

ALEXANDER PEUKERT

Kritik der Ontologie des Immateriälgüterrechts

*Geistiges Eigentum und
Wettbewerbsrecht*

134

Mohr Siebeck

Geistiges Eigentum und Wettbewerbsrecht

herausgegeben von

Peter Heermann, Diethelm Klippel,
Ansgar Ohly und Olaf Sosnitza

134



Alexander Peukert

Kritik der Ontologie des Immaterialgüterrechts

Mohr Siebeck

Alexander Peukert, geboren 1973; seit 2009 Inhaber des Lehrstuhls für Bürgerliches Recht und Wirtschaftsrecht mit Schwerpunkt im internationalen Immaterialgüterrecht an der Goethe-Universität Frankfurt am Main, Exzellenzcluster „Die Herausbildung normativer Ordnungen“.

Diese Publikation geht hervor aus dem DFG-geförderten Exzellenzcluster „Die Herausbildung normativer Ordnungen“ an der Goethe-Universität Frankfurt am Main.



ISBN 978-3-16-155960-0 / eISBN 978-3-16-155997-6
ISSN 1860-7306 (Geistiges Eigentum und Wettbewerbsrecht)

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

© 2018 Mohr Siebeck Tübingen. www.mohr.de

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 gesetzt, auf alterungsbeständiges Werkdruckpapier gedruckt und gebunden.

Vorwort

Dass die Vorstellung vom eigentumsfähigen Immaterialgut zwar selbstverständlich, aber keineswegs eindeutig ist, fiel mir im Zuge der Arbeit an meiner Habilitationsschrift auf (vgl. Güterzuordnung als Rechtsprinzip, 2008, 39–41). Die Zweifel an der Tragfähigkeit des herrschenden Wirklichkeitsverständnisses im IP-Recht trugen dazu bei, dass ich in jener Arbeit eine gewissermaßen rein juristische, an den formalen Wirkungen des objektiven Rechts orientierte Dogmatik der Güterzuordnung entwickelte. Auch später stieß ich immer wieder auf die merkwürdige Seinsweise der Immaterialgüter, kam aber nicht über Andeutungen hinaus (insbes. in Kritika Bd. 1, 2015, 114 ff.).

Die Gelegenheit, der herrschenden Ontologie auf den Grund zu gehen, ergab sich erst im Herbst 2015, als ich die Einladung erhielt, am Zentrum für interdisziplinäre Forschung (ZiF) in Bielefeld an einer Arbeitsgemeinschaft zur „Ethik des Kopierens“ mitzuwirken. Die von Reinhold Schmücker, Thomas Dreier und Pavel Zahrádka geleitete Forschergruppe versuchte, einer überzeugenden normativen Konzeption des Urheberrechts im digitalen Zeitalter gerade auch durch eine ontologische Rekonstruktion seines Schutzgegenstands näherzukommen. Die intensiven und äußerst lehrreichen Gespräche, die ich am ZiF insbesondere mit Amrei Bahr, Eberhard Ortland und Maria Reicher führen konnte, bestärkten mich in der Überzeugung, dass die Zeit gekommen war, den riskanten Ausflug in das Grenzgebiet von Juristerei, Philosophie und Geschichte zu wagen.

Auf dem noch immer zweijährigen Weg zum Abschluss des Manuskripts hatte ich zahlreiche Gelegenheiten, einzelne Aspekte der nunmehr vorliegenden Monographie zur Diskussion zu stellen. Der Zwang, die Gedankenfolge in kurzer Zeit zu präsentieren, vor allem aber die Kritik und die Anmerkungen der Teilnehmer der jeweiligen Veranstaltungen trugen wesentlich zum nunmehr vorliegenden Ergebnis bei. Besonders danken möchte ich an dieser Stelle Manfred Rehbinder (Tagung des Arbeitskreises zur Geschichte und Zukunft des Urheberrechts in Heidelberg 2015 und Lektüre des Manuskripts), Stephan Meder (Tagung dieses Arbeitskreises in Hannover 2017), Jonathan Griffiths (Jahrestagung der International Society for the History and Theory of Intellectual Property in Glasgow 2016), Ole-Andreas Rognstad und Henrique Carvalho (Workshop on the Ontology and Structure of Intellectual Property in Oslo 2016), Nari Lee und Niklas Bruun (Workshop an der Hanken School of

Economics in Helsinki 2016) sowie Barton Beebe, auf dessen Vermittlung ich im Sommer 2017 als Gastwissenschaftler an der New York University School of Law das Manuskript im Wesentlichen abschließen und die Ergebnisse in einem Faculty Workshop vorstellen konnte.

In all diesen Jahren war ich als Hauptantragsteller am Exzellenzcluster „Die Herausbildung normativer Ordnungen“ beteiligt. Ohne die außergewöhnlichen Forschungsbedingungen und die intellektuelle Atmosphäre am Cluster wäre diese Schrift kaum zustande gekommen. Dafür möchte ich mich bei den beiden Sprechern des Clusters, Rainer Forst und Klaus Günther, herzlich bedanken.

Frankfurt am Main, im Februar 2018

Alexander Peukert

Inhaltsverzeichnis

Vorwort	V
§ 1 Einführung	1
I. Das Paradigma des Immaterialguts	1
II. Irritationen: Unterschiede zwischen Sachen- und Immaterialgüterrecht	4
III. Reaktionen	8
IV. Ziele und Plan der Untersuchung	17
V. Terminologie und Vorverständnis	22
§ 2 Zwei Ontologien	27
I. Die Ontologie abstrakter Objekte	27
1. Kennzeichen und Anwendung auf Immaterialgüter	27
2. Allgemeine Metaphysik: ein obsoleter Anachronismus?	30
3. Die mangelnde ontologische Plausibilität des abstrakten Immaterialguts	32
II. Die Ontologie sozialer Tatsachen	39
1. Grundzüge der searleschen Sozialontologie	40
2. Anwendung auf Immaterialgüter	49
§ 3 Zwei Abstraktionen	58
I. Abstraktion 1: Allgemeine Bezeichnungen für ähnliche Artefakte	58
1. Ein neues Artefakt	59
2. Das Master-Artefakt	61
3. Sekundäre Artefakte	66
II. Abstraktion 2: Die Idee des abstrakten Immaterialguts	70
1. Die Historizität der Bedingungen der Möglichkeit der Abstraktion 2	74
a) Neue Technologien	74
b) Von der namenlosen Nachahmung zum genialen Werk	80
c) Von der dirigistischen Regelung des Wirtschaftens zur Marktwirtschaft	87

aa) Wirtschaftsregulierung durch Privilegien und andere Regularien	87
bb) Die Herausbildung von Märkten und die Verdinglichung allen In- und Outputs	92
2. Die Emergenz des abstrakten Immaterialguts	99
a) Begriffsgeschichten: Werk, Erfindung, Design	99
b) Das abstrakte Immaterialgut in Rechtstexten des 18. und 19. Jahrhunderts	104
aa) Frankreich	105
bb) Vereinigtes Königreich und USA	108
cc) Deutschland	113
§ 4 Zwischenergebnis: Ein unplausibles Paradigma	118
§ 5 Die juristische Erklärungskraft der zwei Ontologien	122
I. Struktur und Praxis des geltenden IP-Rechts	122
1. Geltungsbereich des herrschenden Paradigmas	122
a) Markenrecht	123
b) Innovationsschutzrechte, insbesondere verwandte Schutzrechte und Sortenschutz	125
2. Verhaltens- und artefaktbasierte Rekonstruktion des IP-Rechts	128
a) Das Master-Artefakt als Bezugspunkt der Rechte	129
b) Sekundäre Artefakte	137
c) Regulierung von Verhaltensweisen in Bezug auf Sekundäre Artefakte	141
II. Strukturelle Unterschiede zwischen Sachen- und IP-Rechten	146
III. Besonderheiten der Rechtfertigung von IP-Rechten	150
1. Wirkung und Rechtfertigung von IP-Rechten	150
2. Insbesondere: Die ökonomische Analyse und Rechtfertigung der IP-Rechte	153
IV. Die Normativität des abstrakten Immaterialguts	154
1. Der Sinn des abstrakten Immaterialguts ist seine Normativität	154
2. Belege: Die Reichweite physikalistischer und idealistischer IP-Regime	158
3. Die Instabilität der Unterscheidung zwischen Recht und Wirklichkeit im IP-Recht	162
§ 6 Normative Kritik des Immaterialguts	166
I. Radikale Kritik ohne extreme Konsequenzen	166
1. Für ein neues Wirklichkeitsverständnis	166
2. Für die Form subjektiver Ausschließlichkeitsrechte	168

