

Teil 1 – Schutzvoraussetzungen und Schutzbereich

Diskussion

Prof. Reto M. Hilty

Erlauben Sie mir, bevor wir mit der Diskussion beginnen noch eine Bemerkung zur Publikation der letztjährigen Tagung. Wir hätten sie Ihnen allen natürlich gern übergeben, aber so einfach ist das eben nicht. Der Grund dafür ist recht anschaulich für unsere Fragestellung, weswegen ich Ihnen die Erklärung nicht vorenthalten möchte: Das Buch wurde bei Nomos verlegt, aber es könnte auch ein anderer Verlag sein. Der Verlag hat natürlich nicht einmal auch nur im Traum daran gedacht, dieses Buch zu verlegen, wenn wir es nicht bezahlen – das ist im Urheberrecht in unserer Wissenschaft so. Wir geben also die Rechte, geben das Geld und dann wird das Buch gedruckt. Der Druckkostenzuschuss war von einer respektablen Höhe; tatsächlich gezahlt wurde er aber freundlicher- und glücklicherweise von der VG WORT, also insofern hat das System sich diesmal gewissermaßen geschlossen. Aber als Gegenleistung dafür haben wir gerade so viele Exemplare gekriegt, dass jeder Autor eines hat, und wir haben, glaube ich, vier bekommen. Deswegen haben Sie jetzt nicht einfach alle ein Exemplar, was uns sehr Leid tut. Wenn Sie Interesse haben an dem Buch, dann können Sie es sich gerne anschauen. Herr Peukert hat zwei Exemplare mitgenommen. Hier liegt auch eins, so dass Sie die bibliografischen Daten aufnehmen können; wenn Sie es nicht besorgen können in Ihrem Land, dann machen wir das natürlich gerne. Damit Sie das auch wissen, wir haben aber nichts davon, wenn Sie es kaufen. Wir kriegen natürlich keine Autorenhonore und keine Herausgeberhonore.

Das nur einleitend, um vielleicht ein praktisches Beispiel dessen zu haben, was das Urheberrecht dem Urheber zuweilen bringt. Jetzt würde ich vorschlagen, dass vielleicht Frau Buydens, wenn Sie mögen, eine erste Stellungnahme abgibt zu dem, was von den Diskutanten gesagt wurde. Frau Kur könnte dann folgen. Und dann können wir vielleicht noch eine Runde hier vorne machen. Danach möchte ich gerne zügig die Diskussion eröffnen.

Prof. Mireille Buydens

Donc, je voudrai répondre à deux affirmations du Dr. Leistner, que j'ai trouvées très intéressantes. La première, c'est la question assez classique de l'approche théorique ou de l'approche empirique. Je pense que l'approche empirique n'est possible que si et seulement si la théorie est claire et solide. En d'autres termes, on ne peut pas opposer l'approche empirique et l'approche théorique parce que tout simplement en pratique la première chose que les entreprises et les créateurs vont exiger, c'est la sécurité juridique. Et il n'y a de sécurité juridique que si et seulement si les critères sont bien établis. Donc je pense qu'avant d'aborder les problèmes sous leur aspect empirique, il faut commencer par faire ce que nous faisons aujourd'hui, à savoir construire une théorie. C'est la première chose que je voulais répondre. La deuxième chose c'est que M. Leistner a dit que le concept de liberté essentielle était un concept subjectif. En fait je me suis peut-être mal exprimée. Il ne s'agit pas d'essentialité mais du caractère principal ou accessoire de la liberté. Donc en d'autres termes, on combine deux choses, d'une part la question de savoir si oui ou non l'auteur a été libre dans la création, et on ajoute à ce premier critère un deuxième critère, à savoir le caractère principal ou accessoire de la liberté par rapport aux contraintes. Il ne s'agit donc pas d'un critère d'essentialité, auquel cas ce serait subjectif mais du critère du principal et de l'accessoire, et, comme vous le savez, la distinction entre accessoire et principal, on l'utilise depuis le Code de Justinien, et c'est donc un critère qui est fa-

milier aux juristes et peu compliqué à utiliser. Voilà les deux précisions que je voulais apporter.

Prof. Annette Kur

Ich denke, die Diskutanten haben zum einen gezeigt, dass wir uns darin einig sind, dass es Unstimmigkeiten im Urheberrecht gibt und dass daraus ein Justierungsbedarf folgt; vielleicht sogar in Richtung einer Verbreiterung des Schutzes.

Zum wurde auch bei den Diskutanten der Blick automatisch erweitert, d.h. es hat sich gezeigt, dass es nicht allein um die Schutzvoraussetzungen geht, sondern tatsächlich um das System als Ganzes, innerhalb dessen die Abstimmung der einzelnen Elemente verbessert werden muss.

Ich möchte jedoch an diesem Punkt sozusagen eine Frage an die Regie stellen. An sich war ja vorgesehen gewesen, dass wir uns heute über die Schutzvoraussetzungen unterhalten. Die Thesenlieferanten sind in dieser Hinsicht nicht vollkommen frei gewesen, denn sie hatten zur Anregung einen gewissen Fragenkatalog erhalten, mit dem sie sich auseinandersetzen sollten. Dazu zählte beispielsweise auch die Frage, ob die Leistungsschutzrechte im Sinne des UWG möglicherweise an die Stelle des Urheberrechts treten können, falls dessen Schutzvoraussetzungen in einer Weise verändert würden, die zur Folge hätte, dass viele Gestaltungen aus dem Bereich des Urheberrechtsschutzes herausfallen würden. Wenn wir in der jetzigen Phase unserer Tagung den Blick bereits in der Weise erweitern, wie es an und für sich sinnvoll ist und wie es auch schon in den Diskussionsbeiträgen angeklungen ist, dann würden diese Fragestellungen, die eigentlich für die heutige Sitzung auf dem Programm stehen, möglicherweise ganz wegfallen oder zu schnell übergangen.

Deswegen meine Frage: sollte man für die jetzt folgende Diskussion vielleicht doch die Vorgabe machen, dass wir uns zunächst auf die Aspekte der Schutzvoraussetzungen und die Möglichkeiten ihrer Modifizierung sowie der Ergänzung des urheberrechtlichen Systems durch ein System von Leistungsschutzrechten konzentrieren? Soweit meine Frage an die Regie.

Prof. Reto M. Hilty

Ich würde gegen das System dieser Tagung verstoßen, wenn ich jetzt harte Vorgaben machen würde. Wir wollen ja frei diskutieren. Aber im Sinne der Strukturierung der Diskussion, die wir wahrscheinlich jetzt entwickeln müssen, wäre es schon sinnvoll, wenn wir versuchten, uns jetzt einmal auf diese erste Stufe konzentrierten. Und wahrscheinlich kommen wir morgen ohnehin auf diese Stufe zurück. Aber ich glaube umgekehrt tatsächlich auch nicht, dass wir es so einfach trennen können. Wenn wir jetzt Vorgriffe machen auf Themen, die morgen kommen, dann ist das auch kein Unglück. Aber wir sollten zumindest versuchen, dass wir in dieser Ebene bleiben.

Ich denke, es ist doch genügend gesagt worden in Bezug auf die Frage der Schutzvoraussetzungen, es sind zum Teil so Halbsätze – nicht im grammatikalischen, wohl aber im inhaltlichen Sinne – gesagt worden, die man noch weiterdenken kann. Ich erinnere etwa an die Äußerung von Herrn Macciachini mit Bezug auf die Doppelschöpfung; da steckt im Grunde ein Kriterium drin wie man eine Schutzvoraussetzung definieren könnte. Vielleicht sind wir in der Lage, uns dazu noch Gedanken zu machen, durchaus auch mit Blick auf Abgrenzungsfragen zu anderen Schutzsystemen, Leistungsschutzrechten usw.; ich glaube, die 1 1/2 Stunden, die wir haben, füllen wir gut damit aus.

Dr. Matthias Leistner

Ich würde ganz kurz gern sozusagen duplizieren und dann meinen Einwand präzisieren. Dieser richtet sich natürlich keinesfalls gegen die Heranziehung philosophischer Grundlagen. Die Warnung, die ich vielleicht aussprechen möchte: wir sitzen hier zu dritt mit diesem etwas praktischeren approach, eingerahmt von zwei „Systembildnern“. Meine Warnung richtet sich auf allzu großes Vertrauen in Systeme und Begriffe. Diese Begriffe sind am Ende immer unbestimmt und interessenorientiert auszulegen und selbst wenn ich die Grundlagen noch so gründlich durchforsche, werde ich die Grundlagen immer heranziehen können, in einer gewissen Beliebigkeit, um mir das Ergebnis zu begründen, das ich dann im praktischen Fall wollte.

Insofern nur die Warnung, allzu großes Vertrauen in in sich geschlossene Systeme zu setzen. In Begrifflichkeiten steckt am Ende immer ein Kern Interessenabwägung.

Prof. Reto M. Hilty

Es ist nicht obligatorisch, dass jetzt alle Stellung nehmen. Ich wollte einfach Gelegenheit dazu bieten.

Dr. Sandro Macciachini

Nur ganz kurz zum Verhältnis Leistungsschutzrechte und Urheberrecht, weil ich das Thema nicht angesprochen habe. Ich meine, das Bild ist falsch, dass das Urheberrecht irgendwo beginnt, irgendwo aufhört und dort wo es aufhört, kommt dann das Leistungsschutzrecht. Zumindest nach schweizerischer Dogmatik ist das Prinzip des Leistungsschutzes, das es jedem Menschen ungenommen ist, die gleiche Leistung nachzuschaffen. Das, was unzulässig ist, ist ein Produkt zu nehmen und dieses zu kopieren und damit sich den Weg zu sparen dorthin.

Das ist der zentrale Unterschied zum Urheberrecht. Das Urheberrecht gibt ein Recht quasi am Ergebnis, am geistigen Gehalt per se und ich glaube, diese Differenz ist wichtig, um die Grundproblematik des Urheberrechts überhaupt zu begreifen.

Dr. Martin Senftleben

Ich gebe das Wort zurück ans Plenum.

Dr. Martin Vogel

Die Frage, die der Beitrag von Herrn Leistner und die letzte Bemerkung von Frau Buydens, die die *sécurité juridique* betont haben, ist folgende: welche Aufgabe hat noch die juristische Methode, wenn wir nicht mehr auf Systeme, Topoi und Wertungswidersprüche usw. rekurren? Worauf kann der einzelne Rechtssuchende vertrauen, wenn es um *sécurité juridique* geht? Es ist klar, daß sich - darauf hat Herr Leistner hingewiesen - hinter der Wahl der juristischen Methoden häufig Interessen verstecken, die häufig unausgesprochen einer Entscheidung zugrunde liegen. Deshalb ist die Offenlegung der Methodenwahl eine bedeutende Frage der Rechtssicherheit, und ich glaube, wir sollten uns während dieser Tagung immer wieder selbst prüfen, welche Methode wir wählen und warum wir sie wählen, weil dies unerlässlich ist, um unsere Entscheidungen für die eine oder andere Falllösung plausibel und transparent begründen zu können.

Prof. Reto M. Hilty

Ich glaube, Herr Leistner, Sie sind direkt angesprochen?

Dr. Matthias Leistner

Einverstanden. Wir sind uns absolut einig. Kann man nur so sagen. Anhand der Beispiele belegt es sich ja wunderbar, wie auch unterschiedliche Systeme die Dinge dann unter ganz unterschiedlichen Topoi und Begriffen lösen. Vielleicht dem Begriff der Rechtssicherheit den Begriff der Methodenehrlichkeit entgegengesetzt? Was ist besser? Das Ganze scheinobjektiv hinter Begriffen zu verstecken oder ehrlich, zumal dann manchmal mit der fast drastischen Lustigkeit englischer Richter zu sagen, welche Interessen dahinter stehen.

Dr. Martin Vogel

Das case law weist in die Richtung.

Dr. Matthias Leistner

Es würde zumindest Vertrauen in die Richter begründen.

Dr. Martin Vogel

Mit allen damit verbundenen Gefahren.

Prof. Reto M. Hilty

Wer möchte? Herr Metzger.

Dr. Axel Metzger

Ich möchte gerne eine unterstützende Bemerkung machen für das Konzept, das Frau Buydens uns vorgestellt hat im Hinblick auf den Gestaltungsspielraum. Man hat oft den Eindruck, dass auf der einen Seite neue Schutzgegenstände in das Urheberrecht hineindrängen, Datenbanken, Computerprogramme etc., und auf der anderen Seite steht das traditionelle Urheberrecht der Kunst, Wissenschaft und Literatur. Diese beiden Bereiche stehen sich scheinbar unvermittelt gegenüber. Ich habe bei Ihnen rausgehört, Frau Buydens, dass man auch das traditionelle Urheberrecht weiter entwickeln sollte, um es kompatibel und modern zu halten. Sie rekurrieren zum einen auf alte Kunstbegriffe, die die Individualität nicht hoch gehängt haben, also die ehemalige anonyme Kunst, religiöse Kunst oder antike Begriffe und zitieren gleichzeitig auch Roland Barthes „La mort de l’auteur“. Ich finde dies eine sehr interessante Herangehensweise und möchte sie hierin unterstützen. Man muss sich schon fragen, ob die Grundentscheidungen, die wir im Urheberrecht finden, und die nicht mehr richtig zueinander passen, beispielsweise Schutzgegenstände und Schutzdauer etc., ob diese Wertungswidersprüche nicht auch deswegen zustande kommen, weil wir uns über das Grundkonzept dessen, was wir eigentlich schützen wollen, nicht mehr wirklich gewiss sind. Ihre Kritik ist also überaus berechtigt. Der von Ihnen genannte Gestaltungsspielraum ist sicherlich ein Kriterium, welches helfen kann. Dies deswegen, weil er nicht abstellt auf eine Materialisierung der Persönlichkeit, die man im Werk wieder findet, sondern weil objektiv nach der Entscheidungsfreiheit, den Wahlmöglichkeiten des Urhebers gefragt wird. Insofern kann ich Ihre These 2 nur eindeutig unterstützen.

