

Sonderdruck aus:

Wissen – Märkte – Geistiges Eigentum

Herausgegeben von

Stefan Leible, Ansgar Ohly
und Herbert Zech



Mohr Siebeck 2010

Inhalt

Vorwort	V
---------------	---

I. Veränderungen bei der Entstehung und Verbreitung von Wissen: Interdisziplinäre Perspektiven

Hannes Siegrist

Strategien und Prozesse der „Propertisierung“ kultureller Beziehungen – Die Rolle von Urheber- und geistigen Eigentumsrechten in der Institutionalisierung moderner europäischer Kulturen (18.–20. Jh.)	3
--	---

Dietmar Harhoff

Erfindungen und Innovationen in der globalen Wirtschaft – Zur Entwicklung des Patentsystems	37
--	----

Nico Stehr/Ulrich Ufer

Wissen als Ware	51
-----------------------	----

II. Herausforderungen für das Recht des Geistigen Eigentums

Christian Osterrieth

Vom Innovationssprung zum inkrementellen Fortschritt: Was bleibt von der „erfinderischen Tätigkeit“?	69
---	----

Axel Metzger

Vom Einzelurheber zu Teams und Netzwerken: Erosion des Schöpferprinzips?	79
---	----

Maximilian Haedicke

Open Access als Herausforderung für das Geistige Eigentum	93
---	----

<i>Melanie Siebert, Simon Apel und Matthias Wießner</i>	
Bericht über die Podiumsdiskussion zum Thema: Wem gehört eigentlich Wissen?, oder: Verlage als Wissensmittler und freier Zugang zu Forschungsergebnissen – ein unüberbrückbarer Gegensatz?	111

III. Das Patent- und das Urheberrecht unter veränderten technischen und wirtschaftlichen Rahmenbedingungen

<i>Rainer Mufang</i>	
Ausschlussrechte für die Aneignung vorhandenen Wissens? Die Perspektive des Patentrechts	127

<i>Karl Riesenhuber</i>	
Technische Schutzmaßnahmen und „Zugangsrechte“	141

<i>Herbert Zech</i>	
Vertragliche Dispositionen über Schranken des geistigen Eigentums	187

<i>Andreas Wiebe</i>	
Die Krise des Erschöpfungsgrundsatzes im Informationszeitalter	203

Herausgeber- und Autorenverzeichnis	215
---	-----

Vertragliche Dispositionen über Schranken des geistigen Eigentums

Herbert Zech

Kauft man Musik oder Filme in Onlinestores, kann es passieren, dass der vorgegebene Lizenzvertrag jede weitere Vervielfältigung der heruntergeladenen Werke verbietet. Von diesem Verbot sind auch Handlungen umfasst, die aufgrund einer Schrankenregelung – hier des § 53 UrhG – erlaubnisfrei zulässig wären. Es stellt sich die Frage, ob und in welchem Umfang solche Vereinbarungen wirksam sind. Im folgenden Beitrag soll dieser Frage nicht nur anhand einer urheberrechtlichen, sondern auch einer patentrechtlichen Schrankenregelung nachgegangen werden. Dabei wird zudem untersucht, ob die Schrankenregelungen des geistigen Eigentums durch Normen der Inhaltskontrolle aus dem allgemeinen Zivilrecht ergänzt werden müssen.

I. Einleitung

Als „Schranken des geistigen Eigentums“ sollen sämtliche Regelungen verstanden werden, die bestimmte Handlungen ausdrücklich vom Umfang des Ausschließlichkeitsrechts ausnehmen. Der Schutzbereich eines Immaterialgüterrechts wird dadurch eingeschränkt. Ob Schranken als Ausnahmen vom Schutzbereich oder als Bestandteil der Festlegung des Schutzbereichs anzusehen sind, soll damit aber noch nicht entschieden werden. Obwohl unter die gegebene Definition auch räumliche, zeitliche und gegenständliche Schranken von Schutzrechten fallen, werden im Folgenden nur inhaltliche, d.h. auf bestimmte Handlungen bezogene Schranken betrachtet. Als „vertragliche Dispositionen“ über diese Schranken werden hier sämtliche Vereinbarungen bezeichnet, die zum Inhalt haben, dass eine Vertragspartei Handlungen, die aufgrund einer Schrankenregelung im Bereich des geistigen Eigentums zulässig wären, nicht vornehmen darf.

Ein verwandtes Thema, das jedoch nicht Gegenstand der Betrachtung ist, stellt das Aushebeln von Schranken durch technische Schutzmaßnahmen dar, das im Rahmen der Umsetzung der Informationsgesellschafts-Richtlinie in § 95b Abs.1 S.2 UrhG gesetzlich geregelt wurde. Darüber hinaus kennt das

UrhG einige Schranken, die – ebenfalls aufgrund der Umsetzung europäischer Richtlinien – ausdrücklich zwingend ausgestaltet sind, vgl. §§ 55a, 69g Abs. 2, 87e UrhG. Die Untersuchung konzentriert sich jedoch auf „klassische“ Schranken, die bereits zuvor im UrhG enthalten waren und für die eine zwingende Wirkung nicht ausdrücklich angeordnet ist. Schließlich beschränkt sich die rechtliche Betrachtung auf das geistige Eigentum, während das Kartellrecht, in welchem Abreden über Handlungsbeschränkungen eine große Rolle spielen, ausgeklammert bleiben soll.

Die Zulässigkeit vertraglicher Einschränkungen von Schrankenregelungen wird vor allem im Ausland diskutiert und hat auch den Richtliniengesetzgeber beeinflusst.¹ Im Inland fehlt bislang eine übergreifende Untersuchung, die auch der folgende Beitrag nicht leisten kann. Anhand zweier Beispiele soll jedoch die Frage nach der Zulässigkeit und der zivilrechtlichen Würdigung vertraglicher Dispositionen über Schranken behandelt werden: zum einen im nicht-gewerblichen Bereich die urheberrechtliche Schranke der Vervielfältigung zum privaten oder sonstigen eigenen Gebrauch nach § 53 UrhG, zum anderen im gewerblichen Bereich die patentrechtliche Schranke des Versuchsprivilegs nach § 11 Nr. 2 PatG.

II. Vervielfältigungen zum privaten und sonstigen eigenen Gebrauch

Im Urheberrecht findet sich eine klassische Schrankenregelung in der Kopierfreiheit des § 53 UrhG. Während nach § 16 UrhG das Recht, Vervielfältigungsstücke eines geschützten Werkes herzustellen, grundsätzlich dem Urheber zusteht, ist die Vervielfältigung zum privaten oder zum eigenen wissenschaftlichen Gebrauch sowie in bestimmten anderen Fällen des eigenen Gebrauchs ohne weiteres zulässig. Eine Vervielfältigung kann also in diesen Fällen von jedermann vorgenommen werden.

