

Zeitschrift für Geistiges Eigentum

Intellectual Property Journal

4

Band 14
2022

Patrick Zurth

Die neue Ära der Plattformhaftung. Zum Abschied der Störerhaftung aus dem modernen Urheberrecht

Guido Westkamp

Digital Copyright Enforcement after Article 17 DSMD.
Platform Liability between Privacy, Property
and Subjective Access Rights

Neue Bücher

Berthold Haustein: Möglichkeiten und Grenzen
von Dateneigentum (*Katharina Wunner*)

Sophie Beaucamp: Rechtsdurchsetzung durch Technologie
(*Franz Hofmann*)

Philipp Homar: System und Prinzipien der gesetzlichen Vergütungs-
ansprüche des Urheberrechts (*Karl Riesenhuber*)

Tito Rendas: Exceptions in EU Copyright Law: In Search of a Balance
Between Flexibility and Legal Certainty (*Haimo Schack*)

Marvin Bartels: Ethik und Patentrecht. Verhältnisse und Wechsel-
wirkungen zwischen Ethik und Patentrecht vor dem Hintergrund
innovativer Biotechnologien (*Martin Stierle*)

Laura Jones: Die urheberrechtliche Haftung von Intermediären
im Rechtsvergleich (*Jan Busche*)



Mohr Siebeck

Zeitschrift für Geistiges Eigentum

Intellectual Property Journal

14. Band (2022)

Zitierweise: ZGE / IPJ

Herausgegeben von Michael Grünberger, Ruth Janal, Linda Kuschel,
Karl-Nikolaus Peifer und Herbert Zech

- Prof. Dr. *Michael Grünberger*, LL.M. (NYU), Universität Bayreuth, Lehrstuhl für Bürgerliches Recht, Wirtschafts- und Technikrecht, 95440 Bayreuth, michael.gruenberger@uni-bayreuth.de
- Prof. Dr. *Ruth Janal*, LL.M., Universität Bayreuth, Lehrstuhl für Bürgerliches Recht, Immaterialgüterrecht und Wirtschaftsrecht, 95440 Bayreuth, ruth.janal@uni-bayreuth.de
- Prof. Dr. *Linda Kuschel*, LL.M. (Harvard), Bucerius Law School, Juniorprofessur für Bürgerliches Recht, Immaterialgüterrecht sowie Recht und Digitalisierung, Jungiusstr. 6, 20355 Hamburg, linda.kuschel@law-school.de
- Prof. Dr. *Karl-Nikolaus Peifer* (verantwortlicher Redakteur), Universität zu Köln, Institut für Medienrecht und Kommunikationsrecht, Lehrstuhl für Bürgerliches Recht mit Urheberrecht, Gewerblichen Rechtsschutz, Neue Medien und Wirtschaftsrecht, Albertus-Magnus-Platz, 50923 Köln, kpeifer@uni-koeln.de
- Prof. Dr. *Herbert Zech*, Professur für Bürgerliches Recht, Technik- und IT-Recht, Direktor des Weizenbaum-Instituts für die vernetzte Gesellschaft, Humboldt-Universität zu Berlin, Juristische Fakultät, 10099 Berlin, sekretariat.zech@rewi.hu-berlin.de

Manuskripte und redaktionelle Anfragen werden erbeten an: redaktion-zge@uni-koeln.de.

Hinweise für Autoren: Informationen zur Manuskripteinreichung, den dabei zu übertragenen und den beim Autor verbleibenden Rechten sowie formale Hinweise zur Manuskriptgestaltung finden Sie unter www.mohrsiebeck.com/zge in der Rubrik „Manuskripte“.

Erscheinungsweise: Pro Jahr erscheint ein Band zu je vier Heften.

Abonnements: Informationen zu Abonnements finden Sie unter www.mohrsiebeck.com/zge in der Rubrik „Abonnement“. Bei Fragen zum Bezug der Zeitschrift wenden Sie sich bitte an journals@mohrsiebeck.com.

Onlinezugang: Im Abonnement für Institutionen und Privatpersonen ist der freie Zugang zum Online-Volltext auf der Verlagswebsite enthalten. Nähere Informationen zur Registrierung und den besonderen Anforderungen für institutionelle Nutzer finden Sie unter: www.mohrsiebeck.com/elektronische-publikationen.

© 2022 Mohr Siebeck GmbH & Co. KG, Tübingen. Die Zeitschrift einschließlich aller ihrer Teile ist urheberrechtlich geschützt. Jede Verwertung außerhalb der engen Grenzen des Urheberrechtsgesetzes ist ohne Zustimmung des Verlags unzulässig und strafbar. Das gilt insbesondere für die Vervielfältigung und Verbreitung in gedruckter oder elektronischer Form, die Einspeicherung und Verarbeitung in elektronischen Systemen sowie die Übersetzung. Anfragen hierzu richten Sie bitte an rights@mohrsiebeck.com.

Verlag: Mohr Siebeck GmbH & Co. KG, Postfach 2040, 72010 Tübingen, www.mohrsiebeck.com, info@mohrsiebeck.com.

Anzeigenservice: Tilman Gaebler, Postfach 113, 72403 Bisingen, tilman.gaebler@t-online.de. *V.i.S.d.P.*: Kendra Mäschke, Mohr Siebeck, maeschke@mohrsiebeck.com.

Satz: Martin Fischer, Tübingen; *Druck*: Gulde Druck, Tübingen.

Gedruckt auf alterungsbeständiges Werkdruckpapier.

Printed in Germany.

ISSN 1867-237X (Gedruckte Ausgabe) eISSN 1867-2523 (Online-Ausgabe)

örterten Reformvorschlägen (S. 278–320) gehört eine (z. B. vom Wittem-Projekt eines European Copyright Code befürwortete) analoge Anwendung von Schranken, die *Rendas* dafür kritisiert, dass die für eine Analogie nötige Vergleichbarkeit, zumal bei unvorhersehbaren neuen Nutzungsarten, ein viel zu unsicheres Kriterium sei (S. 279–289). Den Dreistufentest will er nicht als zweiseitig und Grundlage für eine Ermessensschränke umgestalten, sondern in seiner Funktion als Schranken-Schranke ganz abschaffen (S. 303 f.), er soll sich nur noch international an die Gesetzgeber richten (s. oben 2 aE).

Eine schlichte Übernahme der offenen US-Generalklausel des *fair use* und der zu ihr ergangenen Rechtsprechung kommt nicht in Betracht (S. 304–320), wohl aber eine Inspiration bei der Herausarbeitung genuin europäischer Kriterien (S. 310–333). Ziel und Aufgabe des Gesetzgebers ist eine „fair balance“. Die wichtigsten Kriterien will *Rendas* beispielhaft im Gesetz nennen: Nutzung zur Gewinnerzielung; Auswirkungen auf die normale Verwertung („market harm“); und die Grundrechte der Nutzer (müssten hier nicht auch solche der Rechteinhaber genannt werden?). Sechs potenzielle Einwände sollen im Ergebnis nicht durchgreifen (S. 333–343). Nicht ausgeräumt sind aber in meinen Augen die Gefahren, dass die Schranke erst allmählich durch eine überbordende Rechtsprechung Konturen gewinnen kann und dass viele Privatpersonen und KMU die gerichtliche Auseinandersetzung scheuen und von einer legalen Nutzung Abstand nehmen. Außerdem bleibt ein Demokratiedefizit, wenn die Grenzen einer legalen Nutzung nicht vom Gesetzgeber, sondern von den Gerichten gezogen werden. So kann z. B. auch eine Gefährdungshaftung nur vom Gesetzgeber und nicht vom BGH begründet werden (BGHZ 55, 229, 234).

