifferenzierung | 143 |
| c) | Wohlfahrtsökonomische Analyse | 144 |
| d) | Institutionenökonomische Analyse | 145 |
| 5. | Fazit..... | 146 |
| IV. | Database misappropriation..... | 147 |
| 1. | Schutzbegründungen | 148 |
| a) | Ruinöse Konkurrenz..... | 148 |
| b) | Trittbrettfahreereffekt..... | 150 |
| 2. | Empirische Nachweise | 151 |
| 3. | Ökonomische Analyse..... | 152 |
| a) | Gesetzesinitiativen in den USA | 152 |
| (aa) | Property right | 153 |
| (bb) | Übernahmeschutz | 153 |
| (cc) | Der <i>Judge Winter</i> -Test | 154 |
| b) | EU-Datenbankrichtlinie..... | 155 |
| (aa) | Übernahmeschutz | 155 |
| (bb) | Property right | 156 |
| 4. | Komparative Institutionenanalyse | 158 |
| a) | Schutzbereich | 158 |

| | |
|--|-----|
| (aa) Geschützte Informationen..... | 158 |
| (bb) Spin off-Datenbanken..... | 159 |
| (cc) Value added-Produkte | 161 |
| b) Sole source-Datenbanken | 162 |
| (aa) Rechtsvergleich | 163 |
| (1) Sui generis Datenbankschutzrecht..... | 163 |
| (2) Database misappropriation..... | 164 |
| (bb) Zwangslizenz unter database misappropriation..... | 165 |
| (1) Vertretene Ansichten | 165 |
| (2) Stellungnahme | 166 |
| c) Incentive/access-Abwägung | 167 |
| d) Gesamtabwägung | 169 |
| 5. Fazit | 170 |
| V. Zwischenergebnis | 170 |
| E. Investitionsschutzrechte als Schutz vor ruinöser Konkurrenz | 172 |
| 6. Kapitel: <i>Hot News misappropriation</i> | 177 |
| A. Schutz des Presseverlegers | 178 |
| I. Tätigkeit von Nachrichtenaggregatoren | 178 |
| 1. Reine Nachrichtenaggregatoren..... | 178 |
| 2. Parasitäre Nachrichtenaggregatoren | 180 |
| 3. Entbündelung von Zeitungsinhalten | 181 |
| II. Ruinöse Konkurrenz..... | 181 |
| B. Die Hot News misappropriation | 184 |
| I. Copyright preemption..... | 185 |
| 1. Der subject matter-Test | 186 |
| a) Körperliche Festlegung des Werks | 187 |
| b) Negative Sperrwirkung des Copyright..... | 188 |
| (aa) Partial preemption | 188 |
| (bb) Idee/Ausdruck-Dichotomie..... | 189 |
| (1) Sperrwirkung der Schutzuntergrenze | 189 |
| (2) Verfassungsvorbehalt..... | 190 |
| c) Schutzlücken im Werkkatalog | 191 |
| 2. Der general scope-Test..... | 191 |
| 3. Der extra element-Test | 192 |
| a) Sittenwidrigkeit..... | 192 |
| b) Wettbewerbsvorsprung, systematische Übernahme und gezielte Mitbewerberbehinderung..... | 193 |
| c) Hot News | 194 |
| (aa) Kurzlebigkeit der Informationen..... | 194 |
| (bb) Free riding..... | 195 |
| (cc) Wirtschaftliche Beeinträchtigung | 196 |

| | |
|---|-----|
| (1) Marktversagen als Unlauterkeitselement | 197 |
| (2) Nachweis der Anreizschädigung | 198 |
| (3) Qualitätsverfall als Marktversagen | 200 |
| (dd) Fazit | 201 |
| 4. Zwischenergebnis | 202 |
| II. <i>Barclays Capital v. Theflyonthewall.com</i> | 203 |
| 1. Sachverhalt | 203 |
| 2. <i>Barclays I</i> | 204 |
| 3. <i>Barclays II</i> | 205 |
| a) Die Mehrheitsentscheidung | 206 |
| b) Das Minderheitsvotum | 208 |
| 4. Kritische Würdigung | 208 |
| a) Schutzgegenstand | 208 |
| (aa) Strenge Auslegung | 209 |
| (bb) Erweiterte Auslegung | 211 |
| (cc) Teleologische Auslegung | 212 |
| (dd) Zwischenfazit | 215 |
| b) Free riding | 215 |
| (aa) Herkunftstäuschung oder Rufausbeutung | 215 |
| (bb) Unmittelbarer Leistungsschutz | 216 |
| c) Konkurrenzverhältnis | 217 |
| (aa) Ansicht der Mehrheitsentscheidung | 217 |
| (bb) Ansicht des Minderheitsvotums | 218 |
| (cc) Doppelpes Konkurrenzverhältnis | 220 |
| 5. Fazit | 221 |
| C. Ausblick | 222 |
| | |
| 7. Kapitel: <i>Komparative institutionenökonomische Analyse</i> | 225 |
| A. Incentive/access-Abwägung | 225 |
| I. Anreizwirkung | 225 |
| II. Zugangsinteressen | 227 |
| 1. Einzelfallbegründung | 227 |
| 2. Doctrinal Feedback Loop | 228 |
| B. Institutionelle Verortung | 229 |
| I. Richterrecht | 230 |
| II. Public choice-Effekte | 231 |
| C. Transaktionskostenanalyse | 232 |
| I. Administrative Kosten | 232 |
| II. Lizenzierungskosten | 233 |
| D. Bilanzierung | 235 |
| | |
| 8. Kapitel: <i>Zusammenfassung</i> | 237 |

