

ALEXANDER PEUKERT

# Güterzuordnung als Rechtsprinzip

*Jus Privatum*

138

---

**Mohr Siebeck**

# JUS PRIVATUM

Beiträge zum Privatrecht

Band 138





Alexander Peukert

# Güterzuordnung als Rechtsprinzip

Mohr Siebeck

*Alexander Peukert*, geboren 1973; Studium der Rechtswissenschaft in Freiburg i.Br.; 1999 Promotion; 2002 wissenschaftlicher Referent am Max-Planck-Institut für Geistiges Eigentum, Wettbewerbs- und Steuerrecht, München; 2008 Habilitation an der Ludwig-Maximilians-Universität München.

Gedruckt mit freundlicher Unterstützung des Förderungs- und Beihilfefonds Wissenschaft der VG Wort.

e-ISBN PDF 978-3-16-151215-5

ISBN 978-3-16-149724-7

ISSN 0940-9610 (Jus Privatum)

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

© 2008 Mohr Siebeck Tübingen.

Das Werk einschließlich aller seiner Teile ist urheberrechtlich geschützt. Jede Verwertung außerhalb der engen Grenzen des Urheberrechts ist ohne Zustimmung des Verlags unzulässig und strafbar. Das gilt insbesondere für Vervielfältigungen, Übersetzungen, Mikroverfilmungen und die Einspeicherung und Verarbeitung in elektronischen Systemen.

Das Buch wurde von Gulde-Druck in Tübingen aus der Garamond-Antiqua belichtet, auf alterungsbeständiges Werkdruckpapier gedruckt und von der Buchbinderei Spinner in Ottersweier gebunden.

## Vorwort

Die vorliegende Studie wurde von der Rechtswissenschaftlichen Fakultät der Ludwig-Maximilians-Universität München im Wintersemester 2007/2008 als Habilitationsschrift angenommen. Rechtsprechung und Literatur sind bis zum Sommer 2008 berücksichtigt. Die Ausführungen zum Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb beziehen den Regierungsentwurf vom 21. Mai 2008 zur Umsetzung der EG-Richtlinie 2005/29 über unlautere Geschäftspraktiken unter der Überschrift UWG 2004/2008 mit ein.

Herrn Professor Dr. Reto M. Hilty danke ich herzlich für die Betreuung der Arbeit und die freundschaftliche Unterstützung während meiner Tätigkeit als wissenschaftlicher Referent am Max-Planck-Institut für Geistiges Eigentum, Wettbewerbs- und Steuerrecht. Er hat mich in meinem wissenschaftlichen Interesse bestärkt und mir Freiräume verschafft, ohne die ich dieses Projekt nicht hätte bewältigen können. Herrn Professor Dr. Wolfgang Schön gebührt mein Dank für die Erstellung des Zweitgutachtens.

Besondere Impulse hat meine Auseinandersetzung mit dem Verhältnis zwischen Eigentum und Freiheit aus mehreren Gesprächen mit Herrn Professor Dr. Dr. h.c. Wolfgang Fikentscher empfangen. Für sein Interesse und seine Anregungen danke ich sehr.

München, im September 2008

*Alexander Peukert*



## Inhaltsübersicht

Vorwort . . . . .	V
Einleitung . . . . .	1
<i>Teil 1: Grundlagen der Güterzuordnung . . . . .</i>	<i>31</i>
§ 1 Begriffliche Konkretisierung der Fragestellung . . . . .	32
§ 2 Der verfassungsrechtliche Rahmen . . . . .	65
§ 3 Ökonomische Grundlagen der Güterzuordnung . . . . .	94
<i>Teil 2: Die Rechtsgrundlagen der Güterzuordnung. . . . .</i>	<i>135</i>
§ 4 Beispiele und relevante Rechtsgrundlagen . . . . .	136
§ 5 Normierte Ausschließlichkeitsrechte . . . . .	211
§ 6 Deliktsrecht des BGB . . . . .	237
§ 7 Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb . . . . .	313
§ 8 Bereicherungsrecht . . . . .	402
§ 9 Geschäftsführung ohne Auftrag . . . . .	473
§ 10 Generalklauseln des Rechtsverkehrs . . . . .	534
§ 11 Die Eigentumsgarantie als Grundlage der Güterzuordnung . . . . .	660
§ 12 Güterzuordnung auf der Basis eines Rechtsprinzips? . . .	730
<i>Teil 3: Konsequenzen und Ausblick . . . . .</i>	<i>793</i>
§ 13 Grenzen güterzuordnungsrelevanten Rechts und Lösung der Beispielfälle . . . . .	794
§ 14 Dogmatik des Güterzuordnungsrechts . . . . .	856
§ 15 Güterzuordnung und Freiheitsschutz im Privatrecht . . . .	891
Literaturverzeichnis . . . . .	911
Personen- und Sachverzeichnis . . . . .	979



# Inhaltsverzeichnis

Vorwort . . . . .	V
Inhaltsübersicht . . . . .	VII

## Einleitung

A. Das Ausgangsproblem . . . . .	1
B. Herangehensweise und Stand der Forschung . . . . .	6
I. Sacheigentum und Immaterialgüterrechte als Orientierungspunkte . . . . .	6
II. Numerus clausus und Rechtsgrundlage . . . . .	7
III. Wertung und Rechtsgrundlage . . . . .	15
IV. Kompetenz zur Güterzuordnung . . . . .	17
C. Konkretisierung und Beschränkung des Themas . . . . .	21
I. Die Frage nach originären Ausschließlichkeitsrechten . . . . .	21
II. Das geltende deutsche Recht als Untersuchungsgegenstand . . . . .	23
D. Gang der Darstellung . . . . .	26

## Teil 1

### Grundlagen der Güterzuordnung

§ 1 Begriffliche Konkretisierung der Fragestellung . . . . .	32
A. Notwendigkeit, Gefahren und Kriterien der Begriffsbildung . . . . .	32
I. Begriffe und Dogmatik . . . . .	32
II. Ausgangspunkt: Die Trennung von Sein und Sollen . . . . .	34
III. Ungeeignete Kriterien . . . . .	37
1. Am Rechtsobjekt ausgerichtete Dogmatik . . . . .	37
2. An den Interessen ausgerichtete Dogmatik . . . . .	41
3. An der Funktion des geltenden Rechts ausgerichtete Dogmatik . . . . .	42
IV. Die formale Wirkung des objektiven Rechts . . . . .	44
B. Die Fragestellung im Kontext des Privatrechtssystems . . . . .	46
I. Güterzuordnung als Thema . . . . .	47

II. Güterzuordnungsrelevante Bereiche und Begriffe des Privatrechtssystems . . . . .	48
1. Rechtsverhältnisse . . . . .	48
2. Subjektive Rechte . . . . .	48
3. Gestaltungsrechte . . . . .	50
4. Relative Rechte . . . . .	50
5. Absolute Rechte . . . . .	52
C. Hier verwendete Begrifflichkeiten und Grundunterscheidung . . . . .	54
I. Subjektive Rechte, insbesondere Ausschließlichkeitsrechte . . . . .	54
1. Primäre und sekundäre subjektive Rechte . . . . .	54
2. Ausschließlichkeitsrechte . . . . .	56
II. Schutz auf der Grundlage gesetzlicher Schuldverhältnisse . . . . .	61
III. Rechtsposition . . . . .	61
D. Zusammenfassung . . . . .	62
 § 2 Der verfassungsrechtliche Rahmen . . . . .	 65
A. Fragestellung . . . . .	65
B. Die Bedeutung der Grundrechte für ein Rechtsprinzip der Güterzuordnung . . . . .	66
I. Grundrechte und Privatrecht . . . . .	66
1. Die mittelbare Drittwirkung der Grundrechte . . . . .	66
2. Herleitung und Struktur grundrechtlicher Schutzpflichten . . . . .	70
II. Güterzuordnungsrelevante Grundrechte . . . . .	73
1. Menschenwürde und Güterzuordnung . . . . .	74
2. Allgemeine Handlungsfreiheit und Güterzuordnung . . . . .	74
3. Allgemeines Persönlichkeitsrecht und Güterzuordnung . . . . .	81
4. Eigentumsgarantie . . . . .	84
C. Verfassungsrechtliche Grundlagen und Grenzen richterlicher Entscheidung . . . . .	84
I. Die Überwindung des engen Gesetzespositivismus . . . . .	85
II. Die Bindung der Rechtsprechung an Gesetz und Recht . . . . .	87
D. Zusammenfassung . . . . .	92
 § 3 Ökonomische Grundlagen der Güterzuordnung . . . . .	 94
A. Warum „ökonomische Grundlagen“? . . . . .	94
I. Gegenstand der Wirtschaftswissenschaften . . . . .	95
II. Positive und normative ökonomische Analyse . . . . .	98