Vereinbaren Urheber und Nutzer vertraglich, dass der Nutzer von dieser Schranke keinen Gebrauch machen darf, so ist zunächst im Wege der Auslegung zu ermitteln, welche Art von Einschränkung von den Parteien gewollt ist. Neben einer völligen Abbedingung der Schranke des § 53 UrhG wäre es auch denkbar, diese nur zu beschneiden, z.B. durch eine Reduktion der Zahl der zu-

¹ Vgl. *Burrell/Coleman*, Copyright Exceptions: The Digital Impact, 2005, S. 306 ff.; *Guibault*, Contracts and Copyright Exemptions, in: Hugenholz (Hrsg.), Copyright and Electronic Commerce, 2000, S. 125–163; *dies.*, Copyright Limitations and Contracts, 2002; *Vinje*, [1999] EIPR 192, 195 f.

lässigen Vervielfältigungsstücke oder ein Verbot der anschließenden privaten Weitergabe an Dritte.²

Die Privatautonomie findet jedoch ihre Grenzen, wenn und soweit § 53 UrhG zwingenden Charakter hat. Die Frage, ob eine Norm zwingendes Recht darstellt oder nicht, ist im Wege der Auslegung zu klären. Da sich dem Wortlaut des § 53 UrhG keine Aussagen entnehmen lassen und auch der historische Gesetzgeber das Problem nicht bedacht hat, sind hier vor allem die systematische und die teleologische Auslegung in Betracht zu ziehen. Auf der Rechtsfolgenreihe ist zu klären, ob ein Verstoß gegen § 53 UrhG, soweit er zwingend ist, die Unwirksamkeit des gesamten Vertrages, die Unwirksamkeit der entsprechenden Klausel oder nur die teilweise Unwirksamkeit der Klausel, soweit sie gegen zwingendes Recht verstößt, zur Folge hat.

Nach dem Inhalt der Abbedingung unterscheidet die folgende Untersuchung zwischen Vereinbarungen mit urheberrechtlicher Wirkung und Vereinbarungen mit schuldrechtlicher Wirkung. Während durch erstere urheberrechtliche Befugnisse trotz einer Schrankenregelung erzeugt werden sollen, sind letztere lediglich auf die schuldrechtliche Verpflichtung gerichtet, von Schranken erlaubte Handlungen zu unterlassen. Nach dem Umstand der Vereinbarung ist zudem zwischen individuell ausgehandelten Abbedingungen und solchen in Allgemeinen Geschäftsbedingungen zu unterscheiden. Da bei letzteren die zusätzliche Inhaltskontrolle der §§ 305 ff. BGB zu beachten ist, werden die entsprechenden Besonderheiten in einem dritten Teil behandelt.

1. Vereinbarungen mit urheberrechtlicher Wirkung

Bislang kaum diskutiert wurde die Frage, ob einer vertraglichen Disposition über die Kopierfreiheit „dingliche“ – genauer urheberrechtliche³ – oder nur schuldrechtliche Wirkung zukommen kann.⁴ Der Unterschied wird deutlich, wenn eine Klausel nicht nur die private Vervielfältigung verbietet, sondern ausdrücklich § 53 UrhG für nicht anwendbar erklärt. Würde man einer solchen Regelung urheberrechtliche Wirkung zuschreiben, so könnte der Urheber gegen den privaten Vervielfältiger aus § 16 UrhG vorgehen. Eine rein schuldrechtliche Wirkung bedeutet dagegen, dass die Klausel lediglich ein vertragliches Verbotungsrecht gewährt, das Urheberrecht wegen der gesetzlichen Schranke jedoch nicht eingreift. Ob Vereinbarungen mit urheberrecht-

² *Hohagen*, in: Ohly/Bodewig/Dreier/Götting/Haedicke/Lehmann (Hrsg.), *Perspektiven des Geistigen Eigentums*, Festschrift für Gerhard Schrickler, 2005, S. 353, 362.

³ Vgl. *Hofmann*, JA 2008, 253, 255.

⁴ Erwähnung bei *Dietz*, in: Baulch/Green/Wyburn (Hrsg.), *ALAI Study Days – The Boundaries of Copyright*, 1999, S. 265, 268; *Guibault*, *Copyright Limitations and Contracts*, 2002, S. 223.

licher Wirkung möglich sind, ist mit Blick auf die Rechtsnatur der Schrankenregelung zu klären.

a) *Rechtsnatur des § 53 UrhG*

Zur systematischen Auslegung ist das Argument zu rechnen, der zwingende Charakter der Kopierfreiheit sei mit deren Einordnung als ein subjektives Recht des Nutzers verknüpft.⁵ *De lege lata* gewährt § 53 UrhG jedoch kein subjektives Recht des Nutzers, sondern stellt lediglich eine Inhalts- und Schrankenbestimmung des Urheberrechts dar.⁶ Ein subjektives Recht liegt nur dann vor, wenn die entsprechende Position gerade einem einzelnen Berechtigten zugewiesen ist.⁷ Es genügt nicht, dass etwas nicht verboten und damit jedermann erlaubt ist. Vielmehr liegt ein subjektives Recht erst dann vor, wenn „jemand rechtens etwas darf, was andere nicht dürfen“⁸. Dies geht damit einher, dass dem Nutzer auch eine Abwehr- oder Durchsetzungsbefugnis gegen andere gegeben ist, er also eine rechtlich „bewehrte“⁹ Position innehat.¹⁰ Sowohl an der ausschließlichen Zuweisung als auch an der rechtlichen Bewehrung fehlt es hier. Vielmehr schafft die Schranke nur einen gemeinfreien Bereich, der nicht dem Ausschließlichkeitsrecht des Urhebers unterliegt. Dem Nutzer wird keine eigene Durchsetzungsbefugnis gegeben, sondern es wird nur die Durchsetzungsbefugnis des Urhebers oder Nutzungsrechtsinhabers beschnitten. Anders als im Verfassungsrecht gegenüber der öffentlichen Hand ist die allgemeine Handlungsfreiheit im Privatrecht kein subjektives Recht.

