

Teil 1 – Schutzvoraussetzungen und Schutzbereich

1ter Diskutant – Dr. Matthias Leistner

Ganz herzlichen Dank. Ich finde es eine ganz wunderbare Gelegenheit, hier – zumal in meiner Heimatstadt Berlin – mit der Familie des Urheberrechts, in so schöner Atmosphäre diskutieren zu dürfen. Also ganz herzlichen Dank an die Organisatoren, hier dabei sein zu können, und zumal nun auch nachdenken zu dürfen über die beiden Thesen von Frau Prof. Buydens und Frau Prof. Kur.

Ich fand es bemerkenswert, wie ausgezeichnet sich die vorgetragenen Thesen in ihrem methodischen Ansatz ergänzen. Zum einen das philosophische Fundament, das Prof. Buydens gelegt hat, mit höchst vielfältigen Belegen, die von Thomas Hobbes bis Andy Warhol reichen (damit zugleich selbst ein schöner Beleg für das Facettenreichtum menschlicher Kreativität); und dann auf der anderen Seite, Prof. Annette Kur, die dem gewissermaßen, man kann es ja gar nicht anders nennen, eine institutionenökonomische Analyse gegenüberstellt, die übergreifend fragt, wo hakt es denn?, aus der Sicht der Institutionentheorie und gewissermaßen diesem philosophischen Fundament die praktische-instrumentale Seite hinzufügt. An dieser Dichotomie (philosophische Grundlage deontologischer naturrechtlicher Art auf der einen Seite und auf der anderen Seite institutionentheoretische Analyse, dann wohl mehr utilitaristischer Art) würde ich mich gerne orientieren und dabei die Thesen zum Anlass nehmen, vielleicht bezüglich des philosophischen Fundaments doch am einen oder anderen Pfeiler zu rütteln, statt dessen den einen oder anderen kleinen Holzbalken vielleicht auch neu einzuziehen, wodurch das System ein wenig offener für interessenjuristische Ansätze wird und mehr Rücksichtnahme auf die Abwägung der beteiligten subjektiven Interessen gestattet, was u.U. zugleich eine größere Methodenehrlichkeit in der Rechtsanwendung ermöglicht.

Zuerst zu der These, dass das Urheberrecht an eine bestimmte sozioökonomische Umgebung gebunden sei. Selbstverständlich ist es das. Genau wie das Eigentum. Seit dem Scheitern der Eigentumsbegründung von John Locke, seit dem Scheitern der Willenstheorie des Eigentums von Hegel wissen wir, dass das Eigentum letztlich ein institutionentheoretisches Mittel ist, um die Gesellschaft zum Funktionieren zu bringen; demgegenüber lässt sich eine lückenlos deontologische, naturrechtliche Begründung wohl nicht erbringen^[5]. Und seit 1917 und der Sowjetunion, die das Volkseigentum einführte, wissen wir auch, dass wenn sich die entsprechenden politökonomischen Rahmenverhältnisse drastisch ändern, prompt derartige Rechte auch abgeschafft werden können, selbst wenn sie bisher positivrechtlich noch so fest verankert schienen.

Aber was folgt daraus? Die Frage lautet ja differenzierter, „wo sollen wir was abschaffen“, wie weit soll die Befugnis des geistigen Eigentümers reichen? Frau Prof. Buydens bringt in diesem Zusammenhang einige Beispiele – die open source software, neue Kunstformen etc. – und knüpft daran die These, dass das Urheberrecht als solches unter Umständen schon gar nicht mehr funktioniere, schon gar nicht mehr die gesellschaftliche Wirklichkeit reflektiere. Das mag in Einzelfällen richtig sein; insbesondere mag die klassische incentive-Theorie einer utilitaristischen Begründung des Urheberrechts so unmittelbar nicht mehr zu halten sein. Ich würde aber bei einigen der Beispiele doch ein Vorsichtszeichen setzen und insbesondere die Frage aufwerfen, ob nicht selbst unter Verzicht auf oder Einschränkung des incentive-Ansatzes doch die Notwendigkeit des Urheberrechts sich utilitaristisch gut begründen lässt, selbst wenn man sich allein auf das Ziel der Schaffung marktmäßiger

