Vorwort

Eva Inés Obergfell

Auf Josef Kohlers Spuren

Die Josef Kohler-Vorträge an der Humboldt-Universität zu Berlin

Josef Kohler wirkte rund drei Jahrzehnte an der Juristischen Fakultät der Berliner Universität. Sein voltenreicher und noch heute verblüffender „Lebenspfad“¹ führte den badischen Juristen, der sowohl die anwaltliche als auch die richterliche Praxis aus eigener Anschauung und Erfahrung bestens kannte, an seine Hauptwirkungsstätte, an der er seine unbändige Schaffenskraft noch weiter entfaltete, so dass bis zu seinem Tod im Jahr 1919 ein 2482 Einzeltitel umfassendes Oeuvre entstand.² Nach heftigen Abwehrbekundungen aus dem künftigen Kollegium wurde *Kohler* aufgrund des positiven Gutachtens *Rudolf von Jherings* gegen den Widerstand der Kollegen im Jahr 1888 an die (wie sie damals hieß) Friedrich-Wilhelms-Universität in Berlin berufen.³ Schon dies wäre Anlass genug, *Josef Kohler* als Namenspatron nicht nur eines Forschungsinstituts an der Juristischen Fakultät der heutigen Humboldt-Universität, sondern auch einer eigenen Vortragsreihe zu küren. Die Namenswahl wurde freilich primär aus anderen (nämlich thematisch-inhaltlichen) Gründen inspiriert: *Josef Kohler* gilt als einer der Begründer des im letzten Drittel des 19. Jahrhunderts herausgebildeten, damals neuen Rechtsgebiets u. a. mit den Teildisziplinen des Urheber-, Patent- und Markenrechts. Er nannte es „Immaterialgüterrecht“ als Kern eines übergreifenden „Industrierechts“ und differenzierte dabei die Immaterialgüterrechte scharf vom Rechtskomplex der Persönlichkeitsrechte (die er *Karl Gareis* folgend auch als „In-

1 Siehe die eigene Beschreibung bei *Kohler*, Vom Lebenspfad, Mannheim 1902.

2 Zu *Kohlers* beruflichen Stationen und seinem Lebenswerk siehe eingehend den Beitrag von *Gross* in diesem Band, S. 1–23. Die Einzeltitel des immensen Oeuvres lassen sich bei *Kohlers* Sohn nachlesen: *Arthur Kohler*, Josef Kohler-Bibliographie, Verzeichnis aller Veröffentlichungen und hauptsächlichen Würdigungen, Berlin 1931.

3 Als sich dieser Fakultätseintritt *Kohlers* zum 125. Mal jäherte, fand am 25.10.2013 unter dem Generalthema „Die Bedeutung Josef Kohlers und die Fortwirkung seiner Ideen im modernen Immaterialgüterrecht“ an der Humboldt-Universität zu Berlin das 2. Josef Kohler-Symposium statt, welches mit den Beiträgen von *Obergfell*, *Gross*, *Pahlow*, *Klippel* und *Haberstumpf* in ZGE/IPJ 6 (2014) 397–496 dokumentiert ist. Siehe zur Berufung *Kohlers* an die Berliner Juristenfakultät *Gross*, in diesem Band, S. 9.

dividualrechte“ benannte).⁴ *Kohler* wird in Anerkennung dieser Leistung von *Norbert Gross* als „Rechtsfinder“ bezeichnet, der das Immaterialgüterrecht „entdeckte“. ⁵ *Kohlers* monumentales, 862 Textseiten umfassendes Werk zum Patentrecht,⁶ sein „Autorrecht“⁷ und seine auf 580 Textseiten gebündelten Überlegungen zum Markenrecht⁸ mögen als Beleg dafür herangezogen werden, dass kaum jemand das Feld des Immaterialgüterrechts so geprägt hat wie *Josef Kohler*. Das alles ist Grund genug, mit den „Josef Kohler-Vorträgen“ an der Humboldt-Universität zu Berlin dieses spannende Rechtsgebiet näher auszuleuchten und damit auf den Spuren *Josef Kohlers* zu wandeln.