| | |
|---|-----|
| 3. Teil: Investitionsschutz im deutschen Wettbewerbsrecht..... | 243 |
| 9. Kapitel: Grundlagen..... | 245 |
| A. Dogma der Rechtsprechung zu den relevanten Fallgruppen | 245 |
| I. Ergänzender Leistungsschutz..... | 245 |
| 1. Mittelbarer Leistungsschutz | 247 |
| a) Systematische Nachahmung | 247 |
| b) Einschleiben in eine fremde Serie..... | 248 |
| c) Preisunterbietung..... | 249 |
| 2. Unmittelbarer Leistungsschutz | 250 |
| II. Allgemeine Marktstörung | 253 |
| B. Meinungsstand der Literatur..... | 254 |
| I. Anhänger der Rechtsprechung | 254 |
| 1. Ältere Literatur..... | 254 |
| 2. Strenge Umsetzung des Dogmas | 255 |
| 3. Moderate Ansichten | 258 |
| II. Gegner des strengen Dogmas..... | 260 |
| 1. Allgemeine Kritik an der Rechtsprechung..... | 261 |
| 2. Neuausrichtung des ergänzenden Leistungsschutzes | 265 |
| a) Unmittelbarer Leistungsschutz | 265 |
| b) Absoluter Leistungsschutz..... | 270 |
| 3. Wettbewerbsrechtlicher Investitionsschutz..... | 272 |
| III. Zwischenergebnis | 276 |
| 10. Kapitel: Ökonomische Analyse des unmb. Leistungsschutzes..... | 279 |
| A. Schutz vor Behinderungswettbewerb | 279 |
| B. Immaterialgüterrechtliche Begründung..... | 281 |
| I. Ökonomische Begründung des Immaterialgüterrechts | 281 |
| II. Übertragung auf den unmittelbaren Leistungsschutz..... | 284 |
| III. Analyse der Rechtsprechung..... | 285 |
| 1. Bereitstellungsproblem..... | 286 |
| 2. Neue Nutzungsarten | 286 |
| a) BGH <i>Figaros Hochzeit</i> | 287 |
| b) BGH <i>Vortragsabend</i> | 288 |
| c) Stellungnahme..... | 288 |
| d) BGH <i>Hartplatzhelden.de</i> | 289 |
| (aa) Entscheidung des OLG Stuttgart | 290 |
| (bb) Entscheidung des BGH..... | 290 |
| (cc) Ökonomische Analyse..... | 291 |
| IV. Stellungnahme | 294 |
| C. Marktfunktionale Begründung..... | 296 |
| I. Im deutschen Lauterkeitsrecht | 296 |