B. Die positive ökonomische Analyse der Güterzuordnung und ihre Grenzen . . . . .	100
I. Begriff und Grundfunktionen von property rights . . . . .	100
II. Differenzierende Analyse von property rights . . . . .	102
1. Verschiedene property rights . . . . .	102
2. Verschiedene Güter und Nutzungen . . . . .	104
a) Verbrauchbare Naturgüter . . . . .	105
b) Nicht verbrauchbare Güter, deren Nutzung rivalisierend ist . . . . .	107
c) Öffentliche Güter . . . . .	108
d) Immaterielle Güter . . . . .	108
aa) Immaterielle Güter im Vergleich zu anderen Gütern . . . . .	109
bb) Unterschiedliche Immaterialgüter und daran bestehende property rights . . . . .	110
(1) Immaterialgüter mit einem Nutzwert als solchem . . . . .	110
(2) Kennzeichen . . . . .	115
3. Der originäre Rechtsinhaber . . . . .	116
III. Schlussfolgerungen und Grenzen der positiven ökonomischen Analyse . . . . .	117
C. Die normative ökonomische Analyse und ihre Grenzen . . . . .	123
I. Normative Kriterien . . . . .	123
II. Umsetzung im Verhältnis zur Rechtsordnung . . . . .	125
D. Der Adressat eines normativen Postulats der Güterzuordnung . . . . .	130
E. Zusammenfassung . . . . .	132

Teil 2

Die Rechtsgrundlagen der Güterzuordnung

§ 4 Beispiele und relevante Rechtsgrundlagen . . . . .	136
A. Zweck der Darstellung . . . . .	136
B. Beispiele für „neue“ Güter und ihre Zuordnung . . . . .	137
I. Bilder von Sachen . . . . .	137
1. Sachverhaltskonstellationen . . . . .	137
2. Diskutierte Rechtsgrundlagen . . . . .	138
3. Argumente . . . . .	142
II. Übertragung von Sportveranstaltungen . . . . .	143
1. Sachverhaltskonstellationen . . . . .	143

2. Diskutierte Rechtsgrundlagen . . . . .	145
3. Argumente . . . . .	150
III. Inzwischen durch das Immaterialgüterrecht zugeordnete Güter . . . . .	151
1. Sachverhaltskonstellationen . . . . .	151
2. Diskutierte Rechtsgrundlagen . . . . .	155
3. Argumente . . . . .	159
IV. Internet-Domain . . . . .	163
1. Sachverhaltskonstellation . . . . .	163
2. Diskutierte Rechtsgrundlagen . . . . .	164
3. Argumente . . . . .	166
V. Geheimnisse . . . . .	166
1. Sachverhaltskonstellation . . . . .	166
2. Diskutierte Rechtsgrundlagen . . . . .	167
3. Argumente . . . . .	169
VI. Energieverbrauch, insbesondere elektrische Energie . . . . .	170
1. Sachverhaltskonstellationen . . . . .	170
2. Diskutierte Rechtsgrundlagen . . . . .	171
3. Argumente . . . . .	172
VII. Persönlichkeitsmerkmale . . . . .	173
1. Sachverhaltskonstellationen . . . . .	174
a) Klassisches allgemeines Persönlichkeitsrecht . . . . .	174
b) Vermögenswerte Bestandteile des Persönlichkeitsrechts . . . . .	175
2. Diskutierte Rechtsgrundlagen . . . . .	175
a) Klassisches allgemeines Persönlichkeitsrecht . . . . .	175
b) Vermögenswerte Bestandteile des Persönlichkeitsrechts . . . . .	189
3. Argumente . . . . .	197
a) Klassisches allgemeines Persönlichkeitsrecht . . . . .	197
b) Vermögenswerte Bestandteile des Persönlichkeitsrechts . . . . .	199
VIII. Virtuelle Güter aus Online-Welten . . . . .	206
C. Fazit . . . . .	207
§ 5 Normierte Ausschließlichkeitsrechte . . . . .	211
A. Fragestellung . . . . .	211
B. Vertikale und horizontale Grenzen des Schutzbereichs normierter Ausschließlichkeitsrechte . . . . .	212
I. Das Sacheigentum . . . . .	212
1. Die rivalisierende Nutzung von Sachen als vertikale Grenze . . . . .	213
a) Die Sache als zugeordnetes Gut . . . . .	213
b) Die Einwirkung als zugeordnete Nutzung . . . . .	218
2. Die horizontale Grenze zugeordneter Sachnutzungen . . . . .	222

II. Immaterialgüterrechte . . . . .	225
1. Urheberrecht . . . . .	226
2. Gewerbliche Schutzrechte . . . . .	229
3. Kennzeichenrecht . . . . .	231
C. Zusammenfassende Bewertung und Überleitung . . . . .	232
§ 6 Deliktsrecht des BGB . . . . .	237
A. Einführung und Übersicht . . . . .	237
B. Das „sonstige Recht“ gem. § 823 Abs. 1 BGB . . . . .	240
I. § 823 Abs. 1 BGB und die Funktion des Deliktsrechts im BGB . . . . .	240
II. § 823 Abs. 1 BGB und das „sonstige Recht“ im System des Deliktsrechts des BGB . . . . .	243
III. Das „sonstige Recht“ im Kontext von § 823 Abs. 1 BGB . . . . .	249
IV. Übersicht: Die Rechtsentwicklung zum „sonstigen Recht“ . . . . .	254
1. Das allgemeine Persönlichkeitsrecht . . . . .	255
2. Das Recht am Gewerbebetrieb . . . . .	256
a) Schutzgegenstand und Schutzzweck . . . . .	256
b) Formale Wirkungen und Struktur . . . . .	264
3. „Sonstige Rechte“ und Familienrecht . . . . .	269
4. „Sonstige Rechte“ und Arbeitsrecht . . . . .	271
V. Zusammenfassende Stellungnahme . . . . .	274
C. Die vorsätzliche sittenwidrige Schädigung gem. § 826 BGB . . . . .	277
I. § 826 BGB und die Funktion des Deliktsrechts . . . . .	278
II. § 826 BGB im System des Deliktsrechts des BGB . . . . .	278
1. Die Entwicklungsfunktion als Generalklausel . . . . .	278
2. Das Enumerationsprinzip und die Begrenzung des Tatbestands . . . . .	281
III. Der Tatbestand des § 826 BGB und die Güterzuordnung . . . . .	284
1. Güterschutz als Gebot der guten Sitten . . . . .	284
2. Kritik aus der Sicht des Tatbestands und des Zwecks von § 826 BGB . . . . .	285
a) Struktur des Tatbestands . . . . .	285
b) Zweck der Norm . . . . .	286
IV. Zusammenfassende Stellungnahme . . . . .	288
D. Der allgemeine Unterlassungs- und Beseitigungsanspruch . . . . .	289
I. Der allgemeine Unterlassungs- und Beseitigungsanspruch als Ausdruck der Anerkennung gegen jedermann wirkender subjektiver Rechte? . . . . .	289