3. Alternative Terminologie	171
II. Perspektivwechsel: Vom Immaterialgut zu Akteuren, Handlungen und Artefakten	174
1. Akteure und Handlungen	175
a) Innovatoren und Investoren	175
b) Herstellung und Nutzung Sekundärer Artefakte durch Dritte	178
2. Master-Artefakte, Sekundäre Artefakte und Ähnlichkeitsrelationen	183
Zusammenfassung in Thesen	186
Literaturverzeichnis	197
Materialverzeichnis	216
Personen- und Sachverzeichnis	221

§ 1 Einführung

I. Das Paradigma des Immaterialgüter

Das Immaterialgüterrecht basiert auf einer spezifischen Vorstellung von Wirklichkeit. Demnach existieren immaterielle Güter, die einem Rechtsinhaber exklusiv zugewiesen werden.¹ Anders als Sachen i. S. d. § 90 BGB kann man diese Immaterialgüter weder anfassen noch kann man ihre physische Existenz wie bei verkörperten Daten oder Software („sonstige Gegenstände“ gem. § 453 Abs. 1 Alt. 2 BGB) wenigstens messen. Sie sind auch nicht identisch mit konkreten Werkstücken (z. B. einem Buch oder einer digitalen Datei), mit Erzeugnissen, maschinellen und sonst technischen Verfahren, mit Produktzeichen auf Verpackungen oder Werbematerial usw. Vielmehr sind die Schutzobjekte des Immaterialgüterrechts in diesen Manifestationen lediglich akzidentell verkörpert. Das Werk, die Erfindung, das Design, das unterscheidungskräftige Zeichen usw. existiert hiervon strikt getrennt als abstraktes, eben immaterielles Gut.² Damit lassen sich im deutschen Privatrecht drei Arten von Objekten un-

¹ *Kobler*, Autorrecht, 1 f. („Rechte an immateriellen Gütern, wie das Eigentum ein Recht an einem materiellen Gute“); dazu auch *Klippel*, ZGE 2014, 443, 453 f.; entsprechend die „propriété incorporelle“ im französischen Recht, vgl. Art. L-111-1, 111-3 (CPI); aus US-amerikanischer Sicht *Merges*, in: Dreyfuss/Pila, *The Oxford Handbook of Intellectual Property Law*, im Erscheinen („assets“).

² Für Erfindungen siehe §§ 1, 9 PatG und *Godenhielm*, GRUR Int. 1996, 327, 328 (Anleitung zum technischen Handeln als Abstraktion); *Zech*, GRUR 2017, 475 (patentierbare Erfindung „natürlich“ unkörperlich). Für das urheberrechtlich schutzfähige Werk vgl. Art. 2 Abs. 1 RBÜ, § 44 UrhG, 17 U.S.C. § 101 („embodied“); BGH GRUR 1962, 470, 472; BGH NJW 2007, 2394 Rn. 16 f.; BGH NJW 2016, 317 Rn. 20 m. w. N. – Helmut Kohl Tonbänder; *Microsoft Corp. v. AT & T Corp.*, 550 U.S. 437, 447-8 (2007) („Software, the ‚set of instructions, known as code, that directs a computer to perform specified functions or operations,‘ can be conceptualized in (at least) two ways. One can speak of software in the abstract: the instructions themselves detached from any medium. (An analogy: The notes of Beethoven’s Ninth Symphony.) One can alternatively envision a tangible ‚copy‘ of software, the instructions encoded on a medium such as a CD-ROM. (Sheet music for Beethoven’s Ninth.)“); *E. Ulmer*, Urheber- und Verlagsrecht, 11 f.; *Madison*, J. Intell. Prop. L. 19 (2012), 325, 333 („The work subject to copyright is solely and purely an intangible thing.“); anders aber §§ 10, 27 VerlG. Für Design vgl. §§ 1 Nr. 1, 2; 38 DesignG; Art. 1 GeschmMRL; Art. 1 GeschmMVO; Art. 26 Abs. 1 TRIPS. Für als Marke schutzfähige Zeichen vgl. §§ 3, 14 MarkenG; Art. 3, 10 MarkenRL 2015/2436; Art. 4, 19 UMV; 15 f. TRIPS. Für Topographien von Halbleitererzeugnissen Art. 36 TRIPS und Art. 1 lit. b HalblSchRL 87/54. Für Geschäftsgeheimnisse Art. 2 Nr. 1, 2 und 4 GeschäftsgeheimnisRL 2016/943. Ferner International Accounting Stan-

terscheiden: die bewegliche oder unbewegliche, körperliche Sache (§ 90 BGB); der nicht anfassbare, aber doch auf einem Trägermedium wie einem Computerchip verkörperte „sonstige“ Gegenstand (§ 453 Abs. 3 Alt. 2 BGB); sowie das unkörperlich-abstrakte Immaterialgut.³

Die Vorstellung, dass Immaterialgüter als gesonderte Objekte existieren, ist die Voraussetzung dafür, sie nach dem Vorbild des Sacheigentums für eigentumsfähig zu halten.⁴ Privateigentum regelt, wer was im Hinblick auf ein bestimmtes Objekt tun und lassen darf.⁵ Das gilt sowohl für das Sacheigentum wie für das „geistige Eigentum“, die demgemäß dieselben juristischen Strukturen aufweisen:⁶ Es handelt sich jeweils um Ausschließlichkeitsrechte, die alle Nichtberechtigten von bestimmten Nutzungen einer Sache bzw. eines Immaterialguts negativ ausschließen und diese Nutzungen zugleich positiv in das Belieben des Rechtsinhabers stellen. Ein Eingriff in den Schutzbereich eines solchen, primären Ausschließlichkeitsrechts ist nach dem Modell des Erfolgsunrechts grundsätzlich rechtswidrig und zieht sekundäre Abwehr- und Zahlungsansprüche nach sich. Die Ausschließlichkeitsrechte sind per rechtsgeschäftlicher Verfügung zumindest beschränkt übertragbar. Auch ihre verfassungsrechtliche Grundlage ist dieselbe, nämlich die Eigentumsgarantie gem. Art. 14 GG, 17 GRCh.

Die philosophischen Rechtfertigungen des Sachen- und Immaterialgüterrechts laufen ebenfalls weitgehend parallel. Im Vordergrund steht die Anerkennung von und der Anreiz zu persönlicher Arbeit und Leistung. Diese tätigkeitsbezogene Rechtfertigung geht einher mit Analogien zwischen bearbeiteten Sachen, insbesondere kultiviertem Land, und immateriellen Arbeitsprodukten.⁷ Konzeptionelle Anleihen dieser Art dominieren auch die ökonomische Analyse

dard 38, Immaterielle Vermögenswerte, § 8 („Ein immaterieller Vermögenswert ist ein identifizierbarer, nicht monetärer Vermögenswert ohne physische Substanz.“).

