

Sui generis Rechte zum
Schutz traditioneller kultureller
Ausdrucksweisen
Interdisziplinäre
Perspektiven

Kilian Bizer, Matthias Lankau,
Gerald Spindler (Hg.)



Kilian Bizer, Matthias Lankau, Gerald Spindler (Hg.)
Sui generis Rechte zum Schutz traditioneller kultureller Ausdrucksweisen

This work is licensed under the
[Creative Commons](#) License 3.0 “by-nd”,
allowing you to download, distribute and print the
document in a few copies for private or educational
use, given that the document stays unchanged
and the creator is mentioned.



erschienen als Band 5 in der Reihe „Göttinger Studien zu Cultural Property“
im Universitätsverlag Göttingen 2013

Kilian Bizer, Matthias Lankau,
Gerald Spindler (Hg.)

Sui generis Rechte zum
Schutz traditioneller
kultureller Ausdrucksweisen

Interdisziplinäre Perspektiven

Göttinger Studien
zu Cultural Property, Band 5



Universitätsverlag Göttingen
2013

Bibliographische Information der Deutschen Nationalbibliothek

Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation in der Deutschen Nationalbibliographie; detaillierte bibliographische Daten sind im Internet über <http://dnb.ddb.de> abrufbar.

Autorenkontakt

Matthias Lankau

e-mail: Matthias.Lankau@wiwi.uni-goettingen.de

Dieses Buch ist auch als freie Onlineversion über die Homepage des Verlags sowie über den OPAC der Niedersächsischen Staats- und Universitätsbibliothek (<http://www.sub.uni-goettingen.de>) erreichbar und darf gelesen, heruntergeladen sowie als Privatkopie ausgedruckt werden. Es gelten die Lizenzbestimmungen der Onlineversion.

Satz und Layout: Matthias Lankau, Franziska Lorenz

Covergestaltung: Stefan Groth

Titelabbildung: Karin Klenke, Beerdigungszeremonie für Siambe Ulia Salurapa und seine Mutter Sindo Lai Ballaba in Nanggalla, Toraja (Indonesien), 23.10.2008

Dr. Karin Klenke war von der Familie der Verstorbenen eingeladen worden, an der Zeremonie teilzunehmen und frei zu fotografieren und zu filmen.

Im Verständnis der Toraja unterstreicht die mediale Verbreitung der Totenfeste den hohen Status der Verstorbenen. In diesem Sinne möge die Veröffentlichung des Fotos auf dem Cover des vorliegenden Buches als eine Reverenz an Ulia Salurapa und seine Mutter Sindo Lai Ballaba sowie an die Familie der Verstorbenen verstanden werden.

© 2013 Universitätsverlag Göttingen

<http://univerlag.uni-goettingen.de>

ISBN: 978-3-86395-064-4

ISSN: 2190-8672

„Göttinger Studien zu Cultural Property“ / “Göttingen Studies in Cultural Property”

Reihenherausgeber

Regina Bendix

Kilian Bizer

Brigitta Hauser-Schäublin

Gerald Spindler

Peter-Tobias Stoll

Editorial Board

Andreas Busch, Göttingen

Rosemary Coombe, Toronto

Ejan Mackaay, Montreal

Dorothy Noyes, Columbus

Achim Spiller, Göttingen

Bernhard Tschofen, Tübingen

Homepage

<http://gscp.cultural-property.org>

Inhaltsverzeichnis

Kilian Bizer

Sui Generis Rights on Cultural Property – an Introduction 1

Silke von Lewinski

Herausforderungen eines sui generis Rechts auf internationaler Ebene11

Karin Klenke und Philipp Socha

Emerging Indigeneity - Völkerrechtswissenschaft und ethnologische
Praxis subnationaler kultureller Gemeinschaften.....21

Sven Mjølring

Welchen rechtlichen Schutz braucht Kultur? –Überlegungen zur Rolle
öffentlich-rechtlicher Schutzinstrumente beim Schutz von immaterieller
Kultur im internationalen Kulturrecht43

Philipp Zimbehl

Zwischen Innovation und Altbekanntem: Schutzrechte sui generis
im systematischen Vergleich.....87

Matthias Lankau

Eine vergleichende ökonomische Analyse von sui generis Rechten
zum Schutz traditioneller kultureller Ausdrucksweisen 107

Kilian Bizer, Matthias Lankau, Gerald Spindler, Philipp Zimbehl

Sui Generis Rights for the Protection of Traditional Cultural
Expressions: Policy Implications 131

Ejan Mackaay

Sui Generis Rights on Folklore Viewed from a Property Rights Perspective 139

Autoren

161

Literaturverzeichnis

165

Sui Generis Rights on Cultural Property – an Introduction

Kilian Bizer

1 Introduction

When we started our research on cultural property we thought of it in analogy to many aspects of natural resources to which were assigned various kinds of private and public property rights within Europe and North America well after World War II. But certain resources received such attention much earlier. Usually, regulations and property rights are thought of once a resource becomes scarce. As soon as many people feel the scarcity, private property rights or public regulation or a mix of both can serve to control scarcity by excluding some from the use of the resource or at least restricting them.

We imagined that cultural goods could be perceived as increasingly scarce, for example, as a dominant western culture may induce many people to abandon their ethnic, religious, indigenous etc. culture.¹ If culture contains something potentially valuable, so we reasoned, such abandonment implies destruction of assets or resources. Now, it can be quite reasonable to neglect assets and resources. If you have a house in a deserted area where no one desires to live or stay, you should not invest to modernize the bathrooms, extend the kitchen or put in new floors. This simple consideration also holds for cultural assets and resources: If no one expects it to be useful in any sense of the word, one should not invest in keeping it. But

¹ See Bendix, Bizer and Groth (2010) for the diverse approaches to cultural property.

what if some individuals, some groups, some parts of society find certain cultural resources valuable? Could this give rise to specific property rights because they invest in keeping the resource?

This question puts us in the middle of the discussion of cultural property rights *sui generis*, meaning a special kind of property rights designed for cultural property and especially for traditional cultural expression (TCE), which are the focus of this volume. The discussion of such *sui generis* rights acknowledges two important restrictions. Firstly, we are discussing only this part of culture, which is not already protected by other rights such as simple property rights as are used on land, buildings and other *in rem*. Property rights usually are rather clear in scope even though they certainly differ across states with regard to public reservation of certain aspects such as airspace above, mineral resources below, protected species or biotopes within and the respective procedures as well as extent of recompense for attenuating the property right. What remains to be protected is cultural property in the realm of intellectual or immaterial property. The *World Intellectual Property Organization* (WIPO 2011) covers this by stating that traditional cultural expressions, folklore, and traditional knowledge related to genetic resources could be governed by specific *sui generis* rights.

Secondly, within the realm of intellectual property rights cultural property is covered in some instances by copyright law, sometimes by trademark and in other instances perhaps by geographical indications. But in general the broad ranges of existing property rights, which again differ across legal systems, seem ill-designed to address the specific circumstances of cultural property. *Sui generis* rights address this narrow band of additional intellectual property rights for immaterial cultural property.

Having in mind what we are looking at, we can turn to the reasoning of protection by asking for the purpose of property rights (Section 2). This will be followed by discussing the contributions of this volume (Section 3).

2 The purpose of property rights

Individuals display a significant endowment effect, if they own something.² Herbert Gintis (2007) interprets property as a basic function of this endowment effect, which means we attach things to ourselves, and whatever belongs to us is valued higher than something with the same characteristics not belonging to us. This endowment effect makes us want to keep something which we feel attached to. That is why an institution was created which we call property: If something is my property, I have the right to keep it to myself and to exclude others from it. Usually I also have the right to use the property. If it is a piece of land, I can sit on it and

² See for this section Bizer (2010).

enjoy myself. I could gain some income from it by letting other people sit there and demanding a price for doing so. If my piece of land is not attractive enough for people to want to sit there, I can decide to grow potatoes – ploughing the land and changing its surface. And if I am sick of growing potatoes, I can also sell the land to someone else. All these rights are part of the concept of property.

Property serves as a means to provide security. In his history of property, Ludwig Felix (1883) remarks that in earlier times humankind depended in all aspects on nature. Property, in his view, allowed us to gain more independence from nature. Let us imagine for a moment a very simple world with two individuals and one good, say potatoes. Imagine further, that there is no other way to avoid hunger than to plough the land and to plant and harvest potatoes. As one of the individuals you can either plant and harvest or you can take a sunbath and wait for an opportunity to steal the other one's potatoes. My wording suggests that private property rights are already in place, if taking available potatoes is 'stealing'. Of course it is also possible to hold a property right jointly as a group, a collective property right. Economists traditionally argue that private property is better than a collective right because each individual will have sufficient incentives to work enough in their potato fields in order to avoid hunger. Within a group there is always some danger that one is free riding the others, i.e. is sunbathing while the other ones work in the field. The acceptance of private property then provides security for each individual and incentives to invest labor.

Property rights technically may include doing whatever you want with something you own: As mentioned above you can modify it. You can reap the benefits. You can also allow someone else to do so by renting or leasing something. And you can sell it to someone else. All these characteristics can be provided by the formal title you have over your property. In most cases we transfer ownership in quite casual ways. Buying a coffee to go in a café works without a formal exchange of ownership. Still, even in this case there is a receipt, which provides some proof of payment and therefore ownership. Land titles by contrast are in many countries formalized ways to secure ownership. However, in all cases we should always ask what rights are included. In probably all countries, I believe, you may own even a big part of land but you cannot prohibit others from using the airspace above. And if the police are suspecting a crime or imminent danger you have to accept that they search your woods or fields or even your house. You own a title, but the property right is limited in certain respects by the law.

Back to our example we could also imagine that both individuals decide to work together in the potato field. In some cases, it might be much better to act together. For example, if we imagine living in a bigger group of twenty individuals and add to our simple world a mammoth. Such a mammoth provides a lot of meat, which is especially valuable if the only other food is potatoes. Yet, mammoths are hard to hunt. It is practically impossible to do so alone successfully. If our twenty individuals decide to hunt together they have to agree on how to share the meat. There are plenty of possible models of benefit sharing, but the crucial problem will

be to avoid free riding on the part of one of the hunters who might not put all his energy in hunting the mammoth. By limiting his own effort, his individual chance of survival might be higher, because he will save his energy, but he will also endanger the collective objective to get the mammoth. If all individuals would do so, there is no chance to get the mammoth. It is because of such free riding, that many economists argue that private property will be more efficient than collective property rights.

However, you cannot hunt a mammoth by yourself. In this case, the group must find some mechanism to organize the hunt so that everybody's effort can be observed by the others. If this is possible with little effort, group activities can be very successful and a division of labor might even increase efficiency of the group. Everybody in the group can live more easily than alone. Collective rights and institutions ensure that comparable efforts are made by each individual.

Such a simplified world can only provide limited insights. Still, it shows two main property regimes: individually ("private") and collectively owned property rights. Both may be possible and under certain circumstances the best choice. There is no easy way to decide which one the best choice is under given circumstances. Two criteria might help: If no one can be excluded from consumption for technical reasons or because it is prohibitively expensive to do so ("non-excludability"), and if the good can be consumed by many at the same time (such as the judicial system providing security and justice for all) ("non-rivalry in consumption"), then it is called a public good, which must be taken care of collectively. Anything else will be inefficient. If everyone else can be excluded from consuming the good and if there is rivalry, then private property rights will be most efficient. The potatoes in our simple world are a private good. Consumption by me excludes you from consuming the potato. But if our small world were inhabited by many potato farmers, they could agree to hire a watchman to police the potato fields at night to avoid theft. In this way, they create a public good, security, from which an individual farmer is not excludable. The watchman would walk the fields and discourage any potato thieves no matter whether one farmer said that he did not need a watchman. If all agree on the watchman, they also have to pay for him to provide his service. An individual farmer, then, has a strong incentive to quit participating: he would not have to pay but still profit from the watchman walking the fields. In such a case, each farmer has the same incentive to free ride the collective decision and there will be no watchman in the end as no one wants to pay his share. The result is inefficient. Our potato farmer society needs a collective choice mechanism from which no one can defect. Such a mechanism can be a political representation connected with a mandatory tax system, which provides the funds for financing the public goods, in other words: a communal government or, if we consider many villages and towns, a state.

Cultural property is diverse in its forms and functions (see Bicskei, Bizer and Gubaydullina 2012). It is also diverse with respect to property designs. Currently

some cultural property is protected by traditional property rights, for example, by a land title if a historic site is concerned. Others are protected by copyright, if a book, a film or a recording of music is concerned. Still, there are many forms such as traditional cultural expressions, which are not covered by copyright or any other form of individual property right. For example, traditional cultural expressions are within the public domain that is free for everybody to use.

In the case of other individualized intellectual property rights, such as patents, it is argued that a time-limited monopoly on a specified invention is providing a substantial incentive to create more innovations. For this reason, society grants a patent running over twenty years. The overall increase in innovations is supposed to compensate the entire society for the higher monopoly prices. If nothing would protect the innovator from being copied, is usually argued, he would be less innovative. Similarly the argument runs with copyright: Because authors can reap benefits from their creation as no one else may sell their text, film or music, they will be more creative.

The same could be true for cultural property such as traditional cultural expressions: They could be valued so highly that people who take care to maintain dances, rituals, recipes and so forth would have the exclusive rights to practice them. Such an incentive could enhance the attraction of many traditional cultural expressions, which otherwise might be lost entirely. Certain groups could gain income from practicing them. But of course, there are many issues to be considered first. Who values the traditional cultural expressions so highly that they require additional effort? And would it not be easier to provide subsidies to those who maintain them rather than creating a new form of cultural property right? Also, who should own the right of traditional cultural expression? Usually, entire clans or societies practice the traditional cultural expressions. Should all of them own the right with each one having veto power? How should one determine who belongs to the group and who does not? In addition, it is important to clarify the duration of the property right: With traditional cultural expressions a limited duration makes little sense. But should an unlimited duration be granted?

3 The contributions of this volume

The approaches of the papers are very diverse in this volume. That is partly due to the interdisciplinary research group on Cultural Property, which brings together disciplines such as anthropology, private law, international law and economics. It is also due to the topic and the many related issues, which come with the discussion of *sui generis* rights.

In her essay „Herausforderungen eines *sui generis* Rechts auf internationaler Ebene“ [Challenges of a *sui generis* law on the international level] *Sabine von Lewinsky*, an expert on international law and intellectual property rights, provides a short history of the debate on *sui generis* rights within WIPO and suggests that it is

too early to demand an international agreement on the issue. Since she observed the process since 2001 firsthand, her account provides a deep insight into the workings of international deliberations. She focuses on folklore and describes how the discussion moved forward in revising the Bernese treaty of 1967, but remained largely ineffective by including folklore via an open list of examples without mentioning it explicitly. The characteristics of a work of folklore were described as normally unpublished and created by an unknown author who can be assumed to have lived and created the work in the interested country. The country was to register the work with the Director General of the WIPO. Only India, *Lewinsky* summarizes the ineffectiveness, has made use of this provision. Later on these rather timid attempts came to a halt altogether and several moves within WIPO were pointed rather backwards by collecting more material and gaining deeper insights into the specific character of folklore. *Lewinsky* concludes that apart from Panama there are no national experiences with *sui generis* laws for folklore, and in Panama the law failed to have a positive effect because indigenous groups would have to register their folklore with a national agency in the capital. In the absence of positive national experiences the WIPO cannot be expected to move towards an international treaty even if that would only include a general recommendation.

Following this contribution a closer look at the intertwining discourses of the local and the international level reveals how any concept of international law is contingent on its context. The “right to be indigenous”, which may serve as a basis for *sui generis* rights, might be taken for something else on the local level than intended for at the international level. The social anthropologist *Karin Klenke* and international law scholar *Philipp Socha* analyze in their paper „Emerging Indigeneity - Völkerrechtswissenschaft und ethnologische Praxis subnationaler kultureller Gemeinschaften“ [Emerging Indigeneity – The study of international law and anthropological practice of subnational cultural communities] how the international discourse on indigeneity is influencing local practices. Their interdisciplinary effort exemplifies how legal scholar’s insights is informed by the anthropological study of local practice and the anthropological study of local practices gains by a deeper understanding of the international law discourse, which seems prevalent as an undercurrent to the local debate.

They argue that the implementation of Art 3, 4, and 5 of the UN *Declaration on the Rights of Indigenous Peoples* will in fact destabilize nations, which are not classic settler states like Canada, New Zealand and Australia, but which consist of only indigenous peoples as is the case in Indonesia. Such nations would possibly lose their capability to provide a coherent legal framework for the use of resources. The international law perspective suggests that the nation state is responsible for protecting human rights on the individual level as well as finding practical solutions for balancing them with rights assigned to certain groups. Group rights cannot interfere with the core of individual human rights, but it is open for interpretation what will be taken as the core. In any case, the authors conclude, the state cannot

withdraw itself from protecting individual human rights by implementing group rights. Or, in other words, the creation of group rights may not reduce the core of individual human rights, but should support the cultural rights of individuals by implementing group rights. Such group rights should not be used, as seems to be the case with the Toraja, to strengthen antidemocratic decision processes with reference to a traditional hegemony of a ruling class.

While the example of the indigeneity discourse exemplifies how difficult it is to fulfill conceptual preconditions for an effective system of *sui generis* rights to serve the purpose of actually supporting the individual human rights rather than giving rise to the hegemonial interests of one specific group over another, the contribution by international law scholar *Sven Mißling* on „Überlegungen zur Rolle öffentlich-rechtlicher Schutzinstrumente beim Schutz von immaterieller Kultur im internationalen Kulturrecht“ [“The role of public law in the protection of immaterial culture within the international cultural law”] locates the debate of *sui generis* rights within the greater scheme of an international body of (hard and soft) law aiming to support culture on all levels of law. He sees a potential for *sui generis* rights but makes it clear that solely on the basis of private law it will be not possible to bring about a sufficiently effective protection of culture. The state will be more than just a guarantor of private laws supplemented with *sui generis* laws. It will remain an important acting agent within cultural policy and balance cultural and other human rights, provide funding for certain cultural practices, and protect culture by restricting, for example, exports etc. While *Sven Mißling* sees *sui generis* rights as a helpful addition he argues that the crucial obligation of the state is to allow for cultural development and interaction rather than over-regulating exchanges. At the same time, he stresses that the need for protection of culture – however ill-defined it may be – can constitute a state obligation. Implicitly, *Sven Mißling* argues in favor of a responsive regulation, which interferes as much as is necessary but as little as possible with the individual freedom and their self-regulating power within their groups. Private law for the protection of cultural property is, from his perspective, just one arrow in the quiver of instruments available to the states and the international fora.

Private law scholar *Philipp Zimbehl* assembles in his contribution „Zwischen Innovation und Altbekanntem: Schutzrechte sui generis im systematischen Vergleich“ [Between Innovation and the Well-Known: Sui generis rights in a systematic approach] the existing model laws and compares them with respect to scope of the regulation, degree of protection, who is holding the *sui generis* rights, the intended limits of the provisions and the possibilities to defend the rights in case of violation. He shows that the crucial point of the more recent model laws is the balance between the interests of the groups and the general public. While the *South Pacific Model Law* outlines a stricter protection of the groups, the WIPO/UNESCO *Model Provisions* make only commercial uses contingent to consent. An open question in

all model laws, *Zimbehl* points out, is how to resolve conflicts between different groups, which have developed certain traditions in a parallel way.

The economist *Matthias Lankau* in his paper „Eine vergleichende ökonomische Analyse von Sui generis Rechten zum Schutz traditioneller kultureller Ausdrucksweisen“ [A comparative economic analysis of sui generis rights for the protection of traditional cultural expressions] takes up the model laws and analyzes them with regard to possible economic effects. He argues that due to the various characteristics of the *sui generis* rights suggested by the model laws there will be effects on transaction costs. His analysis results in an ordinal ordering of the model laws with regard to transaction costs as far as an underutilization can occur. His next step is to compare the model laws with regard to their potential to serve the preferences of the traditional groups and highlights this by showing a principal-agent-problem taking place if central agencies are provided by the model laws with a lot of bargaining power: In the end central agencies will serve their own purposes more than those who actually hold the *sui generis* rights.

In conclusion *Lankau* shows that there is a simple tradeoff between lowering social and transaction costs on one hand, which requires central agencies as intermediaries between outside users and traditional groups, and principal-agent-problems due to information asymmetries, if local groups are subject to the decisions of central bureaucrats. In the end, *Lankau* suggests, it is a political decision within this trade-off between lowering transaction costs and adequate representation of local preferences in TCE transactions.

Based on *Zimbehl's* and *Lankau's* earlier in-depth analysis of *sui generis* rights we provided a policy paper in 2011 (“Sui Generis Rights for the Protection of Traditional Cultural Expressions: Policy Implications” published in *JIPITEC*, 2(2): 114–119) drawing our conclusions with regard to *sui generis* rights from a positive perspective on them: What are their expected effects if they are implemented was the guiding research question. To the English reader this account by *Kilian Bizer, Matthias Lankau, Gerald Spindler and Philipp Zimbehl* summarizes the argument of their longer and more detailed German contributions in this volume.

The law and economics scholar *Ejan Mackaay* inspired, read and discussed these papers and earlier forms (see Bendix, Bizer and Groth 2010) with us as a visiting fellow of our Cultural Property Group. He provides in his paper “Sui Generis Rights on Folklore Viewed from a Property Rights Perspective” his perspective on property rights in general and with special regard to information economies, developing base rules. Mackaay goes on to apply these to folklore and traditional cultural expressions. Basically, he argues that intellectual property rights must serve a distinct purpose: And while their purpose is to foster innovation they are always in danger of creating a monopoly with the support of the state. In case of patents the limited monopoly seems justified as it increases incentives to invent while it is

providing the public with all relevant information about the invention published in the patent application. In case of copyright *Mackaay* doubts that the time frame of lifespan plus 70 years for natural persons and 95 years for artificial ones is anything else but rent-seeking by interested parties. So even there the precarious balance between the incentive to be inventive and the monopoly is lost. But what, *Mackaay* argues, would be the justification in case of folklore? If the objective is to preserve cultural expression why should *sui generis* rights be introduced that are even stricter than copyright? Is innovation of so little importance with folklore *Mackaay* asks rhetorically and answers that *sui generis* rights go too far towards granting a privilege instead of balancing openness and monopoly in a sensible way.

Herausforderungen eines *sui generis* Rechts auf internationaler Ebene

Silke von Lewinski

1 Einführende Bemerkungen

Dieser Beitrag ist als Essay (also nicht als wissenschaftlicher Aufsatz) konzipiert und reflektiert die Überlegungen und Beobachtungen, die die Autorin im Rahmen ihrer Beschäftigung mit dem Thema des Folkloreschutzes und insbesondere bei den Diskussionen des zwischenstaatlichen Ausschusses der WIPO zum geistigen Eigentum und genetischen Ressourcen, überliefertem Wissen und Folklore seit seiner Etablierung in 2001 gemacht hat; sie nahm als Vertreterin des Max-Planck-Instituts als einer zugelassenen Nicht-Regierungsorganisation an den Sitzungen dieses Ausschusses (und im Sommer 2010 auch an der ersten Sitzung der „inter-sessional working group“⁶⁾ teil. Zunächst ist ganz allgemein zu bemerken, dass es immer eine besondere Herausforderung darstellt, ein neues Recht eigener Art (*sui generis*) im Allgemeinen und auf der internationalen Ebene durch einen völkerrechtlichen Vertrag im Besonderen zu regeln. Im Bereich des geistigen Eigentums sei hier nur an die Versuche erinnert, einen *sui generis* Schutz von integrierten Halbleiterschaltkreisen im sog. Washingtoner Vertrag (*Washington Treaty on Intellectual Property in Respect of Integrated Circuits*, vom 26.5.1989) einzuführen (er ist bis heute nicht in Kraft getreten, nur drei Staaten haben ihn ratifiziert bzw. sind beigetreten) und das in der Europäischen Union harmonisierte *sui generis* Recht zum Datenbankschutz zum Gegenstand eines internationalen Vertrages zu machen – im letzteren Falle kam es bei der Diplomatischen Konferenz der WIPO 1996, der ein

Vertragsentwurf vorlag, nicht einmal zur Verhandlung (auch wenn dies nicht ausschließlich auf den *sui generis* Charakter des Rechts zurückzuführen war).

Es sei auch daran erinnert, dass die Computerprogramm-Industrie seinerzeit, als noch ein *sui generis* Schutz für Computerprogramme diskutiert wurde, ihre Bemühungen eindeutig auf die Anerkennung von Computerprogrammen als Werke i.S.d. Urheberrechts richtete, nicht zuletzt um den Abschluss eines neuen Vertrages unnötig werden zu lassen (da die *Berner Übereinkunft zum Schutze von Werken der Literatur und Kunst* schon bestand und ihr sehr viele Länder angehörten), sondern auch, weil es immer einer großen Überzeugungsarbeit gegenüber Regierungsmitgliedern bedarf, wenn man ein neuartiges Recht eigener Art international anerkannt sehen möchte.

Wenn man die Entwicklung des internationalen Urheberrechts in seiner Geschichte betrachtet, kann man ganz allgemein die klare Tendenz erkennen, auf altbekannten und bewährten Regelungen aufzubauen sowie diese in neue Verträge zu übernehmen. Man denke nur an die Übernahme der Vorschriften der Berner Übereinkunft im Rahmen des TRIPS-Übereinkommens und des *WIPO Copyright Treaty* von 1996 sowie in zahlreichen Freihandelsabkommen, die Regeln zum geistigen Eigentum enthalten. Zum Teil wollte man sogar bestehende Regeln für Schutzobjekte übernehmen, für die sie nicht konzipiert waren, wie etwa in den Vorschlägen, einen WIPO-Vertrag zum Schutz von Sendeunternehmen nach dem Muster des WPPT (WIPO-Vertrag über Darbietungen und Tonträger) zu redigieren, auch wenn der WPPT für den andersartigen Schutzgegenstand der Sendeunternehmen nicht in jeder Hinsicht passend ist.

Auch im Rahmen der Diskussionen zum Folkloreschutz konnte man beobachten, dass es langjähriger Diskussionen bedurfte, um zunächst einmal klarzumachen, dass einerseits die Unterschiede zwischen dem Schutzgegenstand „Folklore“ und klassischen Schutzgegenständen des Urheberrechts sowie der verwandten Schutzrechte so groß sind, dass die letztgenannten Schutzinstrumente nicht zum Folkloreschutz geeignet sind, und dass andererseits ein Schutz von Folklore per se zumindest diskussionswürdig ist und durchaus als angemessen oder sogar notwendig angesehen werden kann, auch wenn Folklore nach dem bisherigen Recht des geistigen Eigentums Teil des Gemeingutes („public domain“) ist, also als solche keinem Schutz im Sinne des geistigen Eigentums (insbesondere im Gegensatz zum Kulturgüterschutz) unterliegt.

2 Die verhandlungshistorische Entwicklung des *sui generis* Rechts für Folklore

Tatsächlich ist inzwischen weitgehend anerkannt, dass die bestehenden Schutzinstrumente des geistigen Eigentums Ausdrucksformen der Folklore allenfalls in Einzelaspekten schützen können, z.B. durch einen Markenrechtsschutz, wenn eine Marke für Folkloreprodukte eingetragen ist und diese Produkte auf dem Markt

vertrieben werden – hier ist jedoch nicht die Folklore selbst geschützt, sondern nur die Benutzung der Marke in Verbindung mit der Folklore. Insbesondere greift der Urheberrechtsschutz regelmäßig nicht, weil seine Voraussetzungen regelmäßig nicht vorliegen.

Darüber hinaus passen Rechtsinstrumente des geistigen Eigentums auch deshalb nicht, weil sie andere Schutzzwecke verfolgen. Soll z.B. der Urheber nach kontinentaleuropäischem Urheberrecht für seine Schöpfung belohnt werden bzw. sein „natürliches“ Recht (nach ursprünglich naturrechtlicher Auffassung) an seiner geistigen Schöpfung anerkannt werden, und soll ein Tonträgerproduzent durch das verwandte Schutzrecht zu Investitionen in die Tonträgerproduktion angeregt werden, so geht es beim Folkloreschutz meist nicht primär um Investitionen oder Marktteilnahme und auch nicht um die Anerkennung einer individuellen Schöpfung, sondern um die Möglichkeit indigener Gruppen, ihre Ausdrucksformen der Folklore respektiert zu sehen und ihre Nutzung kontrollieren zu können, zumal Folklore für sie regelmäßig eine viel tiefer gehende Bedeutung hat, als sie Kunst, Musik etc. in der westlichen Welt einnehmen. Ausdrucksformen der Folklore stellen oft das Bindeglied zwischen den einzelnen Mitgliedern einer Gemeinschaft und der sie umgebenden Welt dar und dienen damit im Kern auch der kulturellen und sozialen Identität, dem Zusammengehörigkeitsgefühl und letztendlich als Lebensgrundlage für indigene Gemeinschaften.

Demnach war früh klar, dass auch ein angepasstes Urheberrecht nicht die richtige Schutzform wäre; dennoch versuchte man auf internationaler Ebene zunächst Folkloreformen als urheberrechtliche Werke zu schützen. Bei der Revisionskonferenz zur Berner Übereinkunft 1967 wurde der indische Vorschlag, „Werke der Folklore“ einfach in die offene Beispielliste für Werke nach Art. 2 der Berner Übereinkunft einzufügen, abgelehnt, weil die Unterschiede zu urheberrechtlichen Werken schon erkannt wurden. Dennoch führte man einen neuen Art. 15(4) in die Berner Übereinkunft ein, der zwar nicht das Wort „Folklore“ erwähnte, jedoch den Folkloreschutz beabsichtigte; Folklore wurde indirekt als ein normalerweise unveröffentlichtes Werk, dessen Urheber unbekannt ist, beschrieben, wobei die Lokalisierung des unbekanntem Autors in einem Mitgliedstaat der Berner Union vermutet werden konnte. In diesem Falle sollte das interessierte Land eine zuständige Behörde zur Vertretung dieses unbekanntem Autors (also der indigenen Gemeinschaft) benennen und dessen Rechte in den Mitgliedstaaten der Berner Union schützen und durchsetzen. Eine solche Benennung sollte dem Generaldirektor der WIPO mitgeteilt werden, was bisher allerdings nur Indien vorgenommen hat. Früh wurde also klar, dass diese Lösung nicht weiterführend war.

Die weitere Entwicklung hin zu einem *sui generis* Recht erfolgte jedoch nur in kleinen Schritten. 1976 nahmen die UNESCO und WIPO das sog. Tunis-Mustergesetz als ein unverbindliches Muster für Entwicklungsländer zum Verfassen von Urheberrechtsgesetzen an. Innerhalb dieses Urheberrechts-Mustergesetzes fanden sich auch Vorschriften zum Folkloreschutz, die jedoch im Grunde noch auf den Regeln des Urheberrechtsschutzes basierten und nur in einzelnen Aspek-

ten Sonderregelungen aufwiesen. Sechs Jahre später, 1982, nahmen die Mitgliedstaaten der WIPO und UNESCO dann spezifische Mustervorschriften für nationale Gesetze zum Schutz von Ausdrucksformen der Folklore gegen die unerlaubte Verwertung und andere beeinträchtigende Handlungen an. Auch wenn diese Bestimmungen immer noch einige Verwandtschaft mit dem Urheberrechtsschutz zeigten, wiesen sie doch schon den Charakter eines *sui generis* Schutzes auf.

