

## Teil 1 – Schutzvoraussetzungen und Schutzbereich

### 2. Thesenpräsentation – Prof. Annette Kur

Vielen Dank, und sofort in medias res. Wir wurden aufgefordert, spontan und unwissenschaftlich zu sein, also uns jedenfalls nicht zu bemühen, hohen wissenschaftlichen Ansprüchen gerecht zu werden; das möchte ich umsetzen.

Wir haben uns hier versammelt, weil wir das Gefühl haben, dass etwas mit dem Urheberrecht nicht in Ordnung ist. Dies könnte möglicherweise an den Schutzvoraussetzungen liegen oder an der Art und Weise, wie sich die Schutzvoraussetzungen im Laufe der Zeit verändert haben. Mireille Buydens hat in ihrem Vortrag ja schon viele Beispiele für diese Entwicklung genannt. Ich versuche, das Gleiche hier noch einmal graphisch darzustellen:

$S \rightarrow W \rightarrow M$

Anhand dieses Schemas habe ich vor einiger Zeit versucht, mir selbst darüber klar zu werden, worin eigentlich die Unterschiede zwischen dem Urheberrecht einerseits und dem Designschutz andererseits bestehen<sup>[2]</sup>. Dabei gehe ich davon aus, dass es bei jedem Ergebnis einer geistigen Schöpfung – verstanden in allerweitestem Sinne – immer die gleichen Pole gibt; d.h. es gibt den Schöpfer (S), also denjenigen, der etwas von sich gibt, dann ein Erzeugnis oder Werk, hier mit W gekennzeichnet, und dann den Markt (M). Im traditionellen Urheberrecht liegt der Akzent eindeutig im ersten Abschnitt dieses Schemas, d.h. zwischen S und W – es ist das Verhältnis zwischen Schöpfer und Werk, der Ausdruck der Persönlichkeit im Werk, die den Schwerpunkt der rechtlichen Beurteilung bilden. Ob und wie das Publikum oder der Markt das Ganze wahrnehmen, ob es überhaupt wahrgenommen wird, ist völlig ohne Belang. Aus dieser Beziehung, diesem Akzent heraus werden, jedenfalls nach traditioneller Sichtweise, die Regeln des Urheberrechts entwickelt.

Wenn sich die Schutzvoraussetzungen hingegen ändern, wenn mehr Gestaltungen einbezogen werden, die gewissen Erfordernissen im Hinblick auf ihre Nützlichkeit oder technische Gestaltung genügen müssen oder die auch einfach auf Publikumsbedürfnisse reagieren, kommt es zu einer deutlichen Verschiebung des Akzents in den Bereich  $W \rightarrow M$ . In diesem Fall ist das Verhältnis zwischen dem Werk, oder Erzeugnis, und dem Markt derjenige Abschnitt, in dem sozusagen „die Musik spielt“ und aus dem heraus die konkreten Anforderungen an das Funktionieren des Rechtsschutzes entwickelt werden.

Dies wiederum führt zu verschiedenen Veränderungen. Zum einen sind im Bereich  $W \rightarrow M$  die Auswirkungen auf die Freiheit des Wettbewerbs sehr viel deutlicher spürbar. Die Fragen, wann Schutz gewährt wird, und vor allen Dingen auch, wie dieser Schutz ausgestaltet ist, sind für den Wettbewerb von sehr viel stärkerem Belang als dies bei Kreationen der Fall ist, bei denen der Akzent nach wie vor auf dem Verhältnis zwischen Schöpfer und Werk liegt.

Außerdem stellt sich bei einer Akzentverlagerung von S zu W nach W zu M typischerweise das Phänomen ein, dass es zu einer Überlagerung verschiedener Arten von Schutzrechten kommt, denn das Verhältnis Erzeugnis - Markt spielt typischerweise natürlich auch im Geschmacksmusterrecht eine große Rolle, ebenso wie im Markenrecht. Es muss also verstärkt mit Überlagerungen gerechnet werden, die vor allen Dingen dann als störend empfunden werden, wenn ihnen ein Fall der asymmetri-

