

Innovation als Schutzobjekt im Immaterialgüterrecht

Mischa Senn*

Der Begriff der „Innovation“ ist gleichsam ein Modewort in Kultur und Wirtschaft, und fast scheint es, als wäre dieses Phänomen Garant für kulturelle und wirtschaftliche Entwicklung. Allerdings gerät mit dem häufigen Gebrauch des Wortes zuweilen auch dessen eigentliche Bedeutung etwas in den Hintergrund, denn häufig handelt es sich schlicht um eigentliche Transformation von Ideen und nicht wirklich um Neuerungen.¹

Als rechtliche Grundlage für innovative Entwicklungen werden die Immaterialgüterrechte angesehen. Wie darzulegen sein wird, findet sich in den einzelnen immaterialgüterrechtlichen Schutzkriterien durchgängig ein Element von Innovation, weshalb diese sich als das eigentliche Schutzobjekt darstellt.

Bevor darauf eingegangen werden kann, scheint es angebracht, auf die phänomenologischen und definitorischen Grundlagen von Innovation einzugehen.

I. Zur Phänomenologie der Innovation

1. Begriff und Merkmale

■ Innovation² bezieht sich auf Neues und Neuerung³; dementsprechend steht das Adjektiv *innovativ* für neu und überraschend, aber auch für ungewöhnlich.⁴ Innovation entspricht in gewisser Weise – und im Hinblick auf die patentrechtliche Seite – der *Erfindung*, soweit man mit „Erfinden“ das Hervorbringen von bisher noch nicht oder nicht auf die gleiche Art existierenden Dingen und Vorstellungen durch eigenes Nachsinnen versteht.⁵

Was als innovativ angesehen wird, ist jeweils aus dem Blickwinkel des Bezugfelds respektive des relevanten Systems zu betrachten. Daher macht die Unterscheidung in absolute und relative Neuheit durchaus Sinn.⁶

Doch abgesehen von disziplinär-bedingten Eingrenzungen des Begriffes lassen sich einige generelle Merkmale von Innovation feststellen. Obschon auch als Synonym verwendet, ist *Neuheit* – bedingungsrelevant – zentrales Merkmal von Innovation und stellt den *zeitlichen Aspekt* der Erstmaligkeit dar. So gesehen hat die Innovation – idealtypisch – einen autonomen Charakter, indem sie ohne Bezug auf Vorbestehendes „entsteht“.⁷

2. Ursachen von Innovation

Die Ursachen für Innovation sind unterschiedlich. Hinsichtlich ihrer Entstehung lässt sich eine Kategorisierung vornehmen, wonach zwischen einerseits Ursprung und Zeit, andererseits Art und Qualität unterschieden werden kann.⁸

Häufige „Initialzündungen“ sind *Intuition*⁹ und *Inspiration* oder auch „Geistesblitze“¹⁰, deren Entstehungen selbst naturwissenschaftlich kaum abschließend erklärt werden können.

* Prof. Dr. iur. Mischa Senn ist Leiter des Zentrums für Kulturrecht (ZKR) an der Zürcher Hochschule der Künste. Der Autor dankt Rechtsanwält Dr. iur. Lucas David und lic. iur. Cornelia Bichsel für die nützlichen Hinweise.

1 In allgemeiner Geltung ist so gesehen „das meiste, was uns als neu entgegentritt, eine überraschende Variation und Kombination von altem, mehr oder minder gut erinnerten oder ganz in Vergessenheit geratenen Elementen.“ (Georg Klein, *Flucht in die grosse Zeit*, NZZ v. 15.9.2012, S. 57, 58).

2 lat. *innovatio*: (Er-)Neuerung, Veränderung.

3 Historisches Wörterbuch der Philosophie [kurz und durchgängig: HWPh /CD-Ausgabe 2010], Bd. 4, Innovation, Basel, S. 391; Wolfgang Hoffmann-Riem, *Immaterialgüterrecht als Referenzgebiet innovationserheblichen Rechts*, Eifert/Hoffmann-Riem (Hg.), *Geistiges Eigentum und Innovation*, Berlin 2008, 20; vgl. auch Mischa Senn, *Autorschaft und „Open Approach“*, Corina Caduff/Tan Wälchli (Hg.), *Autorschaft in den Künsten*, Zürich 2008, 243.

4 Vgl. dazu BVGer, Urteil v. 4.10.2007 (B-2782/2007), E.4.2 – *Band AFYve*, wonach das Gegenteil von innovativ „umgangssprachlich „gewöhnlich“ bzw. „konventionell“, sei.

5 Nicht innovativ sind demgegenüber *Entdeckungen*, die eine außerhalb von uns liegende, bereits existierende, aber bisher verborgene oder unbekannte Sache nach einem zumeist planmäßigen Suchen erkannt oder aufgefunden wird (HWPh, *Invention, Erfindung, Entdeckung*, Bd. 4, 545).

6 Vgl. dazu auch Anne Parpan-Blaser, *Innovation in der Sozialen Arbeit*, Wiesbaden 2011, S. 44. Diese Unterscheidung wird auch im Immaterialgüterrecht vorgenommen (vgl. dazu die übersichtliche Darstellung bei Lucas David, *Innovation*, SIWR I/3, Lexikon, Basel 2005, 234 f).

7 Vgl. dazu Walter Haug/Burghart Wachinger (Hg.)–Walter Haug, *Innovation und Originalität*, Tübingen 1993, 9, der den Begriff *autonome Originalität* verwendet; ferner Parpan-Blaser (Fn. 6) S. 43.

8 Vgl. dazu HWPh, *Neu/Das Neue*, Bd. 6, S. 725.

9 Vgl. dazu Mischa Senn, *Kunstexperte und Kunstrichter – Das Gutachten der Experten im Urteil der Richter*, KUR 2013, 171-175, 174; ferner Gerd Gigerenzer, *Mut zum Bauchentscheid*, *Tages-Anzeiger* v. 16.4.2013, 23 [vgl. dort die Literaturhinweise].

