

## Teil 3 – Externe Beschränkungen

### Diskussion

#### Prof. Reto M. Hilty

Dann möchte ich die Diskussion eröffnen.

Wir haben im Grunde ein ganz großes Feld, quantitativ betrachtet abgedeckt, das ist das Wettbewerbsrecht. Ich bin überzeugt, dass wir da Reflexionsbedürfnisse haben, aber im Grunde ist die Stimmung hier ziemlich übereinstimmend, was das Wettbewerbsrecht betrifft.

Wir haben ein relativ knapp abgedecktes Feld der Grundrechtsfragen, wobei wir das Feld natürlich bisher in jedem Block gehabt haben und auch morgen wieder haben, es verfolgt uns, das ist einfach der eine Denkansatz. Wir haben von Rolf Weber ganz wenig auch über andere externe Schutzmöglichkeiten gehört. Vielleicht müssen wir uns einigen, in welchem Feld wir diskutieren, vielleicht können wir aber auch erstmal sammeln, aber am Schluss sollten wir zu einer gewissen Strukturierung kommen.

#### Prof. Annette Kur

Zu dem Punkt: sonstige externe Schranken. Mir fehlte ein wenig die Frage: könnten eventuell sogar die allgemeinen Grundsätze des lautereren (oder unlauteren) Wettbewerbs als externe Schranken herangezogen werden? Das ist eine Frage, bei der ich mir selbst nicht darüber klar werden kann, ob das möglich ist. Gibt es vielleicht eine Art von Zwischenstufe zwischen den internen Schranken des Schutzrechts und den externen Schranken, die aus dem Wettbewerbsrecht (im Sinne von Kartellrecht) folgen? Dies ist schon mal angedacht worden; wir haben es kurz letztes Jahr in Berlin angesprochen. Ich erinnere mich in diesem Zusammenhang an einen Aufsatz von Schrickler<sup>[13]</sup>, in diese Ansicht vertreten wurde. Es ging um eine Situation, in der weder die –Schrickers Auffassung nach eng auszulegenden – internen Schranken des Urheberrechts angewendet werden konnten, noch die Voraussetzungen für die Anwendung von Art. 81, 82 EG-Vertrag vorlagen; dennoch wurde angenommen, dass im konkreten Fall die Geltendmachung der (redlich erworbenen und prinzipiell rechtsgültigen) Schutzrechte einen Fall des unlauteren Wettbewerbs darstellen würde. Ich wollte diese Frage nur für die weitere Arbeit im Hinblick auf das Schrankenproblem in Erinnerung rufen; vielleicht könnte man dieses Thema nochmals aufgreifen.

#### Dr. Matthias Leistner

Ich fand eine Aussage von Prof. Heinemann sehr faszinierend, weil sie auf das zielte, was ich auch gestern meinte. Wenn uns weder individualistische Ansätze noch utilitaristische Ansätze verlässliche Prognosen liefern, dann spricht einiges dafür, prozessual dezentrale Lösungen zu suchen, die dann zumindest dem Geschäftsverkehr und der rechtspraktischen Entwicklung gestatten, sich in interessenorientiert geordneten und prozeßgerechten Bahnen zu entwickeln.

Das klang in der Diskussion auch schon mehrfach an. Axel Metzger sagte heute: vielleicht sollten wir bestimmte Gerichte spezialisieren, damit in der Rechtspraxis nicht so viele Ausreißer unterlaufen und Prof. Heinemann sprach von der Möglichkeit legislatorischer Überprüfungsklauseln. Diese Gedankengänge gilt es zu vertiefen und ich wollte insofern nochmals betonen, daß auch und gerade die institutionellen Rahmenbedingungen der empirischen Fortentwicklung des Rechts von entscheidender Bedeutung sind.

**Prof. Reto M. Hilty**

Mich hat diese Aussage auch aufgeweckt, die wohl sehr richtig und wahr ist. Ich denke, wir haben da, mit Bezug auf die Infosrichtlinie noch eine Nagelprobe vor uns, denn die müsste ebenfalls reviewed werden über ihre Tauglichkeit. Ob die EU-Kommission selbst dies tun wird, wenn eben nicht der EuGH damit befasst wird, die EU-Kommission also selbst zur Erkenntnis kommt, dass eine Richtlinie nicht in die richtige Richtung geht, wäre neu. Lieber nimmt man in Kauf, dass zwei Drittel der Staaten zum Beispiel die Biotechnologierichtlinie nicht umsetzen können; und dann drückt man lieber noch mit den Maßnahmen, als dass man eingesteht, es läuft etwas falsch.