Es handelte sich allerdings nur um unverbindliche Muster für die nationale Gesetzgebung. Als die WIPO und UNESCO 1984 auf dieser Grundlage über einen internationalen Vertrag diskutierten, stellte sich jedoch heraus, dass zu viele Probleme im internationalen Kontext vorhanden waren und nicht sofort gelöst werden konnten, sodass der geplante Vertrag nicht zustande kam. Bei den Problemen ging es z.B. darum, wie man die in den anderen Mitgliedstaaten zu schützenden Ausdrucksformen von Folklore identifizieren könnte, oder wie Folklore, die Gemeinschaften zuzuordnen ist, die über Staatsgrenzen hinweg leben, zu behandeln sei.

Erst Mitte der 90er Jahre des letzten Jahrhunderts lebten die Diskussionen zum internationalen Folkloreschutz wieder auf. Insbesondere versuchten Entwicklungsländer bei der Diplomatischen Konferenz der WIPO von 1996, für die Zustimmung zu einem internationalen Vertrag zum *sui generis* Schutz von Datenbanken die „Gegenleistung“ einer Zustimmung zu einem Folkloreschutzvertrag zu erhalten. Allerdings kam es nicht einmal zu den Verhandlungen des Datenbankvertrags, sodass sich die „Gegenforderung“ erledigt hatte. Dennoch organisierte die WIPO zusammen mit der UNESCO in der Folge ein Forum zum Folkloreschutz, bei dem Regierungsvertreter im April 1997 u.a. forderten, einen neuen internationalen Vertrag zum *sui generis* Schutz von Folklore zu verfassen und dafür in der zweiten Hälfte von 1998 eine diplomatische Konferenz einzuberufen. Diese Forderung war also von Anfang an auf einen internationalen *sui generis* Schutz gerichtet. Auch wenn sie nicht realistisch war, hat sie doch einen Prozess angestoßen, der die Überlegungen zu einem *sui generis* Recht weit vorangebracht hat und bis heute währt.

Insbesondere richtete die WIPO 2001 einen sog. zwischenstaatlichen Ausschuss zum geistigen Eigentum und genetischen Ressourcen, überliefertem Wissen und Folklore ein, der zweimal im Jahr für etwa fünf Tage – und in jüngster Zeit öfter, ergänzt durch „intersessional meetings“ – seine Sitzungen abhält und aus Regierungsvertretern der Mitgliedstaaten und zwischenstaatlichen Organisationen sowie aus Vertretern von nichtstaatlichen Organisationen und indigenen Gruppen besteht. Die Arbeit dieses Ausschusses begann mit grundlegenden Studien zum möglichen Schutz von Folklore (auch durch Rechte des geistigen Eigentums), Fragebögen u.a. zu Informationen zu bestehenden *sui generis* Rechten auf nationaler Ebene und Beiträgen von Erfahrungen indigener Vertreter. Diese Informationsarbeit war sinnvoll und sogar notwendig, um den Regierungsvertretern, die meist im geistigen Eigentum spezialisiert waren, die Besonderheiten der Folklore und ihre Bedeutung für die indigenen Gemeinschaften sowie die Forderungen der Indige-

nen nach einem *sui generis* Schutz näherzubringen. Gleichzeitig machten die Antworten zu den Fragebögen auch klar, dass etwaige bestehende *sui generis* Rechte auf nationaler Ebene bisher wohl kaum in der Praxis angewendet wurden, sei es weil die relevanten Entwicklungsländer anderen Problemen Priorität gaben oder weil Folklore zumindest in der herrschenden Bevölkerungsschicht nicht besonders hoch eingeschätzt wird und die indigenen Gemeinschaften nicht die politische oder soziale Macht besitzen, dies zu ändern.

In der folgenden Phase der Diskussionen unterbreitete das WIPO-Sekretariat dann ein Dokument, in dem ein Vorschlag für Schutzzwecke und Prinzipien eines *sui generis* Rechts sowie ein Vorschlag für den Text eines solchen Rechtsinstruments enthalten waren. Dabei ließ die WIPO offen, ob dieses Instrument ein Muster für nationale bzw. regionale Gesetzgebung sein oder als Grundlage eines zu entwickelnden internationalen Vertrags dienen sollte. Als die Diskussionen über diesen Text schon relativ weit fortgeschritten waren, bremsten insbesondere die USA, aber auch andere Industrieländer den Fortgang dieser Diskussionen und schlugen vor, zunächst intensiver über die Grundlagen zu sprechen, nämlich den Schutzzweck und die Schutzprinzipien. Hier zeigte sich sehr klar die schon von Anfang an spürbare Meinungsverschiedenheit zwischen Industrieländern und Entwicklungsländern: Es waren die Entwicklungsländer gewesen, die einen internationalen Vertrag zum *sui generis* Schutz von Folklore gefordert hatten und dies weiterhin taten, wogegen sich die Industrieländer von Anfang an wehrten oder sich zurückhaltend zeigten (zum Hintergrund dazu s. die folgenden Absätze). Es erscheint folgerichtig, dass letztgenannte einen Schritt zurückgehen wollten, als die Diskussionen zum Text eines *sui generis* Rechtsinstruments sehr konkret wurden. Dagegen wandten sich wiederum die Entwicklungsländer.

In den folgenden Jahren sorgte diese grundlegende, gleichbleibende Spannung zwischen Entwicklungsländern und Industrieländern dafür, dass immer neue Wege versucht wurden, die Diskussionen aufrecht zu erhalten, ohne in eine Sackgasse zu geraten. So wurde etwa vorgeschlagen, anstatt der konkreten Artikel nur die von diesen zu regelnden Sachpunkte zu erörtern, wie z.B. die Frage, wer geschützt werden sollte, wofür der Schutz gewährt werden sollte, wie lange er währen sollte, etc. (sog. „ten issues“). Zu einem anderen Zeitpunkt wurde vorgeschlagen, eine sog. Lückenanalyse vorzunehmen, um herauszufinden, inwieweit bestehende Rechte des geistigen Eigentums die Bedürfnisse der Indigenen befriedigen könnten und inwieweit Regelungslücken zurückblieben, die dann im Einzelfall zu schließen seien. Dieser Ansatz erschien angesichts der Tatsache, dass WIPO-Dokumente und wissenschaftliche Werke schon zu Beginn der Diskussionen in diesem Ausschuss gezeigt hatten, dass die bestehenden Rechte des geistigen Eigentums allenfalls einen punktuellen Schutz gewisser Aspekte von Folklore gewähren könnten, aber dass ein *sui generis* Schutz nötig sei, um die Bedürfnisse der Indigenen umfassend zu befriedigen, wie ein erneuter Rückschritt.

Ergänzend zum Hintergrund dieser Diskussionen ist hinzuzufügen, dass sich die Entwicklungsländer seit 2004, wie man auch in anderen internationalen Orga-

nisationen beobachten konnte, eine generelle politische Agenda vorgenommen haben, die insbesondere darin besteht, den Industrieländern mehr Widerstand entgegenzusetzen und selbstbewusster als vorher eigene Forderungen aufzustellen. So wurden auch die Diskussionen im Rahmen der WIPO seit 2004 eindeutig politischer und drängten rein sachliche Diskussionen in den Hintergrund. Dadurch geriet natürlich die Fortentwicklung eines möglichen *sui generis* Schutzes – selbst soweit es nur als Muster für nationale Gesetze gedient hätte – ins Stocken. Dieser politische Charakter der Forderungen der Entwicklungsländer war allerdings schon von Beginn an im Kern enthalten: diese Länder hatten das *sui generis* Recht in Form eines Vertrages implizit als Gegenleistung für den 1996 geplanten Datenbankschutz (der ihnen vermutlich kaum Vorteile gebracht hätte) gefordert, und dies, obwohl sie selbst kaum funktionierende Systeme des Folkloreschutzes auf nationaler Ebene hatten, sie keine genauen Vorstellungen eines Inhalts eines solchen Vertrages hatten, sondern sich auf die Grundsatzforderung eines solchen Vertrages beschränkten, und ihre Interessen denen der eigenen Indigenen oft entgegenstanden (s. dazu unter 3., unten). Gleichzeitig gibt es Indigene sowohl in Entwicklungsländern als auch in Industrieländern, sodass es hier rational gesehen nicht um einen Konflikt zwischen den Interessen der Entwicklungsländer und Industrieländer geht; die Entwicklungsländer haben es jedoch durch ihre Forderungen (wie ihrerseits die Industrieländer, die sich im WIPO-Rahmen gemeinhin nicht für die eigenen Indigenen stark gemacht haben) zu einem solchen gemacht. Diese Tatsache hat den Fortschritt der Diskussionen nicht vereinfacht.

Schließlich gelang es den Entwicklungsländern in der Generalversammlung der WIPO 2009, einen Beschluss herbeizuführen, nach dem wieder Diskussionen auf der Grundlage konkreter Texte geführt werden und, zur Beschleunigung des Verfahrens, zusätzliche Sitzungen von Arbeitsgruppen („intersessional working groups“) stattfinden sollten. Nachdem letzterer Plan zunächst wieder durch Verfahrensdiskussionen hinausgezögert worden war, fand schließlich eine erste solche Arbeitssitzung zum Folkloreschutz im Sommer 2010 statt. In der Diskussion in dieser Arbeitsgruppe wurden keine rein politischen Bemerkungen zugelassen, so dass die reine Sacharbeit gute Fortschritte machen konnte. Auch politisch ist inzwischen ein großer Erfolgsdruck aufgebaut worden, sodass eine außerordentliche Generalversammlung im Herbst 2012 entschied, dass der o.g. zwischenstaatliche Ausschuss im Jahr 2013 weiter intensiv an den Vorschlägen mit dem Ziel arbeiten soll, der Generalversammlung 2013 einen Text vorzulegen, aufgrund dessen sie entscheiden soll, ob sie eine diplomatische Konferenz zum Abschluss eines internationalen Vertrags u.a. zum Folkloreschutz einberufen will.

3 Institutionelle Aspekte

Eine besondere Herausforderung bei der Erarbeitung eines Textes zum *sui generis* Schutz von Folklore auf internationaler Ebene besteht darin, dass indigene Gemeinschaften einen solchen Schutz fordern, während nur Staaten Völkerrechtssubjekte darstellen, die internationale Abkommen abschließen können, deren Interessen jedoch nicht immer mit denen der eigenen indigenen Bevölkerung übereinstimmen (s. dazu im folgenden Absatz); selbst wenn die Staaten nur unverbindliche Mustergesetze annehmen sollen, handeln sie doch im Rahmen der WIPO, einer UN-Sonderorganisation, die nur aus Mitgliedstaaten besteht. Indigene Völker haben nicht dieselbe Stellung, sondern sind im zwischenstaatlichen Ausschuss der WIPO nur als ad hoc-Nichtregierungsorganisationen (und daher als Beobachter, nicht als Entscheidungsträger) zugelassen. Nur in einzelnen Fällen nehmen Regierungsdelegationen auch indigene Vertreter auf; oft fühlen sich letztere jedoch dann moralisch verpflichtet, nicht gegen die eigene Regierung auszusagen, auch wenn es Interessenkonflikte mit der Regierung gibt.

In diesem Zusammenhang ist als eine besondere Herausforderung (wenn auch nicht speziell eines *sui generis* Rechts) zu erwähnen, dass die Interessen von Staaten und deren Regierungsvertretern einerseits, und von indigenen Gemeinschaften, die in diesen Staaten leben, andererseits, oft gegensätzlich sind. Dies wird besonders deutlich in Industrieländern, in denen Indigene leben, wie etwa den USA, Kanada, und Australien. Es wird jedoch auch bei Entwicklungsländern deutlich, deren Vertreter sich zwar aus anderen politischen Gründen für einen internationalen Vertrag zum *sui generis* Schutz von Folklore einsetzen (s.o., 2., zur allgemeinen politischen Agenda seit 2004), dies aber z.T. mit dem Ziel einer staatlichen Kontrolle oder Durchführung eines solchen Schutzes auch zugunsten des Staates machen, wogegen sich die Indigenen aufgrund ihrer Erfahrungen mit den Regierungen verwehren. Konflikte betreffen oft Interessen an Bodenschätzen in Gebieten, in denen Indigene leben, oder an Land, das die Regierung etwa zur Erschließung und Industrialisierung nutzen möchte, während es Lebensgrundlage der Indigenen ist. Insbesondere in Afrika erkennt man auch die Tendenz, etwaige Einnahmen aus dem Schutz von Folklore dem Staat (jedoch nicht speziell den Indigenen) zugutekommen zu lassen. Regierungen haben in der Regel die größere Macht und handeln dabei also nicht immer im Interesse ihrer eigenen Indigenengemeinschaften.

Institutionelle Schwächen in Bezug auf die Vertretung indigener Gemeinschaften als Nichtregierungsorganisationen in finanzieller Hinsicht sind zwar nach einigen Jahren der Diskussionen durch die Bereitstellung eines Fonds, der Reisen dieser Vertreter ermöglicht, verringert worden. Es bleiben jedoch andersartige Herausforderungen für eine solche Vertretung: manche indigene Vertreter führen schon seit Jahren eine solche Lobbyarbeit bei internationalen Organisationen durch und haben den Kontakt zu der eigenen Bevölkerung verloren oder üben ihn nicht mehr intensiv aus, sodass ihre Interessenvertretung gegebenenfalls nicht mehr an die aktuellen Bedürfnisse der indigenen Gemeinschaften angepasst ist und

an Glaubwürdigkeit verlieren kann. Andererseits dürften viele Indigene, die in ihren Gemeinschaften leben, zu weit von der westlichen Welt entfernt sein, als dass sie ihre Interessen bei der WIPO effizient vertreten könnten – abgesehen davon, dass sie oft keine der sechs UN-Sprachen sprechen. Eine andere institutionelle Schwäche besteht darin, dass die Regierungsexperten, die zur WIPO kommen, regelmäßig Experten im geistigen Eigentum sind und grundsätzlich nicht leicht von der Notwendigkeit eines Schutzes von Folklore durch ein *sui generis* Recht zu überzeugen sind, das eine Neuigkeit im Rahmen des Rechts des geistigen Eigentums wäre, demzufolge Folklore zum nicht geschützten Gemeingut gehört. Dies gilt insbesondere für Regierungen von Ländern, in denen es kaum Indigene gibt und denen das Problem kaum aus eigener Anschauung bekannt ist.

4 Inhaltliche Aspekte

Überlegt man sich, wie ein *sui generis* Recht inhaltlich aussehen könnte, so wird man bald auf die Tatsache stoßen, dass Folklore ja schon in den meisten indigenen Gemeinschaften aufgrund deren eigenen Gewohnheitsrechts geschützt ist. Es besteht also schon ein gewissermaßen auf die Bedürfnisse der Indigenen maßgeschneiderter Schutz. Dieser ist allerdings nur intern anwendbar, also nicht auf Außenstehende, die die Folklore etwa ohne Zustimmung der Gemeinschaft nutzen. Möchte man nun einen *sui generis* Schutz entwickeln, erscheint es angemessen, sich zumindest am gegebenen Gewohnheitsrecht zu orientieren. Allerdings unterscheidet sich Gewohnheitsrecht regelmäßig nicht nur innerhalb eines Landes, sondern auch von Gemeinschaft zu Gemeinschaft; auch sind nicht immer alle Fragen zum Folkloreschutz dort geregelt. Außerdem ist Gewohnheitsrecht regelmäßig dynamisch und nicht niedergeschrieben, so dass die Bedürfnisse der westlichen Welt nach Rechtssicherheit und Vorhersehbarkeit wie auch Transparenz nicht befriedigt würden. Es wäre also wohl unrealistisch, die bestehenden Gewohnheitsrechte in ihrer Anwendbarkeit durch staatliches Recht auf Dritte zu erstrecken.

Die Textentwürfe versuchen daher einen Kompromiss, indem sie sich in gewisser Hinsicht an klassischen Rechten des geistigen Eigentums orientieren, jedoch für spezifische Aspekte auf das jeweilige Gewohnheitsrecht verweisen (allerdings tendieren die neuesten Entwürfe (2013) wieder mehr zu den Konzepten des klassischen Urheberrechts). Zum Beispiel soll Gewohnheitsrecht bestimmen, welche Person, welcher Clan oder welche Gruppe innerhalb einer indigenen Gemeinschaft als Inhaber eines Rechts an einer bestimmten Ausdrucksform von Folklore angesehen wird und daher um Zustimmung zu einer bestimmten Benutzung gebeten werden muss. In der Regel ist nicht ein einzelner Vertreter einer Gemeinschaft für alle Ausdrucksformen der Folklore dieser Gemeinschaft zuständig, sondern verschiedene Personen oder Gruppen von Personen tragen die Verantwortung für bestimmte, einzelne Ausdrucksformen. Bei einem solchen Verweis auf Gewohnheitsrecht ist es dennoch für Außenseiter der Gemeinschaft potentiell schwierig,

zunächst herauszufinden, welche Person oder Personengruppe für eine bestimmte Ausdrucksform von Folklore zuständig ist. Es kann leicht vorkommen, dass sich ein Mitglied der Gemeinschaft als zuständige Person nach außen darstellt, obwohl sie es nach den internen Regeln nicht ist. Auch wenn also dieser Verweis auf Gewohnheitsrecht auf den ersten Blick als eine adäquate Lösung erscheint, so dürfte die praktische Umsetzung, mit der es bisher selbst innerhalb eines Staates kaum Erfahrung gibt, und die Andersartigkeit im Vergleich zu westlichem Recht eine größere Herausforderung darstellen.

Ein anderes Beispiel für inhaltliche Herausforderungen eines *sui generis* Rechts ist das vorgeschlagene Konzept der vorherigen informierten Zustimmung („prior informed consent/PIC“), demzufolge Personen, die Folklore nutzen möchten, deren Rechtsinhaber zunächst um Zustimmung bitten müssen, und dies unter Angabe aller Modalitäten der Nutzung, z.B. in welcher Form, in welchem Ausmaß, in welchem Zusammenhang, zu welchem Zeitpunkt, etc. die maßgebliche Folklore genutzt werden soll. Praktische Probleme entstehen hier insbesondere im Bereich der Kommunikation: Viele Vertreter indigener Gemeinschaften sprechen nur ihre eigenen Sprachen und nicht, oder nur fragmentarisch, Sprachen wie Englisch oder Spanisch; auch kann die Denkweise so unterschiedlich von der westlichen sein, dass leicht Missverständnisse darüber entstehen können, wozu die Zustimmung gegeben werden soll oder gegeben wurde. Auch ist die schriftliche Fixierung etwaiger vertraglicher Bestimmungen vielen indigenen Gemeinschaften fremd, da sie in der Regel Kulturen darstellen, die auf mündlicher Überlieferung und Kommunikation beruhen.

Eines der wenigen *sui generis* Rechte, die national bestehen und auch zumindest im Ansatz praktiziert zu werden scheinen, ist das Gesetz von Panama 2000 (Gesetz Nr. 20 von 26. Juni 2000 über die besondere Regelung des geistigen Eigentums bezüglich der kollektiven Rechte indigener Völker zum Schutz und zur Verteidigung ihrer kulturellen Identität und ihres überlieferten Wissens), dessen Anwendung in der Praxis jedoch größere Schwächen gezeigt hat. Insbesondere ist hier die Eintragung der gewünschten Ausdrucksformen der Folklore bei einem staatlichen Amt in der Hauptstadt notwendig; diese Bedingung hat sich als fast prohibitiv herausgestellt, da Indigene meist beschwerliche Reisen von mehreren Tagen auf sich nehmen müssen, um überhaupt die Hauptstadt zu erreichen.

5 Ausblick

Bis zum heutigen Tage scheint es kaum ein *sui generis* Recht auf nationaler Ebene zu geben, das in der Praxis erfolgreich – oder überhaupt – angewendet wird. In dieser Situation erscheint es sehr gewagt, aufgrund von Modellen für ein neuartiges *sui generis* Recht, die noch nicht erprobt sind, einen internationalen Vertrag schließen zu wollen; hier besteht die Gefahr, dass – sofern ein solcher Vertrag überhaupt zustande kommt – es bei rechtlichen Texten bleibt, die in der Praxis nicht umge-

setzt werden. Dies gilt auch für regionale Abkommen, die schon abgeschlossen wurden oder im Entstehen sind, wie insbesondere im Pazifik und in Afrika. Funktioniert ein Rechtsschutz schon auf nationaler Ebene nicht, ist es unwahrscheinlich, dass internationale Verpflichtungen auf dieser Basis zu einem wirksamen Schutz führen können.

Natürlich birgt der Ansatz, zunächst einen *sui generis* Schutz auf nationaler Ebene zu entwickeln, die Gefahr, dass sich weltweit sehr unterschiedliche nationale Regelungen entwickeln – eine solche Situation würde die Erarbeitung von internationalen Regelungen weiter erschweren. Im Hinblick auf eine internationale Vereinbarung könnte allerdings eine Organisation wie die WIPO versuchen, die dafür grundlegende nationale Rechtsentwicklung begleitend im Sinne einer gleichartigen Entwicklung in verschiedenen Teilen der Welt zu unterstützen, so wie sie es schon im Südpazifik und in Afrika begonnen hat. Wenn schließlich genügend Erfahrungen mit so entwickelten nationalen Gesetzen gemacht sein werden, dürfte auch die Festlegung von internationalen Verpflichtungen eine Chance haben – vorausgesetzt, der politische Wille ist vorhanden (was derzeit nicht der Fall zu sein scheint) und die Verpflichtungen sind abstrakt genug, um die Diversität in der Welt berücksichtigen zu können; in Kombination mit unverbindlichen Mustergesetzen, die detaillierter sind, könnte man so den zahlreichen Herausforderungen eines *sui generis* Rechts auf internationaler Ebene möglicherweise erfolgreich begegnen.

Emerging Indigeneity – Völkerrechtswissenschaft und ethnologische Praxis subnationaler kultureller Gemeinschaften

Karin Klenke und Philipp Socha

Am 20. März 2010 wurde in der Region Toraja im Hochland von Sulawesi/Indonesien feierlich der 11. Jahrestag der Gründung der *Aliansi Masyarakat Adat Nusantara* (Vereinigung der indigenen Völker Indonesiens', im Folgenden AMAN) begangen. Die lokale Untergruppe von AMAN hatte die Zeremonie organisiert, die vor dem ältesten Ahnenhaus von To 'Barana stattfand, einer der 32 *adat*¹-Regionen von Toraja.

Der Vorsitzende von AMAN *Toraya* nahm auf die UN *Declaration on the Rights of Indigenous Peoples* Bezug und betonte deren Bedeutung für Indonesien und die Toraja. Ein anderer Redner skizzierte die Geschichte der Indigenitätsbewegung in Indonesien.

Die Toraja sind eine in Adel, Freie und Sklaven geschichtete Gesellschaft, wobei sich die Gäste dieser Veranstaltung ausschließlich aus dem Adel rekrutierten. Auf den Sitzplattformen der Reisspeicher, den ehrenvollsten Plätzen, saßen die höchstrangigen adligen Familien der jeweiligen *adat*-Regionen. Die Vorsitzenden von AMAN *Toraya* hatten zudem ausnahmslos hochrangige Positionen in der staatlichen Administration inne. Der Schatzmeister von AMAN *Toraya* war gleich-

¹ Der indonesische Begriff *adat* bedeutet etwa ‚Tradition‘, ‚Brauch‘, ‚traditionelles Recht‘ oder ‚Gewohnheitsrecht‘. *Adat* ist allerdings kein statisches normatives System, sondern kann neuen Erfordernissen und Bedürfnissen angepasst werden.

zeitig das Oberhaupt der *adat*-Region To Barana und als Sekretär des Landkreises Nord-Toraja der höchstrangige Beamte auf lokaler Ebene. Der Vorsitzende von AMAN Toraja war früher stellvertretender Landrat gewesen, bis er wegen Korruption zurücktreten musste. Auch der Landrat, der ein Grußwort sprach, ist adlig. In der Eröffnungsrede dieser Veranstaltung betonte der Vorsitzende von AMAN Toraja zudem, dass der Adel die Verantwortung für das *adat* trage und daher auch nur die adligen Toraja ein sogenanntes *masyarakat adat* darstellten, also indigen seien. Die nicht-adligen Toraja bezeichnete er dagegen als *masyarakat kecil*, als ‚kleines Volk‘ im Sinne von ‚gewöhnliches Volk‘.

1 Einführung

Die im obigen Beispiel geschilderte Lokalisierung des globalen Indigenitätsdiskurses in Indonesien hat vermutlich über die lokale und nationale Ebene hinaus keine große rechtliche Bedeutung, stellt aber aus der Perspektive der Völkerrechtswissenschaft und der Ethnologie eine Reihe interessanter Fragen an das globale Rechtsinstrument der UN *Declaration on the Rights of Indigenous Peoples* (im Folgenden UN *Declaration*). Der Diskurs um die Rechte indigener Völker bietet ein wirksames Instrument in der *toolbox* rechtlicher Grammatiken, die in lokalen politischen Auseinandersetzungen nutzbar gemacht werden können. Er wird im jeweiligen lokalen Kontext von den Akteuren aktiv eingesetzt und nicht, wie es bei einem völkerrechtlichen Instrument zu vermuten wäre, in einem Top-down-Prozess von Seiten der Regierung implementiert. Als empirischer Bezugspunkt unserer interdisziplinären Erörterungen dient der Staat Indonesien und hier konkret die bereits kurz eingeführte Region Toraja/Sulawesi. Welche politischen Implikationen kann die Anwendung des Instruments in der Praxis haben? In welchem Verhältnis steht es zu anderen Rechtsinstrumenten wie den Menschenrechten? Wie funktioniert es außerhalb seines Entstehungskontextes, den klassischen Siedlerstaaten – etwa in Indonesien, einem multiethnischen Staat mit mehr als 300 verschiedenen ethnischen Gruppen?

Der vorliegende Beitrag untersucht anhand dieser Fragen die Relation und Interaktion zwischen der völkerrechtlichen Konzeption indigener Völker einerseits und der Genese substaatlicher Gruppen als Indigene andererseits.²

Im Kontext dieses Bandes zeigt der Beitrag, wie prekär der Rekurs der *sui generis* Rechte als Gruppenrechte auf die vorgelagerte Bestimmung der entsprechenden Gruppe ist. Unabhängig davon, wie Gruppenrechte und Individualrechte am Ende auszubalancieren sind, eröffnen die zwar interdependenten, aber keineswegs

² Auch wenn wir in diesem Beitrag die historische und politische Genese des Begriffs „indigene Völker“ bzw. *indigenous peoples* ausführlich darstellen und ihn damit problematisieren und dekonstruieren, werden wir ihn weiterhin verwenden, um verständlich und an aktuelle völkerrechtliche und ethnologische Diskussionen anschlussfähig zu bleiben.

gleichgerichteten Indigenitätsdiskurse auf der internationalen Ebene und der nationalen (Indonesien) bzw. regionalen Ebene (Toraja) die Möglichkeit, dass die Interessengruppen jede Implementierung von *sui generis* Rechten für sich zu nutzen verstehen.

1.1 Indigenität in interdisziplinärer Perspektive

Aufbauend auf der Annahme, dass völkerrechtliche Diskussionen und politische, soziale und kulturelle Praxen der Indigenität miteinander verschränkt sind, schlägt dieser Beitrag die interdisziplinäre Brücke zwischen der rechtlichen Analyse völkerrechtlicher Normen und der ethnologischen Analyse der lokalen Praxis. Ein allein juristischer Zugang vermag nur schwer die lokale Praxis zu greifen, um in einer kritischen Auseinandersetzung die Wirkung von Rechtsinstrumenten reflektieren zu können. Umgekehrt wirken völkerrechtliche Diskussionen in vielfältiger Form auf die Praxen von Indigenität im lokalen Kontext, wo sie in spezifische diskursive Horizonte eingestellt werden. Daher ist es für eine eingehende Analyse lokaler Praxen notwendig, die völkerrechtlichen Hintergründe ihrer Institutionen und die rechtlichen Verknüpfungen in ihrer Komplexität zu berücksichtigen. Der hier gewählte interdisziplinäre Zugang verspricht durch die Verzahnung dieser verschiedenen Erkenntnisebenen eine komplexere Reflexion und weiterführende Ergebnisse, als sie ein monodisziplinärer Zugang zu leisten vermag.

1.2 Aufbau

Der Beitrag stellt zunächst die Entwicklung der Indigenitätsbewegung in Indonesien vor und schildert die Genese einer indigenen Identität am Beispiel der Toraja. Anschließend diskutieren wir auf der Basis der Empirie drei Problemfelder dieses Rechtsinstruments aus völkerrechtlicher und ethnologischer Perspektive: Die politische Wirkmächtigkeit normativer Instrumente bei ihrer Implementierung, die Implikationen der UN *Declaration* in einem anderen sozialen und politischen Kontext als dem seines historischen Ursprungs in den klassischen Siedlerstaaten sowie das Verhältnis zwischen individual- und kollektivrechtlichen Instrumenten.

2 Indigenität in Indonesien

Indonesien ist ein Staat, dessen Territorium von mehr als 300 ethnischen Gruppen bewohnt wird, was sich im Staatsmotto *bhinneka tunggal ika* („Einheit in der Vielfalt“) widerspiegelt. Die JavanerInnen bilden mit ca. 42 % Bevölkerungsanteil die größte Gruppe. In Indonesien sieht sich damit keine ethnisch definierte Bevölkerungsminderheit einer oder mehreren ebenso ethnisch definierten, klar dominierenden Gruppen gegenüber: “Indigeneity is not a self-evident category in Indone-

sia. Almost everyone is ‘indigenous’ in the sense of deriving from original stocks; Indonesia is not a white settler state” (Tsing 2007:34).