³ Siehe *Peukert*, Gemeinfreiheit, 49f.; *ders.*, in: *Leible/Lehmann/ Zech*, Unkörperliche Güter, 95 ff. Im anglo-amerikanischen Recht entspricht dem die Unterscheidung zwischen corporeal, intangible and intellectual property; vgl. *People v. Aleynikov*, 2015 WL 4110801, 16, 22 (N.Y.Sup.). Zu verkörperten, „sonstigen“ Gegenständen siehe Art. 2 Nr. 1 RL-E Digitale Inhalte, COM/2015/634 final; International Accounting Standard 38, Immaterielle Vermögenswerte, § 4 („Einige immaterielle Vermögenswerte können in oder auf einer physischen Substanz enthalten sein, wie beispielsweise einer Compact Disk (im Fall von Computersoftware), einem Rechtsdokument (im Falle einer Lizenz oder eines Patents) oder einem Film.“).

⁴ *Pottage/Sherman*, Figures of Invention, 4.

⁵ *Rognstad*, Tidsskrift for Rettsvitenskap 129 (2016), 518 ff.; *Zech*, Information als Schutzgegenstand, 91 ff.; vgl. auch *Peukert*, Güterzuordnung, 50 ff.

⁶ *Kohler*, Autorrecht, 2; *Peukert*, Güterzuordnung, 56 ff., 660 ff.; *Jänich*, Geistiges Eigentum, 185 („Sacheigentum und geistiges Eigentum ordnen dem Rechtsinhaber Befugnisse und Verpflichtungen in Bezug auf ein materielles bzw. immaterielles Gut zu.“); *Merges*, in: *Dreyfuss/Pila*, The Oxford Handbook of Intellectual Property Law, im Erscheinen.

⁷ Z.B. Le Chapelier's report (1791), in: Bently/Kretschmer, Primary Sources on Copyright; *Hegel*, Grundlinien der Philosophie des Rechts, § 69 (Gleichstellung des Schutzes gegen Raub auf Landstraßen und dem Diebstahl geistigen Eigentums). Aus der zeitgenössischen Diskussion etwa *Shiffrin*, in: Goodin/Pettit/Pogge, A Companion to Contemporary Political Philosophy, 653 ff.; *Merges*, Justifying Intellectual Property. Siehe ferner *Peukert*, in: *Drahos*

und Rechtfertigung der Immaterialgüterrechte. Orthodoxe Property-Rights-Theoretiker schreiben Immaterialgüterrechten schlicht und ergreifend dieselben ökonomischen Wirkungen wie Sachenrechten zu. All diese property rights hätten nämlich den Zweck, für eine effiziente Allokation der betreffenden Ressourcen zu sorgen.⁸ Andere Ökonomen betonen zwar den Gegensatz zwischen Sachen als privaten und Immaterialgütern als sog. öffentlichen Gütern, deren Nutzung anders als bei körperlichen Gegenständen nicht-exklusiv und nicht-rivalisierend sei. Doch geht auch diese Theorierichtung davon aus, dass es zuordnungsfähige immaterielle Güter gibt, für die zudem regelmäßig auf Beispiele zurückgegriffen wird, die der physischen Wirklichkeit entnommen sind, wie z. B. Leuchttürme und öffentliche Straßen.⁹

Der Wirkmacht des dominanten Sprechens und Denkens in Guts- und Objektkategorien vermögen sich selbst aufmerksame Beobachter wie *Jefferson*, *Kant* und in jüngerer Zeit *Drabos*, *Lemley* und *Drassinower* nicht zu entziehen. Sie weisen zwar auf die sonderbar dynamischen Eigenschaften der Immaterialgüter und ihre untrennbare Verbindung mit Rede- und sonstigen Kommunikationsakten hin. Letztlich aber kreisen auch ihre Analysen um die Frage der richtigen Regulierung des Umgangs mit einem Gut als einem prinzipiell eigentumsfähigen Objekt.¹⁰ Inzwischen herrscht die objektorientierte Betrachtungsweise sogar im Markenrecht, das bis zum Ende des 20. Jahrhunderts noch überwie-

Ghidini/Ullrich, *Kritika* 1 (2015), 114, 116 ff.; *Nazari-Khanachayi*, Rechtfertigungsnarrative des Urheberrechts, 27 ff.

⁸ *Demsetz*, *Journal of Law and Economics* 12 (1969); *Kitch*, *The Journal of Law & Economics* 20 (1977); *Landes/Posner*, *Economic Structure of IP*, 11; *Posner*, *Journal of Economic Perspectives* 19 (2005), 57, 59 („Whereas the ‚pure‘ economist (...) is likely to approach the question of optimal regulation of intellectual property from the standpoint of the economics of innovation, public goods and marginal-cost pricing, the economic analyst of law is more likely to begin with the parallels between intellectual and tangible property.“); *Epstein*, *Stanford L. Rev.* 62 (2009), 455, 461 („The basic principles of property law are alive and well, and they are capable of reasonable extension to all forms of intellectual property.“).

⁹ *Coase*, *Journal of Law and Economics* 17 (1974), 375; *Landes/Posner*, *Economic Structure of IP*, 14.

¹⁰ Vgl. *Jefferson*, in: *Kurland/Lerner*, *The Founders' Constitution* (3) 2000 („That ideas should freely spread from one to another over the globe, for the moral and mutual instruction of man, and improvement of his condition, seems to have been peculiarly and benevolently designed by nature, when she made them, like fire, expansible over all space, without lessening their density in any point, and like the air in which we breathe, move, and have our physical being, incapable of confinement or exclusive appropriation.“); *Drabos*, *Philosophy of IP*, 156 ff., 212; *Scotchmer*, *Innovation and Incentives*, 32 („For information goods, the template is the information itself, for example music ...“); *Lemley*, *N.Y.U. L. Rev.* 90 (2015), 460, 468 („In effect, the point of IP laws is to take a public good that is naturally nonrivalrous and make it artificially scarce, allowing the owner to control how many copies of the good can be made and at what price.“); *Pottage/Sherman*, *Figures of Invention*, 4. Zum alternativen Konzept der public domain sowie anderen, räumlich-gegenständlichen Betrachtungsweisen nicht geschützter Immaterialgüter (Allgemeingüter, Wissens-Allmende usw.) siehe *Peukert*, *Gemeinfreiheit*, 8 ff., 44–46 m. w. N.; kritisch auch *Barron*, in: *Bently/Davis/Ginsburg*, *Copyright and Piracy*, 93 ff.

gend als Teilaspekt der Regulierung wettbewerblichen Verhaltens aufgefasst worden war.¹¹

II. Irritationen: Unterschiede zwischen Sachen- und Immaterialgüterrecht

So selbstverständlich und international kodifiziert das Eigentums- und Objektdenken im Immaterialgüterrecht auch sein mag, so hartnäckig bewahrheitet sich *Le Chapeliers* Einschätzung, wonach das Patent- und Urheberrecht eben nicht nur die „heiligste“ Ausprägung der Eigentumsidee darstellen, sondern zugleich „une propriété d’un genre tout différent des autres propriétés“:¹²