II. Überblick: Gesetzliche Unterlassungs- und Beseitigungsansprüche . . . . .	293
III. Tatbestand des allgemeinen Unterlassungs- und Beseitigungsanspruchs . . . . .	296
1. Voraussetzungen . . . . .	296
2. Bewertung . . . . .	302
IV. Das verwirklichte Rechtsprinzip . . . . .	303
V. Folgerungen für die dogmatische Einordnung des allgemeinen Unterlassungs- und Beseitigungsanspruchs . . . . .	306
VI. Folgerungen für die Frage nach dem Rechtsprinzip der Güterzuordnung . . . . .	309
E. Ergebnis . . . . .	311
§ 7 Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb . . . . .	313
A. Einführung . . . . .	313
B. Das UWG als Schrittmacher der Güterzuordnung . . . . .	316
I. Die Entwicklungsfunktion der Generalklausel des § 3 UWG . . . . .	316
II. Güterschutz auf der Basis des UWG . . . . .	320
1. Wettbewerbsrechtlicher Leistungsschutz im UWG 1909 . . . . .	320
a) Entwicklung der Rechtsprechung . . . . .	320
b) Dogmatische Verarbeitung in der Literatur . . . . .	330
2. Wettbewerbsrechtlicher Leistungsschutz im UWG 2004/2008 . . . . .	333
a) Grundzüge der Rechtsprechung . . . . .	333
b) Auffassungen in der Literatur . . . . .	335
C. Das UWG als Sonderdeliktsrecht . . . . .	338
D. Der Zweck des UWG . . . . .	340
I. Individuelle Interessen und Interessen der Allgemeinheit . . . . .	342
1. Reiner Individualschutz . . . . .	342
2. Sozialrechtliches Verständnis . . . . .	345
3. Schutzzwecktrias . . . . .	347
4. Schutz des Allgemeininteresses am unverfälschten Wettbewerb . . . . .	349
a) Wortlaut, Systematik und Begründung der §§ 1, 3 UWG . . . . .	350
b) Vorgeschichte, verfassungsrechtliche und europarechtliche Rahmenbedingungen . . . . .	353
aa) Geistesgeschichtliche Wurzeln der Schutzzweckdiskussion . . . . .	353
bb) Schutz des unverfälschten Wettbewerbs als Umsetzung verfassungs- und europarechtlicher Vorgaben . . . . .	359

II. Schutz unverfälschten Wettbewerbs . . . . .	362
1. Ordnung subjektiver Wettbewerbsfreiheiten als Ziel des Lauterkeitsrechts . . . . .	363
2. Folgerungen für die Frage nach der Güterzuordnung . . . . .	368
III. Konkretisierung des Zwecks des UWG . . . . .	371
1. Wahrung der Funktionsfähigkeit des Wettbewerbs . . . . .	371
2. Inkompatibilität eines grundsätzlichen Leistungsschutzes mit diesem Zweck . . . . .	374
E. Die güterzuordnungsrelevanten Regelungen des UWG . . . . .	376
I. Nachahmung als unlauterer Wettbewerb . . . . .	377
1. Besondere Umstände . . . . .	377
2. Zweck und Struktur der einschlägigen Verbote . . . . .	383
3. Rechtsfolgen . . . . .	384
II. Weitergehender Leistungsschutz? . . . . .	388
F. Zusammenfassung . . . . .	396
 § 8 Bereicherungsrecht . . . . .	 402
A. Einführung . . . . .	402
B. Deliktsrecht und Bereicherungsrecht . . . . .	408
I. Formale Unterschiede zwischen Delikts- und Bereicherungsrecht . . . . .	408
II. Konsequenzen für die Einordnung der Eingriffskondiktion: Die Rechtswidrigkeitstheorie . . . . .	413
C. Eingriffskondiktion und Güterzuordnung . . . . .	417
I. Einheitlicher Zweck des Bereicherungsrechts? . . . . .	417
II. Zweck der Eingriffskondiktion . . . . .	420
1. Herleitung . . . . .	420
2. Theoretische Verarbeitung: Lehre vom Zuweisungsgehalt . . . . .	426
III. Offenheit und Grenzen des Tatbestands der Eingriffs- kondiktion . . . . .	429
1. Offene Tatbestandsmerkmale . . . . .	429
2. Enumeration der Haftung . . . . .	432
D. Quellen und Voraussetzungen des Zuweisungsgehalts . . . . .	437
I. Interne oder externe Generierung des Zuweisungsgehalts . . . . .	438
II. Voraussetzungen externer Güterzuweisung . . . . .	443
1. Unklarheit über Voraussetzungen und Grenzen des Zuweisungsgehalts . . . . .	443
2. Vertretene Auffassungen . . . . .	446
a) Negativer Zuweisungsgehalt . . . . .	446
b) Positiver Zuweisungsgehalt . . . . .	448

aa) Grundlagen . . . . .	448
bb) Übertragbare Rechte . . . . .	451
cc) Gesetzliche Güterzuordnung . . . . .	452
dd) Rechtlich anerkannte Verwertungsmöglichkeit . . . . .	453
ee) Marktrelevanztheorie . . . . .	455
3. Stellungnahme . . . . .	456
a) Negativer oder positiver Zuweisungsgehalt? . . . . .	457
b) Positiver Zuweisungsgehalt . . . . .	460
aa) Marktrelevanztheorie . . . . .	460
bb) Rechtlich anerkannte Verwertung . . . . .	462
cc) Gesetzliche Zuweisung von Vermögensvorteilen . . . . .	464
E. Zusammenfassung . . . . .	467
§ 9 Geschäftsführung ohne Auftrag . . . . .	473
A. Einführung . . . . .	473
B. Echte und unechte Geschäftsführung ohne Auftrag . . . . .	478
I. Die Unterscheidung zwischen echter und unechter Geschäftsführung ohne Auftrag . . . . .	478
1. Vertretene Auffassungen . . . . .	478
2. Stellungnahme . . . . .	480
II. Zweck der echten Geschäftsführung ohne Auftrag (§§ 677–686 BGB) . . . . .	484
III. Funktion der unechten Geschäftsführung ohne Auftrag . . . . .	492
C. Geschäftsanmaßung im Vergleich zum Delikts- und Bereicherungsrecht . . . . .	496
I. Geschäftsanmaßung und Deliktsrecht . . . . .	496
II. Geschäftsanmaßung und Bereicherungsrecht . . . . .	500
D. Der Tatbestand der Geschäftsanmaßung gem. § 687 Abs. 2 BGB . . . . .	504
I. Enumeration der Haftung . . . . .	504
II. Interne oder externe Ausfüllung des Merkmals „fremdes Geschäft“ . . . . .	509
III. Bedeutung des Tatbestandsmerkmals „fremdes Geschäft“ . . . . .	511
1. Gesetzliche Zuweisung von Gewinnen . . . . .	512
2. Anwendungsbeispiele . . . . .	519
E. Zusammenfassende Stellungnahme und Überleitung . . . . .	523
I. Güterzuordnender Gehalt der Geschäftsführung ohne Auftrag . . . . .	523
II. Gesetzliche Schuldverhältnisse und Güterzuordnung . . . . .	527
III. Überleitung zum Rechtsverkehrsrecht . . . . .	532