Prof. Mireille Buydens

Vielen Dank.

Prof. Reto M. Hilty

Tilo Gerlach

Dr. Tilo Gerlach

Vielen Dank. Ich möchte auch gerne auf Frau Buydens zurückkommen und zwar auf die These des Registers.

Wenn ich das richtig verstanden habe, versprechen Sie sich durchaus eine Formalisierung im Sinne einer Registrierung der Werke. Mir kamen hier die Nachteile etwas zu kurz, die mit einer derartigen Registrierungspflicht verbunden sind. Insbesondere, wenn die Registrierung aus Unkenntnis unterbleibt. Daran anschließend stellt sich für mich auch die Frage: impliziert nicht diese Registrierungspflicht bereits einen sehr engen Werkbegriff? Denn angesichts der Vielzahl von urheberrechtlich geschützten Werken, über die wir durchaus einig sein können, sind wir doch mit einem so großen Umfang unterschiedlichster Werke konfrontiert, dass ich mir auch allein in der Praxis ein derartiges Register, welches schon für einen konkreten Bereich in den USA nur sehr unzureichend funktioniert hat, kaum vorstellen kann.

Prof. Mireille Buydens

Vous avez tout à fait raison de souligner qu'il y a des difficultés à enregistrer des œuvres surtout quand le concept d'œuvre est extrêmement large parce qu'il englobe des choses aussi diverses que la forme d'une chaussure, un morceau de musique ou une base de données. La difficulté technique de l'enregistrement n'est toutefois pas propre au droit d'auteur puisqu'on enregistre par exemple des organismes vivants, ce qui n'est pas simple non plus. Par ailleurs, on pourrait imaginer que ce registre ne contienne pas l'œuvre directement mais renvoie par exemple au site internet du titulaire du droit d'auteur qui devrait alors faire la preuve que, à telle date, son œuvre avait telles caractéristiques, c'est-à-dire qu'il puisse proposer un exemplaire daté et certifié de son œuvre. Ceci éviterait qu'une institution doive tenir le registre de toutes les œuvres. Auquel cas c'est techniquement très difficile à réaliser. Maintenant, il y a certainement des désavantages et le premier désavantage que je vois est de créer l'apparence que ce qui est enregistré pourrait être protégé et qu'en d'autres termes, les tiers se disent, ah, mais si c'est enregistré, c'est donc que c'est protégé par le droit d'auteur, ce qui n'est évidemment pas l'objectif. L'objectif est au contraire d'augmenter la sécurité juridique. Parce que pour voir les choses d'une façon tout à fait pratique, un des grands problèmes auquel sont confrontés ceux qui veulent créer ou ce qui veulent utiliser ces créations, c'est de retrouver les auteurs des œuvres qu'ils veulent utiliser. Donc le registre permet de retrouver celui qui est titulaire des droits et en outre il permet également de donner une série d'informations sur les conditions d'utilisation, par exemple.

Prof. Annette Kur

Zum Stichwort „Gestaltungsspielraum“. Ich stimme völlig zu, dass dies wahrscheinlich eines der essentiellen Kriterien ist, die zu berücksichtigen sind. Wo es überhaupt keinen Gestaltungsspielraum gibt, kann es auch kein Urheberrecht geben. Darauf kann man sich sicherlich einigen.

Ich kann mir allerdings nicht vorstellen, dass dieses Kriterium auch geeignet ist, eine fühlbare Reduzierung des Anwendungsbereichs des Urheberrechtsschutzes herbeizuführen - wenn denn dies unser Ziel sein sollte. Im Vortrag von Mireille Buydens wurde insoweit auf das Geschmacksmusterrecht Bezug genommen. Dort gibt es in der Tat eine Vorschrift, die besagt, dass der Spielraum des Gestalters zu berücksichtigen ist. In dieser Vorschrift geht es allerdings gerade nicht darum, bestimmte Designs vom Schutz auszuschließen. Es geht vielmehr darum, klarzustellen, dass auch bei geringen Spielräumen des Gestalters die Möglichkeit erhalten bleiben muss, einen wirksamen Rechtsschutz zu erlangen; nur darf man in diesem Fall eben keine hohen Anforderungen stellen, was die Unterschiedlichkeit gegenüber dem bereits vorhandenen Formenschatz betrifft. D.h. in Gebieten mit großer Formendichte – Trinkgläser und Essbestecke bilden hier ein typisches Beispiel – sollten unter Berücksichtigung

des geringen Spielraums, den der Designer hat, bereits sehr geringe Unterschiede genügen dürfen, um einen Schutz zu begründen. Es handelt sich somit gerade nicht um ein Kriterium, das dem Ausschluss bestimmter Gestaltungen dient, sondern im Gegenteil um ein Kriterium, das den Schutz solcher sich nur in sehr geringfügigem Maße vom vorbekannten Formenschatz unterscheidenden, weitgehend funktional determinierten Gestaltungen ermöglicht.

Daher meine Bedenken: falls wir dieses Kriterium auch für das Urheberrecht als entscheidend anerkennen, dann gelangen wir letztendlich zu einer Diskussion – ich habe versucht, das anzusprechen – die sich mit Gestaltungen wie dem Philishave-Rasierapparat und den Lego-Bausteinen beschäftigt[13]. Dies sind die typischen Fälle, bei denen man bisher sowohl unter designrechtlichen wie auch unter markenrechtlichen Aspekten fragt, ob es einen Spielraum für abweichende Gestaltungen gibt.

Wenn wir es bei dem Kriterium der Freiheit des Schöpfers belassen, wäre konsequenterweise bei solchen Gestaltungen auch die untere Grenze des urheberrechtlichen Schutzes zu suchen. Ich will damit nicht sagen, dass das nicht sein darf; ich möchte lediglich davor warnen, in der Frage der Gestaltungsfreiheit ein effizientes Kriterium für eine Eingrenzung des Anwendungsbereichs des Urheberrechts sehen zu wollen. Das ist es ganz sicherlich nicht.

Prof. Reto M. Hilty

Wenn ich hier kurz die Diskussion an diesem Punkt halten darf, so schließe ich die Frage an: bei einem kleinen Gestaltungsspielraum muss wenig genügen – aber: wollen wir dann überhaupt noch schützen? Da muss ich jetzt auf Herrn Metzger zurückkommen: was wollen wir eigentlich schützen? Und dann gleichzeitig auf Herrn Senftlebens Dreistufentest. Wozu? Wir müssen einen Grund haben, wieso wir schützen wollen. Und ich möchte auch noch Herrn Macciacchini einschließen, der sagt, wenn der Spielraum so klein ist, dann ist sozusagen die Gefahr der Doppelschöpfung so groß, dass wir im Grunde die Individualität gar nicht mehr haben. Also müssen wir jetzt an der Frage ansetzen, was wollen wir überhaupt? Wollen wir denn in solchen Fällen den Schutz überhaupt? Wenn wir gleichzeitig von Herrn Leistner gehört haben, eines der Probleme sei, dass die Schutzrechte wettbewerbshinderlich seien und Informationsaustausche behinderten, so kann das doch nicht sein. Es geht ja nicht nur um grafische Gestaltungen, es geht eben gerade auch um Information.

Prof. Annette Kur

Völlig klar; diese Diskussion muss geführt werden. Ich habe nur davor warnen wollen, zu glauben, man könne diese Diskussion auf eine gute und auch in einer mit der notwendigen Trennschärfe versehenen Weise auf der Grundlage des Kriteriums der Gestaltungsfreiheit führen. Wenn man Gestaltungsfreiheit als Basiskriterium ernst nimmt, ist es meines Erachtens konsequent zu sagen, dass es nur dann zu einem Ausschluss des Schutzes kommen sollte, wenn es tatsächlich überhaupt keinen Spielraum mehr gibt. Wenn hingegen gesagt wird, ein Ausschluss solle auch bereits dann erfolgen, wenn der Gestaltungsspielraum sehr gering ist, dann sind wir wieder bei einem subjektiven Werturteil. Das war mein einziger Punkt.

Prof. Mireille Buydens

Oui, c'est la raison pour laquelle la „Gestaltungsfreiheit“ comme critère n'est pas suffisant. Donc, il faut nécessairement la « Gestaltungsfreiheit » ainsi que le caractère accessoire ou principal de cette liberté, afin d'éviter la subjectivité du système. Ainsi, on pourra par exemple déterminer, dans un dessin de chaussure ou de praline, si le créateur a été déterminé par une série de contraintes techniques et commerciales, de

telle sorte que son degré de liberté a été accessoire. Si on arrive à la conclusion que le degré de liberté, et donc la « Gestaltungsfreiheit », est accessoire, la création serait exclue du droit d'auteur. Si par contre on se rend compte que le créateur a pu faire passer sa propre expression personnelle avant tout contrainte, sa liberté est donc principale et il a accès au droit d'auteur. On exclurait donc du droit d'auteur toutes les créations où l'apport individuel est marginal.

Dr. Matthias Leistner

Nur zwei kurze Punkte.

Frau Buydens hat natürlich eine notwendige Bedingung, aber keine hinreichende. Als notwendige Bedingung liegt der besondere Wert des Begriffs des Gestaltungsspielraums darin, dass er es sehr schön gestattet, die Schutzvoraussetzung mit dem Schutzzumfang zu verbinden. Sagt man, je kleiner der Spielraum, desto kleiner dann auch der Umfang. Auch beim Schutzzumfang kann es dann nur sich auf diejenigen Teile erstrecken, in denen ein bestimmter Spielraum ausgeübt wurde. Darin liegt der besondere methodische Wert dieses Spielraumbegriffs. Aber ob er tatsächlich hilft, um sich zu fragen, was wollen wir denn schützen und was nicht? Hatte nicht Herr Hilty Recht, mal von unten zu argumentieren und nicht immer begrifflich von oben? Zu meinem Datenbankschutzrecht, Gegenstand meiner Dissertation, das muss individuell sein, § 4 Abs. 2 Urheberrechtsgesetz: Hierzu kommentiert ein großer deutscher Standardkommentar, daß man demnach Spielräume für individuelles Schaffen bräuchte, um den Schutz zu bejahen und schließt die Aussage an, für einen individuellen Gestaltungsspielraum genüge es, konsequenterweise, wenn man an irgendeiner Stelle dieser Datenbank eine einzige Entscheidung anders treffen könne. Da hat man individuellen Gestaltungsspielraum gehabt; wiederum zeigt sich die Gefahr einer begriffsjuristischen Argumentation. Wollen wir nicht mal interessenorientiert sozusagen „von unten“ fragen, ab wann wollen wir den schützen.

Prof. Reto M. Hilty

Herr Bechtold, Sie haben schon lange aufgehalten und dann Valérie Benabou und Alexander Peukert

Dr. Stefan Bechtold

Herzlichen Dank. Ich habe zwei oder drei Kommentare.

Erstens zu der Bemerkung von Axel Metzger. Diese kann ich nur voll unterstreichen. Ich glaube auch, dass die Diskussion jetzt zeigt, dass man sich, bevor man sich Gedanken über die Ausgestaltung von Schutzvoraussetzungen macht, erst einmal überlegen muss, was man schützen will. Dann kommt man zu sehr grundlegenden Fragen.

Ich persönlich sehe letztendlich den Sinn eines Urheberrechts darin, gesamtgesellschaftliche Innovation und Kreativität zu fördern. Aus meiner Sicht geht es gar nicht darum, eine Verbindung des Urhebers zu seinem Werk oder auch einen Investitionsschutz zu schaffen, sondern darum, was die amerikanische Verfassung treffend formuliert: „to promote the progress of arts and sciences“.

Das Problem ist natürlich erstens: was folgt daraus konkret? Und zum zweiten, dass man auch zugeben muss, dass auch so ein Ansatz vielleicht nicht alle Aspekte des Urheberrechts oder sonstiger Immaterialgüterrechte erfassen kann. Vielleicht muss man sich auch von der Idee verabschieden, zu sagen, dass man es überhaupt schafft, ein kohärentes, intellektuelles, theoretisches Gebäude eines solchen Immaterialgütererschutzes zu bauen. Und da kommt man natürlich etwas in die Richtung von Herrn

Leistner, dass eben vielleicht gar nicht erreichbar ist. Und in dem Zusammenhang wollte ich nur darauf hinweisen, dass man dann auch zu der Frage kommt, ob vielleicht ein case law system mehrlicher ist, obwohl ihm die Rechtssicherheit oder auch ein dogmatischer Unterbau fehlt.

Ich möchte darauf hinweisen, dass eine ganz allgemeine Diskussion besteht, inwiefern case-law-Systeme in Zeiten, die einem Paradigmenwechsel unterliegen, adaptierfähiger sind und weshalb sie vielleicht auch schneller auf solche Veränderungen reagieren können. Vielleicht muss man diese Frage aus dem engen Rahmen des Immaterialgüterrechts lösen.

Noch zwei Beiträge zu Frau Buydens bezüglich der Vorteile eines Registers. Ein Vorteil, wenn man ihn so bezeichnen will, wurde noch nicht genannt, der in der amerikanischen Diskussion oft angeführt wird. Ein Register würde faktisch so funktionieren, dass eine Registrierungsgebühr erhoben wird. Diese Registrierungsgebühr hat eine gewisse Höhe, und die Idee dahinter ist, dass man dadurch auch steuern kann, welche Urheber zu welchem Zeitpunkt dieses Werk registrieren werden, so dass man faktisch auch eine Zugangshürde schafft. Die Überlegung ist, wenn der Urheber nicht bereit ist, drei bis fünfzig Euro zu zahlen, dann zeigt er schon selbst, dass ihm der Schutz nicht so wichtig ist. Das Registrierungssystem ist faktisch eine Schutzvoraussetzung und man kann über die Höhe der Registrierungsgebühr relativ schön den Umfang, also die Schutzvoraussetzung, kontrollieren.