Die zahlreicheren und auch in der Sache umfangreicheren Schranken der Immaterialgüterrechte kann die herrschende Meinung noch mit der intensiveren Sozialbindung der betreffenden „öffentlichen“ Güter begründen, ohne die einheitliche Eigentumsdogmatik aufgeben zu müssen.¹³ Andere Auffälligkeiten aber lassen sich auf der Basis des herrschenden Dogmas nicht mehr plausibel machen. Nur Immaterialgüterrechte sind zeitlich auf ein Maximum begrenzt bzw. – im Kennzeichenrecht – an einen Ausübungszwang gekoppelt;¹⁴ der numerus clausus der zulässigen Verfügungsgeschäfte beansprucht umgekehrt nur im Sachenrecht Geltung;¹⁵ die im BGB als Normalfall kodifizierte Naturalrestitution gem. § 249 Abs. 1 BGB findet wiederum im Immaterialgüterrecht praktisch nicht statt.¹⁶ Dass es sich hierbei nicht um randständige Kleinigkeiten, sondern um Charakteristika von Innovationsschutz- und Kennzeichenrechten handelt, bestätigt das Verfassungsrecht der USA, das für Patente und Urheberrechte einerseits sowie Markenrechte andererseits je spezielle Bundeskompetenznormen vorsieht.¹⁷ Auch der auf den ersten Blick homogene Grundrechts-

¹¹ Unten § 1 V, § 3 II 1c bb, § 5 I 1 a.

¹² *Le Chapelier’s report* (1791), in: Bently/Kretschmer, *Primary Sources on Copyright*.

¹³ *Penner*, *Idea of Property*, 120 (auch das Sacheigentum unterliege Grenzen, z. B. im Hinblick auf die Zulässigkeit, Grundstücke einsehen oder fotografieren zu dürfen); anders *Breaker*, in: *Howe/Griffiths, Concepts of Property*, 137, 152 f.

¹⁴ Zu Schutzfristen bei Innovationsschutzrechten *Renouard*, *Traité des droits d’auteur*, 438 ff. Zum Ausübungszwang im Markenrecht Art. 15 Abs. 3, 19 TRIPS; Art. 16 MarkenRL 2015/2436.

¹⁵ *Jänich*, *Geistiges Eigentum*, 234 ff., 357 (Sach- und geistiges Eigentum in einer Reihe von Eigenschaften „wesensverschieden“); *Peukert*, in: *Grundmann/Möslein*, im Erscheinen.

¹⁶ Siehe Art. 13 DurchsetzungsRL 2004/48; *Wimmers*, in: *Schricker/Loewenheim*, § 97 UrhG Rn. 265 f.; *Raue*, *Dreifache Schadensberechnung*, 340 ff.

¹⁷ Siehe einerseits Article I, Section 8, Clause 8 U.S. Constitution („Congress shall have power ... To promote the Progress of Science and useful Arts, by securing for limited Times to Authors and Inventors the exclusive Right to their respective Writings and Discoveries.“) sowie andererseits Article I, Section 8, Clause 3 U.S. Constitution („Congress shall have power ... To regulate Commerce with foreign Nations, and among the several States, and with the Indian Tribes.“) sowie *In re Trade-Mark Cases*, 100 U.S. 82 (1879).

status der Sachen- und Immaterialgüterrechte in Europa weist bei genauerer Betrachtung erhebliche Differenzen auf. Insbesondere treten bei Immaterialgüterrechten flächendeckende, systemische Konflikte mit Freiheitsgrundrechten ausgeschlossener Dritter auf, die die scheinbar harten Kanten der Rechte im Zuge permanenter Interessenabwägungen abschleifen und sich in dieser Schärfe beim Sacheigentum nicht stellen.¹⁸ Denn nur das Sacheigentum hat den guten Sinn und harten Kern, allen Eigentümern die Erwartung eines jeweils ungestörten Umgangs mit ihren Sachen zu garantieren, der Freiheitsgrundrechte Dritter nicht tangiert – z. B. ein Buch zu gewünschter Zeit lesen zu können.¹⁹ All diese Unterschiede sind Ausdruck divergierender Grundnormen, auf denen das Sachenrecht einerseits und das Immaterialgüterrecht andererseits beruhen. Das BGB sieht eine Herren- und Eigentumslosigkeit körperlicher Gegenstände allenfalls als vorübergehenden Ausnahmefall vor. Jedermann kann sich eine herrenlose bewegliche Sache aneignen, indem er sie mit Eigenbesitzwillen ergreift und dann als ihm gehörend besitzt; bei Grundstücken steht das Aneignungsrecht dem Fiskus zu.²⁰ Demgegenüber sind und bleiben Immaterialgüter gemeinfrei, soweit sie nicht durch zeitlich, räumlich und sachlich begrenzte Immaterialgüterrechte einer Person zugewiesen sind. Mithin sind die Ausgangspunkte des Sachen- und Immaterialgüterrechts verschieden. Während sämtliche Mobilien und Immobilien unter Eigentum stehen oder wieder angeeignet werden können, gehören Immaterialgüter grundsätzlich niemandem.²¹

Auf den zweiten Blick erweisen sich auch die rechtsphilosophischen Parallelen zwischen beiden Gebieten als brüchig.²² Dabei kommen insbesondere ontologische Differenzen zwischen Sacheigentum und „geistigem Eigentum“ zum Tragen.²³ Denn zur Rechtfertigung des Sacheigentums wird überwiegend auf den Schutz einer faktischen Sachherrschaft abgestellt, die durch erstmaliges Ergreifen oder durch Bearbeitung legitim erworben wurde und sodann in ihrem

¹⁸ Peukert, in: Geiger, Handbook on Human Rights and IP, 132ff. m.w.N.; aus rechtsphilosophischer Sicht Waldron, Chicago-Kent L. Rev. 68 (1993), 841 ff.

¹⁹ C. Schmidt, DZPhil 52 (2004), 755, 762.

²⁰ §§ 928 II, 958, 872 BGB; Geulen, in: Gephart, Rechtsanalyse als Kulturforschung, 309, 317 (das Institut der Derektion impliziere, dass es keine Sachen gibt, die noch niemals niemandem gehört haben).

²¹ Vgl. Peukert, Gemeinfreiheit, 49f., 66ff.; *Diamond v. Chakrabarty*, 447 U.S. 303, 309 (1980); *Funk Bros. Seed Co. v. Kalo Inoculant Co.*, 333 U.S. 127, 130 (1948); *Bilski v. Kappos*, 130 S. Ct. 3218, 3225 (2010) (nicht patentierbare Entdeckungen etc. „free to all men and reserved exclusively to none“); *Ochoa*, U. Dayton L. Rev. 28 (2002), 215, 256 ff.

²² *Drabos*, Philosophy of IP, 212 („The analogy between intellectual property rights and other kinds of property rights is only superficial.“); *Wilson*, The Monist 93 (2010), 450, 451 ff.; zur britischen Diskussion *Sherman/Bently*, The Making of Modern Intellectual Property Law, 20 ff.

²³ Deshalb gegen den Begriff des „geistigen Eigentums“ *Kohler*, Handbuch des deutschen Patentrechts, 57, 70 ff. („fundamentale[n] Unterschiede in ihren wesentlichen Lebensäußerungen“); *ders.*, Urheberrecht an Schriftwerken und Verlagsrecht, 26f.; ferner *Jänich*, Geistiges Eigentum, 218 („erhebliche Differenzen“).