Von daher bin ich Ihrer Meinung, aber mir fehlt im Moment noch der Glaube an die Einsicht der Verantwortlichen.

**Dr. Tilo Gerlach**

Ich wollte auf die These von Herrn Heinemann zurückkommen, dass man bei der Einführung neuer Schutzrechte nicht auf externe Schranken vertrauen darf, sondern auch interne Schranken braucht. Diese These teile ich.

Halten sie (Prof. Heinemann) es für denkbar, die konkreten Problemfälle zu identifizieren, bei denen die bisherigen urheberrechtlichen Schranken an ihre Grenzen stoßen? Kommen wir dann nicht mit sinnvoll angewandten externen Schranken zu befriedigenden Ergebnissen? Wir denken ja nicht nur darüber nach neue Systeme einzuführen, sondern auch die Bestehenden – wo nötig – zu korrigieren.

**Prof. Andreas Heinemann**

Ich glaube, dass externe Schranken immer sehr spezielle Regelungsanliegen haben. Normalerweise, bei der Schaffung eines Schutzrechts, geht es darum, wie man auf ökonomisch sinnvolle und allgemein angemessene Art und Weise Eigentumsrechte ausgestaltet. Diese Frage der Ausgestaltung hat zunächst überhaupt nichts mit der Kontrolle durch Wettbewerbs- oder Kartellrecht zu tun, weil das eine sehr spezielle Materie ist, bei der es um beschränkende Vereinbarungen oder marktbeherrschende Stellungen geht. Von daher meine ich, dass, wenn man an die Ausarbeitung eines neuen Schutzrechts oder eines neuen Verwertungsrechts geht, man in der Tat erst einmal ausblenden sollte, was es an externen Schranken gibt, und dass man sich bei der Definition des neuen Verwertungsrechts die allergrößte Mühe geben sollte und da auch kreativ sein sollte. Denn oftmals gibt es Schrankenbestimmungen, die man bislang noch nicht hatte, die aber sinnvoll sind, die man möglicherweise einbauen kann, und die sich nur auf ein bestimmtes Verwertungsrecht beziehen. Da sollte man nicht zu sehr am Bestehenden hängen und sich genau überlegen, auf eine sehr kreative Weise überlegen, wie man hier die Checks and Balances in die Definition der Eigentumsrechte hinein bekommt.

**Dr. Tilo Gerlach**

Dann verstehe ich das richtig, dass es nicht nur um die Schaffung neuer Schutzrechte, sondern auch um die Überprüfung Bestehender im Sinne unserer Diskussion geht?

**Prof. Andreas Heinemann**

Was ich gerade vorgeschlagen habe, nämlich Berichtspflichten und Überwachungspflichten, habe ich bezogen auf die Einführung neuer Schutzrechte im weitesten Sinn, also auch auf die Schaffung neuer Verwertungsrechte in bestehenden Schutzrechten. Aber ich möchte jetzt keine allgemeine Beobachtungspflicht für das Gesamtgebiet des Geistigen Eigentums empfehlen. Es geht um diejenigen Neuerungen,

die gesellschaftlich besonders umstritten sind; man sieht schon am Ausmaß des Streites, welche das sind. Die Problemfälle sind, meine ich, sehr klar zu definieren, und wenn man da etwas ändert und sich durchsetzt gegenüber denen, die das nicht wollen, dann sollte man die begleitende Aufsichts- und Berichtspflicht durch eine staatliche Institution wie einen Parlamentsausschuss oder ein Ministerium einführen.

**Dr. Axel Metzger**

Ich habe eine Frage an Professor Weber zu den externen Beschränkungen im allgemeinen Zivilrecht. Sie haben den Schwerpunkt auf den Rechtsmissbrauch gesetzt. Herr Leistner scheint in eine ähnliche Richtung zu tendieren, wenn er exzessive Schutzrechte durch eine Art Magna Charta des Verbrauchers korrigieren möchte, um die man mit dem Vertragsrecht nicht herum kommt. Ich frage mich zum einen, ob das mit dem Europäischen Recht vereinbar ist. Zweifel ergeben sich hierbei im Hinblick auf den Effektivitätsgrundsatz. Durch national zwingendes Vertragsrecht wird man die durch das europäische Recht gewährten Schutzrechte nicht wieder einschränken können. Auf der anderen Seite frage ich mich, wie wir diese zwingenden Vorschriften bemessen sollen. Wir haben entsprechende Vorschriften in der Computerrichtlinie und in der Datenbankrichtlinie. Diese könnten vielleicht als ein Modell dienen.

