

Teil 3 – Externe Beschränkungen

Prof. Reto M. Hilty

Ich möchte die Diskussion von heute Morgen noch kurz reflektieren und so eine Überleitung finden. Diese Diskussion hat die hohe Komplexität der Probleme natürlich bestätigt, und sie hat mich die ganze Zeit an die Aussage von Frau Kur gestern denken lassen: Ihre Meinung ist sehr dezidiert, es machte im Grunde keinen Sinn, über die Frage von Schutzvoraussetzungen und Schutzbereich zu diskutieren, denn dort kämen wir sowieso nicht weiter; wir müssten es bei den Schranken versuchen – das war im Wesentlichen die Aussage.

Als ich der Diskussion heute früh folgte, war ich mir nicht mehr so sicher, ob das so viel einfacher ist. Ich hatte den Eindruck, es gebe zwei, vielleicht zweieinhalb Ansätze wie man den Schranken begegnen kann; denn insgesamt existieren da die gleichen Fronten wie gestern: Es gibt den eher naturrechtlichen Ansatz, der irgendwo als Rechtfertigung die Grundrechte sucht, und es gibt den eher ökonomischen Ansatz, den Frau Dusollier sehr schön vertreten hat, dahingehend, dass die Ausnahmen auch für ökonomische Effizienz sorgen können. Ob wir diese beiden Denkweisen – die sich natürlich überlappen, aber doch Differenzen zeigen – zusammenführen können, weiß ich nicht.

Und dann haben wir da noch diese Fokussierung auf Interessen, wie sie Herr Rigamonti – natürlich bewusst provokativ – in den Raum gestellt hat. Ich weiß freilich nicht, ob uns dies weiter hilft. Ich habe diesen Ansatz jedenfalls nicht unbedingt als etwas fundamental anderes gesehen, sondern mehr als eine Art Befreiungsschlag, wie Frau Kur auch kommentiert hat. Versucht wird damit gewissermaßen, einmal den gesamten Ballast weg zu bekommen, insbesondere die Diskussionen, die sich sehr oft auf Grundrechte stützten, wie in Deutschland die geradezu als Leier benutzte Anrufung der Eigentumsgarantie, also GG 14. Das ist in der Tat sehr üblich geworden. Man hat dieses Recht als Grundlage, und kriegt es einfach nicht weg. Dieser Umstand ist vielleicht etwas weniger präsent, wenn man sich auf Interessen beruft. Ob das aber wirklich eine Lösung ist, da habe ich – wie wir heute Morgen schon diskutiert haben, meine Zweifel. Insoweit, denke ich, sind wir heute Morgen nicht zum Ziel gekommen; das rechtfertigt natürlich auch die Runde von heute Nachmittag.

Vielleicht aber doch noch zwei, drei Gedanken, die mir heute Morgen gekommen sind. Ich bin Herrn Leistner sehr dankbar, dass er den Punkt der Vertragsfreiheit hinterfragt hat und in den Raum stellt, ob darin wirklich die Lösung liegt? Und das wiederum vor folgendem Hintergrund: ich glaube, es ist doch im Grunde kein Problem, wenn wir zu viele Rechte gewähren, solange diese Rechte in der Hand des Kreativen sind. Dort schaden sie eigentlich nicht. Erst wenn die Rechte in die Hände des Verwerters gelangen, dann bekommen sie plötzlich ein Schädigungspotential. Vor diesem Hintergrund muss man sich doch schon die Frage stellen, ob denn die volle Vertragsfreiheit das Richtige ist. Man kann ganz extrem sein und sagen: wenn man schon, wie in Deutschland, monistisch denkt, dann muss man zu Ende denken und sagen, dass der Urheber das Recht des Kreativen hat, das Urheberrecht; der Verwerter kann dieses Recht gar nie haben, er muss im Prinzip selber eine Leistung erbringen, dann hat er das Leistungsschutzrecht für seine Leistung. Bei diesem Ansatz müssten wir dort, wo wir gestern stehen geblieben sind, weitermachen: bei der Frage, was denn ein Leistungsschutzrecht überhaupt ist? Diese Frage müssen wir irgendwann nochmals diskutieren. Aber ich denke, dieser Ansatz ist mindestens eben-

so spannend wie der Ansatz über traditionelle Schranken. Wahrscheinlich sind wir damit aber schon im Thema des heutigen Nachmittags, dem Vertragsrecht.

Es hat mich auf der anderen Seite aber auch zu der Überlegung geführt – das hat Herr Hugenholtz heute Morgen sehr deutlich gesagt – dass die Problematik von digital rights management systems oder technischen Schutzmaßnahmen auch nicht das Problem wäre, wenn dies in der Hand des Urhebers läge. Das tun sie aber nicht, sie liegen immer in der Hand des Verwerters. Also ist es im Grunde ein Fehler, wenn wir das Urheberrecht dem Verwerter geben und dann mit den technischen Schutzmaßnahmen noch eins draufhauen. Damit verstärken wir letztlich einzig seine Wettbewerbsposition, jedenfalls nicht die Stellung des Kreativen.

Mir schien heute Morgen, dass ein Konsens darüber bestand, dass es ein Fehler war, den technischen Rechtsschutz als zusätzlichen Rechtsschutz des Urheberrechts zu gewähren. Ich glaube, insoweit könnten wir uns eigentlich einigen. Die Frage ist: braucht es dann überhaupt einen Rechtsschutz von technischen Schutzmaßnahmen? Es hat mich gefreut, dass das selbst Herr Schwarz hinterfragt, der immerhin Interessen vertritt. Er selber hat gesagt: man kann sich immerhin die Frage stellen: ist nicht der Einsatz von technischen Schutzmaßnahmen letztlich etwas Wettbewerbsrechtliches? Es gibt in gewissen Staaten den Ansatz, den Schutz von technischen Schutzmaßnahmen nicht urheberrechtlich zu sehen, sondern wettbewerbsrechtlich. Wenn ein Einzelner für sich eine technische Schutzmaßnahme bricht, dann wird das den Wettbewerb kaum beeinträchtigen; also muss es zulässig sein. Wenn einer eine technische Schutzmaßnahme bricht, um dann im großen Stil den Markt mit Piraterieprodukten zu bedienen, dann beeinträchtigt er den Wettbewerb. In einer solchen Differenzierung läge an sich ein Denkansatz.