Und der letzte Punkt noch ganz kurz, er kam schon öfters zum Gespräch. Mir persönlich ist die Unterscheidung zwischen einer Schutzvoraussetzung und einer Schutzhürde nicht so ganz klar. Ich glaube, dass es auch auf einem theoretischen Level keine Unterscheidung gibt. Wir reden immer davon, wie man ein Ausschließlichkeitsrecht, ein property right, von seinem Umfang her ausgestalten will. Ob man nun an der Schutzvoraussetzung – also der Frage, wann dieses Recht überhaupt besteht – oder an der Ausgestaltung dieses Schutzes dreht, macht nach meinem Eindruck keinen systematischen Unterschied.

Das sprengt vielleicht die Strukturierung der Diskussion, aber ich stimme da Frau Kur sehr zu, dass man letztendlich über die Ausgestaltung des Schutzrechts selbst diskutieren muss, um zu anderen Ergebnissen zu kommen. Danke.

Prof. Reto M. Hilty

Das sprengt den Rahmen nicht, weil jede Aussage erlaubt ist. Das wollen wir auch wirklich durchhalten. Die Überlegung sieht man vielleicht besser, ohne dass ich sie verteidigen will, im Patentrecht, wo die Schutzhürden doch zumindest in der Theorie deutlich höher sind. Und die Schranken sind ja dort im Grunde Zwangslizenzen, und die Zwangslizenzen sind eben dort nicht erforderlich, wo sie etwas überhaupt nicht schützen. Oder umgekehrt, wenn Sie gewisse Dinge vom Schutz ausnehmen, dann sind diese einfach frei. Dann brauchen Sie auch keine Schranken. Aber, Sie haben völlig Recht, das fließt ineinander und deswegen ist auch die Trennung relativ schwierig.

Wir machen vielleicht die Reihenfolge, Valérie zuerst, dann Alexander, dann Annette und Herr Vogel.

Prof. Valérie Benabou

Oui, pour réagir sur la proposition de Mireille Buydens sur le critère de liberté. Je partage l'opinion selon laquelle que le droit d'auteur n'est pas un droit naturel et mais, dès lors, si le droit d'auteur est un droit consenti par l'Etat, c'est pour remplir une

utilité, une fonction. Cette fonction sera-t-elle pleinement remplie si le critère retenu est celui « de la liberté maximale pour l'auteur » ? Le bénéfice pour la société réside-t-il dans cette « liberté maximale pour l'auteur » ou dans l'utilité maximale que la société peut avoir directement ou indirectement de cette œuvre ? Cet autre critère de « l'utilité éventuelle » de l'œuvre, que nous n'avons pas pour le moment non plus, peut exister en droit des brevets d'une certaine manière. En fait, aujourd'hui nous n'avons pas de critère discriminant, a priori. Nous disposons simplement d'un critère qui nous permet de mesurer l'intérêt de la protection au moment où il y a une exploitation économique de l'œuvre ; c'est-à-dire un critère a posteriori. Est-ce que c'est satisfaisant ?

Prof. Reto M. Hilty

Danke schön. Alexander.

Dr. Alexander Peukert

Ich möchte an meine beiden Vorredner anknüpfen und nicht nur die Frage stellen, was wir schützen wollen. Denn diese Frage ist zu abstrakt, als dass man sie wird beantworten können. Wir müssen vielmehr fragen, warum wir etwas schützen wollen. Zum Beispiel wird der Aspekt, dass wir den Gestaltungsspielraum für maßgeblich erklären wollen, immer vage bleiben, wenn wir nicht wissen, warum wir das tun. Und im Hinblick auf das „Warum“ des Schutzes würde ich doch tendenziell mit Herrn Bechtold dafür plädieren, dass wir mehr von diesen Werken bekommen, von denen wir sprechen.

In diesem Zusammenhang möchte ich an Annette Kur ganz konkret die Frage stellen: Welche Kategorie von immateriellen Gütern soll ungeschützt bleiben, weil sie einfach gar kein Ausschließlichkeitsrecht benötigt, um in Zukunft geschaffen zu werden? Vielleicht kann man sagen: Wenn gar kein Gestaltungsspielraum besteht, brauche ich kein Ausschließlichkeitsrecht, weil ich an dieser konkreten Lösung sowieso nicht vorbeikomme.

Die zweite Frage ist an Frau Buydens gerichtet. Eine Generalklausel für den Schutz immaterieller Güter - auf Ihrer Folie stand „Global IP-System“ - wird auch in Deutschland immer wieder gefordert, erst kürzlich von Herrn Sosnitza. Argumentiert wird, dass man ohnehin nicht mehr unterscheiden könne zwischen Urheberrecht und Patentrecht. Vor einer solchen Generalklausel möchte ich dringend warnen. Der Technik- oder auch der Kunstbegriff zwingen dazu, neue immaterielle Güter, die man bisher nicht subsumierte, erst einmal zu erfassen und zu rechtfertigen, warum sie unter das Patent- oder Urheberrecht fallen sollen. Normiere ich stattdessen eine Generalklausel, die entweder heißt, alle immateriellen Güter oder alle Investitionen sind geschützt, dann entsteht die Tendenz, neue Güter darunter zu fassen, ohne dass der Zwang besteht zu prüfen, ob es sich um einen Beitrag zur Technik oder um eine persönliche geistige Schöpfung auf den Gebieten Literatur, Wissenschaft und Kunst handelt oder worauf sich das Schutzbedürfnis sonst stützt. Soweit man ohne Generalklausel einen Schutz für notwendig hält, müssen eben neue Ausschließlichkeitsrechte geschaffen werden. Dieses Verfahren aber zwingt automatisch dazu, die Rechtfertigung des Schutzes zu hinterfragen und zu begründen.

Prof. Reto M. Hilty

Danke. Ich habe auf der Rednerliste: Annette Kur, dann Herrn Vogel, Herrn Rosén, Frau Helberger, Herrn Röttinger, Frau Beldiman, Herrn Seip und Madame Guibault.

Prof. Annette Kur

Ich stimme zu. Zwischen Voraussetzungen und Schranken besteht im Prinzip kein Unterschied. Beide definieren eigentlich das Recht, das sich als Ausnahme von der allgemeinen Wettbewerbsfreiheit darstellt. Aber auf der Basis des jetzt geltenden Rechts gibt es natürlich einen prozessualen Unterschied.

Damit kommen wir auf die Beweislastumkehr, die ich übrigens in den schriftlichen Thesen ebenfalls angesprochen habe; in meinem mündlichen Vortrag habe ich das nicht ausgeführt. Man geht grundsätzlich davon aus, dass derjenige, der ein Recht in Anspruch nimmt, dessen Vorliegen beweisen muss. Wenn jemand aber das Recht einmal hat, muss derjenige, der sich auf das Eingreifen einer Schrankenbestimmung beruft, das Vorliegen der dafür erforderlichen Voraussetzungen nachweisen. Außerdem gibt es immer noch, gerade im deutschen Recht, aber auch in vielen anderen Rechtsordnungen, den Grundsatz, dass Schranken eng auszulegen sind, während Entsprechendes für die Frage, ob die Voraussetzungen für die Inanspruchnahme des Rechts erfüllt sind, meines Erachtens nicht gilt. Insofern gibt es sicherlich prozessuale Unterschiede. Aber ich stimme völlig zu, es geht im Grunde um das Gleiche, und vielleicht sind es gerade die zuvor genannten Unterschiede, die nach geltendem Recht zwischen den Voraussetzungen eines Rechts und den Schranken bestehen, die überwunden werden müssen, wenn wir zu einem vernünftigen System kommen wollen. Möglicherweise können wir uns darauf einigen.

Zu Alexander Peukert: Ich stimme natürlich ebenfalls der Aussage zu, dass im Urheberrecht, ebenso wie bei allen Schutzrechten, die Rechtfertigung für die Einschränkung der allgemeinen Handlungsfreiheit darin liegt, dass ein Wettbewerb auf höherer Ebene angeregt werden soll – der Kreativitätswettbewerb. Das heißt, dass ich zunächst eine Entscheidung treffen muss: warum will ich diesen Wettbewerb anregen, was verspreche ich mir davon? Warum will ich mehr davon? Auch insoweit bin ich völlig einverstanden. Aber die Antwort auf die Frage, wo die Schutzgrenze zu ziehen ist, ergibt sich daraus nicht automatisch. Dazu müsste ich die Frage präziser stellen: wovon will ich denn eigentlich mehr? Will ich die Kreation von mehr Yoghurtbechern anregen, die alle unterschiedlich geformt sind; will ich unbedingt, dass möglichst viele verschiedene Brillengestelle auf den Markt gebracht werden, und reicht mir zu diesem Zweck nicht die Möglichkeit aus, dass dafür Marken eingetragen werden können? Ich bitte um Entschuldigung dafür, dass ich bei meinen Überlegungen nach wie vor von den Grenzbereichen zwischen angewandter Kunst und Designschutz ausgehe, aber die gleiche Frage kann man natürlich auch im Hinblick auf andere Schöpfungen aus dem Bereich der „kleinen Münze“, wie Handyklingeltöne o. ä., stellen. Wollen wir wirklich mehr davon?

Ich bin außerdem gebeten worden, zu präzisieren, wo ein Schutz ganz entfallen sollte. Mir ging es bei meiner Äußerung lediglich darum, die These in den Raum zu stellen, dass es keinen Automatismus geben sollte. Sollten sich also tatsächlich Kriterien finden lassen, die in der Lage sind, den derzeitigen Anwendungsbereich des Urheberrechts durch Anhebung der Schwellen zu reduzieren, möchte ich keine automatische Lückenfüllung durch das Eingreifen von Leistungsschutzrechten haben, sondern ich möchte die Freiheit behalten, die Frage nach dem „Warum“ ganz radikal zu stellen, mit dem Ergebnis, dass vielleicht einmal überhaupt kein Schutz gewährt wird. Ich kann mir durchaus persönliche Gedanken darüber machen, wo meiner Meinung nach gar kein Schutz angebracht ist. Aber im Moment möchte ich noch nicht so weit gehen, das zu konkretisieren.

Prof. Reto M. Hilty

Wir werden ganz bestimmt die Frage, ob Schrankenbestimmungen wirklich eng auszulegen sind, morgen noch einmal aufgreifen. Das lassen wir jetzt einmal so im Raume stehen ...

Ich habe jetzt eine so lange Rednerliste, dass ich Sie bitte, einfach im Moment mal die Hand nicht mehr hoch zu halten. Das hat gar keinen Sinn mehr, sonst kommen wir nicht durch. Wir arbeiten jetzt einmal ab. Da wäre Herr Vogel dran.

Dr. Martin Vogel

Ich mache es kurz. Mir ist ein Aspekt bisher zu kurz gekommen, der die Antworten auf viele Fragen, die aufgeworfen sind, nachhaltig beeinflusst: nämlich die persönlichkeitsrechtliche Seite des Urheberrechts. Natürlich haben wir uns bislang im Wesentlichen im Bereich der Kleinen Münze bewegt und gefragt, wie weit der Schutz des Urhebers reichen soll? In diesem Bereich spielt der Schutz der Urheberpersönlichkeit keine hervorgehobene Rolle. Dennoch haben auch dort die persönlichkeitsrechtlichen Implikationen des Urheberrechts wesentliche Auswirkungen im Rahmen unserer bisherigen Fragestellungen, und zwar auch insoweit, als es um vermögensrechtliche Aspekte des Urheberrechts geht, von denen sie sich nicht strikt trennen lassen.

Das Persönlichkeitsrecht verlangt die Formfreiheit des Urheberrechts, so dass, bevor wir die Frage eines Registerrechts diskutieren, zu untersuchen ist, inwieweit wir persönlichkeitsrechtlichen Schutz gewähren wollen. Dieses Problem ist freilich bei Ihnen, Herr Senftleben, einfach zu kurz gekommen. Wenn Sie das Urheberpersönlichkeitsrecht irgendwo in einem Subsystem verstecken, berücksichtigen Sie nicht hinreichend, dass der Urheberrechtsschutz auch dann gewährt wird, wenn ein Werk überhaupt keine wirtschaftlichen Auswirkungen hat. Die Frage ist, ob man das auch in Zukunft noch so halten will. Ich meine allerdings, daß wir das Urheberpersönlichkeitsrecht nicht einfach übergehen sollten, denn bei ihm handelt es sich um eine wesentliche Errungenschaft unseres Rechts und um einen Eckpfeiler der philosophischen Grundlagen unserer Gesellschaftsordnung. Ich halte es für fragwürdig, das Urheberpersönlichkeitsrecht zurückzustutzen, während das allgemeine Persönlichkeitsrecht von der Rechtsprechung gerade weiter gestärkt wird.

Prof. Reto M. Hilty

Ich glaube, das ist ein sehr wichtiger Gesichtspunkt und würde vielleicht Alexander (Peukert) in Stellung bitten.

Alexander Peukert hat vor 1 1/2 Jahren eine Untersuchung gemacht über die Psychologie dieses Urheberrechts. Und wenn wir von incentives sprechen, dann sind wir sehr schnell geneigt zu meinen, wir sprechen von materiellen incentives. Aber es gibt natürlich auch andere incentives. Das Urheberpersönlichkeitsrecht ist ein durchaus wichtiger Aspekt. Wenn man diese Untersuchung liest, dann hört man zwar nicht die ganze Zeit Urheberpersönlichkeitsrecht, aber es kommt einem die ganze Zeit in den Sinn. Das spielt ganz bestimmt eine Rolle. Vielleicht kannst Du Dir da noch Gedanken machen, aber wir arbeiten jetzt einmal die Liste ab. Da wäre jetzt Herr Rosén.

Prof. Jan Rosén

Thank you, Chairman. Well, I am quite fascinated by all this, but I shall limit my brief intervention to two remarks.

First, something about “access rights”. From a Scandinavian or, at least, Swedish, perspective, there is nothing like an access right to be found in the limitations to exclusive copyright uses, if not expressly defined by the lawmaker. For example, a “right” to private copying is not sanctioned, accordingly someone not disposing of an original copy from which a private copy could be taken, cannot ask for sanctions in order to be put in a position to actually have a private copy. This distinction also relates to the assumption that the courts don’t have a mandate to add new restriction or limitations to copyright – this is for the lawmaker, the Parliament, to decide on.