10 Vgl. *Soziologie [Jahresheft] 2012*, 87 (ohne Autorennennung).

Einen erheblichen „Beitrag“ liefert der *Zufall*¹¹: So verdankt u.a. die Wissenschaft dem Zufallsprinzip einige Pionierleistungen, und selbst „wissenschaftliche Theorien durchlaufen eine ähnliche Entwicklung wie biologische Arten. Paradigmenwechsel entstehen in der Wissenschaft zufällig wie Mutationen (...)“.¹² Nicht unwesentlich tragen auch *Fehler* zu innovativen Ergebnissen bei, sei es beispielsweise im Rechtssetzungsprozess¹³ oder in der Wirtschaft¹⁴. Schließlich folgt dem *Bruch mit Konventionen* zumeist eine innovative Entwicklung. Erfolgt dies im gesellschaftlichen oder rechtlichen Kontext, liegt ein *Normbruch* (Anti-Norm) vor; im künstlerischen und kulturellen Kontext spricht man eher von *Stilbruch*.¹⁵ Solche Konfliktfälle haben nicht nur eine Innovation als solche zur Folge, sondern tragen wesentlich zu gesellschaftlichen Weiterentwicklungen bei, weshalb sich auch zutreffend feststellen lässt, dass sowohl Kultur wie Recht „am Konflikt erwachsen.“¹⁶

Einen innovativen Ansatz leisten auch interdisziplinäre Herangehensweisen, indem sie den in ihrer Disziplin Verhafteten einen meist fremden und damit unbedachten Zugang aufzeigen können – gleichsam nach dem Motto „alle Richtungen – alle anderen Richtungen“ (siehe Abb. „tutte le direzioni“). So gesehen kann durchaus zutreffend festgestellt werden, dass „(...) die neuen Gedanken fast immer nur von Außenseitern kommen.“¹⁷



© Mischa Senn

tutte le direzioni

II. Innovation in einzelnen Disziplinen

Da der Begriff der Innovation je nach Disziplin eine unterschiedliche Bedeutung hat, soll hier anhand von Beispielen aus dem Kunstbereich illustrativ aufgezeigt werden, was in der jeweiligen Disziplin als Innovation oder innovative Errungenschaft anerkannt wurde, um dafür eine Überleitung zu den nachfolgenden, ausgewählten Rechtsgebieten zu schaffen.

1. Künstlerische Innovation/Innovationen in der Kunst

Der Begriff des Neuen in der Kunst bedeutete seit dem 17. Jahrhundert „nicht mehr nur: ein weiteres Exemplar, sondern vielmehr etwas, was vom Vorherigen *abweicht* und *dadurch* überrascht.“¹⁸ Als Anspruch und Maß *künstlerischer Innovation* wurde (dann in der Modernen Kunst) auf die *Originalität* abgestellt, die als grundlegender ästhetischer Wertbegriff galt und teils auch als Kernkriterium der Innovation angesehen wurde.¹⁹

Allerdings verbindet sich das Schicksal des Originalität-Begriffs „mit der schwindenden Möglichkeit, Kunst in ihrer eigenen Funktion gegen andere Produktions- und Konsumtionsbereiche der Gesellschaft abzugrenzen.“²⁰

Dabei bezieht sich die künstlerische Innovation (in systemtheoretischer Hinsicht) vorab auf Stilabweichungen und weniger auf individuelle neuartige Einzelwerke, wie es sich am Beispiel von Marcel Duchamps *ready-mades* zeigen lässt. Entsprechend bilden solche Werke eine Neuerung sowohl des *Kunstwerk*-Begriffs als auch der Kunstdefinition bzw. der Abgrenzung zwischen Kunst und Nicht-Kunst.²¹

11 Vgl. auch *Graf-Peter Calliess*, Billigkeit und effektiver Rechtsschutz. Zur Innovation und Evolution des (Zivil-)Rechts in der Globalisierung, *ZfRSoz* 2005, 35-55, 44; vgl. auch *Parpan-Blaser* (Fn. 6) S. 28 (bei Systemtheorie).
 12 Vgl. auch *Dimitrios Kolymbas*, Nicht alles, was zählt, kann gezählt werden, *NZZ* v. 7.8.2010, S. 57.
 Luhmann gebraucht den Begriff „Zufallsfaktor“, *Niklas Luhmann*, Ist Kunst codierbar?, *Luhmann, Schriften zu Kunst und Literatur*, Frankfurt a.M. 2008, 38.
 13 Vgl. dazu *Manfred Rehbinder*, *Rechtssoziologie*, 7. Aufl., München 2009, Rz. 125; *Georg Müller*, *Elemente einer Rechtssetzungslehre*, 2. Aufl., Zürich 2006, Rz. 79, spricht von Mängeln des Rechts.
 14 So verhalf beispielsweise ein „Betriebsunfall“ dem Unternehmen Ragusa zum neuen Produkt *Ragusa Blond* (siehe *NZZ* v. 6.6.2014, betitelt mit „Innovation aus Versehen“).
 15 Siehe dazu *Ziff*. II. 1.
 16 *Manfred Rehbinder*, Einführung in die Rechtswissenschaft, 8. Aufl., Berlin 1995, S. 231. Zur Frage des *Rechts als Kultur* vgl. *Andrea Raschèr/Mischa Senn*, *Kulturrecht, Kulturrecht – Kulturmarkt*, Zürich 2012, 10 f. (mwH).
 17 *Egon Friedell*, Über Dilettantismus, Abschaffung des Genies, Zürich 1985, S. 267.

18 *Niklas Luhmann*, *Die Kunst der Gesellschaft*, 3. Aufl., Frankfurt a.M. 1999, S. 481.

19 *Jens Häsel*, *Original/Originalität*, *Karlheinz Barck u.a. (Hg.)*, *Ästhetische Grundbegriffe [ÄGB]*, Bd. 4, Metzler, Stuttgart 2002, 638 f.

20 *Häsel* (Fn. 19) S. 638.

21 Vgl. dazu auch *Nina Tessa Zahner*, *Die neuen Regeln der Kunst*, Frankfurt a.M. 2006, S. 291.

Wie sonst auch bedingt es für künstlerische Innovationen einer Konvention, damit die bestehenden Erwartungen gerade nicht bestätigt werden (Stilbruch).²² Allerdings führt das (konzeptionelle) Infrage-Stellen von Norm und Regel (Konventionen) häufig wiederum zur Norm und Regel.²³ Die permanente (Nach-)Frage nach künstlerisch Neuem führt allerdings – nicht nur in der Kunst – zu einem „Innovationsimperativ“²⁴, wobei die „Orientierung am Neuen“ durchaus Tradition hat.²⁵

2. Ökonomische Innovation

Die ökonomische Begriffsbeschreibung von Innovation geht von einer – selbstredenden – wirtschaftlichen Verwertungsperspektive aus und ist stark an einen Erfolg geknüpft.²⁶ Innovation steht in diesem Zusammenhang als ökonomischer Terminus für Kreativitätsförderung.²⁷ Dabei wird insbesondere die Kreativwirtschaft als „Innovationstreiber“²⁸ angesehen.