Viele derjenigen Gruppen, die sich heute als indigen definieren, wurden während des autoritären New-Order Regimes (1965-1998) unter Suharto zunächst als *suku terasing* (‘isolierte Stämme’) oder als *masyarakat terasing* (‘isolierte Gemeinschaften’) bezeichnet, später als *komunitas adat terpencil* (‘abgelegene adat-Gemeinschaften’).³ Entscheidende Kriterien für eine ‚abgelegene‘ oder ‚isolierte‘ Gruppe waren die nur periphere Einbindung in die Strukturen des Nationalstaats und eine Lebensweise, die dem nationalen Mantra von Entwicklung und Modernisierung widersprach: Nomadentum, Brandrodungsfeldbau und/oder eine lokale Religion waren nach Ansicht des indonesischen Staates untrügliche Zeichen für eine mangelnde Entwicklung.⁴ Mit Programmen zur Sedentarisierung und Islamisierung sowie zur Vermittlung von landwirtschaftlichem Wissen über Nassreisenanbau und mit der Einführung kleinfamiliärer statt kollektiver Wohnformen sollten diese Gruppen zu ‚zivilisierten‘ BürgerInnen eines modernen indonesischen Staates gemacht werden: “By working to assimilate these people into normative Indonesian standards and grouping them into discipline-oriented villages, the program provided a striking and inexpensive model of how development was to operate at a national scale” (Tsing 1999:171).⁵ Diese Programme wurden explizit mit dem Recht aller indonesischen BürgerInnen auf Entwicklung und Fortschritt begründet – eine Idee, die auch in vielen anderen postkolonialen Staaten verbreitet war. Da der New-Order-Staat gleichzeitig die natürlichen Ressourcen des Landes wie Wald oder Bodenschätze unter Missachtung lokaler Land- und Nutzungsrechte zur exzessiven Ausbeutung durch indonesische oder transnationale Konzerne freigab, entwickelten sich in vielen von sogenannten *komunitas adat terpencil* bewohnten Regionen massive Ressourcenkonflikte, die zur Gründung von ökologisch orientierten Nichtregierungsorganisationen (NGOs) führten.⁶ Deren Unterstützung durch global aktive NGOs wie *Greenpeace*, *Rainforest Alliance* oder *Indigenous Peoples Fund* brachte lokale Anliegen in fruchtbaren Austausch mit globalen Diskursen.⁷ Mit der Zeit schälte

³ Moniaga weist darauf hin, dass in verschiedenen nationalen Gesetzen auch andere Begriffe wie *masyarakat hukum adat* (adat-Recht Gemeinschaften) benutzt wurden: Moniaga (2007:279).

⁴ So schreibt das indonesische Sozialministerium 2003: „Die am 17. August 1945 ausgerufene Republik Indonesien besteht aus einer Vielzahl von ethnischen Gruppen und besitzt eine Vielfalt von Kulturen, die eine ‚Einheit in der Vielfalt‘ bilden. In dieser Vielfalt der Kulturen gibt es Gemeinschaften, die fortschrittlich sind, aber auch Gemeinschaften, die im Fortschritt von Aufbau und Entwicklung zurückgelassen wurden“ (DEPSOS RI 2003:9, zit. in Steinebach (2012:132)).

⁵ Einen Überblick über diese Programme bieten Duncan (2004), Henley und Davidson (2007), Moniaga (2004), (2007) sowie Sangaji (2007). Konkrete Fallstudien liefern unter anderem Tsing in ihrer Analyse der Beziehung zwischen Peripherie und Zentrum in Kalimantan (1993), Li für Zentralsulawesi (2007) sowie Steinebach für Sumatra (2012).

⁶ Der Fokus auf Ökologie lag unter anderem darin begründet, dass die Umweltbewegung eine der wenigen öffentlichen Räume im repressiven New-Order-Regime darstellte, in der sozialer Protest möglich war Tsing (2007:37).

⁷ Acciaoli (2008) und Li (2000) haben diesen Prozess für die Region des Lore-Lindu-Nationalparks in Zentralsulawesi eingehend analysiert.

sich aus dieser Verflechtung der Begriff des *adat* als erfolgversprechendster gemeinsamer politischer Bezugspunkt heraus: Mit dem Begriff *adat* konnten – etwa im Kontext von Ressourcenkonflikten – lokale Rechtsvorstellungen in Position gegen nationales Recht gebracht werden. Darüber hinaus verweist der Begriff *adat* auf ein an globale Diskurse von Indigenität anschlussfähiges ethnisch definiertes Kollektiv.⁸ Die immer besser vernetzten NGOs wählten schließlich den Begriff *masyarakat adat* (*adat*-Gemeinschaft) als (Eigen)-Bezeichnung, da er zum einen die häufigste Selbstbezeichnung war und zum anderen im repressiven New-Order-Regime unpolitisch genug wirkte (Tsing 2007:282).

Die an den Zerfall des Suharto-Regimes anschließende Politik der Demokratisierung, Dezentralisierung und Regionalautonomie unterstützte die Bedeutung des Regionalen und Lokalen. Im gesellschaftlichen Aufbruch der unmittelbaren Zeit nach Suharto fand 1999 anlässlich des ersten Kongresses der *adat*-Gemeinschaften Indonesiens eine große Demonstration der KongressteilnehmerInnen in Jakarta statt. Der selbstbewusste Auftritt in der Öffentlichkeit wurde durch das an den Staat adressierte Motto „Wenn Ihr uns nicht anerkennt, erkennen wir Euch auch nicht an“ unterstrichen. Dieses Motto stellte eine radikale rhetorische Selbstermächtigung dar, durch die sich die bisher subalternen Gruppen auf Augenhöhe mit dem Staat begaben. Der Kongress mündete in der Gründung des Vereins *Aliansi Masyarakat Adat Nusantara* (AMAN), der ‚Allianz der *adat*-Gemeinschaften Indonesiens‘. AMAN hat sich heute zu der entscheidenden politischen Kraft in Indonesien entwickelt, die die Anliegen von *adat*-Gemeinschaften vertritt und von einer Vielzahl internationaler Geldgeber unterstützt wird. Während der Schwerpunkt der geförderten Projekte nach wie vor im ökologischen Bereich liegt, reicht der politische Anspruch von AMAN weit darüber hinaus.⁹ AMAN definiert sich als „unabhängige gesellschaftliche Organisation, deren Mitglieder *komunitas masyarakat adat*, wörtlich ‚Gruppen von *adat*-Gemeinschaften‘ im Sinne indigener Gruppen aus verschiedenen Regionen Indonesiens sind. AMAN stellt eine Organisation des gemeinsamen Kampfes von *adat*-Gemeinschaften für ihre politische Souveränität, ihre ökonomische Unabhängigkeit sowie für eine angemessene Würdigung ihrer Kultur dar“ (AMAN1). Mitglied werden können alle *adat*-Gemeinschaften, die wie folgt definiert werden: „*Adat*-Gemeinschaften sind Gruppen, die gemäß der Abstammung von ihren Ahnen in einem bestimmten geographischen Gebiet leben, die ein spezifisches System von Werten und Normen besitzen, über Land und natürliche Ressourcen verfügen sowie ihr Leben nach wie vor durch die Normen

⁸ Tsing weist jedoch darauf hin, dass sich nicht alle Gruppen zur Durchsetzung politischer Anliegen auf *adat* beziehen: „In Aceh and West Papua, activists want *independence* not dependent sovereignty; they find better routes to make their claims than indigenous politics“ (2007:36).

⁹ Eine Schilderung der Aktivitäten von AMAN würde den Rahmen dieses Artikels sprengen, finden sich aber bei Acciaoli (2007), Sangaji (2007) und Moniaga (2007).

und Institutionen ihres *adat* regeln und strukturieren“ (AMAN1). 2010 waren 1163 *komunitas masyarakat adat* Mitglied bei AMAN (AMAN1).¹⁰

Diese Organisation von indigenen Gruppen ist seit der Gründung auf verschiedenen lokalen, regionalen, nationalen und internationalen politischen Feldern wie Klimawandel, Gender und Empowerment, *adat*-Jugend, nachhaltige Entwicklung, Menschenrechte etc. aktiv und mit anderen Institutionen wie etwa dem *United Nations Development Programme* (UNDP) und dessen *Indigenous Peoples Programme Asia* sowie dem *Asia Indigenous Peoples' Pact* vernetzt.

Wie ein Blick in den Arbeitsbericht 2009 von AMAN von 2009 (AMAN2 2009) zeigt, wird diese Bewegung durch zahlreiche internationale Organisationen (mit-)finanziert. Die größten finanziellen Beiträge stammen vom *United Nations Development Programm*, der *Ford Foundation*, dem *Asia Indigenous Peoples' Pact*, der *International Working Group on Indigenous Affairs*, der *Interchurch Organisation for Development Cooperation*, von *Indigenous Peoples' International*, der *Rainforest Foundation Norway*, der GTZ sowie der *Friedrich Ebert-Stiftung*.

Auch die staatlichen Rahmenbedingungen haben sich geändert. Mit dem zweiten Zusatz zur Verfassung im Jahr 2000 garantierte der indonesische Staat in Artikel 28i Folgendes:

“The cultural identities and rights of traditional communities are to be respected in conjunction with progressing times and civilization”,

wobei die Relativierung durch den letzten Satzteil die konkrete Implementierung mit Spannung erwarten lässt. Ebenfalls eingefügt wurde Artikel 18b:

“The State shall recognize and respect, to be regulated by law, the homogeneity of societies with customary law along with their traditional rights for as long as they remain in existence and in agreement with societal development and with the principle of the Unitary State of the Republic of Indonesia”.

In einer kritischen Analyse der Umsetzung dieser Verfassungsartikel in einzelne Rechte kommt Moniga jedoch zu dem Schluss, dass sich im zentralen Bereich der Verfügungsrechte über Ressourcen wie Land und Wald keine positiven Veränderungen für *adat*-Gemeinschaften ergeben haben (2007:285–289). Da beispielsweise

¹⁰ Die große Anzahl von Gruppen erklärt sich daher, dass die Mitgliedschaft bei AMAN nicht auf einem repräsentativen System beruht. Mitglieder müssen zwar einem ethnischen Kollektiv angehören, aus diesem Kollektiv können aber wiederum mehrere Gruppen Mitgliedschaft beantragen. Acciaioli erläutert die verschiedenen Definitionen von *komunitas masyarakat adat*, die Mitglied bei AMAN werden können und analysiert die mit den jeweils ex- oder inklusiven Definitionen verbundenen politischen Ansprüche in der Praxis von Indigenität (2007:299–303).

das Forstministerium 70 % des indonesischen Territoriums kontrolliert, hat die legislative Lethargie in diesem Bereich drastische (In)Konsequenzen (2007:286f.).¹¹

Indonesien stimmte 2007 der UN *Declaration on the Rights of Indigenous Peoples* zu. Tatsächliche legislative Konsequenzen der Verfassungsänderung sowie einer nationalen Umsetzung der UN *Declaration* bleiben also abzuwarten. Momentan arbeitet AMAN einen Gesetzesentwurf zur Anerkennung und zum Schutz indigener Gesellschaften in Indonesien aus.

Welche Konsequenzen haben die globalen und nationalen Diskussionen für die konkrete lokale Praxis von Indigenität? Diese Frage soll am Beispiel der Toraja in Süd-Sulawesi diskutiert werden, die sich seit einigen Jahren als masyarakat *adat* in AMAN organisieren.

2.1 Die Region Toraja

Die Region Toraja ist mit ca. 450 000 EinwohnerInnen Teil der Provinz Süd-Sulawesi.¹² Heute sind ca. 90 % der Bevölkerung christlichen Glaubens (BPSKTT 2007:29). In ökonomischer Hinsicht wird die Region vom Nassreisbau und von *cash crops* wie dem weltberühmten Toraja-Kaffee dominiert. Eine große Rolle spielte der Tourismus, der jedoch seit Mitte der 1990er Jahre dramatisch eingebrochen ist. In Toraja hat es bisher keine Ressourcenkonflikte zwischen der lokalen Bevölkerung und dem Staat oder privatwirtschaftlichen Unternehmen gegeben. Sowohl die Kaffeeplantagen als auch die großen Hotelanlagen befinden sich weit überwiegend im Besitz von Toraja oder von Konsortien, an denen Toraja entscheidend beteiligt sind (Aditjondro 2010:69–76).

Die Toraja sind eine stratifizierte Gesellschaft, die sich in eine Adelschicht, Freie und Sklaven unterteilt.¹³ Der Adel war in vorkolonialer Zeit nicht nur in politischer und ökonomischer Hinsicht hegemonial, ihm oblag auch die Rechtsprechung. Obwohl Menschen heute nicht mehr als Waren be- und gehandelt werden, sind Rang und Abstammung nach wie vor von großer sozialer, politischer und juristischer Bedeutung in Toraja. Parallel zu den staatlichen, administrativen und politischen Strukturen teilt sich Toraja in 32 sogenannte *adat*-Bezirke, denen jeweils ein adliger Anführer vorsteht. Während in der Region Toraja die höchsten legislativen Institutionen des Staates die zwei Kreisparlamente darstellen, bildet der Rat *keobongan kalua*, in dem die adligen Oberhäupter der 32 *adat*-Bezirke vertreten sind, das Pendant in der Sphäre des *adat*. Das Leben in Toraja ist entsprechend von

¹¹ Eine ausgezeichnete Darstellung der Konflikte zwischen Staat und lokalen Gruppen bezüglich der Verfügungsrechte über Wald am Beispiel Kalimantan findet sich bei Eilenberg (2009).

¹² Mit dem Ausdruck ‚Region Toraja‘ bezeichne ich den ehemaligen Landkreis(*kabupaten*) *Tana Toraja*, der sich 2008 in die zwei Landkreise *Toraja Utara* und *Tana Toraja* spaltete.

¹³ Für einen Überblick über die regionalen Varianten der sozialen Stratifizierung in Toraja siehe Nooy-Palm (1979:43–57) und Waterson (2009:159–172).

einem ausgeprägten Rechtspluralismus gekennzeichnet, wobei im *adat*-Bereich der Adel in seiner jeweiligen Region exklusiv Recht spricht.

2.2 Indigen werden

Die erste gesamtindonesische Vereinigung zur Stärkung der Rechte indigener Gruppen wurde – damals noch konspirativ – 1993 in der Kleinstadt Rantepao in Toraja gegründet (Moniaga 2004; Waterson 2009:360). Rantepao als Austragungsort war nicht inhaltlichen Gründen geschuldet, da die Toraja keine Erfahrung mit politisierenden Ressourcenkonflikten hatten und der Indigenitätsdiskurs entsprechend (noch) nicht virulent war. Entscheidend war vielmehr, dass der Vorsitzende einer der austragenden NGOs aus dem Bereich des Naturschutzes (WALDA), ein hochrangiger Toraja-Adliger war, der durch seine Kontakte und seine angesehene Stellung das Treffen vor der staatlichen Verfolgung schützen konnte. An dem ersten AMAN-Kongress in Jakarta im Jahr 1999 nahmen zehn Delegierte aus Toraja teil. Nach Aussagen von C.L. Palimbong, einem ehemaligen Beamten aus der lokalen Behörde für Tourismus, Kunst und Kultur, der bis zu seinem Tod 2011 Vorsitzender von AMAN *Toraya* war, lag für ihn der Schwerpunkt weniger auf politischen Fragen als auf Kultur in einem folkloristischen Verständnis. Er war damals beruflich in die Organisation des Festival *Budaya Toraja* (Festival der Toraja-Kultur) involviert und daher von dem Vorsitzenden von WALDA zur Teilnahme eingeladen worden. Das an den Staat gewandte Motto der Demonstration „Wenn Ihr uns nicht anerkennt, erkennen wir Euch nicht an“ erschien ihm zu radikal. Er distanzierte sich auch von den politischen Forderungen der AMAN-Gruppen aus konfliktreichen Regionen wie Kalimantan (Interview 17. November 2009). Wengleich seine Meinung nicht die aller TeilnehmerInnen aus Toraja widerspiegeln muss, illustriert sie doch die weniger politisch als vielmehr folkloristisch-kulturell grundierte damalige Erwartungshaltung der teilnehmenden Toraja an die neue Bewegung. In der Folge dieses Kongresses organisierten sich in AMAN viele der 32 *adat*-Ältesten von Toraja, die gleichzeitig hohe Posten in der staatlichen Administration innehatten.

Nach Aussage des Vorsitzenden C. L. Palimbong soll der Schwerpunkt der von AMAN *Toraya* geplanten Aktivitäten auf dem Bereich der Landwirtschaft liegen. Hier soll der Versuch unternommen werden, traditionelles landwirtschaftliches Wissen zu aktivieren. Dieses Wissen, so meinte er, sei ökologisch gewesen, da es auf dem Einklang von Mensch und Natur beruhe.¹⁴ Allerdings spielt bei der Betonung von Land- und Waldwirtschaft auch die Hoffnung eine Rolle, dass der Kampf um Landrechte dem Adel ermöglichen wird, seine in staatlichen Besitz

¹⁴ Hier verknüpfen sich die Umweltschutzdiskurse nationaler und internationaler NGOs mit dem Indigenitätsdiskurs. Indigene Gruppen wurden in dieser Verknüpfung zu sogenannten „stewards of nature“, die über ein größeres ökologisches Wissen und ein höheres ökologisches Bewusstsein verfügen sollen. Vgl. dazu: Steinebach (2012).

übergegangenen Wälder zurückzubekommen, um sie selbst ökonomisch nutzen zu können. Abgesehen von diesen eigenen Vorhaben nehmen die Mitglieder von AMAN *Toraja* an den Aktivitäten internationaler NGOs und UN-Unterorganisationen für indigene Gruppen teil: Mehrere *adat*-Oberhäupter hatten bereits an sogenannten *adat*-Trainings des *Indigenous People's Programme* der UN teilgenommen, die in anderen Regionen Indonesiens, aber auch in Malaysia oder den Philippinen stattgefunden hatten. Zu sogenannten *pemudi adat*-Veranstaltungen (*adat*-Jugend-Veranstaltungen) schicken die hochrangigen adligen Familien junge Familienangehörige, denen man zutraut, später eventuell *adat*-Oberhaupt zu werden. Die lokale Organisation von AMAN ist heute auch von Konkurrenzkämpfen gekennzeichnet, in denen verschiedene Gruppen versuchen, ein Monopol auf die Vertretung der Region zu erlangen. Es herrschen dementsprechend starke Konkurrenzen unter den *adat*-Oberhäuptern um die Repräsentation der Region in der nationalen Organisation.

AMAN *Toraya*, so lässt sich konstatieren, ist ein Projekt der lokalen Elite und engstens mit dem Staat sowie den *adat*-Institutionen verwoben. Hier sind ausschließlich ranghohe Adlige aktiv, die gleichzeitig höchste Ämter in der lokalen und staatlichen Administration und/oder das Amt des Oberhauptes eines *adat*-Bezirktes bekleiden.

Die Aneignung globaler völkerrechtlicher Diskurse durch adlige *Toraja* scheint dem Geist der UN *Declaration on the Rights of Indigenous Peoples* zu widersprechen: Nur schwer vermag man in den lokalen Protagonisten von Indigenität ein im Sinne der UN *Declaration* schutzwürdiges kulturelles Kollektiv erkennen, das durch internationale rechtliche Instrumente gegen eine politische, soziale und ökonomische Marginalisierung verteidigt werden müsste. Das Beispiel der *Toraja* erlaubt jedoch eine kritische Diskussion zentraler Aspekte der Implementierung der UN *Declaration*: Erstens wird hier die Interdependenz von normativen rechtlichen Instrumenten und politischen Prozessen sehr deutlich. Zweitens wirft der konkrete Kontext eines multiethnischen Staates Fragen nach der Implementierung der UN *Declaration* in Nationalstaaten auf, deren Verfasstheit sich existentiell von denen der Siedlerstaaten unterscheidet, aus deren Kontext heraus sie sich entwickelt hat. Drittens ermöglicht das Beispiel einer stratifizierten Gesellschaft, in der der Adel mit explizitem Rekurs auf die Rechte indigener Völker nach politischer Hegemonie trachtet, das Verhältnis zwischen internationalen kollektivrechtlichen Instrumenten wie der UN *Declaration* und Individualrechten wie den Menschenrechten zu reflektieren. Zunächst widmen wir uns der Frage nach der Interdependenz von politischen Prozessen und rechtlichen Instrumenten am Beispiel der Definition von Indigenität im Kontext der UN *Declaration*: Wie entstand im Völkerrecht die Idee eines ‚indigenen Volkes‘ und wie wird es definiert?

3 Die Interdependenz von internationalen normativen Instrumenten und politischen Prozessen

Das Völkerrecht kreiert durch seine Sprache und seine Konstruktion von Zusammenhängen im Rahmen der Völkerrechtsordnung eine eigene Realität, ein normatives System, das internationale, nationale und lokale Praxen existentiell strukturiert (White 1985; Knop 2002:5). Die Entstehungsprozesse von Ideen wie der eines ‚Volkes‘, von ‚Indigenität‘ oder einem ‚Selbstbestimmungsrecht‘ finden in einem komplexen politischen Feld statt und unterliegen dabei der kontinuierlichen Entwicklung, Überarbeitung und Neuinterpretation beziehungsweise einem ständigen Machtkampf zwischen zahlreichen Akteuren um die Interpretationshoheit und die weiterführende Ausgestaltung der rechtlichen Instrumente.

Im Verlauf der letzten Jahrzehnte sind neben die Staaten, die bis dato die völkerrechtlichen Aushandlungsprozesse und somit die einschlägigen Rhetoriken nahezu allmächtig steuern und kontrollieren konnten, weitere Akteure getreten. Dies sind einmal die internationalen Organisationen selbst, die durch ihre Verwaltungsorgane eigene Entwicklungen anstoßen. Auch die Wissenschaft nimmt Einfluss auf öffentliche Diskussionen um völkerrechtliche Fragen. Schließlich vertreten auch Nichtregierungsorganisationen auf der Grundlage ihrer jeweiligen Agenden völkerrechtliche Positionen, führen neue Begriffe in die Debatten ein oder verknüpfen aktiv verschiedene Diskussionen, um neue diskursive Felder zu erschließen. Wie haben diese heterogenen Akteure mit ihren breitgefächerten politischen Anliegen auf die Definition von Indigenität, wie sie der UN *Declaration* zugrunde liegt, Einfluss genommen? Ausgangspunkt der Frage nach Kultur und Ethnizität sind Erkenntnisse aus der Ethnologie, so dass die folgende Diskussion mit einer Skizzierung des ethnologischen Verständnisses von Indigenität eröffnet wird.

3.1 Ethnologische und völkerrechtliche Konzeptionen von Indigenität

Der Begriff der ‚Indigenität‘ bzw. des ‚indigenen Volkes‘ ist innerhalb der Disziplin – ebenso wie andere Begriffe, die kollektive Identitäten zu definieren versuchen – intensiv und kontrovers diskutiert worden. Ethnizität wird heute jenseits primordialer Festschreibungen zumeist als ein auf einer Dialektik von Gleichheit und Verschiedenheit beruhender Prozess der Differenzierung, also als eine Praxis der Aushandlung von sozialer Identität verstanden (Jenkins 1997:13). Gleiches gilt für Indigenität:

“A vital starting point is to recognize that indigeneity emerges only within larger social fields of difference and sameness; it acquires its ‘positive’ meaning not from some essential properties of its own, but through its relation to what it is not, to what it exceeds or lacks [...] Indigeneity, in other words, is at once historically contingent and en-

compassing of the nonindigenous – and thus never about an untouched reality” (de La Cadena and Starn 2007:4).

Auch Merlan unterscheidet zwischen kriterialen und relationalen Definitionen. Während kriteriale Definitionen auf angeblich inhärente Merkmale verweisen und damit essentialisieren, situieren relationale Definitionen sie in einem Feld von Differenzen, Gemeinsamkeiten und Machtstrukturen und erlauben ein besseres Verständnis des komplexen Feldes der Aushandlung von Indigenität als soziale Identität (2009).

Diese relationale Konstruktion von Identität bei Zurückweisung essentialistischer Kriterien lässt jedoch unbeantwortet, was Indigenität dann von Ethnizität unterscheidet. In Abgrenzung bzw. Erweiterung des Begriffes der Ethnizität impliziert der Begriff der Indigenität zusätzlich – ähnlich wie im Völkerrecht – die zeitliche Dimension als (relativ) erste Bewohner einer Region etwa im Sinne der kanadischen *First Nations*, die Bewahrung einer als spezifisch angesehenen, überlieferten Kultur sowie die aktuelle Erfahrung von Marginalisierung durch eine oder mehrere hegemoniale Gruppen. Vor dem Hintergrund der ethnologischen Zuarbeiten zum Kolonialismus – etwa durch die Definition von ethnischen Gruppen zur einfacheren administrativen Verwaltung der kolonialisierten Regionen – hat sich, wie im Völkerrecht das Kriterium der Selbstdefinition als besonders bedeutsam, da historisch unbelastet, erwiesen.

Der letztlich nicht aufzulösende Widerspruch zwischen den einerseits konstruktivistischen und andererseits doch essentialisierenden Anteilen an der Definition von Indigenität, durch die sie sich von ‚bloßer‘ Ethnizität unterscheidet, hat innerhalb der Ethnologie zu teilweise scharfer Kritik an dem Begriff geführt.¹⁵ Die ihm zugrunde liegende Verknüpfung von Territorium, Kultur, Geschichte und Deszendenz weckt, so die Kritiker, Assoziationen von Primordialität und essentialistisch gedachter Identität. So weisen etwa Bêteille (1998) und Kuper (2003; 2005:204–218) auf die – pointiert formulierten – Blut-und-Boden-Assoziationen des Begriffs hin, die Kuper polemisch das „*Nuremberg principle*“ (2005:211) nennt.¹⁶ Mehrere Autoren verweisen darauf, dass die globale Öffentlichkeit, hier auch explizit die verschiedenen Organisationen der UN, einen entscheidenden Anteil an der relationalen Konstruktion bzw. Verklärung von indigener Identität als immer schon ökologisch, spirituell und nicht-materialistisch hat: Das Unbehagen an den aktuellen ökologischen, politischen und ökonomischen Verwerfungen lässt die

¹⁵ Fortun, Fortun & Rubenstein dokumentieren auszugsweise die kontroversen Diskussionen im Vorstand der *Society for Cultural Anthropology* anlässlich eines Aufrufs der *American Anthropological Association*, ihren Brief an die UN zur Unterstützung der *Declaration on the Rights of Indigenous Peoples* zu unterzeichnen Fortun, Fortun und Rubenstein (2010:222–226).

¹⁶ Kuper weist darauf hin, dass die Forderung, den ursprünglichen BewohnerInnen eines Territoriums weitgehende Rechte als späteren Einwanderern zu verleihen, in Europa ausschließlich von rechtsgerichteten Parteien erhoben wird Kuper (2005:205).

Sehnsucht wachsen nach einem “return to, or at least a protection of, the warmth and color of kinship-based societies. A public that is motivated by such concerns and sentiments is a major source of indigenous peoples’ resource and leverage” (Niezen 2004:70; vgl. Hirtz 2003; Kuper 2005:204).

Andere EthnologInnen argumentieren wiederum in Antwort auf kritische Positionen, dass die Behauptung einer rassistischen Komponente in der Definition von Indigenität die subalterne Position der sich als indigen definierenden Gesellschaften missachte und ihre legitimen politischen Kämpfe mit kolonialer Geste untergrabe (Kenrick und Lewis 2004; vgl. Keal 2003; Mackey 2005).¹⁷ Indigenität sei als eine politische Identität anzusehen, mittels derer lang vorenthaltene Rechte eingeklagt und erlittenes Unrecht kompensiert werden könne. Zwischen diesen Polen vehementer Ablehnung einerseits und ebenso vehementer Affirmation des Konzepts andererseits hat sich eine große Bandbreite an Literatur – oft mit differenzierten lokalen oder nationalen Fallstudien – dem Problem der Definition sowie verschiedenen Formen der Artikulation von Indigenität gewidmet (vgl. de La Cadena und Starn 2007; Henley und Davidson 2007). Hilfreich für ein Verständnis von Indigenität erweist sich Li (2000). Sie stellt fest, dass “a group’s self-identification as tribal or indigenous is not natural or inevitable, but neither is it simply invented, adopted or imposed. It is, rather, a positioning which draws upon historically sedimented practices, landscapes, and repertoires of meanings, and emerges through particular patterns of engagement and struggle” (2000:151). Dabei grenzt sie sich explizit gegen ein rein strategisches Verständnis ab, da die auf individualistischen Modellen basierenden Interpretationen “seem to suggest that maximizing, goal-oriented actors switch or cross boundaries in pursuit of their ends, approaching questions of identity in consumer terms, as a matter of optimal selection” (2000:150).¹⁸ Lis Überlegungen verdeutlichen die Notwendigkeit, emergente Indigenitäten in ihrem jeweils konkreten Entstehungskontext zu analysieren, um zu einem besseren Verständnis ihres Konstituierungsprozesses in spezifischen politischen, ökonomischen und sozialen Rahmenbedingungen zu gelangen. Indigenität, so lässt sich zusammenfassen, wird aus ethnologischer Perspektive immer als in konkreten Kontexten relational ausgehandelte kollektive Identität verstanden. Auch wenn aus ethnologischer Perspektive kriteriale Definitionen von Indigenität fragwürdig bleiben, stellen die verschiedenen Artikulationen von indigener Identität ein für die Ethnologie ungemein interessantes Feld der Vernetzung

¹⁷ Da Gruppen in bestimmten Fällen ihre politischen Anliegen mit einem Rekurs auf genau dieses primordiale und essentialistische Verständnis von Identität vertreten, gerät eine ethnologische Kritik daran in Gefahr, das Anliegen als Ganzes zu diskreditieren. Der Begriff der Indigenität gewinnt nicht umsonst im politischen Raum an Bedeutung, wo mit ihm andere juristisch fundierte Ansprüche auf Ressourcen wie Land formuliert werden können als mit dem Begriff der ‚bloßen‘ Ethnizität. Vgl. hierzu: Trigger und Dalley (2010:47).

¹⁸ Es sei darauf hingewiesen, dass dieses kontextuelle Verständnis von Indigenität eine politische Positionierung nicht einfacher macht, sondern eine differenzierte Betrachtung je spezifischer Konstellationen erfordert.

lokaler, nationaler und internationaler Diskurse dar, die zu neuen Handlungsfähigkeiten und der Reformulierung von kollektiven Identitäten führen. Tsing fasst die Komplexität und Bedeutung von emergenten Indigenitäten treffend zusammen: “The global indigenous movement is alive with promising contradictions” (2007:33).

Die völkerrechtliche Genese des Begriffs der Indigenität stellt tatsächlich solch ein interessantes Feld dar und bestätigt Tsings hoffnungsfrohe Behauptung vielversprechender Widersprüche. Seit jeher, aber insbesondere seit den 1970er Jahren – dem Beginn der verstärkten Präsenz von indigenen Gruppen auf der internationalen Bühne – wird die Frage einer rechtlichen Definition des Begriffs ‚indigene Völker‘ streitig diskutiert. Der Begriff ist problematisch, weil er mit der ersten Frage ‚Was konstituiert ein indigenes Volk?‘ und der daraus folgenden Frage ‚Wer ist Mitglied eines indigenen Volkes?‘ Aussagen zum Rechtsumfang, zum Rechtsträger und zur Durchsetzung von Rechten impliziert. Insbesondere die Interpretation des Begriffs ‚Volk‘ (*people*), verstanden im Sinne von Artikel 1 (2) UNO Charta, mit den Implikationen des Rechts auf Selbstbestimmung und dem Recht auf Sezession, erfuhr erhebliche Opposition von Seiten der Staaten, so dass die Diskussionen anfangs durch den politisch und rechtlich weniger geprägten Begriff ‚Population‘ (*population*) geprägt waren (Diaz 2009:24). Inzwischen wird die Debatte im Lichte der internationalen Menschenrechte geführt. Dabei wird – so etwa explizit in Artikel 3 der UN *Declaration* – zwar auch das Recht auf Selbstbestimmung anerkannt, die politische Brisanz der Angst vor Sezession und einer eigener Staatsgründung durch indigene Völker spielt dabei allerdings keine Rolle mehr (Anaya 2009).