| | |
|---|-----|
| 1. Grundlagen..... | 297 |
| 2. Folgerungen | 298 |
| 3. Schutzausgestaltung | 299 |
| a) Schutzgegenstand | 300 |
| b) Schutzzumfang..... | 301 |
| c) Schutzfrist | 302 |
| 4. Fazit..... | 303 |
| II. Nach Art. 5c sUWG..... | 303 |
| 1. Systematik und Schutzzweck | 304 |
| 2. Ausgestaltung der Regelung..... | 305 |
| 3. Korrekturen..... | 306 |
| a) Anwendungsbereich | 306 |
| b) Folgenabschätzung | 307 |
| 4. Fazit..... | 310 |
| III. Berücksichtigung US-amerikanischer Ansätze..... | 311 |
| IV. Analyse der Rechtsprechung..... | 313 |
| 1. Preisunterbietung bei unmittelbarer Übernahme..... | 313 |
| a) RG <i>Schallplatten</i> | 313 |
| b) BGH <i>Nelkenstecklinge</i> | 314 |
| c) BGH <i>Saxophon</i> | 315 |
| d) BGH <i>Reprint</i> | 316 |
| (aa) Anreizökonomische Betrachtung..... | 316 |
| (bb) Schutzzweckdisparität | 317 |
| (cc) Zeitliche Produktdifferenzierung | 317 |
| (dd) Übertragung der Grundsätze..... | 318 |
| e) BGH <i>Kunststoffzähne</i> | 319 |
| f) BGH <i>Tele-Info-CD</i> | 321 |
| 2. Preisunterbietung bei identischer Nachbildung..... | 324 |
| a) BGH <i>Apfel-Madonna</i> | 324 |
| b) BGH <i>Vakuumpumpen</i> | 326 |
| (aa) Systematische Nachahmung | 326 |
| (bb) Preisunterbietung..... | 327 |
| (cc) Anreiz zur Produktdifferenzierung | 328 |
| 3. Fazit..... | 329 |
| D. Zwischenergebnis..... | 330 |
| | |
| <i>11. Kapitel: Leistungsschutz im Lauterkeitsrecht</i> | 333 |
| A. Systematisches Verhältnis zu den Sonderschutzrechten | 333 |
| I. Vertretene Ansichten | 333 |
| 1. Vorrangthese | 334 |
| a) Abschließende Regelung | 335 |
| b) Subsidiäre Anspruchskonkurrenz | 336 |

| | |
|---|-----|
| 2. Gleichrangthese..... | 339 |
| 3. Stellungnahme..... | 342 |
| II. Rechtsökonomische Überlegungen | 345 |
| 1. Eigentumslogik | 345 |
| 2. Incentive/access Abwägung..... | 347 |
| 3. Folgerungen | 349 |
| III. Verhältnis zu ausgewählten Sonderschutzrechten | 350 |
| 1. Urheberrecht | 350 |
| a) Schutzuntergrenze | 351 |
| b) Schutzschranken..... | 353 |
| (aa) Ökonomische Rechtfertigung | 353 |
| (bb) Schutzfrist | 354 |
| (cc) Pressespiegel..... | 356 |
| (1) Umfang der Schranke..... | 357 |
| (2) Wertungsharmonie..... | 357 |
| (3) Konkurrenzen | 360 |
| 2. Computerprogramme..... | 361 |
| 3. Schutz des Veranstalters..... | 362 |
| a) Abschließende Regelung | 363 |
| b) Wertungsharmonie | 364 |
| c) Fazit | 367 |
| 4. Datenbankherstellerrecht..... | 368 |
| a) Entwicklung der Rechtsprechung | 369 |
| b) Ansicht der Literatur | 371 |
| c) Restanwendungsbereiche..... | 372 |
| (aa) Informationssammlungen | 373 |
| (bb) Datenerzeugung..... | 373 |
| (1) Regelung des Datenbankherstellerrechts | 374 |
| (2) Wertungsharmonie..... | 376 |
| (cc) Fazit | 378 |
| 5. Zwischenergebnis..... | 379 |
| IV. Rechtsvergleich | 380 |
| B. Leistungs- und Investitionsschutz..... | 382 |
| I. Entwicklung der Rechtsprechung..... | 382 |
| 1. Individualschutz | 383 |
| 2. Allgemeininteresse | 384 |
| 3. Innovationsschutz..... | 385 |
| a) Eigenartigkeit..... | 385 |
| b) Leistungsschutz | 386 |
| 4. Investitionsschutz..... | 388 |
| a) Computerprogramme..... | 389 |
| b) Datenbankschutz | 390 |
| 5. Fazit | 391 |

