

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)	Trittbrettfahreneffekt.....	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.

einem Marktversagen für die Erstellung immaterieller Güter, sodass jegliche Innovationstätigkeit zum Erliegen kommen würde. Können Anbieter immaterieller Güter im vollkommenen Wettbewerb ihre Erstellungskosten des immateriellen Guts nicht amortisieren und ggf. darüber hinausgehenden Gewinn realisieren, besteht für sie kein Anreiz, entsprechende Innovationstätigkeiten vorzunehmen.

In diesem Modell des vollkommenen Wettbewerbs stellen Immaterialgüterrechte nur geduldete Ausnahmen der vollkommenen Konkurrenz dar.⁵ So sollten nach der These *Schumpeters* Monopolrenten vorübergehend notwendig sein, um hinreichende Innovationsanreize sicherzustellen, die der vollkommene Wettbewerb aus sich heraus nicht erbringen könnte; denn nur bei monopolistischer Preissetzungsmacht können die Marktpreise über Grenzkostenniveau gesetzt und so die Amortisation der versunkenen Kosten ermöglicht werden.⁶ Der vollkommene Wettbewerb kann damit nicht als wettbewerbspolitisches Leitbild für Märkte immaterieller Güter herangezogen werden.

B. Theorie des funktionsfähigen Wettbewerbs

Infolge der Erkenntnis, dass der vollkommene Wettbewerb zur Erstarrung jeglicher Innovationstätigkeit führen müsse und unter Beobachtung real existierender Märkte, wandelte sich das Leitbild der Wettbewerbspolitik hin zum Konzept des dynamischen, unvollkommenen Wettbewerbs. In diesem dynamischen Wettbewerbsbild stellt die wirtschaftliche wie technische Innovation den Motor des gesellschaftlichen Fortschritts dar, zu dessen Förderung Immaterialgüterrechte erforderlich sind. Diese verschaffen dem Innovator einen gesicherten Marktvorsprung, sodass er seine Forschungs- und Entwicklungskosten amortisieren kann.⁷ Zu diesem Zweck werden partielle Monopolsituationen geduldet, die „wie Blasen in einem Sektglas aufsteigen und, als Ergebnis der einsetzenden Verfolgung, alsbald zerplatzen.“⁸ Die Immaterialgüterrechte gewähren dem Rechteinhaber zur Amortisation seiner versunkenen

⁵ Dies stellte vorübergehend insbesondere aus kartellrechtlicher Sicht erhebliches Konfliktpotential bereit, da das deutsche Kartellgesetz die Marktform des vollkommenen Wettbewerbs als wirtschaftliche Gegebenheit voraussetzte. Die damalige Wettbewerbstheorie ging entsprechend von einem ungelösten Zielkonflikt mit den Immaterialgüterrechten aus, Loewenheim/Meessen/Riesenkampff/Kersting/Meyer-Lindemann/Nordemann, *Jan Bernd*³, GRUR Rn. 9 f.

⁶ *Samuelson/Nordhaus*, *Volkswirtschaftslehre*⁴, S. 341 f.

⁷ Loewenheim/Meessen/Riesenkampff/Kersting/Meyer-Lindemann/Meessen/Kersting³, Einf. Rn. 138 f.; Paff/Osterrieth/*Axster/Osterrieth*³, A. Rn. 148 f.

⁸ Loewenheim/Meessen/Riesenkampff/*Axster/Schütze*², 3. Teil Rn. 79; Paff/Osterrieth/*Axster/Osterrieth*³, A. Rn. 147.

Sachregister

- absolute protection-Paradigma 27, 82, 108
- Abstract 353
- Aktivlegitimation
 - Leistungsschutz 263
 - Marktstörung 464
- Allmendetragödie 22, 29, 112
- Amortisationsgedanke 249, 255, 297, 314, 474
- Aneignungsproblem, *siehe* Allmendetragödie
- Anspruchskonkurrenz
 - kumulative 340
 - subsidiäre 336
- Anreiztheorie 81, 316
 - Preisdifferenzierung 328
- antitrust injury rule 37
- Anzeigen-Auflagen-Spirale 453
- Arbeitstheorie 92, 398
- Auflage-Anzeigen-Spirale 446
- Ausschließlichkeitsrecht
 - Ersatz- 104, 251
 - Copyright 192
- Ausübender Künstler 311

- Bedarfsmarktkonzept 441
- Behinderungsfallgruppe, *siehe* Mitbewerberbehinderung
- Behinderungswettbewerb 271, 279
- Belohnungstheorie 81
- Bereicherungsrecht 105, 480
- Bereitstellungsproblem 23, 113
- Bestreitbarkeit des Marktes 62, 78
 - nachfragerseitig 66, 74
- Beweisschwelle 153, 198
- Beweisverfahren 457, 463