Zieht man einen Vergleich mit dem Sacheigentum, so gibt es dort zwar auch subjektive Rechte Dritter, die Eigentümerbefugnisse beschneiden, wie zum Beispiel das Urheberrecht des Künstlers, das die Befugnisse des Eigentümers eines Bildes einschränkt. Daneben bestehen aber Inhalts- und Schrankenbestimmungen, die die Eigentümerbefugnisse lediglich zu Gunsten der Allgemeinheit beschränken.¹¹ Als Beispiel sei hier der Gemeingebrauch an einem Weg genannt,

⁵ Geiger, Die Schranken des Urheberrechts im Lichte der Grundrechte - Zur Rechtsnatur der Beschränkungen des Urheberrechts, in: Interessenausgleich im Urheberrecht, 2004, S. 143, 154; ähnlich Schack, Urheber- und Urhebervertragsrecht, 3. Aufl., 2005, Rn. 481d.

⁶ Hobagen (Fn. 2), S. 356; ders., Die Freiheit der Vervielfältigung zum eigenen Gebrauch, 2004, S. 500; Schack, aaO; v. Diemar, Die digitale Kopie zum privaten Gebrauch, 2002, S. 77, 162; a.A. Geiger (Fn. 5), S. 149; Hoeren, Urheberrecht und Verbraucherschutz, 2003, S. 25.

⁷ Larenz/Wolf, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, 9. Aufl., 2004, § 14, Rn. 17.

⁸ Larenz, in: Baur/Larenz/Wieacker (Hrsg.), Festgabe für Johannes Sontis, 1977, S. 129, 138.

⁹ Alexy, Theorie der Grundrechte, 1985, S. 208.

¹⁰ Durch das Kriterium des rechtlichen Schutzes werden auch nach der Interessentheorie subjektive Rechte von bloß faktisch begünstigenden Rechtsreflexen abgegrenzt, vgl. Auer, AcP 208 (2008), 584, 596.

¹¹ Vgl. Palandt/Bassenge, 68. Aufl. 2009, § 903, Rn. 27 f.

aus dem sich kein subjektives Recht auf Nutzung des Weges herleitet.¹² Das gleiche gilt für § 906 Abs. 1 BGB, der ebenfalls dem Nachbarn kein Recht auf Zuführung unwägbarer Stoffe gewährt. Dagegen ist die Duldungspflicht des § 917 Abs. 1 BGB bereits dem Wortlaut der Regelung nach als Anspruch und damit als subjektives Recht ausgestaltet.¹³ Der Unterschied besteht darin, dass die Benutzung eines Notwegs faktisch verhindert werden kann. § 917 Abs. 1 BGB kommt also nicht nur die Rolle einer Schranke des Abwehrrechts des Grundstückseigentümers aus § 1004 Abs. 1 BGB zu, sondern darüber hinaus gewährt die Norm einen Anspruch auf Duldung der faktischen Benutzung. Nur das faktische Dulden muss dem Begünstigten mittels eines subjektiven Rechts zugewiesen werden, da es faktisch verhindert werden kann und damit auf eine eigene rechtliche Durchsetzungsbefugnis angewiesen ist. Dagegen besteht kein Bedürfnis dem Begünstigten ein eigenes subjektives Recht zuzuweisen, damit ihm etwas nicht verboten werden kann.

Bezogen auf § 53 UrhG bedeutet dies, dass eine Ausgestaltung als subjektives Recht nur dann erforderlich wäre, wenn dem Nutzer eine über den bloßen Ausschluss urheberrechtlicher Verbotensrechte hinausgehende Begünstigung zukommen soll. Dies scheint der eigentliche Hintergrund der Frage nach der Gewährung echter Nutzerrechte zu sein. Bejaht man Nutzerrechte, könnte sich ein Anspruch auf faktische Duldung durch den Urheber ergeben. Der Urheber müsste dann auch Zugriffe auf sein Werk dulden, die er rein faktisch verhindern könnte. Soweit es sich um Werke handelt, die dem Nutzer zugänglich sind, ist eine solche faktische Verhinderung allenfalls durch technische Schutzmaßnahmen denkbar. Für diesen Fall sieht aber bereits § 95b Abs. 1 S. 1 Nr. 6 UrhG in eingeschränktem Umfang Nutzerrechte vor. Bei Werken, deren Vervielfältigung jedoch nur dadurch faktisch verhindert werden kann, dass sie dem Nutzer nicht zugänglich sind, würden Nutzerrechte einen Anspruch auf Zugänglichmachung bedeuten, was eine Frage des von § 53 UrhG nicht tangierten Veröffentlichungsrechts ist. Damit besteht gar kein Bedürfnis, § 53 UrhG als subjektives Recht zu verstehen.

b) Unzulässigkeit einer Abbedingung mit urheberrechtlicher Wirkung

Bei einer Einordnung als subjektives Recht wäre eine Einschränkung desselben durch Vertrag nicht von vornherein ausgeschlossen.¹⁴ Subjektive Rechte können grundsätzlich übertragen oder aufgegeben werden. Die Disposition über subjektive Rechte ist gerade ein wesentlicher Bestandteil der Privatautonomie.

¹² Der Gemeingebrauch ist auch kein sonstiges Recht im Sinne des § 823 I BGB, Staudinger/Hager, 13. Bearb., 1999, § 823, Rn. B 185.

¹³ BGH NJW 1985, 1952 betrachtet das Verlangen zugleich als Tatbestandsmerkmal für die Entstehung der Duldungspflicht.

¹⁴ Anders Geiger (Fn. 5), S. 154.

Diese findet nur ihre Grenzen, wo Rechtssubjekte gewissermaßen vor sich selbst geschützt werden sollen oder Allgemeininteressen der Privatautonomie vorgehen, insbesondere bei den Persönlichkeitsrechten.

Die Einordnung des § 53 UrhG als Inhaltsbestimmung führt jedoch zu einer anderen Bewertung. Eine Abbedingung mit urheberrechtlicher Wirkung käme der vertraglichen Schaffung eines Ausschließlichkeitsrechts gleich. Zwar wäre es konstruktiv denkbar, dass die Einschränkung eines in größerem Umfang vorbestehenden Urheberrechts mit Wirkung für den Vertragspartner beseitigt wird, wenn man die Kopierfreiheit als Einwendung betrachtet. Dies würde jedoch ein vorbestehendes unbeschränktes Urheberrecht voraussetzen, das es gerade nicht gibt.¹⁵ Als Inhalts- und Schrankenbestimmung konturiert die Kopierfreiheit das Urheberrecht bereits bei seiner Entstehung. Ein darüber hinausgehendes Urheberrecht kann deshalb durch Verfügung nicht geschaffen werden. Damit erweisen sich Vereinbarungen mit urheberrechtlicher Wirkung als unzulässig.¹⁶

c) Rechtsfolgen

Die Verfügung über eine der Disposition der Parteien entzogene Rechtsposition ist wegen fehlender Verfügungsmacht automatisch unwirksam.¹⁷ Da die Kopierfreiheit als echte Inhaltsbestimmung des Urheberrechts nicht mit urheberrechtlicher Wirkung abbedungen werden kann, greift eine entsprechende Vereinbarung ins Leere. Allerdings kann sie nach dem Rechtsgedanken des § 137 S. 2 BGB ohne weiteres als schuldrechtliche Vereinbarung ausgelegt werden. Urheberrechtliche Ansprüche gegen den Privatkopierer entstehen dadurch nicht.