Further, defining the access criteria by what is at all protected as a copyright work is a relevant topic. It is very interesting from my perspective to learn what the courts can tell us in these matters and, to this end, some guidance is offered by the Scandinavian Courts, for example by the Supreme Court of Sweden. You may disagree, but the Supreme Court of Sweden has recently and repeatedly tried to define what originality is – what are the criteria, and what is the substance of those phenomena which we have discussed for hundreds of years. We may also notice that the court seems to say: yes, we have a definition and, as a matter of principle, we use the same criteria for all types of works. But if you go through those decisions, you will find that the answer probably is: no, there is not a single definition, as it varies somewhat as applied to different categories of copyright works. This is in essence something working in the direction of what could be called estimations of market values of specific types of works, i.e. tests on the economic effects of a decision on protectability. It also takes account of a need for protection – how does it functionally work on the market and how is that market to be conceived? This is a recent Scandinavian experience, what leaves us in a way with an ongoing process of evaluation in order to find criteria for protection. Maybe you should say: that is how legal matters are. But we can also pose some questions: Is varying market values good enough as an instrument to indicate protection, and does strict utilitarian aspect pay any respect whatsoever to authoritarian or artistic values? I don’t have the answer, but I am sure you have. Thank you!

Prof. Reto M. Hilty

Frau Helberger

Frau Natali Helberger

Danke. Das geht jetzt nicht direkt darauf ein, aber wir diskutieren hier, ob wir Schutz wollen und, wenn ja unter welchen Bedingungen. Ich denke die Sprecher haben sehr gut dargelegt, dass es eine Suche gibt nach objektiven Kriterien, wann man Schutz und wann man mehr Schutz geben soll. Und dass es auch sehr schwierig ist, diese objektiven Kriterien zu geben.

Vielleicht als einen Denkanstoß: wäre es leichter, objektive Kriterien zu bestimmen, indem man fragt, wann wir weniger Schutz geben wollen? Zwar nicht in Form von Schranken, aber in der Form von, sagen wir, eingeschränkter Exklusivität, oder geringerer Schutzdauer? Und vielleicht können wir uns da inspirieren lassen durch eine Regelung im Rundfunkrecht? Das Rundfunkrecht ist, ähnlich wie das Urheberrecht, auch befasst mit der breiten Verfügbarmachung von Inhalt und dem Informationsfluss. Und da gibt es eine Regelung, die „list of important events“, die es den Mitgliedstaaten erlaubt, bestimmte Ereignisse aufzustellen, wofür die Exklusivität der Rechte eingeschränkt ist. Wenn ein Inhalt von besonderer gesellschaftlicher Relevanz ist, ist die Exklusivität rechtlich eingeschränkt. Vielleicht ist das ein guter Ansatz und ich bin interessiert, Ihre Meinung dazu zu hören.

Prof. Reto M. Hilty

Das ist diese Listenregelung, nicht? Die müssten wir vielleicht morgen noch einmal aufgreifen, denn eigentlich sind wir jetzt bei den Schranken. Nicht, dass ich das jetzt rauswerfen will, aber im Grunde geht es ja darum, dass eben das Geltendmachen des Rechts hier nicht mehr möglich ist.

Frau Natali Helberger

Es ist keine Schranke. Es ist eine Einschränkung des Schutzzumfangs und das ist das Interessante an der Listenregelung.

Prof. Reto M. Hilty

Gut. Dann haben wir Herrn Röttinger.

Dr. Moritz Röttinger

Ich glaube, dass bei unserer Diskussion wirklich eine wesentliche Frage und letztlich vielleicht eine Vorfrage, ohne die wir nicht weiterkommen, ist: warum wollen wir etwas schützen? Und da schließe ich mich ganz Herrn Peukert an. Und ich glaube, dass wir diese Frage vielleicht zu selten stellen. Wenn wir als Antwort darauf sagen, wir wollen mehr, oder wir wollen mehr Werke haben, dann habe ich ein Problem damit. Denn dann ist die raison d'être des Urheberrechts schon wieder bezogen auf ein Ergebnis, auf eine Leistung, auf ein Produkt. Aber nicht auf den Schöpfer, auf den Autor. Auch die Forderung „to promote progress and art etc.“ geht mir etwas zu sehr in diese Richtung. Vielleicht bin ich dazu sehr im 19. Jahrhundert verhaftet, mag sein. Ich frage mich auch, wenn wir diese Antwort geben, wir wollen mehr haben, entspricht das dem Kriterium, das heute schon öfter gekommen ist, den incentives? Und nun will ich mal ganz konkret in der Praxis die Frage stellen: Bietet das Urheberrecht denn wirklich so einen incentive, einen Anreiz? Vielleicht bin ich jetzt ein Idealist: Ich schreibe nichts, weil es dann urheberrechtlich geschützt ist. Ich schreibe nichts, weil ich dann von der VG WORT 3,50 € im Jahr bekomme. Ich freue mich über die 3,50 €, aber das ist nicht die Motivation. Und ich glaube, dass auch - jetzt ganz aktuell - eine Elfriede Jelinek nicht Werke mit dem Urheberrecht als Beweggrund ihrer Tätigkeit schreibt. Natürlich muss sie davon leben, aber ich meine, sie hat das Talent und sie schreibt, es wird gedruckt und es wird verkauft.

Einen zweiten Punkt möchte ich im Zusammenhang mit der Frage der liberté essentielle bzw. der Unterscheidung zwischen principal und accessoire ansprechen. Da frage ich mich: Entspricht das dem Begriff der Kreativität, oder ist das etwas, das eigentlich dann noch dazu kommt? Ist das eine rein quantitative Überlegung in Anlehnung an Ulmers statistische Einmaligkeit? Oder ist hier auch ein Kreativitätselement dabei, und was passiert mit dem Zufall? Wenn wir ein Zufallswerk oder Zufallsprodukt haben, so würde das ja dennoch in die liberté essentielle hineinfallen, und es ist eigentlich auch principal, vielleicht sogar zu 100%.

Ich möchte noch eine vielleicht völlig unwissenschaftliche und undogmatische Anregung machen und eine Überlegung stellen, wie wir uns auch dem Problem, wieweit soll der Urheberrechtsschutz reichen, nähern können. Gehen wir von der anderen Seite aus, wenn wir sagen: was können wir mit anderen Rechtsinstituten schützen? Also insbesondere mit dem Wettbewerbsrecht. Eine Überlegung: Alles, was wir mit dem UWG schützen können, müssen wir nicht durch das Urheberrecht schützen, weil wir sagen, dass der Schutz des UWG, der sicherlich ein ganz anderer ist, aber für den Zweck ausreicht, wo auch nicht die Persönlichkeit des Autors eine Rolle spielt. Aber soweit das nach unseren Wertmaßstäben ausreichend ist, wollen wir es dort belassen und erst dann das Urheberrecht ansetzen. Brauchen wir die Kleine Münze im Urhe-

berrecht, oder können wir diese Werke nicht auch - vielleicht sogar besser - mit anderen Mitteln schützen? Oder, ich war von Anfang an skeptisch, was den Urheberrechtsschutz von Computerprogrammen betrifft: Ist das wirklich das richtige Schutzinstrument? Ich meine, die Frage ist seit 15 Jahren für Praxis und legistisch geklärt - aber eigentlich nicht hinsichtlich der Frage, ob das Urheberrecht dogmatisch gesehen wirklich das passende Schutzinstrument ist. Wir sollten öfters das Pferd vom Schwanz aufzäumen und uns die Frage stellen: Wie weit können wir zur Zufriedenheit aller ein anderes Rechtsinstrument verwenden und erst dann das Urheberrecht?

Und als Schlussbemerkung, und diese geht in die gleiche Richtung, was Du gesagt hast, Annette (Kur), aber auch in Richtung des Registers. Ich meine, dass Beweisfragen zwar in der Praxis unheimlich wichtig sind, aber bei der Frage des Schutzzumfangs, warum wir etwas schützen wollen, nachrangig sind und eigentlich hier nicht wirklich hinein gehören, weil wir dann versucht sein könnten, ein System zu schaffen, das mehr von der Durchsetzbarkeit geprägt ist, die natürlich wichtig ist, aber in erster Linie von Durchsetzbarkeit und erst dann von einem dogmatischen System. Und ich glaube, es sollte umgekehrt sein. Wir brauchen ein dogmatisches System und dann müssen wir versuchen, die entsprechenden Durchsetzungsmöglichkeiten zu schaffen.

Prof. Reto M. Hilty

Danke schön. Das ist eine geballte Ladung. Frau Beldiman.

Frau Dana Beldiman

Ich darf Englisch sprechen, damit es auch richtig ankommt.

I am delighted to see that although I am one of the few common law representatives here that there is so wide-spread agreement to an approach, which would echo the common law approach. That's a top down approach starting, the way US-courts would do it, from policy goals: what is it we would like to obtain through this type of law. Once we've identified goals, such as stimulation of creation - and this goes to Mr. Senftleben's very nice scheme, which I liked - we continue to ask: How do we stimulate creation via incentives? What is the next step? What are those incentives? And one incentive obviously is the exploitation right which is monetary. But if we think a little bit farther the incentive does not need to be monetary. Look at the open source, the incentive is not monetary. , Maybe the incentive there is reputation, maybe it is... control over the work. Incentives can exist more than simply in a monetary way. So, all these things can be included in the concept of incentive.

The other policy goal that has also been addressed is to create broader accessibility by means of limitations (Schranken) Here I'd like to introduce the concept of segmentation. Copyright is a big concept, which includes, in addition to literary and artistic works, also software, scientific research, and all sorts of other things that really had not been contemplated to be part of the copyright system. If we look at the principles and the policies, we may want to segment out different goals for different types of creation. I think there are different goals for e.g. software, for audiovisual works, for paintings, for scientific research, both in terms of the public's ability to access and in terms of dissemination of these assets.

A separate point I want to make relates to registration. I think registration is an excellent idea, in fact it's an idea that is being vehiculated again in the United States, it provides certainty and it reduces the huge costs which are incident to searching for copyright ownership. So, in fact, the United States does have a registration system, it

works, and recent proposals have been made to introduce a copyright maintenance system. That is Larry Lessig's proposal, that you may be familiar with: if you have not used your copyright for 50 years, it will lapse unless you pay a nominal fee to maintain it. That is maintenance over and above mere registration and I think that would really reduce or expand the public domain and reduce the duration of copyright.

Thank you.

Prof. Reto M. Hilty

Thank you. Herr Seip.

Herr Fabian Seip

Mein Beitrag betrifft Prof. Buydens' Vorschlag für ein globales IP-System. Prof. Buydens hatte herausgearbeitet, dass die Unterscheidungen nützlich - nicht nützlich, technisch – nicht technisch und physisch – nicht physisch nicht mehr brauchbar sind, um zwischen verschiedenen Schutzgegenständen zu unterscheiden.

Ich bin nicht sicher, ob die Konsequenz daraus sein muss, ein großes Schutzrecht für alle Bereiche zu schaffen. Es erscheint aber notwendig, sich von gewissen traditionellen Unterschieden zwischen den Schutzsystemen zu unterscheiden. Eine Alternative könnte sein, einzelnen Märkte empirisch beobachten um dann zu fragen: Was sind die Voraussetzungen dafür, dass in jedem einzelnen Markt die Werke geschaffen werden können, die die Gesellschaft möchte? Dies werden insbesondere ökonomische Überlegungen sein. Einzubeziehen sind hierbei auch Opportunitätskosten. Das sind Kosten, die selbst ein aus idealistischen Gründen schreibender Autor oder Programmierer hat, wenn er in der Zeit, in der er schreibt oder programmiert, nicht auf andere Weise seinen Lebensunterhalt verdienen kann. Auch wenn seine primäre Motivation bei der Werkschöpfung eine andere ist, können ihm Einnahmen aus der schöpferischen Tätigkeit dabei helfen, diese Opportunitätskosten zu verkraften, sprich, seinen Lebensunterhalt zu finanzieren. Diese Sichtweise konzentriert sich auf materielle Elemente, insbesondere auf „incentives“ wie den Gewinn von Reputation oder die Möglichkeit, Opportunitätskosten zu decken. Dies ist jedoch sinnvoll, denn das Recht greift nur dann ein, wenn es durchgesetzt wird. Durchgesetzt wird es mit materiellen Mitteln, nämlich Gerichtsurteilen, die Kosten nach sich ziehen. Diese Überlegungen erscheinen vielleicht weniger attraktiv als etwa die Frage nach der urheberrechtlichen Schutzwürdigkeit von Duchamps' Föhrenwurzel, aber sie sind für die Rechtswirklichkeit von großer Bedeutung: Ein Film braucht ganz andere Bedingungen, um zustande zu kommen als ein Roman und der wiederum andere als ein Hip-Hop-Song

Im Rahmen dieser Überlegung sind nicht nur der Schutzbereich sondern auch der Verletzungsbegriff und die Reichweite der Schranken von großer Bedeutung. Ein weiter Schutzbegriff kann, durch einen engen Verletzungsbegriff entwertet werden. Ein weiter Schutz – beispielsweise für Popmusik – könnte dadurch produktiv gestaltet werden, dass die Reichweite des Bearbeitungsrechts in diesem Bereich eingeschränkt wird. Andererseits ist das Bearbeitungsrecht bei großen teurer Datenbanken notwendig, um das Zustandekommen auch von Teilen solcher Datenbanken zu gewährleisten. Diese Unterscheidungen würden durch einen marktorientierten Ansatz ermöglicht.

Prof. Reto M. Hilty

Danke schön. Das kommt ein bisschen in die Nähe von den Ausführungen von Frau Beldiman. Darauf müssen wir zurückkommen. Zuerst Lucie (Guibault).