Funktionsbedingungen, die eine optimale Verbreitung kreativer Leistungen befördern, kapriziert. Um beispielhaft einmal die open source-Bewegung herauszugreifen: Ist es denn tatsächlich so, dass diese Form kollektiven Schaffens, das Urheberrecht als solches fragwürdig macht? Ich würde dem genauso plakativ die These entgegenhalten, ohne Funktionieren des Urheberrechts hätte sich die open source Bewegung nie entwickeln können. Aus folgendem Grunde: Ein Pfeiler der open source Bewegung ist es, dass die Bearbeitung wiederum freigegeben wird. Ich bearbeite den freien Code, die Bearbeitung ist wiederum frei. Dieser Pfeiler trägt in der Tat zweifelsohne, auch unter Hinfertlassung des urheberrechtlichen Fundaments. Unter gedankenexperimenteller Hinweglassung urheberrechtlicher Rahmenbedingungen hätte jedermann freien Zugriff auf den Code frei und seine Bearbeitung wäre dann aus denselben Gründen wiederum frei. Aber ein ganz wichtiger zweiter Pfeiler – diese Systeme heißen nicht umsonst open source – ist es, den neu erstellten Code dann auch wiederum offen zu legen. Und wie wäre dies ohne urheberrechtlichen Hintergrund durchsetzbar? Ein Beispiel: Der zweite Bearbeiter, verbessert einen vorliegenden Code, der nunmehr rein rechtlich frei wäre, und verschlüsselt dann aber sein Arbeitsergebnis und gestattet nur (auf rein vertragsrechtlicher Grundlage) selektiven Zugang. Aus der Sicht der open source Bewegung müsste es nun durchsetzbar sein, dass der bearbeitete Code wiederum offengelegt wird. Meine plakative Gegenthese an dieser Stelle lautet: mit dinglicher Wirkung gelingt das gerade nur deshalb, weil der gesetzliche Rahmen des Urheberrechts – institutionentheoretisch sozusagen als zwingender Hintergrund – zur Verfügung steht, um das Modell der open source software auf diesem Wege durchsetzen zu können. Mindestens als Krücke ist das Urheberrecht in diesem Falle also ganz im Gegenteil sogar wichtig, um eine entsprechende neue Kreativitätsform zu stützen.

Mit anderen Worten, die Fragen, wo müssen wir nun korrigieren im Urheberrecht, wo liegen die Probleme sind wohl eher konkret, weniger grundsätzlicher Natur (im Sinne einer Frage nach der Abschaffung des Urheberrechts)? Philosophisch ist der Ansatz von Prof. Buydens über den Gleichheitsgedanken uneingeschränkt Zustimmungswürdig. Ich möchte dem Zitat von Thomas Hobbes noch hinzufügen, dass auch die Theorie von John Rawls letztlich auf einem Gleichheitsbegriff hinter dem „veil of innocence“ (der einzelne kennt seine Talente gar nicht, weiß gar nicht, welche Talente er hat, ob er ein großer Künstler ist oder eher ein Computerprogrammierer) fußt: Für das Urheberrecht ließe sich das etwa fruchtbar machen, indem man eine Balance zwischen den Interessen derjenigen Urheber, die eher auf vorbestehenden Werken aufbauen (man denke an den genialen „Kopisten“ William Shakespeare) und demnach auf weite Bereiche freier Benutzung zur Schaffung ihrer eigenen neuen Werke angewiesen wären und denjenigen Urhebern, die eher im Sinne des heutigen Trends zum individuellen, ganz eigenständige Werke schaffen und daher in diesem Zusammenhang eher ein Interesse an weiterreichendem Schutz gegen Fortbenutzung ihrer Werke hätten, auf Grundlage eines hypothetischen Vertrags hinter dem veil of innocence sucht, den die Gesamtheit der Urheber schließen würde, wenn der Charakter seines eigenen Schaffens dem einzelnen Urheber noch unbekannt wäre. Auf diese Basis stützt John Rawls ja seine ganze philosophische Theorie einer liberalen Gesellschaft, später eingeschränkt, im political liberalism, auf die Reichweite einer politischen Theorie. Begrifflich weist dies alles in der Tat Richtung auf die Selbstbestimmung als philosophische Grundlage auch des Urheberrechts. Konkret im urheberrechtlichen Kontext der Schutzvoraussetzungen des deutschen Rechts entspricht dem wohl am ehesten dann der Spielraumbegriff als methodologischer Ansatz. Der begrifflich systematische Ansatz von Frau Prof. Buydens entspricht dem kongenial.