Bestand durch das Eigentum zu schützen sei. Der Verweis auf die legitime Inhabung eines Gutes mag zur Begründung des Schutzes von Geheimnissen und unveröffentlichten Schriften genügen, nicht aber zur Erklärung von Immaterialgüterrechten wie Patenten, Urheber- und Markenrechten, die überhaupt erst entstehen oder jedenfalls praktisch relevant werden, wenn die betreffende Erfindung, das Werk oder das Produktzeichen an die Öffentlichkeit gelangt sind und sich damit der faktischen Herrschaft des Erfinders, Urhebers oder Unternehmers gerade entziehen. Demgemäß haben die beiden einflussreichsten Philosophen der Neuzeit – *John Locke* und *Immanuel Kant* – ihre allgemeinen Eigentumslehren nicht auf Werke und Erfindungen angewendet, sondern hierfür spezielle Rechtfertigungen formuliert.²⁴ Für seine einschlägige Schrift zur Unrechtmäßigkeit des Büchernachdrucks hat *Kant* gerade von führenden Vertretern des Immaterialgüterrechts scharfe Ablehnung geerntet.²⁵ Mitte des 19. Jahrhunderts beschied *Bluntschli* *Kant* eine „unreife“ Darstellung.²⁶ Und der um deutliche Worte auch sonst nicht verlegene Doyen des deutschen Immaterialgüterrechts, *Josef Kohler*, diffamierte *Kant* als „formalistische[n] gemüthlose[n] Schematiker“, dessen Text zum Büchernachdruck eine „abenteuerliche Ausgeburt eines unjuristischen Geistes“ sei.²⁷ Die selbst für *Kohlersche* Verhältnisse außergewöhnlich heftige und im deutschen Sprachraum lange nachwirkende Verstoßung *Kants* aus dem Kreis der relevanten Immaterialgüterrechtstheoretiker wird freilich verständlich, wenn man sich vergegenwärtigt, dass *Kant* das Verbot des Büchernachdrucks dezidiert nicht objekt- und eigentumsorientiert mit dem Schutz des Werkes (opus) begründet, sondern als eine Bedingung einen funktionsfähigen, aufklärerischen Diskurses begreift, in dem sich Autoren für die Vermittlung ihrer autonomen Rede (opera) marktwirtschaftlich organisierter Verlage bedienen, die zur Amortisation ihrer Investitionen eines gewissen, rein instrumentell verstandenen Schutzes bedürfen.²⁸

²⁴ Vgl. *Kant*, Werke IV, 212 ff. Zu *Kant Schefczyk*, DZPhil 52 (2004), 739, 745 ff.; *Wilson*, The Monist 93 (2010), 450, 452 f.; siehe aber *Jacob*, Ausschließlichkeitsrechte an immateriellen Gütern, passim. Zu *Locke Oberndörfer*, Die philosophische Grundlage des Urheberrechts; *Shiffirin*, in: Munzer, New Essays in the Legal and Political Theory of Property, 138; *Lemley*, UCLA L. Rev. 62 (2015), 1328, 1338 ff. Ferner *Stallberg*, Urheberrecht und moralische Rechtfertigung, 300 ff. (sprechakttheoretische Rechtfertigung).

²⁵ Siehe *Hubmann*, UFITA 106 (1987), 145, 151, 154 (Kant sei „von der heutigen Urheberrechtstheorie doch recht weit entfernt“ und für die Weiterentwicklung des Urheberrechts nicht fruchtbar geworden); *Gieseke*, Vom Privileg zum Urheberrecht, 170 (Kants „wenig realitätsnahe[r] Gedankengang“ sei ohne Wirkung geblieben); *Bosse*, Autorschaft als Werkherrschaft, 119 f. (Kant werde nicht widerlegt, sondern ausgeschlossen, disqualifiziert); ferner *Stallberg*, Urheberrecht und moralische Rechtfertigung, 154 ff.

²⁶ *Bluntschli*, Deutsches Privatrecht I, 189.

²⁷ *Kohler*, UFITA 123 (1993), 99, 127.

²⁸ *Barron*, Law and Philosophy 31 (2012), 1 ff.; *Drassinower*, What's Wrong with Copying?, 8 unter Berufung auf *Kants* Text zum Büchernachdruck a. a. O., 16, 113.

Auch die ökonomische Analyse des Sacheigentums einerseits und der Immaterialgüterrechte andererseits fördert letztlich mehr Unterschiede als Gemeinsamkeiten zutage. Während Ersteres primär unter dem Gesichtspunkt der nachhaltig effizienten Nutzung *vorhandener* Ressourcen betrachtet wird, dienen Immaterialgüterrechte nach allgemeiner Auffassung der erstmaligen Hervorbringung *noch nicht existierender* Güter.²⁹ Auch sonst bilden öffentlich zugängliche, immaterielle Güter geradezu das Gegenbeispiel zu Sachen. Sie sind faktisch nicht-exklusiv und nicht-rivalisierend; ihre Nutzung generiert keine negativen, sondern positive Externalitäten (z.B. Lernfortschritt bei Schülern), weshalb ihre öffentliche Verfügbarkeit nicht zu einer Tragödie der Allmende führt. Und schließlich kann der Knappheitsbegriff nur modifiziert auf immaterielle Güter zur Anwendung kommen, da diese potentiell unbegrenzt reproduziert werden können und also gerade nicht knapp sind, wenn sie erst einmal hervorgebracht wurden.³⁰ Nach Auffassung des führenden US-amerikanischen Immaterialgüterrechtlers *Mark Lemley* steht sogar das Ende der Knappheit bevor, auf die Patente, Urheberrechte und andere Innovationsschutzrechte reagieren. Denn unter den Bedingungen gegenwärtiger Technologien wie des Internets, des 3D-Drucks und der Robotik sei mit einem Überfluss innovativer Produkte gerade dann zu rechnen, wenn die durch Immaterialgüterrechte ausgelöste künstliche Knappheit beseitigt werde.³¹

Die Liste der Unterschiede zwischen Sachen- und Immaterialgüterrechten ließe sich fortsetzen. Abschließend erwähnt seien hier nur noch drei frappierende Beobachtungen. Erstens sind Immaterialgüterrechte in ihrer gegenwärtigen Form ein im Vergleich zum Sacheigentum viel jüngeres, kaum mehr als 250 Jahre altes Phänomen.³² Zweitens sind sie inzwischen zwar praktisch weltweit anerkannt, zugleich aber politisch viel umstrittener als die eigentumsmäßige Verteilung beweglicher und auch unbeweglicher Sachen.³³ Drittens fällt auf, dass das Verhältnis von Sein und Sollen im Immaterialgüterrecht besonders instabil ist. Historiker streiten sich darüber, ob das Konzept des abstrakten Immaterialguts vom Recht nur vorgefunden oder ob diese Objektidee vom frühen Immaterialgüterrecht regelrecht mit hervorgebracht wurde.³⁴ Und nicht wenige Theoretiker meinen, im Immaterialgüterrecht könne zwischen der Wirklichkeit und den Rechtsregeln letztlich nicht unterschieden werden, da die geschützten Objekte im Zuge der Anwendung der einschlägigen Gesetze definiert und

²⁹ *J. Cohen*, *Houston L. Rev.* 52 (2014), 691, 693.

³⁰ Vgl. *Landes/Posner*, *The Economic Structure of Intellectual Property Law*, 18 (eine Idee könne nicht wie ein Stück Land betrachtet werden); *Lemley*, *Texas L. Rev.* 83 (2005), 1031; *Benkler*, *Networks*, 36ff.; *Wilson*, *The Monist* 93 (2010), 450, 453; *Pottage/Sherman* *Figures of Invention*, 4; *Steinvorth*, *DZPhil* 52 (2004), 708, 728.

³¹ *Lemley*, *N.Y.U. L. Rev.* 90 (2015), 460.