Die völkerrechtliche Antwort auf die Frage, was Indigenität und wer indigen ist, beginnt meist mit der Aussage, dass indigene Völker selbst bestimmen sollen, was unter dem Begriff zu verstehen ist (Ludescher 2004:348). Der UN Sonderberichterstatter José Martínez Cobo forderte schon 1983 in seinem Bericht an den Wirtschafts- und Sozialrat der Vereinten Nationen dieses Selbstdefinitionsrecht indigener Völker (Cobo 1983:369). Allerdings legte er seinem Bericht gleichzeitig eine Arbeitsdefinition zu Grunde, die bestimmend für die weiteren Entwicklungen im Rahmen der UN sein sollte:

“Indigenous communities, peoples and nations are those which, having a historical continuity with pre-invasion and pre-colonial societies that developed on their territories, consider themselves distinct from other sectors of the societies now prevailing in those territories, or parts of them. They form at present non-dominant sectors of society and are determined to preserve, develop and transmit to future generations their ancestral territories, and their ethnic identity, as the basis of their continued existence as peoples, in accordance with their own cultural patterns, social institutions and legal systems.” (Cobo 1983:RN 379)

Indigene Völker unterscheiden sich demnach in ethnischer, kultureller, sprachlicher sowie religiöser Hinsicht von den Teilen der Gesellschaft, die heute auf den Gebieten leben, wo einst Indigene vorherrschten (Ludescher 2004:351). Diese Besonderheiten sind dabei auch Inhalt des kollektiven Identitätsgefühls sowie konstitutiv für eine spezifische Lebensweise, die an die nachfolgende Generationen weitergegeben werden soll. Mitglied einer indigenen Gruppe ist demnach, wer sich als indigene Person identifiziert, das entsprechende Gruppenbewusstsein besitzt und als solche oder solcher von der Gruppe als Mitglied anerkannt ist. Die Entscheidungsbefugnis, wer Mitglied der Gruppe ist, bleibt der indigenen Gemeinschaft selbst überlassen.

Das Kriterium der nicht herrschenden Stellung bezieht sich auf eine historische oder gegenwärtige politische Unterlegenheit sowie eine soziale und wirtschaftliche Benachteiligung (Connolly 2009:XV). Der Aspekt der historischen und geographischen Verwurzelung ergibt sich aus einem oder mehreren der folgenden Faktoren, wie Cobo dies in seinem Bericht differenziert: „occupation of ancestral land, common ancestry with the original occupants of the land, culture in general, or in specific manifestations, language, residence in certain parts of the country” (Cobo 1983:RN 380). Die historische Kontinuität wird als lineare Verbindung zu Gesellschaften vor der Besiedlung und Kolonisierung durch Europäer verstanden. Wichtig ist ebenso die Verbindung indigener Völker zu ihrem Land, welches nicht nur in rein wirtschaftlicher, sondern insbesondere auch in spiritueller Hinsicht als Lebensgrundlage dient (Brölmann, Lefeber und Zieck 1993:193). Indigenität bezeichnet also eine kulturelle Differenz vor dem Hintergrund der Kolonisierung und Unterdrückung, die des Schutzes vor den Entwicklungen der Modernisierung, Säkularisierung, Urbanisierung und „Verwestlichung“ bedarf (Kymlicka 1999:289). Die Arbeitsdefinition von Cobo und das sich daraus entwickelte Verständnis in Praxis und Wissenschaft des Völkerrechts hat bisher jedoch keine rechtsverbindliche Wirkung erlangt: Auch die UN *Declaration* beinhaltet keine verbindliche Definition des Begriffs ‚indigenes Volk‘.

Der Begriff der Indigenität lässt sich also weder in der völkerrechtlichen noch in der ethnologischen Diskussion mit einer konsensfähigen Definition fassen. Es ist vielmehr gerade die begriffliche Unschärfe, die ihm seine rechtliche und politische Wirkmächtigkeit sowohl auf internationaler als auch auf lokaler Ebene verleiht und die UN *Declaration* damit offen für lokale Aneignungen macht.

3.2 Indigenität in konkreten politischen Kontexten

Die Meinungen zu dem Verzicht auf eine Definition gehen weit auseinander. Einige Akteure sehen das Fehlen als Manko, da es der UN *Declaration* damit an Präzision mangle. Andere empfinden eine klare Definition als nicht notwendig oder sogar nicht wünschenswert, da sie der globalen Anwendbarkeit der Deklaration entgegenstehen könnte (Montes und Cisneros 2009:152). Insbesondere die afrikanischen und asiatischen Staaten drängten jedoch auf eine klare Definition, um

möglichst viele potentiell als indigen geltende Gruppen in ihren Ländern aus dem Kreis der möglichen Rechtsträger auszuschließen. Dabei wurde auch immer wieder geäußert, dass im eigenen Land keine ‚indigenen Völker‘ existierten, vielmehr seien alle Bürger indigen und die besonderen Rechte indigener Völker somit nicht anwendbar (Henriksen 2009:79f.). Der Vertreter der indonesischen Regierung erklärte beispielsweise nach der Annahme der Deklaration durch die Generalversammlung laut Protokoll Folgendes:

“Given the fact that Indonesia’s entire population at the time of colonization remained unchanged, the rights in the Declaration accorded exclusively to indigenous people and did not apply in the context of Indonesia. Indonesia would continue to promote the collective rights of indigenous peoples.” (sic!) (UN 2007).

Der politisch gewollte Verzicht auf eine rechtlich verbindliche Definition, die den Kreis der Begünstigten konkretisieren und beispielsweise auf Siedlergesellschaften beschränken würde, lässt der Anwendbarkeit der Deklaration und den politischen Entwicklungen großen Spielraum.

Interessant sind regionalspezifische Entwicklungen, die einen progressiven Umgang mit der Definition bzw. mit ihrem Nichtvorhandensein zeigen. Entgegen der Ansicht vieler afrikanischer Staaten, dass in Afrika entweder alle oder gar keine Menschen indigen seien, da es keine weiße Siedlergeschichte wie in Nordamerika gibt und somit die speziellen Rechte indigener Völker nicht einschlägig seien (Kipuri 2009:256), entwickelte die *African Commission on Human and Peoples’ Rights* seit der Jahrtausendwende eine eigene Definition des Begriffs ‚indigenes Volk‘ (Gilbert 2011). Ein Kriterium ist die Erfahrung extremer Formen der Marginalisierung und Diskriminierung. Darüber hinaus gilt eine Übereinstimmung mit der Arbeitsdefinition von Cobo. Ausgehend von einer vergleichbaren Interessenlage solcher Gruppen und im Rahmen des Spielraums, der mangels einer formellen Definition gegeben ist, implementieren die *African Commission* und andere afrikanische Institutionen die Rechte indigener Völker in Afrika.

Auch in Asien stellen sich die Probleme der Definition und Anwendbarkeit des Begriffs ‚indigenes Volk‘ mangels einer historisch gegebenen Trennung von Einwanderergesellschaft und Ureinwohnern. Indigene Gemeinschaften rekurrieren in ihrer Konstituierung nicht auf eine historisch gewachsene und bis heute andauernde Erfahrung von Ungerechtigkeit und Verbrechen, aus der eine Notwendigkeit von Entschädigung resultieren könnte (Kingsbury 1998). Dennoch wird das Konzept der Indigenität durch sich selbst als indigen definierende Gruppen zur Praxis. Unterstützt werden diese Entwicklungen durch Dritte, die – wie beispielsweise die Weltbank oder andere internationale Regierungs- und Nichtregierungsorganisationen – mit dem Konzept der Indigenität im asiatischen Kontext arbeiten. Die Charta von AMAN oder die Aktivitäten in Toraja sind Zeugnis dieser lokal- bzw. nationalspezifischen Aneignungen. Auch AMAN nimmt in seiner Definition von Indi-

genität keinen Bezug auf den (niederländischen) Kolonialismus in Indonesien, da er für die indonesische Indigenitätsbewegung, die sich nicht in Abgrenzung zu einer weißen Mehrheitsgesellschaft formiert, unbedeutend ist. AMAN entwickelt jedoch wiederum eigene, weiter verfeinerte Kriterien von Indigenität, nach denen über die Aufnahme oder Ablehnung von lokalen Gruppen entschieden wird. Gleichzeitig wird deutlich, dass die Nationalstaaten, die die Anwendbarkeit der UN *Declaration* in ihren Grenzen implementieren, reformulieren oder verneinen, immer noch wichtige Akteure in diesen Konstituierungsprozessen von Indigenität darstellen. Lokale AkteurInnen haben jedoch die Möglichkeit, den Staat durch direkte Kommunikation und Kooperation mit internationalen NGOs oder (regionalen) internationalen Organisationen zu umgehen. Die Kooperation zwischen AMAN Toraja und den UNDP-Programmen oder von AMAN mit der *Rainforest Alliance* verweist deutlich auf die Macht, die diesen nicht-staatlichen Institutionen in Konstituierungsprozessen von Indigenität zukommt. Darüber hinaus haben indigene Gruppen die Möglichkeit, über diesen Umweg Druck auf ‚ihre‘ Nationalstaaten auszuüben. Die faktische Anerkennung von AMAN als Vertretung der indigenen Gruppen durch den Staat, etwa im Kontext der REDD-Verhandlungen¹⁹, ist nicht zuletzt diesem internationalen Druck geschuldet.

Indigenität entsteht, so lässt sich konstatieren, in komplexen, durch zahlreiche von nationalen und internationalen Institutionen vermittelten Interaktionen zwischen lokaler Praxis und internationalem Rechtsinstrument. Auf der Ebene des Völkerrechts haben *grass-root* Bewegungen nicht-staatlicher Akteure unter Bezugnahme auf bereits bestehende Rechtsinstrumente und mit Beteiligung verschiedener internationaler Institutionen zur Formulierung der UN *Declaration* geführt. Eine konkrete indigene Praxis, so hat das Beispiel Toraja gezeigt, wird wiederum mit Rekurs auf die internationale Ebene immer in spezifischen national und regional strukturierten Kontexten angeeignet. Während völkerrechtliche Instrumente in entscheidender Weise die Praxis von Indigenität konstituieren, wirken jedoch auch diese Praxen zurück auf die rechtliche Ebene. So fällt auf, dass afrikanische und asiatische Praxen von Indigenität sich in den regionalspezifischen Definitionen wiederfinden, die entscheidend von dem klassischen Modell der Siedlerstaaten abweichen, in denen sich indigene Gruppen einer hegemonialen weißen Bevölkerungsmehrheit gegenüber sehen. Das Fehlen einer objektiven Definition eröffnet somit einerseits Raum für eine flexible und globale Anwendung, bedarf aber gleichzeitig immer wieder der individuellen Durchsetzung der Anerkennung einer bestimmten Gruppe als indigen. Die Selbstdefinition der adligen Toraja als indigen ist also mangels einer völkerrechtlich verbindlichen Definition von Indigenität völlig legitim, die Anerkennung dieser Indigenität muss jedoch politisch ausgehandelt werden.

¹⁹ Die REDD-Verhandlungen (Reducing Emissions from Deforestation and Degredation) sind Teil der internationalen Verhandlungen zur Bekämpfung des Klimawandels.

So schließt auch die UN Sonderberichterstatterin der UN *Working Group on Indigenous People* zur Frage der Definition ihren Bericht mit dem Wunsch, dass die Implementierung der Deklaration über ein unabhängiges Organ erfolgen solle, “which is fair-minded and open to the views of indigenous peoples and governments, so that there is room for the reasonable evolution and regional specificity of the concept of ‘indigenous’ in practice” (Daes 1996:para 74).

4 Die Problematik der Implementierung der Rechte indigener Völker in Gesellschaften ohne dominierende Mehrheitsgesellschaft

Indonesien ist – wie bereits geschildert – ein multi-ethnischer Staat ohne dominierende und/oder weiße Mehrheitsgesellschaft. Zwar nahm Java als geographisches Zentrum kolonialer und später auch postkolonialer administrativer, politischer und ökonomischer Macht eine dominante Rolle ein. Auch das forcierte postkoloniale *nation-building* rekurrierte teilweise auf javanische Kultur, um eine neue pan-indonesische Kultur als Grundlage des unabhängigen Indonesiens zu formen. Dies hat sich allerdings nicht in einer klaren Hegemonie der JavanerInnen als ethnischem Kollektiv gegenüber den mehr als 300 anderen Gruppen niedergeschlagen. Das eindeutige Verhältnis von Mehr- und Minderheitsgesellschaft ist jedoch – wie im vorherigen Kapitel ausgeführt – ein wenngleich implizites, so doch konstitutives Element der UN *Declaration* bzw. der ihr zugrundeliegenden Vorstellung von Indigenität. Hier soll zunächst der Entstehungskontext dieser Vorstellung eines spezifischen Verhältnisses zwischen dominanter Mehr- und Minderheitsgesellschaft reflektiert werden, um dann die Konsequenzen der Implementierung der UN *Declaration* in ethnisch anders strukturierten Staaten wie Indonesien zu diskutieren.

Seit vor über 500 Jahren die ersten Europäer begannen, die sogenannte ‘Neue Welt’ zu besiedeln, befasst sich das Völkerrecht mit der rechtlichen Einordnung des Verhältnisses von Siedlergesellschaften und den ursprünglichen BewohnerInnen der entsprechenden Gebiete. Dieses Verhältnis war geprägt durch eine Hegemonie, die militärisch, administrativ, ökonomisch und juristisch gesichert wurde, und somit einer moralisch-juristischen Rechtfertigung bedurfte. Als Ausdruck ständiger Aushandlungsprozesse, die die längste Zeit von Europa und den neuen westlichen Staaten bestimmt wurden, spiegelt die Bandbreite der normativen Instrumente und theoretischen Konzepte im jeweiligen Kontext ihrer Zeit verschiedene Ansätze dieser Rechtfertigung wider.

Die juristische Rechtfertigung der Unterwerfung der Ureinwohner lieferten die führenden Völkerrechtstheoretiker der damaligen Zeit, Papst Innozenz IV, Francisco de Vitoria und Hugo Grotius (Miller, Ruru und Behrendt 2010:1–25). Ausgehend von der Überzeugung, die Kirche habe die Zuständigkeit für die gesamte Welt inne, sprach der Papst den spanischen und portugiesischen Königen das

Recht zu, Nicht-Christen ihr *dominium*, also ihre Souveränität und ihr Eigentum, entziehen zu können, sollten sie sich nicht der europäischen Führung auf dem Weg zur ‚Zivilisation‘ und dem christlichen Glauben ergeben. England und Frankreich entwickelten die Regeln für neu entdecktes Land dahingehend weiter, als dass eine ‚wirkliche‘ Besiedlung – im europäischen Sinne einer kontinuierlichen landwirtschaftlichen Nutzung des Landes – erkennbar sein musste, um einen rechtlichen Anspruch auf das Land zu erhalten. Land, welches nicht in diesem Sinne genutzt wurde, war *terra nullius* und konnte angeeignet werden. Diese Regeln dienten einer friedlichen und somit effizienteren Aufteilung neuer Gebiete unter den Europäern und lieferten gleichzeitig die moralisch-rechtliche Begründung für die Verdrängung der ursprünglichen BewohnerInnen.

Bis in die zweite Hälfte des 20. Jh. hinein war dabei das Bild des „gemeinen Primitiven“, wie Chris Tennant die auch nach den Weltkriegen noch vorherrschende Konstruktion der „Anderen“ beschreibt, prägend. In den Siedlerstaaten wurde eine Assimilationspolitik verfolgt, welche die sogenannten Ureinwohner in die ‚Zivilisation‘ einführen, ihre vermeintliche Rückständigkeit beseitigen und sie ‚entwickeln‘ sollte (2009).²⁰ Aber auch postkoloniale Staaten versuchten, sich durch massive Modernisierungsanstrengungen von dem hegemonialen kolonialen Bild der ‚unzivilisierten Wilden‘ abzugrenzen und als moderne Nationen den Ländern des Nordens auf Augenhöhe zu begegnen. Die indonesische Politik der ‚Zivilisierung‘ von sogenannten ‚isolierten Gesellschaften‘ ist ein klassisches Beispiel dieser Bemühungen, zu einem modernen Nationalstaat zu werden und die StaatsbürgerInnen in den Genuss von ökonomischem Fortschritt und Entwicklung kommen zu lassen.

Angestoßen durch die Neuordnung der internationalen Gemeinschaft unter dem Dach der Vereinten Nationen und die zunehmende Aufladung des Völkerrechts mit wertebezogenen, normativen Grundlagen in Form der Menschenrechte hat der Umgang des Westens mit den juristisch und ökonomisch marginalisierten ursprünglichen BewohnerInnen eine Kehrtwende vollzogen (Anaya 2004). Gegen die systematische Marginalisierung und den Assimilationsdruck in den Siedlerstaaten, aber auch gegen die Modernisierungspflicht in den jungen postkolonialen Nationen entwickelte sich insbesondere auf internationaler Ebene eine Oppositionsbewegung von marginalisierten Gruppen, die mit der Forderung nach Selbstbestimmung einen Politikwechsel herbei führte. Ihre Forderungen finden sich mittlerweile in verschiedenen Institutionen und normativen Instrumenten wieder.

Der Ideologiewechsel von der Assimilations- und Entwicklungspolitik hin zu Ansprüchen auf Selbstbestimmung zeigt sich konkret in den völkerrechtlichen Instrumenten. Die erste explizite völkerrechtliche Regelung zu Indigenen, ILO Konvention 107 von 1957, ist noch geprägt vom Anspruch der Assimilation (Xan-

²⁰ Beispielhaft für diese Politik sei das *Canadian Indian Residential School System* genannt, ein obligatorisches Internatssystem für indigene Kinder in Kanada. Vergleichbare Institutionen in den USA und Australien brachten das Vermächtnis der sogenannte *stolen generation*.

thaki 2007:66). Ihrer Nachfolgerin, die ILO Konvention 169 aus dem Jahr 1989, postuliert hingegen eigene wirtschaftliche, soziale und kulturelle Rechte indigener Völker. Schließlich schreibt die UN *Declaration* das Recht auf Selbstbestimmung fest.

Seit den 70 Jahren, die eine zunehmende Präsenz indigener Gruppen auf der internationalen Ebene mit sich brachten, entwickelte sich aus der diskriminierenden Behandlung eine Wertschätzung und Bewunderung. Die Romantisierung als ‚edle Wilde‘, die eins mit der Natur und ihrer Umwelt sind, schreibt Indigenen im Kontext von Debatten um Nachhaltigkeit und Naturschutz eine Vorbildfunktion zu. Diese *noble savages* oder edle Wilde, um wiederum auf Chris Tennant zurückzugreifen, sind die neue Projektion der Länder des Nordens, in denen die Themen Umweltschutz und Nachhaltigkeit zunehmend an Bedeutung gewonnen haben (2009). In dieser Vorstellung nehmen die indigenen Völker jedoch der technologisierten, industriellen Konsumgesellschaft gegenüber eine schwächere Position ein. Daraus wird eine Schutzbedürftigkeit abgeleitet, die besondere rechtliche Schutzinstrumente notwendig erscheinen lassen, um die ‚bedrohten Völker‘ im Verhältnis zur Dominanz der Mehrheitsgesellschaft zu stärken. Diese Romantisierung ist jedoch auch für die betroffenen Gruppen ambivalent. So betont Kuper die politische Brisanz der Annahme, dass Indigene vor ‚Verwestlichung‘, Modernisierung oder Urbanisierung geschützt werden müssten, da sie damit gleichsam auf den „savage slot“ (Trouillot 1991) verwiesen werden, wenn sie die Anerkennung als indigene Gruppe nicht verlieren wollen (2005:206f.).²¹

Der politisch-historische Entstehungskontext der Rechte indigener Völker sind klassische weiße Siedlergesellschaften wie die USA oder Kanada, in denen sich die ursprünglichen EinwohnerInnen einer dominanten weißen Mehrheitsgesellschaft gegenübersehen. Diese gesellschaftlichen Verhältnisse sind jedoch etwa in den Staaten Asiens und Afrikas nicht gegeben. Multiethnische Gesellschaften wie Indonesien weisen zwar deutliche quantitative Unterschiede zwischen verschiedenen Bevölkerungsgruppen auf, verfügen aber über keine ethnisch definierte dominante Mehrheitsgesellschaft. Obwohl die Dezentralisierung des indonesischen Staates (auch) eine Antwort auf den oft beklagten Javazentrismus darstellte, war hierunter weniger eine ethnische Dominanz als vielmehr die zentrale administrative, politische und ökonomische Rolle des geographischen Raums Java zu verstehen. Aus völkerrechtlicher Perspektive könnten alle StaatsbürgerInnen mit Rekurs auf ihre jeweiligen kulturellen Identitäten beanspruchen, zum Zeitpunkt der Kolonisierung bereits auf ‚ihrem‘ Territorium gelebt zu haben, niemals die dominante Bevölkerungsgruppe gestellt zu haben und über distinkte Traditionen zu verfügen, also nach heutigem Verständnis Mitglied eines indigenen Volkes zu sein.

²¹ Die Crux besteht darin, dass Indigene, die ‚modern‘ sein wollen, damit ihren Status als Indigene verlieren. Für eine Diskussion dieses Widerspruchs am Beispiel der Philippinen siehe Hirtz (2003).

Welche Folgen hätte aber eine konsequente Implementierung der Rechte indigener Völker in einem Staat, der sich dann ausschließlich aus indigenen Gruppen konstituiert? Wie eingangs erläutert, soll die UN *Declaration* die Souveränität der Nationalstaaten nicht destabilisieren. Zu fragen bleibt aber, ob im indonesischen Kontext wie auch in anderen multiethnischen Staaten etwa die Umsetzung von Artikel 3 der UN *Declaration*, also dem Anspruch auf Selbstbestimmung indigener Gruppen, die staatliche Souveränität nicht so weit erschüttern würde, dass der Staat beispielsweise in Bezug auf Ressourcennutzung aber auch Ressourcenschutz handlungsunfähig würde. Die Implementierung von Artikel 4 und 5 UN *Declaration*, welche die Ausübung eigener Regierungsgewalt und den Erhalt und die Stärkung eigener politischer, justizieller, wirtschaftlicher, sozialer und kultureller Institutionen erklären, würde darüber hinaus zu einem kaum noch zu durchblickenden Rechtspluralismus führen.

In Indonesien könnte eine unausgewogene Anwendung der Rechte indigener Völker für alle potentiellen Rechtsträger – wie dies eine politisch durchgesetzte, naiv-konsequente Anwendung des Rechts auf Selbstbestimmung im Kontext der Ressourcennutzung bewirken könnte – zu überlagernden Ansprüchen und in der Folge zu einem dramatischen Verlust an staatlicher Handlungsfähigkeit führen. Nur durch eine Rückkoppelung auf Prinzipien der demokratischen Teilhabe und auf rechtsstaatliche Grundsätze können Rechtsinstrumente so umgesetzt werden, dass sie die intendierte Ausgleichsfunktion erfüllen und die Vielzahl artikulierter Ansprüche in einen gerechten Ausgleich bringen können.

5 Das Spannungsverhältnis von individuellen Menschenrechten und kollektivrechtlichen Ansprüchen

Das Beispiel Toraja macht deutlich, dass hier nicht nomadisierenden RegenwaldbewohnerInnen, denen ihr traditionelles Land und damit ihre Lebensgrundlage entzogen wird, den Indigenitätsdiskurs für sich entdeckt haben, sondern reiche, überwiegend sehr gut ausgebildete und in staatlichen Diensten arbeitende Adlige. Der Diskurs der Rechte indigener Völker mit der Betonung des Rechts auf den Erhalt und die Stärkung eigener politischer, juristischer, ökonomischer, sozialer und kultureller Institutionen (Art. 5) unterstützt in diesem Fall die hegemoniale Rolle der adligen Toraja. An dieser Entwicklung soll weniger die periphere Kongruenz mit den Zielen der UN *Declaration* interessieren als die Frage, in welchem Verhältnis die hier angerufenen Rechtsnormen zu anderen Rechtsnormen wie etwa den Menschenrechten stehen. Die diskursive und strukturelle Stärkung von sozialer Stratifizierung – konkret: der Hegemonie des Adels – durch die argumentative Macht der UN *Declaration* wird durch die Verschmelzung von staatlichen und traditionellen politischen Strukturen im Kontext der Regionalautonomie und Dezentralisierung unterstützt. Die (Wieder)Einführung des sogenannten ‚traditionellen politischen Systems‘ auf der untersten Ebene der staatlichen Administration, der Wah-

len zu den *lembang*, verhindert explizit die politische Teilhabe von nicht-adligen Toraja, denen mit Verweis auf die traditionellen politischen Institutionen das passive Wahlrecht zum *kepala lembang*, zum ‚Bürgermeister des *lembang*‘ verwehrt wird. Die von der UN *Declaration* geforderte Aufrechterhaltung bzw. Stärkung der Institutionen indigener Völker führt – wie an den Toraja exemplarisch geschildert – zu klaren Normenkonflikten mit anderen internationalen Rechtsinstrumenten, die individuelle Rechte garantieren, wie beispielsweise konkret das passive Wahlrecht aus Artikeln 2 und 25 (b) des Internationalen Pakts über bürgerliche und politische Rechte.

Diese Spannungen zwischen Kollektivrechten und individuellen Menschenrechten werden auch auf rechtlicher Ebene aufgegriffen. So erklärt Artikel 22 Abs. 2 UN *Declaration* beispielsweise neben einem allgemeinen Diskriminierungsverbot den besonderen Schutz von Frauen und Kindern. Die internationale Debatte um Gender-Gerechtigkeit schlägt sich also auch im Kontext der Rechte indigener Völker nieder. Der Fokus der globalen Agenda auf Frauenrechte versperrt allerdings im konkreten Fall der Toraja den Blick auf die dort viel virulentere soziale Differenz in Form der Stratifizierung der Gesellschaft in Adlige, Freie und Sklaven. Menschen werden nicht auf der Basis des Geschlecht, sondern der Schichtzugehörigkeit von der politischen Teilhabe ausgeschlossen. Die *Women-Empowerment*-Programme internationaler NGOs gehen somit an der zentralen sozialen Differenz stratifizierter Gesellschaften vorbei. Das Paradoxon der Praxis von Indigenität besteht somit unter anderem darin, dass genau die traditionellen Strukturen, die eine Gruppe nach internationalen völkerrechtlichen Normen als indigen qualifizieren, im Widerspruch zu anderen internationalen Rechtsnormen wie den Menschenrechten stehen können.

Die Vorstellung, eine Stärkung traditioneller Strukturen habe grundsätzlich positive Effekte, beruht auf dem romantischen Bild des ‚edlen Wilden‘, der – solange er seine ihm zustehenden Rechte erhält – immer in nachhaltig wirtschaftenden und basisdemokratischen Gemeinschaften lebt. Allerdings kann der Indigenitätsdiskurs, wie das Beispiel der Toraja gezeigt hat, als politisches Instrument von gerade den Akteuren eingesetzt werden, die bereits in den Strukturen von Wissen und Macht privilegierte Positionen einnehmen. Im Fall der Toraja verschärfen sich somit die sozialen Differenzen in der Gesellschaft, da der Adel den Diskurs der Indigenität zur Reformulierung seiner traditionellen Macht nutzt. Mit der Idee des egalitären indigenen Kollektivs verschwinden eklatante Differenzen – hier die stratifizierte Gesellschaft von Adel, Freien und Sklaven – aus der öffentlichen Debatte. Dafür werden globale Themen wie Geschlechtergerechtigkeit auf die Agenda gesetzt, die bei den Toraja so gut wie keine Bedeutung besitzen (vgl. Waterson 2009:225–242).

Der Konflikt zwischen Individualrechten und Gruppenrechten, wie es sich hier im konkreten Beispiel zeigt, findet seine Reflektion in der politischen Theorie des liberalen Multikulturalismus und der Rechtswissenschaft vor allem auf theoretischer Ebene, auf der streitig diskutiert wird, wie die beiden Konzepte miteinander zu vereinbaren sind (Wenzel 2008:Erster Teil; Kymlicka 1995). Dabei muss keinem

der beiden Ansätze der Vorrang eingeräumt werden. Vielmehr lässt sich der Konflikt zwischen individual- und kollektivrechtlichen Ansprüchen lösen, wenn man sie als nicht widersprüchlich, sondern als ergänzend versteht. Das Individuum wird in seiner Ausübung der kollektiven Identität durch Individualrechte geschützt, so dass durch den Schutz der Individualrechte Gruppenrechte umgesetzt werden. So ist auch der scheinbare Widerspruch des kollektivrechtlichen Ansatzes der UN *Declaration* mit ihrer gleichzeitigen Betonung der Achtung der individuellen Menschenrechte (Art. 1) denkbar.

Aus völkerrechtlicher Perspektive obliegt es dabei dem Staat, den Schutz der Menschenrechte durchzusetzen und so in der konkreten Umsetzung die eingegangenen Verpflichtungen zum Schutz individueller Menschenrechte mit den Gruppenrechten zu vereinbaren. Gruppenrechte finden dabei ihre Grenzen, wo der Kern individueller Menschenrechte, der auch im Rahmen einer kulturrelativistischen Interpretation besteht, betroffen ist. Der Staat kann sich somit nicht unter der Berufung auf das Zulassen von Gruppenrechten der Verantwortung zum Schutz individueller Menschenrechte entziehen. Vielmehr ist der Ausgestaltung von Gruppenrechten, also beispielsweise konkreten Ansprüchen des Rechts auf Selbstbestimmung, durch spezielle Rechte *sui generis* zur Geltung zu verhelfen.

Konkret ist die UN *Declaration* bei ihrer Anwendung somit in den Gesamtkontext des komplexen Systems internationaler Menschenrechte einzustellen. Aus rechtswissenschaftlicher Sicht kann man so den Ausgleich zwischen individuellen Menschenrechten und kollektiven Ansprüchen von Minderheiten und indigenen Völkern gewährleisten. Zwar kann die UN *Declaration* als politisches Instrument, wie das Beispiel zeigt, weitreichende Folgen haben. Aus rechtlicher Perspektive wäre dabei allerdings eine unabhängige Kontrolle durch gerichtliche oder quasi-gerichtliche Institutionen angebracht, die einen Missbrauch in die rechtlich gegebenen Schranken weisen kann. Ob es auf völkerrechtlicher Ebene für eine solche Institution Konsens geben würde, ist zu bezweifeln. Für eine ausgeglichene Anwendung der rechtlichen Instrumente liegt somit die Verantwortung bei nationalen Institutionen, welche die konfligierenden Interessen durch politische Teilhabe oder durch Verfahren im Rahmen einer unabhängigen Rechtsprechung in Ausgleich bringen müssen.

