

## Zusammenfassung und Ausblick

### Prof. Reto M. Hilty

Es kommt der letzte Programmpunkt, das ist wahrscheinlich der Schwierigste, noch viel schwieriger als alles was wir bisher diskutiert haben, nämlich eine Zusammenfassung zu machen und einen Ausblick zu liefern. Der Ausblick verlangt drei Dinge, die fließen dann auch ein bisschen in die Gedanken hinein, die eine Art Zusammenfassung sein sollen.

Erstens, wenn man einen Ausblick machen will, muss man zuerst Selbstkritik üben; wir müssen uns immer wieder fragen, ob wir überhaupt die richtigen Fragen stellen. Wenn ich jetzt dazu das eine oder andere sagen will, dann nicht, in dem ich Sie kritisieren möchte, sondern, weil wir vom MPI aus uns letztendlich die Fragen selbst gestellt haben.

Man braucht zweitens Zuversicht, um überhaupt weiterzukommen. Diesbezüglich kann ich ihnen garantieren, Christophe Geiger strahlt so viel Zuversicht auf mich über, dass wir da ganz bestimmt keine Probleme haben werden, irgendwie weiterzukommen.

Und drittens: man braucht, etwas groß gesagt, Visionen und jedenfalls Perspektiven; auch diesbezüglich kann ich Sie beruhigen, da das Team des MPI hier die Verantwortung mehr oder weniger kollektiv trägt. Neue Ufer suchen, dazu sind wir aufgebrochen, und dafür sind wir tatsächlich auf der Suche nach Visionen. Von daher gesehen, glaube ich, dürfen wir durchaus einen Ausblick wagen; zuerst aber vielleicht ein paar Gedanken zu dieser Tagung.

Ich meine, wir sollten uns nicht dadurch irritieren lassen, dass wir unglaublich viele Meinungen gehört haben, die sich auf den ersten Blick widersprechen mögen. In sehr vielen Punkten haben wir in diesem Raum eine unglaubliche Einigkeit gefunden; was wir noch nicht haben, ist lediglich eine gewisse Strukturierung.

Aber ich glaube, wir haben so etwas wie einen Grundkonsens, und um den sollten wir sehr große Sorge tragen. Wir haben aber auch ein ganz grundlegendes Problem, das sich durch sämtliche Fragestellungen hindurch fortgesetzt hat – es hat wahrscheinlich seinen Anfang in der Themenstellung an sich –: wir haben ein Problem fehlender Differenzierung. Ich denke in der Tat, wir sollten mehr differenzieren, und ich glaube, auch diesbezüglich haben wir Einigkeit: wir können nicht einfach „das“ Urheberrecht hinterfragen. Wir haben sehr viele Erkenntnisse gehört – ich möchte nicht sagen alle, weil ich damit werten würde, aber viele –, die für sich genommen richtig sind. Aber sie betreffen immer spezifische Problemfälle, und die Gefahr besteht, dass man von einem partikulären Problem spricht und dort eine Lösung sieht, während ein anderes die Lösung für sein Problem darunter versteht, für das sie nicht stimmen mag. Das heißt, wir übertragen im Grund Einzelantworten auf das gesamte System, und damit haben wir eine enorme Gefahr, quasi zu überreagieren. Ich glaube daher, sehr viele Reaktionen basierten – wenn ich so sagen darf – auf Missverständnissen. Aber wie gesagt, ich glaube das Problem liegt schon am Anfang: wo liegen überhaupt die Probleme? Ich glaube, es ist sehr gefährlich, wenn man – und bitte, Alain (Strowel), du sollst es nicht falsch verstehen – die Probleme auf Aussagen reduziert wie: alles ist nur ein copy-paste-Problem – denn das ist es ganz bestimmt nicht. Ich meine, wir haben in der ganzen Zeit, während zwei vollen Tagen, eine unglaubliche Zahl an echten Problemen gehört, und ich bin sehr froh, dass wir alles auf Tonband aufgenommen haben. Unsere Aufgabe wird es jetzt sein, diese Probleme heraus zu destillieren und

sie irgendwie zu gruppieren, zu systematisieren. Das heißt, wir müssen Gruppen von Problemen bilden, und auf diese Gruppen müssen wir versuchen, mit Gruppen von Antworten zu begegnen.