2. Vereinbarungen mit lediglich schuldrechtlicher Wirkung

Hinsichtlich der Zulässigkeit schuldrechtlicher Vereinbarungen, von der Schrankenregelung erfasste Handlungen zu unterlassen, muss nach weiteren Auslegungsaspekten gesucht werden. Dabei ist zu fragen, ob § 53 UrhG Vervielfältigungen zum privaten oder sonstigen eigenen Gebrauch nicht nur vom Ausschließlichkeitsrecht des Urhebers ausnimmt, sondern generell und zwingend erlaubt.

¹⁵ Vgl. *Raiser*, in: Baur/Larenz/Wieacker (Hrsg.), Festgabe für Johannes Sontis, 1977, S. 167, 168 f.

¹⁶ Ebenso *Metzger*, in: Hilty u.a. (Hrsg.), Geistiges Eigentum – Herausforderung – Durchsetzung, 2008, S. 85, 86. Hinsichtlich der Befugnis zur Übereignung von Vervielfältigungsstücken gilt § 137 S. 1 BGB.

¹⁷ Palandt/*Heinrichs*, § 134, Rn. 5.

a) Vergleich mit zwingend ausgestalteten Schranken

Bei der Suche nach systematischen Aspekten fällt der Blick zunächst auf die bereits erwähnten zwingend ausgestalteten Schranken des Urheberrechts. Denkbar wäre es, im Umkehrschluss allen anderen Schranken im UrhG zwingende Wirkung abzusprechen. Ein solcher Umkehrschluss ist jedoch unzulässig, da die zwingenden Regelungen erst nachträglich im Rahmen der Umsetzung europäischen Rechts in das UrhG gelangt sind.¹⁸ Ebenso wenig lässt sich aber der zwingende Charakter der neu hinzugekommenen Schranken verallgemeinern, da sie als gemeinsames Kennzeichen die Sicherstellung der gewöhnlichen Benutzung haben, was auf die Kopierfreiheit nicht zutrifft.¹⁹

§ 95b UrhG, der die digitale Privatkopie bei den schutzmaßnahmenfesten Schranken ausdrücklich unerwähnt lässt, bietet ebenfalls keinen Anhaltspunkt.²⁰ Da es sich bei der Schranke der Kopierfreiheit nicht um harmonisiertes Recht handelt, kann die Einschätzung des europäischen Gesetzgebers, wie sie sich aus Art. 6 Abs. 4 der Informationsgesellschafts-Richtlinie ergibt, das Auslegungsergebnis jedenfalls nicht vorgeben. Der europäische Gesetzgeber hat in Erwägungsgrund 45 die Entscheidung, ob sich Schranken gegen vertragliche Regelungen durchsetzen sollen, dem nationalen Gesetzgeber überlassen. Der nationale Gesetzgeber hat zwar eine Wertung zu Ungunsten der Kopierfreiheit vorgenommen, indem er nicht von der in Art. 6 Abs. 4 der Richtlinie vorgegebenen Möglichkeit, auch die Kopierfreiheit gegen technische Schutzmaßnahmen zu schützen, Gebrauch gemacht hat. Ein zwingendes Argument für oder gegen die vertragliche Abdingbarkeit lässt sich daraus aber nicht herleiten.²¹

b) Betroffene Interessen

Im Rahmen der teleologischen Auslegung ist zunächst nach den betroffenen Interessen zu fragen. Hier ist auch zu berücksichtigen, dass bestimmte Interessen Verfassungsrang genießen, was nach der Lehre von der mittelbaren Drittwirkung in die Auslegung mit einfließt. Die Anwendbarkeit des Grundgesetzes ist hier unproblematisch, da es sich bei der Kopierfreiheit nicht um harmonisiertes Recht handelt und sich somit keine Probleme mit der Normenhierarchie ergeben.

Auf der Seite des Urhebers steht das Interesse an möglichst weit reichenden Urheberrechten, das auch von Art. 14 Abs. 1 S. 1 GG geschützt ist, jedoch nur im Rahmen der von Art. 14 Abs. 1 S. 2 GG erwähnten gesetzlichen Inhalts- und

¹⁸ Schack, ZUM 2002, 497, 502.

¹⁹ v. Diemar (Fn. 6), S. 159.

²⁰ A.a. Dreier/Schulze, vor §§ 44a ff., Rn. 9.

²¹ Ähnlich Schack, ZUM 2002, 497, 502 f.; Spindler, GRUR 2002, 105, 118.

Schrankenbestimmungen. Während die Urheberpersönlichkeitsrechte durch die private Vervielfältigung – zumindest im analogen Bereich – nur wenig tangiert werden, gilt dies für die Verwertungsrechte nicht. Die wirtschaftlichen Interessen des Urhebers werden indes durch die Vergütungspflicht nach § 54 UrhG gewahrt. Unter Umständen bekommt der Urheber durch die Privatkopie sogar mehr als ohne sie, was allerdings nur gilt, wenn er seine Rechte nicht selbst verwertet. Die Inhaber von Nutzungsrechten, insbesondere Verleger, werden härter getroffen. Der BGH hat dies in seiner Entscheidung *Elektronischer Pressespiegel*²² zwar nicht als Argument für eine enge Schrankenauslegung gelten lassen. Aufgrund der unterschiedlichen Interessenlage könnte man jedoch schrankenbeschneidende Verträge zwischen Verleger und Nutzer anders beurteilen bzw. eher gelten lassen als solche zwischen Urheber und Nutzer. Zudem hat der BGH als wichtiges Argument für seine Entscheidung die von § 49 Abs. 1 S. 1 UrhG vorgesehene Möglichkeit eines Vorbehalts der Rechte herangezogen. Dies spricht für die Bejahung der Möglichkeit einer Abbedingung des § 53 UrhG durch zweiseitigen Vertrag.