Die interdisziplinäre Analyse einer konkreten Praxis von Indigenität hat die Komplexität ihres völkerrechtlichen Kontexts offenbart und gleichzeitig auf zentrale Probleme bei der Implementierung völkerrechtlicher Normen verwiesen. Der konkrete Fall soll dabei nicht als *bad-practice*-Beispiel verstanden werden. Vielmehr diente er dazu, einige konkrete Spannungsfelder in der Implementierung der UN *Declaration* aufzuzeigen sowie die grundsätzliche politische Bedingtheit der Konstituierung und Implementierung völkerrechtlicher Instrumente darzustellen.

Welchen rechtlichen Schutz braucht Kultur? – Überlegungen zur Rolle öffentlich-rechtlicher Schutzinstrumente beim Schutz von immaterieller Kultur im internationalen Kulturrecht

Sven Mißling

1 Einleitung

1.1 Eine neue Phase des internationalen Kulturrechts

Die Rolle des Staates beim Schutz und bei der Förderung von Kultur ist auf der internationalen Ebene in der letzten Zeit erneut in den Fokus des Interesses gerückt. Im Rahmen der im engeren wie im weiteren Sinne für die Kultur zuständigen, internationalen Organisationen unter dem Dach der Vereinten Nationen, der UNESCO und der WIPO, wurde und wird verstärkt die Frage diskutiert, vermittels welcher politischen und rechtlichen Instrumente ein besserer Schutz der Kultur im internationalen Zusammenhang erreicht werden kann. Die UNESCO-Konvention zum Schutz des Unterwassererbes von 2001¹, die UNESCO-Konvention zum Schutz des immateriellen Kulturerbes von 2003², die UNESCO-Konvention zum Schutz und zur Förderung der Vielfalt kultureller Ausdrucksfor-

¹ UNESCO (2001).

² UNESCO (2003).

men von 2005³ und nicht zuletzt die anhaltende Debatte um die Möglichkeiten der Schaffung neuer Rechtsinstrumente zum besseren Schutz traditioneller kultureller Ausdrucksformen in dem im Jahr 2000 eingesetzten *Intergovernmental Committee on Intellectual Property, Genetic Resources, Traditional Knowledge and Folklore* (IGC-GRTKF, im Folgenden: IGC) der WIPO⁴ können als die augenscheinlichsten Beispiele für eine seit dem Beginn des neuen Jahrtausends verstärkte, neuere Entwicklung der internationalen Kulturpolitik und des internationalen Kulturrechts angesehen werden. Wie die Diskussionen im IGC der WIPO, so können insbesondere die beiden UNESCO-Konventionen von 2003 und 2005 auch insofern als Ausdruck einer neuen Phase in der Entwicklung des internationalen Kulturrechts begriffen werden, als der Fokus des internationalen Kulturgüterschutzrechts bislang in erster Linie auf den Schutz unbeweglicher und beweglicher, materieller Kultur gerichtet war.⁵ Der Schutz der immateriellen Kultur hingegen wurde bislang auf der internationalen Ebene in erster Linie unter dem Aspekt des Schutzes des geistigen Eigentums betrieben⁶, sofern er nicht ohnehin der Regelung auf der nationalen Ebene (hier ebenfalls in erster Linie durch das Recht des geistigen Eigentums, wenigstens zu einem Teil jedoch auch durch die sogen. „kulturellen Grundrechte“⁷) vorbehalten war. Demgegenüber sind die neueren Regelungstendenzen im Bereich des internationalen Kulturrechts, zu dem auch die Bestrebungen im IGC der WIPO zu zählen sind, darauf gerichtet, durch neue, spezifische Schutzinstrumente des internationalen Rechts auch den Schutz von immateriellen kulturellen Ausdrucksformen zu stärken.

1.2 Privatrechtsförmiger und öffentlich-rechtlicher Schutz von Kultur

Der folgende Essay hat zum Ziel, namentlich die Rolle des Staates im neueren Kulturvölkerrecht und dabei insbesondere die Rolle öffentlich-rechtlicher Instrumente zum Schutz und zur Förderung von immateriellen kulturellen Ausdrucksformen zu beleuchten.

³ Übereinkommen zum Schutz und zur Förderung der Vielfalt kultureller Ausdrucksformen vom 20.10.2005, BGBl.2007 II, S. 234. Im Folgenden: UNESCO (2005).

⁴ Zur Arbeit des IGC-GRTKF aktuell: WIPO (2011d) und WIPO (2011a), mit entsprechenden, weiter führenden Verlinkungen. Zu Beratungsstand, Aktivitäten und Publikationen u.a.: WIPO (2011b).

⁵ So etwa UNESCO-Übereinkommen zum Schutz des kulturellen und natürlichen Erbes der Menschheit (Welterbekonvention) von 1972, BGBl. 1977 II S. 215; Übereinkommen vom 14. November 1970 über Maßnahmen zum Verbot und zur Verhütung der rechtswidrigen Einfuhr, Ausfuhr und Übereignung von Kulturgut, BGBl. 2007 II S. 626, und zuletzt Übereinkommen zum Schutz des Unterwassererbes vom 2. November 2001. Außerdem auch: UNIDROIT-Convention on Stolen or Illegally Exported Cultural Objects von 1995.

⁶ Vgl. dazu bspw. die Berner Übereinkunft zum Schutz von Werken der Literatur und Kunst vom 9. September 1886, BGBl. III Nr. 47/2006. WIPO (1886).

⁷ Dazu ausführlich unten, 4.3. und 4.4.

Die Unterscheidung von Öffentlichem Recht, also dem Recht, welches sich unmittelbar an den Staat richtet und diesen im Verhältnis zu seinen Bürgern berechtigt und verpflichtet, und dem Privatrecht, welches die Rechtspositionen und Rechtsverhältnisse Privater regelt, ist auf der Ebene der nationalen Rechtsordnungen fest etabliert. Auf der Ebene des internationalen Rechts wird eine klare Kategorisierung der Inhalte der dort verhandelten und getroffenen Rechtsregeln mitunter schwieriger. Die im vorliegenden Band im Mittelpunkt stehenden, neuartigen *sui generis* Rechte an Kultur, die gegenwärtig im IGC der WIPO diskutiert werden, werden aufgrund der Tatsache, dass es ihnen um die Zuordnung von konkreten Rechtspositionen der sogen. Kulturträger (sei es einzelner Individuen, sei es einer Mehrzahl von Kulturträgern oder auch einer bestimmten Gruppe insgesamt) an Kultur geht, vorbehaltlich ihrer konkreten Ausgestaltung *de lege ferenda* in der Regel überwiegend der Kategorie privatrechtsförmiger Instrumente zuzuordnen sein. Wie im Folgenden dargelegt werden soll, hat diese Konstruktion gewisse Vorteile im Hinblick auf die „Verrechtlichung von Kultur“. Wie allerdings ebenfalls aufscheinen wird, hat sie auch deutliche Schwächen und Leerstellen. Eine nähere Betrachtung der *sui generis* Rechte wird daher aus rechtlicher Perspektive zeigen, dass mit ihnen allein eine umfassende Zuordnung von Rechtspositionen an und somit ein effektiver und zufriedenstellender Schutz von Kultur nicht zu leisten sein wird.

Es wird daher im Folgenden deutlich werden, dass neben den hergebrachten⁸ und den neu geplanten privatrechtlichen Schutzinstrumenten, namentlich den *sui generis* Rechten, nach wie vor ein Bedarf für eine öffentlich-rechtliche Sorge um Kultur besteht, die nicht nur anderen dogmatischen und methodischen Konstruktionen, sondern auch anderen Zwecken und Grundprinzipien folgt als der privatrechtsförmige Kulturschutz. Vor allem dort, wo ein angemessener und im Übrigen auch angezeigter (d.h. im Rechtssinne: erforderlicher) Schutz von Kultur des direkten Handelns oder der Mitwirkung des Staates bedarf, um effektiv zu sein, dürfte die Wahl öffentlich-rechtlicher Schutzinstrumente gegenüber einer privatrechtsförmigen Ausgestaltung zumindest auf den ersten Blick vorzugswürdig sein. Der vorliegende Beitrag will dies vor allem anhand der Betrachtung der Instrumente der internationalen Ebene des Kulturrechts näher beleuchten. Als Hauptgegenstand wählt er dazu insbesondere das Feld des Schutzes immaterieller Kultur, welches sowohl in der WIPO als auch in der UNESCO, wie bereits angedeutet, gegenwärtig besonders im Fokus des Interesses steht.

Die Entwicklungen in WIPO und UNESCO zeigen, dass beim Schutz und bei der Förderung von immateriellen kulturellen Ausdrucksformen der Staat nach wie vor eine wichtige, jedoch nicht unproblematische Rolle spielt. Dem Staat kommt in Hinblick auf die Gewährleistung kultureller Ausdrucksformen nicht allein eine wichtige Aufgabe als einem die rechtlichen Rahmenbedingungen gestaltenden Gesetzgeber, sondern auch eine starke Rolle als einem handelnden Akteur der Kultur-

⁸ Hiermit sind namentlich die etablierten Rechtsinstrumente des geistigen Eigentums gemeint.

politik zu. In beiden Funktionen spielt es eine besondere Rolle, dass der in einem solchen Sinne als Kulturstaat agierende Staat durch das Recht gebunden wird und nicht willkürlich handelt. Die Regeln, die den Staat insofern binden, sind an ihn adressiert, ordnen ihm Rechte und Pflichten zu und sind somit öffentlich-rechtlicher Natur.⁹ Dabei spielen in einem zunehmend als ebenenübergreifend verstandenen System des Kulturrechts¹⁰ die international-rechtlichen Vorgaben eine wichtige Rolle. Auch sie sind an die Staaten gerichtet und regeln Rechte und Pflichten derselben. Wie bspw. die englische („public international law“) oder auch die französische Bezeichnung („droit international public“) deutlich machen, sind auch die völkerrechtlichen Verpflichtungen der Staaten ihrer Natur nach öffentlich-rechtlich.¹¹

Vor diesem Hintergrund liegt es auf der Hand, die Rolle des Staates und des öffentlichen Rechts auch im Kontext des vorliegenden Bandes, der sich zwar in erster Linie den neueren Entwicklungen im privatrechtsförmigen Schutz der immateriellen Kultur widmet, zu untersuchen. Es ist ein besonderes Anliegen des vorliegenden Beitrags, aufzuzeigen, dass ein ebenenübergreifendes öffentliches Kulturrecht und bestehende wie auch erst künftig neu zu schaffende Instrumente des privatrechtsförmigen Schutzes von Kultur nach dem hier im Folgenden zu entfaltenden Verständnis gerade nicht – wie es fälschlicherweise verstanden werden könnte – als Gegensätze, sondern als notwendige komplementäre Bausteine bei der Erreichung eines gemeinsamen und übergeordneten, kulturpolitischen Ziels, nämlich einen adäquaten und zugleich effektiven rechtlichen Schutz von Kultur zu gewährleisten, verstanden werden sollten. Das heißt, dass die in diesem Band im Mittelpunkt stehenden *sui generis* Rechte durch originär öffentlich-rechtliche Instrumente flankiert werden sollten und auch müssen. Mit einigen Einzelaspekten dieses Gedankens setzt der vorliegende Beitrag sich im Folgenden auseinander.

1.3 Begrifflichkeiten

Im Sinne dieser Einleitung sind für die nachfolgenden Ausführungen zunächst wesentliche Begrifflichkeiten zu klären. Dies vor allem, um in dem interdisziplinären Kontext, in dem der vorliegende Essay als Teil der Arbeit der Göttinger DFG-Forschergruppe „Die Konstituierung von Cultural Property“ entstanden ist, definitorischen Missverständnissen vorzubeugen. Viele der Begrifflichkeiten, mit denen sowohl in den kulturpolitischen Diskursen und internationalen Verhandlungen, in

⁹ Vgl. dazu bspw. auch die sogen. „Adressatentheorie“ wie auch die sogen. „modifizierte Subjekttheorie“, die etwa in der klassischen deutschen Verwaltungsrechtslehre zur dogmatischen Unterscheidung zwischen dem öffentlich-rechtlichen und dem privatrechtlichen Charakter einer Rechtsnorm entwickelt worden sind. Vgl. dazu grundlegend statt vieler: Bydlinski (1994)

¹⁰ Vgl. dazu grundlegend Odendahl (2005). Ähnlich wohl auch das Plädoyer bei Fechner (2005:497 f.), (2001:688 f.).

¹¹ Vgl. dazu auch: Detterbeck (2011:Rn. 25); Erbguth (2010:§ 7 Rn. 14 ff.); Maurer (2009:97 f.).

den Regelungen des internationalen Kulturrechts als auch in dem vorliegenden Essay operiert werden muss, sind – insbesondere, wenn sie aus unterschiedlichen disziplinären Perspektiven betrachtet werden – als solche umstritten. Dies beginnt mit dem in höchstem Maße offenen Begriff der „Kultur“ als dem sachlichen Bezugs- und Regelungsgegenstand des im Folgenden betrachteten Ausschnitts der Rechtsordnung, setzt sich mit demjenigen des „Kulturvölkerrechts“ fort und mündet in der Notwendigkeit, mit dem hier behandelten „Schutz“ und der „Förderung“ immaterieller kultureller Ausdrucksformen zwei elementare Zweckrichtungen des internationalen Kulturrechts definitorisch voneinander zu unterscheiden.

Der Kulturbegriff im Sinne der nachfolgenden Ausführungen

Es ist an dieser Stelle weder möglich noch notwendig, den Kulturbegriff, der wohl einer der offensten und am meisten umstrittenen Begriffe überhaupt ist¹², hier auf eine abschließende Definitionsformel bringen zu wollen. Für die nachfolgenden Ausführungen über den rechtlichen Schutz von „Kultur“ dürfte es für die Herstellung eines Grundverständnisses zunächst genügen, wenn man mit Sigmund Freud davon ausgeht, dass Kultur in einem weitesten Sinne als „Summe der Leistungen und Einrichtungen, in denen sich unser Leben von dem unserer tierischen Ahnen entfernt“¹³, mit anderen Worten also als alles das zu verstehen ist, was in einem zivilisatorischen Sinne der Mensch der Natur hinzugefügt hat.¹⁴ Ein derart weites Verständnis von Kultur ist z.B. auch die Ausgangsbasis für den heutigen Kulturbegriff der UNESCO.¹⁵ Sofern darüber hinaus die einzelnen Konventionen und die Regelungen des internationalen Kulturrechts in ihren spezifischen Regelungszusammenhängen von anderen, engeren Kulturbegriffen – etwa im Begriff des Kulturguts¹⁶ – ausgehen, wird auf diese im Folgenden Bezug genommen werden. Zu betonen ist an dieser Stelle, dass zwar die immateriellen kulturellen Ausdrucksformen im Zentrum des Interesses der nachfolgenden Ausführungen stehen werden, dass aber auch Regelungen über materielle Kulturgüter notwendigerweise angesprochen werden müssen. Im Folgenden sind daher in erster Linie „immaterielle kulturelle Ausdrucksformen“ in einem weitesten Sinne gemeint, wenn in diesem Essay vereinfachend von „Kultur“ die Rede ist. Wo auch materielle Kulturgüter zu berücksichtigen sein werden, wird dies besonders hervorgehoben.

¹² Zum Problem des Kulturbegriffs im Recht statt vieler: Conrad (2008:33 ff.), m.w.N. Vgl. darüber hinaus auch: Losch (2006:49 ff.), ebenfalls m.w.N.

¹³ Freud (2000:55 f.).

¹⁴ Preußner (2003:438). Vgl. dazu auch: Losch (2006:49 ff.).

¹⁵ Grundlegend: MacBride (1980:55 ff.). Näher dazu: Conrad (2008:35 ff., 38 ff.).

¹⁶ Vgl. statt vieler: Odendahl (2005:375 ff.).

„Kulturvölkerrecht“

Der Begriff des Kulturvölkerrechts wird im vorliegenden Zusammenhang synonym für das „internationale Kulturrecht“ verwendet und beschreibt mithin die Gesamtheit derjenigen rechtlichen Regeln und Normen der internationalen Ebene, die sich im weitesten Sinne auf den Regelungsgegenstand „Kultur“ beziehen. Der Begriff umfasst mithin sowohl den Bereich des „klassischen“, völkerrechtlichen Kulturgüterschutzes¹⁷, das gesamte Recht der UNESCO einschließlich des relativ neuen Regimes zum Schutz der kulturellen Vielfalt als auch die internationalen Übereinkommen und Regelungen im Bereich des geistigen Eigentums (insbes. unter dem Dach der WIPO), soweit diese für den international-rechtlichen Schutz von Kultur relevant sind. Er darf nicht dahingehend missverstanden werden, dass er – etwa in Entsprechung zu seit langem überholten Auffassungen der Völkerrechtslehre – das „Recht der Beziehungen der Kulturvölker“ meine.¹⁸

„Schutz von Kultur“/Kulturschutz als Bewahrung und Förderung

Schließlich ist zwischen zwei unterschiedlichen Zweckrichtungen des Kulturvölkerrechts, aber auch jeglichen Kulturrechts überhaupt, zu unterscheiden: Rechtlicher Schutz von Kultur kann grundsätzlich auf zwei verschiedene kulturpolitische Ziele ausgerichtet sein, entweder (a) auf die Erhaltung bzw. Bewahrung vorhandener Kultur oder aber (b) auf die Förderung von Kultur, indem durch die Träger der Kulturpolitik, d.h. regelmäßig durch den Staat, direkt oder indirekt auf die Voraussetzungen für das im Übrigen – nach Maßgabe des jeweils einschlägigen, nationalen Verfassungsrechts – grundsätzlich freie, staats- und politikferne Stattfinden von Kultur eingewirkt wird und diese optimiert werden.¹⁹ Die Bewahrung von Kultur ist sowohl auf der nationalen als auch auf der internationalen Ebene insbesondere unter dem Aspekt der Substanzerhaltung das oberste Ziel des hergebrachten, „klassischen“ Kulturgüterschutzrechts²⁰ und steht auch im Mittelpunkt der Welterbe-Regime der UNESCO.²¹ Erst in jüngerer Zeit hat die UNESCO in der Konvention zum Schutz des immateriellen Erbes von 2003 zunächst zaghaft angedeutet und dann in Art. 6 und 7 der Konvention über die kulturelle Vielfalt von 2005 deutlicher gemacht, dass neben der Bewahrung (Art. 6, 8 CCD) auch die Förderung von Kultur Ziel ihrer Regelungen ist. Bewahrung und Förderung von

¹⁷ Vgl. Fechner (2001:689 f.). Ferner auch: Odendahl (2005:364 ff.), m.w.N.

¹⁸ Zu letzterem vgl. aber u.a. die Darstellungen bei: Grewe (1988), passim, und Ziegler (1994:insbes. 92 ff., 126, 149).

¹⁹ Zur Kulturförderung als Aufgabe des Staates ausführlich: Conrad (2008:46 ff.), m.w.N. Zum Stattfinden von Kulturpolitik in Form staatlicher Kunstförderung in einem verfassungsrechtlich vorgegebenen Rahmen aus der Perspektive des Grundgesetzes ausführlicher auch: Mißling (2012)

²⁰ Fechner (1998:382 f.); Fechner (2005:488); Odendahl (2005:406 f.).

²¹ Zum Ganzen: Odendahl (2005:405 ff., 135 ff. und 141 ff.); Genius-Devime (1996), passim.

Kultur erfordern eine durchaus unterschiedliche Ausgestaltung der in ihren jeweiligen Dienst gestellten rechtlichen Instrumente. *Prima facie* scheint es, als würden für die Bewahrung von Kultur tendenziell die Strukturen der klassischen Eingriffs-Rechtfertigungs-Typologie von öffentlich-rechtlichen Normen besser geeignet sein, während im Bereich der Förderung mehr Spielraum für eine Ausgestaltung durch privatrechtliche Normen zu bestehen scheint. Hierauf wird zurückzukommen sein.²² Die Wendungen „Schutz von Kultur“ oder „Kulturschutz“ als untechnische Oberbegriffe umfassen im Sinne des vorliegenden Essays grundsätzlich beide Zielrichtungen des Kulturrechts. Um die notwendigen Differenzierungen zwischen den beiden Zielen vorzunehmen, wird im Weiteren dort, wo es erforderlich ist, begrifflich zwischen der „Bewahrung“ von Kultur einerseits und der „Förderung“ von Kultur andererseits unterschieden werden.

2 Der Schutz von immaterieller Kultur im internationalen Recht de lege lata

2.1 Immaterielle kulturelle Ausdrucksformen als Regelungsgegenstände des Kulturvölkerrechts

Wie angedeutet, ist gerade der Schutz von immaterieller Kultur sowohl im Rahmen der UNESCO als auch der WIPO seit der Jahrtausendwende verstärkt in den Fokus gerückt. Wie für andere Bereiche des internationalen Rechts wird man auch für das Kulturvölkerrecht sagen können, dass die Auflösung der bipolaren Weltordnung in den 1990er Jahren und das Erstarken neuer politischer Akteure auf der internationalen Bühne für eine Aufwertung der bis dahin weitgehend gelähmten internationalen Organisationen als Foren der internationalen Politik gesorgt haben. Als wichtigste internationale Organisation im Bereich des Kulturvölkerrechts ist die UNESCO zu nennen. Aber auch die WIPO spielt gerade im Zusammenhang mit dem international-rechtlichen Schutz immaterieller Kultur eine wichtige Rolle. Auf die im Rahmen dieser beiden Foren geschaffenen Regeln zum Schutz immaterieller Kultur soll sich die Darstellung des geltenden Kulturvölkerrechts im vorliegenden Essay konzentrieren, obwohl darauf hinzuweisen ist, dass international-rechtliche Bestrebungen zum Schutz immaterieller Kultur durchaus auch in anderen Foren und Zusammenhängen existieren.²³

²² Siehe unten, 5.

²³ Vgl. etwa Comité Européen des Traitements de Surfaces (2001) sowie (2005). Vgl. dazu bspw. auch den Vorschlag der Europäischen Kommission zur Schaffung eines Europäischen Kultursiegels vom 9. März 2010, Dok. KOM (2010) 76 endg., wonach auch „mit einem Ort verbundenes immaterielles Kulturerbe“ zertifiziert werden können soll. In diesem Zusammenhang ebenfalls von Bedeutung ist Res. (A/RES/61/295) der Generalversammlung der Vereinten Nationen über die Rechte indigener Völker vom 13. September 2007. Dazu näher unten 4.4.

Schutz immaterieller kultureller Ausdrucksformen durch das Recht der UNESCO

Anders als die Rechtsetzungstätigkeit in anderen internationalen Organisationen und in anderen Bereichen des Völkerrechts hat der Schutz von Kultur im Rahmen der UNESCO nach 1989 erst vergleichsweise spät einen erneuten Impetus erfahren, der dann jedoch zu der relativ schnell aufeinanderfolgenden Verabschiedung dreier bedeutsamer Konventionen geführt hat. Mit den bereits erwähnten UNESCO-Konventionen über das Unterwassererbe (2001) und über den Schutz des immateriellen Kulturerbes (2003) ist zunächst das mit der Welterbekonvention von 1972 installierte Regime des Kulturerbeschutzes um wesentliche Aspekte ergänzt und fortentwickelt worden.²⁴

Die UNESCO-Konvention über das Unterwassererbe von 2001 hat zunächst lediglich eine durch die Welterbekonvention von 1972 offen gelassene, nicht unbedeutende Lücke im Regime des materiellen Welterbeschutzes geschlossen, indem sie ein international-rechtliches Schutzregime für das materielle Unterwassererbe i.S.d. Definition des Art. 1 lit. 1 der Konvention etabliert, und somit insbesondere für solches materielle Kulturerbe bedeutsam wird, welches sich in Gebieten befindet, in denen nach Maßgabe des internationalen Seerechts grundsätzlich keine²⁵ oder nur eingeschränkte staatliche Hoheitsrechte²⁶ bestehen und auf die das Regime der Welterbekonvention von 1972 daher nicht anwendbar ist.²⁷

Durch die zwei Jahre später verabschiedete Konvention zum Schutz des immateriellen Kulturerbes hat die UNESCO in weit reichender Analogie zur Welterbekonvention von 1972 die Instrumente des Welterbeschutzes zumindest in ihren wesentlichen Grundzügen auf immaterielle kulturelle Ausdrucksformen ausgedehnt. Vor allem das in der Welterbekonvention von 1972 als Hauptschutzinstrument etablierte Listungsprinzip²⁸ ist in der UNESCO-Konvention von 2003 auf immaterielle kulturelle Ausdrucksformen übertragen worden. Nach den Welterbe-Konventionen knüpfen sich an die Welterbe-Listung durch die UNESCO völkerrechtliche Pflichten der Vertragsstaaten, die in erster Linie als Bewahrungspflichten charakterisiert werden können.²⁹ Mit der Konvention zum Schutz des immateriellen Kulturerbes hat die UNESCO das Welterbe-Regime in mehrfacher Hinsicht modernisiert: Zunächst ist mit der Öffnung des Welterbekonzepts und der grundsätzlichen Übertragung seiner Instrumente auf immaterielle kulturelle

²⁴ Vgl. die Nachweise bei: Mißling (2010).

²⁵ So nämlich im Bereich der Hohen See und des Tiefseebodens, des sogen. Gebiets i.S.d. Art. 86 ff. und 133 ff. (insbes. Art. 137 Abs. 1) des Seerechtsübereinkommens der Vereinten Nationen vom 10. Dezember 1982 (SRÜ). Zu Begriff und Rechtsstatus des Gebiets: Wolfrum (2006:287 ff.).

²⁶ So im Bereich der sogen. ausschließlichen Wirtschaftszone (AWZ) gem. Art. 55 SRÜ und des Festlandssockels gem. Art. 77 SRÜ.

²⁷ Ebenso: Herzog (2001:149).

²⁸ Vgl. dazu: Genius-Devime (1996:276 ff.).

²⁹ Zur Welterbekonvention von 1972 bspw.: Odendahl (2005:519 ff.).

Ausdrucksformen das System des Welterbeschutzes in sachlicher Hinsicht um einen wesentlichen Teil dessen, was Kultur ist, ergänzt worden. Zugleich hat die UNESCO damit auch dem international zunehmend artikulierten Schutzbedürfnis eines Kulturverständnisses Rechnung getragen, welches nicht allein die in handgreiflichen Werken materialisierten kulturellen Hervorbringungen wertschätzt, sondern auch und gerade in den immateriellen Ausdrucksformen einen besonderen kulturellen Wert sieht. Schließlich ist mit der UNESCO-Konvention von 2003 das Welterbe-Schutzregime inhaltlich fortentwickelt worden, indem hier erstmals den Kulturträgern, d.h. also den Vertretern von Gruppen und Individuen, gewisse Mitwirkungsrechte und somit eine gewisse völkerrechtliche Beachtlichkeit innerhalb des Welterberechts zuerkannt worden ist.³⁰

Allerdings ist die Übertragung des Listungsprinzips und der Schutzinstrumente der Welterbekonvention auf die immaterielle Kultur nicht unproblematisch: Wie bereits angesprochen, sind die Prinzipien und die Schutzinstrumente der Welterbekonvention primär auf die Bewahrung von vorhandener Kultur ausgerichtet. Sie sollen vom Grundsatz her konservierend wirken.³¹ Wie nicht zuletzt der Fall um die Aberkennung des Welterbestatus der Dresdner Waldschlößchen-Brücke gezeigt hat, führt die Welterbe-Listung in rechtlicher Hinsicht dazu, dass eine freie Fortentwicklung eines als Kulturerbe von der UNESCO anerkannten Kulturguts mit dem Welterbe-Status in der Regel unvereinbar ist. Dies dürfte erst recht und in ganz besonderem Maße im Hinblick auf immaterielle Kultur gelten. Somit wird durch die UNESCO-Konvention von 2003 ein gewisses, grundlegendes Spannungsverhältnis zwischen der immateriellen Kultur als dem Schutzgegenstand der Konvention und der Ausgestaltung der gewählten Schutzinstrumente geschaffen, denn es liegt gerade im Wesen immaterieller kultureller Ausdrucksformen, dass diese gelebt und somit notwendigerweise auch in einem gewissen Umfang kontinuierlich fortentwickelt werden.

Betrachtet man die in der Konvention vorgesehenen Schutzinstrumente für das immaterielle Kulturerbe genauer, so kann – ungeachtet des Konventionsziels, gewisse überlieferte und als wertvoll angesehene kulturelle Praktiken gerade in ihrer hergebrachten Form für das Erbe der Menschheit zu erhalten³² – in gewissem Umfang durchaus zu Recht eine Gefahr der „Musealisierung“ oder des „Einfrierens“ von Kultur angemahnt werden.³³ An anderer Stelle wurde bereits dargelegt, dass die UNESCO-Konvention von 2003 zudem auch gewisse kulturpoliti-

³⁰ Dazu auch schon die Nachweise bei: Mißling (2010:93 und 94 f.).

³¹ Vgl. dazu auch Genius-Devime (1996), passim.

³² Vgl. dazu etwa Erwägungsgründe 2, 6 und 10 der Präambel der UNESCO-Konvention zum Schutz des immateriellen Erbes der Welt.

³³ Statt vieler: Blake (2008:52) mit Hinweis auf Yai (2007).

sche Gefahren bergen kann.³⁴ Die Inanspruchnahme der Konventionsrechte durch die Vertragsstaaten stellt nicht allein eine Ausdehnung staatlicher Hoheitsrechte auf einen seinem Wesen nach staatsfernen Bereich der Kultur qua Völkerrechts dar; mitunter kann auch die Gefahr der staatlichen Vereinnahmung und der Instrumentalisierung von bestimmten, immateriellen kulturellen Ausdrucksformen mittels der Schutzinstrumente der UNESCO-Konvention von 2003 bestehen.³⁵

Angesichts dieser Achillesferse der Konvention zum Schutz des immateriellen Kulturerbes von 2003 muss die UNESCO-Konvention über die kulturelle Vielfalt (CCD) von 2005 insofern als eine wichtige Ergänzung im System des internationalen Kulturrechts betrachtet werden, als sie durch völkerrechtliche Verpflichtungen im Sinne eines gewissen Gegengewichts sicherstellt, dass das Instrument des immateriellen Kulturerbes von den Vertragsstaaten nicht missbräuchlich dazu verwendet werden kann, durch gezielte Selektion und durch ein „Einfrieren“ von immaterieller Kultur mittels einer Welterbe-Listung die Ausdrucksformen der gelebten Kultur in ihrem Hoheitsgebiet gezielt zu kontrollieren.³⁶ Dadurch nämlich, dass die Konvention ihre Vertragsstaaten auf das Ziel von „Schutz und Förderung“ kultureller Vielfalt³⁷ verpflichtet und insbesondere in ihren Artikeln 5 ff. zwar relativ allgemein gehaltene und überwiegend als bloße Bemühenspflichten ausgestaltete, jedoch immerhin völkerrechtlich bindende, kulturpolitische Verpflichtungen der Vertragsstaaten enthält, wonach diese u.a. angehalten sind, „in ihrem Hoheitsgebiet ein Umfeld zu schaffen, in dem Einzelpersonen und gesellschaftliche Gruppen darin bestärkt werden, [...] ihre eigenen Ausdrucksformen zu schaffen, herzustellen, zu verbreiten, zu vertreiben und Zugang zu ihnen zu haben [...]“ (Art. 7 Abs. 1 lit. a) CCD) und sich ferner zu bemühen, „den Beitrag, den Künstler, andere am kreativen Prozess Beteiligte sowie kulturelle Gemeinschaften und Organisationen, die ihre Arbeit unterstützen, leisten, und ihre zentrale Rolle bei der Bereicherung der Vielfalt kultureller Ausdrucksformen anzuerkennen“ (Art. 7 Abs. 2 CCD), ist sie anders als die Welterbekonventionen nicht darauf angelegt, nur wenige ausgesuchte Kulturgüter und kulturelle Ausdrucksformen, denen eine besondere kulturelle Bedeutung zuerkannt wird, zu bewahren. Die CCD begreift

³⁴ Zu den Gefahren der kulturpolitischen Kontrolle immaterieller Kultur durch den Staat mittels einer Welterbe-Listung auch die Fallstudie von Eggert (2010).