Problematisch fand ich vor allem die Diskussion von gestern Nachmittag; die hat mich fast am meisten irritiert, weil ich dort den Eindruck hatte, dass wir weitgehend aneinander vorbeireden. Die Problematik der externen Schranken steht gewissermaßen in einer Symmetrie zur Problematik der diversen Probleme. Ich glaube, in sich selbst sind sehr viele Aussagen richtig gewesen, aber sie wurden einander so gegenübergestellt, wie wenn das eine richtig und das andere falsch wäre – und so ist es nicht. Mich hat voll und ganz überzeugt, wie – ich nehme einfach ein paar Sätze als Beispiele heraus – wie Bernt Hugenholtz die Grundrechte verteidigt hat, mit Bezug auf die Beispiele die er gebracht hat, war das absolut und ganz schlüssig; es ging im Wesentlichen um die Meinungsfreiheit. Aber wir dürfen daraus niemals den Schluss ziehen, dass damit das Wettbewerbsrecht keine Rolle hätte. Und wir dürfen auch nicht den Schluss ziehen oder die Überlegungen anstellen, die vielleicht dann zum Teil in die Diskussion eingedrungen sind, es sei beispielsweise die Thematik der abgleitenden Märkte gar nicht möglich, im Urheberrecht gäbe es keine Märkte, oder auch die Idee zu verfolgen, die Verfilmung eines Buches sei ein abgeleiteter Markt des Buches – so ist es natürlich nicht. Wenn wir schon wettbewerbsrechtlich denken, dann müssen wir wirklich vom Wettbewerbsrecht ausgehen. Wir haben in der Tat enorme Probleme mit dem Urheberrecht im Hinblick auf abgeleitete Märkte, mögen wir sie jetzt abgrenzen können oder nicht. Aber damit wir uns da nicht falsch verstehen: Es wäre beispielsweise durchaus ein abgeleiteter Markt, wenn ein Filmproduzent über das Urheberrecht hinaus beispielsweise die Kinoauswertung oder die DVD Auswertung steuern könnte, in einer Art und Weise, dass das Urheberrecht ihm einen Hebel geben würde.

Ich kann ihnen ein anderes Beispiel geben, ein ganz konkretes mit dem ich vor einigen Jahren zu tun hatte: Die Vereinigung der Tonträgerhersteller hat die Usance, dass sie Ausgaben von neuen Singles etc. an die Radiostationen gibt und zwar kostenlos, was nicht ganz selbstlos geschieht zumal das Werbung für den Verkauf ist. Die IFPI Schweiz (das ist damals noch in der Schweiz passiert) hat diesen Radiostationen – obwohl die Rechtslage völlig unklar war, ob die Radiostationen Internetradio betreiben dürfen oder nicht – verboten, solches zu tun, unter der Androhung, sonst würden sie nicht mehr mit Tonträgern beliefert. Ein Privatradiosender, der sich nur mit Werbeeinnahmen finanziert, kalkuliert aber gar nicht so, dass er plötzlich teure CDs kaufen könnte, um aktuell zu sein. In der Androhung des IFPI zeigt sich damit im Grunde eine Verlagerung des Rechtsschutzes – hier des Tonträgerrechts – auf abgeleitete Märkte und die daraus resultierenden wettbewerbsrechtlichen Probleme liegen auf der Hand.

Wenn wir also solche Probleme haben und wenn wir mit Bezug auf sie auch von gewissen Problemlösungen ausgehen können, so bedeutet dies freilich nicht, dass es nicht weitere Bereiche gibt, wo wir ebenfalls eingreifen müssen. Der Konsumenten- bzw. Verbraucherschutz etwa kam in unserer Diskussion wahrscheinlich nicht wirklich auf die Bedeutung, die er hat. Er spielt im Übrigen in einem ganz spezifischen Sektor eine Rolle, namentlich bei diesen technischen Schutzmaßnahmen; über sie müssen wir wahrscheinlich noch viel nachdenken.