Gemäß der Konjunkturtheorie von Schumpeter²⁹ ist Innovation das Prinzip einer wirtschaftlichen Entwicklung, indem die zwei Elemente ökonomische Neukombination³⁰ und soziologischer Unternehmertyp für eine innovative Entwicklung maßgebend sind. Das Immaterialgüterrecht unterstützt die (Schumpeter'sche) Diffusion der Neuerung in der Gesellschaft und „bestimmt selbst dann, wenn es sich vorrangig als Schutzrecht für den Erfinder oder Schöpfer versteht, die Entfaltungsmöglichkeiten anderer.“³¹ Entsprechend wird bei Immaterialgü-

terrechten auch von einer „Innovationsrendite“ gesprochen.³² Allerdings kann ein Innovationsansatz durchaus auch ohne ökonomische Vorteile erfolgen, beispielsweise bei der Open Source Software (OSS), wo ein kollaborativer Innovationsprozess abläuft.³³ – Festzustellen bleibt, dass der Begriff der Innovation bisweilen exzessiv verwendet wird, weshalb die Beschreibung des „Imperativs permanenter Innovation“ auch hier zutrifft.³⁴

III. Der Innovationsbegriff im Recht

1. Rechtliche Grundlagen

Im rechtlichen Verständnis steht Innovation allgemein im Zusammenhang mit dem Schutz innovativer Leistungen (*Innovationsschutz*). Eine *Legaldefinition* von Innovation liegt nicht vor. In den einschlägigen Rechtsgrundlagen ist zwar häufig von Innovation die Rede, doch schien eine Begriffsbeschreibung offenbar nicht notwendig.³⁵ Um dies am Exempel zu zeigen:

- Im Forschungs- und Innovationsförderungsgesetz (FIGG) findet sich eigenartigerweise keine Begriffsbeschreibung.³⁶
- Das Kulturförderungsgesetz verwendet den Begriff der Innovation im Zusammenhang mit Ausdrücken wie „Innovation für das Kulturschaffen“ (Art. 6 Abs. 2 lit.e KFG), „innovativen Projekten“ (Art. 14 Abs.2 lit.e KFG) oder „besonders innovativen Projekten“ (Art. 16 Abs. 2 KFG). Die Botschaft zum KFG hält beispielsweise zu KFG 23 III (Verfahren) fest, dass von „Fachkommissionen (...) ein Werturteil über Qualität, Bedeutung, Einzigartigkeit oder *Innovationscharakter* erwartet“ würde.³⁷
- In der Kulturförderungsverordnung wird festgehalten, dass „ein Projekt als besonders innovativ [gelte], wenn es (...) wesentliche neue oder zukunftsweisende Elemente enthält“ (Art. 7 Abs. 3 KFV) – was eine jener Zirkelschluss-ähnlichen Umschreibungen ist, die nicht wirklich konkretere Hinweise liefern, außer dass hier Begriffsmerkmale anstelle eines Kriterienkataloges verwechselt werden.

22 Dagmar Danko, Kunstsoziologie, Bielefeld 2012, S. 66.

23 Gemäß Groys ist die Innovation keine Offenbarung des Verborgenen, vielmehr sei die „allgemeine Form der Innovation die Umwertung der Werte“, Boris Groys, Über das Neue, 2. Aufl., München 2002, S. 14 und 63 ff.

24 Danko (Fn. 22) S. 82, und Andreas Reckwitz, Die Erfindung der Kreativität, Frankfurt a.M. 2012, S. 11.

25 Groys (Fn. 23) S. 9. Zur Tradition vgl. Häsel (Fn. 19) S. 643.

26 Danach wird Innovation – kurz umschrieben – als Neuerung von einer gewissen Signifikanz bzw. Nachhaltigkeit bezeichnet, mit dem Ziel wirtschaftlicher Verwertung am Markt und damit gegebenenfalls der Sicherung von Wettbewerbsvorteilen (vgl. Hoffmann-Riem (Fn. 3) S. 21, mwH). In diese Richtung geht auch die Umschreibung des Oslo Manuals der OECD: <http://www.oecd.org/sti/inno/2367580.pdf> (Stand: 15.7.2013).

27 Christophe Geiger, Schranken des Urheberrechts als Instrumente der Innovationsförderung – Freie Gedanken zur Ausschließlichkeit im Urheberrecht, GRUR Int. 2008, 459-468, 462.

28 Kanton Zürich, Cluster-Bericht 2009/10, 2011, 2; vgl. dazu auch Christoph Weckerle, Kreativwirtschaft, Andrea Raschèr/Mischa Senn, „Kulturrecht – Kulturmarkt“, Zürich 2012, S. 318, vgl. auch Bericht des Bundesrates v. Juni 2010 betr. Verbesserung des Wissens- und Technologietransfers (Postulat Loepfe 07.3832), S. 10.

29 Vgl. Joseph A. Schumpeter, Theorie der wirtschaftlichen Entwicklung, 1912; er macht dabei eine klare Trennung zwischen Erfindung und Innovation, vgl. dazu auch Hoffmann-Riem (Fn. 3) S. 20, sowie Parpan-Blaser (Fn. 6) S. 38.

30 Interessanterweise wird hier von Kombination und nicht grundsätzlich von Neuheit (o.ä.) gesprochen.

31 Hoffmann-Riem (Fn. 3) S. 22

32 Man spricht dabei auch von einer *horizontalen Innovation*, bei der gleichzeitig viele Akteure tätig sind (siehe Stefan Leible, Ansgar Ohly, Herbert Zech (Hg.), Wissen – Märkte – Geistiges Eigentum, Tübingen 2010, Vorwort).

33 Siehe Hoffmann-Riem (Fn. 3) S. 27. Zum (wirtschaftlichen) Innovationsprozess vgl. das sogenannte *Stage-Gate-Modell* nach Cooper (dargestellt bei SWTR, Innovationssystem Schweiz, Bern 2009, 31).

34 Vgl. die Einleitung zu diesem Text.

35 Auf Gründe wird hier nicht weiter eingegangen.

36 FIGG, sowie Verordnung V-FIFG; vgl. dazu die Botschaft zur Totalrevision des FIGG v. 9.11.2011, 43.

37 Bei KKR-Uhlmann/Raschèr/Reichenau, Basel 2009, 149, wird der *Innovationsgehalt* kommentarlos mit Einzigartigkeit und Originalität beschrieben.

- Auch die Kulturbotschaften von 2012–15 und von 2016–19 beschränken sich auf die Erwähnung des Begriffs Innovation.³⁸ Dafür wird im Bericht des Bundesrates zur Verbesserung des Wissens- und Technologietransfers Innovation mit „Umsetzung einer neuen Idee von ihrer Entstehung (= „Invention“) bis zur erfolgreichen Anwendung am Markt (Erzielung eines „Kundennutzens“)" verstanden.³⁹

Angesichts fehlender Legaldefinitionen kann vom oben umschriebenen, allgemein anerkannten Begriff der Innovation ausgegangen werden.⁴⁰

2. Innovationsschutz: Anreiz und Hemmung

Obschon Innovation, wie eben gesehen, in verschiedenen Tatbeständen eine Erwägung findet, kann das Immaterialgüterrecht als Referenzgebiet für *Innovationsrecht* angesehen werden.⁴¹ Innovation bildet gar die Grundlage des gesamten Immaterialgüterrechts.⁴²

Auf die Diskussion, wonach das Immaterialgüterrecht das (erste) Rechtssystem sei, das gezielt eine Innovationsförderung zum Inhalt habe⁴³, soll hier nur kurz eingegangen werden. Jedenfalls wird die Grundannahme verschiedentlich hinterfragt, wonach das Immaterialgüterrecht *Anreiz* zur Innovation sei, da dieses eher nur historisch verfestigt und somit wissenschaftlich nicht (hinreichend) belegt sei.⁴⁴ So sei beispielsweise gerade das „Paradepferd“ des internationalen Immaterialgüterrechts – TRIPS⁴⁵ – nicht dazu geeignet, Innovation zu fördern.⁴⁶ Nach einer weiteren Ansicht besteht zumindest die Gefahr, dass eine