§ 10 Generalklauseln des Rechtsverkehrs . . . . .	534
A. Einführung . . . . .	534
I. Relevanz der Verkehrsfähigkeit . . . . .	534
II. Herangehensweise . . . . .	537
III. Aufbau . . . . .	538
B. Die Begründung der Übertragbarkeit . . . . .	539
I. Begriff der Übertragbarkeit . . . . .	539
II. Die Vorschriften zur Übertragung von Rechten im Überblick . . . . .	543
III. § 413 BGB als Rechtsgrundlage der Übertragbarkeit? . . . . .	546
IV. Die Ermächtigung als Ersatzinstrument zur Begründung der Verkehrsfähigkeit? . . . . .	551
1. Einführung . . . . .	551
2. Rechtsnatur der Ermächtigung . . . . .	556
a) Ermächtigung als Teilrechtsübertragung? . . . . .	556
b) Die Ermächtigung als Überlassung zur Ausübung . . . . .	559
c) Die Ermächtigung als der Vertretung verwandtes Rechtsinstitut . . . . .	560
3. Grenzen zulässiger Ermächtigung . . . . .	563
a) Grenzen der Einziehungsermächtigung und der gewillkürten Prozessstandschaft . . . . .	564
b) Einwilligungsermächtigung als unzulässige Verpflichtungs- ermächtigung . . . . .	565
V. Zusammenfassung . . . . .	568
C. Nießbrauch und Pfandrecht an Rechten . . . . .	570
I. Einführung . . . . .	570
II. Die §§ 1068 ff., 1273 ff. BGB als Rechtsgrundlage der Nießbrauchsbestellung und Verpfändung? . . . . .	573
III. Kritik . . . . .	574
1. Keine konstitutive Wirkung der §§ 1068 Abs. 1, 1273 Abs. 1 BGB . . . . .	574
2. Nießbrauch und Pfandrecht an Gesamtheiten, insbesondere dem Unternehmen . . . . .	578
IV. Zwischenergebnis und Verbindungslinien zur Übertragbarkeit und zur Pfändbarkeit . . . . .	584
D. Zwangsvollstreckung . . . . .	587
I. Einführung . . . . .	587
II. § 857 ZPO als Rechtsgrundlage der Zwangsvollstreckung? . . . . .	589
III. Kritik . . . . .	593
1. Zwangsvollstreckungsrecht als Verfahrensrecht . . . . .	593
2. Begrenztheit der Zwangsvollstreckung . . . . .	594

3. Zwangsvollstreckung in subjektive Rechte . . . . .	596
4. Der Begriff des „anderen Vermögensrechts“ . . . . .	598
IV. Ergebnisse . . . . .	603
1. Pfändung nur selbständiger subjektiver Rechte . . . . .	603
2. Anwendung auf „neue“ Güter in der Zwangsvollstreckung	606
a) Internet-Domain . . . . .	606
b) Geheimnisse . . . . .	608
c) Persönlichkeitsrechte . . . . .	610
E. Insolvenz . . . . .	611
I. Einführung . . . . .	611
II. Die Reichweite des Insolvenzbeschlags . . . . .	614
1. Das subjektive Recht als Gegenstand der Insolvenzmasse .	614
2. Sonstige Vermögenswerte als Gegenstand	
der Insolvenzmasse . . . . .	616
3. Folgerungen . . . . .	622
III. Materiellrechtliche Wirkungen des Insolvenzbeschlags . . . .	626
1. Das Insolvenzrecht als Verfahrensrecht . . . . .	627
2. Die Verwertung nicht zugeordneter Vermögenswerte . . .	630
a) Die Orientierung am einzelnen „Gegenstand“ . . . . .	630
b) Unternehmen, Kundenlisten und Geheimnis	
in der Insolvenz . . . . .	631
IV. Zusammenfassung . . . . .	633
F. Vererblichkeit . . . . .	636
I. Einführung und Zusammenhang zur Gesamtvollstreckung . .	636
II. Der Begriff des Vermögens gem. § 1922 BGB . . . . .	640
III. Der Regelungsgehalt des Erbrechts im Hinblick auf	
die Vererblichkeit . . . . .	644
1. Regelungszweck des § 1922 BGB . . . . .	644
2. Maßgeblichkeit erbrechtsexterner Wertungen	
im Einzelfall . . . . .	647
3. Keine Modifikation der materiellen Güterordnung . . . . .	650
IV. Zusammenfassung . . . . .	652
G. Strukturen des Rechtsverkehrsrechts . . . . .	654
§ 11 Die Eigentumsgarantie als Grundlage	
der Güterzuordnung . . . . .	660
A. Einführung . . . . .	660
B. Der Schutzbereich der Eigentumsgarantie . . . . .	664
I. Funktion der Eigentumsgarantie . . . . .	665
II. Der Begriff des verfassungsrechtlichen Eigentums . . . . .	668

1. Art. 14 GG als normgeprägter Tatbestand . . . . .	668
2. Merkmale des verfassungsrechtlichen Eigentumsbegriffs . . .	675
a) Privatnützigkeit und Verfügungsbefugnis als formale Merkmale des verfassungsrechtlichen Eigentums . . . . .	675
b) Irrelevanz von Leistung, Vermögenswert und Verkehrsanschauung . . . . .	682
aa) Eigene Leistung . . . . .	682
(1) Subjektive Privatrechte . . . . .	683
(2) Subjektive öffentliche Rechte . . . . .	685
bb) Der Vermögenswert . . . . .	687
cc) Die Verkehrsanschauung . . . . .	689
III. Zwischenergebnis . . . . .	690
C. Zuordnungsgebot aus Art. 14 GG? . . . . .	691
I. Gestaltungsbefugnis und Bindung . . . . .	692
1. Das Paradox der Eigentumsgarantie . . . . .	692
2. Die Ebenen der Bindungs- und Verpflichtungswirkung . . .	694
a) Generelle Bestandsgarantie und Schutzpflichten . . . . .	695
b) Konkrete Institutsgarantie . . . . .	697
c) Abstrakte Institutsgarantie . . . . .	698
II. Pflicht zur Schaffung verfassungsrechtlichen Eigentums . . . . .	702
1. Materielle Voraussetzungen . . . . .	702
a) Grundlagen . . . . .	702
b) Grenzen des Zuordnungsgebots . . . . .	708
2. Kompetenz und Verfahren zur Umsetzung des Zuordnungsgebots . . . . .	711
D. Zusammenfassende Stellungnahme . . . . .	717
I. Kein Zuordnungsgebot aus Art. 14 GG . . . . .	717
1. Schutzbereich . . . . .	718
a) Ergebnisse . . . . .	718
b) Anwendung auf das Recht am Gewerbebetrieb . . . . .	719
2. Die Pflicht zur Gewährleistung des Eigentums . . . . .	723
II. Eigentum und Freiheit . . . . .	726
§ 12 Güterzuordnung auf der Basis eines Rechtsprinzips? . . . . .	730
A. Rechtsprinzipien als Mittel zur Überwindung der Hürde zwischen Sein und Sollen . . . . .	730
B. Die Kerngedanken der Zuordnung . . . . .	732
I. Vermögenswert . . . . .	733
II. Das Gut als Emanation persönlicher Arbeit . . . . .	734
III. Verschmelzung . . . . .	737

C. Geltung als zur Rechtsfortbildung legitimierendes Rechtsprinzip? . . . . .	739
I. Scheinbare und fehlende „Begründungen“ . . . . .	739
II. Naturrecht als Quelle des Rechtsprinzips? . . . . .	745
1. Naturrechtliche Ansätze . . . . .	745
2. Kritik . . . . .	747
a) Normabhängigkeit und Wandelbarkeit des Eigentums . . . . .	748
b) Legitimität des Naturrechts . . . . .	752
c) Das Grundgesetz als Einbruchstelle und Begrenzung des Naturrechts . . . . .	756
III. Die fehlende Durchführung der Zuordnungsgedanken in der Rechtsordnung . . . . .	761
1. Die Kerngedanken der Güterzuordnung und das Grundgesetz . . . . .	761
2. Die Kerngedanken der Zuordnung und das Privatrecht . . . . .	763
IV. Grenzen der Kompetenz der Judikative im demokratischen Rechtsstaat . . . . .	766
V. Rechtsphilosophische Bestätigung des Transformationsvorbehalts . . . . .	772
VI. Wahrung gleicher Freiheit als kollidierendes Rechtsprinzip . . . . .	784
D. Ergebnis . . . . .	790