**Prof. Rolf Weber**

Vielleicht bin ich jetzt von meiner Herkunft aus betrachtet der falsche Adressat. Ihre Frage werde ich natürlich gerne beantworten aus meiner Sicht.

Im schweizerischen Rechtssystem hat an sich der Grundsatz der Privatautonomie oder der Vertragsfreiheit nach wie vor einen relativ weiten Anwendungsbereich. Beispielsweise haben wir nicht einmal ein AGB-Gesetz, das heißt es gibt praktisch keine gesetzliche AGB-Kontrolle. Natürlich kennen wir immer mehr zwingendes Recht, im Arbeitsvertragsrecht, im Mietvertragsrecht, im Verbraucherschutzbereich, aber grundsätzlich und in der Tat stehe ich auch hinter der Tradition der Privatautonomie und lege Wert darauf, das Ausmaß des zwingenden Rechts möglichst restriktiv zu handhaben.

Deshalb bin ich auch zurückhaltend, zum Zwecke der Schaffung externer Schranken neues, zusätzliches zwingendes Vertragsrecht einzuführen. Auch hier argumentiere ich, wie ich das letztlich unter spezifischen vertragsrechtlichen Aspekten getan habe, dass es nicht die Aufgabe einer externen Schranke sein kann, ebenso wenig wie einer Neulegiferierung von zwingendem Recht, Defizite abzudecken, die man dadurch geschaffen hat, dass man im Urheberrecht vielleicht nicht ausreichend sorgfältig oder nicht ausreichend ausgeglichen die balancing interests legiferiert hat.

Nochmals, ich bin sehr zurückhaltend, jetzt irgendwelche zwingende Vertragsrechtsnormen einzuführen und zu versuchen, damit Löcher zu stopfen.

Kurze Diskussion zum Wettbewerbsrecht als Externe Beschränkung des Urheberrechts (auf Wunsch der Beitragenden nicht in dieses Protokoll aufgenommen).

**Prof. Reto M. Hilty**

Ich denke, damit wir hier die Diskussion nicht verfleddern lassen: wir sind uns über weite Strecken einig, dass die Kenntnis von eigentlich allen Wettbewerbsrechtlern, ist, dass das Wettbewerbsrecht nicht einfach die Lösung unseres Problems ist. Das Wettbewerbsrecht spielt gewiss auch eine Rolle, aber es kann sicher nicht die Lösung des Problems der überschießenden Wirkung schlechthin sein. Ich glaube deshalb, dass wir nicht mehr auf dieser Ebene weiter diskutieren sollten.

Ich würde eher dazu tendieren – ich gebe Dir natürlich noch das Wort, Bernt (Hugenholtz) – den Blick noch etwas zu erweitern auf die Fragestellung von heute Nachmittag: wo liegen die Schlüssel versteckt, wie wir dem Problem, über das wir hier diskutieren – dem Interessenausgleich im Urheberrecht – außerhalb des Schutzrechtssystem Herr werden? Dass wir innerhalb des Schutzrechtes nach Möglichkeiten suchen, ist klar; aber heute Nachmittag sind wir nun eben konfrontiert mit der Frage: was gibt es außerhalb? Wir haben den Ansatz von Bernt (Hugenholtz), dass die Grundrechtsdiskussion ein denkbarer Ansatz ist, das Vertragsrecht wurde aufgeworfen, ebenso das UWG. Nicht, dass wir das jetzt diskutieren müssten; aber ich möchte die wettbewerbsrechtliche Diskussion abschließen können, weil ich meine, dass wir uns hier sehr einig sind, insbesondere auch bezüglich der abgeleiteten Märkte, die eine Definitionssache sind – im Grunde wissen wir, wie es funktionieren müsste.

### **Prof. Bernt Hugenholtz**

I was a bit negative about IMS-health and similar processes, but I think we can learn something. First of all that copyright is actually quite a well calibrated system, since officially only the anormal cases make it to the competition authorities and the courts. Another thing, we can learn, especially from IMS-health and also from the Microsoft-case, that we perhaps should exclude standards like those, reflected in computer software, for instance like in IMS-health, we should, maybe, exclude them up front from the copyright, just like we excluded laws and regulations. Why not? It takes care of a lot of competition law headaches.

### **Prof. Reto M. Hilty**

Womit wir eben wieder im Schutzrecht drinnen sind.

Frau Helberger und dann Herr Senftleben.