In den Jahren von 2012 bis 2019 bot das Josef Kohler-Forschungsinstitut für Immaterialgüterrecht mit insgesamt zwanzig Josef Kohler-Vorträgen an der Humboldt-Universität interessierten Kolleginnen und Kollegen aus Wissenschaft und Praxis ein Diskussionsforum zu einem weit gefächerten Themenspektrum. Der vorliegende Sammelband bündelt dreizehn Einzelbeiträge zum Immaterialgüterrecht, die jeweils auf einen in diesem Rahmen gehaltenen Berliner Josef Kohler-Vortrag zurückgehen. Oft wurde die Vortragsform beibehalten. Die Lebendigkeit des gesprochenen Wortes klingt daher aus mancher Schriftfassung noch deutlich heraus. Das Immaterialgüterrecht ist bekanntermaßen ein ausgesprochen dynamisches Rechtsgebiet. Die sich – so stetig wie rasant – fortentwickelnde europäische und deutsche Spruchpraxis sowie die vielfältige Reformierung der gesetzlichen Grundlagen sind kaum in einem Sammelband erschöpfend nachzuvollziehen, der bewusst als Rückblick auf eine sich über sieben Jahre erstreckende Vortragsreihe und damit als Bündelung von Momentaufnahmen konzipiert ist. Punktuelle Anpassungen und Ergänzungen wurden zur Herstellung des Gegenwartsbezugs gleichwohl vorgenommen. Allen Beiträgerinnen und Beiträgern sei herzlich gedankt für die Erarbeitung einer entsprechenden Schriftfassung ihres Josef Kohler-Vortrags.

Die thematische Spannweite der hier dokumentierten Josef Kohler-Vorträge reicht u. a. vom Urheberrecht über das Markenrecht und das Patentrecht bis hin zu lauterkeitsrechtlichen und lizenzkartellrechtlichen Themen. Bevor aber Rechtsfragen wie etwa die Plagiatsproblematik, die Frage des Dateneigentums, der lauterkeitsrechtlichen Informationspflichten oder des Schutzes von Ge-

⁴ Siehe dazu *Obergfell*, Josef Kohler – Werk und Wirkung auf dem Gebiet des Immaterialgüterrechts. Eine Würdigung zum 100. Todestag Josef Kohlers am 3. August 1919, ZEuP 2019, 499, 506–510.

⁵ *Gross*, in diesem Band, S. 13–16.

⁶ *Kohler*, Deutsches Patentrecht, Mannheim 1878.

⁷ *Kohler*, Das Autorrecht, eine zivilistische Abhandlung, zugleich ein Beitrag zur Lehre vom Eigentum, vom Miteigentum, vom Rechtsgeschäft und vom Individualrecht, Jena 1880.

⁸ *Kohler*, Das Recht des Markenschutzes, Würzburg 1884.

schäftsgeheimnissen behandelt werden, liefert *Norbert Gross* mit seiner an den Anfang dieses Sammelbandes gestellten biografischen Würdigung ein facettenreiches Bild der schillernden Juristen- und Wissenschaftlerpersönlichkeit *Josef Kohlers*.⁹ Dabei zeichnet *Gross* nicht nur anekdotenreich die Lebensstationen *Kohlers* nach. Er nimmt darüber hinaus auch eine – auf den Bereich des Immaterialgüterrechts fokussierte – Bewertung seiner rechtswissenschaftlichen Leistung vor. Ergänzend lenkt *Gross* den Blick auf die rechtshistorischen und rechtsvergleichenden Arbeiten *Kohlers*, die dessen Verständnis des Rechts als Kulturererscheinung widerspiegeln.

Den Auftakt der Josef Kohler-Veranstaltungsreihe bildete im Dezember 2012 der Vortrag von *Diethelm Klippel* zum Thema „Geistiges Eigentum und Plagiat. Geschichte und aktuelle Probleme“, der unter dem Eindruck einer damals aktuellen Plagiatsaffäre zu lebhaften Diskussionen anregte. Ganz unabhängig von derartigen Plagiatsaffären büßte das Thema des urheberrechtlichen Plagiats über die Zeit bekanntermaßen kaum an Aktualität ein. In seinem Beitrag für diesen Sammelband geht es *Klippel* indessen nicht um aktuelle Probleme im Umgang mit Wissenschaftsplagiaten, sondern darum, die Entstehung eines rechtlichen Schutzes gegen Plagiate rechtshistorisch zu erforschen. Ausgehend von den frühen Versuchen, dem Nachdruckproblem mittels Privilegien Herr zu werden, bis hin zur heutigen Verankerung im Wissenschaftsrecht veranschaulicht er diese stufenweise Verrechtlichung des Schutzes gegen Plagiate und präsentiert damit zugleich die Rechtsgeschichte des Zusammenhangs von Geistigem Eigentum, Urheberrecht und Plagiat als ein „Musterbeispiel für Kontinuität und Diskontinuität in der Rechtsgeschichte“.¹⁰