Und was wir heute Morgen auch gehört haben, von dem ich denke, dass wir das vielleicht noch zu wenig diskutiert haben – und das auch tatsächlich irgendwo in die Schnittstelle zwischen gestern und heute führt, ist das Verhältnis zwischen Vergütungsanspruch und exklusivem Recht, das auch Herr Schwarz und Frau Xalabarder angesprochen haben. Den Gedanken sollten wir vielleicht morgen noch mal aufnehmen: ist es nicht eine Idee zu sagen, ein Schutzrecht dauert relativ kurz, ganz typisch beim Film, bis die normale Auswertung vorbei ist – das sind vielleicht zwei Jahre –, und dann endet der exklusive Schutz und es besteht nur noch der Vergütungsanspruch?

Ich denke, es ist wichtig, dass man sich solche Modelle auch mal vor Augen führt und nicht einfach nur an den vorhandenen Schranken zu drehen versucht. Denn dann werden wir ewig drehen. Ich fürchte die Schrankendiskussion also genau so wie jene über die Schutzvoraussetzung, denn die Erfahrungen der letzten und gerade dieses Jahres in Deutschland mit dem zweiten Korb zeigt, dass wir über die politische Diskussion nicht hinweg kommen. Es gibt keine dogmatische Richtigkeit. Es ist letztlich alles Politik. Wenn Sie so wollen, ist es – wenn es dann um die Interessen geht – the survival of the fittest. Wer sich mit seinen Interessen am besten durchsetzen kann, gewinnt eben. Das sehen wir in Deutschland mit dem zweiten Korb ganz exemplarisch.

Das sind nun schlicht einige Reflexionen, die wir mitnehmen können. Ich meine, sie passen auch gut als Überleitung in den Nachmittag, denn wir gehen jetzt davon aus, dass wir im Urheberrecht vielleicht nicht über die Probleme hinweg kommen; gibt es also Maßnahmen außerhalb des Urheberrechts? Das Vertragsrecht mag eine sein, aber es existiert sicher noch eine ganze Reihe von Alternativen.

Ich darf zu diesem Thema Prof. Weber das Wort geben; Sie sehen in den Unterlagen, wie weit das Feld von ihm abgesteckt werden wird.

1te Thesenpräsentation – Prof. Rolf Weber

Vielen Dank für die Möglichkeit, als Nicht-Immaterialgüterrechtler einige Gedanken zum Thema der externen Ausgleichsmechanismen zum Urheberrecht äussern zu dürfen. Vorerst werde ich vier Prämissen erläutern, hernach einen Überblick über die möglichen externen Ausgleichsmechanismen geben, dann die einzelnen Mechanismen detaillierter darstellen und schliesslich einen wertenden Ausblick wagen. Lassen sich mich mit den Prämissen beginnen:

1. Externe Ausgleichsmechanismen tangieren grundsätzlich nicht den Bestand des Urheberrechts, sondern nur, aber immerhin, die Art und Weise der Ausübung des (beständigen) Urheberrechts.

Die Anwendungsbereiche von Urheberrecht und anderen Rechtsgebieten, insbesondere Wettbewerbsrecht, fallen bildlich gesprochen nicht vollständig übereinander, sondern es gibt lediglich einen, wenn zwar nicht zu unterschätzenden Bereich der Überlappung. Diese Überschneidungen sind im Folgenden zu analysieren.

2. Verschiedene Ausübungsarten des Urheberrechts vermögen – theoretisch – Ungleichgewichte mannigfaltiger Art hervorzurufen.

- Marktabschottungen: National beschränkte Exklusivlizenzen (z.B. zur Übertragung von Urheberrechten in Franchise- /Alleinvertriebsverträgen) behindern den grenzüberschreitenden Wettbewerb.
- Zutrittsschranken für Wettbewerbsteilnehmer: Wenn marktbeherrschende Unternehmen Urheberrechte innehaben, ist der Marktzutritt erschwert.
- Einschränkungen der Informations- und Meinungsäusserungsfreiheit: Die übermässige Inanspruchnahme von Ausschliesslichkeitsrechten gegenüber Dritten tangiert die Grundrechte.
- Einschränkungen zulasten der Verbraucher: Die präventive Durchsetzung des Urheberrechtsschutzes durch technische Schutzmassnahmen (DRM) beeinträchtigt den „Leistungsbezug“ seitens der Rezipienten.

Die Qualität der potentiellen Ungleichgewichte ist im Lichte der mannigfaltigen rechtlichen Anknüpfungspunkte tendenziell unterschiedlich, was die Anwendung eines einheitlichen kohärenten Lösungsansatzes für die Ausgestaltung von externen Ausgleichsmechanismen von vornherein unmöglich macht.

3. Ein gewisser, im Einzelnen zu umschreibender „Monopolschutz“ durch Urheberrechte ist auch für einen Wettbewerbsrechtler ökonomisch legitimierbar, um den Innovationswettbewerb (Ansporn zu schöpferischem Handeln bzw. zur Vornahme von Investitionen) nicht zum Erliegen zu bringen, selbst wenn dadurch Einschränkungen in der freiheitlichen marktwirtschaftlichen Ordnung verursacht werden.

Die Analyse der ökonomischen Funktionen des Urheberrechts stellt, wie Franz Stirnimann in seiner umfassenden Dissertation (Urheberkartellrecht, Zürich 2004) detail-

liert herausgearbeitet hat, folgende Argumentationslinien mit Bezug auf die ökonomische Rechtfertigung der Immaterialgüterrechte zur Diskussion:

- Die „reine Funktionslehre“ geht davon aus, dass ausschliessliche Herrschaftsrechte sinnvolle Anreize zu effizientem, nicht verschwenderischem Einsatz knapper Ressourcen sind und damit zur gesamtwirtschaftlichen Wohlfahrt beitragen.
- Nach der Lehre von der Anreizfunktion ermöglichen Ausschliesslichkeitsrechte dem Urheber, von Nutzern ein Entgelt zu verlangen, die Investitionen zu amortisieren und Gewinne zu erwirtschaften.
- Der Mehrebenenansatz anerkennt, dass Urheberrechte partikulare Wettbewerbsbeschränkungen auf der Ebene des Konsums darstellen, weil sie dem Wettbewerb inhärente Imitationstätigkeiten der Konkurrenten verhindern, jedoch notwendig sind, um auf einer höheren Stufe den Wettbewerb mit den damit verbundenen positiven Wirkungen entfalten zu lassen.