Prof. Lucie Guibault

Quand on s'interroge au sujet des critères de protection de droit d'auteur, et surtout compte tenu qu'à la fois Mme Buydens et Mme Kur ont abordé le système des brevets et des marques et d'autres systèmes, je ne peux m'empêcher de vouloir élargir le débat aux droits voisins qu'on n'a pas abordé jusqu'à maintenant. Pourtant à mon avis c'est très important de constater que la tendance mondiale actuelle est de reconnaître de plus en plus de droits voisins dont les critères de protection sont infimes. Le protecteur de phonogramme obtient une protection par le simple acte de produire un CD et la même chose, je crois, lundi prochain, le Comité permanent de l'OMPI va se réunir pour discuter de la protection des signaux de radiodiffusion. Là encore il n'y a, à ma connaissance, aucun critère de protection dans le régime de droits voisins. Et le problème que je vois, c'est que dans la mesure où on applique strictement les critères de protection de droit d'auteur, il y a un risque qu'un jour ce qui est exclu de la protection du droit d'auteur tombera sous la protection d'un autre droit et là ça rejoint le système de Martin Senftleben. à mon avis, le teste en trois étapes de Martin doit être appliqué globalement, non seulement au droit d'auteur, mais à tous les systèmes de propriété intellectuelle sinon ce qu'on ne peut pas protéger par droit d'auteur va se ramasser sous un autre système. Merci.

Prof. Reto M. Hilty

Danke. Herr Leistner und dann Herr Senftleben.

Dr. Matthias Leistner

Der Anlass, zu dem ich den Finger hob, ist lange her, das war als Herr Bechtold die Frage nach dem „Warum“ erstmals aufgeworfen hat. Zum einen möchte ich dazu kurz Stellung nehmen; zweitens einige Worte sagen zu der Frage, ob common law Systeme tatsächlich schneller anpassungsfähig sind an neue Entwicklungen als civil law-Systeme oder ob es nicht bei genauem Hinsehen eher umgekehrt liegt. Schließlich möchte ich drittens für einen empirischen und verfahrensorientiert-dezentralen Ansatz plädieren, der statt der sozusagen philosophisch übergeordneten Frage nach dem „Warum“ eher die empirische Frage nach dem „Wo“ der Probleme und die methodische Frage nach dem geeigneten „Wie“ der Lösung aufwirft.

Zum ersten Punkt: Der Bedeutung der Frage nach dem „Warum“ des Schutzes. Natürlich ist das die erste Frage. Ich würde aber davor warnen, zu glauben, dass sei tatsächlich die grundlegende Frage. Wenn wir nun sagen würden, wir machen das so wie mit der amerikanischen Verfassung, diesen mehr institutionentheoretischen utilitaristischen Ansatz, dann würde uns das Fragen beantwortet.

Ich glaube, es ist doch immer eine Mischung. Ich habe immer auf der einen Seite den individualistischen Aspekt, auf der anderen Seite den utilitaristischen. Es gibt wunderschöne Untersuchungen, wie sich die Vertragsfreiheit über Jahrhunderte gewandelt hat. Mal stand das kollektive Interesse mehr im Vordergrund, mal stand das individuelle Interesse im Vordergrund und am Ende ist die Frage eine methodische. Welcher Ansatz „passt“ zur Lösung eines bestimmten Problems besser? Unter welchem dieser beiden Ansätze, entweder der utilitaristische oder der individualistische, lässt sich der gerade konkret vorliegende Interessenkonflikt besser modellieren? Demnach ist die Frage, nach dem „Warum“ des Schutzes zwar sicherlich zuerst zu stellen. Aber ich glaube nicht, dass sich da sagen ließe, wir beantworten es nur utilitaristisch oder nur in einer individualrechtlichen Orientierung; man wird insoweit stets auf eine Mischung beider Elemente angewiesen sein und es werden normative Interessenabwägungsentscheidungen zu treffen sein. Damit stellt sich die beinahe wesentlichere

Frage nach dem „Wie“, der methodischen Umgebung für die Durchführung derartiger Interessenabwägungsentscheidungen.

Damit komme ich zu meinem zweiten Punkt, betreffend die Anpassungsfähigkeit von common law Systemen. Da fand ich die Bemerkung aus der Diskussion, ich muss Pandoras Box der allgemeinen Rechtsvergleichung hierfür kurz öffnen dürfen, ob vielleicht case law Systeme sich hier schneller anpassen oder ob ihre Vorteile bei größerer Einzelfallgerechtigkeit liegen. Ich glaube, das ist ganz spannend. Denn, anders als man dies erwarten könnte, ist es wohl eher umgekehrt. Die case law Systeme sind in ihrer Entwicklung (bzw. Anpassung an neue Phänomene) sogar langsamer, dafür „schießen“ sie nicht so oft „daneben“, da die Richterschaft in der Entwicklung zumal neuer actions sehr viel zurückhaltender und verantwortungsbewußter agiert, als ein politischem Druck ausgesetzter und zur Aktivität verdammt Gesetzgeber. Prof. Fikentscher vergleicht die Entwicklung eines common law-Systems und der equity-Behelfe sehr schön mit einem Lavastrom, der sich einen Berg herunterwälzt. Und die Richter sind sehr zurückhaltend, hier neue Aktionen – sozusagen neue Flußbetten für den Strom – zu erfinden. Sie wissen sehr wohl, dass der Zusammenhalt des common law in ihrer Hand liegt, und sie werden eher immer sehr behutsam bei dessen Weiterentwicklung sein. Demgegenüber sind civil law-Systeme sind eben schnell mal bei der Hand zu sagen: wir lösen das Problem der Haftung statutorisch vermittels eines neuen Gesetzes. Wir schaffen eine Haftungsrichtlinie oder ein Teledienstegesetz/einen Mediendienstestaatsvertrag. Wir lösen das einfach mal schnell. Und das geht dann eben manchmal daneben.

Und der dritte Punkt: Es scheint mir, dass weder der oben erwähnte individuelle Ansatz noch der kollektiv/utilitaristische Ansatz, auf den sich jetzt so viele Hoffnungen richten, die Fragen beantworten können: „Wo schützen wir denn nun zu viel oder wo schützen wir zu wenig? Abstrakt läßt sich dies nicht lösen. Vielmehr kann man allenfalls empirisch sehen: wo liegen die Probleme? Hier sieht man mittlerweile genügend neuralgische Punkte, an denen Diskussionen aufbrechen. Insofern ein Plädoyer für die Erfahrungswissenschaften und für die Empirie. Wo haben sich Probleme gezeigt in den letzten 25 Jahren? Dann kann man prüfen, wo man die Probleme methodisch am besten löst. Damit wäre schon einiges geleistet und das derzeit gelegentlich nur allgemeine Unwohlsein einer gewissen Präzisierung zugeführt, was sicher zielführend wäre.

Prof. Reto M. Hilty

Danke. Jetzt kommt Herr Senftleben dran.

Dr. Martin Senftleben

Ich möchte auf mehrere Beiträge eingehen. Zunächst habe ich den Eindruck, dass recht weitgehende Zustimmung dahingehend besteht, den urheberrechtlichen Schutz auf eine breite Basis zu stellen. Das ist bei Herrn Bechtold angeklungen, der auf die US-amerikanische Verfassungsklausel verwiesen hat.

Die Frage lautet: Warum kann man sich darauf so scheinbar mühelos einigen? Die Antwort scheint mir darin zu liegen, dass die US-Verfassung eine sehr weite Klausel bietet, die alles Mögliche umfasst; eine Art Blackbox, in die man erst einmal verschiedenste Dinge hineinstecken kann, um sich nachher, wenn man den Karton wieder öffnet, möglicherweise zu wundern, was alles hineingeraten ist. Genau daraus resultiert das hier artikulierte Gefühl von Pluralismus – ein Gesichtspunkt, den ich in meinem Beitrag angesprochen habe, und der in vielen Beiträgen aufgegriffen wurde, etwa von Herrn Bechtold, Herrn Röttinger, Frau Beldiman, Frau Guibault und durch

Herrn Seip. Er betrifft das Problem, dass wir im Grunde, wenn wir über den Schutzbereich sprechen, von ganz vielen Schutzbereichen sprechen, von Werken, die unterschiedliche Ansprüche an den zu gewährenden Schutz stellen. Die Entscheidung, die wir dann treffen müssen, ist folgende: Wollen wir das Urheberrecht in diese Richtung weiterführen, den Pluralismus anerkennen und das System so umbauen, dass die Vielzahl von Schutzgegenständen in unsere US-amerikanische Verfassungsblackbox hineinpasst, oder wollen wir für einige Schutzgegenstände die Schotten dicht machen und ein gewissermaßen elitäres Urheberrechtssystem errichten, das nur noch originär künstlerische und wissenschaftliche Werke schützt? In letzterem Fall müsste der Richter entscheiden, was in diese elitäre Kategorie fällt und was nicht, und so gelangen wir wieder zur Frage von Prof. Kur. Was machen wir mit den Schutzgegenständen, die in der Folge keinen Platz mehr unter dem Dach des Urheberrechts finden?

Insofern wäre mein Vorschlag, den Pluralismus anzuerkennen. Ich kann mir vorstellen, dass es in Zukunft im Urheberrecht eine Art allgemeinen Teil mit gemeinschaftlichen Regeln für alle erfassten Schutzgegenstände geben wird. Weiterhin gälte es dann, genau zu überlegen, worauf der Schutz der verschiedenen Gegenstände fußt, um zu entscheiden, ob Sonderregeln für einige davon notwendig sind. Brauchen wir für Datenbanken, Computerprogramme oder Filme die gleiche Schutzdauer wie für andere Schöpfungen, die ihr Verwertungspotenzial vielleicht erst nach 50 Jahren voll entfalten? Oder die Frage nach der Registrierung. Natürlich kann eine Registrierung oder eben auch eine Maintenance-Regel in Betracht gezogen werden, aber doch nur im Bereich von Werken, die vor allem industriepolitisch orientiert sind, also vor allem monetären Interessen dienen. In diesem Fall hat der Investor auch ein Interesse daran, die Registrierungsgebühr aufzubringen. Der arme Musiker, der unter seinem Dach sitzt und Symphonien schreibt, wird demgegenüber wesentlich größere Schwierigkeiten haben, die Registrierungsgebühr aufzubringen, um Urheberrechtsschutz zu erlangen. Schon da haben wir wieder diese Schere zwischen den verschiedenen Systemen. Es geht ferner um die Frage, ob man das Exklusivrecht in verschiedenen Bereichen von vornherein einfach abschneidet und bestimmte Rechte in einzelnen Bereichen schlicht nicht gewährt.

Die abschließende Frage ist dann, um mit Herrn Seip zu sprechen: Wie weit wollen wir differenzieren, wenn wir den Pluralismus anerkennen? Ich habe lediglich drei Subsysteme vorgeschlagen. Sofern wir mit Herrn Leistner empirisch vorgehen oder Ihren ökonomischen Studien folgen, können wir die Differenzierung natürlich auf die Spitze treiben und statt drei Subsystemen eine Vielzahl für jeden einzelnen Schutzgegenstand vorsehen.

Prof. Reto M. Hilty

Ich möchte jetzt noch die folgenden drei Beiträge bitten und dann versuchen, eine gewisse Schwerpunktbildung, zwei drei Schwerpunkt heraus zunehmen, die wir dann noch vertiefter diskutieren können.

Erster ist von Frau Buydens, dann, falls Du willst, Alexander (Peukert), über Urheberpersönlichkeitsrechte mit dieser psychologischen Dimension und dann habe ich noch Herrn Macciachini. Anschließend möchte ich versuchen, einen Strich zu ziehen, dann zwei oder drei Überlegungen anzustellen und die Diskussion mit Bezug auf diese Überlegungen noch einmal eröffnen.

Prof. Mireille Buydens

Je voudrais revenir sur la question du pourquoi qui a été très justement soulevée par à peu près tout le monde, et notamment par M. Peukert et M. Röttinger. En réalité,

une petite précision. Pourquoi a-t-on établi la protection par le droit d'auteur ? Traditionnellement, il y a trois réponses : une première réponse consiste à dire qu'on donne des droits à l'auteur en raison du fait que son simple travail lui donne un droit sur sa création (théorie dite "lockéenne"). Si on prend cette voie là, il n'y a pas à justifier davantage puisque le droit de l'auteur est alors fondé sur le droit naturel. Selon une seconde théorie on reconnaît des droits à l'auteur afin de l'inciter à créer davantage. Mais là il y a deux problèmes. Le premier est qu'il existe un point de saturation, où au lieu d'être un incitant et de stimuler la création, la protection par le droit d'auteur a l'effet exactement inverse. La protection excessive handicape l'apparition de nouvelles créations. Le deuxième élément, c'est que, comme l'a très justement relevé Mme. Beldiman, tout simplement, il y a d'autres incitants possibles que le droit d'auteur sous sa forme de droit exclusif susceptible de générer des profits. La troisième justification proposée pour le droit d'auteur consiste à dire que le droit d'auteur permet l'indépendance de l'auteur. A l'origine, le droit d'auteur donnait aux auteurs la possibilité d'être indépendants par rapport à leurs protecteurs ou "employeurs". Ils avaient des revenus et ils ne dépendaient pas de quelqu'un qui les finançait. Mais cette justification là également ne tient plus parce qu'il va de soi qu'aujourd'hui, rares sont ceux qui vivent effectivement de leurs droits d'auteur. Si on exclut quelques artistes de grand renom, peu d'auteurs peuvent en vivre. Je voudrais par ailleurs souligner l'importance de l'intervention de M. Seip. On pourrait effectivement envisager d'avoir autant de régimes de droit d'auteur qu'on a in concreto de grandes catégories d'œuvres, dès lors qu'il n'y a que peu de points communs entre les bases de données, la musique, les romans, les films et les photographies. On pourrait donc avoir une approche par types d'œuvres plutôt qu'une approche dogmatique. Maintenant, il y a quand même une question qui est de déterminer si l'approche par marché exclut la définition d'un critère global de l'œuvre. En d'autres termes, même si le régime de droit d'auteur était propre à chaque marché, il conviendrait néanmoins de rechercher une définition générale du concept d'œuvre.