| | |
|--|-----|
| II. Stimmen der Literatur..... | 392 |
| 1. Immaterialgüterrechtliche Ausprägung..... | 392 |
| 2. Marketing approach..... | 393 |
| 3. Verzicht auf das Element..... | 394 |
| III. Konzeptionelle Unterschiede | 396 |
| 1. Leistungs- und Investitionsschutz..... | 396 |
| 2. Marktkonzentration | 399 |
| 3. Amortisationsgarantie | 401 |
| 4. Allgemeininteresse | 402 |
| IV. Stellungnahme | 403 |
| 1. Rechtsposition..... | 403 |
| 2. Systematisches Verhältnis | 405 |
| 3. Richterrecht..... | 406 |
| 4. Rechtsvergleich..... | 407 |
| C. Die lauterkeitsrechtliche Generalklausel..... | 409 |
| I. Entstehungsgeschichte | 409 |
| II. Rechtsfortbildung unter § 3 I UWG | 410 |
| III. Verhältnis zu den Beispielstatbeständen | 411 |
| 1. Regelung des § 4 Nr. 3 UWG | 412 |
| a) Vertretene Ansichten | 412 |
| b) Stellungnahme..... | 413 |
| 2. Rückgriff auf die Generalklausel | 414 |
| a) Vertretene Ansichten | 414 |
| b) Stellungnahme..... | 416 |
| 3. Fazit | 419 |
| IV. Konkretisierung der Generalklausel..... | 420 |
| 1. Wortlaut und Wille des Gesetzgebers | 420 |
| 2. Systematische Auslegung..... | 421 |
| 3. Funktionale Auslegung..... | 423 |
| a) Die Schutzzwecktrias | 423 |
| b) Schutzsubjekte..... | 424 |
| (aa) Handlungsfreiheit | 424 |
| (bb) Mitbewerber | 425 |
| (1) Reiner Interessenschutz..... | 426 |
| (2) Subjektivrechtlicher Leistungsschutz | 427 |
| (3) Stellungnahme | 428 |
| (cc) Verbraucher..... | 430 |
| (dd) Allgemeinheit..... | 430 |
| (1) Relevante Allgemeininteressen | 430 |
| (2) Institutionenschutz | 433 |
| c) Interessenabwägung | 434 |
| V. Fazit | 436 |

| | |
|--|-----|
| 12. Kapitel: Eigener Vorschlag: Ruinöse Konkurrenz | 439 |
| A. Grundlagen | 440 |
| I. Marktgefährdung | 440 |
| II. Fallgruppen | 442 |
| 1. Kostenloses Verteilen von Presseerzeugnissen | 442 |
| 2. Preisunterbietung | 443 |
| III. Folgerung | 445 |
| B. Strukturelle Parallelen | 446 |
| I. Ökonomische Analyse | 446 |
| 1. Presseerzeugnisse | 446 |
| 2. Preiskampf | 448 |
| 3. Marktstörung durch ruinöse Konkurrenz | 449 |
| II. Wirtschaftspolitische Neutralität | 450 |
| III. Verhältnis zum Kartellrecht | 452 |
| 1. Grundsatz der Rechtsprechung | 453 |
| 2. Kritik der Literatur | 454 |
| 3. Stellungnahme | 454 |
| IV. Verhältnis zum Sonderrechtsschutz | 457 |
| 1. Funktionsidentität | 457 |
| 2. Interessenschutz | 458 |
| 3. Handlungsbezogener Schutz | 459 |
| 4. Relativer Ausschlussmechanismus | 460 |
| V. Folgenabschätzung und Rechtssicherheit | 461 |
| C. Inhaltliche Ausgestaltung | 464 |
| I. Tatbestand | 464 |
| 1. Anspruchsinhaber | 464 |
| 2. Anspruchsvoraussetzungen | 466 |
| 3. Schutzbereich | 467 |
| a) Sperrwirkung | 467 |
| b) Verletzungshandlung | 468 |
| c) Schutzzumfang | 469 |
| II. Schrankenregelungen | 470 |
| 1. Sachliche Schranken | 471 |
| 2. Zeitliche Schranken | 472 |
| a) Grundsätze | 472 |
| b) Bewertungskriterien | 473 |
| (aa) Leistungsbezogene Bewertung | 473 |
| (bb) Investitionsbezogene Bewertung | 474 |
| c) Stellungnahme | 475 |
| III. Rechtsfolgen | 478 |
| 1. Schadensersatzansprüche | 478 |
| 2. Bereicherungsansprüche | 480 |

| | |
|---|-----|
| Zusammenfassung der wesentlichen Ergebnisse | 483 |
| Literaturverzeichnis | 491 |
| Sachregister | 521 |

Einleitung

A. Untersuchungsgegenstand

Die technologische Entwicklung der Medien- und Informationsgüterindustrie hat im geschichtlichen Verlauf wiederholt zur Entwicklung neuartiger Speicher- und Zugriffstechniken für immaterielle Güter geführt, welche sowohl die Erzeugung neuartiger Immaterialgüter zuließ als auch neuartige Verwertungsformen mit sich brachte. Der Verlust der physischen oder technologischen Herrschaft über unkörperliche Güter warf wiederholt die Frage nach rechtlicher Schutzgewährung auf, wie sich gegenwärtig in der Diskussion um das deutsche und das prospektive europäische Verlegerleistungsschutzrecht zeigt.¹

In Ermangelung ausdrücklicher gesetzgeberischer Regelungen für den Umgang mit derart neuartigen Gütern oder Verwertungsarten sah sich die primär zur Schutzgewährung berufene Judikative typischerweise mit einer Vielzahl widerstreitender Interessen konfrontiert. Dies sind einerseits die Leistungsschutzinteressen des Schöpfers, Erfinders oder Gestalters sowie die Investitionsschutzinteressen des Produzenten, Herstellers oder Kapitalgebers und andererseits die Zugriffsinteressen der Konsumenten des immateriellen Guts sowie die Nachahmungsinteressen der unternehmerischen Konkurrenten. Die Abwägung dieser diametralen Interessen durch die erkennenden Gerichte führte zur Schließung von Schutzlücken im System der – zum jeweiligen Zeitpunkt mehr oder weniger ausgeprägten – Sonderschutzrechte im Wege der richterlichen Rechtsfortbildung.