Nichtsdestotrotz würde ich die These wagen, dass noch in dem schönsten deduktiven System und in dem schönsten vermeintlich verobjektivierten Kriterium stets ein Raum steckt für subjektiv-normative Wertung im Sinne schlichter Interessenjurisprudenz. Und ich glaube, dass, wenn wir den Spielraumbegriff anwenden, sich auch hier wieder ein Raum für subjektive Wertungen sozusagen „versteckt“. Das subjektiv-normative „Kaninchen“, das im „objektiven Hut“ des Spielraumbegriffs – wie von Frau Prof. Buydens vorgeschlagen – meines Erachtens steckt, ist der Begriff der essentialité. Auf Grundlage des Spielraumbegriffs soll ja differenziert werden in einerseits essentielle Spielräume für kreative Gestaltung und dann auf der anderen Seite lediglich akzessorische Spielräume für kreative Gestaltung. Ist das dann nicht doch wieder ein Stück subjektiver Wertung? Und ich darf daran erinnern, dass der BGH stets im Rahmen der Schutzvoraussetzungen Interessenabwägungen vorgenommen hat, die – begrifflich im Rahmen der Prüfung der Schutzvoraussetzungen verankert – doch inhaltlich schlicht auf eine normative Abwägung zwischen dem Interesse (der Nutzer und der Allgemeinheit, sowie nachfolgender Urheber) an freiem Werkzugang und dem Interesse (der vorangehenden Urheber) an Exklusivschutz hinauslaufen. Denkt man einmal an die bekannten Entscheidungen „Staatsexamensarbeit“^[6] und „Anwaltsschriftsatz“^[7], so stellt sich die Frage, ob es in diesen Entscheidungen tatsächlich vorrangig um die Frage ging, ob und inwieweit der betroffene Anwaltsschriftsatz und die betroffene Staatsexamensarbeit originell oder individuell genug waren, um den Schutz des Urheberrechts zu erlangen? Im Kern ging es wohl eher um die abwägende Lösung eines Interessenkonflikts: Es ging (um beim Beispiel der Entscheidung „Anwaltsschriftsatz“ zu bleiben) darum, dass jemand im Rahmen der (im Interesse der Allgemeinheit schützenswerten) Informationsfreiheit über bestimmte Fragestellungen berichten wollte und daran durch das Urheberrecht gehindert wurde. Und das Gericht stand vor der Frage: wie stellen wir denn hier die Meinungsfreiheit und die Informationsfreiheit her? Und dann wird die – durchaus interessengerechte Lösung der Problematik – in das Prokrustesbett der Prüfung der Schutzvoraussetzungen gezwängt. Die Frage ist, ob und inwieweit es in diesen Rahmen gehört.

Beispielsweise im englischen Recht wäre der Ansatz ein anderer: Für derartige Fälle würde zunächst das Vorliegen einer public interest Ausnahme geprüft. Wenn die nicht ausreichte, dann würde mehr oder weniger unmittelbar auf die Wertungen des Human Rights Act, der neustens für England die Europäische Menschenrechtskonvention umsetzt, zurückgegriffen. Entsprechende Entscheidungen zur Abwägung zwischen Informationsfreiheit und Urheberrechtsschutz liegen bereits vor^[8]. Bemerkenswert für unsere Fragestellung nach normativen Interessenabwägungen im Rahmen vermeintlich rein auf das kreative Schaffen orientierter Begriffe ist rechtsvergleichend, dass im englischen Recht für eine Fragestellung, die deutsche Gerichte – soweit es im einzelnen Fall an einschlägigen geschriebenen Schrankenbestimmungen mangelte – im Rahmen einer strengen Prüfung der Schutzvoraussetzungen gelöst haben, eine Ausnahme zum Urheberrecht heranziehen beziehungsweise konstruieren würden. Das ist wohl methodenehrlicher als die Lösung deutscher Gerichte, die die zugrundeliegende Interessenabwägung in einer strengen Prüfung der Schutzvoraussetzung gewissermaßen „versteckt“. Dies begründet ein caveat vor zu großem Vertrauen in begriffliche Systembildung.