³⁵ Vgl. Mißling (2010:105 ff.).

³⁶ Dazu schon: Mißling (2010:112).

³⁷ Nach Art. 4 Ziffer 1 CCD bezieht sich „kulturelle Vielfalt“ auf „die mannigfaltige Weise, in der die Kulturen von Gruppen und Gesellschaften zum Ausdruck kommen. Diese Ausdrucksformen werden innerhalb von Gruppen und Gesellschaften sowie zwischen ihnen weitergegeben. Die kulturelle Vielfalt zeigt sich nicht nur in der unterschiedlichen Weise, in der das Kulturerbe der Menschheit durch eine Vielzahl kultureller Ausdrucksformen zum Ausdruck gebracht, bereichert und weitergegeben wird, sondern auch in den vielfältigen Arten des künstlerischen Schaffens, der Herstellung, der Verbreitung, des Vertriebs und des Genusses von kulturellen Ausdrucksformen, unabhängig davon, welche Mittel und Technologien verwendet werden.“

die Bandbreite und Diversität des vorhandenen kulturellen Spektrums als einen Eigenwert an sich. Dementsprechend zielt sie insgesamt darauf ab, die Vielfalt kultureller Ausdrucksformen³⁸ – und zwar sowohl materieller als auch immaterieller Kultur (!) – als solche zu bewahren³⁹, gleichzeitig jedoch darüber hinaus auch Bedingungen zu kreieren, in denen die kulturelle Vielfalt frei zur Entfaltung kommen und ihre Bandbreite sogar noch erweitert werden kann.

Mit dieser Anlage rückt die CCD von dem reinen „Bewahrungs- und Konservierungstopos“ der Welterbekonventionen ein Stück weit ab und deutlich näher an die zuvörderst freiheitsrechtliche Schutzrichtung kultureller Grundrechte⁴⁰ und der (kulturellen) Menschenrechte heran. Es ist insofern wohl kein Zufall, dass in Art. 2 Ziffer 1 CCD als erster der Leitenden Grundsätze der Konvention der „Grundsatz der Achtung Menschenrechte und der Grundfreiheiten“ – flankiert vom „Grundsatz der gleichen Würde und der Achtung aller Kulturen“, Art. 2 Ziffer 3 CCD – prominent herausgehoben und damit quasi zu einem Leitprinzip des neueren Kulturvölkerrechts erhoben wird. Der enge menschen- und freiheitsrechtliche Bezug sowie die antidiskriminatorische Grundausrichtung der CCD kommt bspw. auch in Art. 7 Abs. 2 zum Ausdruck, wonach die Vertragsstaaten bei der Herstellung eines kulturell diversen Umfelds und Gesellschaftsklimas verpflichtet werden, „[...] die besonderen Bedürfnisse von Frauen, sowie von verschiedenen gesellschaftlichen Gruppen, einschließlich der Personen, die Minderheiten oder indigenen Völkern angehören, gebührend [...]“ zu berücksichtigen. Anders als die Welterbekonventionen trägt die CCD von vornherein der fluiden und evolutiven Dynamik von Kultur Rechnung, und anders als im Rahmen der Welterbekonventionen dürfte es den Vertragsstaaten trotz des in Art. 2 Ziffer 2 CCD verankerten (kulturellen) Souveränitätsvorbehaltes zugunsten der Staaten und des verbleibenden Mankos, dass viele der in der Konvention enthaltenen Verpflichtungen nur die relativ

³⁸ Gem. Art. 4 Ziffer 3 CCD sind „kulturelle Ausdrucksformen“ – ungeachtet ihrer materiellen oder immateriellen Erscheinungsform [Anm. d. Verf.] – all diejenigen Ausdrucksformen, „die durch die Kreativität von Einzelpersonen, Gruppen und Gesellschaften entstehen und einen kulturellen Inhalt haben“.

„Kultureller Inhalt“ wiederum bezieht sich gem. Art. 4 Ziffer 2 „auf die symbolische Bedeutung, die künstlerische Dimension und die kulturellen Werte, die aus kulturellen Identitäten entstehen oder diese zum Ausdruck bringen.“

³⁹ Vgl. dazu etwa insbes. Erwägungsgrund 8 der Präambel sowie die Regelung des Art. 8 CCD, wonach „[...] eine Vertragspartei das Vorliegen einer besonderen Situation feststellen [kann], in der kulturelle Ausdrucksformen in ihrem Hoheitsgebiet von Auslöschung bedroht oder ernsthaft gefährdet sind oder aus anderen Gründen dringender Sicherungsmaßnahmen bedürfen“ (Abs.1) und in der sie „alle geeignete Maßnahmen ergreifen [kann], um kulturelle Ausdrucksformen [...] in einer Art und Weise zu schützen und zu erhalten, die mit diesem Übereinkommen vereinbar sind.“ (Abs. 2).

⁴⁰ Gemeint sind damit die „klassischen kulturellen“ Grundrechte i.e.S. wie die Religionsfreiheit, die Presse- und Meinungsfreiheit, die Kunstfreiheit, die Wissenschafts-, Forschungs- und Lehrfreiheit sowie Bildungs- und Schulfreiheit, die innerhalb staatlich verfasster Gesellschaften ein freies und vielfältiges kulturelles Leben sicherstellen.

schwache Bindungswirkung reiner Bemühenspflichten genießen, im Rahmen der CCD schwerer fallen, vermittelt der Instrumente des Kulturvölkerrechts eine missbräuchliche, selektive staatliche Kulturpolitik zugunsten einer bestimmten Leitkultur und auf Kosten kultureller Minderheiten und individueller kultureller Freiheiten zu betreiben.

Schutz immaterieller Kultur durch das (internationale) Recht des geistigen Eigentums

Wenn also mit den beiden Konventionen von 2003 und 2005 der kulturvölkerrechtliche Schutz immaterieller Kultur im Rahmen der UNESCO neuerdings aufgewertet worden ist, so existiert daneben ein anderer, sogar deutlich älterer Strang internationalen Kulturrechts im weiteren Sinne, der von einem grundlegend anderen Ansatz ausgehend ebenfalls zum Schutz immaterieller Kultur beiträgt. Es ist das internationale Recht des geistigen Eigentums, welches nach der Gründung der Vereinten Nationen institutionell vornehmlich unter dem Dach der WIPO⁴¹ zusammengefasst und angesiedelt worden ist.⁴² Das wohl prominenteste international-rechtliche Übereinkommen zum Schutz geistigen Eigentums ist die Berner Übereinkunft zum Schutz von Werken der Literatur und Kunst.⁴³ Darüber hinaus verwaltet die WIPO eine Reihe weiterer bedeutender internationaler Abkommen sowohl im Bereich des gewerblichen Rechtsschutzes als auch des Urheberrechts.⁴⁴ Daneben existieren höchst bedeutsame internationale Regelungen über das geistige Eigentum im Bereich der WTO. Hier ist insbesondere das TRIPS-Übereinkommen hervorzuheben.⁴⁵

Das Recht des geistigen Eigentums bezieht sich unter dem Aspekt des Kulturschutzes von vornherein nur auf immaterielle Kultur, denn es schützt die schöpferisch-geistigen Hervorbringungen von Individuen.⁴⁶ Da das Recht des geistigen

⁴¹ Zur WIPO insgesamt: Übereinkommen zur Errichtung der Weltorganisation für Geistiges Eigentum vom 14. Juli 1967, BGBl. 1970 II S. 295; Ladas (1968); Stoll (1995); Stoll, Bachmann und Philipp (1991). Zum Schutz von Kultur durch das Recht des geistigen Eigentums: Richieri Hania (2009:386 ff.); von Lewinski (2008c).

⁴² Es ist darauf hinzuweisen, dass allerdings auch die UNESCO ihrerseits im Bereich des Schutzes des geistigen Eigentums tätig geworden ist. Vgl. dazu etwa die Universal Copyright Convention (UCC) vom 6. September 1952 sowie auch die WIPO/UNESCO *Model Provisions for National Laws on the Protection of Expressions of Folklore Against Illicit Exploitation and Other Prejudicial Actions* von 1982.

⁴³ Vom 9. September 1886, BGBl. III Nr. 47/2006, WIPO (1886).

⁴⁴ Vgl. Stoll (2009:2 ff.) dort insbes. Rn. 3 ff.; Stoll (1995:1435 f.); Stoll, Bachmann und Philipp (1991:1108 ff.), dort insbes. Rn. 23 ff. Zu den einzelnen Übereinkommen und Verträgen: WIPO (2010a).

⁴⁵ Übereinkommen über handelsbezogene Aspekte der Rechte des geistigen Eigentums vom 15. April 1994, BGBl. II 1730. Dazu näher: Stoll und Schorkopf (2006:207 ff.); Busche, Arend und Stoll (2009), jeweils m.w.N.

⁴⁶ Grundlegend: Schack (2007); Wandtke und Dietz (2009). Vgl. auch die weiteren Nachweise bei Zimbehl (2010:118 f.).

Eigentums (Immaterialgüterrecht) und hierbei insbesondere das Urheberrecht sich auf grundsätzlich jedwede Form der menschlichen geistigen Hervorbringung erstreckt, sofern diese – wie von den Vertretern einer immer noch herrschenden Auffassung gefordert wird – bestimmten Mindestanforderungen genügt⁴⁷, deckt der hierdurch gewährleistete Schutz grundsätzlich auch das gesamte Spektrum kultureller Ausdrucksformen in einem weiten Sinne ab. Gleichwohl stehen vor allem Werke der Kunst, der Literatur und der Wissenschaft, die für die kulturelle Leistung menschlicher Zivilisation zwar von besonderer Bedeutung, jedoch nicht alleiniger Ausdruck der menschlichen Kulturfähigkeit sind, dabei naturgemäß im besonderen Interesse sowohl des nationalen⁴⁸ als auch des internationalen Urheberrechts.⁴⁹

2.2 Urheberrecht als idealtypisches Instrument zum Schutz immaterieller Kultur?

Im Vergleich zum Schutz immaterieller Kultur durch das beschriebene Recht der UNESCO verfolgt das Urheberrecht einen vollkommen anderen Grundansatz. Es geht von der individuellen kulturellen Leistung (Schöpfung) aus und erkennt daher prinzipiell nur Individuen schützenswerte Rechtspositionen an Kultur zu.⁵⁰ Im Mittelpunkt des Urheberrechts steht nach einem klassischen, von der Idee der Menschenwürde und der Menschenrechte geprägten Verständnis mithin der einzelne, geistig-schöpferische Mensch in seiner Rolle als Kulturträger und erst in zweiter Linie der kulturelle Mehrwert seiner jeweiligen kulturellen Leistung für die Gesellschaft.⁵¹ Daher schützt das Urheberrecht private Rechtspositionen an eigenen intellektuellen – und somit im Sinne des weiten Kulturbegriffs Freuds immer auch kulturellen – Leistungen.⁵² Das Urheberrecht weist dem Einzelnen die Rechte an den eigenen kulturellen Leistungen zu und bestimmt ihren Inhalt. Zugleich steckt es aber auch die Grenzen der individuellen Nutzungs- und Verfügungsrech-

⁴⁷ Vgl. dazu Zimbehl (2010:119 f.), m.w.N.

⁴⁸ Vgl. nur für die Bundesrepublik Deutschland §§ 1 und 2 UrhG.

⁴⁹ Vgl. WIPO (1886), die sich entgegen ihrem Titel gem. der Bestimmung ihres Art. 1 Abs. 1 auch auf geistige Hervorbringungen auf dem Gebiet der Wissenschaft bezieht.

⁵⁰ Schack (2007:146 ff.).

⁵¹ Vgl. dazu grundlegend: Bappert (1962:95 ff., insbes. 105 ff.). Diesem kontinental-europäisch geprägten Urheberrechtsverständnis steht indes auch ein eher anglo-amerikanisch geprägtes, utilitaristisches Urheberrechtsverständnis gegenüber, welches den gesamtgesellschaftlichen Mehrwert des Urheberrechts betont, indem hierdurch nicht nur geistig-schöpferische Leistung und Innovation belohnt und gefördert werden, sondern indem auch ein mittelbare Mehrwert geistiger Hervorbringungen, der durchaus als ein „kultureller Mehrwert“ bezeichnet werden kann, für die gesamte Gesellschaft besteht. Vgl. dazu statt vieler: Copinger, Skone James und Garnett (2005), m.w.N.

⁵² Zu diesem Ergebnis kommen freilich ungeachtet des theoretischen Grundes die Vertreter beider Urheberrechtstheorien. Vgl. dazu: Copinger, Skone James und Garnett (2005).

te an Kultur ab.⁵³ Ein auf diese Weise privatrechtlich organisierter Ordnungs- und Rechtsrahmen scheint insofern für den rechtlichen Schutz von Kultur besonders geeignet zu sein, als er das Recht an der individuellen kulturellen Leistung, aber auch die rechtliche Verantwortung für dieselbe grundsätzlich ihrem Urheber (Schöpfer) zuweist, von dem generell angenommen werden darf und sogar angenommen werden muss, dass er (a) den Wert und die Bedürfnisse des Werks am besten einzuschätzen weiß und (b) das größte und natürlichste Interesse am Erhalt und einer optimalen Nutzbarmachung des Werks hat.

Urheberrecht muss demnach stets auch als eine Ausgestaltung individueller kultureller Freiheitsrechte, wie etwa der Kunstfreiheit oder der Wissenschaftsfreiheit usw., verstanden werden.⁵⁴ Erst in zweiter Linie kommt dem Urheberrecht eine gesamtgesellschaftliche Garantiefunktion zu: Durch das individuelle Urheberrecht wird die Möglichkeit geschaffen, dass mittelbar auch andere Interessenträger und die Gesellschaft insgesamt an dem kulturellen Gut teilhaben können, denn es trifft in der Tat zu, dass das Urheberrecht durch die von ihm gesetzten spezifischen Anreize, Neues zu schaffen (sogen. Copyright-Ansatz), dazu beiträgt, unabhängig von inhaltlichen Wertentscheidungen (die durch die kulturellen Grund- und Freiheitsrechte dem aufgeklärt-modernen, weltanschaulich-neutralen Rechts- und Verfassungsstaat ohnehin verboten sind) die individuellen kulturellen Leistungen in einer Gesellschaft und damit letztlich auch das gesamtzivilisatorische Niveau derselben zu steigern.⁵⁵ Wenn es für eine Gesellschaft wünschenswert ist, ein reiches und vielfältiges kulturelles Leben zu haben, wenn also Kultur für diese einen gesamtgesellschaftlichen Wert darstellt, so erscheint es vor diesem Hintergrund auch bereits aus diesem Grund richtig und geboten, hierfür ein wirksames Urheberrecht zur Verfügung zu stellen.⁵⁶

Es sei in diesem Zusammenhang zudem darauf hingewiesen, dass die Strukturen des Urheberrechts dem dynamischen Charakter von Kultur, welcher gerade bei den immateriellen kulturellen Ausdrucksformen in besonders hohem Maße festzustellen ist, entgegenkommen: Anders nämlich als etwa die auf die Konservierung vorhandener Kultur abzielenden Bereiche des Kulturrechts bremst das Urheberrecht weder die kreative Entwicklung noch die Pluralität und das Nebeneinander von oftmals äußerst heterogenen kulturellen Ausdrucksformen (kulturelle Vielfalt) und versucht auch nicht, durch eigene Wertentscheidungen über Kultur⁵⁷ eine priorisierende Ordnung zu schaffen wie es etwa im Welterberecht, im Kulturgüter-schutzrecht oder etwa auch im Denkmalschutzrecht der Fall ist.

⁵³ Vgl. Schack (2007:194 ff. und 237 ff.).

⁵⁴ Ebenso: Schack (2007:48). Vgl. dazu auch: Wandtke (2009:28 ff.), dort insbes. Rn. 31 ff.

⁵⁵ Vgl. Wandtke (2009:18 ff.), dort insbes. Rn. 18 ff.

⁵⁶ Vgl. zum Ganzen auch Mißling (2012).

⁵⁷ Auch hierzu wiederum eingehender: Mißling (2012).

3 Diskussionen um den erweiterten privatrechtsförmigen Schutz kultureller Ausdrucksformen – Impulse, Defizite, Perspektiven

3.1 Begrenzte Eignung urheberrechtlicher Schutzinstrumente für traditionelle kulturelle Ausdrucksformen und Folklore

Die Beschreibung des Urheberrechts als einem auf den ersten Blick idealtypischen Schutzinstrument für die schöpferisch-geistigen Hervorbringungen von Individuen⁵⁸ verweist allerdings auch auf die vorhandenen Grenzen dieser rechtlichen Konzeption. Aus dem Wesen des Urheberrechts ergeben sich bei näherer Betrachtung nämlich durchaus deutliche Grenzen für seinen Anwendungsbereich. Zwar stellt das privatrechtlich ausgestaltete Urheberrecht geeignete und effektive Instrumente zum Schutz geistig-schöpferischer Werke zur Verfügung und sucht einen Ausgleich zwischen dem berechtigten Interesse des schöpferischen Individuums an den Früchten seines Werks einerseits und dem Interesse der Gesellschaft am Stattfinden und dem freien Zugang zu Kultur andererseits.⁵⁹ Die Instrumente des Urheberrechts haben jedoch dort von Anfang an keine Wirkungskraft, wo Kultur nicht in den kulturellen Leistungen Einzelner in Erscheinung tritt.

Kultur – und dies gilt in besonderem Maße für ihre immateriellen Erscheinungsformen – ist nicht allein die Summe einzelner schöpferisch-geistiger Werke und hat damit nicht nur die Dimension kultureller Einzelleistungen. Kultur ist auf einer übergeordneten Ebene ein diskursiv-evolutionärer Vorgang, der sich im Wesentlichen kollektiv vollzieht. Ein bedeutender Teil von Kultur kann stets nur in kollektiven Ausdrucksformen überhaupt stattfinden und in Erscheinung treten. Für kollektive kulturelle Ausdrucksformen, in denen die Persönlichkeit und die kulturelle Leistung des Einzelnen zurücktreten oder überhaupt keine Rolle mehr spielen, sind das Urheberrecht und seine rechtlichen Schutzinstrumente bereits von ihrer konzeptionellen Anlage her ungeeignet. Die Realitäten und die tatsächlichen Bedürfnisse kollektiver kultureller Ausdrucksformen können mit den auf Individualität angelegten Mitteln des Urheberrechts nur sehr begrenzt erfasst und in effektive, dem Regelungsgegenstand sachlich adäquate Rechtsschutzinstrumente umgesetzt werden.

Besonders augenfällig wird dies im Zusammenhang mit religiösen oder kulturellen Ritualen und Zeremonien, mit traditionellen Bräuchen oder folkloristischen Ausdrucksformen.⁶⁰ Diese sind unbestritten ein Teil von Kultur. In vielen Fällen sind sie – gerade außerhalb des westlichen Kulturkreises – sogar Basis für den

⁵⁸ Siehe oben 2.2.

⁵⁹ Vgl. dazu: Schack (2007:164 ff.).

⁶⁰ Vgl. Ramsauer (2005:77 ff.).

gesellschaftlichen Zusammenhalt und das Funktionieren einer Gesellschaft schlechthin, mit anderen Worten: Kern der kulturellen Identität.⁶¹ Sie sind dadurch gekennzeichnet, dass ihr besonderer Wert für eine Gesellschaft oftmals gerade darin liegt, dass sie entsprechend einer sehr langen Überlieferung über Generationen oder gar Jahrhunderte hinweg in ihrem Kern unverändert und gewissen, mehr oder weniger strengen formalen Regeln entsprechend durchgeführt werden, ohne dass ein individueller Urheber zu identifizieren wäre.⁶² In ihnen kommt demnach regelmäßig gerade keine individuelle geistige Neuschöpfung zum Ausdruck, wie sie im Sinne des Urheberrechts Voraussetzung für ein schutzwürdiges schöpferisch-geistiges Werk ist. Traditionellen kulturellen Ausdrucksformen und Folklore, so ist durch die bisherigen Forschungen der Göttinger Forschergruppe „*Cultural Property*“ genau wie anderen Orts bereits gezeigt worden, fehlt es regelmäßig an der für die Gewährung urheberrechtlichen Schutzes konstitutiven Originalität der Eigenschöpfung und somit am Werkcharakter, welcher nach strengem Verständnis in Rechtswissenschaft und Rechtsprechung den dogmatischen Schlüssel und *conditio sine qua non* für den Urheberrechtsschutz darstellt.⁶³ Somit kann ein nicht unerheblicher Teil immaterieller Kultur mit den dogmatischen Mitteln des Urheberrechts nicht erfasst werden und fällt, da individuelle urheberrechtliche Rechtspositionen an ihm nicht zuweisbar sind, in den Bereich der sogen. *Public Domain*. Er wird damit ein öffentliches Gut, das grundsätzlich für jedermann frei zugänglich und als solches frei nutzbar ist.

In der Tat kann hinterfragt werden, ob dies ein Nachteil sein muss. Wenn bereits fragwürdig ist, inwiefern etwa die Geltendmachung bzw. Zuweisung ausschließlicher Rechtspositionen an immaterieller Kultur ohnehin ihrem von der Anlage her auf Offenheit angelegten Wesen von vornherein widerspricht, so kann erst recht danach gefragt werden, ob gerade für kollektive Ausdrucksformen immaterieller Kultur, zumindest dann, wenn sie Tradition oder Folklore betreffen, überhaupt ein rechtserhebliches Schutzbedürfnis besteht. Zum einen ist nämlich gerade in Hinblick auf immaterielle Kultur zu bedenken zu geben, dass sie in dem Moment, in dem sie zum Ausdruck kommt, auch „entäußert“, also in den öffentlichen Raum entlassen wird und dass dies in der Regel auch dem Willen und der Intention ihrer „Urheber“ (im untechnischen Sinne) entsprechen dürfte, da diese sich in dem Fall, dass sie die Gefahr der Vereinnahmung durch Dritte vollständig ausschließen wollten, sich ihrer von vornherein enthalten oder sie nur im Privaten vollziehen könnten.⁶⁴ Dieses allgemeine Argument ist freilich schwach, denn nach

⁶¹ Zum Begriff der kulturellen Identität im Recht: Bidault (2009:211 ff.).

⁶² Vgl. dazu die Nachweise bei Zimbehl (2010:119 ff.) sowie u.a. auch die Diskussionen um den Begriff der „traditionellen kulturellen Ausdrucksformen“ und „Folklore“ im IGC der WIPO: WIPO (2003:25 ff.).

⁶³ Zimbehl (2010:124).

⁶⁴ Dazu Mackaay (2007); von Hahn (2004:350 ff.); Ramsauer (2005:64 ff.).

ihm dürfte es auch für individuelle Schöpfungen keinen Urheberrechtsschutz geben.

Beachtlicher ist demgegenüber das Argument, dass das Bedürfnis nach urheberrechtlichem Rechtsschutz für immaterielle Ausdrucksformen deswegen generell weitaus geringer sein dürfte, als dies gemeinhin suggeriert und auch von den Vertretern eines starken Urheberrechtsschutzes in aktuellen Debatten immer wieder rechtspolitisch geltend gemacht wird, weil es im Wesen immaterieller Ausdrucksformen liegt, dass von ihnen, wenn sie einmal in der Welt sind, zwar Gebrauch gemacht werden kann, dass sie aber durch den Gebrauch nicht verbraucht werden.⁶⁵ Dies gilt wiederum für traditionelle Ausdrucksformen und Folklore in besonders hohem Maße, da sie grundsätzlich beliebig oft wiederholbar sind.⁶⁶ Ein zentrales Argument für die Einräumung von Ausschließlichkeitsrechten, wie es im Urheberrecht der Fall ist, wird in Bezug auf traditionelle kulturelle Ausdrucksformen mit dieser Argumentation deutlich entkräftet. Freilich ignoriert eine solche Argumentation jedoch, dass viele Erscheinungsformen von Folklore wie insbesondere etwa kultische, religiöse oder heilige Rituale, in der Anschauung ihrer jeweiligen Kulturträger nur dadurch ihren spezifischen „kulturellen Wert“ erhalten, dass sie nur von bestimmten Akteuren, in ganz bestimmten Situation und kulturellen Kontexten, zu bestimmten Zeiten oder Anlässen und nur zu bestimmten Zwecken durchgeführt werden. In kultureller Hinsicht sind sie daher in vielen Fällen gerade nicht beliebig wiederholbar, ohne dass sie entwertet oder herabgewürdigt werden würden. Dies spricht – zumindest in den hier angedeuteten Konstellationen – im Ergebnis also doch für eine besondere Schutzwürdigkeit derartiger kultureller Ausdrucksformen.

Schließlich ist aber zu bedenken, dass traditionelle kulturelle Ausdrucksformen und Folklore vor allem deswegen nicht mit den Mitteln des Urheberrechts adäquat erfasst und mit einem effektiven rechtlichen Schutz versehen können, weil hierbei in der Regel weder ein Urheber noch die infrage kommenden Träger des Rechts eindeutig zu identifizieren sind, was jedoch Voraussetzung für eine effektive Rechtsdurchsetzung im Streitfall ist.⁶⁷

Es zeigt sich also, dass entgegen dem ersten Eindruck das hergebrachte Urheberrecht nur dort ein idealtypisches rechtliches Schutzinstrument für Kultur darstellt und nur dort effektiv ist, wo Kultur in einem starken Maße individualisierbar

⁶⁵ In diese Richtung wohl auch MacKaay (2007).

⁶⁶ Ebenso müssen unter Beachtung dieses Arguments die Grenzen des Urheberschutzes auch für individuelle Ausdrucksformen überdacht werden, so dass nicht bereits überall dort Urheberrechtsschutz im Sinne exklusiver Rechte gewährt werden kann, wo ein Werk im Sinne des Urheberrechts vorliegt. Vielmehr ist nur dort ein volles Ausschließlichkeitsrecht einzuräumen, wo ein entsprechendes Schutzbedürfnis besteht. Dem trägt etwa die Ausgestaltung der Bestimmungen des deutschen Urheberrechtsgesetzes (UrhG) Rechnung. Zum Umfang des Urheberrechts und seiner Grenzen im Einzelnen vgl. statt vieler: Schack (2007:194 ff.).

⁶⁷ Vgl. zum Ganzen ausführlicher: Ramsauer (2005:64 ff.), m.w.N.

und auf die geistig-schöpferischen Leistungen einzelner Personen zurückführbar ist. Dies entspricht dem westlich-aufgeklärten Bild vom geistig-schöpferischen Menschen als Ausgangs- und Zielpunkt von Kultur, und es ist insofern kein Zufall, dass das Urheberrecht zur Zeit der Aufklärung in Europa und in Nordamerika entstanden ist und eine starke Wurzel im menschenrechtlichen Denken, das ebenfalls in dieser Zeit entstanden ist, findet.⁶⁸ Nur begrenzt geeignet sind die Instrumente des Urheberrechts deswegen zur Wahrung und Durchsetzung der spezifischen kulturellen Interessen indigener Völker oder autochtoner Gemeinschaften⁶⁹, denn in diesen Kulturen spielt das Individuum mit seinen individuell-geistigen Schöpfungen regelmäßig eine weitaus weniger bedeutsame Rolle für die kulturelle Identität der Gemeinschaft als im westlichen Kulturkreis. Die mittelbare Konstruktion, über das individuelle Urheberrecht eines Angehörigen der Gruppe auch Belange zu erfassen, die jenseits des Individuums liegen, geht in diesem Zusammenhang in der Regel ebenfalls nicht auf, da es hier oftmals schon an einem entsprechenden, rechtskulturellen Verständnis fehlt oder aber zu Konflikten zwischen dem Individuum und der Gruppe kommt, welche die Wahrnehmung einer urheberrechtlichen Rechtsposition erst recht behindern.⁷⁰

3.2 Die Diskussion um sogen. *sui generis* Rechte im IGC der WIPO

Insofern ist es nicht verwunderlich, dass die im Zentrum des vorliegenden Bandes stehende Diskussion um die sogen. *sui generis* Rechte im IGC der WIPO sich um die Frage nach der Ausgestaltung des rechtlichen Schutzes für traditionelle kulturelle Ausdrucksformen und Folklore mit den Mitteln des Immaterialgüterrechts dreht.⁷¹ Diese Debatte hat einen ihrer Ursprünge in der Diskussion um den Schutz traditionellen Wissens indigener Gruppen, die zunächst im Rahmen der Implementierung und Weiterentwicklung des Übereinkommens über die biologische Vielfalt⁷² geführt wurde und die ihrerseits aufs Engste mit dem Schutz genetischer Ressourcen verbunden ist.⁷³ Es besteht in der Tat eine direkte, logische Verbindung vom Schutz der Rechte indigener Gruppen an genetischen Ressourcen über die Frage des patentrechtlichen Schutzes ihres damit verbundenen traditionellen Wissens bis hin zum Schutz von traditionellen kulturellen Ausdrucksformen und

⁶⁸ Zum Ganzen: Bappert (1962:95 ff. und passim).

⁶⁹ Ramsauer (2005:77 ff.); WIPO (2003); Janke und WIPO (2003). Vgl. dazu auch: von Hahn (2004:insbes. 160 ff. und 209 ff.).

⁷⁰ Ramsauer (2005:90 ff.).

⁷¹ Vgl. von Lewinski (2008b:1 ff.); Ramsauer (2005:93 ff.). Vgl. außerdem den Beitrag von Zimbehl in diesem Sammelband.

⁷² Convention on Biological Diversity (CBD) vom 5. Juni 1992.

⁷³ Vgl. Stoll und von Hahn (2008:30 ff.); Taubman und Leistner (2008:59 ff.); Taubman (2008:252 ff.); Ramsauer (2005:41 ff.); von Hahn (2004). Vgl. außerdem: WIPO (2001:49 ff.).