„Verstärkung von geistigen Eigentumsrechten die dringend erwünschte Innovationstätigkeit verringert.“⁴⁷ Hoffmann-Riem führt zutreffend aus, dass die „mit Immaterialgüterrechten verbundenen Beschränkungen der Nutzbarkeit gesellschaftlichen Wissens in ihrer Blockadefunktion als dysfunktional“ anzusehen sind und damit zu einer wettbewerbsrechtlichen Konfliktsituation führten.⁴⁸ Anschaulich lässt sich das bei Patenten zeigen, wenn sich beispielsweise große Akteure auf dem Mobilgeräte-markt gegenseitig bei der Umsetzung ihrer (innovativen) Ideen bekämpfen, indem einerseits massenweise Patente für *ein* Produkt angemeldet werden (sogenannte multiple Patente⁴⁹) und diese fast ebenso häufig angegriffen werden. Dieser „Klage-Exzess“ erweist sich zusehends mehr als Hemmschuh denn als Innovationsförderung, zumal auch neue Geschäftsideen mit dem Handel solcher Rechte einen Grundpfeiler des Geistigen Eigentums eher pervertieren, weshalb diese Unternehmen auch als „Patent-Trolle“ bezeichnet werden.⁵⁰ Damit lässt sich feststellen, dass ein „verstärkter Schutz nicht notwendigerweise mehr Innovation nach sich zieht.“⁵¹

IV. Innovation im System der Immaterialgüterrechte

1. Innovation als Schutzobjekt

In diesem Kapitel wird die Frage untersucht, ob und inwiefern den einzelnen immaterialgüterrechtlichen Tatbestandskriterien zum Schutzzumfang ein innovativer Charakter zukommt. Entsprechend liegt dieser Untersuchung die Erkenntnis zugrunde, dass Innovation das eigentliche, übergeordnete *Schutzobjekt* darstellt. Wie nachfolgend im Einzelnen darzulegen, lässt sich dies einerseits damit begründen, dass weder innerhalb des Immaterialgüterrechts (Geistiges Eigentum) noch im Rahmen von sonstigem rechtlichen Innovationsschutz⁵² zwar kein Oberbegriff besteht, dennoch aber mindestens ähnliche Strukturen und Phänomene vorliegen, die diesen Schluss nahelegen. Andererseits kann das im Hinblick auf Ansätze in anderen (sozialwissenschaftlichen) Theorien durchaus angemessen sein, da dort Innovation ebenfalls als Oberbegriff für „beliebig Neues“⁵³ verwendet wird.

38 Bei allein über 60 Erwähnungen des Begriffs (vgl. Botschaft des Bundesrats v. 23.2.2011 zur Förderung der Kultur in den Jahren 2012-2015, BBl. 2011, 2971, sowie Botschaft 2016-19 v. 28.5.2014 – *Vernehmlassungsentwurf*).

39 Bericht des Bundesrates vom Juni 2010 betr. Verbesserung des Wissens- und Technologietransfers (Postulat Loepfe 07.3832), 10.

Anderer/weitere Begriffsbeschreibungen zur Innovation sind beispielsweise weder in der Botschaft zur Förderung von Bildung, Forschung und Innovation im Jahr 2012 (v. 3.10.2010) enthalten noch in den SWTR-Empfehlungen zur Förderung von Bildung, Forschung und Innovation (Schrift 2/2011).

40 Vgl. Ziff. I. – Zur Begründung der Übernahme von solchen Umschreibungen als Rechtsbegriff siehe die Ausführungen bei Mischa Senn, *Satire und Persönlichkeitsschutz*, Bern 1998, S. 41 (mwH).

41 Hoffmann-Riem (Fn. 3) S. 40.

42 David (Fn. 6) S. 170.

43 Vgl. dazu Wolfgang Hoffmann-Riem/Martin Eifert, *Geistiges Eigentum und Innovation*, Berlin 2008, S. 5; Alexander Peukert, *Urheberrecht zwischen Innovationsstimulierung und -verhinderung*, Kommentar zu Ohly, Eifert/Hoffmann-Riem (Hg.), *Geistiges Eigentum und Innovation*, Berlin 2008, S. 299.

44 Hoffmann-Riem/Eifert (Fn. 43) S. 6.

45 TRIPS = Agreement of Trade Related Aspects of Intellectual Property Rights (Abkommen über handelsbezogene Aspekte der Rechte am Geistiges Eigentum).

46 Peter Ganea, *TRIPS als Innovationsmotor?*, Eifert/Hoffmann-Riem (Hg.), *Geistiges Eigentum und Innovation*, Berlin 2008, S. 118.

47 Margit Osterloh/Roger Luethi, *Commens without Tragedy*, Eifert/Hoffmann-Riem (Hg.), *Geistiges Eigentum und Innovation*, Berlin 2008, S. 146; ferner Cyrill Rieder, *Eigentum an Hochschulerfindungen*, Zürich 2010, N 145.

48 Hoffmann-Riem (Fn. 3) S. 35 (mwH).

49 Nikolaus Albert Thumm, *Ökonomische Grundlagen des Geistigen Eigentums*, Conrad Weinmann/Peter Münch/Jürg Herren (Hg.), *IP-Handbuch*, Basel 2013, S. 35.

50 Siehe dazu NZZ v. 18.12.2012, 29 („Das Patent als Hemmschuh“); vgl. auch Peter Kurz, *Weltgeschichte des Erfindungsschutzes*, Köln 2000, S. 585.

51 Thumm (Fn. 49) S. 34.

52 Unter *Innovationsschutz* sind die rechtlichen Grundlagen gemeint, welche Innovation auf irgendeine Art schützen können; vgl. dazu die nachfolgenden Abschnitte.

53 sofern es gesellschaftliche und kulturelle Relevanz hat (HWPh, Bd. 6, S. 392).