Letztlich scheint mir die rein begriffliche Systembildung in Einzelfällen ohnedies immer wieder an Grenzen zu stoßen. Die Suche nach Problemen und Grenzen des bestehenden urheberrechtlichen Systems müsste demnach mehr in die Richtung institutionenökonomischer Ansätze gehen, wir müssten uns gewissermaßen konkret fragen, wo hakt es denn im Moment, wo liegen die Probleme, die konkret unsere freie

Marktwirtschaft stören, die konkret unsere freie Meinungsverfassung stören. Hierfür könnte man zum einen wiederum rein theoretisch ansetzen. Dies weist auf die Theorien der ökonomischen Analyse des Rechts, die sich letztlich immer intensiver einer Analyse urheberrechtlicher Probleme annehmen. Die Problematik all dieser Ansätze liegt – neben wohl lösbaren Bedenken normativ grundrechtlicher Natur – in ihrer methodologisch unvermeidlichen Unbestimmtheit. Ohne an dieser Stelle in Einzelheiten gehen zu können, sind utilitaristische Ansätze zur Suche nach dem geeigneten Balancepunkt hinsichtlich der konkreten Reichweite urheberrechtlichen Schutzes aus methodischen Gründen stets auf normativen „input“ angewiesen, um zu konkreten Ergebnissen zu gelangen. Die Gefahr dieser Ansätze liegt dabei darin, daß sie diesen normativen „input“ – anders als ein offen interessenjuristischer Ansatz – hinter methodischen Grundannahmen (etwa der für die cost/benefit-Analyse gewählten baseline bestehenden Rechts, der Auswahl der jeweils zur Analyse „freigegebenen“ Institution bei konstanter Erhaltung aller anderen Rahmenbedingungen, die doch an sich ebenfalls freigegeben sein müssten und zu Ausweichbewegungen führen würden etc.) gewissermaßen verbergen. Die utilitaristischen Ansätze begegnen – soweit es über eine rein systemtheoretische Interessenstrukturierung hinaus um die Suche konkreter Lösungen geht – also deshalb durchgreifenden Bedenken, weil sie normative Wertungen eher zu verbergen drohen, als aufzudecken vermögen.

Scheitern demnach einerseits rein utilitaristische Ansätze zur theoretischen Analyse der Probleme und erscheint es andererseits dennoch notwendig, im institutionenökonomischen Sinne nach Problemen des Urheberrechts in seiner Rolle als einer Funktionsbedingung von Märkten für kreative Leistungen zu suchen, so bleibt allein ein Plädoyer für die Bedeutung der Empirie. Seit, 20, 25 oder 30 Jahren sind wir in wachsendem Maße mit den Problemen der Informationsgesellschaft auseinandergesetzt (seit etwa 10 Jahren in ihrer Qualität nochmals durch das Aufkommen neuer Nutzungsformen im Internet drastisch verstärkt); insofern bietet es sich doch an, einmal in dem ganz übergreifenden Sinne, wie ihn Prof. Annette Kur vorgeschlagen hat, danach zu fragen, wo sich konkrete Probleme in der Praxis gezeigt haben? Es liegen ja zwischenzeitlich unzählige Gerichtsentscheidungen und mehr oder weniger geglückte Lösungsversuche des nationalen, regionalen und internationalen Rechts vor. Es läßt sich anhand dessen doch in stetig wachsendem Maße erkennen, wo die Probleme liegen und welche Lösungen – insbesondere in der Entscheidungspraxis der Gerichte – gewissermaßen „von unten herauf“ heranwachsen. Es ist bei der empirischen Analyse des Fallrechts nur darauf zu achten, dass sich dieses natürlich – zumal in den kontinentaleuropäischen Rechtssystemen – in den Zwängen des geschriebenen Rechts (aber auch im common law in den Zwängen der bestehenden actions) entwickelt. Es ist also bei der Betrachtung weniger auf den systematischen Zusammenhang einer konkreten Entscheidung – etwa den Bezug auf die Schutzvoraussetzungen oder auf die Schranken des Urheberrechts – sondern vielmehr inhaltlich auf das zugrundeliegende Problem zu achten. Ein solcher problemorientierter Ansatz nimmt das Fallrecht zuerst nur zur Grundlage, um die bestehenden Probleme zu identifizieren und fragt dann in einem zweiten Schritt, genau, wie von Annette Kur vorgeschlagen, innerhalb welcher rechtlichen Kategorie dann das konkret identifizierte Problem am besten zu lösen wäre.

Zwei Problemfelder habe ich herausgegriffen, indem ich versucht habe, aus all den Problemfeldern, die wir im Moment beobachten im Urheberrecht, diejenigen zu wählen, die auch die Schutzvoraussetzung mit berühren.