Da der Gesetzgeber für die bedeutendsten geistigen Leistungen frühzeitig das Urheber- und Patentrecht etablierte, sind von der richterlichen Rechtsfortbildung solche neuartigen Güter und Verwertungsformen betroffen, die

¹ Siehe Vorschlag für eine Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rates über das Urheberrecht im digitalen Binnenmarkt vom 14.9.2016, COM(2016) 593 final, abrufbar unter: <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/DE/TXT/PDF/?uri=CELEX:52016PC0593&from=DE> (zuletzt abgerufen am: 08.11.2017) und vorbereitend das Commission Staff Working Document: Impact Assessment on the Modernisation of EU-Copyright Rules 2016, S. 141 ff., abrufbar unter: <http://statewatch.org/news/2016/aug/eu-com-copyright-draft.pdf> (zuletzt abgerufen am: 08.11.2017). Siehe eingehend zu den rechtsökonomischen Erwägungen unten 2. Teil 6. Kapitel A.

zwischen diese Schutzrechte fallen, indem sie die ausreichende Schöpfungs- oder Erfindungshöhe nicht erreichen und bisweilen Ergebnis rein wirtschaftlich-organisatorischer Investitionsleistungen sind. Zwar hat der Gesetzgeber für die ganz überwiegende Zahl derartiger Güter mittlerweile bereichsspezifische Schutzrechte geschaffen, sodass Schutzlücken kaum mehr zu erkennen sind; der Rechtsprechung im Vorfeld dieser Gesetzgebung mangelt es jedoch trotz umfangreicher Untersuchung in der rechtswissenschaftlichen Literatur an einem verallgemeinerten Schutzparadigma, welches die systematische Bewältigung zukünftiger Entwicklungen sicherstellen könnte.

Bei rechtshistorischer Betrachtung dieser „Vorfeldrechtsprechung“ wurde im hier untersuchten US-amerikanischen und deutschen Recht das Wettbewerbsrecht² regelmäßig als Rechtsgrundlage zur Gewährung von Nachahmungsschutz für neuartige Güter, bzw. vor neuartigen Verwertungsformen herangezogen und nahm eine Schrittmacherfunktion³ für die gesetzgeberische Tätigkeit ein. Zugleich war die Rechtsprechung bemüht, die von ihr gelebte richterliche Rechtsfortbildung im Spannungsverhältnis von Schutz- und Zugriffsinteressen der Beteiligten auf rechtssystematischer Ebene durch das Dogma der abschließenden Regelung der Sonderschutzrechte und den Grundsatz der Nachahmungsfreiheit zu entschärfen. Es lässt sich jedoch leicht zeigen, dass gerade in den Konstellationen neuartiger Güter und Verwertungsformen diese rechtssystematische Differenzierung nicht trennscharf aufrechterhalten werden konnte. Angesprochen ist damit der Problembereich des unmittelbaren Leistungsschutzes im deutschen und der doctrine of misappropriation⁴ im US-amerikanischen Recht. Dieser hat trotz seiner hundertjährigen Geschichte seine Relevanz noch nicht eingebüßt, wie höchst- und obergerichtliche Entscheidungen der neueren Zeit belegen.⁵

B. Forschungsziel

Die so skizzierte „Vorfeldrechtsprechung“ soll auf gemeinsame Interessensgesichtspunkte, Abwägungsmechanismen und Schutzzwecküberlegungen untersucht werden, aus denen sich bei verallgemeinerter Betrachtung ein übergeordnetes Schutzparadigma destillieren lassen könnte. Um dieses zu

² Welches sich im US-amerikanischen Recht für den hier untersuchten Bereich aus einer Vielzahl ungeschriebener Common Law actions zusammensetzt.

³ Für das deutsche Recht *Ulmer, Eugen, Urheber- und Verlagsrecht*³, § 7 I 5, S. 40. Zum US-amerikanischen Recht unten 2. Teil 5. Kapitel D.

⁴ Siehe dazu noch sogleich unten 2. Teil 5. Kapitel C.