- Charakteren, Schutz von 191
- Clubgut 112

- Commerce Clause 190
- Computerprogramme
 - Investitionsschutz 361
 - Schutz von 361, 389
- congestion-Effekt 111
- Copyright Clause 91

- Daten
 - Erzeugung 209, 373
 - Sammlung 209
- Datenbank
 - Herstellerschutz 147, 368, 390
 - nicht-originelle 147
 - Richtlinie 155
 - spin off- 159
- deadweight loss, *siehe* Wohlfahrtsverluste
- Deliktsrecht 106, 156, 257, 260, 337
- doctrinal feedback loop 228
- drei Ebenen Modell 282
- dreifache Schadensberechnung 478
- Druckprivileg 86
- Dualismus der Schutzzwecke 431
- Durchschnittskosten 17, 46, 50, 323
 - langfristige 43

- Effizienz
 - dynamische und statische 11, 47, 51, 226
 - Pareto 21
- Einschiebe in fremde Serie 248
- Eigentumslogik, *siehe* absolute protection Paradigma
- Entbündelung 181
- Enumeration
 - Beispieltatbestände 413
 - Unlauterkeitselemente 256
 - Werkarten 186, 222, 380
- Erfolgsunrecht 246, 257, 336

- essential facilities-Doktrin 45, 116, 175
- Externalitäten 21
 - Distribution 226
 - congestion 29
 - Internalisierung von 24, 27, 460
 - pekuniäre 21
 - technologische 22
 - verhaltens(ir)relevant 33
- extra element-Test 192

- fair use 27, 33, 37, 471
- Fixkosten 45
 - degression 47, 49, 87, 114, 150
 - Subvention 58
- Folgenabschätzung 315
- free rider, *siehe* Trittbrettfahrer
- Freihaltebedürfnis 345
- Funktionseigentum 346

- Gefangenendilemma 40
- Generalklausel, wettbewerbsrechtliche –
 - Delegationsfunktion 413
 - Entstehungsgeschichte 409
 - Konkretisierung 420
 - Rechtsfortbildung 410
 - Rückgriff 414
 - Subsidiarität 417
 - subjektiv-gegenständlicher Schutz 420
- general scope-Test 191
- Geschäftsidea 191
- Gewerbefreiheit 340
- Gleichgewichtsmodell 9
 - Preisbildungsregel im 18
- Gleichrangthese 339
- Google Ad Words, 184
- Google News, *siehe* Nachrichtenaggregator
- Grenzkosten 46
 - Paradoxon 49, 227, 323, 349
 - preise 31
- Größenvorteile, *siehe* Skaleneffekte

- Halbleiter 138
- Handlungsrechte, *siehe* property rights
- Handlungsunrecht
 - Kritik 257, 263
 - Leistungsschutz 245
 - Marktstörung 459
 - tatbezogen 459
- Hausrecht 367
- Herkunftstäuschung 97, 215, 248, 321, 370
- Hot News, *siehe* misappropriation, Hot News

- Idee/Ausdruck-Dichotomie 27, 91, 189, 305, 344
- Imitationskonkurrenz 53, 65
- incentive/access-Abwägung
 - Informationsdilemma 26
 - Leistungsschutz, unmittelbarer 277, 285
 - Marktfunktionalität 298
 - Rechtfertigung von Schutzrechten 142, 151
 - Schutzfrist, Urheberrecht 354
 - Schutzfrist, Marktstörung 472, 477
 - Schutzrechtskollision 132, 202, 225
 - Schutzzranke, Urheberrecht 353
 - Schutzzumfang 84
- incentive/access-Paradigma 26, 80
- Individualschutz 383
- Industrie 4.0 368
- Industriepolitik 457
- Informationsdilemma 26
- Informationsökonomik 42, 449
- Infrastruktur
 - Informations 33, 283
 - öffentliche 42, 172
- Innovationsanreiz 197
- Innovationschutz 385
- Institutionenökonomik
 - Bereitstellung von Informationsgütern 38
 - Datenbankenschutz 158, 378
 - doctrine of misappropriation 225, 311
 - Halbleiterschutz 145
 - Rechtsquelle 229
- Institutionenschutz 304
- Internalisierung, *siehe* Externalitäten
- Investitionsanreiz 196
- Investitionsschutz
 - Allgemeininteresse 402
 - Amortisationsgarantie 401
 - Charakterisierung 382
 - Computerprogramme 361