Urheberrechtsschutz kann also die Parameter des zulässigen (permissible) Wettbewerbs regulieren. Normative Wertungen sind dabei, wie auch Herr Schwarz am Morgen schon bemerkt hat, auf ihre Gleichrangigkeit bzw. auf die fehlende Gleichrangigkeit hin zu beurteilen. Auf den ersten Blick scheint es jedenfalls nicht so zu sein, dass die Verfassung dem Urheberrecht a priori einen höheren Rang zugestehen würde, sondern es ist vielmehr so, dass dem Wettbewerbsgedanken, sowohl in der deutschen wie auch in der schweizerischen Verfassung, ein recht grosser Stellenwert zukommt.

Gesamthaft lässt sich nicht übersehen, dass Urheber- und Wettbewerbsrecht Bestandteile eines verfassungsrechtlich festgelegten ganzheitlichen Systems sind und deren normative Wertungen gleichrangig nebeneinander stehen. Insbesondere vermag das Urheberrecht durch die Beschränkung des Nachahmungswettbewerbs zu innovativ-schöpferischem Handeln anzuspornen und damit dem Substitutionswettbewerb zu dienen.

4. Eine kohärente Ausgestaltung von internen und externen Ausgleichsmechanismen zum Urheberrecht fehlt in internationalen und nationalen Gesetzgebungen; im Vordergrund steht derzeit der Schutz von Schutzmassnahmen, nicht vor Schutzmassnahmen, was doch wohl eine recht einseitige Optik ist und zumindest kein korrektes Gesamtbild abgibt.

Damit komme ich zu einem Überblick über die möglichen externen Ausgleichsmechanismen.

5. Das Kartellrecht bezweckt die Aufrechterhaltung des funktionsfähigen Wettbewerbs und steht damit potentiell regelmässig im Konflikt mit gesetzlich zugewiesenen Monopolrechten; ein Ausgleich, traditionell anhand der Kriterien von Bestand und Ausübung eingeräumter Rechtspositionen, hat durch Gesetz oder Rechtsprechung zu erfolgen.

Dass ich mit dem Kartellrecht beginne, bedeutet nicht, dass diesem Ausgleichsmechanismus von vornherein die besten Erfolgchancen zukommen. Vielmehr liegt der Ausgangspunkt darin, dass jedes geschäftliche Auftreten irgendwie marktrelevant ist und damit das wirtschaftliche Geschehen beeinflusst.

Dem Urheberrecht im Besonderen kommt im wettbewerbsgeprägten Wirtschaftsverkehr eine „Mittelfunktion“ zu: Es ist Mittel zur Marktallokation und damit zum Wettbewerb und kann nur mit Blick auf die relevanten Marktverhältnisse und den dort herrschenden Wettbewerb konkretisiert werden. Angesichts dieser Verwobenheit des Urheberrechts mit seinem Markt und den darin herrschenden Wettbewerbsverhältnissen ist zwingend zu folgern, dass sämtliches urheberrechtliches Handeln auf Übereinstimmung mit der wettbewerbsrechtlichen Wirtschaftsverfassung und der ihr nachgeordnete Marktgesetzgebung geprüft werden muss.

6. Die Grundrechte sind ein Kernbereich jeder Rechtsordnung; soweit die Wahrnehmung von Monopolpositionen durch deren Inhaber zu Lasten Dritter grundrechtliche Ausübungsbeschränkungen verursacht, muss die Rechtsprechung einen Interessenabwägungsprozess vornehmen.

Verfassungsrechtliche Stichworte sind insbesondere die Drittwirkungseignung und das Verhältnismäßigkeitsprinzip, das jedenfalls im öffentlich-rechtlichen Rahmen bereits eine gewisse Verdichtung erfahren hat, im privatrechtlichen Bereich aber noch der Konkretisierung harret.

7. Das allgemeine Zivilrecht basiert auf dem Prinzip der Privatautonomie; im Falle von substantiellen Ungleichgewichtslagen, insbesondere bei rechtsmissbräuchlicher Ausnutzung von eingeräumten Rechtspositionen, sind korrigierende Eingriffe jedoch legitimierbar.

Das kontinental-europäische Zivilrecht enthält eine Vielzahl wertausfüllungsbedürftiger Generalklauseln (Treu und Glauben, Rechtsmissbrauchsverbot, Persönlichkeitsschutz, öffentliche Ordnung, gute Sitten), die in allen privatrechtlichen Beziehung zur Anwendung gelangen. Im Bereich des Zivilrechts überschneiden sich zum Teil interne und externe Schranken, denn das Verbot des Rechtsmissbrauchs bzw. des Misuse stellt sowohl eine konzeptionelle interne Schranke des Urheberrechts als auch eine allgemeine externe Schranke der Rechtsordnung dar.

8. Besondere Bedeutung hat in den vergangenen Jahren der Verbraucherschutz erlangt; angesichts des inhärenten Machtungleichgewichts im Bereich der letzten Verteilstufe lässt sich erwägen, die grundlegenden Interessen der privaten „Abnehmer“ zu schützen.

Mit Blick auf das Verbraucherschutzrecht stellt sich insbesondere die Frage der Tragweite vorhandener Schutzbestimmungen und dabei auch das Problem der Abgrenzung zwischen vertraglichen und außervertraglichen Rechtskontakten.

9. Denkbar sind medienrechtliche Sonderbestimmungen als sektorspezifische Festlegung spezifischer Informationszugangsrechte (Kontrahierungszwang des Monopolinhabers).

Nach diesem Überblick beginne ich also mit dem schwergewichtigen Ausgleichsmechanismus des Kartellrechts.