Prof. Reto M. Hilty

Danke schön. Alexander (Peukert)

Dr. Alexander Peukert

Man könnte erwägen, die vom Urheberpersönlichkeitsrecht geschützten Interessen zum Maßstab für die Entscheidung zu machen, was man schützt und was man nicht schützt. Konkret könnte man sich die Frage stellen: Wann bestehen die Interessen im Hinblick auf das geistige Band zu einem Werk, die vom Urheberpersönlichkeitsrecht geschützt werden, und wann bestehen sie nicht? In den Fällen, wo diese Interessen überwiegend nicht bestehen, könnte man argumentieren, dass es sich um einen Gegenstand handelt, der möglicherweise nicht unter das herkömmliche Urheberrecht fällt. Zum Beispiel ist fraglich, ob der Verfasser einer Bedienungsanleitung das Interesse hat, dass diese nicht entstellend verändert wird oder dass er bei ihrer Nutzung stets genannt werden möchte. Wenn man also vom Urheberpersönlichkeitsrecht und den davon geschützten geistigen und persönlichen Interessen ausgeht, gewänne man vielleicht ein relevantes Abgrenzungskriterium für die Schutzvoraussetzungen des Urheberrechts.

Dr. Sandro Macciacchini

Die Diskussion ist jetzt zum Teil dahingegangen, das Problem in verschiedene Probleme aufzuteilen. Ich glaube, dass mit jeder Aufteilung ein neues Problem geschaffen wird, statt das Ausgangsproblem zu lösen; nämlich die Frage: wann ist ein Werk urheberrechtlich geschützt? Bis dahin hat sich noch niemand für mein Konzept der so genannten statistischen Einmaligkeit ausgesprochen.

Gleichzeitig ist aber offenbar anerkannt, dass die Gestaltungshöhe oder der Spielraum eine Rolle spielen. Nun möchte ich die Frage einfach zurückgeben: warum spielt er dann eine Rolle? In den Kommentaren ist das Kriterium anerkannt, ohne herauszustellen, wie groß dann der Spielraum sein müsste oder ohne die Frage zu Ende zu denken. Ich glaube, hinter diesem Kriterium liegt der Gedanke, dass der Urheber sich den Schutz verdienen muss. Diese Idee ist jetzt auch ein-, zweimal aufgetreten. Ich meine, diese Überlegung führt in die Irre.

Die Frage ist nicht: was wollen wir schützen? Die entscheidende Frage ist: was wollen wir nicht schützen? Und da muss man sich einfach: Die Ausgangssituation vor Augen halten: Sie haben potentielle Urheber, die gerne für ihre Äußerung oder ihre Kinder, wie es gesagt wurde, Schutz beanspruchen. Und sie haben zweitens, dies im Unterschied zu leiblichen Kindern, bei geistigen Gütern die beiden Möglichkeiten, nämlich, dass geistiges Gut entweder individuell, sprich: einmalig ist, oder eben nicht individuell ist. Ist es nicht individuell, dann dürfen sie es nicht schützen, weil sich das damit verbundene Ausschliesslichkeitsrecht nicht rechtfertigen liesse. Ich möchte damit noch einmal für mein Konzept der statistischen Einmaligkeit plädieren.

Prof. Reto M. Hilty

Jetzt kämpfe ich seit Jahren vor den Studenten gegen die statische Einmaligkeit und Sie bringen sie wieder ein ... Aber Sie meinen dies natürlich anders als Kummer mit dieser Theorie zuweilen verstanden wird.

Ich möchte nun versuchen, drei Problemfelder etwas zu konkretisieren und die Diskussion dann wieder zu eröffnen. Wir sind zwar noch weit davon entfernt, dass ich sagen könnte, es kristallisiere sich ein Lösungsansatz heraus, aber es ist jetzt doch oft in verschiedenen Formen gesagt worden, dass es irgendwo eine Grenzziehung geben muss, wo Urheberrecht, beginnt bzw. wo es aufhört. Innerhalb des Bereichs, in dem es Urheberrecht geben soll, müssen wir uns einigen auf die Kriterien, die diesen Schutz rechtfertigen, und dann auch auf Schutzwirkungen.

Die erste Frage, die auch Frau Beldiman und die sehr viele aufgeworfen haben, betrifft die Möglichkeiten einer Segmentierung. Könnte diese ein denkbarer Lösungsansatz sein? Oder vielleicht umgekehrt gefragt: was spricht dagegen? Hier spielt natürlich auch das Argument von Herrn Vogel herein: es gibt ganz bestimmte Bereiche, wo das Urheberpersönlichkeitsrecht eine sehr relevante Rolle spielt und es gibt wiederum Bereiche, wo es keine Rolle spielt. Tatsächlich tun wir aber immer so, als ob wir im gesamten Urheberrecht das Urheberpersönlichkeitsrecht bräuchten. Es spielt im Grunde hinein bei den incentives. Herr Röttinger gesagt hat aber mit Recht gesagt, die incentives sind bei weitem nicht in allen Kategorien gleich. Die einen Urheber leben tatsächlich vom Geld, die anderen leben vom Ruhm, weil sie ohnehin ein Gehalt haben. Kann man hier differenzieren – aber auch differenzieren in Bezug auf die Wirkung? Denn das Thema, das wir im Moment diskutieren, sind Schutzvoraussetzungen und Schutzbereich – Schutzbereich im Sinne von Umfang, Reichweite, Wirkung des Schutzes. Wir haben bis jetzt über die Folgen des Rechtsschutzes noch sehr wenig gesprochen.

Ich formuliere vielleicht zunächst alle drei Fragen aus, und dann können wir darüber besser debattieren.

Die zweite Frage beruht auf dem Gedanken, dass eine Polarität besteht. Annette Kur hat in einem Nebensatz gesagt: wenn die Schutzvoraussetzungen nur knapp erfüllt

werden können, weil der Spielraum klein ist, dann ist im Grunde die Schutzwirkung ebenfalls sehr klein. Das ist ein ganz allgemeiner Grundsatz, den wir im ganzen Immaterialgüterrecht kennen. Die Patentrechtler kennen ihn ganz einfach unter der Formel „kleine Erfindung kleiner Schutzbereich“. Im Markenrecht wissen wir es auch: die „starke Marke“ hat einen großen Schutzbereich, die schwache Marke hat einen kleinen Schutzbereich. Das ist an sich auch im Urheberrecht ein denkbare Ansatz, aber ich glaube, im Urheberrecht haben wir ein Sonderproblem, und das möchte ich gerne auch noch etwas diskutieren. Dieses liegt darin, dass es im Urheberrecht nicht so sehr um Nachahmungen geht; jene sind eher ein Randproblem des Urheberrechts. Insofern geht es im Urheberrecht darum, dass ich es entweder ich schaffe, überhaupt in den Schutz hineinzukommen oder eben nicht. Und wenn ich aber in dem Schutz drinnen bin, dann steht der Schutz des Urhebers gar nicht mehr in Frage, sondern alles konzentriert sich im Grunde auf die Frage des Schutzes des Verwerters, weil der Verwerter sich gestützt auf das Urheberrecht dagegen wehren kann, dass von Dritten absolut unstreitig identische Produkte hergestellt werden können, beispielsweise das Nachbrennen von DVDs oder CDs. Bei diesem Abwehrrecht geht es aber nicht um die Frage des Schutzbereichs, es geht nicht um die Frage „kleine Schutzhürde erreicht = kleiner Schutz“, sondern es ist im Prinzip stets die gleiche, sozusagen monopolisierende Wirkung des Schutzrechts da. Ob ich jetzt einen irrsinnigen Sprung, sozusagen den „inventive step“ mache oder nicht – , die wettbewerbsstörenden Wirkungen, die Herr Leistner herausgestrichen hat, sind absolut immer identisch.

Also frage ich Sie: liegt in der Relation Schutzvoraussetzung – Schutzwirkung wirklich die beruhigende Lösung? Führt es tatsächlich zu „wenig Schutzbereich“, wenn wir die Schutzvoraussetzung herunternehmen?

Das führt mich ins dritte Themenfeld hinein. Wir haben ziemlich oft, aber ziemlich unpräzise von Wettbewerbsrecht, Leistungsschutzrecht und solchen Dingen gesprochen. Ich würde eigentlich gerne wissen: was verstehen wir denn eigentlich darunter? Ich habe schon eine Vorstellung, aber ich habe den Eindruck, dass ganz unterschiedliche Vorstellungen bestehen. Zum einen ganz extreme (ich male das bewusst schwarz/weiß): schieben wir die Grenze des Urheberrechts ein wenig hoch und setzen einfach unten das Leistungsschutzrecht ein bisschen länger an. Gewisse vertreten diesen Ansatz vielleicht zumindest am Rande, und Frau Kur sagt ganz bewusst, nein, das kann es nicht sein. Wir können also nicht einfach ins Leistungsschutzrecht hinübernehmen, was wir nicht im Urheberrecht haben wollen und letztlich stellt sich natürlich auch die Frage: was ist denn überhaupt der Unterschied? Wenn ich die Leistungsschutzrechte, die eigentlich wettbewerbsrechtlich motiviert sein müssten, betrachte und die Doktrin dazu lese, dann lese ich zu meinem großen Erstaunen immer, dass das absolute Schutzrechte seien. Wenn der Unterschied nur noch darin besteht, dass die eine Schutzfrist 50 Jahre nach dem Brennen der CD ist, während die andere 70 Jahre nach dem Tode des Urhebers zu laufen beginnt, dann ist das ein relativ kleinerer Unterschied beispielsweise aus der Perspektive des Zeitpunkts, zu dem ein Film rauskommt. Daher müssten wir uns vielleicht schon einmal die Frage stellen: was verstehen wir unter Leistungsschutzrechten wirklich?

Wenn Sie einverstanden sind, möchte ich diese drei Themen noch einmal zur Diskussion stellen. Wollen wir einfach Thema um Thema aufbereiten, oder wie wollen wir es machen? Sind Sie einverstanden, dass wir einfach beim ersten Thema anfangen, bei der Frage möglicher Segementierung?

Da hat sich Frau Kur ganz spontan zu Wort gemeldet. Vielleicht zuerst Frau Kur.

Prof. Annette Kur

Ich möchte einfach mal meine eigene Position klarmachen. Bei dem, was ich heute gesagt habe, habe ich mich darauf beschränkt, gewisse Fragen aufzuwerfen bzw. als zu diskutierende Thesen in den Raum zu stellen. Ich möchte aber jetzt klarstellen – ohne, dass ich abwarte, was letztendlich nach den drei Tagen als Ergebnis herauskommt – wie ich selbst die Dinge sehe.

Erstens, es wird nicht gelingen, eine fühlbare Reduzierung des Anwendungsbereichs durch Anhebung der Schutzvoraussetzungen herbeizuführen. Das ist meine Auffassung. Ich halte es auch gar nicht für besonders sinnvoll, eine solche Reduzierung anzustreben.

Zweitens, es wird auch nicht gelingen, die Schutzvoraussetzung in einer Weise zu formulieren und kategorisieren, die dazu führt, dass es zu einer objektiv eindeutigen Bestimmung des Schutzbereichs kommt. Das wird nicht mit dem Hinweis auf den Gestaltungsspielraum gelingen, auch dann nicht, wenn man ihn mit dem Zusatz akzessorisch/notwendig verbindet, und es gelingt auch nicht auf der Grundlage des Konzepts der statistischen Einmaligkeit. Schauen Sie sich an, welche Diskussionen jetzt in der Schweiz geführt werden, zur Frage des Urheberrechtsschutzes für die Fotografien von Bob Marley einerseits^[14] und dem Wachmann Meili andererseits^[15]. Diese Kategorien helfen nicht weiter. Es bleibt dabei, dass auch dort gewertet wird, und dass auch dort der Richter „aus dem Bauch“ heraus urteilt. Auch die Frage nach Sinn und Zweck des Schutzes bringt uns letztendlich nicht weiter. Es würde uns auch nicht viel weiterhelfen, wenn wir die Frage umgekehrt stellen: was wollen wir eigentlich nicht schützen? Es wird immer einen Bereich geben, in dem notwendigerweise subjektiv gewertet wird. Alles andere würde uns, wie gesagt, zu einem Schutz auf allerniedrigster Stufe – Stichwort: Lego-Bausteine – führen.

Ich kann es nur immer wieder betonen: mit der Unsicherheit hinsichtlich der subjektiven Bewertung werden wir leben müssen, und wir werden auch damit leben müssen, dass die Schutzwelle relativ niedrig angesetzt wird, so dass wir all diese „wunderbaren“ Dinge, die wir nolens volens in den Urheberrechtsschutz aufgenommen haben, auch künftig dort haben werden. Davon gehe ich jedenfalls aus. Deshalb ist es umso wichtiger, dass dann in der Tat inhaltlich differenziert wird. Die Frage ist dann: wie kriegen wir eine solche Differenzierung hin, welche gesetzgeberischen Techniken können dabei Anwendung finden, wie gehen wir mit der Tatsache um, dass wir nicht unter der Geltung des Common Law leben, und dass wir uns in einem Zeitalter der europäischen Kodifizierungen befinden? Wie ließen sich generalklauselartige Bestimmungen – falls sie im Wege einer Harmonisierung auf uns zukommen würden – in das gewohnte System einbauen und möglicherweise mit offenen Beispielskatalogen verknüpfen, um die notwendige Flexibilität mit einer gewissen Rechtssicherheit und der Möglichkeit zur Differenzierung verbinden?

Das ist die große Aufgabe, darauf werden wir uns konzentrieren müssen. Wie gesagt, das Rumdrehen und Rumphilosophieren an den Schutzvoraussetzungen führt jedenfalls meines Erachtens nicht viel weiter.

Dies will ich jetzt erst einmal so stehen lassen. Zu den anderen Fragen hätte ich dann auch noch eine Auffassung.