### **Frau Natali Helberger**

Ich finde die Diskussion in so fern interessant, als dass wir immer wieder auf das Wettbewerbsrecht kommen. Ich würde sie gerne zu einem Orchideenrechtsgebiet führen, dass auch in dieser Diskussion hier noch sehr stiefmütterlich behandelt worden ist: der Verbraucherschutz. Dies ist ein Aspekt, der in der Urheberrechtsdiskussion, speziell im Zusammenhang mit Digital Rights Management noch völlig übersehen wird.

Herr Prof. Weber hat gesagt, dass es im Konsumentenrecht kaum Vorgaben in materieller Hinsicht gibt. Das ist natürlich nicht ganz so. Konsumentenrecht und vor allem Mängelgewährleistungsrecht sagt: ein Produkt muss bestimmten Vorgaben entsprechen. Es muss bestimmte wesentliche Eigenschaften haben. Séverine (Dusollier) und Prof. Benabou haben schon einige belgische und französische Entscheidungen zitiert, in denen zum Beispiel entschieden worden ist, dass die Kompatibilität und die Mobilität von Inhalten eine solche wesentliche Eigenschaft ist. Genauso gut kann man sich fragen: sind nicht andere Gebrauchsmöglichkeiten einer CD, zum Beispiel Kopierbarkeit, wesentliche Eigenschaften sind? Und hier könnte beispielsweise die Abwägung stattfinden, die Séverine (Dusollier) vorgeschlagen hat. Sicherlich, die Gerichte in Belgien und Frankreich haben einfach gesagt: nun ja, private copy ist kein Recht. Aber: es ist ein schützenswertes Interesse! Ist das vielleicht ein Interesse, das wir im Rahmen der konsumentenrechtlichen Abwägung berücksichtigen müssen? Das ist eine Abwägung, die, die Gerichte nicht gemacht haben und die ich bis jetzt in der Diskussion auch nicht gefunden habe.

Konsumentenrecht ist auch interessant, weil es starke wettbewerbspolitische Aspekte hat. Transparenz ist sehr wichtig im Konsumentenrecht und Transparenz ist auch ein Mittel zur Stimulierung von Wettbewerb. Wenn ich als Konsument zwei CDs habe, die eine ist kopiergeschützt und die andere ist es nicht, dann ist es meine Wahl, welche ich nehme.

Kompatibilität ist auch ein wesentlicher Gesichtspunkt. Viele wettbewerbsrechtliche Probleme hängen mit Inkompatibilität zusammen. Das ist auch eine verbraucher-schutzrechtliche Frage, wie Sie aus einem ganz anderen Rechtsgebiet, dem Telekommunikationsrecht, ersehen können.

Insofern will ich eine Lanze für das Konsumentenrecht brechen. Es hat natürlich wenig mit Urheberrecht zu tun, aber systemfremde Elemente erfragen systemfremde Lösung.

**Prof. Reto M. Hilty**

Wenn wir über externe Beschränkungen sprechen, dann sind damit Beschränkungen gemeint, die mit dem Urheberrecht nichts zu tun haben, das liegt in der Natur der Sache. Herr Senftleben.

**Dr. Martin Senftleben**

Ich möchte an den Begriff der normalen Auswertung erinnern, der im Bereich des Dreistufentests – und dieser ist ja gewissermaßen die Stellschraube für das Gleichgewicht zwischen Exklusivrechten und Beschränkungen – eine zentrale Rolle spielt. Meine Frage hierzu lautet, ob es nicht möglich wäre, anhand externer Mechanismen – von den Grundrechten bis hin zum Wettbewerbsrecht – den Begriff der normalen Auswertung zu konkretisieren. Auf diese Weise könnten externe Schranken im Rahmen der Frage nach der normalen Auswertung in das urheberrechtliche System integriert werden. Sie stünden dann dem Richter unmittelbar zur Verfügung und könnten auch die Anpassungsfähigkeit der gesetzlichen Regelung an neue Entwicklungen erhöhen.

**Prof. Reto M. Hilty**

Ich hebe die Frage auf, zuerst noch Frau Beldiman.

**Frau Dana Beldiman**

I fully agree about the consumer protection issue, but I think, if we advance in information society, the use of information is matter for the consumer. We are just seeing the beginnings of the use of digital products.

It is almost ironic that there is this tension between consumer protection and copyright, because originally copyright was intended to benefit society, to create a public domain, to benefit the individual consumer. So now, why are we seeing this tension?