Auf der Seite des Nutzers steht dessen Zugangsinteresse.²³ Grundrechtlich greift hier der Schutz der Informationsfreiheit gem. Art. 5 Abs. 1 S. 1 Fall 2 GG ein, bei Vervielfältigungen für den eigenen wissenschaftlichen Gebrauch auch die Freiheit der Wissenschaft aus Art. 5 Abs. 3 GG. Zu beachten ist jedoch, dass in aller Regel die einfache Werkbenutzung auch ohne Privatkopie möglich ist. Die Lektüre eines Buches erfordert nicht das Anfertigen einer Kopie. Etwas anderes mag im digitalen Bereich gelten, für den jedoch die erwähnten eigenen Schrankenregelungen bestehen. Die von der Kopierfreiheit geförderten Allgemeininteressen, Zugang zu Kulturgütern, Informationsfreiheit, wissenschaftlicher Fortschritt und gute Bildung, finden als Sozialbindung des Eigentums nach Art. 14 Abs. 2 GG ebenfalls Berücksichtigung im Grundgesetz.

§ 53 UrhG stellt eine vom Gesetzgeber getroffene Abwägung zwischen den geschilderten Interessen dar. Weder den Interessen des Nutzers noch denjenigen des Urhebers kommt dabei ein automatischer Vorrang zu. Auch durch die Einbeziehung der grundrechtlichen Wertungen lässt sich ein zwingender Charakter der Kopierfreiheit nicht ableiten.²⁴ Hinsichtlich der Nutzerinteressen ist vor allem auf die Möglichkeit eines freiwilligen Grundrechtsverzichts im Einzelfall hinzuweisen.²⁵ Zwar sind bestimmte Grundrechtspositionen wie die Menschenwürde zumindest nicht vollkommen verzichtbar. Ein solcher Extremfall unverzichtbaren Grundrechtsschutzes liegt hier aber nicht vor. Dagegen sprechen die Gemeinwohlaspekte eher für eine Unverzichtbarkeit. Wird auf Schranken verzichtet, die im Interesse der Allgemeinheit bestehen, so liegt

²² BGHZ 151, 300 – *Elektronischer Pressespiegel*.

²³ *Dreier/Schulze*, § 53, Rn. 2.

²⁴ A.a. *Geiger* (Fn. 5), S. 154.

²⁵ v. *Diemar* (Fn. 19), S. 160.

eine Art „Vertrag zu Lasten Dritter“ vor. Soweit es um Forschung und Bildung geht, könnte man daher aus den zugrundeliegenden Allgemeininteressen durchaus eine Unverzichtbarkeit herleiten.

c) Gesetzeszweck

Nach der Analyse der zugrundeliegenden Interessen ist abschließend im Rahmen der teleologischen Auslegung nach dem Gesetzeszweck zu fragen. Zum Teil wird vertreten, § 53 UrhG sei in erster Linie auf ein faktisches Verfolgungsdefizit zurückzuführen, diene also weder Nutzerinteressen noch dem Gemeinwohl.²⁶ Demgegenüber ist festzuhalten, dass die Schranke zumindest in der geschilderten Weise dem Gemeinwohl dient.²⁷ Während dies bei der Privatkopie nach § 53 Abs. 1 UrhG nur in geringem Maße der Fall ist, kommt dem Wissenschaftsgebrauch in § 53 Abs. 2 Nr. 1 UrhG und dem Bildungsgebrauch nach § 53 Abs. 3 UrhG sicherlich ein entsprechender Schutzzweck zu.

Für die Auslegung der Kopierfreiheit spielen zudem die Urheberrechtstheorien eine Rolle. Folgt man einer traditionellen urheberzentrierten Rechtfertigung, so spricht wenig dagegen, dem Urheber die Möglichkeit einer vertraglichen Ausdehnung seines Schutzes zu geben. Sieht man jedoch wenigstens zu einem gewissen Teil die Rechtfertigung des Urheberrechts in der Förderung weiterer Kreativität, so liegt der zwingende Charakter der Freiheit zur Vervielfältigung für Forschung und Bildung nahe. Die teleologische Auslegung ergibt daher, dass die Kopierfreiheit zumindest solchen Vereinbarungen entgegensteht, durch die Kopien in dem für Forschung und Bildung erforderlichen Umfang untersagt werden sollen.

d) Schlussfolgerungen für die Zulässigkeit schuldrechtlicher Abbedingungen

Auch schuldrechtlichen Vereinbarungen steht also die Kopierfreiheit in gewissem Umfang entgegen. § 53 UrhG ist nicht vollständig zwingend, besitzt aber, soweit er Allgemeininteressen schützt, einen zwingenden Kern.²⁸ Zu diesem Kern dürfte die Anfertigung von Kopien für den eigenen wissenschaftlichen Gebrauch (Abs. 2 Nr. 1) sowie für den eigenen Gebrauch in der Lehre (Abs. 3) gehören. Die Privatkopie (Abs. 1) schützt in erster Linie die Informationsfreiheit des Nutzers, die jedoch als Individualinteresse verzichtbar ist und darüber hinaus auch nicht zwingend das Anfertigen einer Privatkopie zu ihrer Verwirk-

²⁶ *Däubler-Gmelin*, ZUM 1999, 769, 772.

²⁷ v. *Diemar* (Fn. 6), S. 161.

²⁸ *Hohagen* (Fn. 2), S. 362, spricht von „Kernbestand“, der aber nicht durch den Schutz von Allgemeininteressen definiert ist. Für vollständige Disponibilität *Dreier/Schulze*, § 53, Rn. 9; v. *Diemar*, aaO, S. 160; *Spindler*, GRUR 2002, 105, 118. Für vollständig zwingenden Charakter *Geiger* (Fn. 5), S. 154; *Schack* (Fn. 5), Rn. 481d.

lichung voraussetzt. Bei der Kopie für den wissenschaftlichen Gebrauch tritt dagegen neben die Forschungsfreiheit des Nutzers das Interesse der Allgemeinheit am wissenschaftlichen Fortschritt. Durch die Zulässigkeit der Kopie für den Gebrauch in der Bildung wird schließlich vorrangig das Allgemeininteresse an Aus- und Fortbildung geschützt.