- Halbleiterindustrie 141
 - Konzeption 396
 - lauterkeitsrechtlicher 253, 312
 - Rechtsnatur 405
 - Rechtsposition 403
 - ruinöse Konkurrenz 172
 - Schutzfrist 302
 - Schutzgegenstand 300
 - Schutzzumfang 301, 397
 - Schutzwürdigkeit 271
 - Schutzzweckklausel 402
 - Schweizer Recht 310
 - Tatbestand 245
 - wettbewerbsrechtlicher 272, 399
- Judge Winter-Test* 154, 185
- Kampfpreis 66, 88, 448
- Kartellrecht
- Leistungswettbewerb 279
 - Marktregulierung 11
 - Sperrwirkung 275, 454
 - Vorfeldthese 454
- Kartellrechtseinwand 166
- Kausalität, doppelte 154, 199
- Kodifikationsidee 335
- Kohärenzprinzip 129
- Kollektivgüter 15, 49
- Kollisionsregeln
- Normierung 338
 - Rechtsvergleich 380
- Konkordanz, praktische 271, 358
- Konkurrenzverhältnis 124
- kurzlebige Produkte 195
 - zeitlich relevanter Markt 195, 317
- Kreuzpreiselastizität 39
- lead time
- Hot News 184
 - injunction 205
 - künstliche 104
 - Marktstörung, ruinöse Konkurrenz 57, 476
 - Marktunvollkommenheit 11, 303
 - Marktversagen 476
 - natürliche 68, 146
- Leistungsschutz, mittelbarer 247, 259
- Subsidiarität 351
 - Leistungsschutz, unmittelbarer
 - Behinderungsfallgruppe 419
 - Charakterisierung 382
 - Datenbankenschutz 322, 369
 - Ersatzausschließlichkeitsrecht 104
 - *Feist* 170
 - handlungsbezogenen 263
 - Interessenschutz 426
 - Investitionsschutz 389
 - Kartellrecht, Verhältnis zum 452
 - Konzeption 396
 - Lehrmeinung 265
 - marktfunktionale Begründung 297
 - Meinungsstand 276
 - Nachdruck 316
 - ökonomische Analyse 279, 284
 - Rechtsnatur 405
 - Rechtsvergleich 90, 104, 216, 407
 - ruinöse Konkurrenz 298, 312
 - Schutzzumfang 397
 - Schrittmacherfunktion 121, 250
 - Schweiz 303
 - Sonderschutzrechte, Verhältnis zu 333, 350
 - Subsidiarität 344
 - subjektiv-gegenständlich 427
 - teleologische-wettbewerbspolitische Auslegung 349
 - Tonträger 313
- Leistungswettbewerb 271, 424
- liability rule 103
- limit pricing 63
- Link
- frame 180
 - Hyper 180
- Lizenzierungskosten 233
- look alikes 191
- Malcompetitive copying, tort of 36
- Markt/Märkte
- nachgelagert 286, 306
 - primär und sekundär 39
 - zweiseitige 183, 220, 448
- Marktfolgenerwägung 461
- Marktfunktionalität 297
- Marktkonzentration
- crowding out-Effekt 399
 - Pressemarkt 182
- Marktregulierung 13