That goes back to a comment, which Prof. Hilty made, that the DRM is not in the hands of the author, it is in the hands of the Verwerter; I submit that if it were in the hands of the author, we would not have these tensions between copyright and consumer protection. Maybe this is proof that DRM is in the hand of the wrong people and is used against the consumers. Thank you.

**Prof. Reto M. Hilty**

Es ist sehr spannend, dass im Grunde immer wieder Aussagen kommen, die gewisse Dinge so hinstellen. Wenn Sie jetzt sagen, ursprünglich ist es so, dass das Urheber-

recht im Dienste der Allgemeinheit wirksam sein soll, dann ist das letztlich der utilitaristische Ansatz; aber wenn Sie es naturrechtlich sehen, dann ist es genau anders. Das ist wahrscheinlich auch eine der Schwachstellen, wenn man von diesen Argumentationsebenen kommt (Verbraucherrecht usw.).

Ich bin ein wenig geprägt oder sogar geschädigt von der Diskussion in Deutschland über diese wirklich ausufernden Arbeitsgruppen, von denen die Argumente regelrecht zu Tode geredet wurden. Aber es gibt eine Gruppe, die immer mit dem Eigentumsrecht kommt, und das Eigentumsrecht ist letztlich die naturrechtliche Diskussion. Wenn Sie dann Eigentumsrecht gegen Verbraucherschutzrecht stehen haben, dann haben Sie einen Argumentationsnotstand, dann können Sie auf die Verfassung rekurrieren und sagen: ich habe immerhin verfassungsmäßige Rechte auf Information und so weiter; aber Sie haben einen Argumentationsnotstand.

Wenn wir utilitaristisch argumentieren, dann haben wir eine ganz andere Ebene, hören aber gleichzeitig von Herrn Heinemann mit Recht, dass die Ökonomen, die uns die Wirkungen der rechtlichen Instrumente im Grunde erklären können müssten, es nicht können. So gerät der utilitaristische Ansatz auch irgendwo in den Sand und kommt auch nicht mehr weiter. Das ist wohl die Schwachstelle jeder Diskussion in diesem Zusammenhang.

Jetzt habe ich von Herrn Koelman noch eine Wortmeldung, und dann bitte ich Sie noch mal auf die Frage von Herrn Senftleben zurückzukommen, aber vielleicht auch insgesamt nochmals zu reflektieren.

**Dr. Kamiel Koelman**

I have another remark about consumer protection. I am very pessimistic about existing consumer protection, that it can help out here. To explain it I use an example.

Somehow you can not sue a seller if your car won't fly you to the moon. And the reason for that is, of course, that consumer protection only steps in if a good that a consumer buys does not fulfil what the consumer may reasonably expect. Probably, in the field of DRM, information sellers would get away with limiting consumer use, limiting private copying or whatever, as long as they make very clear that such use is technology blocked. The consumer then cannot expect that he can make that usage. If we want consumer protection in the field of copyright law, probably new laws have to be implemented and in my view this should be done in copyright law itself.

**Prof. Reto M. Hilty**

So, wer möchte vielleicht zuerst auf Herrn Senftleben reagieren? Anschließend können wir noch mal eine allgemeine kurze Runde machen. Die normale Auswertung als Kernbegriff war die Aussage, die natürlich bis zu einem bestimmten Grad den Drei-Stufen-Test akzeptiert, den man freilich auch in Frage stellen darf. Aber wenn Sie darüber eine Dissertation geschrieben haben, dann wollen wir Ihnen diesen Ansatz nicht wegnehmen.

**Frau Valérie Benabou**

J'aurais deux remarques à faire sur la nécessité que l'on a d'internaliser les limites aux regards des instruments de contrôle de proportionnalité qui existent dans le droit d'auteur. C'est vrai, c'est bêtement positiviste, mais le juge qui va être amené à connaître un litige ne va pas être obligé de choisir dans un registre du droit les fondements de sa solution. Il peut également aller regarder d'autres pans du droit pour faire la „correction“. Le danger est évidemment que les règles de proportionnalité des

intérêts ne soient pas exprimées de la même manière avec les mêmes garanties pour les auteurs. Comment pouvons-nous prétendre que le droit d'auteur sera choisi par préférence ou que les règles d'arbitrage du droit d'auteur internes au droit d'auteur seront choisis par préférence aux règles externes? Première limite pratique si je puis dire.