Prof. Reto Hilty

Klare Meinung, das ist sehr gut. Um noch einmal klarzustellen, was die Fragestellung ist: es geht nicht nur um eine Segmentierung der Schutzvoraussetzung, sondern auch

der Schutzwirkungen. So bisschen anknüpfend an die Extremaussage von Herrn Senftleben: Filme 5 bis 10 Jahre zu schützen reicht. Zwar hätte ich jetzt vielleicht genau bei den Filmen noch Zweifel, aber zumindest gibt es Werkkategorien, bei denen man sich die Frage ernsthaft stellen darf. Es geht darüber hinaus aber eben auch um die Frage, wie weit reicht der Schutz überhaupt.

Prof. Annette Kur

Genau das sollte meine Aussage sein. Es hat keinen Sinn, mit den Differenzierungen schwerpunktmäßig bei den Schutzvoraussetzungen anzusetzen. Wir werden alle diese Dinge im Urheberrecht drin haben, aber dann inhaltlich differenzieren müssen. Genau das war es.

Prof. Reto M. Hilty

Was aber nicht ausschließt, zunächst einmal den großen Topf zu machen von Frau Buydens und dann die urheberrechtliche Grenzen anders zu ziehen als heute. Das ergäbe dann vielleicht doch wieder einen Einfluss auf die Schutzvoraussetzung.

Jetzt hat sich Tilo Gerlach schon lange gemeldet und dann Herr Bechtold.

Dr. Tilo Gerlach

Um auf diese Differenzierung Schutzvoraussetzung/ Schutzwirkung zurückzukommen: Mir scheint die Lösung auch eher in dem morgigen Thema der Schranken zu liegen. Wenn ich mir dieses Konzept mit der Segmentierung vorstelle, dass man empirisch untersuchend und damit auch immer mit einer zeitlichen Verzögerung Bedürfnisse identifiziert, die man dann ja auch noch bewerten muss im Hinblick auf die Schwerpunktsetzung, dann liegen wir damit, mit Verlaub gesagt, relativ nahe an einer Planwirtschaft. Wer sagt denn, wie viele Brillenmodelle wir brauchen, um hier bei der angewandten Kunst zu bleiben? Wir haben immer dieses zeitliche Problem, das bei den Schranken zu lösen ist. Wenn man davon ausgeht, dass es eine gewisse Schutzfrist immer gibt, die nicht ganz kurz wird, dann hat das den Vorteil, dass wir uns um tatsächliche Nutzungen und damit um die Freiräume bei konkreten Nutzungen kümmern. Und das erscheint mir sehr viel flexibler als an diese, wie auch immer, empirisch zu ermittelnden Kategorisierungen bei den Schutzvoraussetzungen anzuknüpfen.

Prof. Reto M. Hilty

Ich möchte nur ganz kurz dazwischen sagen: Wir haben in der zweiten Hälfte des 19. Jahrhunderts auch einmal entscheiden müssen, wo wir die Grenzen ziehen. Und wir gehen davon aus, dass die Grenzen heute immer noch gleich zu ziehen sind. Im Grunde geht es nur um den Punkt, das System, das damals gezeichnet worden ist, noch einmal zu überprüfen. Von daher gesehen ist die Frage nicht illegitim; es ist nicht für alle Ewigkeiten festgeschrieben, dass damals alles richtig entschieden worden ist. Man muss schließlich auch immer sehen, was damals die Schutzgegenstände waren und was sie heute sind, was wir heute alles hineindrücken.

Herr Bechtold.

Dr. Stefan Bechtold

Ich wollte zu der ersten Frage, also zu der Fragmentierung der Schutzvoraussetzungen oder Schutzwirkungen, noch etwas sagen. Ich bin insofern etwas skeptisch, weil man natürlich in das offensichtliche Problem der Abgrenzungen von solchen Kategorien hineinkommt. Wenn es z.B. um die Schutzvoraussetzungen geht und wenn man sich den Bereich Digitalisierung anschaut, dann gibt und gab es einige Beispiele, die gezeigt haben, dass diese Abgrenzung eben beileibe nicht einfach ist.

Ein Beispiel: Was ist eine WWW-Seite? Da gibt es Leute, die sagen, das ist ein Computerprogramm, da gibt es Leute, die sagen, das ist ein Sprachwerk, da gibt es Leute, die sagen, das ist etwas ganz anderes. Beispiel DVD: da sagen einige natürlich, das ist eigentlich ein Filmwerk, dann gibt es Leute, die sagen, das ist aber eigentlich ein Computerprogramm. Ein weiteres Beispiel wären Videospiele. Man wird also in vielen Bereichen immer das Problem haben, nicht richtig abgrenzen zu können. Jetzt kann man natürlich sagen, das sind Randbereiche, und darauf muss man dann einfach eingehen.

Jedenfalls kommt man in diesen Bereichen wieder auf den Punkt der Methodenehrlichkeit zurück. Die Entscheidung, ob eine DVD ein Filmwerk oder ein Computerprogramm ist, wird letztendlich einfach davon abhängen, dass man sich überlegt: was kommt hinten raus, wenn ich mich für die eine oder für die andere Lösung entscheide? Ich bin selbst skeptisch, ob das der wirklich überzeugende Ansatz ist.

Prof. Reto M. Hilty

Ich provoziere Sie jetzt ein bisschen: wozu soll denn eine www-Seite als solche überhaupt urheberrechtlichen Schutz haben? Oder anders gefragt: Ist nicht das, was uns eigentlich stören würde, die Tatsache, dass ein Dritter die übernehmen könnte, ohne selbst investiert zu haben? Ist dann das Urheberrecht überhaupt das richtige Instrument? Und noch etwas provokativer: Haben wir die Probleme, die Sie genau richtig angesprochen haben, nicht deswegen, weil wir in den festgefahrenen Kategorien denken?

Dr. Stefan Bechtold

Aber eine Fragmentierung würde doch auch zu einer Kategorisierung führen? Ich werde immer mit Kategorien kämpfen müssen. Ob das jetzt gerade diese sind, das ist ja noch einmal eine ganz andere Frage. Ich sehe hier einfach ein grundsätzliches Problem, zwischen Werken zu differenzieren. Ich bin einfach skeptisch, ob das weiterhilft.

Dr. Thomas Ramsauer

Die Aufsplitterung und Segmentierung von Schutzrechten – mit dem Ziel, für jegliche im Markt vorfindbare Gegenstände einen maßgeschneiderten Rechtsschutz zusammen zu zimmern – erscheint mir in unserem Kontext zweifelhaft. Mich trieb dann die Frage um: für was brauchen wir noch ein spezielles Urheberrecht? In diesem Fall müsste man tatsächlich den Schritt gehen und sagen: wir führen ein Immaterialgüterrecht für alle beliebigen schützenswert erscheinenden Schutzgüter ein. Denn die Kategorien, die wir jetzt haben, sind zwar historisch ererbt und in internationalen Verträgen festgeschrieben, aber heute haben Sie uns ja die Freiheit gegeben, uns über sämtliche historischen Bindungen hinwegzusetzen. Wenn ich also auf dieser Grundlage weiterhin mich fragen möchte, welche Rolle spezifisch das Urheberrecht künftig spielen soll (wie es im Titel der Veranstaltung steht), und nicht mich gleich auf ein allgemeines custom made Immaterialgüterrecht stürze, dann werde ich ohne eine Leitvorstellung nicht auskommen: Wofür brauche ich ein Urheberrecht und welche Leistungen und welche Immaterialgüter sollen darunter fallen? Für sonstige Leistungen oder Immaterialgüter – die auch schützenswert erscheinen, aber nicht unter das urheberrechtliche Leitbild fallen – müssten wir dann ggf. weitere Schutzrechte einführen.

Dr. Gregor Schmid

Zu Herrn Gerlach und Frau Kur. Ich habe große Sympathie für den Ansatz, vieles über die Schranken zu lösen. Dann stellt sich aber die Frage, ob ein enumeratives System

der Schranken ausreicht, um neue Sachverhalte zu erfassen, da wir keine allgemeine „fair-use“ - Ausnahme kennen. Richtig ist, denke ich, der auch von Annette Kur angesprochene Ansatz, im Rahmen des Systems des Urheberrechts differenzierte Schutzrechte zu entwickeln. Dieser Ansatz hätte den Vorteil, dass er sich in das System einfügt, Rechtssicherheit gewährt und trotzdem ausreichend flexibel ist. Das wäre wohl auch der Vorteil gegenüber dem UWG-Schutz, der in gewisser Weise „Etikettenschwindel“ betreibt. Die Frage der Abgrenzung, ob ein Werk die Schwelle zum Urheberrechtsschutz überschreitet oder nicht, oder ob ich ein Werk einem Leistungsschutzrecht oder einem „echten“ Urheberrecht zuordne, wird man sich wohl immer stellen müssen, und sie ist eben - zumindest auch - rechtspolitischer Natur.

Prof. Reto M. Hilty

Danke. Frau Helberger

Frau Natali Helberger

Ich würde dem vorigen Sprecher zustimmen, dass eine Segmentierung eigentlich eine attractivité ist, auch weil wir morgen wahrscheinlich sehen werden, dass in bestimmten Bereichen die Schranken in dem Moment einfach nicht mehr funktionieren, wo wir technische Schutzmaßnahmen haben, die Zugang kontrollieren. Dann haben wir alternative Lösungen nötig. Insofern kann es eine attraktive Idee sein, den Weg über eine Segmentierung des Schutzbereichs zu gehen. Aber dann frage ich mich: da haben wir auch objektive Kriterien dazu nötig, wie wir eigentlich segmentieren? Nach was für Kriterien segmentieren wir? Nach der Art des Werkes, ob es jetzt ein elektronisches Computerprogramm ist oder nicht, nach dem Grad der Kreativität, nach dem Grad der gesellschaftlichen Relevanz? Löst das unser Problem des Fehlens objektiver Kriterien?

Prof. Reto M. Hilty

Sie haben gewiss Recht, dass wir noch sehr viel drüber nachdenken müssen. Es ist die Kugel ins Rollen gebracht; ist das überhaupt die richtige Richtung, in die sie rollt?

Tilo (Gerlach).

Dr. Tilo Gerlach

Direkt zu Herrn Schmid.

Ich verstehe nicht ganz, worin der Vorteil liegt. Woher kommt die Flexibilität, wenn wir beim Schutzbereich anknüpfen? Da ist doch genau die Kategorisierung, die mit einem fair-use im Bereich des Schutzbereichs für mich jedenfalls kaum denkbar ist. Sie bräuchten dann eine Generalklausel. Alles, was die Industrie oder den Wettbewerb und die Informationsgesellschaft behindert, fiele aus dem Schutzbereich, um es mal so provozierend zu sagen. Ich verstehe nicht, warum wir auf dieser Ebene mehr Flexibilität haben sollten als auf der Schrankenebene.

Dr. Gregor Schmid

Ich denke, mit unserem System der abschließenden Schrankenbestimmungen können wir viele Fälle wohl nicht einfangen.

Prof. Reto M. Hilty

Sie haben festgestellt, dass ich stillschweigend Ihre Akzeptanz vorausgesetzt habe, dass wir etwas überziehen, aber ich würde so als absolute Grenze, wenn Sie einverstanden sind, 18.30 Uhr ins Auge fassen. Ich verspreche, dass wir dann aufhören. Aber wenn die Diskussion so schön läuft, dann will ich sie lieber nicht unterbrechen.

Herr Till Kreutzer

Wenn man über differenzierten Urheberrechtsschutz nachdenkt, halte ich die Überlegung für elementar, wo man hierbei ansetzen sollte. Mir scheint, dass es diesbezüglich zunächst terminologische Fragen zu klären gilt, insbesondere bei den Begriffen Schutzvoraussetzungen, Schutzbereich und Schutzwirkungen. Unter Schutzvoraussetzungen verstehe ich die Frage nach dem „Ob“ des Schutzes, derzeit geregelt durch den Werkbegriff. Unter Schutzwirkungen verstehe ich die Reichweite und den Umfang der Ausschließlichkeitsrechte und unter Schutzzumfang (im engeren Sinne) den Aspekt, wie weit der Schutz des Werkes gegen ähnliche oder nachgeschaffene Schöpfungen gewährt wird. Hierunter fiel etwa die Beurteilung, was eine freie Benutzung, was eine Bearbeitung oder 1:1-Übernahme ist. Ich meine, dass man auf dem Weg zu einem angepassten, differenzierten und möglichst gerechten Urheberrechtsschutz vorrangig bei den Schutzwirkungen ansetzen sollte. Der Aspekt der Schutzvoraussetzungen scheint mir dagegen weniger gut geeignet. Das zeigt sich wiederum am geltenden Recht. Bei anerkannt niedrigen Schutzvoraussetzungen, also Schutz der „kleinen Münze“, wird jedem noch so banalen Schutzgegenstand undifferenziert ein sehr weit gehendes Recht zuerkannt. Das heißt 70 Jahre Schutzdauer, Persönlichkeitsrechte, Ausschließlichkeitsrechte im wirtschaftlichen, im materiellen und im ideellen Bereich. Dass die Schutzvoraussetzungen so niedrig sind, hängt mit der mangelnden Unterscheidung hinsichtlich der Schutzwirkungen unmittelbar zusammen. Das geltende Urheberrecht verfährt nach dem Grundsatz „Ganz oder gar nicht.“ Die „kleine Münze“ soll nicht rechtlos gestellt sein, was aber der Fall wäre, wenn man die Schutzvoraussetzungen anheben würde, um das Urheberrecht nicht ausufern zu lassen. Näher als eine solche Lösung erschiene mir, die Schutzvoraussetzungen niedrig zu halten und dafür im Rahmen der Schutzwirkungen mehr zu differenzieren. Dann wäre die Entscheidung, ob ein Recht entsteht, weniger folgenreich für den Interessenausgleich. Die Schutzvoraussetzungen, also die Regelung der Frage, ob ein Recht entsteht, würden dann nicht abschließend darüber entscheiden, welche Auswirkungen hiermit verbunden sind, also nicht mehr über „Ganz oder gar nicht.“ Vielmehr könnte man im Rahmen der Schutzwirkungen individuell auf die Interessenlage im Einzelfall eingehen und bestimmen, ob einzelne Ausschließlichkeitsrechte bestehen oder nur Vergütungsansprüche, ob Persönlichkeitsrechte gewährt werden usw. Um angemessene Schutzwirkungen zu realisieren, könnte auf verschiedene Kriterien abgestellt werden, zum Beispiel die Schutzbedürftigkeit. Bei rein wirtschaftlich orientierten Schöpfungen könnte dies heißen, dass der Schutz nur soweit ginge, als er für die Amortisation der Investitionen und die Sicherung eines „First-Mover-Advantages“ notwendig ist. Hierfür wäre natürlich vorab die Definition einer Mehrzahl von Aspekten, auch nicht-rechtlicher Natur, notwendig, die man als schutzwürdig anerkennen möchte. Für deren Beurteilung könnten Erkenntnisse aus der von Matthias Leistner bereits angesprochenen Empirie herangezogen werden, um bestimmte ökonomische und andere Beurteilungsparameter zu erschließen. Maßgeblich sollten die rechtlichen Mechanismen gewährleisten, jedem Werk den Schutz zu gewähren, der vom Rechtsinhaber benötigt wird und der vor dem Hintergrund der betroffenen Interessen angemessen ist.