Anschließend testet *Rendas* seinen Vorschlag an drei der Rechtsprechung angelehnten Fällen (S. 344–353): der Cordoba-Entscheidung des EuGH/BGH; dem Urteil eines US-Berufungsgerichts A. V. v. iParadigms, LLC, 562 F.3d 630 (4th Cir. 2009) zur digitalen Speicherung studentischer Arbeiten zwecks Plagiatsbekämpfung; und der EuGH-Entscheidung Spiegel Online/Beck. Alle drei Fälle lassen sich nur mit größter Mühe unter die geltenden Schranken subsumieren und zeigen, dass die Kriterien nicht isoliert, sondern stets im Zusammenhang zu würdigen sind.

Zum Schluss (S. 354–358) fasst *Rendas* sein dreistufiges System (zwingende Schranken, optionale Schranken, subsidiäre Schranke eines „balancing test“) zusammen. Statt immer neuer punktueller Nachbesserungen wie in der DSM-RL kann Ziel nur eine strukturelle Reform sein, die auch neue Techniken und Nutzungsarten einzubeziehen in der Lage ist.

Prof. Dr. Haimo Schack, Kiel

Marvin Bartels: Ethik und Patentrecht. Verhältnisse und Wechselwirkungen zwischen Ethik und Patentrecht vor dem Hintergrund innovativer Biotechnologien. Tübingen: Mohr Siebeck, 2020 (Geistiges Eigentum und Wettbewerbsrecht, Bd. 158). XXIII, 444 S., 79,00 €. ISBN 978-3-16-159438-0.

I. Die Beziehung von Ethik und Patentrecht wird traditionell als schwierig wahrgenommen. Im Diskurs treffen Stimmen aus unterschiedlichen Disziplinen mit unterschiedlichem Vorverständnis und unterschiedlichen Prämissen aufeinander. Ihren bisherigen Kulminationspunkt fanden die Auseinandersetzungen bereits im Zusammenhang mit der Verabschiedung der sog. Biotechnologie-Richtlinie (RL 98/44/EG) und deren Umsetzung

in nationales Recht um die Jahrtausendwende. Vor allem in Konsequenz der nachfolgenden Entscheidungen des EuGH zur Stammzellentechnologie (siehe z. B. C-34/10 – Brüstle/Greenpeace) setzten sich die Diskussionen jedoch fast ungebremst fort. In den letzten Jahren rückte dann mehr und mehr die Gentechnik in den Mittelpunkt. Die nach wie vor äußerst dynamischen Entwicklungen im Bereich der Biotechnologie, aktuell vor allem um CRISPR, werfen ein ungebrochen helles Licht auf das Verhältnis und die Wechselwirkungen von Ethik und Patentrecht.

Zentraler Gegenstand der Diskussionen sind seit jeher Patentierungsausschlüsse, also die Frage, in welchen Fällen die Patentämter insbesondere aus Gründen der öffentlichen Ordnung oder der guten Sitten (§ 2 PatG, Art. 53 (a) EPÜ, Art. 6 BioTechRL) eine Patenterteilung zu versagen haben. Auf der einen Seite stehen Stimmen, die dem Patentsystem auch eine moralische, ethische bzw. deontologische Verantwortung zusprechen, wobei die Ansichten innerhalb der Gruppe auf verschiedenen Prämissen und damit ganz unterschiedlichen Argumenten beruhen. Manche erachten die Patentausschlüsse als Schleusennormen, um die Wertungen des Verfassungsrechts auch im Patentsystem fruchtbar machen zu können (so z. B. Kersten, *Das Klonen von Menschen* (2004), S. 193). Andere argumentieren aus weltanschaulicher, philosophischer oder theologischer Perspektive deontologisch.

Die Patentrechtspraxis steht traditionell auf der anderen Seite. Sie neigt dazu, das Patentsystem als werturteilsfrei zu etikettieren. Aspekte der Ethik seien systemfremd und könnten im Erteilungsprozess keine Rolle spielen. Sehr deutlich wird das entsprechende Selbstverständnis des Europäischen Patentamts (EPA) in der Sache T 1374/04 (siehe GRUR Int. 2007, 600, 601): Das Amt sei kein moralischer Richter über kontroverse Technologien und sollte auch nicht als solcher auftreten. Sein Kompetenzbereich betreffe Patente und nicht die Lösung kontroverser moralischer und ethischer Fragen.

Auch in der Patentrechtswissenschaft wird das Patentsystem überwiegend funktional, genauer gesagt ökonomisch-funktional verstanden. Die vorherrschende Ansicht begreift es als eine Art Anreizapparat zur Schaffung von Inventionen und zur Diffusion von Innovationen (vgl. Stierle, *Das nicht-praktizierte Patent* (2018), S. 237 ff.). In dieser Logik haben ethische Erwägungen und insbesondere die deontologisch ausgerichteten Patentierungsausschlüsse einen schweren Stand. So plädierte die Dissertation von Julian Hacker kürzlich für eine Streichung der entsprechenden Regelungen (Hacker, *Die fehlende Legitimation der Patentierungsausschlüsse* (2015), S. 144 f.).

Die Patentierungsausschlüsse und ethischen Dimensionen des Patentsystems werden jedoch auch in der modernen Patentrechtswissenschaft keinesfalls einheitlich kritisch gesehen. Die prominente Immaterialgüterrechtlerin der Universität Oxford, Justine Pila, forderte jüngst gar eine Aufwertung von Art. 53 (a) EPÜ und des entsprechenden Art. 6 (1) BioTechRL (Pila, *Nature Biotechnology* 2020, 555, 556 f.). Das EPA sowie die nationalen Patentämter sollten ein „morality and public policy triage system“ einführen, um Patentanmeldungen auf die potenziellen Gefahren für die öffentliche Ordnung oder die guten Sitten überprüfen und im Zweifelsfall eine öffentliche Anhörung unter Beteiligung von Industrie, Regierung, Wissenschaft und sonstiger Öffentlichkeit durchführen zu können, bevor ein Patent erteilt wird.

II. Marvin Bartels Dissertation „Ethik und Patentrecht“ leistet einen neuen und eindrucksvollen Beitrag zu dieser grundsätzlichen, komplexen und aktuellen Diskussion. Die von Axel Metzger betreute Untersuchung fußt auf einer breit angelegten, in Teilen auch interdisziplinären Recherche, die Erkenntnisse der Philosophie und Soziologie fruchtbar

macht. Die zentralen Thesen sollen am Ende gesondert gewürdigt werden. Auch abseits der wesentlichen Erkenntnisse fördert die Arbeit eine beträchtliche Menge interessanter Einzelaspekte zu Tage, weshalb es in diesem Fall ganz besonders lohnend erscheint, sich den verschiedenen Teilen der Monografie etwas detaillierter zu widmen.

Das Erkenntnisziel der Studie wird zu Beginn folgendermaßen festgelegt: Die Untersuchung mache es sich zur Aufgabe, Klarheit über die Verhältnisse zwischen Ethik und Patentrecht zu gewinnen. Sie untersuche insbesondere, inwiefern die Ziele und Normen des Patentrechts mit ethischen Erwägungen durchzogen sind, welche Rolle diese in der patentrechtlichen Praxis spielen und welche ethischen Dimensionen dem Patentrecht zwingend zukommen (S. 2f.). Vor allem soll die Leistungsfähigkeit der patentrechtlichen Instrumente zur Erreichung ethisch relevanter Regelungsziele analysiert werden. Sie will die gewonnenen Erkenntnisse fruchtbar machen, um abschließend ein ethisches Fundament des Patentrechts zu skizzieren.