Nachfolgend wird aufzuzeigen sein, wie sich die im Immaterialgüterrecht verankerten Kernbereiche des jeweiligen Schutzrechts je als *Elemente* davon darstellen lassen. Dieser Ansatz wurde, soweit ersichtlich, bisher nicht explizit in *diesem* Gesamtzusammenhang dargestellt. Die beispielsweise bei Dessemontet als „Erfordernisse“⁵⁴ erwähnten Schutzkriterien Originalität (gemeint Individualität), Erfindung und Neuheit bedeuten aber eine Art von Zusammenführung gemäß dem hier aufgezeigten Ansatz. Nach David ist die Neuheit „jedem Schutzrecht grundsätzlich wesenseigen.“⁵⁵

2. Elemente der rechtlichen Innovation

Gemäß dem hier vertretenen Ansatz enthalten die grundlegenden Schutzkriterien der jeweiligen Immaterialgüterrechte *Elemente* von Innovation. Die Schutzkriterien sind im Urheberrecht die *Individualität*, im Designrecht die *Eigenart* und *Neuheit*, im Erfindungsschutz die *Neuheit* und im Kennzeichenrecht die *Kennzeichenkraft*.⁵⁶

Diesen Kriterien gemein ist deren grundsätzlich *innovativer Charakter*, der allerdings für das jeweils untersuchte Recht entsprechend zu spezifizieren ist. Allerdings steht Innovation bei den Immaterialgüterrechten nicht explizit im Vordergrund, doch dient Geistiges Eigentum wie gesehen der Innovationsmöglichkeit oder -förderung, womit sich der Kreis von Ursache und Wirkung schließt, indem die Schutzkriterien selbst ein innovatives Element enthalten und diese notwendige Voraussetzung wiederum dem (innovativen) Ergebnis das jeweilige Ausschließlichkeitsrecht verleiht.

Häufig wird keine hinreichende Trennung von einzelnen Schutzkriterien vorgenommen. Das zeigt sich vor allem beim Schutzkriterium der urheberrechtlichen Individualität⁵⁷, wo häufig keine Unterscheidung zwischen Individualität und Originalität gemacht wird⁵⁸ bzw. diese unsinnigerweise sogar kumulativ verlangt⁵⁹ werden. Zudem führt die Schwierigkeit der Umschreibung von Individualität zu Aussagen, die u.a. eine problematische Vermischung der einzelnen Schutzkriterien (als Rechtsbegriffe) bewirkt, was weder der Rechtssicherheit dient noch der jeweiligen Disziplin gerecht wird. Wenn also beispielsweise gesagt wird, dass „Individualität im Sinne von Einzigartigkeit, auch mit „Einmaligkeit“ und „Neuheit“ umschrieben

werden“⁶⁰ könne, ist das eine problematische Gleichsetzung unterschiedlicher rechtlicher Termini, da Individualität eine Domäne des Urheberrechts, die Neuheit dagegen eine des gewerblichen Rechtsschutzes (hier: Design-/Patentrecht) ist. Was diesen Begriffen aber gemeinsam ist, ist deren innovativer Charakter. Dies soll nachfolgend entlang der einzelnen Schutzkriterien des jeweiligen Spezialgebietes dargelegt werden.

a. Das innovative Element der urheberrechtlichen Individualität

Ausgehend vom oben dargelegten Begriff der Innovation liegt der Individualität (bzw. des entsprechenden Urheberwerkes⁶¹) insoweit ein innovativer Charakter zugrunde, wenn in ihr (bzw. im Werk) eine Neuerung vorliegt, sodass darin ihre Einzigartigkeit erkennbar wird.

Die (meist implizite) Bezugnahme zum innovativen Charakter zeigt sich bei der (problematischen) Verwendung des Begriffes der Neuheit: So ist – *nota bene* im Zusammenhang mit der urheberrechtlichen Individualität – zu lesen, dass und soweit „etwas noch nicht Vorhandenes geschaffen“ wurde, sich der Begriff der Neuheit aufdränge.⁶² Teils wird die Neuheit als Element der Individualität verstanden,⁶³ oder gar, dass Individualität „mit Einmaligkeit und Neuheit umschrieben werden“ könne⁶⁴. Das ist jedoch nach der hier vertretenen Ordnungshierarchie abzulehnen.⁶⁵

Bemerkenswert ist weiter, dass die Begriffe des Neuen bzw. der Neuheit im Zusammenhang mit dem Kriterium der Individualität in der (unterinstanzlichen) Rechtsprechung vermehrt auftreten. So ist beispielsweise zu lesen, dass etwas „als individuelle schöpferische Leistung eingestuft werden [könne], welche das erforderliche Maß an Neuheit“ aufweise oder dass ein Architekt „nicht etwas absolut Neues schaffen [müsse], sondern sich mit einer relativen und teilweisen Neuschöpfung begnü-

54 *Francois Dessemontet*, SIWR I/1, 2. Aufl., Basel 2002, S. 11 (allerdings für *Investition*, doch kann das auch für Innovation gelten).

55 *David* (Fn. 6) S. 170; fügt aber zu Recht an, dass die Bedeutung (der Neuheit) je nach Schutzbereich verschieden sei (S. 233).

56 Die Neuheit nach Sortenschutz- und Topographengesetz werden hier nicht weiter behandelt (vgl. SoSchG 8b II; ToG 1).

57 Siehe dazu sogleich.

58 *OGer ZH*, Urteil v. 12.12.2001 – *DS-102-Sofa*, sic! 2002, 342.

59 Vgl. z.B. *Dessemontet*; ferner *Bruno Seemann*, Prominenz als Eigentum, Bern 1996, S. 222. *OGer ZH*, Urteil v. 26.6.2001, *Medialex* 2001, 241; *OGer ZH*, Urteil v. 22.6.2000, E. II – *Tripp Trapp II*, sic! 2001, 504; *KG SG*, Urteil v. 17.5.2000, E. III.1 – *Tripp Trapp I*, sic! 2001, 491.

60 *Denis Barrelet/Willi Egloff*, Urheberrecht, 3. Aufl., Bern 2008, 2 N 8.

61 Dieser Begriff wird hier als Verkürzung des Terminus 'urheberrechtlich geschütztes Werk' (URG 2) verwendet.

62 *Reto M. Hilty*, Urheberrecht, Bern 2011, Rz. 85, wobei hier eine „objektive Neuheit“ gemeint sei; *David* spricht im Zusammenhang mit Urheberrecht von *subjektiver Neuheit*, *David* (Fn. 6) S. 234. *Dreier* benennt Innovation als einen Aspekt (*Thomas Dreier*, Copy & Paste, GRUR 2011, 1059); ferner *Peter Studer*, Wann ist der Fotoschnappschuss ein Werk?, Jusletter v. 14.6.2004, 1 (bezugnehmend auf BGE 130 III 168 – *Le Corbusier*).

63 So offenbar *Claude Almansi* u.a., DICE-Handbuch Urheberrecht im Kontext von Unterricht und Lehre, Lugano 2011, § 17.

Für eine Bezeichnung von Originalität anstelle Individualität *Hilty* (Fn. 62) Rz. 91; *Macciachini* meint, dass „jeder Urheberrechtsschutz objektive Neuheit“ voraussetze (*Sandro Macciachini*, Die urheberrechtlich schützbar Doppelschöpfung, sic! 2004, 355, 351).

64 *Clara-Ann Gordon*, Copyright, Conrad Weinmann/Peter Münch/Jürg Herren (Hg.), IP-Handbuch, Basel 2013, 914, bezugnehmend auf *Robert M. Stutz*, Individualität, Originalität oder Eigenart?, Bern 2002, S. 11.