Aber ich glaube, wir haben gestern doch eine Grunderkenntnis mitgenommen, und zwar scheint mir das die Entscheidende: Letztlich kann eine externe Beschränkung niemals das wiedergutmachen, was wir am Anfang im Schutzrecht selbst falsch ange-

legt haben; ich denke, das haben wir irgendwo auch übertragen auf die internen Schranken. Gewiss ist es enorm wichtig, dass wir interne Schranken haben; aber auch die internen Schranken – ich nehme da ein bisschen Bezug auf Dich Annette (Kur), auch die internen Schranken allein sind nicht in der Lage, all das wieder zu korrigieren, was ad initio im Schutzrecht schon falsch angelegt ist. Entsprechend müssen wir wohl auch bei den Schranken viel mehr Differenzierungen hinkriegen; denn Schranken sind derart unterschiedlich und wirken derart unterschiedlich, man denke nur an eine Schranke des Zitatrechts und eine Schranke der Privatkopie – sie haben überhaupt nichts miteinander zu tun. Mit anderen Worten müssen wir erst mal diskutieren, worüber wir überhaupt reden. Tatsächlich brauchen wir wahrscheinlich eine Vielzahl von weiteren neuen Schranken in der heutigen Situation. Ich glaube, wir müssen uns dabei auch nicht an den Drei-Stufen-Test halten, wenn wir eine intellektuelle Diskussion führen wollen, das müssen die Richter tun. Wir sollten weitergehen. Beispielsweise braucht es wahrscheinlich durchaus irgendeine Schranke für einen Zugang zu Information zu angemessenen Bedingungen, die auch gegen technische Schutzmaßnahmen durchgesetzt werden kann. Wenn wir die Informationsgesellschaft ernst nehmen, brauchen wir insbesondere Schranken, damit Informationsmehrwertdienste entstehen können. Informationsmehrwertdienste sind heute schlicht nicht möglich, weil sie alle auf Vervielfältigungen basieren, die in diesem Kontext nie als private Handlungen zu werten sind.

Das sind Beispiele für Bereiche, wo wir tatsächlich über Schranken nachdenken müssen. Aber auch die Schranken allein werden es nicht schaffen; vielmehr glaube ich, wir müssen tatsächlich wieder zurück zur Ursprungsfrage vom Donnerstagmittag, zur Frage nach Schutzvoraussetzungen und Schutzwirkungen. Aber auch dort – und dies ist nun gewissermaßen die Konklusion – auch dort müssen wir differenzieren lernen. Das tun wir bis heute nicht. Ich denke, das ist heute auch sehr schön rausgekommen.

Ich möchte es aber eigentlich lieber positiv ausdrücken: wir haben eine Vielzahl von Einigkeiten erreicht; ich greife ein paar raus: Ich glaube, Alain (Strowel) und ich, wir sind uns eigentlich weitestgehend einig, dass die Einführung des Rechtsschutzes von technischen Schutzmaßnahmen ein Übel war – das kann im Grunde nicht die richtige Lösung sein. Das ist wahrscheinlich die erste Kampfansage, die wir zumindest in einer großen Gruppe aussprechen würden. Die Hintergründe, warum es diesen Rechtsschutz gibt, sind klar, die kann man problemlos nachvollziehen; da hat eine Lobby sich wahnsinnig gut durchgesetzt und wir haben es zu spät gemerkt – ein typisches Problem von „survival of the fittest“: sie haben es einfach besser gemacht; da müssten wir wahrscheinlich rangehen. Aber die Probleme in diesem Kontext sind viel genereller, sie gehen darüber hinaus. Herr Leistner hat sie in einer kurzen Bemerkung in zwei Kategorien eingeteilt; in diesen Kategorien kann man vielleicht noch mit Unterteilungen arbeiten, aber mit den zweien kann man ganz bestimmt schon gut leben. Einerseits geht es um die Behinderung des Wettbewerbs im weitesten Sinne, und andererseits geht es um die Behinderung des freien Diskurses, dies ebenfalls im weitesten Sinne.