Trotz der Gegenüberstellung von Ethik und Recht im Titel seiner Arbeit erliegt *Bartels* nicht der Versuchung, einen Beitrag zum allgemeineren rechtsphilosophischen Diskurs um Rechtspositivismus und Naturrecht leisten zu wollen (S. 3). Aufgrund der patentrechtlichen Spezialmaterie sowie des bereits sehr umfassenden Erkenntnisziels tut diese Selbstbeschränkung der Arbeit gut. Es wird sich zeigen, dass sich sein Werk ganz wesentlich auf die kontrovers diskutierten Patentierungsausschlüsse als den primären Untersuchungsgegenstand der *lex lata* konzentriert.

Die vielfältigen Zitate von Politik, Kirche und NGOs zu Beginn der Monografie illustrieren die völlig unterschiedlichen Perspektiven auf das Schnittfeld von Ethik und Patentrecht und die erhebliche Aktualität des Untersuchungsgegenstands (S. 1). Der erste Teil (S. 11–59) führt in die Thematik ein. Die Darstellung aktueller Entwicklungen in der Biotechnologie, die Skizze ethischer Grundlagen (beides Kapitel 1, S. 11–38) sowie die Einführung in das (Bio-)Patentrecht (Kapitel 2, S. 39–59) mag dem mit diesen Bereichen vertrauten Experten überflüssig erscheinen. Allen anderen bieten die Ausführungen einen sehr guten, komprimierten Überblick, der für das Verständnis der weiteren Studie letztlich unerlässlich ist. Bereits in diesem Teil schimmert die grundsätzliche Kritik des Autors an einer überbordenden Technikregulierung durch, wenn er den in Europa vorherrschenden Regulierungsansatz als besonders strikt und naturwissenschaftliches Fachwissen weitgehend ignorierend beschreibt (S. 16) oder die aus moralischer, ethischer oder religiöser Überzeugung geäußerten Bedenken als emotionale Reaktionen charakterisiert (S. 38). Trotz des interdisziplinären Ansatzes versteht sich die Studie allerdings auch gar nicht als neutral-abwägende Untersuchung, die Fortschrittsskritik und Fortschrittsglaube unparteiisch nebeneinanderstellt und gleichberechtigt rezipiert. *Bartels* nimmt in seiner Arbeit immer wieder klar eine fortschrittsoptimistische Perspektive ein und untersucht das Verhältnis aus Ethik und Patentrecht aus diesem Blickwinkel.

III. Im zweiten Teil arbeitet die Untersuchung das aktuelle Verhältnis von Ethik und Patentrecht auf (S. 63–129). Kapitel 3 (S. 63–100) widmet sich der Rechtspraxis und illustriert die extrem limitierte Überzeugungskraft ethischer Argumente in patentrechtlichen Verfahren. *Bartels* sieht dies mit Recht kritisch. Bei der Anwendung der Patentierungsausschlüsse könnten sich das EPA und die Gerichte ethischen Fragen nicht mit dem bloßen Hinweis entziehen, solche Entscheidungen seien dem Gesetzgeber vorbehalten. Die Legislative habe mit den Patentierungsausschlüssen und insbesondere der Generalklausel die Festlegung der ethisch begründeten Patentierungsgrenzen zumindest in Teilen diesen Rechtsanwendern überantwortet (S. 75f.).

Danach schwenkt die Arbeit um und beleuchtet die moralisch-ethisch begründete (Bio-)Patentrechtskritik (S. 76–100). Der Überblick liest sich in vielerlei Hinsicht als Kontrastpunkt zur zuvor dargestellten Patentrechtspraxis. Auf vier Seiten wird anschließend das Meinungsspektrum in der (Rechts-)Wissenschaft aufgezeigt (S. 96–99). Die Ansichten reichen von der Forderung nach einem Abbau ethischer Grenzen über die Beibehaltung des Status quo bis hin zur Forderung nach einem Ausbau der entsprechenden Technologieregulierung. Die Darstellung fällt auf den ersten Blick sehr knapp aus. Sie dient jedoch nur als ein erster Überblick, da die einzelnen Facetten im Laufe der Abhandlung immer wieder im Detail aufgegriffen werden.

IV. In einer weiteren Bestandsanalyse leuchtet Kapitel 4 (S. 101–129) die unterschiedlichen Dimensionen des Patentsystems aus, um nach ethischen Aspekten zu suchen. Ausgehend von der grundlegenden Systematisierung von *Fritz Machlup* und *Edith Penrose* („klassische Patentrechtstheorien“) überprüft *Bartels* die Ziele des Patentsystems. Diese sind entweder deontologisch begründet (Naturrecht und Belohnung) oder lassen sich als Formen des angewandten Utilitarismus begreifen (Anreiz und Offenbarung). Die Studie bleibt hier jedoch nicht stehen, sondern geht anschließend sehr umfassend auf das moderne Zielverständnis des Patentrechts ein, insbesondere auf die vorherrschende ökonomisch-funktionale Ausprägung (S. 106–123).

Richtungsweisend für die weitere Untersuchung und ebenso fundamental für die zentralen Thesen der Arbeit ist die Kritik an der vertretenen Dichotomie von Ökonomie und Ethik (S. 115 f.). Das herrschende Patentrecht nimmt die Begriffe als Gegensätze wahr. *Bartels* tritt dem entschieden und höchst überzeugend entgegen. So solle ein ökonomisch effizientes Patentrecht die Optimalität der Innovationsförderung sicherstellen, die ihrerseits zentralen Rechtsgütern und Interessen wie der Gesundheitsversorgung und der Ernährungssicherheit und damit der ethisch gebotenen Steigerung menschlichen Wohlergehens diene (S. 116). Aus utilitaristischer Perspektive bestünde sogar die Pflicht, das Patentrecht mit ökonomischen Mitteln möglichst effizient so auszugestalten, dass wohlfahrtssteigernde Innovation zur Befriedigung wichtiger Interessen bestmöglich gefördert werde. Diese „Ethik des ökonomischen Anreizparadigmas“ (S. 116) wird von der allgemeinen patentrechtlichen Literatur und Praxis verkannt. Mit der Verschmelzung von Ökonomie und Ethik gelingt es *Bartels* bereits hier die wahrgenommenen Gegensätze aus Ethik und tradierter patentrechtlicher Perspektive zu überwinden und den Grundstein für eine ethisch und gleichzeitig ökonomisch-funktional ausgerichtete Patentrechtskonzeption zu legen, die der Verfasser im letzten Teil seiner Arbeit vorstellen wird. Die geschaffene Brücke zwischen den vermeintlichen Polen Ethik und Ökonomie kann der Diskussion natürlich nicht jegliche Spannungen nehmen. Die moralisch-deontologische und konsequentialistisch-ökonomische Perspektive bleiben freilich weiterhin als zumindest in Teilen unvereinbar stehen.

Bartels nimmt es sich anschließend vor, die Normen des Patentrechts auf ihre ethische Relevanz zu untersuchen (S. 119–123). Er baut hier auf der Identifikation und Kategorisierung sog. Policy-Hebel in der bestehenden patentrechtlichen Literatur auf und nutzt diese Strukturierung als Ausgangspunkt (S. 119–121). Das von *Bartels* identifizierte ethisch-utilitaristische Fundament muss naturgemäß in einer Vielzahl der patentrechtlichen Normen einen Widerhall finden, nicht nur in einzelnen Hebeln, wo diese am deutlichsten zutage treten. Die knappe Analyse findet entsprechende Anzeichen für eine ethische Durchdringung, was nicht überrascht (S. 121–123). Sie kann aufgrund des an einzelnen Hebeln ausgerichteten Untersuchungsansatzes aber nur sehr punktuell bleiben.