Ganz auf den Spuren *Kohlers* als „Rechtsfinder“ bewegt sich – wenn man die gedankliche Parallele ziehen mag – *Karl-Heinz Fezer* in seinem Beitrag zum heftig umstrittenen Thema Dateneigentum. Mit seiner Idee der „digitalen Bürgerrechte an verhaltensgenerierten Daten“, die er auf das legitimatorische Fundament einer „kulturrechtlichen, zivilgesellschaftlichen und repräsentativ-demokratischen Theorie des digitalen Dateneigentums“ stellt, verfolgt er ausgehend von einem „rechtsrealistischen Verständnis von digitalen Daten“ das Anliegen, ein (de lege lata unbekanntes) Immaterialgüterrecht sui generis zu schaffen.¹¹ Bezogen auf den Gegenstand verhaltensgenerierter Daten, wie sie etwa im Gesundheitssektor oder beim autonomen Fahren entstehen, erläutert *Fezer* die Entwicklungsoffenheit des Eigentumsbegriffs und lässt dabei die zu *Kohlers* Zeiten ausgefochtenen

⁹ *Gross*, in diesem Band, S. 1–24.

¹⁰ *Klippel*, in diesem Band, S. 25–54.

¹¹ *Fezer*, in diesem Band, S. 55–88.

Dispute zur Eigentumsähnlichkeit von Immaterialgüterrechten und ihrer gleichzeitigen Emanzipation von einer allein körperliche Gegenstände umgreifenden Eigentumsidee in Gegenwart und Zukunft wieder aufleben.

Nachdem das immaterialgüterrechtliche Panorama von der Rechtsgeschichte des Plagiats bis zur Zukunftsidee eines neuen Immaterialgüterrechts *sui generis* für verhaltensgenerierte Daten weit aufgespannt ist, widmen sich alle weiteren in diesem Sammelband vereinten Texte unterschiedlichen Themenkreisen des geltenden Urheber-, Patent- und Markenrechts einschließlich der jeweiligen Reformbestrebungen sowie angrenzenden Rechtsgebieten. Dem Urheberrecht sind die folgenden vier Beiträge gewidmet. *Silke v. Lewinski* analysiert zunächst sechzehn Entscheidungen des EuGH zum Recht der öffentlichen Wiedergabe, die in der Rechtswissenschaft für einige Konfusion gesorgt haben und deren Systematisierung sie zur Führung durch den Dschungel dieser EuGH-Rechtsprechung werden lässt.¹² Vom Befund neuer, durch den EuGH „erfundener“ Kriterien, die wie das Kriterium der „neuen Öffentlichkeit“ weder eine Grundlage im Sekundär- noch Primärrecht finden, aber das Recht der öffentlichen Wiedergabe letztlich einschränken, stellt *v. Lewinski* einen Bezug zur Schrankendiskussion her, die oftmals mit ähnlicher Zielrichtung betrieben wird und in verschiedene Rechtsetzungsiniciativen mündet.

Eine Standortbestimmung für das europäische Urheberrecht u. a. im Feld der Schranken unternimmt auch *Jörg Reinbothe*.¹³ Exemplarisch wählt er als Untersuchungsgegenstand die von jeher kontrovers diskutierte Vergütungsfrage und konkret die Privatkopiervergütung, die erstaunlicherweise noch keiner europäischen Harmonisierung unterzogen wurde (wofür *Reinbothe*, der die mehrmaligen, manchmal schon im Keim erstickten Anläufe seit 1988 beschreibt, letztlich politische Gründe verantwortlich macht). Ausgangspunkt seiner kritischen Überlegungen ist der aus den einschlägigen Richtlinien und ihrer Auslegung durch den EuGH gebildete *acquis communautaire*, dem gesetzliche Systeme der angemessenen Vergütung nicht fremd sind, aber – wie *Reinbothe* in feinsinniger Differenzierung der Begriffe der angemessenen Vergütung und des gerechten Ausgleichs darlegt – gerade die Privatkopiervergütung nicht umfassen. Für seine europäische Standortbestimmung flankiert *Reinbothe* die umstrittene Vergütungsthematik durch zwei weitere nicht minder spannende Themen: zum einen die im Zuge der Umsetzung der Verwertungsgesellschaftenrichtlinie von 2014 neugeregelte kollektive Rechtswahrnehmung und zum anderen die bis heute streitträchtige Verlegerbeteiligung.