e) Rechtsfolgen

Sieht man einen Teil der Kopierfreiheit aufgrund von Allgemeinwohlerwägungen als indisponibel an, stellt sich die Frage, wie dies zur Unwirksamkeit zuwiderlaufender schuldrechtlicher Vereinbarungen führt. Vorrangig ist im Wege der Auslegung nach §§ 157, 242 BGB eine Anpassung der Klausel zu suchen.²⁹ Ist dies nicht möglich, kommt eine Unwirksamkeit nach § 138 I BGB in Betracht.³⁰ Dies liegt besonders nahe, wenn man die Schranke der Privatkopie grundrechtlich auflädt, da über den Begriff der Sittenwidrigkeit häufig grundrechtliche Wertungen in das Zivilrecht einfließen. Daneben könnte man auch § 53 UrhG hinsichtlich seines Kernbereichs als gesetzliches Verbot im Sinne des § 134 BGB sehen, da ein solches nicht ausdrücklich im Gesetz angeordnet sein muss.³¹ Die „erweiterte Inhaltskontrolle“ nach § 242 BGB³² oder, als letzte Stufe, die Ausübungskontrolle nach § 242 BGB werden dagegen nicht benötigt. Die dogmatisch einfachste Lösung besteht jedoch darin, die Schrankenregelung in ihrem Kernbereich als unmittelbar zwingendes Recht aufzufassen. Die Unwirksamkeit widersprechender vertraglicher Regelungen ergibt sich damit *ex lege* und bedarf keiner weiteren gesetzlichen Anordnung.³³ Da eine solche Lösung auch mit dem Wortlaut des § 53 UrhG („Zulässig sind...“) vereinbart werden kann, ist ihr der Vorzug zu geben.

Soweit eine vertragliche Klausel sowohl zwingend als auch nicht zwingend erlaubte Handlungen betrifft, entfaltet sie unabhängig von ihrer Formulierung Verbotswirkung für die nicht zwingend erlaubten Handlungen. Salvatorische Klauseln, wie etwa „soweit dadurch berechnigte Interessen der Urheber nicht unzumutbar beeinträchtigt werden“³⁴, erleichtern zwar die Reduktion entsprechender Klauseln auf einen zulässigen Inhalt im Wege der Auslegung. Sie sind aber nicht erforderlich, da bei individualvertraglichen Regelungen kein Verbot der geltungserhaltenden Reduktion besteht.

Für den Nutzer ist es wichtig, dass die Vermutung der Gesamtnichtigkeit nach § 139 BGB widerlegt werden kann. Andernfalls müsste auch die Werkver-

²⁹ Zum Vorrang der Auslegung Palandt/*Heinrichs*, § 138, Rn. 14.

³⁰ *Hobagen* (Fn. 2), S. 362.

³¹ Vgl. Palandt/*Heinrichs*, § 134, Rn. 2.

³² Vgl. Staudinger/*Looschelders*, § 242, Rn. 463 f.

³³ Staudinger/*Coester*, § 307, Rn. 19.

³⁴ Vorschlag von *Hobagen* (Fn. 2), S. 363.

schaffung nach den Regeln des Bereicherungsrechts rückgängig gemacht werden. Der Nutzer dürfte jedoch in aller Regel daran interessiert sein, zumindest im Besitz des Werkes zu bleiben. In diesem Zusammenhang können salvatorische Klauseln dem Nutzer sogar zugutekommen. In aller Regel dürfte darüber hinaus bei einer unwirksamen Verpflichtung, Schrankenregelungen nicht zu nutzen, anzunehmen sein, dass das Geschäft im Übrigen auch ohne diese Vereinbarung geschlossen worden wäre.

Im Ergebnis ist daher bei einem Verstoß gegen Schrankenregelungen des § 53 UrhG im Allgemeininteresse die entsprechende schuldrechtliche Verpflichtung unwirksam, jedoch einer geltungserhaltenden Reduktion zugänglich. Die Wirksamkeit des Gesamtvertrages bleibt zumeist unangetastet.

3. Abbedingung durch Allgemeine Geschäftsbedingungen

Wird die Kopierfreiheit im Wege Allgemeiner Geschäftsbedingungen (AGB) eingeschränkt, so kommt zusätzlich die Unwirksamkeit nach § 307 Abs. 1 S. 1, Abs. 2 Nr. 1 BGB in Betracht. § 53 UrhG könnte dabei als gesetzliches Leitbild dienen. Sähe man § 53 UrhG in vollem Umfang als Leitbild, so würde jede Einschränkung zur Unwirksamkeit führen, also beispielsweise auch eine bloße Reduktion der Zahl der Vervielfältigungsstücke im Bereich der Privatkopie. Nach dem bereits Gesagten, ist jedoch eine Leitbildfunktion der Privatkopierfreiheit nach § 53 Abs. 1 UrhG mit der Folge einer unangemessenen Benachteiligung des Nutzers zu verneinen. Zu beachten ist zwar, dass bei der Inhaltskontrolle nach §§ 305 ff. BGB die zur Unwirksamkeit führenden beeinträchtigten Interessen vor allem in den Individualinteressen des Nutzers zu finden sind. Auf die Verzichtbarkeit kommt es dabei nicht an, da ein Verzicht durch AGB gerade Gegenstand der schärferen Inhaltskontrolle darstellt. Wie gezeigt dient die Privatkopie jedoch nur in sehr geringem Umfang den Nutzerinteressen. Hinzu kommt, dass bei der Frage nach der unangemessenen Benachteiligung immer das gesamte Klauselwerk in den Blick zu nehmen ist und den Nutzerinteressen so ausreichend Rechnung getragen werden kann.³⁵ Da die schlichte Werkbenutzung auch ohne Ausübung der Schranke möglich ist, dürfte eine unangemessene Benachteiligung i.S.d. § 307 BGB zumeist zu verneinen sein.³⁶

Fraglich ist, ob darüber hinaus auch Drittinteressen berücksichtigt werden können, insbesondere Interessen der Allgemeinheit. Würde man dies bejahen, käme der Zulässigkeit von Vervielfältigungen für Forschung und Bildung Leitbildfunktion zu. Nach der bislang herrschenden Meinung müssen Allgemein-

³⁵ Vgl. Metzger (Fn. 16), S. 85, 94.

³⁶ Ebenso v. Diemar (Fn. 19), S. 162; Dreier/Schulze, § 53, Rn. 9 (unter Verweis auf § 95b UrhG); für AGB-Festigkeit des Kernbereichs der Kopierfreiheit Hobagen (Fn. 2), S. 365; für umfassenden Leitbildcharakter Schack, ZUM 2002, 497, 503; vgl. Hoeren, APuZ 2005, 14, 17.

interessen bei der Frage nach einer unangemessenen Benachteiligung i.S.d. § 307 BGB außer Betracht bleiben, was auch bei der Beurteilung schrankenwidriger Klauseln zu berücksichtigen ist.³⁷ Da „Massenverträgen“ aber zugleich die Wirkung von „de facto“-Gesetzen zukommen kann, erscheint es sinnvoll, bei ihrer Kontrolle auch Allgemeininteressen zu berücksichtigen.³⁸ Soweit die Interessen der Allgemeinheit – Förderung von Innovation und Bildung – hier mit den Individualinteressen des Nutzers – effizientes Forschen und Lehren – parallel laufen, können sie zumindest mittelbar berücksichtigt werden.³⁹ Dennoch zeigt sich auch bei der Abbedingung von Schranken im Allgemeininteresse, dass die Inhaltskontrolle von AGB im Hinblick auf deren gesetzartige Wirkung um die Berücksichtigung von Allgemeininteressen erweitert werden müsste.