Das Kapitel schließt mit einem Blick auf „zwingende ethische Dimensionen des Patentrechts“ (S. 123–128). Gemeint ist damit, ob mit der Schaffung und Aufrechterhaltung des Patentsystems nicht bereits notwendigerweise Entscheidungen über ethische Werte und Interessen einhergehen. Die Arbeit bejaht dies in verschiedener Hinsicht. So sei z. B. mit der Anerkennung von Patentrechten eine Entscheidung ethischer Relevanz über die Anerkennung geistiger Tätigkeit getroffen. Auch technischer Fortschritt werde durch das Patentsystem implizit positiv gewertet. Als Ergebnis des Kapitels hält *Bartels* schließlich fest, dass Ethik und (Bio-)Patentrecht komplex miteinander verflochten seien und das moderne Patentrecht grundsätzlich auf einem utilitaristischen Fundament stehe (S. 128 f.). Spätestens hier ist die Grundlage für die Konstruktion seiner utilitaristischen Patentrechtskonzeption gelegt.

V. Teil 3 führt eine Analyse konkreter Regelungsinstrumente durch und untersucht sie auf die Fähigkeit, verschiedene Regelungsziele zu erreichen. Die Arbeit konzentriert sich besonders auf die umstrittenen Patentierungsausschlüsse (Kapitel 5 und 6), die zentraler Gegenstand der bisherigen Diskussionen waren. Darüber hinaus werden später auch andere patentrechtliche und außerpatentrechtliche Instrumente einer (im Vergleich eher kürzeren) Kosten-Nutzen-Analyse unterzogen (Kapitel 7).

Zunächst thematisiert die Arbeit den möglichen Nutzen von Patentierungsausschlüssen (Kapitel 5, S. 133–181). Die bestehenden Regelungen sind laut *Bartels* allerdings nicht erforderlich, um eine patentrechtlich legitimierte Nutzungsbefugnis an verwerflichen Erfindungen zu verhindern (S. 133–135). Ob ein Patent tatsächlich ein positives Benutzungsrecht einräume, werde von Teilen der Literatur bestritten. In jedem Fall folge laut *Bartels* bereits aus § 9 Satz 1 PatG, dass die Gestattungswirkung ihre Grenzen im geltenden Recht finde. Ebenso wie für viele andere Arbeiten, die sich kritisch mit den Patentierungsausschlüssen befassen (siehe die eingangs erwähnte Dissertation von *Hacker*), ist diese Argumentationslinie auch für *Bartels* Untersuchung zentral. Er wird hierauf noch in verschiedenen anderen Zusammenhängen zurückkommen.

In der Literatur wird vertreten, dass ein Fehlen von Patentierungsausschlüssen à la longue zu einer Nivellierung der Rechts- und Sittenvorstellungen führen würde, weil die Patentierung den Eindruck erwecken könnte, dass die Erfindung staatlich gebilligt und daher gar nicht so unethisch sein könne. Diesen Nivellierungseffekten würden Patentierungsausschlüsse vorbeugen. *Bartels* hält dem entgegen, dass diese Effekte wahrscheinlich gering, jedenfalls nicht quantifizierbar seien (S. 135). Eine vertieftere Analyse kann die Arbeit jedoch nicht leisten. Es wird allerdings das Interesse an weitergehender Forschung geschürt, welche die Wirkungseffekte von Patentierungsausschlüssen nicht nur innerhalb der rein rechtstechnischen Sphäre des normativen Geflechts in den Blick nimmt, sondern auch die indirekten Effekte auf die Wertvorstellungen der Gesellschaft empirisch untersucht. *Bartels* bringt als zweite Begründung gegen mögliche Nivellierungseffekte das prominente (siehe z. B. *Hacker*, S. 100 f.) Zirkelschlussargument in Position: Wenn das Patentrecht gar keine ethisch begründeten Ausschlüsse beinhalten würde, könne in der Patenterteilung auch keine ethische Bewertung der Erfindung gesehen werden (S. 135). Gemeint sind hier ethisch-moralische, also deontologische Wertungen. Allerdings steckt bereits in der Zuerkennung der Patentfähigkeit bzw. spätestens in der Patenterteilung eine staatliche Entscheidung mit ethischer Konnotation. Dies legte auch *Bartels* im vorherigen Teil bereits dar (S. 123 f.), wenn er beschreibt, dass der Patenterteilung unabhängig von den damit bezweckten oder erzielten Wirkungen ethische Relevanz zukommt – sogar aus deontologischer Perspektive. In diesem gedanklichen Fahrwasser kann die Streichung der

Ausschlussgründe dann jedoch nicht jegliche ethische Dimension aufheben, weshalb das Zirkelargument zumindest aus *Bartels* Blickwinkel eigentlich kaum überzeugen kann. Er wird auf dieses Argument später in anderem Zusammenhang noch differenzierter zurückkommen (siehe S. 151f.).

Laut *Bartels* sind die Patentierungsausschlüsse nicht zum Schutz der Würde von Menschen und des Lebens notwendig (S. 136–142). Er kommt dabei noch einmal auf die Frage der patentrechtlichen Benutzungsbefugnis aus § 9 Satz 1 PatG zurück. In Erweiterung der vorherigen Ausführungen betont er hier zusätzlich die Unterscheidung zwischen körperlicher und unkörperlicher Gegenstandsebene und bringt an, dass Patente keine Nutzungsbefugnisse hinsichtlich konkreter Sachen beinhalten würden (S. 137). Dies verwundert er wenig, da sich auch die immaterialgüterrechtlich vermittelte Rechtsmacht letztlich in der Sphäre materieller Gegenstände realisiert. Manch einer mag *Bartels* Argumentation hier zudem entgegenhalten, dass doch zumindest die Veröffentlichung der Erfindung durch das Patentamt die Menschenwürde oder ähnliche überragende Rechtsgüter tangieren könnte. Patentierungsausschlüsse ändern am Mechanismus der Regelveröffentlichung jedoch nichts. Die Gefahr könnte allenfalls durch entsprechende Ausnahmen zur Veröffentlichung (nicht Ausnahmen zur Patentierung) gebannt werden.