Im Sinne einer Vorbemerkung zu den konkreten Thesen ist kurz auf die bisherigen Reflexionen einzugehen, denn das Verhältnis zwischen Kartellrecht und Urheberrecht ist Gegenstand einer bereits länger andauernden wissenschaftlichen Diskussion, die zu einer Vielzahl von Theorien mit Bezug auf die gegenseitige Stellung der beiden Rechtsbereiche geführt hat:

- Theorie der Priorität des Kartellrechts: Angesichts des heutigen Modells des dynamischen, d.h. unvollkommenen Wettbewerbs findet der Schutz des Wettbewerbs regelmässig sein dialektisches Gegenstück in der Dynamik und wettbewerblchen Antriebskraft des urheberrechtlichen Investitionsschutzes und in der Privatautonomie, diesen urheberrechtlichen Schutz zu verwerten, was die Vorrangstheorie als unangebracht erscheinen lässt.
- Eigenständigkeitstheorie: Dass die urheberrechtlichen Grundsätze derart eigenständig sind, dass eine kartellrechtliche Überprüfung ausgeschlossen ist, widerspricht schon den gesetzlichen Anordnungen zum Erschöpfungsprinzip und beachtet auch die Einbindung des Urheberrechts in eine gesamthafte Wettbewerbsordnung ungenügend.
- Inhaltstheorie: Die Lehre, dass gewisse Bereiche des urheberrechtlichen Handelns von der kartellrechtlichen Kontrolle ausgenommen sind (z.B. US-amerikanische „scope of patent“-Doktrin), verkennt die Dynamik der technologischen und rechtlichen Entwicklungen, die auch die Differenzierung zwischen dem gemeinschaftsrechtssimmunen „Bestand“ des Urheberrechts und der gemeinschaftsrechtlich überprüfbaren „Ausübung“ in Frage gestellt haben.
- Missbrauchstheorie: Diese Theorie, die zwischen dem zulässigen und unzulässigen urheberrechtlichen Handeln differenziert, geht einen Weg, der einerseits weit über das Wettbewerbsrecht hinausführt und andererseits mit Bezug auf die Aufrechterhaltung des Substitutionswettbewerbs zu restriktiv ist.
- Wettbewerbsöffnungstheorie: Die einseitige Betrachtung der allokativen Wirkungen des urheberrechtlichen Schutzes vernachlässigt die Frage der tatsächlichen Auswirkungen auf dem Markt.
- Immanenztheorie: Diese Lehre hat den Vorteil, dass sie sich vom abstrakten Vorrang/Nachrang-Denken und vom Schematismus der Inhaltstheorie gelöst hat und urheberrechtliche „Immanenzen“ in einem wettbewerbsrechtlichen Licht prüft, doch ist sie etwas stark auf das an sich nicht verankerte Prinzip des Verbots von Wettbewerbsbeschränkungen ausgerichtet.

Die Konsequenz aus den meisten Überlegungen, die in der Doktrin vorgenommen worden sind, geht dahin, dass keine Theorie letztlich zu überzeugen vermag. Vielmehr ist sachbezogen beim Auftreten eines „Konfliktes“ eine Lösung zu suchen. Damit komme ich zu den einzelnen Thesen:

10. Die Hauptdiskussion im Spannungsfeld zwischen Urheberrecht und Kartellrecht – nach der weitgehenden Etablierung des Erschöpfungsprinzips im Bereich der wettbewerbsbeschränkenden Abreden (d.h. Problem der Parallelimporte) – betrifft derzeit das Konzept der Essential Facilities, d.h. den Zugang zu notwendigen Infrastrukturen.

Die Rechtslage bei Erschöpfung im Urheberrecht ist zwar weiterhin etwas heterogen und inkohärent, doch haben sich die wesentlichen Grundsätze etabliert, weshalb das Hauptaugenmerk nachfolgend auf die Marktmachtproblematik gelegt wird.

Wettbewerbsrechtlich im Vordergrund steht das Offenhalten der Märkte. Der Wettbewerb mit und um kreative und innovative Gegenstände wird deshalb nicht nur

durch den urheberrechtlichen Ausschluss der Nachahmung und die allokativen, urhebergesetzliche Absicherung eines Wettbewerbsvorsprungs für sog. „First mover“ angekurbelt; vielmehr muss die Wettbewerbspolitik auch dafür sorgen, dass sowohl der Schutzrechtsinhaber als auch seine Wettbewerber trotz oder gerade wegen des urheberrechtlichen Verbots von Nachahmungen weiterhin Substitutionsgegenstände schaffen und verwerten können. Einzuschreiten gilt es somit bei Wettbewerbsbeschränkungen, die den Substitutionswettbewerb behindern und in ihrer Intensität über dasjenige Mass hinausgehen, das angesichts der relevanten Markt- und Wettbewerbsverhältnisse notwendig ist.

11. Der Europäische Gerichtshof äußerte sich bisher in drei Fällen zu diesem Spannungsfeld:

- Im Magill-Fall (1995) hat der EuGH die Möglichkeit, die Ausübung urheberrechtlicher Verwertungsrechte kartellrechtlich zu überprüfen, wahrgenommen und das Vorgehen von BBC und ITV, einem anderen Verleger den Zugriff auf Listen zu verweigern, in denen das Fernsehprogramm der kommenden Wochen enthalten war, für unzulässig erklärt (keine Legitimation, den Wettbewerb auf dem vom Fernsehmarkt abgeleiteten Markt für Programmführer auszuschließen).
- Im Fall Bronner (1999) hat der EuGH das Betreiben eines (räumlich exklusiv) bestehenden Hauszustellungssystems, das für den Vertrieb der dem Inhaber gehörenden Tageszeitungen eingesetzt wurde, mit der Folge, dass dem Verleger einer Konkurrenzzeitung der Zugang zu diesem System verwehrt war, was den Vertrieb seiner Tageszeitung wesentlich erschwerte, nicht für grundsätzlich (bei angemessener Vergütungsstruktur) unzulässig gehalten.
- Im IMS-Fall (2004) hat der EuGH es als missbräuchlich erachtet, dass ein marktmächtiges Unternehmen die Lizenzerteilung zur Verwendung einer Bausteinstruktur, an der es ein Recht des geistigen Eigentums besitzt, verweigerte, obwohl der Nutzer in die Entwicklung dieser Struktur einbezogen gewesen ist und obwohl der Aufwand, den potentielle Nutzer betreiben müssten, um auf einer alternativen Struktur beruhende Rechte über den regionalen Absatz von Arzneimitteln beziehen zu können, übermässig wäre.