La deuxième réflexion: c'est dommage que Mme Davies ne prenne pas la parole car dans son ouvrage sur l'intérêt public, elle a développé énormément la question de la balance des intérêts. Mais l'autre remarque : il me semble que le droit de la concurrence comme le droit de la consommation sont en train d'essayer de „pousser“ le titulaire de droits à faire les choses, à exploiter même quand il ne le souhaite pas. C'est intéressant car c'est une manière par d'autres instruments que le droit d'auteur d'introduire en quelque sorte une obligation d'exploitation, justifiée par le besoin du public que l'oeuvre en question soit largement diffusée. Je trouve assez intéressant donc que dans le droit d'auteur on n'ait pas d'obligation d'exploitation et que cette obligation d'exploitation nous soit en quelque sorte imposée de manière particulière par d'autres instruments de régulation. Je me posais la question de l'efficacité du système. Car imaginons – je prends le cas magill – qu'effectivement la Commission a délivré la licence obligatoire, que se passe-t-il si celui qui bénéficie de cette licence obligatoire n'exploite pas ou exploite de façon trop coûteuse? L'objectif recherché ici - la création d'un nouveau produit- ne pourra pas être rencontré parce que rien ne pouvait obliger l'entreprise demandeuse à exploiter une fois qu'elle a obtenu le bénéfice de la licence obligatoire.

**Prof. Bernt Hugenholtz**

“Mister three-step-test” himself (Dr. Senftleben) has asked the question, whether we can learn something from external factors. I think Martin (Senftleben) knows the answer. But I give it anyway.

A free speech flavoured three-step-test would lead more or less to the following, or first of all from a free speech perspective, the whole three-step-test is irrelevant, because constitutional values and certainly the European Convention is of a higher order than what is in the Bern-Convention.

But apart from that if we are trying to interpret the three-step-test in the light of this fundamental right, certain special cases become not so special. I mentioned that before and we heard it before this idea of limitations being exceptional. From a free speech perspective is a bad idea. Normal exploitation, which is in itself a rather recursive notion, will certainly not be a relevant criteria, if you are looking at potential markets, which under a free speech analysis shouldn't exist or at least not on the basis of an exclusive right. This is the recursive aspect.

I know economists have written about market for parody and for licensing parody, and it all works well under this ideal of the Chicago School. But this should not happen. There should not be normal exploitation of an ancillary market, for parody for instance. This should be free under free speech analysis. It really comes to the crunch in the third criterion, the legitimate interests and the unreasonable prejudiced aspects of the third step. That is the place, where you can really do the balancing, that you want, in the light of free speech.

So, yes, there is something to be learned, but not very concrete, of course.

**Dr. Beatriz Conde Gallego**

Das ist eine Frage, über die man nachdenken sollte. Vielleicht hat man im Kartellrecht zu sehr darauf fokussiert, was nicht die normale Auswertung ist, und man sollte die Frage aus dieser anderen Perspektive stellen, in dem Sinne wie Du (Dr. Senftleben) sie gestellt hast. Eine zufrieden stellende Antwort auf Deine Frage kann ich aber jetzt nicht geben.

**Prof. Reto M. Hilty**

Gut. Herr Weber noch zum Verbraucherschutz?

**Prof. Rolf Weber**

Ich wollte Ihre (Dr. Senftleben) Frage nützen, um auch noch eine Brücke zum Verbraucherschutz zu schlagen. Wenn man versucht zu interpretieren, was normale Verwertung ist, dann könnte man sagen: Wenn die Ziele des Verbraucherschutzes appliziert werden, dann ist das die letzte Bewegung zum Endverbraucher, und ich glaube, das ist an sich auch die Schwäche des Verbraucherschutzes als externe Schranke. Ich habe darauf hingewiesen, wenn ich einmal die vertragliche Seite weglasse, die wir schließlich vor einem Jahr sehr intensiv besprochen haben, dann bleibt nicht so viel Substanz, denn Produktsicherheit ist im Zusammenhang mit Urheberrechten nicht so relevant. Es bleibt effektiv die Transparenz, aber das sind auch nicht die urheberrechtlich problematischen Fälle. Wenn wir uns darüber streiten, ob nun eine externe Schranke oder auch eine interne Schranke gelten sollte, dann wahrscheinlich nicht in der Beziehung zum Endverbraucher, der eben als Endverbraucher auftritt und kein Interesse an einem Wiederverkauf hat. Nochmals: ich will damit nicht den Verbraucherschutz entwerten, aber ich meine, dass die praktische Anwendbarkeit beschränkt ist.