### Teil 3

## Konsequenzen und Ausblick

§ 13 Grenzen güterzuordnungsrelevanten Rechts und Lösung der Beispielfälle . . . . .	794
A. Die Grenzen güterzuordnungsrelevanten Rechts . . . . .	794
I. Statik güterzuordnender Vorschriften . . . . .	794
II. Grenzen deliktsrechtlicher Dynamik . . . . .	796
1. Fortbildung des BGB-Deliktsrechts . . . . .	796
a) Statik und Dynamik des BGB-Deliktsrechts . . . . .	796
b) Kein Verbot der Fortbildung des Deliktsrechts . . . . .	797
c) Unzureichende Erklärungen der Rechtsfortbildung . . . . .	799
d) Lösungsvorschlag . . . . .	802
aa) Voraussetzungen für eine Überwindung des Enumerationsprinzips . . . . .	802
bb) Nachweis der Tragfähigkeit anhand von Beispielen . . . . .	805
2. Anwendung der lauterkeitsrechtlichen Generalklausel . . . . .	811
a) Dynamik des Lauterkeitsrechts . . . . .	811
b) Allgemeine Marktstörung und Investitionsschutz . . . . .	812

B. Lösung der Beispielfälle . . . . .	816
I. Bilder von Sachen . . . . .	816
II. Übertragung von Sportveranstaltungen . . . . .	817
III. Inzwischen immaterialgüterrechtlich geschützte Güter und Parfüm . . . . .	819
IV. Internet-Domain . . . . .	820
V. Geheimnisse . . . . .	821
VI. Energieverbrauch, insbesondere elektrische Energie . . . . .	822
VII. Persönlichkeitsmerkmale . . . . .	825
1. Schutz vor Kommerzialisierung . . . . .	826
a) Zu Lebzeiten . . . . .	826
b) Postmortal . . . . .	830
2. Ermöglichung von Kommerzialisierung . . . . .	836
3. Die Marlene-Rechtsprechung als verfassungswidrige Rechtsfortbildung . . . . .	838
a) Verfassungsrechtliche Verankerung des Persönlich- keitsschutzes . . . . .	838
b) Kein Rechtsprinzip der Zuordnung persönlicher Merkmale . . . . .	845
VIII. Virtuelle Güter aus Online-Welten . . . . .	854
 § 14 Dogmatik des Güterzuordnungsrechts . . . . .	 856
A. Subjektive Rechte vs. gesetzlicher Interessen- und Güterschutz . . . . .	857
I. Das subjektive Recht als irrelevante Hilfovstellung? . . . . .	857
II. Güterschutz als Verwirklichung eines subjektiven Rechts? . . . . .	863
III. Relative Ausschließlichkeit? . . . . .	872
B. Eine allgemeine Theorie der Güterzuordnung . . . . .	873
I. Die privatautonome Begründung primärer relativer Rechte . . . . .	874
II. Die richterliche Kompetenz zum Schutz negativer Freiheit im Verhältnis zu jedermann . . . . .	880
III. Die gesetzgeberische Kompetenz zum Schutz positiver Freiheit im Verhältnis zu jedermann . . . . .	884
C. Zusammenfassung . . . . .	888
 § 15 Güterzuordnung und Freiheitsschutz im Privatrecht . . . . .	 891
A. Eine Generalklausel für Ausschließlichkeitsrechte? . . . . .	891
B. Freiheitsschutz als Aufgabe der Privatrechtswissenschaft . . . . .	895
I. Liberale Kritik der Eigentumslogik . . . . .	896

1. Das subjektive Recht als notwendiges Element einer freiheitlichen Rechtsordnung . . . . .	896
2. Die Hypertrophie der Ausschließlichkeitsrechte als Gefahr für die Freiheit . . . . .	899
II. Instrumente des Freiheitsschutzes im Privatrecht . . . . .	906
1. Grenzen der Zuordnung und Haftung als Schutz der Freiheit . . . . .	906
2. Freiheitsschutz durch das allgemeine Gesetz . . . . .	907
Literaturverzeichnis . . . . .	911
Personen- und Sachverzeichnis . . . . .	979

# Einleitung

## A. Das Ausgangsproblem

Die Erfahrung lehrt, dass gesellschaftliche, wirtschaftliche und technologische Entwicklungen immer wieder Güter und darauf bezogene Bedürfnisse hervorbringen, für die sich die Frage stellt, ob, in welchem Umfang und wem diese Güter zugeordnet werden sollen<sup>1</sup>. So werden zum Beispiel unterschiedliche soziokulturelle Voraussetzungen für ein Bedürfnis nach individueller Zuordnung von beweglichen und unbeweglichen Sachen formuliert. Während Grabbeigaben darauf schließen lassen, dass ein Eigen an beweglichen Sachen bereits in frühester Zeit menschlicher Kultur anerkannt war, wird die Entstehung des Eigentums an Grundstücken erst mit dem Übergang von der nomadisierenden zur ackerbauenden Lebensweise und dem Erlebnis der Tragödie der Allmende in Zusammenhang gebracht, so dass Grundstücke wohl erst später als bewegliche Sachen und Tiere als zuordnungsbedürftig empfunden wurden<sup>2</sup>. Weitere und aktuellere Beispiele der Kommerzialisierung<sup>3</sup> eines bereits bekannten, aber nicht marktmäßig gehandelten Gutes aufgrund gesellschaftlich-wirtschaftlicher Veränderungen sind die Vermarktung von Persönlichkeitsmerkmalen wie Name, Bildnis und Stimme sowie die Übertragung von Sportveranstaltungen im Fernsehen und Hörfunk.

---

<sup>1</sup> Zum „gesellschaftlichen, wirtschaftlichen und technischen Wandel“ als Grund, gesetzliche Regelungen für ergänzungsbedürftig zu halten BVerfG NJW 2006, 3409, 3410 – Marlene. Ferner *Kruse*, Eigentumsrecht, 182 („In jedem Augenblick kann bei den starken technischen Fortschritten der Gegenwart ... eine Reihe von Erscheinungen entstehen, die wirtschaftlich von größtem Wert sind und die nur durch einen bedeutenden individuellen Arbeitseinsatz geschaffen werden können ...“); *Schapp*, JZ 2006, 581, 585 („Der Fortschritt der Naturwissenschaften forciert die Eigentumswelt und deren immer weitere Ausdehnung forciert den naturwissenschaftlichen Erkenntnisprozess.“); *Schwartländer*, in: Schwartländer/Willoweit, Recht auf Eigentum, 83, 90 (die „Versachlichung der Natur“ durch „wissenschaftlich-technischen Zugriff“ könne den Umfang des möglichen Eigentums „unendlich erscheinen“ lassen); *Damm*, ARSP 79 (1993), 159, 170 f. (zum Zusammenhang zwischen gen- und medizintechnischer Entwicklung und neuen subjektiven Rechten).

<sup>2</sup> *Müller-Erzbach*, ZHR 88 (1926), 173, 180 ff. m.w.N. auf Untersuchungen in verschiedenen Kulturkreisen; *Willoweit*, in: Schwartländer/Willoweit, Recht auf Eigentum, 7; *Pipes*, Property and Freedom, 88 ff.; *Parisi*, in: Porrini/Ramello, Property Rights Dynamics, 19 ff. Zur Tragödie der Allmende noch unten § 3 B II a.

<sup>3</sup> Zum Begriff der Kommerzialisierung *Wagner*, Perspektiven im Schadensersatzrecht, A 24.

Außer solch sozio-kulturellen Entwicklungen generiert der technische Fortschritt neue Waren und Dienstleistungen, auf die sich menschliche Bedürfnisse richten. Zum Beispiel musste elektrische Energie als Naturkraft überhaupt erst von Menschen beherrscht und nutzbar gemacht werden, bevor die Nutzungsverhältnisse an diesem Gut rechtlich einzuordnen waren. Die Geschichte des Immaterialgüterrechts zeigt, dass das Bewusstsein der Existenz schutzbedürftiger Immaterialgüter wie der persönlichen geistigen Schöpfung im Bereich von Literatur, Wissenschaft und Kunst oder der technischen Erfindung vom Stand der jeweils verfügbaren Reproduktionstechniken abhängt. Denn ohne die Möglichkeit, das Schriftwerk oder die Erfindung in kommerziell relevanter Weise zu vervielfältigen, werden Urheber und Erfinder gar nicht gewahr, dass sie zuordnungsbedürftige Güter geschaffen haben<sup>4</sup>. Ein ganze Reihe neuer Güter hat die Entstehung des Internets mit sich gebracht. Zu ihnen zählen die Internet-Domain und als wohl aktuellstes, in der Rechtswissenschaft noch relativ wenig beachtetes Phänomen virtuelle Güter aus Online-Computerspielen, die in der realen Welt gegen harte Währung getauscht werden, um ohne eigenen Spielaufwand an Figuren und andere virtuelle Gegenstände zu gelangen<sup>5</sup>.