12. Im IMS-Fall hat der EuGH folgende Bedingungen zur Anerkennung des Essential Facilities-Konzeptes formuliert:

- Das Unternehmen, das um die Lizenz ersucht hat, beabsichtigt, auf dem Markt für die Lieferung der betreffenden Daten neue Erzeugnisse oder Dienstleistungen anzubieten, die der Inhaber des Rechts des geistigen Eigentums nicht anbietet und für die eine potentielle Nachfrage der Verbraucher besteht.
- Die Weigerung ist nicht aus sachlichen Gründen gerechtfertigt.
- Die Weigerung ist geeignet, dem Inhaber des Rechts des geistigen Eigentums den Markt für die Lieferung der Daten über den Absatz von Arzneimitteln in dem betreffenden Mitgliedstaat vorzubehalten, indem jeglicher Wettbewerb auf diesem Markt ausgeschlossen wird.

Allgemeine Kriterien der Essential Facilities-Doktrin sind: (1) Eine wesentliche Einrichtung wird von einem marktbeherrschenden Unternehmen kontrolliert. (2) Die Wett-

bewerber können die wesentliche Einrichtung bei vernünftiger Betrachtungsweise nicht duplizieren. (3) Den Wettbewerbern wird der Zugang verweigert. (4) Die Bereitstellung der Einrichtung ist dem Betreiber zumutbar.

13. Die Problematik der bisherigen EuGH-Rechtsprechung liegt darin, dass das Essential Facilities-Konzept auf „aussergewöhnliche Umstände“ und „unentbehrliche Zugangsbedürfnisse“ ausgerichtet ist, mithin eine Ausnahmekonstellation anvisiert, die nicht den Einsatz eines verfeinerten kartellrechtlichen Instrumentariums zulässt.

Die Urteile zur Essential Facilities-Dotrin sind durchzogen vom wiederkehrenden Hinweis darauf, dass ganz besondere Umstände vorliegen müssen, um den Zugang zur Infrastruktur bzw. den Informationen durchsetzen zu können. Insbesondere bei funktionalen Produkten ist dieser Ausnahme-Ansatz problematisch und lässt keine kohärente wettbewerbsrechtliche Anwendung des vorhandenen kartellrechtlichen Instrumentariums zu.

Gesamthaft betrachtet kommt wegen der Zurückstutzung des Essential Facilities-Konzepts auf Ausnahmesituationen auch ein Kartellrechtler nicht um die biblische Botschaft herum, dass man natürlich die Botschaft des EuGH hört, indessen der Glaube fehlt, dass dieser Weg weiterführend sei. Vielmehr scheint es sachgerecht, wenn überhaupt über das Kartellrecht gesprochen wird, sich auf die Grundgedanken des Konzepts der Marktmacht zurückzubedenken.

14. Mit Bezug auf das Konzept der Marktmacht geht die neuere Lehre zutreffend davon aus, dass das alleinige Abstellen auf Marktstrukturdaten nicht sachgerecht ist, sondern vielmehr die konkreten Abhängigkeitsverhältnisse auf dem Markt zu prüfen sind. Selbst wenn ein Unternehmen nur relative Marktmacht hat, fehlt es bei marktstruktureller Abhängigkeit – wegen der gegebenen Marktverhältnisse – an ausreichenden und zumutbaren Ausweichmöglichkeiten und damit an einem Substitutionswettbewerb.

Im Vergleich zu kulturwirtschaftlichen Märkten kann sich der relevante Markt im Informatikbereich häufiger auf ein einzelnes Produkt beschränken, was bedeutet, dass der sachliche Markt sehr eng ist. Der Grund dafür liegt darin, dass für viele Anwender der Wechsel zu einem anderen Soft- oder Datenbanksystem regelmässig zu teuer ist (sog. „customer lock-in“). Vor allem aber kann es im Informatikbereich durchaus dazu kommen, dass es zu einem bestimmten Software- oder Datenbankprodukt gar keine Substitutionsprodukte gibt, etwa weil wegen dem objektiv feststellbaren Schutzzumfang von Computerprogrammen und Datenbanken das Risiko einer urheberrechtlichen Verletzungsklage und damit die Transaktionskosten einer Produkteinführung sehr gross sind oder weil die Herstellung eines Konkurrenzproduktes regelmässig den Zugang zu fremden Schnittstelleninformationen und Datensammlungen voraussetzt, die jedoch verschlüsselt und damit nicht zugänglich sind.

Gestützt auf diese Erkenntnis ist danach zu fragen, was das Abstellen auf die Möglichkeiten des Substitutionswettbewerbs konkret bedeutet.

15. Das Vorhandensein von Ausweichmöglichkeiten stellt insbesondere bei funktional determinierten „Produkten“ mit einem hohen Individualitätsgrad ein besonderes Problem dar; im Vordergrund stehen dabei Ideen und Informationen, die zwar einerseits nicht in jedem Fall die Schwelle der schöpferischen Leistung überschreiten und damit urheberrechtsschutzfähig sind, die aber andererseits, wenn der Schutz

entsteht, kaum einen Substitutionswettbewerb ermöglichen, insbesondere wenn auch Bearbeitungen in den Schutzbereich fallen.

Je funktionaler ein urheberrechtlich geschütztes Produkt ist, desto schwieriger dürfte es sein, Substitutionsprodukte herzustellen und desto eher kann der Schutzrechtsinhaber allein auf Grund seines Urheberrechts eine marktbeherrschende Stellung einnehmen. Marktbeherrschung dürfte schon dann vorliegen, wenn der Restwettbewerb als unbedeutend erscheint. Insbesondere in informationswirtschaftlichen Märkten ist es oftmals sehr schwierig, um das urheberrechtlich geschützte Produkt „herum zu schaffen“. Einerseits müssen z.B. Computerprogramme strenge, technologisch definierte Neuartigkeits- und Nichtoffensichtlichkeitskriterien erfüllen, um nicht als Nachahmung zu gelten. Andererseits ist den Marktteilnehmern oftmals der Zugang zu den sog. Schnittstelleninformationen versperrt, ohne die es unmöglich ist, kompatible Konkurrenzprodukte herzustellen.