⁵ Aus dem deutschen Recht: BGH, GRUR 2005, 349 – *Klemmbausteine III*; BGH, GRUR 2011, 436 – *Hartplatzhelden.de* mit Anm. *Ohly*. Aus dem US-amerikanischen Recht: *Barclays Capital Inc., et al. v. Theflyonthewall.com, Inc.*, 650 F.3d 876 (2nd Cir 2011).

ermitteln, wird ein rechtsvergleichend-rechtsökonomischer Ansatz gewählt, indem die Argumente in Rechtsprechung und Literatur entlang teleologisch-wettbewerbsfunktionaler Schutzzwecküberlegungen in eine neue Struktur überführt werden soll. Dieser Ansatz ergänzt die bestehende rechtswissenschaftliche Literatur zum Problemkreis des unmittelbaren Leistungsschutzes in Deutschland in zweifacher Hinsicht:

Einerseits lässt sich feststellen, dass die rechtsvergleichende Perspektive noch nicht gänzlich ausgeschöpft wurde. Sofern rechtsvergleichende Untersuchungen angestellt worden sind, beschränken sich diese vorrangig auf das englische Recht, welches im Bereich des unmittelbaren Leistungsschutzes systemgemäß nur schwach ausgeprägt ist.⁶ Soweit auf die Erkenntnisse aus dem US-amerikanischen Recht zurückgegriffen wurde, erfolgte dies entweder generell zum übergeordneten Problemkreis des wettbewerbsrechtlichen Leistungsschutzes⁷ oder punktuell hinsichtlich der Genese spezifischer Schutzrechte.⁸ Eine übergreifende Untersuchung zur Entwicklung der doctrine of misappropriation im US-amerikanischen Recht hat, soweit ersichtlich, noch nicht stattgefunden.

Andererseits ist der unmittelbare Leistungsschutz in der Literatur aus rechtsökonomischer Perspektive zwar schon beleuchtet worden;⁹ diese Arbeiten lassen jedoch die umfangreiche ökonomische Analyse der doctrine of misappropriation außer Betracht.¹⁰ Hier ist ein erheblicher Erkenntnisgewinn zu erwarten, da der streng utilitaristische Ansatz des US-amerikanischen Immaterial- und Wettbewerbsrechts die Rechtsprechung gewissermaßen „von Natur aus“ zu anreiz- und wohlfahrtsökonomischen Überlegungen zwingt, und auch die US-amerikanische Literatur die rechtsökonomische Analyse der doctrine in weit größerem Maße betrieben hat, als dies für den unmittelbaren Leistungsschutz in Deutschland festzustellen ist.

Soweit sich auf der Grundlage dieses rechtsvergleichend-rechtsökonomischen Ansatzes eine tragfähige Methode entwickeln lässt, soll als Zwischenziel der Untersuchung die Ausarbeitung einer teleologisch-wettbewerbsfunktionalen Schutzzweckbestimmung stehen. Für deren Allgemeingültigkeit innerhalb des hier untersuchten Bereichs muss maßgeblich sein, dass sich die bekannten Argumente der „Vorfeldrechtsprechung“ des US-amerikanischen Rechts an dieser neu ausrichten und bruchfrei strukturieren lassen.

⁶ *Beater*, Nachahmen im Wettbewerb, passim; *Brem*, passim; *Haesen*, passim.

⁷ *Fock*, passim; *Goldhammer*, S. 332 ff. Als Seitenblick im Rahmen eines primär englischrechtlichen Rechtsvergleichs, *Ohly*, Richterrecht, S. 81 ff.

⁸ Siehe nur die Dissertationen: Hinsichtlich des Rechts des ausübenden Künstlers, *Apel*, S. 140 ff. Hinsichtlich des Schutzes des Sportveranstalters, *Laier*, S. 31 ff. Hinsichtlich des reverse engineering-Privilegs, *Schweyer*, S. 363 ff.

⁹ Siehe nur die Monografien: *Beater*, Nachahmen im Wettbewerb, S. 150 f.; *Schröer*, S. 199 ff.; *Wehrauch*, S. 156 ff.

¹⁰ Siehe jedoch zur Kommentarliteratur: GK-UWG/*Leistner*², § 4 Nr. 9 Rn. 32 ff.