Die Beispiele verdeutlichen, dass die Wandlungen der Eigentumsordnung nicht nur auf rechtlicher Ebene vonstatten gehen<sup>6</sup>, sondern auch faktische Entwicklungen in Gestalt „neuer“ Güter zu berücksichtigen sind, auf die sich menschliche Bedürfnisse richten. Bekanntlich reagiert das Recht auf die Änderung von Lebenssachverhalten<sup>7</sup>. Dies betrifft eben auch die Frage der Zuordnung „neuer“ Güter, die sich überhaupt erst stellt, wenn Konflikte um deren Nutzung auftreten.

Es wäre nun vorstellbar, dass eine Rechtsordnung für diese Situation eine Generalklausel vorhält, die ein weiteres Tätigwerden des Gesetzgebers entbehrlich macht, indem etwa jedes faktisch vermögenswerte Gut demjenigen, der es maßgeblich hervorgebracht hat, unter Ausschluss aller anderen zugewiesen wird. In der deutschen Rechtsordnung, der die folgende Untersuchung gewidmet ist, findet sich eine *solche* Generalklausel jedenfalls in kodifizierter Form unstrittig nicht<sup>8</sup>. Nimmt man – hier noch als Arbeitshypothese<sup>9</sup> – hinzu, dass die Regelungen des Sachen- und Immaterialgüterrechts durchweg ein bestimmtes Gut be-

<sup>4</sup> Zum Begriff des Immaterialguts unten § 1 A III 1; ferner *Troller*, FS Gutzwiller, 769, 771 f.; für Persönlichkeitsrechte *Damm*, ARSP 79 (1993), 159, 181 (grundsätzliche Weichenstellungen zur Anerkennung der Persönlichkeitsrechte seien ohne die Entwicklung der Technik nicht erklärbar).

<sup>5</sup> Dazu unten § 4 B VIII. Zum Internet als Beispiel der Entstehung neuer Güter durch technische Entwicklung *Mueller*, Ruling the Root, 255.

<sup>6</sup> Dazu unten § 12 C II 2 a.

<sup>7</sup> Zu diesem sog. cultural lag nur *Rebbinder*, Rechtssoziologie, Rn. 49, 191; ferner BVerfG NJW 2006, 3409 – Marlene (begrenzte Reaktionsmöglichkeiten des Gesetzgebers angesichts des beschleunigten Wandels der gesellschaftlichen Verhältnisse).

<sup>8</sup> Siehe nur BVerfG NJW 1992, 36 f. (die deutsche Rechtsordnung kenne kein „subjektives Recht an einem ‚auf dem Markt eingeführten Produkt‘ in seiner konkreten Beschaffenheit und Zusammensetzung“).

<sup>9</sup> Im Einzelnen unten § 5.

treffen und einen bestimmten Schutzbereich haben, dann erscheint diese gesetzliche Güterzuordnung häufig als unvollständig<sup>10</sup>. Hierauf kann der an die verfassungsmäßige Ordnung gebundene *Gesetzgeber* (Art. 20 Abs. 3 1. Alt. GG) mit einem neuen Ausschließlichkeitsrecht reagieren. Aber selbst dann wird es immer eine gewisse Zeitspanne geben, in der die Zuordnungsfrage noch nicht durch die Legislative entschieden und zwischen den betroffenen Privatrechtssubjekten streitig ist. Während manche für sich beanspruchen, allein über die Nutzung des neuen Gutes entscheiden und das daran bestehende „Recht“ übertragen und verwerten zu können, reklamieren andere die uneingeschränkte Nutzung unter Berufung auf ihre allgemeine Handlungsfreiheit für sich. Zur Entscheidung solcher Streitigkeiten ist die *rechtsprechende Gewalt* berufen, deren Kompetenz schon wegen der andersartigen Bindung an Gesetz und Recht (Art. 20 Abs. 3 3. Alt. GG) streng von derjenigen des Gesetzgebers zu unterscheiden ist<sup>11</sup>. Und tatsächlich gibt es eine Vielzahl einschlägiger Urteile zum skizzierten Interessenkonflikt um (noch) nicht spezialgesetzlich zugeordnete Güter<sup>12</sup>:

Dabei deuten einige Entscheidungen und ganze Rechtsentwicklungen darauf hin, dass die Gerichte durchaus für sich in Anspruch nehmen, die vor sie gebrachte Zuordnungsfrage positiv beantworten zu können, indem sie aussprechen, wem in welchem Umfang alleinige, durchaus auch verkehrsfähige Befugnisse zukommen. So haben das Reichsgericht und der Bundesgerichtshof viele inzwischen normierte Immaterialgüterrechte auf allgemein bürgerlichrechtlicher und insbesondere lauterkeitsrechtlicher Grundlage vorweggenommen, indem bestimmten Personen Ansprüche gegen die Vervielfältigung und sonstige Übernahme von – in chronologischer Reihenfolge der Entscheidungen – künstlerischen Darbietungen und deren Veranstaltung, Tonträgern, Sendungen, Modeerzeugnissen, Pflanzenzüchtungen, Computerprogrammen und Datenbanken gewährt wurden. Rechtsprechung und ganz herrschende Meinung sind ferner der Auffassung, (elektrische) Energie sei dem Versorgungsunternehmen bzw. dessen vertraglichen Abnehmer so zugewiesen, dass bei unerlaubtem Energieverbrauch Ansprüche aus Eingriffskondition gegen den jeweilig Begünstigten gegeben seien.

Aber nicht nur Ansprüche gegen unerlaubte Nutzung wurden gewährt, sondern auch der Rechtsverkehr mit nicht ausdrücklich normierten Rechtspositio-

<sup>10</sup> Siehe *Zitelmann*, IPR, 52; *Wilhelm*, Sachenrecht, Rn. 232 ff.; *Raiser*, JZ 1961, 465, 467; *Kur*, GRUR 1990, 1, 15; *Sambuc*, Nachahmungsschutz, 3.

<sup>11</sup> Zur geringeren Bindung des Gesetzgebers im Vergleich zur Rechtsprechung BVerfGE 37, 67, 81 (1974). Undifferenziert hingegen BVerfG NJW 2006, 3409, 3410 – Marlene („... der Gesetzgeber und die Zivilgerichte sind grundsätzlich nicht daran gehindert, den Schutz des Persönlichkeitsrechts weiter auszubauen als verfassungsrechtlich geboten ...“); ebenso *Heinz*, Mitt. 1994, 1, 5; *Walch*, Leistungsschutz, 105 (die richterliche Herausbildung von „Ersatz-Ausschließlichkeitsrechten“ sei zulässig, weil der Gesetzgeber selbst diesen Kanon ja dauernd durchbreche); *Fournier*, Bereicherungsausgleich, 109 ff. (die Gesetzesgeschichte spreche für die Erweiterungsfähigkeit des Schutzes von Immaterialgütern).

<sup>12</sup> Im Einzelnen unten § 4 B.

nen für möglich erachtet: In der bis heute nicht aufgegebenen Dücko-Entscheidung zur Verwertung nicht patentierten Geheimwissens im Konkurs führte der Bundesgerichtshof 1955 aus, auch ohne Patent habe der Schuldner „auf Grund seines im Betriebe benutzten Geheimverfahrens ein Ausschlußrecht, das ihm im Verletzungsfall Unterlassungs- und Schadensersatzansprüche aus § 823 BGB und § 17 UWG“ gewähre und das der Konkursverwalter auf Dritte übertragen könne, so dass dem Erwerber ein Anspruch auf Unterlassung künftiger Benutzung des Geheimverfahrens gegen den Schuldner zukomme<sup>13</sup>.