Prof. Reto M. Hilty

Damit wir terminologisch nicht aneinander vorbei reden – das ist eine Gefahr, und ich sage auch nicht, dass ich die Definition richtig wiedergebe – möchte ich mich versichern: ich verstehe sie so, Schutzbereich und Schutzwirkung sind Synonyme und bedeuten im Grunde: der Urheber hat das ausschließliche Recht zu X, für eine Dauer von Y. Das ist im Grunde die Schutzwirkung. Wenn wir von Schranken sprechen, dann sagen wir, er hat zwar alle diese Rechte, aber in dem und dem Fall kann er sie nicht gel-

tend machen. Ich denke, das sollten wir auseinander halten. Und da, glaube ich, haben wir noch einen gewissen Diskussionsbedarf in Bezug auf die Schutzwirkung oder den Schutzzumfang oder Schutzbereich oder wie wir sie immer nennen wollen, bevor wir dann zu den Schranken gehen. Wir können morgen auf diese Frage auch ohne weiteres zurückkommen.

Ich würde vorschlagen, dass wir noch ganz kurz die zweite Frage aufgreifen. Wie sehen Sie denn dieses Problem. Sie haben jetzt das Stichwort wieder genannt, nachdem es schon ein paar Mal gefallen ist: die „kleine Münze“. Können wir sagen, das Problem der „kleinen Münze“ ist, dass die wirtschaftliche, die wettbewerbsrechtliche Wirkung natürlich explosiv ist. Das Urheberrecht ist ein enormer Hebel, um die „kleine Münze“ in eine ganz starke Marktposition hinein zu bringen; und ist er nota bene nicht der Hebel des Urhebers, sondern der Hebel der Verlage oder der Hebel der Verwerter ganz allgemein. Dort liegt im Grunde unser Problem, das im Grunde auch die ganze Open Access-Geschichte losgetreten hat, weil wir sagen: so kann es nicht weitergehen.

Dr. Kamiel Koelman

I would like to make a remark on the idea of the „Fragmentierung“ – the segmentation – of copyright. One argument against this approach, which hasn't been on the table yet is that you design copyright law, IP law, to consist of many different regimes, it will become more complicated and economic theory says about complicated regimes that they are more costly to maintain. There will be more uncertainties and therefore more disputes. „Fragmentierung“ in three categories may perhaps be a good idea. But if there were too much different regimes that could well have an undesirable result.

Prof. Reto M. Hilty

Danke schön. Sie haben jetzt noch zum ersten Themenbereich gesprochen. Gibt es Überlegungen zum zweiten? Herr Metzger und Herr Jaeger,

Dr. Till Jaeger

Etwas zu dem Punkt „Anhebung der Schutzvoraussetzungen im Sinne der Schöpfungshöhe“. Ich glaube, das ist es ja, worauf Sie abzielen. Und das gleich auch noch in Verbindung mit dem Thema Registrierung. Das sind hier die beiden Konzepte, die heute vorgeschlagen wurden, um auf der Ebene des Schutzbereichs zu einer allgemeinen Einschränkung zu kommen. Ich glaube da lohnt sich als Vergleich vielleicht ein Blick - aus rein praktischer Sicht - auf das Patentrecht. Und da sehe ich in beiden Aspekten im Patentrecht erhebliche Probleme, einfach schon bei der praktischen Durchführung.

Bei einer Registrierungspflicht befürchte ich eine weitere Verschiebung hin zu den Verwertern. Die Rechtsposition der Verwerter würde ungemein gestärkt, wenn man sich das entsprechend im Patentrecht anschaut. Dort sind es die Großunternehmen, die Patente anmelden, einfach weil sie hohe Anmeldezahlen haben möchten. Und man würde - glaube ich - rein praktisch nicht zu einem Ergebnis kommen, dass dann nur das, was schutzwürdig ist, auch angemeldet würde, weil man dafür Geld bezahlen müsste, sondern man würde eigentlich nur eine Verschiebung der wirtschaftlichen Position erreichen - vom Urheber weg zum Verwerter.

Der zweite Punkt: Die Schöpfungshöhe. Wenn ich mir das rein praktisch anschau bei den Gerichten, bei den Patentämtern, dann habe ich den Eindruck - ohne dass ich hier Zahlen habe -, dass das Kriterium der Erfindungshöhe auch nicht in dem Maße be-

rücksichtigt wird, in dem es berücksichtigt werden sollte. Die Patentämter prüfen vor allem die Neuheit, und die Erfindungshöhe spielt meistens nicht das entscheidende Kriterium, weil man sich vor dieser Wertungsentscheidung gerne herumdrückt oder weil diese dann Streit erzeugt. Und so wäre es wohl auch, wenn man versuchen würde, wieder das Kriterium der Schöpfungshöhe zu stärken. Dies führt dann immer in Wertungsproblematiken, da stimme ich Frau Kur zu. Dieser Ansatz wäre vermutlich praktisch erfolglos und würde lediglich dazu führen, dass immer wieder versucht wird, die Schöpfungshöhe zu senken, einfach weil es pragmatisch einfacher durchzuführen ist.

Im Endeffekt komme ich dann nur zu dem Ergebnis, dass man um eine Fragmentierung nach Werkgattungen und eine Regelung auf der Ebene der Schranken eigentlich nicht herum kommt. Natürlich hat man damit das Problem komplizierter, aufwendiger Regelungen und vielleicht verschiedene Werkgattungen mit verschiedenen Schranken. Allerdings ist das dann vielleicht die Aufgabe der Rechtswissenschaftler, da den dogmatischen Wildwuchs zu vermeiden und zu versuchen, wie man Kriterien finden kann, mit denen man nicht zu unübersichtliche Einzelregelungen kommt, sondern zu einigen wenigen handhabbaren Kriterien.

Prof. Reto M. Hilty

Der Hinweis zum Patentrecht ist sehr spannend, denn es gab Ende der 70er Jahre den Versuch, den „inventive“ Schritt wieder größer zu machen und man hat das sprachlich damit bewältigt, jedenfalls im deutschsprachigen Raum, von der Erfindungshöhe zum Nichtnaheliegen zu gehen. Man hat die Begriffe gewechselt, um zu sagen, man will im Grunde mehr. Und wir haben heute dennoch genau die gleiche Diskussion wie im Urheberrecht mit den Trivialpatenten, indem trotz Vorprüfung zu viele Patente erteilt werden für Dinge, die banal sind. Die Patentrechtler führen ähnliche Diskussionen wie wir. Nur ist dort die Lobby natürlich noch viel stärker.

Prof. Reto M. Hilty

Jetzt hat sich Herr Metzger noch gemeldet.

Dr. Axel Metzger

Darf ich noch was zu Frage 1 noch sagen? Oder wollen wir es aufgrund der fortgeschrittenen Zeit etwas beschränken, lieber auf Frage 2?

Prof. Reto M. Hilty

Sie dürfen zu Frage 1 natürlich auch noch was sagen.

Dr. Axel Metzger

Danke schön. Den methodischen Ansatz, der durch den Raum geistert, finde ich sehr interessant. Es scheint sich eine gewisse Tendenz zu zeigen, hin zur Empirie, zur Fragmentierung, zur Einzelfallgerechtigkeit, weg von Dogmatik, weg von den durchziehenden Wertentscheidungen, die man auf alle Fälle anwendet. Man sollte hierbei den Sinn des systematischen Rechtsdenkens nicht aus dem Auge verlieren. Systematisches Rechtsdenken ist kein Selbstzweck. Hinter dem systematischen Denken steht selbst eine Wertentscheidung, nämlich diejenige, Gleiches auch gleich zu behandeln. Es geht nicht nur um Rechtssicherheit, sondern es geht auch darum, Wertungskohärenz herzustellen. Natürlich muss Fragmentierung gestattet sein, wo sie notwendig ist, beispielsweise bei der Schutzdauer. Gleichwohl sei die Frage gestattet, ob wir wirklich für jeden einzelnen Schutzgegenstand gleich ein eigenes Urheberrecht brauchen. Man sollte hier nicht über das Ziel schießen.

Eine ganz pragmatische Idee zur Gestaltungshöhe: Ich war Referendar an der 8. Kammer des Landgerichts Hamburg; die Kammer beschäftigt sich ganz überwiegend mit Urheberrechtsfällen. Ich hatte den Eindruck, dass die Richter sehr wohl unterscheiden können, was schutzfähig sein soll und was nicht schutzfähig sein soll. Es ist vielleicht auch die tägliche Erfahrung im Umgang mit entsprechenden Fällen. Wenn man genauer nachliest, von welchen Gerichten die Entscheidungen stammen, die einen zu weitgehenden Schutz bejahen, so hat man den Eindruck, dass vor allem die Gerichte unsicher im Umgang mit den Schutzvoraussetzungen sind, die nicht jeden Tag mit Urheberrechtsfragen befasst sind. Meine Frage wäre deshalb: Sollte man zentrale Zuständigkeiten bei einigen, wenigen Gerichten schaffen, damit erfahrene Richter über die Schutzfähigkeit entscheiden?

Prof. Reto M. Hilty

Gut, jetzt möchte ich noch Herrn Senftleben, Herrn Macciachini und Frau Beldiman sprechen lassen und dann würde ich eigentlich vorschlagen, dass wir mit Blick auf die Zeit schließen, weil Sie sich ja alle noch frisch machen möchten für das Gala-Diner heute Abend.

Dr. Martin Senftleben

Ich möchte zum Thema „kleine Münze“ anmerken, dass wir, wenn wir schon die „kleine Münze“ schützen, nicht gleichzeitig Produkte, bei denen es sich um auf dem Kunstmarkt anerkannte Kunstprodukte handelt, wie etwa „objets trouvés“, nicht aus dem Schutzbereich herausfallen lassen sollten. Andernfalls bringen wir das Gesamtsystem in eine Schiefelage.

In diesem Zusammenhang finde ich Max Kummers Thesen sehr interessant. Im Bereich der bildenden Kunst könnte etwa die Präsentationsthese mit einfließen, also die Idee, dass ein Kunstobjekt dadurch geschaffen werden kann, dass ich im Falle vorgefundener Gegenstände die Schutzwirkung dadurch erreiche, dass ich sie in einen Ausstellungszusammenhang bringe.

Dr. Sandro Macciachini

Vielleicht nur ganz kurz dazu. Die Frage der statistischen Einmaligkeit ist aus meiner Sicht zu trennen von der Frage: ist ein vorgefundenes Werk schützbar oder nicht? Das sind zwei verschiedene Dinge. Man muss die statistische Einmaligkeit immer mit der Schutzvoraussetzung verknüpfen, dass es sich um ein geistiges Gut handeln muss, und das ist bei der berühmten Föhrenwurzel klarerweise nicht der Fall.

Aber noch einmal zu dieser Bewertungsproblematik. Ich stimme Frau Kur völlig zu, dass es eben diese klaren, objektiven Kriterien nicht gibt, aber die gibt es nie. Noch einmal: Sie haben im Markenrecht den Begriff der Verwechselbarkeit, Sie haben im Patentrecht den Begriff der Erfindungshöhe und anderes mehr. Wir müssen einfach das Bestmögliche tun. Jurisprudenz ist keine exakte Wissenschaft. Aber da dann die Flinte ins Korn zu werfen ist auch keine Antwort. Und die beiden Fälle in der Schweiz, die erwähnt wurden, der „Bob Marley“ und der „Wachmann Meili“-Entscheid, dort ging es um zwei Fotografien, bei denen sich die Frage stellte, ob sie urheberrechtlich geschützt sind. Das Bundesgericht hat die Frage in einem Fall bejaht und im anderen Fall verneint. Jetzt kann man das als Rechtsunsicherheit bedauern, aber das Bundesgericht hat im Fall „Meili“ über mehrere Seiten einleuchtend begründet, warum in diesem Fall die Individualität nicht gegeben ist. Und es hat das aufgrund dogmatisch klaren Kriterien gemacht.

Prof. Reto M. Hilty

Was jetzt im Raume steht und ich glaube, das macht auch Sinn, dass wir es stehen lassen, ist die Frage dieses ominösen wettbewerbsrechtlichen Schutzes. Ich glaube, die Frage müssen wir mitnehmen, aber wir sollten sie nicht vergessen. Das ist wahrscheinlich jetzt zu knapp, um das noch in zwei Minuten aufzugreifen. Das ist auch viel zu wichtig.

Ich danke Ihnen herzlich für diese sehr engagierte und spannende Diskussion.

[13] s.o., Fußn. 2 und 3.

[14] BGE 129 III 715; sic! 2004, 155 – Malbuner.

[15] BGE 4 C. 111/2002 – Wachmann Meili.