Noch ungenügend durchleuchtet ist in diesem Zusammenhang die genaue Differenzierung zwischen dem Fehlen von Ausweichmöglichkeiten wegen schutzrechtlich bedingter (relativer) Marktmacht („inside the scope“) und wegen auf den Marktgegebenheiten beruhender (relativer) Marktmacht („outside the scope“). Diese Schwäche der ungenügenden Differenzierung zeigt sich insbesondere in der Argumentation des EuGH im IMS-Fall; zutreffend ist immerhin der Hinweis, es bedürfe nicht des Vorhandenseins zweier getrennter Märkte, sondern es reiche aus, dass lediglich ein potentieller oder auch nur hypothetischer Markt sich bestimmen lasse.

Die Abgrenzung von „intern“ und „extern“ wird nicht zuletzt auch dadurch erschwert, weil der Gesetzgeber, zum Teil aus politischen Gründen, bei den Schrankenbestimmungen nicht konsequent eine „Allokation“ zum Urheber- bzw. Wettbewerbsrecht vorgenommen hat. Diese Problematik betrifft nicht nur die allgemeinen Zuordnungsnormen im schweizerischen Kartellrecht (Art. 3 Abs. 2 KG), sondern ebenso die Sondernormen von Art. 6 Abs. 4 der Informationsgesellschafts-Richtlinie betreffend die technischen Schutzmassnahmen.

16. Selbst wenn die Gedankenführung im Kartellrecht gemäss den vorerwähnten Überlegungen weiter entwickelt wird, dürfte das entsprechende Instrumentarium nicht in jeder Situation geeignet sein, um wirksame externe Ausgleichsmechanismen im Urheberrecht bereit zu stellen. Auch wenn also das Urheberrecht als Teil der wettbewerbsrechtlichen Gesamtordnung aufgefasst wird, bleibt noch offen, in wie weit das Kartellrecht in individuellen Situationen zu greifen vermag.

Nach diesen vertiefenden Überlegungen zum Kartellrecht kann ich mich bei den übrigen Ausgleichsmechanismen etwas kürzer fassen. Dabei beginne ich mit den Grundrechten:

17. Verfassungsrechtlich sollen Ideen frei zirkulieren können und nicht Gegenstand kontrollierter Eigentumspositionen sein, denn „the digital world is closer to the world of ideas than to the world of things“ (Lessig). Im Besonderen muss – abgesehen von Fragen der Eigentumsfreiheit im Zusammenhang mit dem Zugang zu Werkstücken – die Meinungsäusserungsfreiheit funktionell so verstanden werden, dass sie positiv zur Verwirklichung des freien Ideenaustausches beiträgt. Gemäss Art. 35 Abs. 3 der schweizerischen Bundesverfassung werden Grundrechte nämlich auch unter Privaten wirksam, „soweit sie sich dazu eignen“.

Verfassungsrechtliche Überlegungen betreffen z.B. die folgenden Fragen:

- Inwieweit vermag das Urheberrecht eine Freiheitsausübungsschranke im öffentlichen Interesse (Art. 10 Abs. 2 EMRK) zu legitimieren?
- Was bedeuten die Prinzipien der Verhältnismässigkeit und der notwendigen Einschränkung eines Grundrechts?
- Gibt es Unterschiede in der Verfassungsrechtstradition einzelner Länder? Wie lassen sich gegensätzliche Positionen wie in den USA z.B. die Meinungsäusserungsfreiheit (First Amendment) und der Schutz der Verwertungsgesellschaften (Digital Millennium Copyright Act) in Einklang bringen?

18. Der stark auslegungsbedürftige Begriff der „Drittwirkungseignung“ belässt der Rechtsanwendung einen grossen Spielraum bei der Entscheidung, in welchem Ausmass grundrechtliche Wertungsgesichtspunkte eine Rolle spielen können. Das schweizerische Bundesgericht hat kürzlich gestützt (auch) auf Drittwirkungsüberlegungen die Schweizerische Post, die sich geweigert hat, unadressierte Massensendungen eines subjektiv als unerwünscht erachteten Vereins zu befördern, gerügt, obwohl es sich bei den Massensendungen um einen Wettbewerbsdienst handelt, der sich nicht als staatliche Aufgabe bezeichnen lässt. Nach den bundesgerichtlichen Überlegungen ist die Annahme einer Kontrahierungspflicht gerechtfertigt, wenn es sich (1) um das allgemeine und öffentliche Angebot von Waren und Dienstleistungen handelt, (2) die zum Normalbedarf gehören, sowie (3) von einer starken Machtstellung des Anbieters bzw. (4) von fehlenden zumutbaren Ausweichmöglichkeiten der Abnehmer auszugehen ist (BGE 129 III 45).

Bemerkenswert an der verfassungsrechtlichen Argumentation ist, dass eine starke Anlehnung an die wettbewerbsrechtliche Begriffswelt erfolgt; von Bedeutung sind z.B. die Marktmacht und das Fehlen des Substitutionswettbewerbs. Das wettbewerbsrechtliche Begriffsarsenal wird also für das Verfassungsrecht fruktifiziert bzw. instrumentalisiert.

19. Die verfassungsrechtliche Vorgehensweise ist indessen mit dem Nachteil der beschränkten Vorausssehbarkeit und Rechtssicherheit verbunden; der Ermessensspielraum der Gerichte bleibt bei der Beurteilung der „Drittwirkungseignung“ (d.h. bei der Festlegung eines angemessenen Ausgleichs zwischen freihaltebedürftigen und monopolisierungswürdigen Inhalten) sehr weit und erschwert damit die Prognostizierbarkeit der Wirkung von potentiellen Ausgleichsmechanismen. Was „Harmonie“ ist und was keine „Harmonie“ ist, lässt sich den Grundrechten nur schwer entnehmen.