Den vorläufigen Schluss- und Höhepunkt von Entscheidungen, die ohne spezialgesetzliche Grundlage die Güterzuordnungsfrage positiv beantworteten, bildet die richterrechtliche Anerkennung ungeschriebener, aber dennoch vererblicher „vermögenswerter Bestandteile des Persönlichkeitsrechts“. Schon das in der Leserbrief-Entscheidung anerkannte „klassische“ allgemeine Persönlichkeitsrecht (aPR) sucht man im geschriebenen Recht vergeblich. Es wird von der Rechtsprechung aber seit mehr als 50 Jahren als „sonstiges Recht“ i.S.d. § 823 Abs. 1 BGB angesehen, so dass Abwehr- und Schadensersatzansprüche gegeben sein können. Demnach ist insbesondere die Nutzung von persönlichen Merkmalen zu kommerziellen Zwecken, etwa in der Werbung, grundsätzlich nur mit Zustimmung des Betroffenen zulässig. Die Rechtsprechung anerkennt für diese Fälle auch Ansprüche auf Herausgabe der Bereicherung; die Pflicht zur Gewinnerhebung wegen Geschäftsanmaßung (§§ 687 Abs. 2, 681 S. 2, 667 BGB) wird in der Literatur überwiegend bejaht. Dabei sind die Gerichte nicht stehengeblieben. Der durch Kommerzialisierung entstehende Vermögenswert der Persönlichkeitsmerkmale erfahre eine „Verselbständigung“ und werde dem nach dem Tod wahrnehmungsberechtigten Erben „zugeordnet“<sup>14</sup>. Die herrschende Meinung in der Literatur stimmt zu und folgert konsequent eine dem Urheberrecht entsprechende (beschränkte) Übertragbarkeit und Pfändbarkeit der vermögenswerten Bestandteile des Persönlichkeitsrechts. Damit weisen diese ungeschriebenen Rechte alle Merkmale des Urheberrechts auf, das anerkanntermaßen verfassungsrechtliches Eigentum darstellt. Diese Rechtsprechung wurde vom Bundesverfassungsgericht 2006 als unbedenkliche Rechtsfortbildung eingestuft. Der Gesetzgeber habe nicht geklärt, wem die Vermögensvorteile aus der Vermarktung von Persönlichkeitsmerkmalen zustehen sollen; die Klärung dieser Frage könne Gegenstand richterlicher Rechtsfortbildung sein<sup>15</sup>.

In anderen Entscheidungen zu „neuen“ Gütern stützen sich die Gerichte hingegen auf das normierte Sachen- und Immaterialgüterrecht sowie etwaige vertragliche Vereinbarungen, ohne die Zuordnungsproblematik über diesen Rahmen hinaus selbst zu beantworten. So hat der Bundesgerichtshof in der Literatur vielfach geforderte, ausschließliche und verkehrsfähige Rechte zur Übertragung

<sup>13</sup> BGHZ 16, 172 ff. (1955) – Dücko; ausdrücklich offengelassen wird die Frage der Pfändbarkeit von Know-how von BGH NJW 1989, 2536, 2537.

<sup>14</sup> BGHZ 165, 203, 209 (2005); grundlegend BGHZ 143, 214 ff. (1999) – Marlene.

<sup>15</sup> BVerfG NJW 2006, 3409 f. – Marlene.

von Sportveranstaltungen in Funk und Fernsehen ausdrücklich abgelehnt und den Veranstalter auf seine Befugnis zur vertraglichen Vereinbarung zusätzlicher Entgelte auf der Basis des Hausrechts am Stadion verwiesen<sup>16</sup>. Gegen Stimmen in der Literatur haben Bundesgerichtshof und Bundesverfassungsgericht ferner ein „absolutes Recht“ an der Internet-Domain als solcher ausdrücklich verworfen. Die Rechtsposition des Domain-Inhabers beschränke sich auf den schuldrechtlichen Anspruch auf Konnektierung der Domain und etwaigen Kennzeichenschutz nach Maßgabe der Gesetze. Die Domain als technische Adresse sei eine rein faktische Ausschließlichkeit, aber kein pfändbares „sonstiges absolutes Recht“ ähnlich einem Immaterialgüterrecht, weil es an einem vom Gesetzgeber geschaffenen, durch Parteivereinbarung nicht zu begründenden „Absolutheitsanspruch“ fehle<sup>17</sup>.

Diese Gegenüberstellung bestätigt das Phänomen der Unvollständigkeit der Güterzuordnung beim Auftreten „neuer“ Güter aufgrund gesellschaftlich-wirtschaftlicher oder technologischer Entwicklungen. Des Weiteren erweisen sich die Reaktionen der Rechtsprechung als uneinheitlich. Für einige Güter werden rechtsfortbildend positive Zuordnungsentscheidungen getroffen, für andere verbleibt es dagegen bei einem Verweis auf gesetzliche und vertragliche Regelungen. Wenn das Bundesverfassungsgericht einerseits ein ungeschriebenes verfassungsrechtliches Eigentum an der Internet-Domain als solcher mit dem Bundesgerichtshof ablehnt<sup>18</sup>, andererseits ausdrücklich akzeptiert, dass die ordentlichen Gerichte aus „den allgemeinen Rechtsgrundlagen“ die „Verselbständigung“ und Vererbung von vermögenswerten Bestandteilen des Persönlichkeitsrechts ableiten und damit bestimmen, wem die entsprechenden Vermögensvorteile zustehen sollen<sup>19</sup>, ist ersichtlich klärungsbedürftig, ob *jenseits* des Sachen- und Immaterialgüterrechts eine Rechtsgrundlage für *gerichtliche* Zuordnungsentscheidungen besteht oder ob das Interesse der nutzungswilligen Dritten auch rechtsfortbildend nicht zugunsten individueller Schutzbedürfnisse zurückgestellt werden darf<sup>20</sup>.

<sup>16</sup> BGHZ 165, 62, 67 ff. (2005) – Hörfunkrechte; BGHZ 110, 371, 383 f. (1990).

<sup>17</sup> BGH NJW 2005, 3353 f.; BVerfG NJW 2005, 589.

<sup>18</sup> So die 3. Kammer des 1. Senats in der Besetzung der Richter *Papier, Steiner* und *Hohmann-Dennhardt*, BVerfG NJW 2005, 589.

<sup>19</sup> So die 1. Kammer des 1. Senats in der Besetzung der Richter *Papier, Hohmann-Dennhardt* und *Hoffmann-Riem*, BVerfG NJW 2006, 3409 f. – Marlene.

<sup>20</sup> Zur Bedeutung der Fragestellung, ob die Gerichte auch ohne spezialgesetzliche Rechtsgrundlage Zuordnungen vornehmen können, siehe *Götting*, Wettbewerbsrecht, 22 („Eine grundlegende dogmatische Klärung der Problematik steht bis heute aus.“); *ders.*, Mitt. 2005, 12, 13 („elementare[n] Frage“); *Helle*, RabelsZ 60 (1996), 448, 473 („Die Gretchenfrage des Problems lautet, ob nur der Gesetzgeber befugt ist, für Persönlichkeitsrechte dingliche Verwertungsformen etwa nach dem Vorbild der urheberrechtlichen Nutzungsrechte zu schaffen.“); *Fezer*, FS GRUR II, 939, 942 („bedeutsame[n] Frage“ zur Reichweite der Kodifikationsidee); *Beater*, Nachahmen im Wettbewerb, 121 (die Rechtsprechung habe die Frage nach dem *numerus clausus* nicht geklärt, sondern anhand von Unterstellungen beiseite geschoben).