Wenn man im Rahmen der AGB-Kontrolle zumindest die im Interesse der Allgemeinheit bestehenden Schranken des § 53 UrhG als Leitbild betrachtet, führt ein Verstoß gem. § 306 Abs. 1 BGB zur Unwirksamkeit der gesamten Klausel, soweit deren Streichung zur Herstellung von Rechtmäßigkeit erforderlich ist. Es gilt das Verbot der geltungserhaltenden Reduktion.⁴⁰ Zulässige Klauseln müssten den Kern der Kopierfreiheit ausdrücklich gemeinfrei belassen. Eine einfache salvatorische Klausel würde dagegen wegen Verstoßes gegen das Transparenzgebot nicht genügen. Der Vertrag zwischen Schutzrechtsinhaber und Nutzer bleibt jedoch gem. § 306 Abs. 1 BGB im Übrigen wirksam.

III. Versuchsprivileg

Im Patentrecht fällt der Katalog der Schrankenregelungen, der sich im Wesentlichen in § 11 PatG findet, deutlich knapper aus als im Urheberrecht. Dies hängt unter anderem damit zusammen, dass das Patentrecht, anders als das Urheberrecht, aufgrund der Schranke des § 11 Nr. 1 PatG nicht in den privaten Bereich hineinwirkt. Dennoch findet sich in der Forschungsfreiheit nach § 11 Nr. 2 PatG auch hier eine Schrankenregelung, die bestimmten Nutzer- und Allgemeininteressen Rechnung trägt. Jedermann ist berechtigt, Handlungen zu Versuchszwecken, die sich auf den Gegenstand einer patentierten Erfindung beziehen, durchzuführen, obwohl diese vom Ausschließlichkeitsrecht nach § 9 PatG erfasst werden.

³⁷ Hohagen (Fn. 6), S. 506; Metzger (Fn. 16), S. 92.

³⁸ Baetge, AcP 202 (2002), 972, 993; Habersack, Vertragsfreiheit und Drittinteressen, 1992, S. 167 ff.; insbesondere bei der Kontrolle schrankenwidriger Klauseln Dreier/Schulze, § 53, Rn. 9.

³⁹ Vgl. Wolf, in: Grunsky/Stürner/Walter/Wolf (Hrsg.), Festschrift für Fritz Baur, S. 147, 154; MüKo/Kieninger, § 307, Rn. 48; Palandt/Heinrichs, § 307, Rn. 7.

⁴⁰ Vgl. Palandt/Heinrichs, vor § 307, Rn. 8.

Die Zulässigkeit einer vertraglichen Beschränkung dieser Freiheit wurde bislang kaum diskutiert. Dennoch erscheint hier ein vergleichender Blick von der Diskussion im Urheberrecht ins Patentrecht lohnend.

1. Mögliche Einschränkungen

Zunächst stellt sich die Frage, wie eine solche vertragliche Einschränkung des Forschungsprivilegs gestaltet sein könnte. Denkbar wäre, dass sich ein Lizenznehmer verpflichtet, an dem Gegenstand der lizenzierten Erfindung keine Untersuchungen vorzunehmen. Die „Beschränkung der Möglichkeit der Vertragsparteien, Forschungs- und Entwicklungsarbeiten durchzuführen“ findet sich auch ausdrücklich unter den Kernbeschränkungen des Art. 4 Abs. 1 lit. d Technologietransfer-GVO.

Dennoch wird eine ausdrückliche Abbedingung des Versuchsprivilegs bislang auch in den Handbüchern zum Patentrecht nicht erwähnt. Diskutiert – und teilweise für unzulässig gehalten – werden Klauseln, die das Verwenden von Verbesserungen verbieten,⁴¹ was unter Umständen vorherige Versuche mit der lizenzierten Erfindung voraussetzt. Auch Wettbewerbsverbote können eine faktische Untersagung eigener Untersuchungen des Lizenznehmers an der Erfindung bewirken. Alle diese Klauseln wurden aber bislang nur in kartellrechtlicher Hinsicht beleuchtet.

2. Keine Abbedingung mit patentrechtlicher Wirkung

Anders als im Urheberrecht gibt es im Patentrecht keinen Streit darüber, ob Schrankenregelungen subjektive Rechte vermitteln. So sieht auch § 10 Abs. 3 PatG vor, dass Schrankenbegünstigte nicht zur Nutzung „berechtigt“ sind, wobei sich dies auf die Voraussetzungen einer mittelbaren Patentverletzung bezieht. Umstritten ist allerdings, ob es sich um „Ausnahmetatbestände“⁴² oder um eine „negative Geltungsanordnung“⁴³ handelt, was als Argument für eine enge oder weite Auslegung herangezogen wird.

Im Bereich der Patentrechtlichen Verträge wird zwischen Verboten mit patentrechtlicher Wirkung, die nur soweit reichen können, wie das durch das Patent gewährte Ausschließlichkeitsrecht wirkt, und schuldrechtlichen Regelungen, die darüber hinausgehen, unterschieden.⁴⁴ Dies hatte vor allem unter der Geltung des § 16 GWB a.F. für die Frage der kartellrechtlichen Zulässigkeit Bedeu-

⁴¹ Lüdecke, GRUR 1952, 211, 217, einschränkend *Groß*, Der Lizenzvertrag, 2007, Rn. 169 f.

⁴² BGHZ 130, 259 – *Klinische Versuche*.

⁴³ *Hieber*, GRUR 1996, 439, 442; *Fähndrich/Tilmann*, GRUR 2006, 901, 902; vgl. zum Streit *Benkard/Scharen*, PatG, 10. Aufl., 2006, § 11, Rn. 2.

⁴⁴ Vgl. *Kraßer*, Patentrecht, 6. Aufl., 2009, § 40 VI.

tung. Ob ein Verbot, privilegierte Untersuchungen vorzunehmen, nach dieser Einteilung als patentrechtlich oder schuldrechtlich zu qualifizieren ist, wurde jedoch bislang nicht diskutiert. Offenbar liegt es für die meisten Autoren auf der Hand, dass das Ausschließlichkeitsrecht des Patents nur so weit reicht, wie das gesamte Patentrecht einschließlich der Schrankenregelungen vorsieht. Eine Abbedingung von Schranken mit der Folge, dass das Patentrecht in unbeschränktem Umfang gilt, ist damit nicht möglich. Vielmehr kann ein entsprechendes Verbot allenfalls mit schuldrechtlicher Wirkung vereinbart werden.