schen Konvergenz zugrunde liegt. Dies bedeutet, dass für sämtliche einander überlagernde Rechte im Prinzip die gleichen Schutzvoraussetzungen gelten – und zwar unabhängig davon, dass die Terminologie nach wie vor unterschiedlich ist. D.h., es wird zwar noch von der markenrechtlichen Unterscheidungskraft, der Originalität des Werkes, oder – im Geschmacksmusterrecht – von „individual character“ oder Eigentümlichkeit gesprochen, aber gemeint ist letztendlich das Gleiche. Auch bei der praktischen Beurteilung der Schutzvoraussetzungen wird der gleiche Maßstab angewendet, nämlich das Vorhandensein einer gewissen Unterschiedlichkeit gegenüber demjenigen, was bereits am Markt vorhanden ist. Es kommt somit einerseits zur Konvergenz auf der Ebene der Schutzvoraussetzungen; auf der anderen Seite bleiben jedoch die Unterschiede bestehen, soweit es um die inhaltliche Ausgestaltung der einzelnen Rechte und vor allem um die Schranken geht. Dies führt häufig zu Störungen, denen man oft in der Weise zu begegnen versucht, dass gesagt wird, in bestimmten Fällen müsse die Überlagerung definitiv ausgeschlossen werden, d.h. es müsse von vorneherein ausgeschlossen werden, dass ein Doppelschutz stattfindet. Diese Fälle werden von Antoon Quaedvlieg als „negative Konvergenz“ bezeichnet. Ich bin tendenziell etwas anderer Auffassung; meiner Meinung nach kann man diese Fragen nicht dadurch lösen, dass Überlagerungen punktuell ausgeschlossen werden; dies wäre ein Herumkurieren an Symptomen. Solche asymmetrischen Konvergenzen zeigen vielmehr, dass diejenigen Systeme, die sich überlagern, in sich nicht mehr stimmig sind, d.h. wir müssen an den Systemen, an den einzelnen Rechten, selbst ansetzen.

Die zuvor geschilderten Überlegungen werden in These 1 zusammengefasst:

Die Verlagerung des urheberrechtlichen Schutzes in Richtung auf Gegenstände, bei denen nicht der persönlich-schöpferische Gehalt, sondern das Marktpotenzial im Vordergrund steht, führt tendenziell zu Störungen des Wettbewerbs und systemwidrigen Überlagerungen von Schutzrechten (asymmetrische Konvergenzen). Dies macht eine Neujustierung des Schutzsystems erforderlich.

Dies führt zu der Frage, wie die Neujustierung des Schutzsystems erfolgen soll. Hier bilden die Schutzvoraussetzungen sicherlich einen Anknüpfungspunkt, aber eben nur einen unter mehreren. Es geht hier um das System als Ganzes; d.h., wenn wir herausfinden wollen, wie die Störungen zu beheben sind, müssen wir uns tatsächlich alle Aspekte anschauen, an denen eine Neujustierung, eine Ausbalancierung des Schutzes, ansetzen kann. Im Grunde können wir erst dann, wir sämtliche Optionen für eine Justierung angeschaut und miteinander verglichen haben, Aussagen dazu machen, ob die Anpassung tatsächlich in Form einer Anhebung der Schutzwelle stattfinden sollte oder ob sie besser an anderer Stelle, z.B. bei einer Veränderung des Inhalts, bei einer Flexibilisierung der Schranken oder Ähnlichem, erfolgen sollte. Dies besagt auch These 2:

Die Justierung kann bei den Schutzvoraussetzungen ansetzen; sie kann jedoch auch auf andere Weise, insbesondere bei den Schranken, erfolgen. Welcher Ansatz zu bevorzugen ist, kann erst nach Durchführung eines umfassenden Vergleichs verschiedener Lösungsmodelle festgestellt werden.