¹² *v. Lewinski*, in diesem Band, S. 89–116.

¹³ *Reinbothe*, in diesem Band, S. 117–146.

Ein weiteres Mal wird das Feld der urheberrechtlichen Schranken und der kollektiven Rechtswahrnehmung durch Verwertungsgesellschaften betreten. So widmet *Robert Staats* seinen Beitrag dem Thema der Nutzung von verwaisten und vergriffenen Werken in Europa.¹⁴ Er analysiert die erst vor wenigen Jahren erstmals gesetzlich geregelte Problematik der Digitalisierung und öffentlichen Zugänglichmachung von Werken, deren Urheber nicht mehr ermittelt oder ausfindig gemacht werden kann, deren Schutzfrist aber noch läuft. Während der deutsche Gesetzgeber bei der Umsetzung der Verwaiste-Werke-Richtlinie von 2012 zugleich das Problem der Nutzung von vergriffenen, also nicht mehr lieferbaren Printprodukten, zu lösen versuchte, findet der europäische Gesetzgeber erst in seiner Richtlinie über das Urheberrecht und die verwandten Schutzrechten im digitalen Binnenmarkt (sog. DSM-Richtlinie) von 2019 Lösungsansätze, die *Staats* grundsätzlich begrüßt. Seine differenzierte Betrachtung beider deutschen Regelungsregime bietet auch für die anstehende Umsetzung der Richtlinienvorgaben im Bereich der vergriffenen Werke zahlreiche wichtige Ansatzpunkte.

Der vierte urheberrechtliche Beitrag in diesem Sammelband stammt aus der Feder von *Rainer Oesch*, der sich mit der Thematik des urheberrechtlichen Datenbankschutzes und der Datenbankverträge aus finnischer Perspektive beschäftigt.¹⁵ Dabei gewährt *Oesch* interessante Einblicke in die Umsetzung der Datenbankrichtlinie im finnischen Urheberrecht und die Diskussionen um das nordische Konzept der Extended Collective Licenses. Aus deutscher Perspektive ungewöhnlich erscheint die im finnischen Recht existierende Zwischenform eines zwischen dem Datenbank- bzw. Sammelwerkschutz und dem (leistungsschutzrechtlichen) Datenbankschutz sui generis stehenden sog. Katalogschutzes, den *Oesch* als verwandtes Schutzrecht mit einfacheren Schutzvoraussetzungen beschreibt. Demgegenüber wird die kollektive Lizenzvergabe mit erweiterter Wirkung im Zuge der Umsetzung der DSM-Richtlinie nun auch im deutschen Recht verankert.

Das Patentrecht wird in diesem Sammelband vertreten durch den Beitrag von *Ursula Kinkeldey*, die sich den europäischen Patentsystemen zuwendet.¹⁶ Dabei stellt sie die seit Jahrzehnten praktizierte Patentordnung der Europäischen Patentorganisation, die auf Grundlage des Europäischen Patentübereinkommens durch das Europäische Patentamt für alle Vertragsstaaten gültige Europäische Patente erteilt, dem sog. „Europäischen Patent mit einheitlicher Wirkung“ gegenüber, das als unionsrechtliches Instrument in Form eines Einheitspatents verbun-

¹⁴ *Staats*, in diesem Band, S. 147–172.

¹⁵ *Oesch*, in diesem Band, S. 173–197.