Wenn man hingegen in die wirtschaftlich relevante Betrachtungsweise sich hineinwagt, dann kann man sagen: Auch neben den Grundrechten, die ich nicht missen will, gibt das Wettbewerbsrecht gewisse Ansatzpunkte. Es sagt, es sei ökonomisch nur legitimiert, dass man einmal den Gewinn abschöpft und nicht zwei- oder dreimal. Ob das eine sinnvolle Lösung ist, kann man diskutieren, aber das wäre letztlich auch eine Interpretationshilfe.

Wenn ich ganz zum Schluss, vielleicht ist es gut, dass dann die Diskussion nicht mehr weitergehen kann, eine provokative Frage noch in den Raum stelle: Müssen wir nicht gerade, wenn wir über die Schranken diskutieren, auch nochmals reflektieren, ob unser gegenüber der alten Tradition in den letzten 20, 30 Jahren stark erweitertes Urheberrecht tatsächlich sinnvoll für alle Fälle möglicher Urheberrechtspositionen geeignet ist oder wäre nicht vielleicht der Gedanke aufzunehmen, dass traditionelle Kunst in gewissen Bereichen anders zu behandeln ist als Computerprogramme und Datenbanken? Vielleicht kommen wir an die Grenze, wenn wir sagen, es muss alles immer über den gleichen Leisten geschlagen werden.

**Prof. Reto M. Hilty**

Ein sehr schöner Bogen, weil wir nun im Grunde wieder dort sind, wo wir gestern ungefähr um die gleiche Zeit waren. Das heißt der Tag hat uns viel Klarheit gebracht, nämlich, dass es nicht einfach ist mit externen und auch internen Beschränkungen.

Nun noch Herr Heinemann, dann sollten wir den heutigen Tag abschließen.

**Prof. Andreas Heinemann**

Ich möchte gerne an Rolf Weber anknüpfen und fragen: Inwieweit sollte das Urheberrecht überhaupt gehen? Welche Vergünstigungen sollten zugewiesen werden? In manchen Fällen ist das sehr klar, nämlich wenn die Produkte, die unter Urheberrecht stehen, wirklich vom Sinn des Rechts erfasst werden, aber manchmal gibt es auch Fälle, bei denen man daran zweifeln kann, ob wirklich noch etwas von der Belohnungsreichweite, und diesen Begriff möchte ich in den Vordergrund schieben, des Urheberrechts gedeckt ist. Zwar sind Urheberrechte mehr oder weniger genau definiert, aber manchmal lassen sie sich doch dazu einsetzen, um Früchte zu ernten, die nicht mehr von der Grundintention des Rechts erfasst sind. Das ist eine sehr schwierige Grenze.

Es wurde in der Diskussion auch nach der Rechtssicherheit gefragt. Es stimmt: Manchmal kann das Ideal der Rechtssicherheit nicht erreicht werden. Das bedeutet: Gerade wenn es um Kartellrecht geht, ist es manchmal für ein marktbeherrschendes Unternehmen nicht abschätzbar, was das Ergebnis einer kartellbehördlichen oder kartellgerichtlichen Entscheidung sein wird; insbesondere wenn es um den Tatbestand des Missbrauchs einer marktbeherrschenden Stellung geht. Es sind viele Interessenabwägungen zu machen, es ist nicht prognostizierbar, was dabei herauskommt. Aber die Existenz von solchen Regeln führt möglicherweise dazu, dass ein Marktbeherrscher vorsichtiger umgeht mit seiner Stellung und im Hinterkopf hat, dass er am Markt nicht alles durchsetzen und probieren kann, dass er doch etwas zurückhaltender sein sollte und insbesondere mehr auf die Leistung bauen sollte als auf die Macht, die durch die marktbeherrschende Position vermittelt wird.

Eine allgemeine Bemerkung noch: Ich habe den Eindruck von unserem Themenblock am heutigen Nachmittag, dass wir sehr disparate Themen hatten mit Verbraucherschutz, mit Grundrechten, mit Kartellrecht, und dass deshalb auch die Diskussion sehr disparat verlaufen ist. Ich glaube aber nicht, dass das ein Problem der Diskussion ist, sondern, dass das eigentlich schon Teil der Antwort ist, nämlich, dass man nicht genug betonen kann, wie unterschiedlich die Gebiete sind, über die wir hier geredet haben, und dass das Rechtsebene sind, die auf alle möglichen Gegenstände anwendbar sind, unter anderem auch auf das Urheberrecht. Aber man kann nicht als Ideal anstreben, alle externen Schranken so zurecht zu spitzen, dass sie dann gerade mit Bezug auf das Urheberrecht zu einem in sich stimmigen Ergebnis kommen werden. Das kann man nicht erreichen, wenn man über völlig unterschiedliche Regelungsanliegen spricht, so dass der Block über die externen Schranken zwangsläufig ein Block ist, in dem man nicht zu konsistenten, harmonischen Ergebnissen kommen wird.