Folklore mit den Mitteln des Rechts des geistigen Eigentums. Somit stellt auch die parallele Ansiedlung der Problematik in den Verhandlungsforen der CBD⁷⁴, in der WIPO sowie auch in der WTO⁷⁵ ein konsequentes Fortdenken in Bezug auf die rechtlichen Schutzinteressen indigener Gruppen dar. Nicht umsonst lautet der volle Titel des IGC der WIPO *Intergovernmental Committee on Intellectual Property, Genetic Resources, Traditional Knowledge and Folklore* und die Frage nach dem Schutz genetischer Ressourcen und den Rechten indigener Gruppen an diesen ist dort nach wie vor wichtiger Verhandlungsgegenstand. Darüber hinaus besteht jedoch durchaus ein eigenständiges Interesse an einem immaterialgüterrechtlichen Schutz traditioneller kultureller Ausdrucksformen und Folklore.⁷⁶

Wie jedoch hier bereits angedeutet wurde, enthält der allgemein als abschließend verstandene Formenkanon des hergebrachten Rechts des geistigen Eigentums kein geeignetes Instrument, *de lege lata* zu einem angemessenen immaterialgüterrechtlichen Schutz des kulturellen Bestandsinteresses autochtoner Völker bzw. indigener Gruppen zu gelangen.⁷⁷ Daher ist das IGC der WIPO aufgrund seines Mandats und aufgrund des sachlichen Schutz- und Regelungsgegenstandes der WIPO insgesamt grundsätzlich das richtige Forum, ein neuartiges und eigenständiges Rechtsinstrument für den Schutz traditioneller kultureller Ausdrucksformen zu erarbeiten. Die inzwischen sowohl in der Fachdebatte der WIPO als auch im einschlägigen, wissenschaftlichen Schrifttum gängige Bezeichnung der dort diskutierten Schutzrechte als *sui generis* Rechte meint insofern nicht mehr, jedoch auch nicht weniger, als dass es bei der Debatte um die Schaffung rechtlicher Schutzinstrumente geht, die aus der klassischen Perspektive des Rechts des geistigen Eigentums außerhalb des überkommenen, geschlossenen Formenkanons liegen und die zugleich den spezifischen Schutzinteressen indigener Gruppen/autochtoner Völker an ihren traditionellen Ausdrucksformen entsprechen. Weit gehende Einigkeit besteht sowohl innerhalb der WIPO und ihres IGC als auch im einschlägigen wissenschaftlichen Schrifttum darüber, dass die zu schaffenden Schutzinstrumente immaterialgüterrechtlicher Art sein und somit privatrechtsförmig ausgestaltet werden sollten.⁷⁸

Auf die einzelnen Vorschläge, die derzeit im IGC der WIPO diskutiert werden, braucht an dieser Stelle nicht vertieft eingegangen zu werden, da die Darstellung ihrer Inhalte und die nähere Analyse der im Raume stehenden *sui generis* Rechte im

⁷⁴ COP (Conference of the Parties) und MOP (Meeting of the Parties).

⁷⁵ Dazu Stoll und von Hahn (2008:37 ff.).

⁷⁶ Lucas-Schloetter (2008:339 ff.); Ramsauer (2005:61 ff.).

⁷⁷ Ramsauer (2005:93). Vgl. auch WIPO (2001); von Lewinski (2008a:515 ff.). Außerdem: Zimbehl (2010:188 ff., 124).

⁷⁸ WIPO (2001:207 ff.); WIPO (2003:73 ff.); Janke und WIPO (2003); WIPO (2006:III 1 ff.); Ramsauer (2005:93 und 159 ff.); von Lewinski (2008a:515 ff., insbes. 518 ff.).

Einzelnen Gegenstand weiterer Beiträge in dem vorliegenden Sammelband sind⁷⁹ und auch an anderer Stelle bereits mehr oder weniger detailliert dargestellt und erörtert wurden.⁸⁰ Festgehalten werden kann insoweit,

(a) dass ein rechtliches Schutzbedürfnis für traditionelle kulturelle Ausdrucksformen und für Folklore von einer überwiegenden Anzahl beteiligter Akteure in der Debatte angemahnt wird und im Ergebnis wohl auch grundsätzlich nachvollziehbar ist und dass in Anbetracht der, wie dargestellt, begrenzten Eignung der hergebrachten Instrumente des Rechts des geistigen Eigentums, insbesondere des Urheberrechts, nach anderen rechtlichen Formen zur Ausgestaltung des gebotenen Schutzes zu suchen ist;

(b) dass das Schutzbedürfnis bei den Kulturträgern einerseits auf die Einrichtung von Abwehr- und Ausschlussrechten gegenüber – privaten – Dritten und der unberechtigten Aneignung, Verfälschung, (ideellen) Entwertung oder Herabsetzung von Ritualen, Traditionen oder sonstigen kulturellen Handlungen gerichtet sein kann⁸¹, zum anderen aber auch ein Bedürfnis nach Verwertungs- und auch Kompensationsrechten für den Fall der (unerlaubten) Vereinnahmung durch Dritte – etwa durch die sogen. Kreativ- und Unterhaltungsindustrie – gegeben sein kann^{82, 83};

(c) dass in Ansehung der Richtung dieser beiden hauptsächlichen Schutzinteressen die privatrechtsförmige Ausgestaltung des entsprechenden Rechtsschutzes für traditionelle kulturelle Ausdrucksformen und Folklore grundsätzlich als die am besten geeignete und sachangemessenste Lösung erscheint und dass in der Tat die Schaffung eines immaterialgüterrechtlichen Schutzinstruments, welches sich grundsätzlich an der Schutzrichtung und Funktionsweise der bestehenden Instrumenten des Rechts des geistigen Eigentums orientiert, naheliegt⁸⁴;

⁷⁹ Vgl. dazu den Beitrag von Zimbehl, m.w.N sowie Lankau in diesem Sammelband.

⁸⁰ So: Ramsauer (2005:93 ff.); Zimbehl (2010:124 ff.); Taubman und Leistner (2008:59 ff.); Lucas-Schloetter (2008:339 ff., 411 ff.); von Lewinski (2008a:518 ff.), alle mit m.w.N. Vgl. auch WIPO (2003).

⁸¹ Dazu: Ramsauer (2005:117 f.).

⁸² Hierzu insbesondere Ramsauer (2005:118 f.).

⁸³ In Hinblick auf letztere Konstellation können die diskutierten Regelungsvorschläge also durchaus als eine Form des Access-and-Benefit-Sharings begriffen werden, welches auch in dem verwandten Kontext des Zugangs zu und der Verwertung von genetischen Ressourcen gem. Art. 15 CBD als grundsätzlich geeignetes Lösungsmodell für den Konflikt zwischen dem prinzipiellen Schutzinteresse indigener Gruppen /autochtoner Völker Gemeinschaften und dem Interesse der (globalen) Gesellschaft an Zugang und Verwertung zu bzw. von genetischen Ressourcen gefunden worden ist. Zur (rechtlichen) Ausgestaltung von Access-and-Benefit-Regimen u.a.: Lochen (2007).

⁸⁴ Hinzuweisen ist allerdings darauf, dass eine Reihe von bereits bestehenden, national-rechtlichen Regelungen und international-rechtlichen Entwürfen zum Schutz von kulturellen Ausdrucksformen und Folklore durchaus auch öffentlich-rechtliche Sanktionen und Schutzmechanismen, wie etwa die Verhängung von Geld- und Freiheitsstrafen, die Einziehung unautorisiert angefertigter Werkstücke oder der aus einer entsprechenden Rechtsverletzung entstehenden finanziellen Vorteile, vorsehen. So

(d) dass die zzt. im IGC der WIPO vorliegenden Vorschläge von durchaus heterogenen Ansätzen geprägt sind, dass die rechtspolitische Debatte über die Schaffung von *sui generis* Rechten zum Schutz traditioneller kultureller Ausdrucksformen und von Folklore nach wie vor zwischen den unterschiedlichen, an den Verhandlungen beteiligten Staaten und Staatengruppen umstritten ist⁸⁵ und dass in den Verhandlungen trotz nachhaltiger Bemühungen und der Einrichtung einer *Intersessional Working Group* auch weiterhin nur minimale Fortschritte erzielt werden.⁸⁶

3.3 Vorteile und Probleme einer privatrechtsförmigen Ausgestaltung des Schutzes für traditionelle kulturelle Ausdrucksformen und Folklore

Vorteile: Flexibilität privatrechtsförmigen Kulturschutzes - Privatrechtsförmige Schutzinstrumente als Ausdruck der Achtung kultureller Autonomie

An dieser Stelle ist zu betonen, dass die privatrechtsförmige Ausgestaltung der rechtlichen Instrumente, die vielen der im IGC der WIPO und dessen Umfeld diskutierten Vorschlägen zugrunde liegt⁸⁷, gerade deswegen als prinzipiell geeignet und sachgemessen für den Schutz von traditionellen kulturellen Ausdrucksformen und Folklore erscheint, weil sie den spezifischen Bedürfnissen der Kulturträger gut entspricht und ihnen ein hohes Maß an Selbstbestimmung und Flexibilität bei der Bewahrung und der Erhaltung ihrer Kultur einräumt.

In der Tat erscheint es am sachgerechtesten, den rechtlichen Schutz und damit die Verantwortung für Kultur grundsätzlich in die Hände ihrer Kulturträger zu legen und diese mit entsprechenden rechtlichen Ansprüchen auszustatten, um das Bestands- und das Schutzinteresse an den traditionellen kulturellen Ausdrucksformen dort durchzusetzen, wo es aus ihrer Perspektive erforderlich und geboten ist. Es besteht eine gewisse Vermutung dafür, dass die Kulturträger, durch deren

etwa: §§ 3, 6 und 7 der WIPO/UNESCO *Model Provisions for National Laws on the Protection of Expressions of Folklore Against Illicit Exploitation and Other Prejudicial Actions* von 1982, Art. 18 und 21 der Panama Ley No. 20 del 26 de junio de 2000 i.V.m. Decreto Ejecutivo No. 12 de 20 de marzo de 2001 oder Art. 26-29 des *South Pacific Community Model Law for the Protection of Traditional Knowledge and Expressions of Culture*. Dazu näher: Ramsauer (2005:115 ff.). Vgl. auch den Beitrag von Zimbehl im vorliegenden Sammelbandband, beide m.w.N.

⁸⁵ Zum aktuellen Verhandlungsstand: Summary Report of the Third Intersessional Working Group, Dok. WIPO/IGC/IC/18/8, abrufbar unter: WIPO (2011c).

⁸⁶ Vgl. dazu Lankau, Bizer und Gubaydullina (2010).

⁸⁷ Vgl. dazu etwa schon das sogen. Tunis Model Law on Copyright for Developing Countries von 1976, das South Pacific Model Law, die Traditional Knowledge and Expressions of Folklore Draft Regulations der African Regional Intellectual Property Organization (ARIPO) sowie zuletzt WIPO Draft Articles on the Protection of Traditional Cultural Expressions, Dok. WIPO/IGC/IC/18/4, siehe dazu auch WIPO-Dok. WIPO/IGC/IC/18/5, -/7, -/9 und -/10, abzurufen unter: WIPO (2010b).

Handlungen traditionelle kulturelle Ausdrucksformen wie etwa bestimmte Rituale, Traditionen etc. am Leben gehalten und weitergegeben werden, aufgrund ihrer Sachnähe und aufgrund der persönlichen, kulturellen Identifikation, die sie mit diesen kulturellen Ausdrucksformen – oftmals auf Engste – verbindet, regelmäßig am besten wissen und erkennen können, wann und inwiefern überhaupt eine Bedrohung für die von ihnen praktizierte Kultur vorliegt und welche dieser Bedrohungen sie mit welchen Mitteln und Instrumenten am besten abwehren können.

Rechtliche Schutzinstrumente stellen dabei ohnehin nur eines von mehreren denkbaren Mitteln und in vielen Fällen eine *ultima ratio* dar. Zunächst einmal darf nicht vergessen werden, dass nicht jede Beeinträchtigung kultureller Praxen von außen kommen muss, sondern dass mögliche Bedrohungen auch durch das Verhalten von Individuen aus dem Kreis der Kulturträger selbst hervorgerufen werden können und dass derartige „interne Bedrohungen“ regelmäßig von vornherein überhaupt keines rechtlichen Schutzinstruments bedürfen, weil sie – grade in indigenen Zusammenhängen – gruppenintern und nach den eigenen Gesetzmäßigkeiten des infrage stehenden kulturellen Zusammenhangs gelöst werden können, sofern sie nicht zwingende Regelungen der Rechtsordnung verletzen.⁸⁸ So können Störungen oder Verfälschungen traditioneller kultureller oder folkloristischer Ausdrucksformen bspw. dadurch abgewehrt werden, dass interne Verhaltenskodizes aufgestellt und dass die ausführenden Kulturträger im Wege einer kulturellen Selbstorganisation, etwa durch gilden- oder zunftartige Korporationen, eine Standesordnung oder durch religiöse/intellektuelle Kasten, gebunden und kontrolliert werden. Diese Formen der Selbstregulierung, die gerade in indigenen Gruppen und traditionellen Kulturen weit verbreitet sind, dürften regelmäßig zu einer durchaus wirksamen Bewahrung der traditionellen Kultur führen und zumindest interne Beeinträchtigungen effektiv abwehren, ohne dass es überhaupt eines rechtlichen Eingreifens bedarf.⁸⁹ Dem ist hinzuzufügen, dass gegenüber solchen internen Beeinträchtigungen, die so nachhaltig und stark sind, dass sie in der kulturellen Lebenswirklichkeit der betroffenen Kulturträger zu einer Veränderung der Tradition oder der Folklore führen, aus rechtlicher Sicht insofern kein Schutzbedürfnis bestehen kann, als derartige Modifikationen von gelebter Kultur grundsätzlich hinzunehmen sind und es einen rechtfertigungsbedürftigen, externen Eingriff von Seiten des Rechts bedeuten würde, wenn man eine natürliche Fortentwicklung von Kultur (auch nur punktuell) unterbinden wollte. Es kann grundsätzlich nicht die Aufgabe des Rechts – und zwar weder des Zivilrechts, noch des Öffentlichen Rechts –

⁸⁸ Zu dieser Problematik, die hier nur angedeutet werden kann, ausführlich, insbesondere im Zusammenhang mit den kulturellen Implikationen von Migration und kulturelle Relativierung in offenen Verfassungsordnungen: Britz (2000). In Hinblick auf die Grund- und Menschenrechte zu Recht dezidiert: Stern (2004:49 f.).

⁸⁹ In diesem Zusammenhang sei beispielhaft auf die im Rahmen der Göttinger Forschergruppe „Cultural Property“ unternommenen Forschungen von B. Hauser-Schäublin und K. Klenke zum Schutzbedürfnis der Totenrituale der Toraja in Sulawesi (Indonesien) verwiesen.

sein, in kulturinterne Prozesse und Diskurse, die sich prinzipiell nur nach ihren eigenen Gesetzmäßigkeiten vollziehen können und die sich nach Maßgabe ihrer eigenen Funktionsweisen entscheiden, ohne einen legitimen Grund und ohne eine Rechtfertigung steuernd oder verfälschend einzugreifen.⁹⁰

Entsprechendes wie für rein interne Beeinträchtigungen gilt auch für externe Beeinträchtigungen kultureller Praxen, die ohne weiteres mit den eigenen Mitteln der Kulturträger abgewehrt oder kompensiert werden können. Auch hier besteht prinzipiell kein Bedürfnis für rechtlichen Schutz. Ein solches besteht dagegen freilich dort, wo externe Beeinträchtigungen von Kultur ohne oder gegen den Willen der Kulturträger durch Dritte geschehen und allein mit kulturinternen Mitteln oder Mechanismen nicht mehr abgewehrt oder kompensiert werden können. Hierfür stehen zwei grundlegend unterschiedliche Lösungsansätze zur Verfügung:

(1) Zum einen kann zur Abwehr derartiger externer Beeinträchtigungen traditioneller Kultur ein öffentlich-rechtlicher Ansatz gewählt werden, nach dem der Schutz der Kultur durch hoheitliche Maßnahmen gegenüber dem Dritten gewährleistet wird. Dies kann bspw. so, wie es etwa die §§ 3 bzw. 6 und 7 der WIPO/UNESCO *Model Provisions* von 1982 oder das panamesische Gesetz No. 20 vom 26. Juni 2000 vorsehen, durch das Verhängen von Geld- oder Freiheitsstrafen, durch die Einziehung unautorisiert angefertigter Werkstücke oder der aus einer entsprechenden Rechtsverletzung entstehenden finanziellen Vorteile geschehen.⁹¹ Dies setzt jedoch die Kenntnisnahme und das Tätigwerden des Staates und seiner Behörden voraus, wobei es zudem darauf ankommt, ob und inwiefern der Staat nach der jeweiligen Ausgestaltung der konkreten Schutznorm zum Einschreiten verpflichtet wird oder ob ihm ein Einschätzungs- und Ermessensspielraum verbleibt, und welche Möglichkeiten die betroffenen Kulturträger haben, ein Einschreiten des Staates und die entsprechende staatliche Sanktion gegebenenfalls auch zu erzwingen.⁹²

(2) Zum anderen besteht die Möglichkeit der privatrechtsförmigen Ausgestaltung, indem den Kulturträgern umfangreiche, direkte, zivilrechtliche Ansprüche nach dem Modell der Immaterialgüterrechte eingeräumt werden, welche sie zur direkten Durchsetzung des Schutzes ihrer Kultur gegenüber Beeinträchtigungen durch Dritte nutzen können.⁹³ Eine idealtypische privatrechtsförmige Ausgestaltung des rechtlichen Schutzes bietet – freilich nach Maßgabe der Ausgestaltung durch den jeweiligen nationalen Gesetzgeber – den Vorteil, dass dieser regelmäßig zur Disposition der unmittelbar betroffenen Kulturträger steht, dass seine Instrumente von diesen flexibel und nach den konkreten Bedürfnissen des Einzelnen eingesetzt werden können (so könnte bspw. je nach Lage des Falles und gel-

⁹⁰ Vgl. dazu auch Mißling (2012).

⁹¹ Siehe oben, Fn. 83.

⁹² Vgl. Ramsauer (2005:116).

⁹³ Vgl. dazu jedoch: Ramsauer (2005:77 ff.).

tender Rechtslage die Wahl in einem Spektrum von einem reinen Unterlassungsanspruch, über denkbare Herausgabe- und Schadenersatzansprüche bis hin zu weitergehenden Kompensationsansprüchen bestehen⁹⁴) und dass er – ebenfalls bei entsprechender Ausgestaltung durch den Gesetzgeber – in prozessualer Hinsicht regelmäßig direkt gerichtlich gegenüber dem Dritten durchgesetzt werden kann, ohne dass es eines darüber hinaus gehenden, weiteren Tätigwerden des Staates bedarf.

Ein privatrechtsförmig ausgestalteter Rechtsschutz trägt bei einer ausreichenden Breite der Palette der zur Verfügung gestellten Rechtsinstrumente und bei einer entsprechend differenzierten Ausgestaltung der einzelnen Ansprüche im Idealfall zudem zum Erhalt und zur Verbesserung der Autonomie der Kultur gegenüber dem Staat und in der staatlich verfassten Gesellschaft bei, denn er legt den rechtlichen Schutz für die kulturellen Praxen unmittelbar in die Hände ihrer Kulturträger, welche diesen, unterstellt man ein ökonomisch-rationales Verhalten, in aller Regel im Sinne einer Optimierung der infrage stehenden kulturellen Praxis nutzen werden. Dies entspricht nicht nur dem prinzipiell staatsfernen Wesen jeglicher Kultur, sondern dürfte gerade im Fall traditioneller kultureller Ausdrucksformen indigener Kulturen den Interessen der indigenen Gemeinschaft als solcher am Schutz ihrer Kultur im Verhältnis zu Dritten oder anderen Gruppen wie im Übrigen – unter dem Gesichtspunkt kultureller Autonomie und Selbstbestimmung – auch dem Interesse der indigenen Gruppen gegenüber dem eigenen Staat am besten entsprechen.⁹⁵

Probleme beim privatrechtsförmigen Schutz von traditionellen kulturellen Ausdrucksformen indigener Gruppen

Bei alledem dürfen jedoch die Probleme nicht verschwiegen werden, die gerade in Bezug auf die privatrechtsförmige Ausgestaltung von sogen. *sui generis* Rechten an traditionellen kulturellen oder folkloristischen Ausdrucksformen indigener Gruppen bestehen, denn diese stellen für die Schaffung derartiger Rechtsinstrumente zum Schutz indigener Kultur durchaus nicht unbedeutende rechtsdogmatische und rechtspraktische Hindernisse dar. Sie sind sowohl in der Diskussion im IGC der WIPO als auch im wissenschaftlichen Schrifttum seit langem bekannt, so dass es an dieser Stelle abermals genügen kann, sie nur kurz zu skizzieren. Ein zentrales Problem im Hinblick auf die mögliche Schaffung von immaterialgüterrechtlichen *sui generis* Schutzrechten für traditionelle indigene Kultur und Folklore liegt in der Frage nach dem potenziellen Rechtsträger: Wenn nämlich in Bezug auf traditionelle indigene Kultur und Folklore schon fragwürdig ist, ob es für diese überhaupt

⁹⁴ Ramsauer (2005:117 ff.).

⁹⁵ Zur Berücksichtigung der Interessen der Beteiligten und möglichen Problemen ausführlicher: Ramsauer (2005:85 ff., 119 ff. und 132 ff.).

einen identifizierbaren Urheber im streng urheberrechtlichen Sinne gibt⁹⁶, so wäre auch bei der Schaffung von weiter gefassten *sui generis* Rechten problematisch, wer Träger dieser Immaterialgüterrechte und wer zu ihrer Durchsetzung befugt sein soll.⁹⁷ Es sind damit – abgesehen von der Grundsatzfrage, ob traditionelle Kultur und Folklore, die auf einer langen Überlieferung und einer kollektiven Ausübung beruhen, überhaupt konkreten Kulturträgern zuzuordnen sind oder ob sie nicht schon denknotwendig frei zugänglicher Gegenstand der *Public Domain* sein müssen⁹⁸ – die überaus schwierigen und nur von Einzelfall zu Einzelfall überhaupt lösbaren Fragen nach der Gruppenvertretung und deren Legitimation sowie Fragen der internen Verteilung der Rechte innerhalb der Gemeinschaft angesprochen.⁹⁹ Hinzu kommt, dass im Falle indigener Kultur in vielen Fällen eine von dem westlich geprägten Kulturverständnis abweichende Vorstellung sowohl von der Bedeutung und der Schutzwürdigkeit der Kultur als solcher als auch von der gesellschaftlichen Aufgabe des Rechts und seiner Instrumente vorherrscht, so dass selbst für den Fall, dass die Frage nach der Rechtsträgerschaft und der rechtlichen Vertretungsmacht von wie auch immer im Einzelnen ausgestalteten *sui generis* Rechten an Kultur¹⁰⁰ geklärt werden kann, in vielen Fällen bei den Kulturträgern selbst erst ein Bewusstsein für die rechtliche Schutzwürdigkeit und das rechtliche Wissen um die Benutzung und Durchsetzung möglicher Ansprüche geschaffen werden muss.

3.4 Zwischenfazit

Es kann also festgehalten werden, dass ein privatrechtsförmig ausgestalteter *sui generis* Schutz für Kultur, der sich an dem Grundmodell immaterialgüterrechtlicher Schutzinstrumente orientiert, gerade auch im Hinblick auf traditionelle kulturelle Ausdrucksformen und Folklore durchaus zu einer Verbesserung des rechtlichen Schutzes von Kultur beitragen könnte. Ein entsprechendes Schutzbedürfnis dieser Formen von Kultur gegenüber externen Beeinträchtigungen durch Dritte ist – gerade mit Blick auf die Kultur indigener Gemeinschaften – vielfach gegeben, wengleich nicht alle Handlungen Dritter, die aus einer stark westlich geprägten Perspektive, welche dazu neigt, in jeder Art kulturellen Ausdrucks einer *per se* schützenswerten Wert an sich zu erkennen, auch aus der Binnenperspektive ihrer Kulturträger als Bedrohung empfunden werden und oftmals mit außerrechtlichen Mitteln hinreichend abgewehrt oder kompensiert werden können. Wo indes ein Bedürfnis nach rechtlichem Schutz für Kultur besteht, scheint es, als könne dieser

⁹⁶ Zimbehl (2010:121 und 123).

⁹⁷ Vgl. Ramsauer (2005:103 ff.).

⁹⁸ Vgl. von Lewinski (2008a:521 ff.).

⁹⁹ Vgl. Ramsauer (2005:107). Zum Ganzen auch von Lewinski (2008a:507 ff., insbes. 519 ff.).

¹⁰⁰ von Lewinski (2008a:519 f.); Ramsauer (2005:107).

auch in Bezug auf traditionelle Kultur und Folklore durch privatrechtsförmig ausgestaltete *sui generis* Rechte, die sich an den hergebrachten Prinzipien des Immaterialgüterschutzrechts orientieren, grundsätzlich flexibler und auch im Sinne der kulturellen Autonomie der Kulturträger sachangemessener als mit öffentlich-rechtlichen Instrumenten erzielt werden. Insofern stellen die Bestrebungen im IGC der WIPO zur Schaffung internationaler Vorgaben für die Schaffung von immaterialgüterrechtlichen *sui generis* Rechten eine Neuerung im internationalen Kulturrecht dar, die als solche grundsätzlich zu begrüßen ist.

Allerdings bestehen vor allem in Bezug auf den Schutz traditioneller indigener Kultur und Folklore in Hinblick auf die konkrete Ausgestaltung derartiger *sui generis* Rechte nicht unerhebliche rechtsdogmatische und rechtspraktische Probleme, die angesichts der überaus heterogenen Situation indigener Gruppen und Gemeinschaften eine baldige Beendigung der Debatte und eine einheitliche, globale Lösung auf der international-rechtlichen Ebene nicht allzu bald erwarten lassen.

Betrachtet man die Debatte um die *sui generis* Rechte als einen Beitrag zu einem übergreifenden, modernen Kulturvölkerrecht, so muss außerdem auf ein weiteres hingewiesen werden: Selbst dort, wo man bei einer kritischen Betrachtung überhaupt einen rechtlichen Schutz für Kultur als erforderlich ansieht und diese nicht der freien Selbstregulierung überlassen will¹⁰¹, ist – wie im Vorausgegangenen schon angedeutet – allein ein privatrechtsförmig ausgestalteter Schutz von Kultur nicht ausreichend.

4 Bedürfnis eines öffentlich-rechtlichen Schutzes von Kultur

Die vorausgehende Betrachtung der in der Diskussion befindlichen *sui generis* Rechte hat demnach gezeigt, dass durch eine geschickte und vor allem differenzierte Ausgestaltung der privatrechtlichen Rahmenbedingungen für das Stattfinden von Kultur zwar weithin günstige und auch sachadäquate Voraussetzungen geschaffen werden können. Aufgrund der jedoch ebenfalls deutlich gewordenen Schwächen und immanenten Leerstellen dieser Konstruktion wird aber auch deutlich, dass im Interesse eines sachgerechten und effektiven Schutzes von Kultur daneben nach wie vor ein Bedürfnis nach einem öffentlich-rechtlichen Schutz von Kultur besteht. Dies gilt vor allem in Anbetracht der Tatsache, dass bei dem gegenwärtigen Stand der Interessen-, Sach- und Rechtslage im (internationalen) Kulturrecht nach wie vor dem Staat eine durchaus umfangreiche Rolle zukommt, auf die gerade auch im Hinblick auf den beschriebenen Inhalt und die Schwächen der im IGC der WIPO diskutierten, privatrechtsförmigen *sui generis* Rechte bis auf weiteres nicht verzichtet werden kann.

¹⁰¹ Vgl. dazu Bicskei, Bizer und Gubaydullina (2010).

In dem nachfolgenden Abschnitt des vorliegenden Beitrags soll daher zunächst noch einmal aufgezeigt werden, in welchen Bereichen des (internationalen) Kulturrechts mit den Instrumenten des öffentlichen Rechts eine sachadäquatere und auch effektivere Regelung erreicht werden kann als dies mit privatrechtsförmigen Instrumenten wie etwa den *sui generis* Rechten der Fall wäre. Daran anschließend will der Beitrag sodann die Bedingungen und Parameter, unter denen ein als Komplement zu diesen Rechtsinstrumenten verstandener, öffentlich-rechtlicher Schutz von Kultur im ebenenübergreifenden Kulturrecht stattfinden sollte, näher beleuchten.

4.1 Öffentlich-rechtliche Normen und Bewahrung von Kultur

Ein Bedürfnis für den Schutz von Kultur durch öffentlich-rechtliche Normen besteht klassischerweise insbesondere im Bereich der Bewahrung von Kultur. Es wurde im Vorausgehenden wiederholt angedeutet, dass vom Staat erlassene öffentlich-rechtliche Normen insofern besonders geeignet sind, hergebrachte und von der Gesellschaft als wertvoll angesehene Kultur in ihrer vorgefundenen Form zu erhalten und zu bewahren, als durch sie staatliche Maßnahmen und Vorkehrungen gegen Bedrohungen des vorhandenen Kulturbestandes durch Dritte oder ggf. sogar durch den privatrechtlich Berechtigten selbst getroffen werden können.¹⁰² Dabei geht es nicht allein um eine bloße Verstärkung des privatrechtlichen Schutzes von Interessen und Rechtspositionen der berechtigten Kulturträger an Kultur durch ein hoheitliches Einschreiten des Staates. Ein wesentlicher Grund für den öffentlich-rechtlichen Schutz von Kultur ist stets der Gedanke, dass das geschützte Objekt oder die geschützte kulturelle Praxis unabhängig von dem individuellen Interesse ihres Kulturträgers oder sonstiger an ihr Berechtigter als solche einen objektiven, kulturellen Eigenwert darstellt und deswegen schützenswert ist. Insofern ist es auch möglich und nicht einmal selten der Fall, dass sich öffentlich-rechtliche Regelungen zum Schutz von Kultur nicht allein gegen Bestandsbedrohungen durch Dritte richten, sondern ausdrücklich die privatrechtlich an der Kultur Berechtigten (Eigentümer oder sonstige Kulturträger) zum Adressaten haben.

Derartige öffentlich-rechtliche Normen, die im geltenden Kulturrecht gegenwärtig vor allem im Hinblick auf den Erhalt materieller Kulturgüter im Bereich des Kulturgüterschutzrechts, im Welterberecht und im Denkmalschutzrecht eine Rolle spielen, aber wie gezeigt auch zunehmend im Rahmen des Schutzes immaterieller Kultur Anwendung finden¹⁰³, sind in vielen Fällen auch durchaus erforderlich, denn rein privatrechtlich ausgestaltete Regeln, die die Entscheidungs- und Verfü-

¹⁰² Hierzu zählen bspw. auch die erwähnten Regelungen des Strafrechts wie sie etwa in den UNESCO/WIPO *Model Provisions* oder anderen regionalen und nationalen Modellgesetzen zum Schutz indigener Kultur vorgesehen sind.