¹⁶ *Kinkeldey*, in diesem Band, S. 199–207.

den mit der Diktionshoheit eines Einheitlichen Patentgerichts die Nachteile eines Bündels nationaler Patente (in die Europäische Patente praktisch zerfallen) verhindern soll. Während das Europäische Patent seit den 1970er Jahren (gemessen an den Anmeldezahlen) eine Erfolgsgeschichte schreibt, benötigt das Einheitspatent kurioserweise bereits ebenso lange für seinen Entstehungsprozess.¹⁷

Es folgen zwei Beiträge zum Markenrecht. An den streitbaren Geist *Kohlers* und dessen Offenheit für außerjuristische Disziplinen anknüpfend beschäftigt sich *Marianne Grabrucker* mit dem Wahrnehmungsbegriff im Markenrecht.¹⁸ Sie unterzieht die markenrechtliche Rechtsprechung zum Merkmal der Unterscheidungskraft, bei der der „Wahrnehmung des angesprochenen Publikums“ entscheidende Bedeutung beigemessen wird, einer kritischen Überprüfung. Ihre Entscheidungsanalyse erstreckt sich über eine stattliche Anzahl von Entscheidungen zu nicht-konventionellen Marken wie z. B. abstrakten Farbmarken, zu Wortmarken und zur mittelbaren Beschreibung eines Wortes. Dabei deckt sie einige Widersprüche auf. Ihre grundsätzliche Kritik zielt darüber hinaus zudem in eine andere Richtung: *Grabrucker* vermisst in dieser Spruchpraxis die Einbeziehung der Erkenntnisse aus der Linguistik, der Wahrnehmungspsychologie und der Kommunikationswissenschaft sowie dem Marketing.

Im folgenden Beitrag bildet die Ermittlung der Auffassung des angesprochenen Publikums ebenfalls den gedanklichen Ausgangspunkt, der allerdings nicht nur aus markenrechtlicher, sondern auch aus lauterkeitsrechtlicher Perspektive untersucht wird. *Brunhilde Ackermann* geht es um das Phänomen der „gespaltenen Verkehrsauffassung“ im Markenrecht und im Lauterkeitsrecht.¹⁹ Sie setzt den Fokus auf fremdsprachige Bezeichnungen, die für Angehörige des einen Sprachkreises als beschreibend, für ihre einem anderen Sprachkreis angehörenden Nachbarn aber als bloße Fantasiebezeichnung verstanden werden. Dabei erläutert sie die lauterkeitsrechtliche Praxis, bei einer auf einen bestimmten, abgrenzbaren Sprachkreis abzielenden Werbung auch nur auf den entsprechenden Verbraucherkreis abzustellen. Demgegenüber soll eine Differenzierung einzelner Adressatengruppen entfallen, soweit mehrere Sprachkreise gleichermaßen angesprochen werden. Im Markenrecht ist die Situation komplizierter – wie *Ackermann* zeigt – je nachdem, ob es sich um die Feststellung eines Eintragungshindernisses, einer Schutzschranke, der Verwechslungsgefahr oder die Frage der rechterhaltenden Benutzung handelt.

¹⁷ Ein weiteres Hindernis bildet die Nichtigkeit des Ratifikationsgesetzes zum Übereinkommen über ein Einheitliches Patentgericht, siehe BVerfG GRUR 2020, 506.

¹⁸ *Grabrucker*, in diesem Band, S. 209–231.

¹⁹ *Ackermann*, in diesem Band, S. 233–253.

Nachdem die Ermittlung der Verkehrsauffassung, das Verständnis des angesprochenen Publikums, in den beiden vorangehenden Texten bereits aus marken- wie aus lauterkeitsrechtlicher Perspektive betrachtet wurde, beschäftigt sich *Jörn Feddersen* mit den lauterkeitsrechtlichen Informationspflichten.²⁰ Dabei tritt der Verbraucher als Adressat geschäftlicher Handlungen in den Blick, der nach dem Verbraucherleitbild des EuGH ein aufgeklärter Verbraucher ist. *Feddersen* beantwortet die polemische Frage im Untertitel seines Beitrags sogleich im Sinne eines „sowohl als auch“: Der aufgeklärte Verbraucher dient als Maßstab für lauterkeitsrechtliche Verhaltensnormen und ist zugleich selbst aufzuklären. Wie das verbraucherschützende Instrument der Informationspflichten, das mit § 5a UWG Eingang in das UWG gefunden hat, sicherstellen soll, dass der Verbraucher die nötigen Informationen erhält, um eine informierte geschäftliche Entscheidung treffen zu können, erörtert *Feddersen* eingehend und unter Auswertung der höchstrichterlichen Spruchpraxis.