³² Dazu unten § 3 II.

³³ *Peukert*, *RabelsZ* 81 (2017), 158ff.

³⁴ *Sherman/Bently*, *The Making of Modern Intellectual Property Law*, 57.

damit zugleich als Elemente der Rechtswirklichkeit konstituiert würden.³⁵ Paradigmatisch für diese Schwierigkeiten ist das gegenwärtige Patentrecht, das seinen Gegenstand aus sich selbst heraus, nämlich aus der hochformalisierten Patentschrift, generiert.³⁶

III. Reaktionen

Nach herrschendem Verständnis sind all diese Divergenzen lediglich Ausdruck gradueller Unterschiede, die sich in einer differenzierten Ausgestaltung („Sozialbindung“) der Rechte niederschlagen, aber nichts an ihrer grundsätzlichen Charakterisierung als ausschließliche Eigentumstitel ändern, die einem Inhaber ein Objekt zuordnen.³⁷ Die einschlägige Rechtstheorie kreist um die spezifisch juristische Frage, ob Urheberrechte und gewerbliche Schutzrechte als Eigentumsrechte oder als Regulierung wettbewerblichen Verhaltens zu begreifen sind.³⁸ Selbst Autoren, die wie *Felix Cohen* und *Alf Ross* dem rechtsrealistischen Theorielager zuzuordnen sind und daher abstrakten Begrifflichkeiten und Diskussionen prinzipiell skeptisch gegenüberstehen, zielen mit ihrer Kritik auf juristische Figuren wie das subjektive Recht oder die Lauterkeit des Wettbewerbs und die Auswirkungen dieser rechtlichen Rede- und Denkweisen auf die Regulierung der Wirklichkeit ab.³⁹

Doch greift diese innerjuristische Kritik prinzipiell zu kurz. Die Unterschiede der rechtlichen Merkmale von Sachen- und Immaterialgüterrechten können nicht mit just diesen rechtlichen Merkmalen erklärt werden.⁴⁰ Wer dies tut, dreht sich im juristischen Kreis und tendiert dazu, juristischen Begriffen („dem“ Eigentum, „dem“ subjektiven Recht, etc.) in begriffsjuristischer Tradition Be-

³⁵ *Madison*, Case Western Reserve L. Rev. 56 (2005), 381, 465 („factual‘ and ‚legal‘ things are identical; once rules governing protection and infringement are applied, the legal right is coextensive with what the right owner in fact created, invented, or made distinctive“); *van Dijk*, Grounds of the Immaterial, 30 („insurmountable problem of correspondence between these concepts and supposed extra-legal things“).

³⁶ Dazu näher unten § 5 IV 3.

³⁷ BVerfG NJW 2001, 598; *J. Cohen*, Texas L. Rev. 94 (2015), 1, 32ff.; *Merges*, in: Dreyfuss/Pila, The Oxford Handbook of Intellectual Property Law, im Erscheinen; unklar *Drabos*, Philosophy of IP, 210–213.

³⁸ Dazu nur etwa *E.E. Hirsch*, UFITA 36/I (1962), 19, 47ff. („Werkherrschaft“); *Jänich*, Geistiges Eigentum, 185ff.; *Peukert*, in: Basedow/Hopt/Zimmermann, Handwörterbuch Europäisches Privatrecht I, 648ff.; *Ohly*, JZ 2003, 545ff.; *Renouard*, Traité des droits d’auteur, 441ff.; *Pfister*, RIDA 205 (2005) 117ff.; *Howe/Griffiths*, Concepts of Property; *Merges*, in: Dreyfuss/Pila, The Oxford Handbook of Intellectual Property Law, im Erscheinen.

³⁹ *F. Cohen*, Columbia L. Rev. 35 (1935), 809ff.; *Ross*, Tidsskrift for Rettsvitenskap 58 (1945), 321, 350f.; *ders.*, On Law and Justice, 172f., 178. Zum „juristischen Begriffshimmel“ ferner v. *Jhering*, Scherz und Ernst, 245ff.

⁴⁰ Das übersieht *Gray*, Cambridge L.J. 50 (1991), 252, 299; wie hier *van Dijk*, Grounds of the Immaterial, 9f.

deutungen zu entnehmen, die er doch nur selbst in sie hineingelegt hat. Die in ihrem Umfang völlig außer Verhältnis zum geringen Ertrag stehende, weltumspannende Diskussion darüber, ob Patente, Urheberrechte usw. nun als Eigentum/property/propriété gelten dürfen oder nicht, legt hiervon ein beredtes Zeugnis ab.

Die demgegenüber hier vertretene Hypothese lautet, dass die Unterschiede zwischen Sachen- und Immaterialgüterrechten Ausdruck einer kategorial anderen Seinsweise der betreffenden Rechtsobjekte sind. Damit verlagert sich das Verständnisinteresse vom Recht auf die Wirklichkeit des Rechts. Die Wirklichkeit des geltenden Immaterialgüterrechts ist das abstrakte Immaterialgut: die Erfindung, das Werk, das Design, das Zeichen, usw., das dem Rechtsinhaber zugewiesen wird. Wenn der sonderbare Charakter der Immaterialgüterrechte auf der Basis des herrschenden Paradigmas vom abstrakten Immaterialgut nicht verständlich gemacht werden kann, dann gilt es, diese Ontologie kritisch zu überprüfen.⁴¹

Versuche in diese Richtung sind erstaunlich selten unternommen worden.⁴² Die überwältigende Mehrheit selbst der theoretisch ambitionierten Schriften zum Immaterialgüterrecht geht ohne Weiteres von der Existenz des abstrakten Immaterialguts als eines eigentumsfähigen Objekts aus, ohne sich über diese Unterstellung weiter zu „grämen“.⁴³ Wer sich wie etwa *Alexander Elster*, *Heinrich Hubmann*, *Alois Troller* und *Nicolas Druey* zum ontologischen Status von Immaterialgütern oder Informationen äußert, tut dies im Wege der knappen Rekonstruktion des herrschenden Verständnisses, wonach diese abstrakten Objekte eben unabhängig von ihren Verkörperungen in Büchern, digitalen Dateien, gewerblichen Erzeugnissen usw. als etwas „Geistiges“ existieren.⁴⁴ 1955 proklamierte *Alois Troller* demgemäß, dass sich

⁴¹ *Pottage/Sherman*, *Figures of Invention*, 4; *van Dijk*, *Grounds of the Immaterial*, 2f.

⁴² *Pottage/Sherman*, *Figures of Invention*, 4 („... normative and political debates ... have effectively eclipsed the question of what kinds of things ideas are in the first place“); *Wreen*, *The Monist* 93 (2010), 433, 435 („Both the law and philosophy are virtually silent on the matter.“); *Hick*, *British Journal of Aesthetics* 51 (2011), 185 („And unfortunately, while copyright law assumes some metaphysical basis to its objects, this basis tends to go largely uninvestigated.“); *Chin*, *University of Pittsburgh L. Rev.* 74 (2012), 263, 268; *van Dijk*, *Grounds of the Immaterial*, 2. Aus rechtshistorischer Perspektive *Wadle*, in: ders., *Beiträge zur Geschichte des Urheberrechts*, 11, 15.