- Marktstörung, allgemeine
 - Institutionenschutz 433
 - Investitionsschutz 245, 272
 - Kartellrecht 452
 - Marktstrukturpolitik 450
 - Monopolisierung 446
 - Preiskampf 444
 - Preisunterbietung 443
 - Presseerzeugnisse, kostenlose Verteilung von 442
 - Rechtsprechung 253
 - ruinöse Konkurrenz 449
 - Unverfälschter Wettbewerb 458
- Marktstörung, ruinöse Konkurrenz
 - Aktivlegitimation 464
 - Amortisationsgedanke 474
 - Marktgefährdung 441
 - Rahmenbedingungen 463
 - Rechtsfolgen 478
 - Schutzbereich 467
 - Schutzschranken 470
 - Schutzzumfang 469
 - subjektiv-gegenständlicher Schutz 464
- Marktstruktur 198, 441
- Marktstrukturkontrolle 253, 453
- Marktstrukturpolitik 200, 450, 457
- Marktunvollkommenheiten 11, 182
- Marktverhaltenskontrolle 253, 453
- Marktversagen 9, 12, 87
 - Investitionsanreiz 196, 252
 - Nachfragermarkt 29
 - Schutzschranken 350
 - Unlauterkeitselement, als 133, 268
- Marktzutritt
 - Anreiz zum 64
 - Bestreitbarkeit 62
 - Drohung des 64, 162
 - Imitation 45, 173, 256
 - Innovation 65
 - IP-Rechte 54
 - Kosten 62, 64, 142, 149
 - Natürliches Monopol 65
 - Schranken 62, 453
 - Substitute 64, 144, 147
- Maschinendaten 368
- Mengenelastizität 48
- Meta-Suchmaschine 370
- misappropriation, doctrine of 89
 - database 147
 - dogmatische Einordnung 91
 - Hot News 177, 184, 194, 206
 - Konkurrenzverhältnis 217
 - Rechtsvergleich 407
 - ruinöse Konkurrenz 120
 - spin off-Datenbank 160
 - teleologische Auslegung 212
 - Unlauterkeitselement 381
 - Zwangslizenz 165
- Misappropriation Statutes 121
- Mitbewerberbehinderung
 - Kritik 263
 - Lehrmeinung 258
 - Meta-Suchmaschine 370
 - misappropriation, doctrine of 193
 - systematische Nachahmung 247
 - Verortung
- Moderne-Rechtsprechung 251, 264
- Monopol
 - Preise 115
 - Rente 10
 - natürliches 43, 47, 70, 78, 114, 117
 - natürliches, Bestreitbarkeit 174
 - natürliches, essential facilities-Doktrin 175
 - natürliches, Regulierung 57
- Mühe und Kosten, *siehe* sweat of the brow-Doktrin
- Nachahmungsfreiheit 256, 261, 265, 334, 339
- Nachrichtenaggregator 178, 210, 308
 - ruinöse Konkurrenz 181
- Nachrichteninhalte 178, 211
- Naturrecht 230, 267
- Neoklassisch
 - Analyse des Immaterialgüterrechts 25
 - Nationalökonomie 9
- Netzwerkeffekt 44, 249
- Nicht-Ausschließbarkeit 17
- Nicht-Rivalität 17
 - konsumtive und produktive 48
- Nutzungsart, neue 288
- Nutzungselastizität 48
- numerus clausus 104, 258, 262, 337, 339

- Opportunitätskosten 55
- Partikelschutz 470
- passing off 122
 - reverse 97
- Persönlichkeitsrechtlich 267, 311
- Plug Molding Statutes 130
- predatory pricing 54, 120
- preemption
 - constitutional 131, 185
 - Copyright 185, 311, 345
 - Rechtsvergleich 380
- Preisregulierung 60
- Preissetzungsmacht 67, 83
 - monopolistische 70, 116
- Preisunterbietung 104, 250
 - kartellrechtswidrig 54
 - Marktstörung, allgemeine 443
- Presseerzeugnisse
 - kostenlose Verteilung von 442
- Pressespiegelschranke 356
- Presseverlegerleistungsschutz 90, 178, 222, 360
- Privilegienwesen 340
- Produktdifferenzierung 67, 70, 74, 143, 150
- property rights-Theorie 21, 24, 26, 59
 - quasi 103
- prospect-Theorie 82, 282
- public choice-Effekt 231
- Qualitätsverfall 200
- Rechtsbruchtatbestand 433
- Reichweitenwettbewerb 179
- REM-Hypothese 15, 24, 465
- Remonopolisierung 355
- rent seeking-Effekt 35
- reverse engineering 19, 135, 139, 311
- Richterrecht
 - Institutionenökonomik 230
 - Investitionslenkung 406, 408
- Rufausbeutung 97, 215, 321
- ruinöse Konkurrenz
 - *siehe* Marktstörung, ruinöse Konkurrenz
 - Datenbankenindustrie 148, 153
 - doctrine of misappropriation 120
 - Halbleiterindustrie 143
 - Informationsgüter 53
 - Infrastrukturen, öffentliche 43, 80, 172
 - *INS vs. AP* 118
 - Konkurrenzverhältnis 174
 - Leistungsschutz, unmittelbarer 298, 312
 - nachgelagerter Markt 306
 - Plug Molding Statutes 135
 - Presse 181, 449
 - Rahmenbedingungen 56, 71
 - Regulierung 57
 - Tonträgerindustrie 128, 313, 448
- Schrittmacherfunktion 121, 252, 335, 361
- Schrittmacherurteile 250
- Schutzdauer
 - incentive/access-Abwägung 354, 472
 - Obergrenze 476
- Schutzfreiräume 349
- Schutzfrist, *siehe* Schutzdauer
- Schutzrechte
 - Hypertrophie 14
- Schutzschranken 348
 - Marktversagen 350
 - Urheberrecht 353
- Schutzumfang 80, 305, 329
 - Investitionsschutz 397
 - Leistungsschutz, unmittelbarer 397
- Schutzuntergrenze 348
 - Anreizsteuerung 399
 - Computerprogramme 362
 - Rechtsvergleich 380
 - Urheberrecht 351
- Schutzwürdigkeit, Abwägung 385, 451
- Schutzzweckdisparität 317, 339
- Schutzzweckidentität 355
- Schutzzweckklausel
 - deutsches Recht 402, 410
 - sUWG 304
- Schutzzwecktrias 423
- Schweizerisches Bundesgesetz gegen unlauteren Wettbewerb 303
- Screen scraping 191, 371
- Semiconductor Chip Protection Act 138
- Sendeformate 191, 352
- Sittenwidrigkeit 95, 192
- Skaleneffekte 43, 70, 86, 114