Aufgabe dieser ersten Sitzung ist es jedoch, sich speziell mit der Frage der Schutzvoraussetzungen zu befassen, und deshalb möchte ich bei diesem Thema bleiben. Zu berücksichtigen bleibt jedoch auch insoweit, dass letztlich ein Gesamtvergleich der verschiedenen Möglichkeiten, eine Wiederausbalancierung des Systems herbeizuführen, angestrebt wird. Es geht also darum, festzustellen, welche Schwierigkeiten das Ansetzen an einzelnen Punkten – in diesem Fall also: ein Ansetzen an den Schutzvoraus-

setzungen – mit sich bringen würde. Aus meiner Sicht betrifft das gravierendste Problem bei diesem Ansatzpunkt die Frage der praktischen Umsetzung. Welche Kriterien sollen gelten und wie sollen sie angewendet werden, damit es zu einer spürbaren Anhebung der Schutzvoraussetzungen kommt? Auch hier hat der Beitrag von Mirreille Buydens wohl sehr deutlich gezeigt, dass dies enorm schwierig ist. Wenn uns letztlich kein anderes handhabbares Kriterium bleibt als dasjenige, dass dem Urheber bei seiner Schöpfung eine gewisse Freiheit zur Verfügung gestanden haben muss, dann würden wir zu einer extremen Herabsenkung der Schutzwelle gelangen, denn dann geht es letztlich um Fallgestaltungen, die im Markenrecht unter den Stichworten „Philishave“<sup>[3]</sup> oder „Lego“<sup>[4]</sup> diskutiert werden. Eine praktisch effiziente Anhebung der Schutzwelle lässt sich auf diese Weise jedenfalls nicht erreichen.

Auf der anderen Seite ist völlig richtig, dass man dann, wenn man an der Art der Schöpfung ansetzt, sehr leicht in Qualitätsurteile hineingerät, die eindeutig subjektiv und deswegen mit großer Vorsicht zu handhaben sind. Die Diskussion, die im deutschen Recht über die Frage geführt wird, wo im Bereich der angewandten Kunst die Schutzwelle anzusetzen ist, zeigt das zur Genüge.

Auch andere Kriterien – das möchte ich hier in aller Deutlichkeit sagen – halte ich nicht für prinzipiell geeignet, eine vernünftige, nachvollziehbare Unterscheidung zwischen geschütztem und (urheberrechtlich) ungeschütztem Bereich zu treffen. So ist der Unterschied zwischen der „Kreation“ auf der einen und der bloßen „Investition“ auf der anderen Seite, der vielleicht noch zur Sprache kommen wird, in meinen Augen wenig geeignet, eine eindeutige Unterscheidung oder eine eindeutige Festlegung der anzustrebenden Schutzwelle zu erlauben. Das kann zwar in dem Verhältnis funktionieren, den ich als vertikalen Bereich bezeichnen würde, also im Verhältnis zwischen dem Schöpfer einerseits und dem Verwerter der Schöpfung andererseits, aber im horizontalen Verhältnis, d.h. also im Hinblick auf die Unterscheidung zwischen einer schutzwürdigen kreativen Leistung einerseits und einer nicht schutzwürdigen, lediglich auf Investition basierenden Leistung andererseits leuchtet mir die Brauchbarkeit dieses Kriteriums nicht ein. Man kann vielleicht sozusagen „aus dem Bauch heraus“, sagen, die eine oder andere Leistung fällt eher in den Bereich der Kreation oder aber in den Bereich der Investition. Aber mit solchen Beurteilungen begibt man sich wieder sehr stark in den Bereich rein subjektiver Wertungen, wo Trennschärfe und intersubjektive Nachvollziehbarkeit nicht mehr gewährleistet sind.

Eines könnte allerdings dafür sprechen, bei Maßnahmen zur Neujustierung des urheberrechtlichen Schutzsystems gerade bei den Schutzvoraussetzungen anzusetzen: Positiv fällt ins Gewicht, dass es keinen international präjudizierten Werkbegriff und damit keine international festgelegte Schutzwelle im Sinne eines Werkhöhekriteriums gibt. Stattdessen gibt es bestimmte Bereiche, bestimmte Arten von Werken, die nach internationalem Recht geschützt werden müssen; dazu zählen z.B. auch die Computerprogramme. Wenn es sich jedoch infolge einer Neujustierung der urheberrechtlichen Schutzwelle ergeben sollte, dass bestimmte, dem Grunde nach zu schützende Werkarten in der Praxis nur noch in Ausnahmefällen Schutz erhalten würden, dann dürfte darin jedenfalls nicht ohne Weiteres ein Verstoß gegen internationales Recht zu sehen sein.