Da ist zum einen die Frage, die hier noch von Prof. Andreas Heinemann und Dr. Beatriz Conde Gallego diskutiert werden wird: Wann wird ein Unternehmen in marktbeherrschender Position wohl aufgrund seines Urheberrechts den Wettbewerb behindern, weil es seine marktbeherrschende Position missbrauchen kann? Auf den ersten Blick handelt es sich um eine rein kartellrechtliche Fragestellung unter Art. 82 EGV, aber ganz schnell und ganz nahe liegend, auf den zweiten Blick, wenn wir die Fälle betrachten, wo es Probleme gab (Magill, IMS-Health)[9], wird deutlich, daß an dieser Stelle ein auch bereits weithin beobachteter Zusammenhang mit den Schutzvoraussetzungen des Urheberrechts besteht. In Magill erstreckte sich das Urheberrecht letztlich auf den Schutz der Information als solcher. Das war auch eine Frage der Schutzvoraussetzung. An sich erfaßte das Urheberrecht nur die gedruckten Programme, unvermeidlich waren aber die sogenannten Grundinformationen systemwidrig mit erfaßt und das Urheberrecht hatte gewissermaßen systemwidrig einen Schutz der Information als solcher ausgelöst. Deshalb gab es Probleme im Markt (die zudem auch auf der oligopolistischen Struktur der Angebotsseite mit lediglich drei Sendern beruhten); die Probleme wurden korrigiert über das Wettbewerbsrecht, die systematisch richtige Lösung hätte wohl bei einer strengeren Handhabung der Schutzvoraussetzungen gelegen.

Etwas anders lag der Fall in IMS Health. Hier war in der Tat nur ein wohl durchaus schutzwürdiges Leistungsergebnis – eine bestimmte Datenbankstruktur –, die sich als konkrete Umsetzung auch von dem zugrundeliegenden methodischen Ansatz noch trennen ließ, durch das Urheberrecht geschützt. Wegen der Nähe derartiger Schutzgegenstände zum Schutz bloßer Konzeptionen und Methoden besteht insoweit die Gefahr, daß sich derartig urheberrechtliche geschützte Strukturen – entsprechende Marktbedingungen vorausgesetzt – durch Netzwerkeffekte rasch zu einem Standard mit lock in-Situation entwickeln, der für nachfolgende Wettbewerber zur unüberwindlichen Marktzutrittsbarriere wird. Diese Entwicklung ist aber – graduell anders als in Magill – nicht beinahe notwendige Folge der überdehnten Reichweite urheberrechtlichen Schutzes; es besteht bei derartigen Schutzgegenständen – wie Datenbankstrukturen u.ä. – lediglich eine inhärente Eignung, sich unter bestimmten Wettbewerbsbedingungen zu einer derartigen Barriere zu entwickeln, das Urheberrecht setzt hier also allenfalls sozusagen eine wettbewerbliche Gefahrenlage. Wiederum stellt sich die Frage, wie derartige Probleme am besten zu lösen sind: Über eine Korrektur im Wettbewerbsrecht – die, anders als vom EuGH in seiner (systematisch zweifelhaften) kumulativen IMS-Health-Doktrin vorgedacht, wohl allein anhand der zwei Prüfungselemente der (streng ökonomisch geprüften) indispensability und der fehlenden Rechtfertigung der Lizenzverweigerung erfolgen sollte –, schon bei einer strengen Auslegung der Schutzvoraussetzungen des Urheberrechts oder über spezialgesetzliche Zwangslizenzen im Urheberrecht für derartige Fälle? Angesichts der lediglich im – zumal bei strenger Analyse des Kriteriums der Indispensability – wohl seltenen Fall einer ganz bestimmten Marktlage eintretenden Wettbewerbsbeschränkung, liegt es nahe, in derartigen Fällen die Korrektur des Wettbewerbsrechts einer voreiligen Erhöhung der Schutzvoraussetzungen für allenfalls potentiell wettbewerbsgefährdende Schutzgegenstände, die das Kind wohl mit dem Bade ausschüttete, vorzuziehen. Im Einzelfall – etwa betreffend das Investitionsschutzrecht für Datenbanken – kämen wohl auch urheberrechtliche Zwangslizenzen in Betracht.