65 Zum Begriff der Individualität vgl. vorausgehende Ziffer.

gen“ könne.⁶⁶ Solche Aussagen stellen eine bedenkliche Tendenz zur Verwechslung von rechtlichen Termini unterschiedlicher Tatbestandskriterien dar.

Nach einer anderen Meinung bezieht sich die Neuheit nicht auf die Individualität, sondern auf das Tatbestandsmerkmal der *geistigen Schöpfung*.⁶⁷ Zutreffend scheint jedoch vielmehr, dass sich der Aspekt der Neuheit auf die Individualität zu beziehen hat, da der urheberrechtliche Terminus der geistigen Schöpfung auf die intellektuelle respektive künstlerische Leistung (Tätigkeit) des Menschen, also auf den (geistigen) Schaffensakt, Bezug nimmt, welcher Grundlage für das zum Ausdruck gebrachte individuelle Werk ist. Denn nicht die geistige Schöpfung als solche ist in diesem Sinne „neu“, sondern erst sie kann gegebenenfalls Neues erschaffen, das dann im kreierte Ergebnis sichtbar wird, nämlich in der Individualität des Werkes.⁶⁸ Gleiches zeigt sich bei der patentrechtlichen erfinderischen Tätigkeit (siehe sogleich).

b. Das innovative Element der Neuheit des Designrechts und des Erfindungsschutzes

Die designrechtliche Neuheit ist eine Voraussetzung für den *Formschutz* (Art. 2 Abs. 2 DesG). Dabei wird von einer *subjektiven Neuheit* in dem Sinne ausgegangen, dass und soweit der Gestaltung eine Erstmaligkeit zukommt.⁶⁹ Darin liegt einerseits das innovative Element. Die designrechtliche Neuheit ist allerdings aufgrund ihrer sachlichen und territorialen Beschränkung relativ.⁷⁰ Im Zusammenhang mit der hier zu untersuchenden Fragestellung ist weiter auf die sogenannte *materielle Neuheit* abzustellen, welche bei der Eigenart näher zu behandeln ist.

66 OGer ZH, Maßnahmeentscheid v. 20.1.2011 – *Praliné-Skulptur*, sic 2011, 509, und KGer SG, Urteil v. 18.5.2011 – *Baumhaus*, Ingres News 7-8/11, 6.

67 Die Zuordnung zum Kriterium der geistigen Schöpfung ist nicht ganz nachvollziehbar; immerhin wird bemerkt, dass „die Frage der Neuheit mit der (...) Individualität“ zusammenhänge und zudem „der Terminus der Neuheit von der urheberrechtlichen Doktrin nicht abgelehnt“ werde (Hilty (Fn. 62) Rz. 85 und 89); dazu auch *Barrelet/Egloff*, wonach die „geistige Schöpfung etwas Neues darstellen“ müsse, wobei sie beim Kriterium der Individualität vermerken, dass diese „im Sinne von Einzigartigkeit, die auch mit „Einmaligkeit“ und „Neuheit“ umschrieben werden“ könne (*Barrelet/Egloff* (Fn. 60) 2 N 6 und 8). Eine eher skurrile Bedeutung erhält der Terminus der geistigen Schöpfung im Fall „A course in miracles“, wonach die Schriftstellerin behauptet, die von ihr niedergeschriebenen Texte habe sie von Jesus von Nazareth empfangen (vgl. *OLG Frankfurt a.M.*, Urteil v. 13.5.2014, noch nicht publiziert).

68 Auch das BGer ordnet die Neuheit der Individualität zu, wenn ausgeführt wird, dass bei einem Werk der Baukunst nicht etwas „absolut Neues“ geschaffen werde, sondern sich der Architekt sich mit einer relativen und teilweisen Neuschöpfung begnügen könne (BGE 125 III 328 E. 4.b – *Devanthery*; vgl. dazu *Sibylle Wenger Berger*, Architektur und immaterielle Rechte, Bern 2010, 77, sowie *Architekturrecht*, in Andrea Raschèr/Mischa Senn (Hg.), *Kulturrecht – Kulturmarkt*, Zürich 2012, 116).

69 *David* (Fn. 6) S. 234.

70 *David* (Fn. 6) S. 235.

Die patentrechtliche Neuheit (der Erfindung⁷¹) gemäß Art. 7 Abs. 1 PatG (und Art. 54 Abs. 1 EPÜ) beurteilt sich nach dem vorbekannten Wissenstand, der als *Stand der Technik* bezeichnet wird.⁷² Das dem Patentrecht typische formal-technische Regelsystem erklärt damit Neuheit schlicht als (all) das, was nicht zu diesem (technischen) Wissenstand – dem technischen Erfahrungsschatz⁷³ – gehört. Eine weitere Beschreibung zur Neuheit ist im Patentrecht auch nicht notwendig. Immerhin lässt sich hier eine Parallele zum philosophischen Verständnis der Innovation erkennen, wonach diese als Fähigkeit verstanden wird, über einen gegebenen (Kenntnis-)Stand neue Probleme zu erkennen und Lösungen zu finden.⁷⁴

Von Bedeutung ist in unserem Zusammenhang der Aspekt des innovativen Charakters dieser Neuheit. Da es beim Patentrecht um den *Erfindungsschutz*⁷⁵ geht, sollen dementsprechend *innovative Erfindungen* geschützt werden.⁷⁶ Der innovative Aspekt zeigt sich auch und gerade im Kriterium des *Nicht-Naheliegens* (Art. 1 Abs. 2 PatG).⁷⁷

Der „Akt der Innovation“⁷⁸ beginnt selbstredend nicht erst mit der (prototypischen) Umsetzung der Erfindung – und schon gar nicht erst mit der eigentlichen *Entstehung* des Patentrechts durch Hinterlegung bzw. Eintrag ins Register (Art. 60 Abs. 1 PatG) –, sondern bereits in der Phase intellektueller Auseinandersetzung im Rahmen der *erfinderischen Tätigkeit*⁷⁹ und des

71 Nach einer Ansicht verweist die *Erfindung* auf den kognitiven Gehalt neuartiger Lösungen, während *Innovation* die Umsetzung von Wissen im Fokus habe, vgl. dazu die Hinweise bei *Parpan-Blaser* (Fn. 6) S. 48.

72 Vgl. Florent Thouvenin/Marcel Bircher/Roland Fischer, *Immaterialgüterrecht*, 2. Aufl., Zürich 2010, S. 42 f.; Roland von Büren/Eugen Marbach/Patrik Ducrey, *Immaterialgüter- und Wettbewerbsrecht*, 3. Aufl., Bern 2008, N 44.

73 Vgl. BGE 138 III 111 E.2.1 – *induktive Heizvorrichtung*.

74 Vgl. auch Ziff. I. 2.

75 Der Begriff Patent bezieht sich ja nicht auf den Gegenstand (Erfindungen), sondern auf das Zertifikat, das auch in anderen Bereichen erteilt wird (z.B. Anwalts-, Wirtepatent); diesbezüglich ist OR 332 ein Vorbild, wenn schlicht von *Erfindungen* gesprochen wird.