Im Weiteren haben wir wohl einen Konsens darüber, dass der Schutz im Grunde zu tief ansetzt. Er erfasst zu viele Bereiche und zu viele Banalitäten, die unter Schutz stehen. Wo wir die Einigkeit wahrscheinlich langsam verlieren, ist bei der Frage, wie wir diesem Problem begegnen. Wir könnten etwas fatalistisch – ich überzeichne es jetzt Annette (Kur) – sagen, wir müssen das einfach hinnehmen, d.h. wir müssen die daraus resultierenden Probleme nachgelagerte Instrumente angehen. Oder wir können eben schon sagen, wir müssen die Eintrittshürden erhöhen. So oder anders kön-

nen wir die Zielsetzungen festsetzen; aber da gehen wir wahrscheinlich auch schon wieder auseinander. Wir können sagen, wir brauchen insgesamt mehr Wettbewerb, dies namentlich in diesem „unteren Bereich“, wie das Herr Weber gestern gesagt hat. Der „Advantage of the first move“ muss an sich auch hier ausreichen, d.h. wir müssen nicht alles schützen. Aber die entscheidende Frage ist: wollen wir das ganze Problem tatsächlich wettbewerbsrechtlich sehen oder nicht? Spätestens hier gehen unsere Meinungen wahrscheinlich auseinander. Ich glaube, da brechen auch unsere Argumente auseinander. So gerne ich Christophe Geiger zustimme, dass die Systeme – das Droit d’auteur und das Copyright System – natürlich längst ineinander verwachsen sind und sich sehr stark gegenseitig beeinflusst haben, so sehr denke ich doch, es brechen an dieser Stelle argumentativ doch immer wieder Fronten auf. Ob wir die beiden Denkweisen überwinden werden, da habe ich große Zweifel; dieses Problem wird uns wahrscheinlich ewig beschäftigen. Wo wir aber trotzdem wiederum Einigkeit haben – das ist mir die ganze Zeit hindurch immer wieder aufgefallen –, ist der Umstand, dass wir das System als Ganzes erfassen müssen. Wir müssen die Fragestellungen im Gesamtkontext überdenken, über das Urheberrecht hinaus, aber auch innerhalb des Urheberrechts die Abgrenzungen vielleicht neu ziehen.

Ich glaube weiterhin, dass wir einen Konsens darin haben, dass niemand der Meinung wäre, der Kreative braucht nicht irgendwo seinen Schutz, um das Umfeld vorzufinden, in dem er wirken kann. Welche die Incentives sind – ob sie ökonomisch sind oder psychologisch – da brauchen wir wieder Diskussionen. Vielleicht wollen wir den Kreativen auch einfach per se schützen, aus seiner Persönlichkeit heraus; auch diesbezüglich sind möglicherweise wieder Differenzierungen erforderlich. Wir sind uns aber auch einig, dass die Hauptprobleme eben eigentlich gar nicht beim Urheber, beim Kreativen liegen, sondern wirklich beim Verwerter. Ich glaube, wir sind uns auch einig, dass in diesem Raum niemand das Urheberrecht abschaffen will; das scheint mir sehr wichtig, denn wenn man kritisiert, wird man sehr schnell in diese Ecke gedrängt. Wir meinen im Gegenteil wahrscheinlich alle, dass das Urheberrecht sinnvoll sein kann, dass es erforderlich ist; die Frage ist bloß wie. Damit es sinnvoll ist – da sind wir uns abermals einig, und das ist der letzte Punkt, den ich gefunden habe – müssen wir Korrekturmechanismen einbauen.

Als letzte Bemerkung der Zusammenfassung: Wir haben sehr viele Ideen angetippt aber nicht wirklich vertieft. Insbesondere bei den Schutzvoraussetzungen, wo wir eingesetzt haben, sollten wir uns noch mal die Frage stellen, ob wir nicht in der Lage sind, andere Kategorien zu bilden? Wie war denn z.B. das mit diesen Registern gemeint? Das haben wir vielleicht fünf Minuten diskutiert, aber da steckt möglicherweise viel drinnen. Allenfalls gibt es auch da wieder Kategorien, von denen die einen so behandelt werden sollten, die anderen anders. Oder es wäre das, was wir im europäischen Designrecht jetzt haben – Annette Kur hat es ganz kurz angesprochen – möglicherweise ein Modell, über das wir nachdenken sollten, nämlich dass der Urheber durch eine Art Schöpferprinzip für vielleicht zwei oder drei Jahre einfach so seine Rechte hat. Wenn er diese dann wirklich vermarkten will, dann muss er sich eben eintragen, was gewisse Konsequenzen haben könnte.