3. Zulässigkeit schuldrechtlicher Versuchsverbote

Es stellt sich aber die Frage, ob nicht auch schuldrechtliche Vereinbarungen, mit denen das Versuchsprivileg abbedungen werden soll, aufgrund patentrechtlicher Wertungen unwirksam sind. Um diese Frage zu klären, ist zunächst wieder ein Blick auf die tangierten Interessen und den Gesetzeszweck der Regelung zu werfen.

a) Betroffene Interessen und Gesetzeszweck

Durch das Versuchsprivileg wird ein Ausgleich zwischen dem verfassungsrechtlich als Eigentum geschützten Interesse des Patentinhabers an der Verwertung seiner Erfindung, wirtschaftlichen Interessen der Wettbewerber sowie dem Allgemeininteresse an freiem Wettbewerb und – vor allem – wissenschaftlich-technischem Fortschritt geschaffen.⁴⁵ Das Interesse der Wettbewerber spielt hier nur eine geringe Rolle, während das Allgemeininteresse hoch einzustufen ist.

Hinzu kommt der Zweck des Patentrechts, „den technischen Fortschritt zu fördern und den Erfindergeist für das Gewerbe in nutzbringender Weise anzuregen“⁴⁶. Im Lichte der so vom BVerfG formulierten Anreiztheorie liegt der Zweck des Versuchsprivilegs gerade darin, negative Auswirkungen des Ausschließlichkeitsrechts auf weitere Innovationen zu verhindern.

b) § 11 Nr. 2 PatG als zwingendes Recht

Betrachtet man das überwiegende Allgemeininteresse und den Zweck der Schrankenregelung, weiteren Fortschritt zu ermöglichen, so erscheint es angebracht, das Versuchsprivileg als zwingende Regelung zu sehen. Ein zusätzliches Argument ergibt sich aus einem Vergleich mit der Behandlung des *reverse engineering* im Urheberrecht: Dort gibt es beim Softwareschutz die zwingende Schranke der §§ 69d Abs. 3, 69g Abs. 2 UrhG. Im Ergebnis spricht daher vieles

⁴⁵ Vgl. BVerfG GRUR 2001, 43 – *Klinische Versuche*.

⁴⁶ BVerfG, aaO.

dafür, auch eine schuldrechtliche Einschränkung des § 11 Nr. 2 PatG für unzulässig zu halten.

c) Folgen für die Wirksamkeit von Versuchsverboten

Welche Auswirkungen hat das auf die Wirksamkeit von Versuchsverboten? Eine Wirkung des § 11 Nr. 2 PatG gegenüber schuldrechtlichen Vereinbarungen *ex lege* ist aufgrund des Wortlauts („Die Wirkung des Patents erstreckt sich nicht auf ...“) nicht möglich. Bei der Unwirksamkeit entsprechender AGB nach § 307 Abs. 1, 2 Nr. 1 BGB stellt sich das Problem, dass hier den Individualinteressen des Lizenznehmers ein wesentlich geringeres Gewicht zukommt, als bei der urheberrechtlichen Kopierfreiheit. Allerdings dürften AGB im Patentrecht ohnehin selten vorkommen, da die Lizenzverträge meistens individuell ausgehandelt werden. Für Klausel- und Individualvereinbarungen kommt die Unwirksamkeit nach § 134 BGB⁴⁷ in Betracht, indem man § 11 Nr. 2 PatG als Verbotsgesetz auslegt. Eine Unwirksamkeit nach § 138 Abs. 1 BGB wäre zwar ebenfalls denkbar; § 134 BGB ohne die Voraussetzung der Sittenwidrigkeit erscheint aber vorzuzugwürdig.

Im Ergebnis sprechen gute Argumente dafür, § 11 Nr. 2 PatG als zwingende Regelung anzusehen, die zur Unwirksamkeit zuwiderlaufender schuldrechtlicher Vereinbarungen führt. Lizenzverträge, die eine Einschränkung der Versuchsfreiheit enthalten, sollten daher nicht nur auf ihre kartellrechtliche, sondern auch auf ihre patentrechtliche Zulässigkeit hin überprüft werden.

IV. Ausblick

Abschließend soll die Frage gestellt werden, ob Gesetzesänderungen zu empfehlen wären. Eine generelle Unabdingbarkeit von Schrankenbestimmungen erscheint nicht erforderlich. Dagegen wäre die gesetzliche Anordnung der Unabdingbarkeit einzelner Schranken sinnvoll, wenn und soweit dies zur Wahrung von Allgemeininteressen erforderlich ist. Die europarechtlich vorgegebenen Regelungen im UrhG können hier als Vorbild dienen. Denkbar wäre, durch Generalklauseln⁴⁸ oder ein bewegliches System⁴⁹ bei der Entscheidung über die Abdingbarkeit weiterhin eine Abwägung im Einzelfall zu ermöglichen. Aller-

⁴⁷ Vgl. *Bartenbach*, Die Patentlizenz als negative Lizenz, 2002, S. 241 f., die darauf hinweist, dass sich schutzrechtliche Schranken im Rahmen der §§ 134, 138 BGB auf negative Lizenzen auswirken können. *Wündisch/Hering*, GRUR Int. 2009, 106, 112, gehen davon aus, dass das Versuchsprivileg der Partei eines Lizenzvertrages „in jedem Fall verbleibt“.

⁴⁸ Vgl. die durchaus praktikable Einschränkung des Erschöpfungsgrundsatzes in § 24 Abs. 2 MarkenG („berechtigzte Gründe“) und Art. 10 GemeinschaftspatentVO-E („rechtmäßige Gründe, die es rechtfertigen, dass der Patentinhaber sich der späteren Vermarktung des Erzeugnisses widersetzt“).

⁴⁹ So der Vorschlag von *Hobagen* (Fn. 2), S. 367.

dings birgt dies die Gefahr der Rechtsunsicherheit und brächte gegenüber der momentanen Situation nur den Vorteil, dass die Existenz eines indisponiblen Kerns gesetzlich klargestellt würde. Bei der Betrachtung Allgemeiner Geschäftsbedingungen, die Schrankenregelungen abbedingen, zeigt sich, dass die Einbeziehung von Drittinteressen bei der Inhaltskontrolle sinnvoll wäre.