⁴³ So zum Vorwurf, die Erfinderiadee liege als ein eigentumsfähiges Immaterialgut „im dichten Nebel“ *Kohler*, *Handbuch des deutschen Patentrechts*, 57 mit Fn. *** (die Patentrechtswissenschaft werde sich über derartige Anwürfe „nicht zu sehr grämen“). Kritisch dazu *Alexander-Katz*, *Festgabe Wilke*, 3, 6 (Kohler wiederhole seine nicht voll befriedigenden Argumente lediglich mit neuen geistreichen Wendungen). Aus der zeitgenössischen Literatur *Zech*, *Information als Schutzgegenstand*, 36 (philosophische Gegenstands- und Objektbegriffe seien nicht weiter zu problematisieren); *Pottage/Sherman*, *Figures of Invention*, 4 („too obvious to require any explanation“); *Teilmann-Lock*, *The Object of Copyright*, 143.

⁴⁴ Unter Berufung auf die Ontologie Nicolai Hartmanns *Elster*, *RabelsZ* 6 (1932), 903, 913 („geistiges Plus“, das über die materielle Erscheinung hinausgehe); *Hubmann*, *Das Recht des*

„[a]lle Rechtswissenschaftler ... darin einig [sind], daß das Werk der Literatur und Kunst nicht eine körperliche, sondern eine geistige Sache, daß es sein Werk des Geistes, ein Geisteswerk ist. Das ist eine ontologische Feststellung: Das Werk wird als selbständig Seiendes anerkannt. Sein Wesen ist als geistiges bestimmt. Weiterhin zweifelt niemand daran und kann es auch nicht tun, daß das Werk aus dem Geist des Urhebers (durch seine geistige Leistung) entstanden ist; ebenso steht fest, daß das Werk, sobald es physisch wahrnehmbar gemacht wurde, vom Urheber getrennt ist und sein eigenes Dasein hat. Es ist verselbständigter, objektivierter Geist.“⁴⁵

Diese Einschätzung gibt den Stand der *rechtswissenschaftlichen* Erkenntnis auch jenseits des deutschen Sprachraums noch immer weitestgehend zutreffend wieder. Der einzige Unterschied ist, dass Werke und andere Immaterialgüter nicht mehr wie während der idealistischen Naturrechtsrenaissance im Nachkriegsdeutschland als „objektivierter Geist“ beschrieben, sondern in Anschluss an die philosophische Fachterminologie „Typen“ genannt werden, die in unterschiedlichsten „Token“ manifestiert seien.⁴⁶

Zugleich finden sich zahlreiche Belege dafür, dass die Vorstellung des abstrakten Immaterialguts unklar und dunkel geblieben ist. Die großen Nachdruckdebatten des 18. Jahrhunderts in Großbritannien und Deutschland drehen sich zu einem großen Teil um die Frage, was denn Schutzgegenstand des neuartigen Copyrights bzw. der Nachdruckverbote sei.⁴⁷ Und auch nachdem sich das abstrakte Immaterialgut als dominantes Paradigma etabliert hatte, blitzte die fundamentale Unsicherheit, worauf sich das gesamte Rechtsgebiet eigentlich gründet, immer wieder auf. Nach einer oft zitierten Redewendung des einflussreichen Richters am US-amerikanischen Supreme Court *Joseph Story* betreffen Patent- und Copyrightfälle die „metaphysics of the law“.⁴⁸ Sein nicht minder berühmter Nachfolger *Oliver Wendell Holmes Jr.* meinte mit Blick auf das Copyright, “[t]he right to exclude is not directed to an object in

schöpferischen Geistes, 46–48. Zu Ähnlichkeiten zwischen Hartmanns platonisch-idealistic Ontologie und Ingardens Ontologie des Kunstwerks siehe *Bertolini*, in: Petersen/Poli, *Philosophy of Nicolai Hartmann*, 171 ff. Siehe ferner *A. Troller*, *Immaterialgüterrecht* 1, 55 ff.; *Merkel*, *Immaterialgüterrecht*, 72 ff.; *Druey*, *Information als Gegenstand des Rechts*, 3f. („Nicht die Wirkung von Nukleinsäuren im Organismus, allgemeiner nicht die kybernetischen Einflüsse in der ‚Menschenmaschine‘ ... sollen für uns Betrachtungsgegenstand sein.“ Information sei etwas Geistiges und abstrakt von den Verkörperungen auf Trägern.).

⁴⁵ *A. Troller*, UFITA 50 (1967), 385, 389; *ders.*, *Immaterialgüterrecht* 1, 55 mit Fn. 11; anders zuvor noch *ders.*, *Internationale Zwangsverwertung und Expropriation von Immaterialgütern*, 105 (Immaterialgüter seien „ihrem Charakter nach Objekte des menschlichen Tuns“, eine „aktivitätsindifferente“ Betrachtung erschließe nicht ihre „eigentliche Existenz“).

⁴⁶ *Shiffirin*, in: Goodin/Pettit/Pogge, *A Companion to Contemporary Political Philosophy*, 653, 654; *Chin*, *University of Pittsburgh L. Rev.* 74 (2012), 263, 275. Zu dieser Ontologie unten § 2 I 1.

⁴⁷ Dazu unten § 3 II 2b und *Hubmann*, UFITA 106 (1987), 145.

⁴⁸ *Folsom v. Marsh*, 9 F.Cas. 342, 344 (C.C.D. Mass. 1841) (Story, J.); *Hogg v. Emerson*, 47 U.S. 437, 485–86 (1848); weitere Nachweise aus der US-Rechtsprechung und Literatur siehe *Chin*, *University of Pittsburgh L. Rev.* 74 (2012), 263, 268.

Personen- und Sachverzeichnis

- Absatzhonorar 95 f.
Abstraktion 58 ff., 70 ff.
Akausalität 32
Aktant 12
ancien régime 106, 167, 173, 189
Anmeldung 64, 130 ff., 137
Antike 31, 71 ff.
Äquivalent 45, 79, 162
Aristoteles 55, 75, 81
Artefakt 59 ff., 128 ff., 174 ff.
Artefakt, neues 59 f.
Artefakt, mentales 120, 132
Artefakt, physisches 35
Artefakt, sekundäres 66 ff., 137 ff., 141 ff., 183 ff.
Ausschließlichkeitsrecht 2, 62 f., 129 ff., 168 ff.
Ausübungszwang 4, 148, 186, 193
Autor 11 ff., 83 ff., 94 f., 106 f.
- Bearbeitung 113, 140, 160 ff., 168
Beschreibung 63 f., 133 ff., 166 f.
Biagioli, Mario 73, 90, 155
Boldrin, Michel 16 f., 35, 153
boundary object 12
Buch 51 f., 82, 114
Buchdruck 77, 90 ff., 108, 189
Buchdruckverordnung 91 f.
Buchhändler 87 f., 100
- Cohen, Felix 8 f.
Copyright 11 f., 109 ff., 158 f.
- Darbietung 28 f., 79, 126 f., 142 f.
Datei 51, 61, 67, 132 f.
Daten 1, 143, 147, 149
Datenbank 62, 79, 127, 176 f.
Dauer 100, 148, 186
Design 23, 53 ff., 81 ff., 139 ff.
- Deutschland 10, 84 f., 102, 113 ff.
Differenzhypothese 149, 193
Digitalisierung 66, 79
Donaldson v Beckett 110
Doppelschöpfung 139
droit d'auteur 158
Durchschnittsfachmann 141, 163
Dürer, Albrecht 82, 92
- Effizienz 170
Ehe 40, 42 ff., 47 f.
Eigentumsgarantie 2
Elster, Alexander 9, 155
Erfindung 17 ff., 51 ff., 99 ff., 118 ff.
Erfindungsgedanke 136
Erzeugnis 64 ff., 125 ff., 142 ff., 183 ff.
- Fabrikzeichen 98
Fichte, Johann Gottlieb 78, 125
Fiktion 13, 153 f., 163 ff., 168 ff.
Fixierungserfordernis 158
Formenschatz 68, 133, 137, 192
Foucault, Michel 31
Frankreich 84, 105 ff., 160, 172 f.
Frege, Gottlob 33
- Gegenstand, sonstiger 1 f., 41, 147, 186 f.
Geheimnis 70, 132, 144, 147
Geistiges Eigentum 15, 105, 154 f., 171 ff.
Geld 40 ff., 46 ff., 127, 191
gemeinfrei 5, 32
Genie 55, 83 ff., 96, 189
Genotyp 69, 127, 191
Geräuschmarke 80
Geschmacksmusterrecht 103
Gewerbemonopol 87
gewerblicher Rechtsschutz 79, 139
Gilde 87
Goehr, Lydia 73, 96