Auf europäischer Ebene gibt es allerdings gewisse Richtlinien – dies betrifft u.a. wiederum die Computerprogramme –, in denen die Schutzwelle eindeutig auf das Niveau der subjektiven Neuheit festgelegt wurde. Dies sind jedoch immer noch Einzelfälle; auch für das europäische Recht kann man daher allgemein sagen, dass es kei-

nen eindeutig und einheitlich festgelegten Werkhöhebegriff im Urheberrecht gibt. Zusammenfassend dazu die 3. These:

Das Hauptproblem bei Justierungsversuchen in Form einer fühlbaren Anhebung der Schutzvoraussetzungen besteht in der Erarbeitung handhabbarer, objektiv nachvollziehbarer Kriterien von hinreichender Trennschärfe. Hingegen sind die Schwierigkeiten, die sich aus zwingenden Vorgaben des internationalen und europäischen Rechts ergeben, überwindbar bzw. sie betreffen lediglich Einzelbereiche und präjudizieren nicht den Werkbegriff als Ganzen.

Für das nun Folgende wird unterstellt, dass es trotz der zuvor genannten Schwierigkeiten hinsichtlich der Erarbeitung sinnvoller und handhabbarer Kriterien gelingen könnte, durch eine Anhebung der Schutzwelle zu einer fühlbaren Reduzierung des Anwendungsbereichs des Urheberrechts zu gelangen. Was passiert dann mit denjenigen Schöpfungen, die in einem solchen Fall aus dem Schutzbereich herausfallen würden? Wenn wir wieder davon ausgehen, dass es derzeit eine Tendenz zur Überlagerung verschiedener Schutzrechte gibt, würde es zunächst nur bedeuten, dass dann eben die anderen prinzipiell zur Verfügung stehenden Formen des Schutzes, wie beispielsweise das Geschmacksmusterrecht stärker in Anspruch genommen werden müssten – wobei darauf hinzuweisen ist, dass durch die Schaffung des nichteingetragenen Gemeinschaftsgeschmacksmusters ein solcher Schutz neuerdings auch nichteingetragenen Kreationen zugute kommen kann. Dennoch bleibt das Problem, dass der Schutzbereich, der durch das Geschmacksmuster – einschließlich des nichteingetragenen Gemeinschaftsgeschmacksmusters – aufgefangen werden kann, gegenständlich begrenzt ist; er betrifft lediglich die Randbereiche der angewandten Kunst. Darüber hinaus gibt es jedoch eine Reihe weiterer Bereiche, für die ein entsprechender Schutz somit nicht ohne weiteres zur Verfügung stünde. Insoweit bietet sich der Gedanke an den Leistungsschutz im Sinne des UWG, des Rechts gegen unlauteren Wettbewerb, an. Darüber müsste man sich hier zweckmäßigerweise unterhalten.

Ob ein solcher Schutz sinnvoll ist und zu welchen praktischen Ergebnissen er führen würde, hängt allerdings von verschiedenen Faktoren ab, insbesondere davon, wie diese Form des Leistungsschutzes ausgestaltet würde. Ich möchte dazu die These aufstellen, dass der UWG-Schutz, so wie er im Moment im deutschen Recht gewährt wird, sich nicht gut eignet; durch das Festhalten an der These, dass es dabei nicht um einen echten Schutz gegen Nachahmung, sondern lediglich um ein besonderes Verhaltensunrecht geht, ist dieser Schutz realitätsfremd. In Wirklichkeit entscheiden die Gerichte sehr wohl über die Frage, ob eine Nachahmung zulässig ist oder nicht, und je nach Bedarf suchen sie sich dann die für die Begründung erforderlichen „besonderen Unlauterkeitsmerkmale“ zusammen, was dazu führt, dass die Rechtsprechung ziemlich unübersichtlich ist. Der UWG-Schutz ist auch deswegen nicht gut geeignet, als Auffangtatbestand zu dienen, weil er nicht zum Erwerb eines subjektiven Rechts führt, was bedeutet, dass den Bedürfnissen des Rechtsverkehrs, etwa Lizenzen vergeben zu können etc., durch eine solche Konstruktion nicht Genüge getan werden kann. Erforderlich wäre also eine gewisse Verfestigung des Schutzes, was ja in anderen europäischen Rechtsordnungen durchaus der Fall ist. Dazu müsste man sich aber zunächst überlegen, wo man für eine solche Verfestigung ansetzt.