76 Vgl. *Hoffmann-Riem* (Fn. 3) S. 38. – Soweit mit „innovativer Erfindung“ nicht eine Doppelung verstanden wird, doch gibt es auch nicht innovative Erfindungen.

77 Siehe Hinweise bei *David* (Fn. 6) S. 82.

78 *Reto M. Hilty*, „Open Approaches“, Rolf Sethe/Andreas Heineemann/Reto M. Hilty/Peter Nobel, Roger Zäch (Hg.), *Kommunikation. Festschrift für Rolf H. Weber*, Bern 2011, S. 99.

79 Vgl. EPÜ 52 I und 56; vgl. dazu *David* (Fn. 6) S. 83; *Moritz Kälin*, *Patentrecht*, Ueli Grüter/Martin Schneider/Mischa Senn (Hg.), *kommunikationsrecht.ch*, 2. Aufl., Zürich 2012, S. 76; von Büren/Marbach/Ducrey (Fn. 72) N 61.

damit verbundenen *schöpferischen Aufwands*⁸⁰, der sich als eine „intuitiv-assoziative Tätigkeit“⁸¹ darstellen kann, was auch als „Inventat“⁸² bezeichnet wird.

Der innovative Ansatz der Neuheit einer Erfindung ist grundsätzlich also in dieser Tätigkeit zu finden (siehe dazu auch das urheberrechtliche Kriterium der geistigen Schöpfung, oben). In diesem Sinne kann auch die Aussage gesehen werden, wonach der „schöpferische Aufwand darin liegen muss, dass eine Lösung gefunden wurde, für welche der Stand der Technik keine Anregung gegeben hatte.“⁸³

c. Das innovative Element der Eigenart

Die designrechtliche Eigenart (Art. 2 Abs. 3 DesG) wird auch als *materielle Neuheit*⁸⁴ bezeichnet. Anstelle der Eigenart wurde im MMG noch das Kriterium der Originalität bzw. ein Mindestmaß an geistigem Aufwand verwendet.⁸⁵ Dieser Linie folgt auch das Verständnis, wonach der Eigenart zu ihrer „Schutzbegründung eine Form-Innovation von einer gewissen Erheblichkeit“⁸⁶ zugrunde liegen muss. Darin, dass sich die designrechtliche Eigenart auf den vorbekannten Formenschatz zu beziehen und sich von diesem zu unterscheiden hat⁸⁷, ist der innovative Ansatz zu erkennen. Aufgrund des hier verwendeten Begriffs der Innovation ergibt sich, dass der designrechtlichen Eigenart ein innovativer Charakter zukommt. Somit enthalten die beiden designrechtlichen Schutzkriterien (Neuheit und Eigenart) ein innovatives Element.

80 Zum Verhältnis erfinderische Tätigkeit und schöpferischer Aufwand vgl. Kurt Sutter, Der bundesgerichtliche Begriff des „Erfinderischen“, sic! 2004, 469–478, 476 (mwH); David (Fn. 6) S. 84; BGE 123 III 485 E.2.a

81 BGE 138 III 111 E.2.1 – *induktive Heizvorrichtung* (mwH).

82 HWPPh (Invention, Erfindung, Entdeckung), Bd. 4, S. 547.

83 Alfred Briner, SIWR IV, Basel 2006, S. 139.

84 Vgl. David (Fn. 6) S. 236.

85 David (Fn. 6) S. 236; Roger Staub/Alessandro L. Celli, Designrecht, Zürich 2003, 2 N 63. Wobei die Rechtsprechung des BGER zur (Muster-/Modell-rechtlichen) Originalität nicht heranzuziehen ist (vgl. dazu BGE 133 III 189 E.3.2), wenngleich das BGER zuweilen das Kriterium „originell/originale Gestaltung“ weiterhin verwendet (vgl. BGE 130 III 636 E.2 – *Herzförmiger Schmuckanhänger*; vgl. dazu Stutz (Fn. 64) S. 242.

Im deutschen Recht wurde (damals) das Wort *Eigentümlichkeit* verwendet (vgl. dazu BGH, Urteil v. 13.11.2013 E.II.3.bb.1 – *Geburtstagszug*, GRUR 2014, 175 [Nr. 34], vgl. dazu Malek Barudi, Designschutz aufgewertet, KUR 2014, 11–15, 13).

86 Markus Wang, SIWR VI, Basel 2007, S. 103 (Hervorhebung durch den Autor dieses Beitrags).

87 Vgl. Mischa Senn, Rechte an „Schriften“, sic! 2003, 191–203 (mwH); siehe auch BGH, Urteil v. 13.11.2013 – *Geburtstagszug*, GRUR 2014, 175 [Nr. 37].

d. Das innovative Element der Kennzeichnungskraft

Innerhalb der Kennzeichenrechte⁸⁸ interessiert im vorliegenden Zusammenhang der Begriff der *Kennzeichnungskraft* bzw. *Kennzeichnungsfähigkeit*. Diese wird auch mit *Unterscheidungskraft* bezeichnet⁸⁹, wobei diese auch als Voraussetzung für die Kennzeichnungskraft betrachtet wird.⁹⁰ Nach der hier ebenfalls vertretenen Ansicht scheint es zutreffend, dass erst eine Unterscheidungskraft eine Kennzeichnungskraft bewirkt, weshalb von der Kennzeichnungskraft als Oberbegriff ausgegangen wird. Dabei kann – analog zur einheitlichen Anwendung der kennzeichenrechtlichen Verwechselbarkeit⁹¹ – von einer allgemeinen Geltung der Kennzeichnungskraft im ganzen Kennzeichenrecht ausgegangen werden.⁹²

Ausgehend davon kann festgestellt werden, dass der Kennzeichnungskraft ein innovativer Charakter zukommt. Die Kennzeichnungskraft wird als Hinweis der „Stärke eines Kennzeichens“ verstanden, „wie sie sich aufgrund seiner Originalität (...) ergibt.“⁹³ Mit anderen Worten enthält bzw. bedingt die Kennzeichnungskraft damit ein innovatives Element. Einen Ansatz zu dieser Feststellung lässt sich auch aus einer Begründung des

88 Insbesondere Marken-, Namen-, und Firmenrecht sowie lauterkeitsrechtlicher Ausstattungsschutz, gegebenenfalls auch Designrecht; siehe auch BGE 127 III 160 E.2.b; zu den einzelnen Rechten vgl. Mischa Senn, Immaterialgüterrechte, Andrea Raschér/Mischa Senn (Hg.), Kulturrecht – Kulturmarkt, Zürich 2012, 74 ff. (mwH).