Dem Interesse an der Informationskontrolle auf der Seite der Berechtigten steht ein gesteigertes Bedürfnis nach Informationsteilnahme auf der Seite der Allgemeinheit gegenüber. Der Hinweis auf einen sachgerechten Interessenausgleich bringt das Risiko eines diskretionären Adakadabra bei der Interessenbewertung mit sich.

20. Eine solche verfassungsrechtliche Betrachtungsweise koinzidiert immerhin mit der Tatsache, dass der Zugang zu Bibliotheken, d.h. zu Informationen und zum Wissen, seit Jahrhunderten grundsätzlich frei ist.

Die Präambel des WIPO-Vertrages von 1996 formuliert die Notwendigkeit, ein „Gleichgewicht zwischen den Rechten der Urheber und dem allgemeinen öffentli-

chen Interesse, insbesondere in den Bereichen Bildung, Forschung und Zugang zu Informationen, aufrecht zu erhalten“.

Als weiterer Ausgleichsmechanismus ist das Zivilrecht anzusprechen:

21. Das allgemeine Zivilrecht kennt den Grundsatz der Unzulässigkeit des rechtsmissbräuchlichen Verhaltens. Im Bereich des Urheberrechts steht die „Misuse“-Doktrin im Vordergrund; konkret geht es danach bei der Abgrenzung zwischen dem kartellrechtlich zulässigen und unzulässigen urheberrechtlichen Handeln um die Frage, ob urheberrechtlich eingeräumte Schutzpositionen (missbräuchlich) zu Zwecken eingesetzt werden, die der „Public Policy“ eines wettbewerbswirksamen (Binnen-)Marktes widersprechen. Auf die Verträglichkeit des Urheberrechts mit der „Public Policy“ stellt auch die US-Lehre ab, die im Urheberrecht ein aus Gründen des öffentlichen Interesses eingeräumtes Privileg sieht und dagegen verstossende Vorkehren (z.B. Koppelungsgeschäfte) für unzulässig hält.

Die Umschreibung der „Misuse“-Doktrin ist ausgesprochen schwierig: „The fair use doctrine falls outside the public domain in theory, but seemingly inside in effect“. Bisher ist es nicht gelungen, griffige Kriterien für den „Misuse“ bzw. den Rechtsmissbrauch zu formulieren. Diese Einschätzung gilt auch für den kürzlich erlassenen Benefit Authors without limiting Advancement or Net Consumer Expectations Act von 2003 (BALANCE).

Auch in Kontinentaleuropa mit einer etwas engeren Optik des Rechtsmissbrauchs fehlt es weiterhin an klaren Kriterien mit Bezug auf die Anwendung im Urheberrechtsbereich, insbesondere bei Fehlen vertraglicher Beziehungen.

22. Ein weiterer Nachteil der „Misuse“-Doktrin liegt – ähnlich wie bei Anwendung der Essential Facilities-Doktrin – in der Tatsache, dass eine Ausnahmesituation nachzuweisen ist, weil sich nur unter ausserordentlichen Gegebenheiten bzw. in Sondersituation von einem „Misuse“ ausgehen lässt. Überdies verbleibt der Rechtsprechung insoweit ein unerwünscht weiter Ermessensspielraum in Auslegungsfragen.

23. Ähnliche Bedenken ergeben sich bei Anwendung des allgemeinen zivilrechtlichen Rechtsmissbrauchsverbotes, das sich regelmässig nur in Ausnahmefällen anrufen lässt. Gegenüber der Argumentation des schweizerischen Bundesgerichts im erwähnten Post-Fall, die sich zur Begründung einer Kontrahierungspflicht auf allgemeine, ein treugemässes Verhalten gebietende Prinzipien des Privatrechts und auf das Verbot sittenwidrigen Verhaltens stützte, hat die Lehre denn auch zutreffend eher kritisch reagiert.

Nicht gesichert ist zivilrechtlich auch die „Umlegung“ eines Verstoßes gegen ein allgemeines Rechtsprinzip auf eine Kontrahierungspflicht, also eine Zwangstätigkeit.

24. Zivilrechtlich betrachtet stellt sich vielmehr die Frage, ob es nicht sachgerecht wäre, den Schutz der wirtschaftlichen Persönlichkeit bzw. das (traditionelle) Problem des Boykotts stärker in den Vordergrund zu rücken; diese Rechtsprechung basiert nämlich auf bekannten Parametern, die es ermöglichen, die individuellen Verhältnisse zu berücksichtigen, ohne zu einer allzu unvorhersehbaren Entscheidungsfindung zu führen.

Das Boykottrecht basiert auf dem Gedanken der absichtlichen Schadenszuführung durch ein nicht legitimierbares Verhalten. Begründungsbedürftig sind dabei zwei Aspekte:

- Besteht eine Schutznorm (z.B. Persönlichkeitsschutz)?
- Lässt sich eine Haftung durch Unterlassen begründen?

25. Soweit der Inhaber von Monopolpositionen interne Ausgleichsmechanismen (z.B. Eigengebrauchsregelung) auszuhöhlen versucht, stellt sich zudem die Frage, ob nicht ein Recht auf Selbsthilfe (Art. 52 Abs. 3 OR/§ 229 BGB) als denkbare Alternative für technisch versierte Nutzer aufzuleben vermag; Voraussetzungen und Inhalt eines solchen Selbsthilferechts sind bisher indessen noch nicht ausgelotet.

Der Verbraucherschutz ist in den letzten Jahren, insbesondere auf europäischer Ebene, zu einem dominanten Thema in fast allen Rechtsbereichen geworden. Nicht verwunderlich ist deshalb, dass Advokaten des Verbraucherschutzes auch im urheberrechtlichen Feld gewisse Fruktifizierungschancen sehen. Realistisch betrachtet ist der Ertrag indessen relativ gering:

26. Zwar vermögen Vorkehren von Inhabern monopolistischer Rechtspositionen die Konsumfreiheit der Verbraucher zu beeinträchtigen, indem z.B. technische Schutzmassnahmen die Eigengebrauchsregelung des Urheberrechts aushöhlen, doch handelt es sich dabei eher um einen „intern“ relevanten Vorgang, der mit entsprechenden Korrekturen durch Gesetzgebung und/oder Rechtsprechung zu beseitigen ist.