Die Fragestellung läßt sich im hiesigen Rahmen schon aus zeitlichen Gründen nicht abschließend durchdenken. Doch illustriert sie das allgemeinere Problem, welche Kriterien heranzuziehen sind, um die Frage nach der systematisch geeigneten Stellung für Lösungen einmal identifizierter Probleme im System des bestehenden

Rechts zu beantworten. Da fällt bei Annette Kur der Begriff der Beweislast; diesen Ansatz kann man nur unterstreichen: die Frage der Beweislast bzw. – wohl zumeist eher – der Darlegungslast, ist naturgemäß ein entscheidendes Kriterium für die systematische Verortung. Die Frage muß lauten, wer die Initiativlast tragen soll: Soll der Urheber klagen müssen oder soll derjenige klagen müssen, der die Information braucht? Letzteres würde für das Wettbewerbsrecht sprechen, ersteres für Korrekturen im Urheberrecht. Derartige Einzelfragen dürften sich im Sinne einer Folgenanalyse dann auch durchaus einmal sinnvoll institutionentheoretisch und mikroökonomisch analysieren lassen, ohne dass es möglich wäre, an dieser Stelle in die Einzelheiten zu gehen.

IMS-Health unterstreicht im übrigen auch das caveat, das Annette Kur im Hinblick auf den Rückgriff auf ergänzenden Leistungsschutz im UWG als alternative Lösung äußert. Die Kommission hat in einem anderen Verfahrensstrang ja mittlerweile ihre einstweilige Anordnung mit dem Argument zurückgezogen, es herrsche mittlerweile Wettbewerb auf dem deutschen Markt^[10]. Das OLG Frankfurt hat nämlich entschieden, daß das Datenbankurheberrecht sich nicht auf die wettbewerbsentscheidende 1860-Bausteinstruktur erstrecke und – wenn überhaupt – insoweit allenfalls ein gemeinschaftliches Urheberrecht von IMS und den Kunden zu erwägen sei. Allerdings bejaht das OLG Frankfurt in derselben Entscheidung bemerkenswerterweise den ergänzenden wettbewerbsrechtlichen Leistungsschutz, der doch aber in der konkreten Marktsituation zu ganz ähnlichen Problemen wie der urheberrechtliche Schutz führen dürfte. Das illustriert Annette Kurs Warnung, dass ein allzuweit gezogener wettbewerbsrechtlicher Leistungsschutz – wie es Hanns Ullrich einmal in einer Diskussion ausgedrückt hat – den Teufel mit dem Beelzebub auszutreiben drohte. Insofern erscheint der Rückgriff auf ein – gegebenenfalls noch über den Rahmen des neuen UWG hinaus – de lege ferenda zu schaffendes flexibles Instrument ergänzenden wettbewerbsrechtlichen Leistungsschutzes hochproblematisch. Denn auch die europäische Harmonisierung hätte zweifelsohne die Tendenz, derartige neue Schutzinstrumentarien des nationalen Rechts dann wiederum auf dem obersten existierenden Niveau zu harmonisieren. Das beste existierende Beispiel bietet in diesem Zusammenhang die Datenbankrichtlinie: hier sollte ursprünglich (ausweislich des ersten Kommissionsentwurfs) ein ergänzender wettbewerbsrechtlicher Leistungsschutz harmonisiert werden. Rein gesetzgebungstechnisch eignen sich aber Regelungen auf Grundlage rein unbestimmter Rechtsbegriffe – wie ein wettbewerbsrechtlicher Leistungsschutz, der zumal auf der Grundlage englischen Rechts als systematisch vollkommene Neuerung im common law kaum statutorisch durchsetzbar wäre – wenig für eine effektive Harmonisierung; also wurde in der Folge dann doch ein regelrechtes investitionsschützendes verwandtes Schutzrecht eingeführt^[11].

Soviel zur erstgenannten Problematik potentieller Wettbewerbsgefährdungen durch das Urheberrecht, die sich durch Einbeziehung neuer Schutzgegenstände letzthin verschärft haben mag. Noch ganz kurz zur zweiten Problematik, die sich in der Praxis beobachten läßt: Gelegentlich leidet offenbar die Informationsfreiheit im Sinne eines freien Austauschs von Meinungen unter den strengen Grenzen, die das Urheberrecht im einzelnen Fall ziehen kann. Zum einen ist es sicher wert aufzuhorchen, wenn ganze Wissenschaftlerorganisationen – insbesondere auch die Max-Planck-Gesellschaft – mittlerweile die Befürchtung äußern, der freie Fluss an Informationen werde durch urheberrechtliche Restriktionen zumal unter den oligopolistischen Bedingungen der Verlagsstrukturen im Bereich wissenschaftlicher Publikationen, behindert. Wenn Naturwissenschaftler, die das Urheberrecht sicher nie vorrangig umtrieben hat, letzthin immer hörbarer die Frage aufwerfen, ob und inwieweit sie ihre Publikationen in Intranets und im Internet veröffentlichen dürfen und mit ungläubiger Skepsis die zahl-