Die Arbeit untersucht sodann, ob die Patentierungsausschlüsse die öffentliche Akzeptanz des (Bio-)Patentrechts sichern (S. 143–152). *Bartels* macht einen gewissen Akzeptanzverlust des Gebiets aus, der im Wesentlichen auf verbreitete Fehlvorstellungen und Missverständnisse der Öffentlichkeit zurückzuführen sei. Die Patentierungsausschlüsse seien „überwiegend ungeeignet“ (S. 149), dem zu begegnen. Sie als reine Symbolpolitik zu verstehen, die diesen Ansichten gerecht werden soll, lehnt er zu Recht ab, da die Normen auch in der Praxis erhebliche Wirkung entfalten können (S. 150f.). Er kommt sodann auf das Zirkelschlussargument zurück, nachdem ohne ethisch begründete Ausschlüsse in der Patenterteilung gar keine staatliche Billigung ethischer Dimension gesehen werden könne. Gegenüber der zirkulären und möglicherweise gar kontraproduktiven Forderung nach weiteren Patentierungsausschlüssen erschiene es daher schlüssiger, sämtliche ethisch begründeten Ausschlüsse abzuschaffen und in der damit verbundenen öffentlichen Diskussion bestehende Missverständnisse aufzuklären (S. 152). Auch hier versteht *Bartels* ethisch im Sinne von ethisch-deontologisch bzw. ethisch-moralisch und nicht utilitaristisch. Anders als die jüngere Literatur, die zum Teil eine gänzliche Abschaffung der Patentierungsausschlüsse fordert, schlägt *Bartels* einen Mittelweg vor. Jedenfalls die Generalklausel sollte als eine Art Übermaßventil beibehalten werden, um eventuelle öffentliche Missverständnisse hinsichtlich der patentrechtlichen Wirkungsweisen aufzufangen, auch wenn dies aus regelungstechnischer Sicht kaum erforderlich wäre (S. 152). Dieser Vorschlag ist hörensenswert und wird in der weiteren Forschung sicher aufgegriffen und reflektiert werden. Es verbleiben allerdings Restzweifel, ob damit letztlich nicht gerade die negativen Effekte der Patentierungsausschlüsse in Form der Generalklausel aufrechterhalten (z. B. der Anschein der ethisch-deontologischen Überprüfung der Erfindung durch das Patentamt oder die administrativen Kosten der entsprechenden Analyse des Erfindungsgegenstands) und gleichzeitig die positiven Effekte der speziellen Regelungen (z. B. die höhere Anwendungssicherheit) vernichtet werden.

Der nachfolgende Abschnitt untersucht die ökonomischen Effekte der Patentierungsausschlüsse (S. 153–177). *Bartels* blickt zunächst auf den Biotechnologiesektor im Allgemeinen und anschließend auf einzelne Biotechnologieinnovatoren. Patente seien insbesondere für Start-Ups hilfreich und teilweise notwendig. Bereits die Signalwirkung von Patentanmeldungen seien erheblich, um die Informationsasymmetrien des Fremd- und

Risikokapitalmarkts zu überwinden und Finanzmittel einzuwerben (S. 160–165). *Bartels* attestiert den Ausschlüssen im Ergebnis einen technologieregulierenden und innovationsmindernden Effekt (S. 176 f.).

Abschließend wirft das Kapitel noch einen kurzen Blick auf weitere mögliche Nutzenpositionen durch Patentierungsausschlüsse (S. 177–180). Wie einleitend angesprochen werden die Regelungen von vielen auch als Schleuse verstanden, welche die grundsätzlichen Wertungen des Rechtssystems in das Patentrecht integrieren sollen, um damit Widersprüche zu vermeiden. Dem hält *Bartels* jedoch erneut entgegen, dass aus der Patentierung keinerlei Benutzungsbefugnis oder ethische Billigung der Erfindung folge. In diesem Zusammenhang formuliert er jedoch etwas vorsichtiger als bisher und räumt zumindest die Möglichkeit einer „geringfügige[n] Widersprüchlichkeit“ zu fundamentalen Wertungen der Rechtsordnung ein, falls z. B. alle erdenklichen Nutzungsarten einer Erfindung verwerflich seien und gegen hochrangige rechtliche Grundsätze verstoßen würden (S. 178). In einem solchen Fall erschiene die Patenterteilung sinnlos, die auf die Verwertung dieser Erfindung abziele. Es erschließt sich hier nicht völlig, warum in diesem Szenario nun gerade die bloß *mögliche* Verwertung der Technologie entscheidend sein soll, insbesondere wenn das Patent – wie zuvor vertreten – im Wesentlichen ein Ausschlussrecht sei bzw. die Nutzungsbefugnis ohnehin unter dem Vorbehalt des sonstigen Rechts stehe. Auch die Verwerflichkeit jeder Nutzungsart und der Verstoß gegen hochrangige rechtliche Grundsätze im Fall eines Technologieeinsatzes widerlegen die zuvor eingenommene Position eigentlich nicht.

Nach *Bartels* könne für die Patentierungsausschlüsse auch nicht streiten, dass sie die persönlichen Rechte der Patentprüfer schützen würden. Für den Staat dürfen insbesondere solche Entscheidungen nicht unzumutbar seien, die auf Tatsachen beruhen (S. 179). Wie *Bartels* völlig zurecht feststellt, tragen Patentierungsausschlüsse auch nicht zur Kostenersparnis bei. Zum Teil wird in der Literatur vertreten, dass Patenterteilungsverfahren für den Staat teuer seien und die Ausschlüsse sicherstellen würden, dass das System nicht mit Anmeldung sozial schädlicher Erfindungen belastet wird, die ohnehin nicht verwertet werden dürfen. *Bartels* hält dem vor allem die administrativen Kosten entgegen, die durch die Analyse entstehen, ob eine Ausschlussregelung im Einzelfall greift (S. 179 f.). Hinzu tritt die patentrechtliche Binsenweisheit, dass *jegliche* Nichterteilung für das Patentamt mit deutlich höheren administrativen Kosten verbunden ist (u. a. wegen des Argumentationsaufwands) als eine Erteilung und bei Nichterteilung freilich auch keinerlei Einnahmen durch fortlaufende Patentgebühren generiert werden.

Bartels erwähnt in diesem Kapitel auch die Diskursermöglichungsfunktion des Patentrechts (S. 180). Die Offenbarung des Erfindungsgegenstands würde sehr frühzeitig eine rechtswissenschaftliche und gesellschaftliche Grundlage schaffen, um die Technologie kritisch zu reflektieren. Hier schließt sich der Kreis zur zentralen Informationsfunktion des Patentrechts, die ganz überwiegend rein ökonomisch wahrgenommen wird (vgl. *Stierle*, Das nicht-praktizierte Patent (2018), S. 206 ff., 239 f.). Das fünfte Kapitel endet daher völlig überzeugend mit der Feststellung, dass die Patentierungsausschlüsse kaum zur Erreichung deontologisch motivierter Regelungsziele geeignet seien (S. 181) – ein weiteres zentrales Ergebnis der Untersuchung.

VI. Im sechsten Kapitel (S. 182–275) analysiert *Bartels* dezidiert und auf knapp 100 Seiten sehr ausführlich die Kosten von Patentierungsausschlüssen. Er unterscheidet hier zwischen Fehlsteuerungen, Rechtsunsicherheit, Widersprüchen zwischen Rechtsquellen und weiteren Kostenpositionen, wobei die Untersuchung möglicher Fehlsteuerungen

den breitesten Raum einnimmt. *Bartels* skizziert zunächst verschiedene Ursachen und Dimensionen einer Steuerungskrise, in der sich das Patentrecht aktuell befände (S. 182–193). Die Legislative, die Judikative sowie die entsprechenden Behörden seien mit der Biotechnologieregulierung überfordert. Die Biotechnologie entwickle sich rasant und die Folgen könnten auch von Experten nur schwer ex ante vorhergesehen werden („Temporalitäts-Problem“, S. 183 f.). Hinzu käme die Komplexität und Schwerfälligkeit des patentrechtlichen Mehrebenensystems, das nur sehr limitiert eine zeitnahe Reaktion auf technologische Entwicklungen erlaube (S. 186–190). In der Tat ist das (europäische) Patentrecht im intra-immateriälgüterrechtlichen Vergleich deutlich behäbiger als das ebenfalls technologieaffine Urheberrecht.