Zunächst möchte ich dazu das Postulat aufstellen, dass man auch die gedankliche Freiheit haben müsste, zu sagen, dass nicht alles geschützt werden sollte, was möglicherweise bei einer Anhebung der Schutzwelle aus dem Urheberrecht herausfällt. Ich würde nicht gerne einen Satz unterschreiben, der lautet: wo Urheberrecht war,

muss (bei einer Anhebung der Schutzwelle) unbedingt Leistungsschutz sein. Man sollte sich schon im Einzelfall auch überlegen, ob nicht die völlige Freigabe der Nachahmung im Einzelfall eine gute Lösung ist.

Das ist das eine. Das andere ist, wie gesagt, dass man zu einer gewissen Verfestigung des wettbewerbrechtlichen Schutzes gelangen müsste. Ich hätte allerdings Bedenken, als Ansatzpunkt für eine solche Verfestigung, dem Beispiel des in der Datenbankrichtlinie verankerten sui-generis-Schutzes folgend, das Kriterium der (wesentlichen) Investition zu verwenden. Zwar bietet sich diese Lösung in gewisser Weise an – die Höhe der Investitionen als maßgebliches Schutzkriterium ließe sich relativ leicht fassen. Auf der anderen Seite fürchte ich, dass uns dieser Weg in eine Falle führen könnte. Bei einem Anknüpfen am Merkmal der Investition wird wieder von der Perspektive desjenigen ausgegangen, der das Recht geltend machen möchte, d.h. von der Perspektive des Investierenden. Aus einem solchen Ansatz lassen sich kaum Gesichtspunkte herleiten, die zu einer inhaltlichen Reduzierung des Schutzes führen würden. In dieser Hinsicht stellt die Datenbankrichtlinie ein warnendes Beispiel dar. Ich fürchte auch, dass bei einem Ansetzen am Gedanken des Investitionsschutzes dasjenige vernachlässigt würde, was meiner Erinnerung nach einer der Punkte war, die wir letztes Jahr (d.h. bei der ersten Tagung zum „Interessenausgleich“) diskutiert haben, d.h. die Notwendigkeit, der Perspektive des Rechtsinhabers oder des Investierenden stets die Nutzerperspektive gegenüber zu stellen. Die Nutzerperspektive ist ebenso wichtig wie die Perspektive des Investierenden – diese Erkenntnis könnte verloren gehen. Dies würde dann im Ergebnis zu einer weiteren Verkrustung statt zu einer Entlastung des Wettbewerbs führen. Daher die 4. These:

Bei fühlbarer Reduzierung der Schutzvoraussetzungen können die entstehenden Defizite u.a. durch ein System von UWG-Leistungsschutzrechten aufgefangen werden. Ein Automatismus der Art „Wo Urheberrecht war, muss Leistungsschutz sein“ ist allerdings abzulehnen. Ferner ist zu bedenken, dass die Etablierung eines Systems von Leistungsschutzrechten in Ergänzung des sonderrechtlichen Schutzes insbesondere dann, wenn an das Kriterium der Investition angeknüpft wird, zu einer Vermehrung der Schutzrechtsdichte, und zu einer weiteren Verkrustung statt zu einer Entlastung des Wettbewerbs führen könnte.

Die 5. These bildet noch einmal die Zusammenfassung desjenigen, was ich versucht habe zu sagen:

Ein Justieren des gegenwärtigen Systems im Bereich der Schutzvoraussetzungen erscheint daher nur sinnvoll, wenn

- (a) sich nach der Erörterung sämtlicher Lösungsansätze in einem Gesamtvergleich zeigt, dass es keinen besser geeigneten Weg für die Sicherstellung eines angemessenen Interessenausgleichs im Urheberrecht gibt;
- (b) handhabbare Kriterien gefunden werden können, um den Urheberrechtsschutz auf seinen ursprünglichen Kernbereich zurückzuschneiden oder seinen Anwendungsbereich sonst erheblich zu reduzieren;
- (c) der an die Stelle des Urheberrechts tretende Leistungsschutz durch flexible, aber dennoch hinreichend klare inhaltliche Vorgaben umrissen werden kann, und
- (d) gewährleistet ist, dass das zu etablierende Leistungsschutzsystem in seinen Auswirkungen auf den Wettbewerb weniger einschneidende Wirkungen besitzt als dies bei unveränderter Geltung des Schutzrechts der Fall wäre.