**Prof. Reto M. Hilty**

Vielen Dank, Herr Heinemann, für diese sehr treffende Analyse. Ich denke, wir müssen von dem ganzen Tag mitnehmen, dass eine gewisse Ernüchterung – ich will ja nicht von Frustration sprechen – aber immerhin eine gewisse Klarstellung besteht, dass es nicht so einfach ist, mit Schranken das zu korrigieren, von dem wir gestern im Lichte der Schutzvoraussetzungen gesagt haben, wir müssten mal schauen, ob wir den Ausgleich nicht anders hinkriegen. Das müssen wir jedenfalls zur Kenntnis nehmen.

Mit Bezug auf den heutigen Nachmittag kann man wohl noch so unterschiedliche Denksätze haben; aber es gibt einen weitgehenden Konsens darüber, dass es unrealistisch wäre anzunehmen, dass das, was man in der Konzeption des Urheberrechts falsch gemacht hat, extern wieder korrigiert werden kann. Das sind Mecha-

nismen, die zwar in gewissen Konstellationen greifen mögen, aber sie sind nicht schlechthin die Antwort auf das Problem, das wir haben.

Ich denke auch, wir müssen realistisch genug sein, um die Diskussion von heute morgen ähnlich zu diskutieren. Wir können nicht einfach sagen, was wir bei der Frage, was wir überhaupt mit ins Urheberrecht hinein nehmen sollen, falsch gemacht haben, ließe sich einfach auf die nächste Stufe verlagern, d.h. wenn wir zu viel hinein genommen haben, hätten wir ja die Schranken und könnten sie mobilisieren. Gewiss spielen auch die Schranken eine wichtige Rolle, aber bestimmt nicht die einzige. Das heißt, wir kommen letztlich, ob wir wollen oder nicht, immer wieder auf die Grundfragen zurück, die wir gestern bereits diskutiert haben: wie weit wollen wir Gegenstände überhaupt in den Schutz hinein nehmen? Und Rolf Weber hat wahrscheinlich intuitiv, obwohl er gestern nicht da gewesen ist, die Diskussion von gestern nachvollzogen und im Grunde die Urfrage, die wir gestern im Raum stehen ließen, wieder aufgegriffen: müssen wir nicht eigentlich die Grenzen anders ziehen, mehr differenzieren und nicht nur einen großen Topf Urheberrecht sehen?

Ich meine, das ergibt eine schöne Überleitung auf den morgigen Tag, weil wir morgen die dogmatischen alten Zöpfe suchen, die dann genau mit dieser Fragestellung zu tun haben: gehen wir nicht in gewissen Bereichen einfach von fixen Vorstellungen aus, was Urheberrecht eigentlich ist und wie Urheberrecht wirken soll? Diese Fragestellung wird uns möglicherweise helfen, näher an die Wahrheit zu kommen. Wenn das Abschneiden von alten Zöpfen auch nicht greift, dann müssen wir vermutlich die Diskussion von gestern weiterführen und insbesondere die offenen Fragen aufgreifen, zum Beispiel jene nach alternativen Schutzmöglichkeiten: Was bedeuten diese? Was heißt denn überhaupt „Leistungsschutz“?

Aber warten wir den morgigen Tag ab. Ich danke Ihnen sehr herzlich für die rege Diskussion. Es bleibt nun nur noch den Zeitplan bekannt zu geben, denn wir waren so schlau Ihnen keine Zeiten vorweg anzugeben, damit wir jede Freiheit haben. Wir geben sie nun einfach ad hoc durch. Wir erwarten Sie um 9:30 Uhr hier und rechnen damit, dass wir die Tagung abschließen können um 13:30 Uhr. Dann haben wir hier ein Mittagessen, das bis 14 Uhr 30 dauert. Je nachdem verfügen sie dann über Ihre Zeit oder kommen mit uns in die Ausstellung des Hamburger Bahnhofs. Dort rechnen wir eine Besuchszeit von 16 Uhr bis 18 Uhr, und um 19 Uhr 30 hätten wir für die, die noch da sind, ein gemeinsames Abendessen eingeplant.

Heute Abend haben Sie „freien Ausgang“, also genießen Sie Berlin, wenn Sie schon da sind. Ich hoffe Sie haben viel Vergnügen und freue mich, Sie morgen wieder zusehen.