Sehr ausführlich zeigt *Bartels* sodann die Gefahr von Fehlsteuerungen durch die Patentierungsausschlüsse auf. Den Regelungen wohne stets die Gefahr inne, dass die zunächst von der Patentierung ausgeschlossenen Technologien zu einem späteren Zeitpunkt überwiegend oder allgemein akzeptiert werden. Die Ausschlussgründe würden in solchen Situationen eine ungewollte Steuerungswirkung entfalten (S. 193), indem sie zu einer Minderung künftig erwünschter Innovationen beitragen würden. Ausgangspunkt dieses Gedankens ist die menschliche Tendenz zu verzögerter Innovationsakzeptanz. Dabei seien rationale Erwägungen häufig durch emotionale Faktoren und kognitive Verzerrungen beeinflusst, die eine Innovationskepsis hervorbringen (S. 197). *Bartels* zieht hier eine Vielzahl an Beispielen aus der Technikgeschichte heran, um seine These zu untermauern, bevor er anschließend auf die Besonderheiten der Biotechnologie hinweist, die im besonderen Maße zu solchen Tendenzen beitragen können (S. 205–215). Er zeigt verschiedene Akzeptanzhindernisse (Wissensdefizite, Fehlvorstellungen, Ängste etc.) auf, die für diesen Technologiesektor spezifisch seien und führt wiederum verschiedene Beispiele an. Bei all dem wird erneut *Bartels* ungebrochener Fortschrittsoptimismus deutlich, der bereits zu Beginn der Arbeit durchschimmerte. Es ist daher nicht verwunderlich, wenn sich die Arbeit hier weniger auf Negativbeispiele konzentriert (siehe beispielsweise die jüngere Diskussion um die Entwicklung und flächendeckende Ausbringung von Pestiziden), sondern historische Beispiele mit Erfolgsgeschichte herausgreift. *Bartels* fährt fort, indem er die Keimbahntherapie und das Enhancement als mögliche künftige Fälle einer ähnlichen Akzeptanzentwicklung über die Zeit beschreibt (S. 215–225). Als mögliche Kostenpositionen des Zusammenspiels aus Patentierungsausschlüssen und verzögerter Innovationsakzeptanz bezieht er sich nicht nur auf Wohlfahrtsschäden, sondern betont auch die „Minderung moralischen Fortschritts“ (S. 227) – verstanden im Sinne einer Hemmung des Fortschreitens moralischer Anschauungen bzw. Vorstellungen – als einen negativen Effekt der Patentierungsausschlüsse. Mit der Begrenzung des moralischen Wandels könne zudem eine illegitime Einflussnahme auf künftige Gesellschaften und damit eine weitere Kostenposition der Patentierungsausschlüsse einhergehen (Chronozentrismus) (S. 240 ff.). Umgekehrt könnte man allerdings ebenso formulieren und *Bartels* in beiden Punkten kritisch entgegenhalten: Die jetzige Gesellschaft versucht mit den entsprechenden Regelungen vielleicht nur ihrer Verantwortung gegenüber den künftigen Generationen gerecht zu werden.

In einem kürzeren Unterabschnitt des Kapitels thematisiert die Arbeit anschließend Rechtsunsicherheit als eine weitere Kostenposition der bestehenden Patentierungsausschlüsse (S. 248–255). Zentral stellt der Autor Definitions- und Abgrenzungsschwierigkeiten im biopatentrechtlichen Bereich heraus. Außerdem mangle es an Vorhersehbarkeit für potenzielle Investoren und Innovatoren. Zwar ist auch in anderen technischen Bereichen eine gewisse Ergebnisunsicherheit alltäglich; man kann *Bartels* jedoch zustimmen,

dass im potenziellen Anwendungsbereich der Patentierungsausschlüsse diese eine besondere Qualität aufweisen mögen. Patentierungsausschlüsse könnten seiner Ansicht nach auch zu Widersprüchen zwischen Rechtsquellen und dem Verstoß niederrangiger gegen höherrangige Normen führen. Die Arbeit gibt hier einen guten Überblick über das Regelungsgeflecht, in dem sich der Gesetzgeber und die Rechtsanwendung bewegen muss, sofern Änderungen im Bereich der Biotechnologie vorgenommen werden sollen (S. 255–267).

Als Argumente gegen Patentierungsausschlüsse zieht *Bartels* auch die Verlangsamung und damit Verteuerung des Erteilungsverfahrens (S. 267 f.), die Verlagerung wichtiger Regulierungsentscheidungen von der Legislative auf Exekutive und Judikative („Defizit demokratischer Legitimation“, S. 268–270) und Wertungswidersprüche innerhalb des Regelungssystems der Ausschlüsse (S. 270 f.) heran. Das Kapitel schließt mit einem Zwischenfazit, das die problematische Kosten-Nutzen-Bilanz der Patentierungsausschlüsse betont (S. 271–275). Bezüglich der speziellen Ausschlüsse werden in der Gesamtschau erhebliche Nettonachteile konstatiert, wobei das Urteil über die Generalklausel ambivalent ausfällt. Jedenfalls sei festzuhalten, dass die tatsächlichen Nutzen- und Kostenposten der Patentierungsausschlüsse grundsätzlich nur utilitaristische Gesichtspunkte wie die Wohlfahrt und allgemein das Wohlergehen betreffen, während deontologische Gesichtspunkte kaum oder höchstens mittelbar betroffen würden (S. 274). Diese Argumente stützen erneut seine These, dass die Patentierungsausschlüsse kaum zur Erreichung deontologischer Ziele geeignet sind und die Generalklausel in weniger kritischem Licht erscheint als die speziellen Patentierungsausschlüsse.

VII. Das siebte Kapitel untersucht schließlich einzelne rechtliche Instrumente abseits der Patentierungsausschlüsse auf ihre Leistungsfähigkeit, ethisch relevante Regelungsziele zu erreichen (S. 276–306). Zunächst widmet er sich der Modifizierung des Schutzzumfangs (S. 276–290), wobei dies nicht technisch im Sinne einer Beschränkung des Patentanspruchs verstanden werden darf. Neben Ausnahmen zum Ausschließlichkeitsrecht werden insbesondere Instrumente auf Rechtsfolgenseite untersucht. Vor allem Wirkungsausnahmen und Liability Rules würden gegenüber Patentierungsausschlüssen erhebliche Vorteile aufweisen, zu denen etwa ein höheres Maß an Flexibilität, eine häufig überlegene ex post Perspektive und größere Spielräume hinsichtlich ihrer Einführbarkeit zählen würden (S. 306). *Bartels* plädiert in diesem Kapitel auch für ein stärkeres Bemühen und eine intensivere Berücksichtigung ökonomischer Folgenanalysen in den Bereichen Legislative, Judikative und Exekutive (S. 291–294). Auch wenn Abschätzungen der konkreten Folgen ex ante kaum zu leisten seien, könne das EPA bei der Anwendung der ihm zur Verfügung stehenden Policy-Hebel zumindest sektorspezifische Besonderheiten beachten, was doch eine wesentliche Veränderung der aktuellen Entscheidungspraxis wäre.