Man sollte sich also zunächst einmal, bevor man weiter über die Frage nachdenkt, wie mit den Schutzvoraussetzungen umzugehen ist, das System als Ganzes anschau-

en und fragen, ob es nicht andere, besser geeignete Wege gibt, um zum gewünschten Ergebnis zu kommen, d.h. zu einem besseren Interessenausgleich im Urheberrecht, zu einer Justierung des Systems. Ferner müsste es, falls man sich entscheiden sollte, an den Schutzvoraussetzungen anzusetzen, möglich sein, Kriterien zu formulieren, die Rechtssicherheit bieten, einigermaßen trennscharf sind, intersubjektiv nachvollziehbar sind und nicht allzu willkürlich angewandt werden würden; und schließlich müsste man den Leistungsschutz, der bei einer Anhebung der Schutzwelle möglicherweise an die Stelle des Urheberrechtsschutzes tritt, so zu definieren versuchen, dass die Flexibilität, die natürlich ein sehr wichtiges Merkmal eines solchen Schutzes wäre, erhalten bleibt, dass aber dennoch eine gewisse Rechtssicherheit erzielt werden kann. Als letztes Postulat ist sodann zu fordern, dass der Leistungsschutz, der gegebenenfalls an die Stelle des Urheberrechts tritt, nicht nur theoretisch und nominell zu einer Reduktion des Schutzes führt, sondern dass tatsächlich auch gewährleistet ist, dass dieser Schutz in seinen Wirkungen auf den Wettbewerb hinter einem vollen Urheberrechtsschutz zurückbleibt.

Das sind meine Thesen, vielen Dank.

**Prof. Reto M. Hilty**

Ganz herzlichen Dank, Annette. Ich würde vorschlagen, dass wir vielleicht jetzt Frau Buydens noch einmal die Zeit geben, gewisse Thesen etwas abstrakter oder griffiger zu formulieren, und dann würde ich vorschlagen, dass wir eine ganz kurze Runde einschalten für Verständnisfragen, dies gerade auch aus sprachlicher Sicht, damit wir allfällige Unklarheiten beseitigen können. Anschließend würde ich die Diskutanten bitten.

**Prof. Mireille Buydens (Einschub)**

Pour résumer ma thèse de façon plus succincte, je dirai que le droit d'auteur n'est pas de droit naturel. Rien n'empêche donc de le remettre en cause ou de le "redessiner". Rien n'empêche notamment de modifier le critère de l'effort intellectuel en tenant compte du caractère essentiel ou accessoire de la liberté de l'auteur comme expliqué tout à l'heure.

**Prof. Reto M. Hilty**

Herzlichen Dank. Ist jemand im Raume, der eine Verständnisfrage hat. Herr Seip.

**Herr Fabian Seip**

Meine Frage betrifft die These 3 - das globale System des geistigen Eigentums. Kann ich mir das vorstellen als ein System, in dem es ein Recht mit vergleichbaren Schutzvoraussetzungen, Verletzungsbegriff und Schutzdauer für alle Gebieten geistiger Schöpfungen geben soll?

Keine Antwort notiert.

**Prof. Reto M. Hilty**

Danke schön. Weitere Verständnisfragen? Das scheint im Moment nicht der Fall zu sein. Dann starten wir mit den Diskutanten.

[2] S. Kur, The Green Paper's 'Design Approach' - What's Wrong with It? (1993) EIPR, 374-378.

[3] S. EuGH Rs. C-299/99, Slg. 2002 I-5475 – Philips/Remington.

[4] S. etwa die Entscheidung der Nichtigkeitsabteilung des HABM v. 30.7.2004 Az. 63 C 107029/1 (Beschwerde anhängig).