89 Vgl. David (Fn. 6) S. 188; ferner Hilty (Fn. 62) Rz. 78.

90 Vgl. Thomas Geiser/Patrick Krauskopf/Peter Münch–Marc Schwenninger, Schweizerisches und europäisches Wettbewerbsrecht, Basel 2005, Rz. 5.61; Mario M. Pedrazzini/Federico A. Pedrazzini, Unlauterer Wettbewerb/UWG, 2. Aufl., Bern 2002, N. 5.175; Lucas David/Mark A. Reutter, Schweizerisches Werberecht, Zürich 2001, S. 472; Carl Baudenbacher, Lauterkeitsrecht, Basel 2001, 3 lit. d N. 35; SLKE v. 13.11.2002 E.4.b – *Kult. Differenzierend Marbach*, wonach die *Unterscheidungskraft* „die originäre Eignung eines Zeichens als Unterscheidungsmittel wahrgenommen zu werden“ meine (Eugen Marbach, SIWR III/12. Aufl., Basel 2009, Rz 262 [Fn. 324]).

91 Bzw. Verwechslung, vgl. dazu BGER, Urteil v. 8.9.2004 E.2.4 – *Limmi II*, sic! 2005, 221; BGE 126 III 315 E. 7 – *Rivella/Apiella*. Die *Verwechslungsgefahr* als zentralen (Ober-)Begriff zu betrachten, erscheint (zumindest hier) weniger zweckmässig, da er auf die Wirkung beim Abnehmer zielt, nicht auf die Grundvoraussetzung für die Entstehung und den Bestand des Werkes bzw. einer Leistung.

92 Nachfolgend dargelegt anhand des Marken- und Lauterkeitsrechts (Ausstattungsschutz gemäß Art. 3 Abs. 1 lit. d UWG – vgl. dazu die Ausführungen von Mathis Berger in diesem Heft ab Seite 81). Vgl. dazu beispielsweise *Joller*, der die Kennzeichnungskraft jeweils für das Marken-, Firmen- und Lauterkeitsrecht verwendet (*Gallus Joller*, Verwechslungsgefahr im Kennzeichenrecht, Bern 2000, 195 ff., 268 ff., 308 ff.). Wieweit dem Designrecht auch eine gewisse Kennzeichnungswirkung zukommt, kann hier offen gelassen werden, vgl. aber immerhin BGE 130 III 636 E.2.2.1 – *Herzförmiger Schmuckanhänger*, wo die Rede von „kennzeichnendem Gepräge“ die Rede ist.

93 *Marbach* (Fn. 90) Rz 262 [Fn. 324] – wobei der zweite Teil der Aussage wesentlich und der erste eine rein sprachliche Umschreibung des Begriffes ist. – Zur Problematik der Verwendung unzutreffender Termini vgl. Ziff. IV. 2. a.

BVGer lesen, wenn ausgeführt wird, dass „eine innovative Form nur dann als Kennzeichen Markenschutz erlangen [könne], wenn es sich zu einem herkunftshinweisenden Kennzeichen gewandelt hat.“ Maßgebend dabei sei, „dass die Form für den Abnehmer *unerwartet* und *ungewöhnlich* ist.“⁹⁴ Diese beiden letzten Eigenschaften (kursiv hervorgehoben) sind typische Merkmale der Innovation. In diesem Entscheid ist die Rede von einer „innovativen Form“, die als Kennzeichen unter bestimmten Umständen einen Markenschutz erlangen könne.⁹⁵

Der *lauterkeitsrechtliche Kennzeichenschutz* (Ausstattungs-schutz) dient zwar primär gemäß dem wettbewerbsrechtlichen Grundgedanken dem *Investitionsschutz*, bewirkt jedoch aufgrund der geforderten Kennzeichnungskraft ebenfalls einen Innovationsschutz. Hierbei kann auf die eben dargelegten Gründe verwiesen werden. Erwähnenswert ist dabei, dass nach deutscher Terminologie beim Nachahmungsschutz von „wettbewerbsrechtlicher Eigenart“ (DE-UWG 4 Nr.9 lit. b) die Rede ist.⁹⁶

e. Das innovative Element der topographierechtlichen „Nicht-Alltäglichkeit“

Das eher exotische, weil kaum zur Anwendung kommende Topographiegesetz weist das Tatbestandsmerkmal der *nicht alltäglichen* Struktur von Halbleitererzeugnissen aus (Art. 1 Abs. 1 ToG). Gemeint ist damit eine „nicht banale“ Gestaltung (der zudem ein „gewisses Maß an geistiger Arbeit“ vorauszugehen hat).⁹⁷ Dieses Merkmal ist als Abgrenzung⁹⁸ zu verstehen im Sinne des Besonderen, des Unüblichen oder der Ungewöhnlichkeit und enthält insoweit das innovative Element.

V. Fazit

Die Darstellung soll aufzeigen, dass und wie Innovation als Schutzobjekt im Immaterialgüterrecht erscheint. Auch wenn die unterschiedlichen Schutzkriterien der einzelnen Rechtsgrundlagen (wie Individualität, Neuheit, Eigenart, Kennzeichnungskraft) verschiedene Tatbestandselemente aufweisen, ist ihnen doch das innovative Element gemeinsam. Diese Feststellung kann dem Verständnis und damit der Auslegung der Gesetzeszwecke und der Rechtsbegriffe dienen. Dementsprechend ist also jeweils das innovative Moment aufzusuchen, das dem Werk, der Gestaltung oder der Erfindung innewohnt.

Die Untersuchung zeigt aber gleichzeitig auf, dass teils eine unreflektierte Vermischung der einzelnen rechtlichen Termini stattfindet. Denn es sind dies keine austauschbare Schutzkriterien, zumal nicht viel geholfen ist, wenn diese Rechtsbegriffe einfach durch einen mehr oder weniger verwandten Begriff zu umschreiben versucht wird.⁹⁹ Gemeinsames Grundprinzip ist jedoch das innovative Element. ■

94 BVGer, Urteil v. 15.10.2010, E.4.2 – *Wellenverpackung*. Gemäß BVGer ist das „Gegenteil von „innovativ“ umgangssprachlich „gewöhnlich“ bzw. „konventionell“, (Urteil v. 4.10.2007 (B-2782/2007), E.4.2 – *Band AIYve*.

95 BVGer, Urteil v. 15.10.2010, E.4.2 – *Wellenverpackung*, mit Hinweis auf *Michael Noth*, Michael Noth/Gregor Bühler/Florent Thouvenin (Hg.), *Markenschutzgesetz*, Bern 2009, 2 lit. b N. 11.

96 BGH, Urteil v. 19.5.2010, E.II.2 – *Briefmarkenheft*, AfP 2011, 56.

97 Siehe Botschaft zum ToG v. 19.6.1989, BBl 1989 III 477, 523, 572.

98 Vgl. zur (Nicht-)Alltäglichkeit ÄGB (vgl. dazu Fn. 19), Bd. 1, Stuttgart 2000, 109.

99 Zu Recht schon *Karsten Schmidt*, Urheberrechtlicher Werkbegriff und Gegenwartskunst, UFITA 1976, I, S. 52, 44, der festhielt, dass die Begriffe „(...) bei aller terminologischen Aufrichtigkeit im Grunde nur ausgetauscht würden.“