VIII. Im vierten Teil erntet der Verfasser die Früchte seiner bisherigen Überlegungen. Er formuliert aufbauend auf den bisherigen Untersuchungen Vorschläge und Thesen zum Verhältnis von Ethik und Patentrecht. Kapitel 8 (S. 309–322) beschreibt eine utilitaristische Patentrechtskonzeption, die in Teilen bereits in den vorherigen Abschnitten der Arbeit, insbesondere im vierten Kapitel, angeklungen sind. *Bartels* begreift das Patentrecht als innovations- und wirtschaftspolitisches Steuerungsinstrument und lehnt deontologische Erwägungen sowohl bei der Begründung als auch der Begrenzung von Patenten ab. Er formuliert folgende Stufen einer Zielhierarchie: Erstens Wohlergehen (im utilitaristischen Sinne), zweitens Wohlfahrt (im ökonomischen Sinne), drittens Förderung der Entwicklung und Verbreitung von Innovation sowie viertens ökonomische Effizienz

des Patentrechts (S. 309). Die Unterstufen seien Proxyziele, weil sie leichter gemessen und maximiert werden könnten als das Wohlergehen als fundamentaler ethischer Wert (S. 310). Dies erinnert ein wenig an *Robert Merges* Vorschlag, Diskussionen um geistiges Eigentum vor allem am Maßstab von „midlevel principles“ zu führen, da die Ergebnisse solcher Auseinandersetzungen produktiver ausfallen würden (*Merges*, *Justifying Intellectual Property* (2011), S. 144). *Bartels* begründet seine utilitaristische Ausrichtung, wobei vor allem die aufgezeigten erheblichen Gefahren deontologischer Erwägungen für Wohlfahrt und Wohlergehen zentral seien (S. 313 ff.).

Nachfolgend greift die Arbeit verschiedene Einzelfragen heraus; zunächst den Umgang mit Trade-Offs auf zeitlicher Ebene (S. 315–317). Ein Problem seien mögliche Konflikte zwischen gegenwärtiger und zukünftiger Wohlfahrt. Es sei aus ethischer Perspektive vorzugswürdig, Wohlfahrt anhand einer zeitunabhängigen utilitaristischen Gesamtbetrachtung zu maximieren. Auch empirische Unsicherheiten dürften eine folgenorientierte Betrachtung nicht zugunsten von Intuitionen oder deontologischen Prinzipien bei der Entscheidungsfindung verdrängen. Vielmehr müssten unter Berücksichtigung von Eintrittswahrscheinlichkeiten Erwartungsnutzenfunktionen gebildet werden (S. 319). Allerdings könne laut *Bartels* nicht gänzlich ausgeschlossen werden, dass deontologische Erwägungen ein utilitaristisches Patentrechtskonzept beeinflussen. Diese dürften sich allerdings „nur ganz ausnahmsweise zulasten von Effizienzkriterien und Wohlfahrtsmaximierung durchsetzen“, weil das Patentrecht – wie die Arbeit schließlich aufzeigte – nicht-utilitaristische Bereiche nur äußerst selten betreffen würde (S. 321).

IX. Kapitel 9 unterbreitet konkrete Vorschläge zur Umsetzung dieser utilitaristischen Patentrechtskonzeption (S. 323–339). Es plädiert für eine „maximale Folgenberücksichtigung“ der Legislative am Maßstab des Erwartungsnutzens (S. 323–327). Auch die Gerichte und Patentbehörden sollten das Patentrecht nicht bloß als Summe formalrechtlicher Normen verstehen, sondern als ein System von Policy-Hebeln, bei deren Anwendung die wohlfahrtsökonomischen Auswirkungen im Blick behalten werden müssen (S. 324) – eine Perspektive, die es in der Praxis sicher stärker zu reflektieren gilt.

Bartels fordert die Regelbeispiele (siehe § 2 Abs. 2 PatG, Art. 53 (a) EPÜ i. V. m. Regel 28, Art. 6 BioTechRL) zu streichen, u. a. da drei der vier Tatbestände auf deontologischen Erwägungen beruhen würden und damit angesichts des Phänomens verzögerter Innovationsakzeptanz besonders anfällig für Fehlsteuerungen seien (S. 328). Statt starrer Regelungen seien aufgrund der schnellen und teils unvorhersehbaren technisch-wissenschaftlichen und gesellschaftlichen Entwicklungen bereits im Allgemeinen bewegliche und lernfähige Systeme sowie offene Abwägungstatbestände erforderlich (S. 328). Zumindest nach aktuellem Wissenstand könne daher auch die Generalklausel (§ 2 Abs. 1 PatG oder Art. 53 (a) EPÜ) als Notventil aufrechterhalten werden (S. 328 ff.), was in der Untersuchung bereits angeklungen war. In Extremfällen könne ihr Nutzen zukommen, sofern anders wohlfahrtsmindernde Effekte nicht zu vermeiden sind, beispielsweise weil trotz ordnungsrechtlicher Verbote Anreize zur Entwicklung eindeutig unerwünschter Innovationen bestehen. Allerdings will *Bartels* diese Erkenntnis nicht zementiert wissen. Der weitere Diskurs und die weitere Forschung könnten zukünftig auch eine Abschaffung nahelegen (S. 330). Bei den sonstigen speziellen Tatbeständen seien weitere Untersuchungen angebracht, insbesondere eine mögliche Überantwortung dieser Regelungsbereiche an Instrumente auf nachgelagerter Ebene (einschließlich vergütungspflichtiger Benutzungsrechte) sowie außerpatentrechtliche Instrumente (S. 330). Mangels Zweckmäßigkeit und der willkürlichen Schlechterstellung bestimmter Tiererfindungen spricht

er sich jedoch bereits deutlich gegen eine Streichung des entsprechenden Tatbestands aus (S. 331). Aufgrund des parallel bestehenden Sortenschutzregimes sei die Situation für den Pflanzensorten betreffenden Ausschluss anders gelagert. Insgesamt sei ein stärkerer Ausbau der ex post-Steuerung auf Rechtsfolgenseite in Betracht zu ziehen, mit dem das Patentsystem unter maximaler Berücksichtigung von Folgenwissen genauer kalibriert werden könne (S. 332–334). Damit sei jedoch nicht zwingend ein Ausbau des derzeitigen Zwangslizenzregimes gefordert.

Ergänzend müsse laut *Bartels* die enge Verzahnung von Ökonomie und Ethik von Patentbehörden und der Wissenschaft deutlicher kommuniziert werden, um verbreiteten Missverständnissen und kontraproduktiven Regelungen vorzubeugen (S. 334–338). Der „mindestens ungenaue und verwirrende Begriff von der Wertneutralität des Patentrechts“ sollte vermieden werden (S. 335). Mit *Cowan et al.* und *Guellec/van Pottelsberghe* fordert *Bartels* zudem die Verabschiedung einer Präambel mit Ziel- und Zweckbestimmungen für das EPÜ, die sich sowohl auf ökonomische Effizienz als auch das utilitaristische Wohlergehen beziehen sollte (S. 336 f.). Ebenso regt er mit *Hacker* die Streichung von § 9 Satz 1 PatG an, um jeglichen Anschein eines positiven Benutzungsrechts an problematischen Erfindungen auszuräumen (S. 337 f.).

X. *Marvin Bartels* hat mit „Ethik und Patentrecht“ ein grundlagenorientiertes Werk vorgelegt, dem besondere Aufmerksamkeit zukommen wird. Die Kernaussage ist zweiteilig: Zum einen arbeitet die Studie überzeugend heraus, dass das Patentsystem keineswegs wertneutral operiere. Vielmehr basiere es in vielerlei Hinsicht auf ökonomischen und damit letztlich ethischen Erwägungen. Dieser Konkordanzgedanke liegt quer zur Wahrnehmung des breiten Patentrechts und bietet eine gewinnbringende Perspektive. Zum anderen ist mit dem konstatierten ethischen Fundament des Systems keine Aussage über die Legitimation der Patentierungsausschlüsse getroffen. Gerade am Maßstab der utilitaristischen Ethik erwiesen sich die Patentierungsausschlüsse nämlich als nicht besonders leistungsfähig. Diese These kontert wiederum so manche am Patentsystem vortragene Kritik unter dem Label des ethischen Arguments. Beide Aussagen werden den weiteren Diskurs bereichern.