Neben dem Lauterkeitsrecht spart die Reihe der Josef Kohler-Vorträge auch kartellrechtliche Themen nicht aus. So untersucht *Jan Bernd Nordemann* die sich im Spannungsfeld von Lizenzvertragsrecht und Kartellrecht bewegende Markenlizenzierung, für die gerade keine grundsätzlich einschlägige Gruppenfreistellungsverordnung den Weg weist.²¹ Ausgehend von dem unionsrechtlich gebotenen Gedanken, dass bei der Ausübung des Markenrechts die kartellrechtlichen Schranken im Rahmen einer umfangreichen Interessenabwägung zu ermitteln sind und jedenfalls die markenrechtlichen Regelungen, die den spezifischen Markenfunktionen Rechnung tragen, grundsätzlich nicht wettbewerbsbeschränkend sein können, erörtert *Nordemann* eingehend, wie sich dieses Spannungsfeld in der Markenlizenzpraxis auflösen lässt. Er geht dabei u. a. auf geografisch und sachlich ausschließliche Markenlizenzen, Sublizenz- und Übertragungsverbote, Qualitätssicherungsmaßnahmen, vertikale Preisbindungen, den Informationsaustausch, Zulieferkonstellationen und Markenpools ein. Die feinen, hoch praxisrelevanten kartellrechtlichen Differenzierungen zeigen, dass sowohl das Kartellrecht als auch das Markenrecht dasselbe Ziel eint, nämlich die Verbreitung von Technologien zu fördern, um damit einen Wettbewerb der Technologien untereinander anzuregen.

Der auf dem zwanzigsten Josef Kohler-Vortrag im Jahr 2019 beruhende Beitrag von *Björn Kalbfus* beschließt diesen Sammelband mit einem Themenkomplex, der erstmals in einem eigenen Gesetz geregelt wurde: den Schutz von Geschäftsgeheimnissen.²² *Kalbfus* beleuchtet den Themenkomplex umfassend von

²⁰ *Feddersen*, in diesem Band, S. 255–275.

²¹ *Nordemann*, in diesem Band, S. 277–294.

²² *Kalbfus*, in diesem Band, S. 295–317.

der Entstehungsgeschichte des Geschäftsgeheimnisgesetzes von 2019 über die wesentlichen Inhalte bis hin zu den konkreten Einzelfragen des Geschäftsgeheimnisschutzes (zwischen erlaubter und verbotener Erlangung, Nutzung und Offenlegung von Geschäftsgeheimnissen und einschließlich der Grenzen des Schutzes) sowie seiner prozessualen Durchsetzung. Dass er dabei eine Reihe von gesetzlich noch unbeantworteten Fragen offenlegt, mag angesichts der lebhaften Debatte um das neue Gesetz und der zugrundeliegenden europäischen Richtlinie kaum verwundern. Bereits in der Geschäftsgeheimnis-Richtlinie ist zudem ein Grundkonflikt angelegt, wenn die Innovationsförderung zum Normzweck erhoben wird, aber ein konsequenterweise zu schaffendes immaterialgüterrechtliches Instrumentarium zur Übertragung und Lizenzierung gänzlich fehlt. Damit mag sich ein imaginärer Kreis in der Assoziationskette zu *Kohler* schließen, der den Betriebs- und Geschäftsgeheimnisschutz allerdings persönlichkeitsrechtlich dachte.

Dieser Sammelband verfolgt das Ziel, ausgewählte Beiträge zum Immaterialgüterrecht, die seit 2012 als Josef Kohler-Vorträge an der Humboldt-Universität zu Berlin vor einem fachkundigen und diskussionsfreudigen Publikum gehalten wurden, einer größeren Öffentlichkeit zugänglich zu machen. Die in der hier dokumentierten Vortragsreihe behandelten immaterialgüterrechtlichen Gegenstände und Problemkomplexe sollen einen Eindruck von der weitgefächerten Themenvielfalt dieses Rechtsgebiets vermitteln. Mögen die versammelten Texte dieses Bandes über die ertragreiche Lektüre hinaus anregende Impulse für die jeweiligen rechtswissenschaftlichen Diskurse geben!