Das sind alles Dinge, die wir noch nicht ausdiskutiert haben. Ich glaube, wir haben auch die Schutzwirkungen letztlich zu wenig diskutiert, sondern eigentlich nur über die Schutzvoraussetzung. Immerhin sind wir uns weitgehend einig, dass wir zum Beispiel unterschiedliche Schutzfristen haben sollten. Obwohl dieser Denkansatz noch eher diffus vorhanden war, hat mich insbesondere sehr überzeugt, dass sogar Herr Schwarz – der sicher der intensivste Interessenvertreter unter uns war – gesagt hat, dass wir möglicherweise in verschiedene Phasen unterteilen sollten. Zunächst in eine

Phase der Exklusivität, und später in eine Phase, wo es nur noch gesetzliche Lizenzen mit Vergütungsansprüchen gibt. All diese Dinge haben wir im Grunde nicht ausdiskutiert. Was wir am allerwenigsten ausdiskutiert haben – was ich am meisten bedauere und vermisse – das sind die alternativen Schutzinstrumente. Ich fürchte, dass wir extrem unterschiedliche Vorstellungen vom Begriff „Leistungsschutzrechte“ haben. Wenn wir sie so verstehen, dass Leistungsschutzrechte nur etwas „abgespeckte Urheberrechte“ sind, dann haben wir das Problem ganz bestimmt nicht gelöst. Wenn wir die Leistungsschutzrechte hingegen nicht als Schutzinstrumente, sondern als wettbewerbsrechtliche Instrumente verstehen, dann haben wir eventuell Chancen, weiterzukommen. Natürlich würde es für sich allein eine neue Tagung rechtfertigen, um uns Gedanken darüber zu machen, was denn Leistungsschutzrechte eigentlich sind.

Was wir auch nicht ausreichend ausdiskutiert haben ist das Vertragsrecht. Wir haben gestern von Herrn Weber gehört, dass die Schweiz unter dem Gesichtspunkt der Vertragsfreiheit möglichst viel erlauben will. Dies gilt selbstverständlich nicht nur für die Schweiz, es gilt für alle zivilisierten Staaten. Wir haben aber auch gehört, in welchen Bereichen die Vertragsfreiheit eingeschränkt ist; Herr Weber hat Arbeitsrecht und Mietrecht genannt – wieso genau die beiden? Das sind die sozialrelevanten Bereiche, und wir sind im Grunde doch auch im Urheberrecht in einem tief sozialrelevanten Bereich drin. Wenn wir schon von der Sozialbindung des Urheberrechts sprechen, sollten wir dann nicht auch den Mut haben zu sagen: Hier können wir doch nicht einfach möglichst Vieles der Vertragsfreiheit überlassen – hier sollten wir eingreifen?

Das alles braucht gewiss sehr viel Phantasie; wir werden uns bemühen, diese Phantasie aufzubringen. Wir haben sehr viele Inputs von Ihnen bekommen, und es ist unsere Aufgabe, das nun zu vertiefen. Wahrscheinlich endet das Ganze wie immer bis zu einem gewissen Grade in der Quadratur des Kreises – irgendwo kommen wir nicht drumherum. Daher mögen wir so offen aussprechen, wie es Herr Rigamonti getan hat, oder wir mögen es etwas versteckter sagen – es bleibt sich gleich: wir müssen irgendwo gewichten; wir haben irgendwo Interessen, Positionen. Und diese Interessen müssen wir letztlich werten. Eine ganz wichtige Erkenntnisquelle im Rahmen dieser Wertungen – und ich glaube, auch diesbezüglich haben wir einen großen Konsens hier im Raum – besteht darin, dass es Gruppierungen gibt, die in der Lage sind, mit Lobbying sehr viel zu erreichen. Das haben sie bewiesen, namentlich im Zusammenhang mit den WIPO-Verträgen. Wir müssen mit anderen Worten langsam erwachen, wir sollten eine Art Gegenlobby aufbauen, schlichtweg denjenigen eine Stirn bieten, die sich bisher besser – zu gut – durchgesetzt haben. Wenn ich Sie dazu gewissermaßen einladen darf, mit uns – oder auch auf Ihren Wegen – dafür zu kämpfen, dann glaube ich, sind wir schon in der Lage, die Quadratur des Kreises irgendwie hinzukriegen, auch wenn sie vielleicht am Ende immer zweifelhaft sein mag.