Sodann soll das derart ermittelte Schutzparadigma auf den Problemkreis des unmittelbaren Leistungsschutzes in Deutschland angewendet werden. Diese neue Perspektive erscheint insbesondere geeignet, die utilitaristischen Gesichtspunkte und Abwägungsvorgänge¹¹ des Investitionsschutzes in Rechtsprechung und Literatur zu beleuchten. Derart könnten sich die – im deutschen Wettbewerbsrecht bisher vernachlässigten – sekundären Aspekte des Investitionsschutzes systematisieren lassen. Zugleich grenzt diese Perspektive den Untersuchungsgegenstand dahingehend ein, dass die Schutzgegenstände und -begründungen des persönlichkeits- und kennzeichenrechtlichen Bereichs nur im nötigen Umfang berücksichtigt werden, und jene des organisatorisch-wirtschaftlichen Investitionsschutzes in den Mittelpunkt der Untersuchung gestellt werden.

Als rechtspraktisches Forschungsergebnis soll die Rechtsfigur des unmittelbaren Leistungsschutzes in einen generalklauselartigen Tatbestand gegossen werden, der für zukünftige Anwendungsfälle die Rechtsunsicherheit des wettbewerbsrechtlichen Schutzes reduziert, die Entscheidungsfindung des erkennenden Gerichts vorstrukturiert und letztlich auch zu einer Eindämmung der bestehenden Rechtspraxis führen könnte.

C. Gang der Untersuchung

Der Aufbau der Arbeit folgt der gewählten Methode. Zunächst (1. Teil) sind die wirtschaftswissenschaftlichen Grundlagen für die folgende rechtsökonomische Analyse aufzubereiten. Hierfür werden die wesentlichen Wettbewerbsmodelle umrissen, die informationsökonomischen Eigenschaften immaterieller Güter erklärt, und die Funktion von Immaterialgüterrechten im System des vollkommenen Wettbewerbs dargestellt (1. Kapitel). Auf diesen allgemeinen Grundlagen aufbauend werden zwei konkurrierende rechtsökonomische Modelle des Marktversagens in Immaterialgütermärkten und deren normative Schlussfolgerungen skizziert (2. und 3. Kapitel) und hinsichtlich ihrer Zweckdienlichkeit für das hier verfolgte Forschungsziel bewertet (4. Kapitel).

Anhand dieser Modelle werden sodann (2. Teil) die tragenden Schutzbegründungen der rechtshistorischen „Vorfeldrechtsprechung“ zu verschiedenen US-amerikanischen Fallkonstellationen untersucht, in denen jeweils der Schutz organisatorisch-unternehmerischer Leistungsergebnisse zu judizieren war. Unter dem Blickwinkel der rechtsökonomischen Analyse lassen sich in dieser „Vorfeldrechtsprechung“ einheitliche Schutzbegründungen und Interessenabwägungen erkennen, welche die Ausarbeitung eines investitions-

¹¹ Im Gegensatz zur primär individualrechtlichen Begründung des Investitionsschutzes im deutschen Recht, vgl. dazu noch unten 3. Teil 11. Kapitel B. I. 1.

schützenden Schutzparadigmas ermöglichen (5. Kapitel). Zur Untersuchung des gegenwärtigen Stands der rechtsdogmatischen Zulässigkeit des wettbewerbsrechtlichen Leistungsschutzes im US-amerikanischen Recht wird sodann auf den wettbewerbsrechtlichen Schutz von Nachrichteninhalten einzugehen sein (6. Kapitel). Abschließend können erste Ergebnisse einer rechtsökonomischen Untersuchung der US-amerikanischen „Vorfeldrechtsprechung“ und der nachfolgenden Gesetzgebung festgehalten werden. Diese eröffnen bei verallgemeinernder Betrachtung die Gelegenheit einerseits (7. Kapitel) zu einer komparativen institutionenökonomischen Analyse zwischen dem wettbewerbsrechtlichen Leistungsschutz und der Kodifikation von Sonderschutzrechten. Andererseits können (8. Kapitel) thesenartige Leitsätze destilliert werden, welche die Gesichtspunkte, Abwägungsvorgänge und Schutzbegründungen des Leistungsschutzes im US-amerikanischen Wettbewerbsrecht zusammenfassen.