- sole source
 - Datenbanken 162, 375
 - Information 116, 471
- spillover-Effekt 32, 283
 - Schutzschranken 354, 358
- spin off-Datenbank, *siehe* Datenbank
- Sperrwirkung
 - Copyright 187, 189, 206
 - Datenbankherstellerrecht 373
 - Kartellrecht 454
 - Marktzutrittsschranke 64
 - Patentrecht 131
 - Schutzgegenstand 80
 - Urheberrecht 352
 - Veranstalterschutz 364
- Sportveranstalterschutz 270, 311, 366
- Studien, empirisch 151
- Subadditivität 46, 117
- subject matter-Test 186, 191
- Subsidiarität 186
- Substituierbarkeit 68
- Substitutionseffekt 39, 328
- sweat of the brow-Doktrin 93, 204, 251, 255, 268, 270
- Systemtheorie 433

- Tonträger
 - Herstellerrecht, US-Recht 121
 - Piraterie 125
- Transaktionskosten 24, 27
 - Analyse 232
 - Pressespiegel 358
 - prohibitiv 29, 33, 471
 - urheberrechtliche Schutzschranken 354
- Trittbrettfahreneffekt
 - Datenbankenindustrie 150, 157
 - Effekt 31, 111, 127
 - Hot News 195, 215

- Übernahme
 - parasitäre 96
 - systematisch 193, 247, 326
 - unmittelbare 251, 305, 324
- Unlauterkeit
 - unbestimmter Rechtsbegriff 422
- Unlauterkeitselement
 - Erfolgsqualifikation 198, 454, 456
 - Marktversagen 197
 - Preisunterbietung 327
 - US-Recht 192
 - zusätzliche 263
- Unteilbarkeiten 45, 114
 - Informationsgüter 41
- Utilitarismus 90, 197, 384, 465

- value added-Produkte 161
- Veranstalterschutz 362
- Verhaltenspflicht
 - wettbewerbsrechtliche 134, 155
- Verhaltensunrecht 304, 336
- Verfassungsvorbehalt 190
- Verlegerleistungsschutz, *siehe* Presseverlegerleistungsschutz
- Vorrangthese 334

- Werbeslogan 352
- Wohlfahrtsverlust 25
- Wohlfahrtsökonomik 50, 55, 246
 - Analyse 136, 144
- Wechselwirkungslehre 246, 385
- Wertungsharmonie
 - Datenbankenherstellerrecht 376
 - Kollisionsregel 342
 - Marktstörung 471
 - Pressespiegelschranke 357
 - Veranstalterschutz 364
- Wettbewerb
 - Behinderungs- 105
 - dynamischer, unvollkommener 10
 - Leistungs- 105
 - monopolistischer 67, 70
 - Substitutionswettbewerb 143
 - unverfälschter 458
 - vollkommener 9, 46, 49
- wettbewerbliche Eigenart
 - Immaterialgüterrechtsähnlichkeit 392
 - institutionelle Verortung 395
 - Investitionsschutz 382, 396
 - Kennzeichnungsfunktion 392
 - Kritik 273, 394
 - Leistungsschutz 382, 386
 - LEGO-Doktrin 337
 - Modeerzeugnisse 251
 - Schutzzumfang 393
 - Schutzuntergrenze 393
 - systematische Nachahmung 247

- Zurechnungsfunktion 392
- Wettbewerbsfreiheit 256
- Wettbewerbsleitbild 431
- Wettbewerbsverhältnis
 - konkretes 237, 466
 - potentielles 237, 294, 466

- Zuweisungsgehalt 108, 263, 480
- Zwangslizenz
 - Datenbankherstellerrecht 375
 - Kartellrecht 60, 165, 471