reichen urheberrechtlichen Restriktionen in diesem Bereich zur Kenntnis nehmen, ist dies eine bedenkliche Entwicklung.

Zum zweiten kommt es im einzelnen Fall – trotz der (übrigens in unterschiedlicher Ausgestaltung sowohl im copyright, als auch im Urheberrecht kontinentaleuropäischer Prägung bestehenden) Schrankenregelungen – wohl auch zu Behinderungen der Freiheit der journalistischen Berichterstattung durch urheberrechtliche Restriktionen, wie es wiederum das Fallrecht illustriert. So liegt eine Entscheidung des House of Lords in England vor, die darauf verweist, daß – wo die public interest Ausnahme des englischen Rechts nicht genügt – eine Ausnahme vom Urheberrecht im besonders gelagerten Einzelfall unmittelbar auf die Informationsfreiheit nach der europäischen Menschenrechtskonvention, wie sie sich in England durch den Human Rights Act umgesetzt findet, gegründet werden könnte. Der Vergleich zur (zweifelhaften) deutschen Lösung derartiger Einzelfälle über die strenge Auslegung der Schutzvorsatzung wurde bereits oben gezogen.

Um diese im Rahmen eines – von den Organisatoren ausdrücklich als spontan erwünschten – Kommentars notwendig ein wenig verwickelten und ungeordneten Gedankenstränge nach Art einer Zusammenfassung zusammenzuführen, ist festzuhalten, daß nach meiner Auffassung Annette Kurs institutionenökonomische Überlegungen für einen empirisch problemorientierten Ansatz hinsichtlich der Identifikation der bestehenden Probleme des Urheberrechts sprechen. Beispielsartig wurde der Versuch unternommen, als in der Praxis bereits überdeutlich aufgetauchte Probleme, eine potentiell häufiger als bisher drohende Behinderung des freien Wettbewerbs durch das Urheberrecht einerseits und andererseits eine (insbesondere im wissenschaftlichen und journalistischen Umfeld) potentielle Behinderung freier Diskursstrukturen – insbesondere im Internet – zu identifizieren und insoweit Möglichkeiten und Methoden für eine rechtssystematisch korrekte Verortung der Lösungen für derartige Probleme zumindest anzudeuten.

Dies gewissermaßen ein Stück weit als Grundlage für eine weitere Diskussion. Vielen Dank.

Prof. Reto M. Hilty

Wir danken Ihnen sehr für diese tief sinnigen Überlegungen. Wir wollen sie im Moment aber noch nicht diskutieren, sondern hören uns zunächst die weiteren Diskutanten an, zuerst Herr Macciachini.

[5] S. nur beispielhaft die mustergültige Widerlegung bei Kramer, John Locke and the Origins of Private Property: Philosophical Explorations of Individualism, Community, and Equality (Cambridge University Press, 1997), dort insbesondere S. 151 ff. mit dem Versuch einer Art regelutilitaristischer „Neuerfindung“ der Eigentumstheorie Lockes.

[6] BGH GRUR 1981, 352, 353 – Staatsexamensarbeit.

[7] BGH GRUR 1981, 352, 353 – Anwaltsschriftsatz.

[8] S. etwa das House of Lords in der Entscheidung Ashdown v Telegraph Group, abgedruckt in Cornish, Cases and Materials on Intellectual Property, 2003, S. 340 ff.

[9] S. für umfassende Nachweise (auch zu den folgenden Ausführungen) statt vieler Leistner, Intellectual Property and Competition Law: The European Development from Magill to IMS Health compared to Recent German and US Case Law, ZWeR 2005, 138 ff.

[10] S. für nähere Nachweise aaO.

[11] S. zum ganzen mit umfassenden Nachweisen Leistner, Der Rechtsschutz von Datenbanken, München 2000, S. 30 ff.; ders., in FS Dietz, München 2001.