Bartels Arbeit kann nicht jegliche Spannung zwischen den deontologischen Ansätzen und der konsequentialistischen Perspektive auflösen. Die Harmonie hängt nach wie vor davon ab, aus welcher Richtung deontologisch argumentiert wird. Der Studie ist dies freilich nicht vorzuwerfen. Eine Lösung des Gegensatzes käme der Quadratur des Kreises gleich. Dennoch sollte man sich über diese Limitierung des Aussagegehalts klar sein.

Abseits der zentralen Thesen ist die Abhandlung eine Fundgrube für viele interessante und häufig interdisziplinäre Überlegungen. Der Leser wird um viele Aspekte bereichert, auch wenn nicht jeder Gedanke immer überzeugen mag. Manchmal hängt dies freilich auch von der Perspektive auf die Thematik und dem eigenen Vorverständnis ab. *Bartels* macht keinen Hehl aus seinem Fortschrittsglauben; einige Aspekte könnte man aus einer ebenfalls fortschrittsoptimistischen, aber etwas gemäßigeren Perspektive anders werten (Stichwort „Minderung moralischen Fortschritts“ oder „Chronozentrismus“ als Kosten von Patentierungsausschlüsse). Man muss dies jedoch auch nicht.

Wenn man ein Manko der Studie ausmachen will, dann ist es, dass zentrale Argumente in der Arbeit mehrfach aufgegriffen werden und sich an verschiedenen Punkten zumindest in Nuancen unterschiedlich darstellen (siehe z.B. den Aspekt der Benutzungsbefugnis oder des Zirkelschlusses). Auch das Adjektiv „ethisch“ scheint gelegentlich in einem engen, eher moralisch-deontologischen Verständnis verwendet zu werden, manchmal

eher im breiten Sinne, der auch folgenorientierte Ansätze einschließt. Hier wäre eine einheitlichere Betrachtung wünschenswert gewesen.

Insgesamt ist „Ethik und Patentrecht“ ohne Zweifel eine bereichernde Monografie. Ihr ist eine breite Rezeption zu wünschen – nicht nur innerhalb des Patentrechts, sondern auch in den am Diskurs beteiligten anderen Fachdisziplinen. Dies würde sicher dazu beitragen, in mancherlei Hinsicht eine bessere gemeinsame Grundlage für die weiteren Diskussionen zu schaffen – ganz im *Bartels'schen* Sinne.

Assoc.-Prof. Dr. Martin Stierle, LL.M. (Berkeley), Universität Luxemburg

Laura Jones: Die urheberrechtliche Haftung von Intermediären im Rechtsvergleich. Tübingen: Mohr Siebeck, 2020 (Geistiges Eigentum und Wettbewerbsrecht, Bd. 156). XXXIV, 613 S., 94,00 €. ISBN 978-3-16-159208-9.

I.

Die Haftung von Intermediären wird seit geraumer Zeit intensiv diskutiert, nicht nur, aber gerade auch aus urheberrechtlicher Perspektive. Manche Internetplattformbetreiber haben es zum Geschäftsmodell erhoben oder dulden es zumindest, dass Nutzer dieser Plattformen dort nicht lizenzierte Werke Dritter für andere Nutzer zugänglich machen können. Der wirtschaftliche Schaden für die Urheber dieser Werke und deren Lizenznehmer ist mitunter beträchtlich, gerade wenn es sich um aktuelle, noch in der Erstvermarktung stehende Werke handelt, wie die Beispiele einschlägiger Plattformen zeigen. Auf der anderen Seite kann es für die Rechteinhaber mühevoll, zuweilen sogar aussichtslos sein, die für Rechtsverletzungen verantwortlichen Plattformnutzer ausfindig oder haftbar zu machen, sodass die Rechtsdurchsetzung gegenüber dieser Personengruppe unsicher ist. Damit rücken die Plattformbetreiber in den Mittelpunkt des Interesses, zumal sie es sind, die als Intermediäre zwischen den Nutzern die rechtsverletzenden Handlungen überhaupt erst ermöglichen. Allerdings liegt es auf der Hand, dass eine (ergänzende) Haftung der Plattformbetreiber für rechtsverletzende Handlungen ihrer Nutzer nicht ohne Weiteres in Betracht kommt. Das ergibt sich bereits daraus, dass es „den“ Plattformbetreiber nicht gibt. Vielmehr wird in typisierender Betrachtung zwischen Access-, Host- und Content-Providern unterschieden, die der eigentlichen Rechtsverletzung nicht in gleicher Weise nahe stehen. Daraus folgt das Erfordernis, eine etwaige Haftung dieser Intermediäre differenziert anzugehen. Die Blaupause für diese Herangehensweise hat der europäische Gesetzgeber bereits vor gut zwanzig Jahren mit der E-Commerce-Richtlinie 2000/31/EG (ECLR) geliefert. Eine Weiterentwicklung dieses Konzepts, allerdings begrenzt auf einen kleinen Kreis von Intermediären, enthält die DSM-Richtlinie. Mit diesen Richtlinien wurde das Fundament für die einschlägigen nationalen Rechtsakte gelegt, die in deren Umsetzung ergangen sind.

Die in diesem Kontext zu besprechende, von *Ansgar Ohly* und *Tristan Azzi* im Rahmen eines Doppelpromotionsverfahrens der LMU München und der Université Paris 1 Panthéon-Sorbonne betreute Dissertation von *Laura Jones* betrachtet rechtsvergleichend die im Gefolge der E-Commerce-Richtlinie ergangenen nationalen Umsetzungsakte in Frankreich, Großbritannien und Deutschland (mit ähnlichem Forschungsansatz bezogen auf

Zeitschrift für Geistiges Eigentum

Intellectual Property Journal

Band 14 (2022), Nr. 4

Die Zeitschrift für Geistiges Eigentum (ZGE) bietet als forschungsorientierte Zeitschrift ein Forum für grundlagenorientierte Abhandlungen zum Patentrecht, Urheberrecht, Kennzeichenrecht und zu verwandten Rechtsgebieten. Dabei stehen nicht nur Fragen des geltenden Rechts im Mittelpunkt, sondern auch die rechtshistorischen, rechtsphilosophischen, methodologischen und – insbesondere – ökonomischen Grundlagen. Da das Recht des geistigen Eigentums wie nur wenige andere Rechtsgebiete vom europäischen Gemeinschaftsrecht geprägt ist, soll die Zeitschrift nicht zuletzt einen Beitrag zur Entstehung einer genuin europäischen Dogmatik leisten.

The Intellectual Property Journal (IPJ) is a research-oriented journal dedicated to patents, copyright, trade marks and related areas of law. It provides a forum for articles which analyze fundamental issues of intellectual property law, including its historical, philosophical, methodological and – in particular – economic foundations. Since intellectual property law has been influenced by European Community law to a greater extent than other areas of private law, the journal will also aim at contributing to the development of a genuinely European doctrine.

Herausgeber/ Michael **Grünberger**, Universität Bayreuth
Editors Ruth **Janal**, Universität Bayreuth
Linda **Kuschel**, Bucerius Law School Hamburg
Karl-Nikolaus **Peifer**, Universität zu Köln
Herbert **Zech**, Humboldt-Universität zu Berlin



Mohr Siebeck



ZGE - 14 - 2022 - 04