Im letzten Teil der Arbeit (3. Teil) werden die Rechtsfigur des unmittelbaren Leistungsschutzes und angrenzende Themenkreise im deutschen Wettbewerbsrecht unter Heranziehung der Erkenntnisse aus dem 2. Teil der Arbeit beleuchtet. Hierfür werden zunächst die Haltung der Rechtsprechung und die unterschiedlichen Literaturansichten zu diesem Problemkreis dargestellt (9. Kapitel). Im Anschluss daran soll die rechtsökonomische Literatur zum unmittelbaren Leistungsschutz zusammengetragen werden und eine Systematisierung erfahren, in der sich die rechtsdogmatischen Positionen der Literaturansichten widerspiegeln. Von diesen unterschiedlichen Ansätzen ausgehend lässt sich sodann das rechtssystematische Verhältnis zwischen Sonderrechtsschutz und Wettbewerbsrecht beleuchten und die Kompatibilität des unmittelbaren Leistungsschutzes mit dem Haftungsregime und der Schutzzweckbestimmung des Wettbewerbsrechts untersuchen (11. Kapitel). Schlussendlich soll ein eigener Vorschlag zur Bewältigung des Problemkreises gemacht werden (12. Kapitel). Dieser wird, aufbauend auf den rechtsökonomisch-rechtsvergleichenden Erkenntnissen, die bestehende rechtsökonomische Literatur zum unmittelbaren Leistungsschutz ergänzen und – nach hier vertretener Ansicht – die rechtsdogmatischen Konflikte des unmittelbaren Leistungsschutzes vermeiden können. Am Ende dieses Vorschlags soll die Formulierung eines Tatbestands des wettbewerbsrechtlichen Investitionsschutzes stehen, der das hier ermittelte Schutzparadigma der früheren „Vorfeldrechtsprechung“ verkörpert und die Entscheidungsfindung der Rechtsprechung für zukünftige Entwicklungen vorstrukturiert.

1. Teil

Marktversagen in Märkten für Informationsgüter

Als Arbeitsgrundlage der hier angestellten Untersuchung sollen zunächst (1. Kapitel) die wesentlichen Wettbewerbstheorien skizziert werden, woran sich eine eingehendere Darstellung der herrschenden Beschreibungen des Marktversagens auf Märkten für Informationsgüter anschließt. Dafür soll einerseits auf die allgemeine Theorie der öffentlichen Güter (2. Kapitel) und andererseits auf die Erkenntnisse der Informations- und Medienökonomik (3. Kapitel) zurückgegriffen werden. Die unterschiedlichen Rezeptionsgrade dieser Theorien in der rechtswissenschaftlichen Literatur sollen in diesem Verlauf herausgearbeitet und schließlich ihre Zweckdienlichkeit für das hier verfolgte Forschungsziel bewertet werden (4. Kapitel).

1. Kapitel

Referenzrahmen für Marktversagen

Für die vorgenommene Untersuchung des Marktversagens in der privaten Produktion von Informationsgütern muss zunächst ein Referenzrahmen zur Feststellung eines Marktversagens abgesteckt werden. So ließe sich das Vorliegen eines Marktversagens im Vergleich zu einem „funktionstüchtigen“ Markt im Wege einer Negativabgrenzung definieren.

A. Vollkommener Wettbewerb

Als erster denkbarer Maßstab wäre dafür das statische Gleichgewichtsmodell vollkommener Konkurrenz heranzuziehen, das die neoklassische Nationalökonomie zeitweise als wettbewerbsspolitisches Leitbild herangezogen hat. Unter diesem sollten die tatsächlich vorgefundenen Märkte dem Referenzstandard „vollkommenen Wettbewerbs“ angenähert werden.¹ Die vollkommene Konkurrenz im atomistischen Wettbewerb sollte in diesem idealisierten Markt zur größtmöglichen Wohlfahrt führen. Das Modell des vollkommenen Wettbewerbs passt aber bereits denkwortwendig nicht zu Märkten für innovative Güter, sondern nur zu solchen homogener Güter wie Agrarerzeugnissen oder Rohstoffen.² Und tatsächlich würden Märkte für innovative Güter unter den Bedingungen des vollkommenen Wettbewerbs versagen: denn die Voraussetzung homogener Güter würde bedeuten, dass jegliche angestrebte Produktdifferenzierung unmittelbar durch Imitationskonkurrenz zunichte gemacht werden darf. In Ermangelung von Produktdifferenzierung haben Anbieter innovativer Produkte jedoch keinen Spielraum, um Preise oberhalb der Marktpreise zu setzen.³ Im Modell des vollkommenen Wettbewerbs liegen diese jedoch auf Grenzkostenniveau, d.h. im Fall immaterieller Güter auf Höhe der Reproduktionskosten. Da im vollkommenen Wettbewerb die Anbieter definitionsgemäß keinen Gewinn erzielen dürfen,⁴ können sie nur ihre Reproduktionskosten des Vervielfältigungsstücks, nicht aber die Entwicklungskosten des verkörperten immateriellen Guts decken. Damit kommt es zu

¹ Gloy/Loschelder/Erdmann/Leistner⁴, § 4 Rn. 4.

² Vgl. Ganea, GRUR Int. 2005, 102 (103).

³ Ganea, GRUR Int. 2005, 102 (103).

⁴ Samuelson/Nordhaus, Volkswirtschaftslehre⁴, S. 233.