- Goodwill 24, 124 f.
 Grenzbeschlagnahme 144 f.
 Grundrecht 4 f., 141, 147, 150

 Halbleitererzeugnis 79, 103, 125, 158
 Handlung 18 ff., 60 ff., 132, 174 ff.
 Happening 36
 Hubmann, Heinrich 9

 informierter Benutzer 141
 Innovation 16 f., 125 ff.
 Innovator 175 ff.
 Intellectual Property 22 f., 99, 171
 Internationales Privatrecht 145, 192
 Internationales Zuständigkeitsrecht 145, 192
 Invention 101 f., 108
 Investition 97, 127, 175 ff.
 Investor 169 f., 175 ff
 IP 22 f., 150 ff.
 IP-Recht 22 f., 129 ff., 150 ff., 171 ff.

 Jefferson, Thomas 3, 11

 Kant, Immanuel 3, 5 f., 11, 78
 Klageantrag 68, 132, 138 f.
 Knappheit 7, 153 f., 181 f., 186
 Koch, Heinrich Christoph 85, 104
 Kohler, Josef 6, 11, 155, 161 f.
 Kommodifizierung 93 f., 96 ff., 156, 175 f.
 Kopie 51 f., 66 f., 109 f., 137 ff.
 Kreativität 55, 81, 180
 Kritik 13 ff., 19 f., 166 ff.
 kritische Theorie 26
 Kunst 77 f., 85 f.
 Kunstwerk 24 f., 37 f., 55, 80 ff.

 Lange, Max 14 f., 129, 151, 168
 Legitimität 114, 167, 182
 Lemley, Mark 3, 7, 153
 Levine, David 16, 35, 153
 Lichtbild 62, 79, 126 f.
 Lizenzanalogie 149
 Locke, John 6
 Luhmann, Niklas 31

 Macht 47 ff., 120, 156 f., 194
 Manufaktur 87

 Manuskript 14, 78 f., 112, 120
 Markenrecht 3 ff., 23 ff., 123 ff., 190
 Marktwirtschaft 74, 87, 170 f., 195
 Master-Artefakt 18, 61 ff., 129 ff., 183 ff.
 Mensch 25, 41 ff., 82 ff., 152
 mentales Artefakt 120, 132
 Metaphysik 27 f., 30 ff., 118, 187
 Mikroorganismus 64, 134
 Millar v Taylor 110 f.
 Mimesis 83, 189
 Mittelalter 76, 82, 87, 189
 Modell 33, 64 f., 102 f., 188
 Monopol 22, 61, 89 f., 172
 Moritz, Karl-Philipp 55, 85 f., 120, 175
 musica poetica 83
 Musterrecht 102

 Nachahmung 59, 74, 80 ff., 105
 Naturalrestitution 4
 Nettohandel 95
 new manufacture 89 f., 108, 189
 Normativität 20, 120 f., 154 ff., 193 f.
 numerus clausus 4, 148, 193

 Objekt 1 ff., 27 ff., 70 ff., 122 ff.
 öffentliches Gut 3 f., 13, 167, 193
 ökonomische Analyse 3, 29, 153, 177
 Ontologie 27 ff., 39 ff., 122 ff.
 organisch 41 ff., 61 ff., 66
 Original 15 f., 41, 61 f., 78
 Originalität 55

 Patent 63 f., 88 ff., 130 ff., 159 ff.
 Patentanspruch 139
 Patentschrift 130 ff., 159 f.
 persönliche geistige Schöpfung 163
 Pflanzensorte 23, 64, 139, 152
 Phänotyp 127
 physikalisch 28, 41
 Privileg 22, 51, 81 f., 87 ff.
 Privilegienwesen 51, 91, 100 f., 105
 Produktzeichen 53, 80, 98
 property right 3, 16, 160
 Prototyp 61 ff., 130 ff., 183
 Publikum 11, 61 ff., 95

 Rechtsrealistisch 21, 49, 164 ff., 191
 Registereintragung 63, 68, 183, 191

- Ross, Alf 8, 15 f., 19, 49
- Sache 2, 14, 50, 146 ff.
- Sacheigentum 2, 4 ff., 49 ff., 146 ff.
- Schadensberechnung 148 f., 193
- Schrift 51 f., 75
- Schutzrecht, verwandtes 19, 79, 125 ff., 159
- Searle, John R. 40 ff., 49 ff., 118 f., 156 f.
- Sein und Sollen 7, 47, 136, 162 ff.
- Sekundäres Artefakt 66 ff., 137 ff., 141 ff., 183 ff.
- Software 1, 11, 28
- Sorte 64, 68 ff., 127 f., 144
- Sortenschutz 68 ff., 127 f., 144, 152
- Sprache 27 f., 43 ff., 136 f., 157 f.
- Sprechakt 44 ff., 53, 131, 157 f.
- Sprechakt, deklarativer 44 ff., 118, 131, 188
- Stand der Technik 66, 133, 137
stationers company 91 f.
- Statusfunktion 45 ff., 97, 118 f., 157
- Statute of (Queen) Anne 105, 108 f., 189 f.
- Statute of Monopolies 89 f., 105, 108, 189 f.
- Stoffmuster 92, 97
- Tatsache, institutionelle 41 f., 45 ff., 136 f., 157
- Tatsache, rohe 41 f., 45 ff., 60 f., 178
- technische Lehre 54, 64, 139, 164
- Technologie 7, 74 ff., 87
- Territorialitätsprinzip 145
- Tier 41, 43, 66, 152
- Token 10, 28 ff., 54, 187
- Tonträger 19, 79, 103, 126 f.
- Topographie 23, 79, 103, 125
- TRIPS-Abkommen 23
- Troller, Alois 9, 155, 176
- Typ 10, 28 ff., 75, 118
- Überflusgesellschaft 80, 98
- Universalie 29 ff., 118, 187
- Urheberrecht 23, 132 f., 158 f., 162
- USA 4, 108 ff., 172
- Vasari, Giorgio 83
- Venedig 89, 105
- Veringlichung 92 f., 175
- Vereinigtes Königreich 108 ff.
- Verfahren 1, 63 f., 88 f., 183 f.
- Vergleich 7, 18 ff., 51 f., 138 f.
- Verkörperung 9, 34, 53, 97
- Verletzungshandlung 138, 145
- Vermehrungsmaterial 19, 57, 97, 144
- Vervielfältigungsstück 15, 29, 143, 183
- Verwaltungsakt 163
- Warenzeichen 98
- Werk 10 ff., 28 f., 80 ff., 113 ff.,
Werkstück 1, 101, 118, 127
- Werkvertragsrecht 100 f.
- Wirklichkeit 1, 17 ff., 42 ff., 162 ff.
- Young, Edward 55, 84, 104, 120
- Zeichen 24, 97 f., 103 f., 123 ff.
- Zeichnung 63 f., 102 f., 134 f., 184