Der Verbraucherschutz greift insbesondere in vertraglichen Rechtsbeziehungen. Insofern sind in der Tat gewisse externe Ausgleichsmechanismen zum Urheberrecht vorhanden, etwa bei der Kontrolle Allgemeiner Geschäftsbedingungen oder bei der Überprüfung der Zulässigkeit von „Shrink-wrap-licenses“. Die Rechtsprechung in den einzelnen Ländern ist immerhin recht unterschiedlich.

Ein Hauptproblem des Verbraucherschutzes besteht aber darin, dass seine Ausstrahlungskraft im ausservertraglichen Bereich wesentlich geringer ist als im vertraglichen Bereich. Gerade bei Vorliegen marktmächtiger Stellungen hinsichtlich des Zurverfügunghaltens von Informationen macht sich dieses Manko besonders bemerkbar.

27. Der Verbraucherschutz ist ein wirtschaftspolitisches Anliegen, das mit durch das Urheberrecht gegebenenfalls verursachten Störungen des funktionsfähigen Wettbewerbs relativ wenig zu tun hat; aus diesem Grunde erscheint es kaum als sinnvoll, urheberrechtliche Problemstellungen (auch noch) mit verbraucherrechtlichen Schutznormen zu überziehen; vielmehr sind die Instrumente aus anderen Rechtsbereichen heranzuziehen.

Schließlich dürfen auch mögliche medienrechtliche Anknüpfungspunkte nicht vollständig ausser Betracht gelassen werden:

28. Theoretisch ist es denkbar, spezifische medienrechtliche Normen zu erlassen, insbesondere eine Kontrahierungspflicht des marktmächtigen Inhabers einer Information und/oder Ideen abdeckenden Monopolstellung.

29. Die genaue Umschreibung einer solchen Kontrahierungspflicht könnte aber erhebliche rechtstechnische Probleme verursachen und wäre zudem mit dem Risiko konfrontiert, dass neue technische Entwicklungen erst mit Verzögerung erfasst werden. Eine bloss „Abkupferung“ der telekommunikationsrechtlichen Offenbarungspflichten dürfte kaum möglich sein, weil der Zugang zu technischen Infrastrukturen nicht deckungsgleich ist wie der Zugang zu Informationen und Ideen. Denkbar wäre gegebenenfalls eine Anknüpfung an das Zugangsrecht im Rahmen von Exklusivberichterstattungsverträgen von Runfunkveranstaltern (Art. 9 EÜGF)

30. Die legislatorische Kompetenz müsste sich wohl auf die grundrechtlich geschützte Informationsfreiheit abstützen, was grenzüberschreitend zusätzlich Kompetenzkonflikte auslösen könnte. Ob dieser Weg tatsächlich weiter führt, erscheint deshalb als ungewiss.

Damit komme ich zum Abschluss meiner Überlegungen, in der Hoffnung, möglichst viele Mosaiksteinchen ausgelegt zu haben, die Möglichkeiten aufzeigen, um über externe Ausgleichsmechanismen nachzudenken. Allerdings bin ich der Meinung, dass diese Mosaiksteinchen sich letztlich nicht zu einem schönen römischen Mosaik zusammenfügen lassen. Gesamthaft wage ich vielmehr die These, dass die externen Ausgleichsmechanismen weniger weit führen als die internen Mechanismen. Diese Aussage möchte ich an zwei abschliessenden Thesen konkretisieren:

31. Alle „Positionen“, die durch das Recht eingeräumt bzw. gewährt werden, haben ihre inhärenten Grenzen und sind Bestandteil des Gesamtsystems. Urheberrechtliche Monopolpositionen sind deshalb regelmässig auch im Lichte anderer schutzwürdiger Interessen zu bewerten, damit die Funktionsfähigkeit des gesamten Rechtssystems und damit seine Akzeptanz bei den Rechtsunterworfenen erhalten bleibt. Aus welcher „Rechtsbranche“ das als adäquat erachtete Instrumentarium zur Umschreibung der Grenzen urheberrechtlicher Ausübungsbefugnisse kommt, ist deshalb nur von sekundärer Bedeutung.

Künftig wird es unumgänglich sein, alle relevanten Elemente in einer Gesamtschau in Betracht zu ziehen, z.B. die Notwendigkeit eines berechtigten Interesses an einem spezifischen (Monopol-)Schutz, die Zulässigkeit gewöhnlicher „Beschränkungen“ und die abmildernde Wirkung vernünftig ausgestalteter Vergütungen. Überdies sollte nicht vergessen werden, dass der Wettbewerb von sich aus bereits den „First Mover“ privilegiert, ohne dass ein besonderes Schutzregime notwendig ist. In Betracht fallen insbesondere:

- First Mover-Vorteil aufgrund nachfrageseitiger Netzwerkeffekte;
- First Mover-Vorteil aufgrund hoher sunk costs;
- First Mover-Vorteil aufgrund des möglichen „Erstzugriffs“ auf positionale Inputs.

32. Externe Ausgleichsmechanismen sind, ungeachtet gewisser Überschneidungen (z.B. Vorbehalt von Art. 30 EG), von der Natur der Sache her immer weniger kohärent als interne Ausgleichsmechanismen, die legislatorisch den Vorrang haben sollten; dem „internen“ Interessenausgleich ist demgemäss künftig eine grössere Beachtung zu schenken. Externe Massnahmen, die tendenziell subsiditär zum Einsatz kommen, dürften eher punktuell als „gleichmässig umfassend“ wirken, weil es eine

sehr komplexe Aufgabe bleiben wird, eine Gesamtheit divergierender Interessen durch Regeln aus verschiedenen Rechtsbereichen zu koordinieren.

Prof. Reto M. Hilty

Herzlichen Dank, Rolf Weber. Ich muss ja neutral sein, als Gesprächsführer, aber es hat mir sehr gut gefallen.

Ich darf Frau Conde Gallego bitten.