## B. Herangehensweise und Stand der Forschung

### I. Sacheigentum und Immaterialgüterrechte als Orientierungspunkte

Anhand der bisher referierten Beispiele lässt sich die hier gestellte Frage in einer ersten Annäherung dahin umreißen, ob die Rechtsprechung ggf. unter Berufung auf ein Rechtsprinzip der Güterzuordnung „neue“ Güter zugunsten einer Person exklusiv schützen und den Rechtsverkehr mit den anerkannten Rechtspositionen zulassen darf. Diese noch sehr allgemeine Frage nach den Möglichkeiten und Grenzen richterlicher Güterzuordnungen ist problematisch, weil ganz verschiedene Vorstellungen mit der Rede verbunden sind, etwas „gehöre“ jemandem, stehe in seinem Eigentum<sup>21</sup> oder sei ein „Recht“<sup>22</sup>. So erklären zum Beispiel viele, vom geschriebenen Recht weitgehend abgekoppelte Ausführungen zum Begriff des Eigentums im Allgemeinen den Ausschluss Dritter zum maßgeblichen Kriterium<sup>23</sup>. Dass eine solche abstrakte Feststellung nicht genügt, weil „das Eigentum ... nicht die einzige Form des Gehörens“ ist, hat *v. Ihering* mit folgendem Beispiel treffend verdeutlicht: „Meine Haare *gehören* mir und, wenn sie abgeschnitten sind, fallen sie in mein *Eigentum*, daraus folgt aber nicht, daß sie schon vorher in *dieser* Form mir gehören müßten.“<sup>24</sup>

Erforderlich ist also eine Konkretisierung dessen, was unter Güterzuordnung verstanden wird<sup>25</sup>. Als Orientierungspunkte werden hier das Sacheigentum und die Immaterialgüterrechte verwendet, wie sie als umfassendste Kategorie der Zuordnung von Gütern in der deutschen Rechtsordnung normiert sind. Wie noch zu zeigen sein wird, weisen jene subjektiven Rechte übereinstimmende Strukturen auf und werden daher als „Ausschließlichkeitsrechte“ bezeichnet. Damit lässt sich die Fragestellung der folgenden Untersuchung dahingehend fokussieren, ob

<sup>21</sup> Siehe *Schwartländer*, in: Schwartländer/Willoweit, Recht auf Eigentum, 83, 91 (Begriff des Eigentums kaum eindeutig bestimmbar); *Ryffel*, in: Schwartländer/Willoweit, Recht auf Eigentum, 61, 64. Kritisch gerade zur in jenem Band versammelten rechtsphilosophischen Diskussion *Raiser*, in: Schwartländer/Willoweit, Recht auf Eigentum, 121, 125.

<sup>22</sup> Zum Begriff des „right“ in der englischsprachigen rechtsphilosophischen Diskussion *Rainbolt*, Concept of Rights, 80 (diese Fragestellung beantworte nicht, unter welchen Voraussetzungen im Einzelnen ein „right“ im Rechtssystem gegeben sei).

<sup>23</sup> So etwa *v. Ihering*, Geist des römischen Rechts, 337; *Gast*, FS Wolf, 87 (Eigentum als „die ursprüngliche Zuständigkeit einer Person (oder Personenmehrheit), in bezug auf einen Gegenstand Entscheidungen zu treffen“); *Bucher*, Das subjektive Recht, 163 (die Absolutheit des Eigentums sei ein „allgemeingültiges formales, d.h. unabhängig von einer bestimmten Privatrechtsordnung und damit für alle Privatrechtsordnungen geltendes Merkmal des Eigentumsrechts“); aus philosophisch-anthropologischer Sicht *Ryffel*, in: Schwartländer/Willoweit, Recht auf Eigentum, 61, 64; aus rechtsphilosophischer Sicht zum Begriff des „right“ *Rainbolt*, Concept of Rights, passim; rechtsanthropologisch *Ramsauer*, Geistiges Eigentum und kulturelle Identität, 174.

<sup>24</sup> *V. Ihering*, Geist des römischen Rechts, 336 mit Fn. 476 (Hervorh. im Original); ebenso *Schapp*, Neue Wissenschaft vom Recht II, 80 f. (hinter dem Ausdruck „mein“ stünde eine „verwirrende Fülle von Beziehungen“); ferner *Baur*, in: Soergel, § 903 Rn. 1.

<sup>25</sup> Im Einzelnen unten § 1 B, C.

die Gerichte „neue“, bisher spezialgesetzlich nicht erfasste Güter so zugunsten einer Person schützen und den Rechtsverkehr für zulässig erklären dürfen, dass sich diese Wirkungen nicht mehr von jenen normierter Ausschließlichkeitsrechte unterscheiden. Die zentralen Merkmale einer solchen Güterzuordnung sind positiv-exklusive Befugnisse an einem Gut sowie die Möglichkeit der rechtsgeschäftlichen und zwangsweisen Übertragung des entsprechenden Rechts. Erst diese Ausrichtung auf das Sacheigentum und die Immaterialgüterrechte ermöglicht die Anknüpfung an intersubjektiv nachprüfbar und damit der rationalen Kritik zugängliche Strukturen des geltenden Rechts und damit zugleich eine spezifisch *rechtliche* Argumentation, während philosophische und sozialwissenschaftliche Dimensionen „des“ Eigentums nicht primärer Gegenstand dieser Arbeit sind<sup>26</sup>. Die Überprüfung der genannten Merkmale erlaubt ferner eine Beschränkung des Prüfungsprogramms auf Vorschriften, die für die genannten Wirkungen relevante Aussagen enthalten. Eher als Nebeneffekt wird sich zeigen, was die einschlägigen Regelungen ggf. als Weniger an Rechtsfolgen hergeben, um individuelle Interessen am betreffenden Gut zu schützen, so dass sich nach und nach Strukturen eines „allgemeinen Güterzuordnungsrechts“ herauschälen, das dann wieder über Ausschließlichkeitsrechte hinausgreift<sup>27</sup>.

## II. Numerus clausus und Rechtsgrundlage

Die Rechtslage jenseits der spezialgesetzlichen Güterzuordnung durch das Sachen- und Immaterialgüterrecht sowie vertraglicher Vereinbarungen kann man nun aus verschiedenen Blickwinkeln angehen. Bisher wurde praktisch ausschließlich gefragt, ob ein numerus clausus der Ausschließlichkeits-, insbesondere der Immaterialgüterrechte besteht. Demnach würde es nur die gesetzlich geregelten Ausschließlichkeitsrechte mit ihrem jeweiligen Schutzbereich geben; nur der *Gesetzgeber*, nicht aber die *Rechtsprechung* wäre befugt, weitere Rechte dieser Art zu schaffen<sup>28</sup>.

Freilich verfahren wie bereits skizziert nicht nur die Gerichte in dieser Hinsicht uneinheitlich, auch in der Literatur ist diese Frage zunehmend umstritten. Nach einer vor allen Dingen auf das Verhältnis zwischen UWG und Immaterialgüterrecht bezogenen Auffassung besteht ein solcher numerus clausus: Da die normierten „Sonderschutzrechte“ jeweils einen konkret definierten Schutzbereich hätten, folge im Umkehrschluss „zwingend“, dass die wirtschaftliche Betä-

---

<sup>26</sup> Zur ökonomischen Analyse der Güterzuordnung unten § 3; zur Philosophie des Eigentums unten § 12 B, C V. Als begrifflich und nicht weiterführend wird der Streit um das „Wesen“ des Eigentums bezeichnet von *Olzen*, JuS 1984, 328, 329.

<sup>27</sup> Nachweise unten § 1 B I. Zu einer allgemeinen Theorie der Güterzuordnung unten § 14 B.

<sup>28</sup> In diesem Sinne etwa die Fragestellung bei *Wagner*, Perspektiven im Schadensersatzrecht, A 38 f. („numerus clausus der Vermögensrechte“); *Ulmer*, Sinnzusammenhänge, 29 f. (die Frage des Nachahmungsschutzes erfordere eine grundsätzliche Auseinandersetzung mit den Sonderrechten); *Burmann*, WRP 1968, 258 mit Fn. 1; *Ohly*, FS Schrickler, 105, 106; *Jänich*, Geistiges Eigentum, 240; *David*, AJP 1995, 1403, 1404.