¹⁰³ Vgl. dazu u.a.: Hönes (ohne Jahr). Siehe auch oben, 2.1.

gungsgewalt über Kulturgüter ausschließlich privaten Kultur- und Rechtsträgern zuordnen, stoßen in dem Bewahrungskontext unter gewissen Bedingungen an deutliche Grenzen. Dies ist immer dann der Fall, wenn das gesamtgesellschaftliche oder rechtlicher gesprochen das öffentliche Interesse am Erhalt bestimmter Kulturgüter mit dem individuellen Einzelinteresse des Inhabers der privatrechtlichen Rechtspositionen an dem entsprechenden Kulturgut auseinanderfällt oder gar kollidiert. In dieser Konstellation kann das öffentliche Interesse am Erhalt oder an der Bewahrung von Kultur und bestimmten Kulturgütern nur dadurch gewahrt und durchgesetzt werden, dass eine die privatrechtliche Zuordnung von Ansprüchen und Rechtspositionen überlagernde, öffentlich-rechtliche Regelung über das Kulturgut getroffen wird.¹⁰⁴ So liegt der Fall z.B. oftmals im Bereich des klassischen Denkmalschutzrechts, wo Entscheidungen über das Ob und auch über die Art und Weise der Erhaltung von materiellen Kulturgütern wegen des öffentlichen Interesses an dem besonderen kulturellen Wert der betroffenen Kulturgüter nicht mehr allein dem privatrechtlichen Eigentümer überlassen, sondern einer im öffentlichen Interesse stehenden, öffentlich-rechtlichen Regelung unterworfen wird.¹⁰⁵ Ebenso wird im Bereich des Ausfuhrrechts regelmäßig von der Möglichkeit öffentlich-rechtlicher Beschränkungen der privatrechtlichen Verfügungsmacht über Kunstwerke und andere materielle Kulturgüter Gebrauch gemacht. Der Grund für derartige Beschränkungen sind der besondere kulturelle Wert und das öffentliche Interesse, welche den Kulturgütern bzw. deren Erhalt zugemessen werden. So werden etwa in Deutschland durch das sogen. Kulturgüterschutzgesetz (KultSchG)¹⁰⁶, nach dessen Regelungen „Kunstwerke und anderes Kulturgut [...], deren Abwanderung aus dem Geltungsbereich des Gesetzes einen wesentlichen Verlust für den deutschen Kulturbesitz bedeuten würden“, in einem zentralen Register national bedeutsamen Kulturguts erfasst und gem. § 1 Abs. 4, §§ 4, 5 und 8 KultSchG einem Ausfuhrkontrollregime unterworfen.¹⁰⁷ Auch Art. 36 AEUV (früher Art. 30 EGV) erlaubt es insofern den Mitgliedstaaten der EU, Regelungen zur Beschränkung oder zum Verbot der Einfuhr, der Ausfuhr oder der Durchfuhr von Waren mit „kulturellem Charakter“ treffen, um u.a. nationales Kulturgut von künstleri-

¹⁰⁴ Dabei sind im Rahmen der Geltung rechtsstaatlicher Prinzipien die öffentlich-rechtlichen Vorschriften freilich insofern zu rechtfertigen, als sie der Durchsetzung eines legitimen öffentlichen Interesses dienen und verhältnismäßig (d.h.: im Lichte des verfolgten Normziels geeignet, das mildeste verfügbare Mittel darstellen [Erforderlichkeit] und angemessen, sein müssen.

¹⁰⁵ Vgl. bspw. die Zusammenstellung der in der Bundesrepublik Deutschland geltenden Denkmalschutzgesetze in: Deutsches Nationalkomitee für den Denkmalschutz (2005). Dazu: Martin (2005:151 ff.), m.w.N.

¹⁰⁶ Gesetz zum Schutz deutschen Kulturgutes gegen Abwanderung (KultSchG) in der Fassung der Bekanntmachung vom 8. Juli 1999, BGBl. I S. 1754, zuletzt geändert durch Artikel 2 des Gesetzes vom 18. Mai 2007, BGBl. I S. 757.

¹⁰⁷ Dazu näher: Bernsdorff und Kleine-Tebbe (1996:10 ff., 87 ff. und 99 ff.); Berndt (1998:80 ff.); Schmeick (1994:73 ff.).

schem, geschichtlichem oder archäologischem Wert zu schützen.¹⁰⁸ Regelungen wie diese wirken gegenüber den privaten Inhabern der Rechtspositionen an den Kulturgütern als Eingriff. Sie sind daher nur zulässig, wenn sie im überwiegenden, öffentlichen Interesse an der Erhaltung des Kulturguts gerechtfertigt und insbesondere in Hinblick auf die Eigentumsrechte oder sonstigen betroffenen Rechtspositionen der Privaten verhältnismäßig sind.

Die hier genannten Bereiche sind freilich nicht die einzigen, in denen ein öffentlich-rechtlicher Schutz von Kultur angezeigt und auch erforderlich ist. Über die wenigen, hier genannten Beispiele hinaus ist eine Vielzahl von Situationen denkbar, in denen Kultur nur durch das Eingreifen öffentlich-rechtlicher Regelungen effektiv geschützt werden kann.

4.2 Öffentliche Kulturförderung und Öffentliches Recht

Öffentlich-rechtliche Vorschriften erlangen im Zusammenhang mit dem Schutz von Kultur auch dort Bedeutung, wo die rechtlichen Voraussetzungen für eine staatliche Kulturförderung auszugestalten sind. Dass die öffentliche Förderung von Kultur nicht nur Aufgabe des modernen Staates ist¹⁰⁹, sondern dass hierzu sogar eine rechtliche Verpflichtung im Sinne eines auf die rechtlichen wie tatsächlichen Voraussetzungen für ein freies und vielfältiges kulturelles Leben gerichteten, objektiven Optimierungsgebots bestehen kann, lässt sich durchaus unterschiedlich begründen: Zumindest für die Vertragsparteien der UNESCO-Konvention über die kulturelle Vielfalt von 2005 besteht eine aus Art. 7 CCD folgende, völkerrechtliche Verpflichtung, welche je nach Sachlage auch staatliche Maßnahmen zur Kulturförderung einschließt. Für nationale Verfassungsordnungen wie bspw. die deutsche wurde eine Verpflichtung zu staatlicher Kulturförderung mitunter aus der Kulturstaatlichkeit des Verfassungsstaates i.V.m. dem Sozialstaatsprinzip hergeleitet.¹¹⁰ Aber auch die objektiv-rechtliche Dimension der Grundrechte mit Kulturbezug („kulturelle Grundrechte im engeren Sinne“)¹¹¹ kann in diesem Zusammenhang fruchtbar gemacht werden.¹¹² Jenseits der staatlichen Ebene muss schließlich auch Art. 167 AEUV als ein an die europäische Unionsebene gerichteter, rechtlicher Auftrag zur öffentlichen Kulturförderung verstanden werden, dessen Wahrneh-

¹⁰⁸ Dazu statt vieler: Odendahl (2005:378), m.w.N.

¹⁰⁹ Vgl. dazu statt vieler: Huster (2006:51 ff.); Sommermann (2005), beide m.w.N. Insbesondere in Bezug auf Staatliche Kunstförderung: Huster (2002:436 ff.).

¹¹⁰ Vgl. Sommermann (2005), m.w.N.

¹¹¹ Zu den kulturellen Grundrechten im engen Sinne etwa: Karpen (2007).

¹¹² Für die Staatliche Kunstförderung in Deutschland näher und m.w.N.: Mißling (2012).

mung durch die EU in einem – durchaus weiten – pflichtgemäßen Ermessen als verpflichtend verstanden werden muss.¹¹³

Bei der Durchführung öffentlicher Kulturförderung ist der Staat – sofern er überhaupt zu rechtlichen und nicht allein zu tatsächlichen Fördermaßnahmen greift – grundsätzlich frei, ob er diese ausschließlich durch öffentlich-rechtliche Normen oder aber ganz oder teilweise auch durch Privatrecht regeln will. Seinem Spielraum sind in diesem Zusammenhang grundsätzlich keine Grenzen gesetzt.¹¹⁴ So kann das Spektrum rechtlicher Kulturförderung etwa von der steuerlichen Begünstigung oder Freistellung kultureller Sachverhalte bis hin zur Anwendung des öffentlichen Vergaberechts im Zusammenhang mit kulturellen Aufträgen des Staates reichen.

Es ist zwar nicht ohne weiteres klar, ob es für die Durchführung öffentlicher Kulturförderung überhaupt rechtlicher Ermächtigungsgrundlagen bedarf. In der Rechtswissenschaft ist es durchaus noch immer umstritten, ob und inwiefern für Fördermaßnahmen des Staates (sogen. „Leistungsverwaltung“), so auch für die öffentliche Kulturförderung, der Vorbehalt des Gesetzes gilt oder ob diese nicht auch freihändig erfolgen kann.¹¹⁵ Ungeachtet dessen gelten in allen rechtsstaatlichen Verfassungsordnungen – auch jenseits der Staatlichkeit – für die öffentliche Kulturförderung egal welcher Form allerdings gewisse, unverzichtbare Grundprinzipien, die sich zwingend aus dem Prinzip der Rechtsstaatlichkeit (*Rule of Law*) herleiten: Im Rahmen einer rechtsstaatlich gebundenen, öffentlichen Kulturförderung sind zumindest die Prinzipien von inhaltlicher Neutralität und Äquidistanz, die Einhaltung des Willkürverbots und des allgemeinen Gleichheitssatzes sowie die Achtung der Grund- und Menschenrechte, insbesondere des Werts der Menschenwürde, zu achten.¹¹⁶ Diese rechtliche Minimalbindung richtet sich an den Staat als solchen und stellt insofern ein in einer rechtsstaatlichen Verfassungsordnung unverzichtbares Mindestmaß öffentlich-rechtlicher Bindung bei der öffentlichen Kulturförderung dar. Hieran zeigt sich, dass in diesem Zusammenhang die Grund- und Menschenrechte eine wichtige Rolle spielen.

4.3 Öffentlich-rechtliche Garantie kultureller Freiheit und Pluralität: Die Bedeutung (kultureller) Grund- und Menschenrechte

Darüber hinaus besteht schließlich die Notwendigkeit eines öffentlich-rechtlich ausgestalteten Schutzes von Kultur vor allem gegenüber dem Staat selbst: Beeinträchtigungen oder Eingriffe des Staates in das freie, kulturelle Leben innerhalb der

¹¹³ In diesem Sinne wohl auch: Blanke (2007:1677) mit Hinweis auf Nettesheim (2002:164). A.A.: Fischer und Lenz (2010:1835), dort Rn. 8, m.w.N.

¹¹⁴ Für die öffentliche Kulturförderung durch die EU ist Art. 167 Abs. 5 AEUV zu beachten.

¹¹⁵ Statt vieler: Maurer (2009:124 ff.).

¹¹⁶ Vgl. zum Ganzen: Huster (2002), m.w.N.

Gesellschaft können mit Mitteln des Privatrechts wie z.B. mit den Instrumenten des Urheberrechts nicht abgewehrt werden, da diese prinzipiell nur horizontal, d.h. gegenüber Privaten, und auch nur dort wirken, wo ein individueller Anspruch besteht, der dem Einzelnen eine konkrete Rechtsposition an Kultur zuspricht. Freilich sind diese privatrechtlichen Mittel, wie beschrieben, wichtige Instrumente beim Schutz von Kultur, denn mit ihnen kann der einzelne Kulturträger – sei es ein Künstler oder ein in sonstiger Weise Kulturschaffender – in rechtlich gesicherten Bahnen über seine individuellen Beiträge zum Kulturleben entscheiden und im Rahmen des bestehenden Privatrechts diesbezüglich im Übrigen frei disponieren, was zu einem lebendigen und vielfältigen kulturellen Leben in der Gesellschaft beiträgt. Ein solches Kulturleben setzt jedoch auch rechtliche Freiheit in einem vertikalen Verhältnis, d.h. im Verhältnis der Kulturschaffenden und Kulturträger zum Staat, voraus.

Es liegt im Wesen von Kultur und in ganz besonderer Weise im Wesen der hier im Fokus stehenden, immateriellen kulturellen Ausdrucksformen, dass sie sich grundsätzlich in einem staatsfreien Raum vollziehen und als solche dem Staat voraus liegen.¹¹⁷ Zumindest nach einem modernen und westlich-aufgeklärten Verständnis von Kultur und ihrer Bedeutung für den Menschen und die Gesellschaft liegen die Initiative und die Durchführung von kulturellen Handlungen – und zwar sowohl in individueller als auch in kollektiver Hinsicht – prinzipiell beim Menschen, während es die Aufgabe des Staates ist, sich (a) grundsätzlich aller Maßnahmen und Handlungen zu enthalten, die die kulturelle Freiheit ungerechtfertigt verkürzen oder behindern, (b) den kulturellen Bedürfnissen der Menschen entsprechend einen institutionell-rechtlichen Rahmen für das Stattfinden eines freien Kulturlebens zu schaffen und zu garantieren und (c) grundsätzlich auch im Rahmen seiner Möglichkeiten und ebenfalls nach Maßgabe der kulturellen Bedürfnisse der Menschen Kultur zu fördern.¹¹⁸

Damit rücken die (kulturellen) Grund- und Menschenrechte ins Zentrum des Interesses, denn diese sind aufgrund ihres dem Staat und der Rechtsordnung vorausgesetzten Wesens und ihrer Bindungswirkung gegenüber dem Staat¹¹⁹ in besonderer Weise geeignet, in dem gegebenen Kontext das vertikale Rechtsverhältnis zwischen dem Staat und den Kulturträgern zu regeln. Sie haben die Aufgabe, individuelle Freiheiten auch im kulturellen Bereich zu garantieren. Ihr eigenständiger Beitrag für das (internationale) Kulturrecht wurde bislang oftmals nur am Rande behandelt.¹²⁰ Ihre Bedeutung hierfür darf jedoch nicht unterschätzt werden, denn

¹¹⁷ Unter der Anwendung des weiten Kulturbegriffs im Sinne Freuds, wie er hier beschrieben und dem vorliegenden Beitrag zugrunde gelegt wurde, sind auch der Staat selbst und seine Institutionen Ausdruck von Kultur. Vgl. zum Ganzen sowie zum Verhältnis von Staat, Recht und Kultur: Losch (2006), passim.

¹¹⁸ Vgl. dazu ausführlicher Mißling (2012), m.w.N.

¹¹⁹ Dazu statt vieler: Stern (2004:3 ff.); Stern (1988:6 ff. und 51 ff.), jeweils m.w.N.

¹²⁰ Statt vieler: Odendahl (2005:204 ff.); Schack (2004:2 f.). Vgl. jedoch auch: Bidault (2009).

die Grund- und Menschenrechte tragen zu Freiheit und Pluralität des kulturellen Lebens bei. Ungeachtet der subjektiv-rechtlichen Abwehrfunktion, welche nicht in jeder Hinsicht unumstritten ist¹²¹, leisten sie vor allem einen Beitrag als den Staat bindende, objektiv-rechtliche Garantien von rechtlicher Freiheit und inhaltlicher Vielfalt des Kulturlebens. Man kann daher durchaus mit einer gewissen Berechtigung behaupten, dass die Grund- und Menschenrechte neben den hergebrachten Instrumenten des Welterbe- und des Kulturgüterschutzrechts und neben privatrechtsförmig ausgestalteten Rechtsinstrumenten, etwa des geistigen Eigentums, eine eigenständige, dritte Normenkategorie der Kulturrechts darstellen, deren Hauptzweck es ist, zu einem vielfältigen und vor allem freien kulturellen Leben in einer (globalen) Gesellschaft beizutragen.

4.4 Der Beitrag (kultureller) Grund- und Menschenrechte zum Schutz von Kultur

„Kulturelle“ Grund- und Menschenrechte als eigene Kategorie?

Vor einer groben Skizzierung des gegenwärtigen Bestandes der kulturell relevanten Grund- und Menschenrechte und ihrer Verbürgungen im gegenwärtigen (internationalen) Kulturrecht bedarf der hier eingeführte Begriff der „kulturellen“ Grund- und Menschenrechte der Klärung: Hierbei handelt es sich keineswegs um einen in der rechtswissenschaftlichen Debatte feststehenden Terminus. Erst recht stellen die „kulturellen“ Grund- und Menschenrechte bislang keine eigene Kategorie in der Grund- und Menschenrechtsdogmatik dar. Vielmehr handelt es sich bei ihnen um die Summe der fundamentalen Rechtsverbürgungen der unterschiedlichen Ebenen des internationalen Rechts, welche einen besonderen Bezug zu kulturellen Sachverhalten aufweisen. Trotz der Uneinheitlichkeit dieser Rechte¹²² können im Kontext des vorliegenden Beitrags Grundrechte und Menschenrechte insofern zu einer einheitlichen Kategorie zusammengefasst werden, als es hier darum geht, die spezifische rechtliche Funktion im Zusammenhang mit dem Schutz von Kultur, den diese Rechte leisten können, generell zu beschreiben. Dabei lässt sich festhalten, dass die Grundrechte und die Menschenrechte aller Ebenen des internationalen Rechts trotz dogmatischer Unterschiede, die zwischen ihnen bestehen, im hier relevanten Kontext dieselbe Funktion erfüllen. Sowohl bei den Grundrechten als auch bei den Menschenrechten handelt es sich nämlich ihrem Wesen nach um fundamentale und jeder Form von hoheitlicher Gewalt voraus liegende Rechte, die

¹²¹ Anders als in der nationalen deutschen Rechtsordnung, in welcher die subjektiv-individuelle Abwehrfunktion die vornehmste Funktion der Grundrechte darstellt, wird den Grund- und Menschenrechten in anderen Rechtsordnungen und auch in einem internationalen und ebenübergreifenden Zusammenhang oftmals keine oder nur eine begrenzt eine subjektiv-individuelle Funktion zuerkannt.

¹²² Stern (2004:26).

dem Menschen allein aufgrund der menschlichen Würde und der Tatsache menschlicher Existenz zukommen.¹²³ Dabei sollen in dem hier verwendeten Sinne als „Grundrechte“ vor allem solche Verbürgungen verstanden werden, die auf der Ebene nationaler Staatlichkeit dem Staat sowie im europäischen Zusammenhang auf der Ebene der EU der Ausübung von inzwischen weithin staatsähnlicher Hoheitsgewalt durch die EU und ihre Organe¹²⁴ vorausgesetzt sind und diese binden, während unter den „Menschenrechten“ hier entsprechende Verbürgungen der internationalen Ebene verstanden werden, welche die Staaten kraft völkerrechtlicher Vereinbarung oder Völkergewohnheitsrechts verpflichten.¹²⁵ In einer ebenenübergreifenden, internationalen Rechtsordnung, wie es auch das internationale Kulturrecht zunehmend ist, verfolgen Grund- und Menschenrechte dieselbe Schutzrichtung. Sie unterscheiden sich – ungeachtet gewisser Unterscheidungen in Umfang und Reichweite der enthaltenen Garantien sowie in der Strenge rechtlicher Bindungswirkung gegenüber ihren Adressaten – vor allem dadurch, dass sie auf den unterschiedlichen Ebenen der internationalen Rechtsordnung zum Tragen kommen. Sie richten sich jedoch immer an den Staat bzw. die Träger von Hoheitsgewalt.¹²⁶

Der Begriff der „kulturellen“ Grund- und Menschenrechte hängt von dem zugrunde liegenden Kulturbegriff ab. Geht man von dem weiten Kulturbegriff im Sinne Freuds aus¹²⁷, müssen sämtliche Grund- und Menschenrechte als „kulturell“ verstanden werden, da sie alle ihren Ursprung, ihren Kern und ihren Geltungsgrund im Menschen haben. Die Grund- und Menschenrechte selbst sind geradezu idealer Ausdruck der kulturellen Leistung des Menschen und somit selbst „Kultur“.¹²⁸ In der Tat tragen bei einem derart weit verstandenen Kulturbegriff alle Grund- und Menschenrechte zum Schutz von Kultur bei, da die unterschiedlichen Verbürgungen den menschlichen Ausdruck und die Entfaltung des Menschen in sämtlichen sachlichen Lebensbereichen, und somit immer „Kultur“ im Sinne Freuds, schützen. Für die hier in den Blick genommene Einordnung der Rolle und der Bedeutung der Grund- und Menschenrechte im internationalen Kulturrecht bedarf es einer begrifflichen Schärfung, da bestimmte Grund- und Menschenrechte dem Wesen ihres Gegenstands entsprechend doch größere Beiträge zum Kulturschutz leisten (müssen) als andere. Ohne den Wert und die Bedeutung der übrigen Grund- und Menschenrechte für das kulturelle Zusammenleben zu schmälern, soll sich die anschließende, nähere Betrachtung der „kulturellen“ Grund- und Men-

¹²³ Statt vieler: Stern (2004:5 ff., insbes. 26 ff.), m.w.N.

¹²⁴ Hierzu: Stern (2004:28), m.w.N.

¹²⁵ Wie hier: Stern (2004:27 f.).

¹²⁶ Zum Ganzen ausführlich: Stern (2004:5 ff.); Tomuschat (2003:84 ff.), beide m.w.N.

¹²⁷ Siehe oben 1.3.

¹²⁸ Auf das Verhältnis zwischen Kultur und den Grund- und Menschenrechten weist auch Losch (2006:131 ff.) hin.

schenrechte in erster Linie zunächst auf diejenigen Rechte konzentrieren, welche sich nach einem engeren Kulturverständnis klassischerweise auf „kulturelle Gegenstände“ wie etwa den Ausdruck menschlicher Persönlichkeit im Bereich der Kunst, der Wissenschaft, der Forschung und Lehre, der Religion und der Bildung beziehen¹²⁹ – wohl wissend, dass hiermit nur ein Teil von Kultur erfasst werden kann. Soweit es nicht nur um den kulturellen Ausdruck des einzelnen Menschen, sondern um kollektive Kultur geht, wird man darüber hinaus hier auf solche Rechte abstellen müssen, die die Wahrung und den Ausdruck von kollektiver Identität verbürgen.¹³⁰

Überblick über den internationalen Bestand grund- und menschenrechtlicher Verbürgungen im Zusammenhang mit Kultur

Ein schlaglichtartiger Überblick über den gegenwärtigen *Status quo* der „kulturellen“ Grund- und Menschenrechte als Teil des internationalen Kulturrechts mag insofern helfen, zu verstehen, welche Verbürgungen hiermit im Einzelnen angesprochen sind. Im Rahmen des vorliegenden Beitrags kann die nachfolgende Betrachtung der einschlägigen grund- und menschenrechtlichen Normen nur die wichtigsten und prominentesten behandeln. Zu einer umfassenden Systematisierung der „kulturellen“ Grund- und Menschenrechte sind einstweilen erste Schritte unternommen worden.¹³¹ Dabei sollte unterschieden werden zwischen individuellen und kollektiven Garantien einerseits, andererseits sollte für einen besseren Überblick nach den unterschiedlichen Ebenen der Rechtsordnung differenziert werden, auf denen sie zum Tragen kommen.

„Kulturelle“ Grund- und Menschenrechte bestehen zunächst in einer Reihe individueller Freiheiten mit Kulturbezug, die auf den unterschiedlichen Ebenen des internationalen Rechts verbürgt werden und deren Garantien zwar insbesondere im Hinblick auf Umfang und Reichweite ihres Schutzes und hinsichtlich ihrer Einschränkungbarkeit im Einzelnen durchaus divergieren, die sich in ihrem materiellen Kern jedoch überschneiden. Im Ausgangspunkt und im Zentrum der „kulturellen“ Grund- und Menschenrechte steht die Menschenwürde. Aufgrund des engen, wechselseitigen Junktims zwischen Menschenwürde, Identität und Kultur ist ihre Garantie erste Voraussetzung für das Stattfinden und den Schutz von Kultur.¹³² Aus ähnlichen Erwägungen wird auch die Gedanken-, Meinungs- und Gewissens-

¹²⁹ Ähnlich wie hier: Karpen (2007).

¹³⁰ Bidault (2009:246 ff.). Zum Verhältnis von Kultur und Identität auch Bicskei, Bizer und Gubaydullina (2010:139 ff.), m.w.N.

¹³¹ Eine breit angelegte, systematisierende Darstellung des gegenwärtigen Bestandes „kultureller“ Grundrechte findet sich bei Bidault (2009).

¹³² Odendahl (2005:205).

freiheit zu Recht als eines der ersten und fundamentalsten „kulturellen“ Grundrechte angesehen.¹³³ Dementsprechend findet sich die Garantie der Gedanken- und Gewissensfreiheit auf allen Ebenen der internationalen Rechtsordnung an prominenter Stelle, wie z.B. in Art. 18 und 19 der Allgemeinen Erklärung der Menschenrechte¹³⁴, Art. 18 und 19 Abs. 2 IPbpR¹³⁵, Art. 9 EMRK, Art. 10 der Charta der Grundrechte der EU¹³⁶ oder Art. 4 Abs. 1 GG. Um sie herum ordnen sich die Garantien einer Reihe weiterer, kulturbezogener Freiheiten und Rechte wie die Meinungsfreiheit¹³⁷, Glaubens- und Religionsfreiheit¹³⁸, die Ausdrucksfreiheit, welche regelmäßig nicht nur die Rede- und Pressefreiheit¹³⁹, sondern in vielen Fällen auch die Freiheit künstlerischen Ausdrucks¹⁴⁰ einschließt oder in engstem Bezug zur Kunstfreiheit¹⁴¹ steht, die Wissenschafts-, Forschungs- und Lehrfreiheit¹⁴² oder das Recht auf Bildung.¹⁴³ Ferner stellt auf der Ebene der internationalen Menschenrechte das Recht auf Teilhabe am kulturellen Leben ein herausragendes „kulturelles“ Individualrecht dar.¹⁴⁴ Schließlich finden sich weitere individuelle Rechte sowie eine Reihe an den Staat gerichteter, objektiv-rechtlicher Verpflichtungen, welche sich zugunsten eines individuellen Schutzes kultureller Freiheit auswirken, wie etwa das Ziel der stetigen kulturellen Entwicklung (Art. 6 Abs.2 IPwskR), das Recht auf Teilhabe am wissenschaftlichen Fortschritt (Art. 15 Abs. 1 lit. b) IPwskR), die Garantie bzw. der Schutz des Urheberrechts (Art. 15 Abs. 1 lit. c) IPwskR), die Förderung von Wissenschaft und Kultur (Art. 15 Abs. 2 IPwskR) und die Verpflichtung auf eine internationale Zusammenarbeit auf wissenschaftlichem und kulturellem Gebiet in Art. 15 Abs. 4 IPwskR. Wie die einzelnen Best-

¹³³ Bidault (2009:265).

¹³⁴ Resolution 217 A (III) der Generalversammlung der Vereinten Nationen vom 10. Dezember 1948.

¹³⁵ Internationaler Pakt über bürgerliche und politische Rechte vom 19. Dezember 1966, BGBl. 1973 II S. 1534.

¹³⁶ GRCh-EU, vom 7. Dezember 2000, in Kraft getreten mit dem Vertrag von Lissabon zum 1. Dezember 2009.

¹³⁷ Art. 19 der Allgemeinen Erklärung der Menschenrechte von 1948, Art. 19 Abs. 2 IPbpR, Art. 10, Art. 11 GRCh-EU, Art. 5 Abs. 1 GG.

¹³⁸ Art. 18 der Allgemeinen Erklärung der Menschenrechte von 1948; Art. 18 IPbpR, Art. 9 EMRK, Art. 10 GRCh-EU, Art. 4 Abs. 1, 2 GG.

¹³⁹ Art. 19 Abs. 2 IPbpR, Art. 5 Abs. 1 Satz 2 GG.

¹⁴⁰ Art. 19 Abs. 2 IPbpR, Art. 10 EMRK.

¹⁴¹ Art. 15 Abs. 3 des Internationalen Pakts über wirtschaftliche, soziale und kulturelle Rechte vom 19. Dezember 1966 (IPwskR), BGBl. 1973 II S. 1970, Art. 13 GRCh-EU, Art. 5 Abs. 3 Satz 1 GG.

¹⁴² Ebenda.

¹⁴³ Art. 26 der Allgemeinen Erklärung der Menschenrechte von 1948, Art. 13 IPwskR, Art. 28 und 29 der Konvention über die Rechte des Kindes, Art. 2 des Ersten Zusatzprotokolls zur EMRK, Art. 14 GRCh-EU.

¹⁴⁴ Art. 27 der Allgemeinen Erklärung der Menschenrechte von 1948; Art. 15 Abs. 1 lit. a) IPwskR, Art. 5 der UNESCO-Erklärung zur kulturellen Vielfalt vom 2. November 2001.

immungen der CCD, so verpflichtet auch Art. 22 GRCh-EU die Vertrags- bzw. Mitgliedsstaaten auf die Achtung der kulturellen Vielfalt.

Bei den kollektiven kulturellen Grund- und Menschenrechten spielen insbesondere die international-rechtlichen Instrumente des Minderheitenschutzes, der Pflege der kulturellen Identität und das Selbstbestimmungsrecht der Völker eine Rolle.¹⁴⁵ Neben dem Recht auf kulturelle Selbstbestimmung¹⁴⁶ stellt das in u.a. Art. 27 IPbpR wie auch in Art. 5 Abs. 1 des Rahmenübereinkommens des Europarates zum Schutz nationaler Minderheiten¹⁴⁷ niedergelegte Recht auf Pflege der kulturellen Identität eine wichtige kollektive Schutzverbürgung im Interesse der Kultur dar.¹⁴⁸

Es ist im Rahmen des hier vorliegenden Beitrags nicht möglich, eine weiter gehende Systematisierung der kulturellen Grund- und Menschenrechte, die über die hier vorgenommene Skizzierung hinausgeht, vorzunehmen. An dieser Stelle mag es daher genügen, mit der schlaglichtartigen Zusammenstellung und Nennung einiger der wichtigsten „kulturellen“ Grund- und Menschenrechte des internationalen Kulturrechts einen Eindruck von der Spannbreite, der Wichtigkeit und dem Wirkungspotenzial, welches diese Rechte im Zusammenhang mit dem international-rechtlichen Schutz von Kultur entfalten können, zu vermitteln. Eine tiefer gehende Analyse, die die volle Bedeutung der „kulturellen“ Grund- und Menschenrechte für den Kulturschutz im Einzelnen vor Augen führt, steht noch aus.

Insbesondere: Kulturelle Grund- und Menschenrechte und der Schutz von traditioneller Kultur und Folklore

Die Darstellung der Instrumente des kollektiven Kulturschutzes soll jedoch nicht beendet werden, ohne auf ein wichtiges Instrument des internationalen Menschenrechtsschutzes hinzuweisen, das trotz seiner fehlenden Rechtsverbindlichkeit und seines Charakters als sogen. *Soft Law* insbesondere für den im Fokus des vorliegenden Essays stehenden Schutz traditioneller kultureller Ausdrucksformen und Folklore von Bedeutung ist: Mit der Erklärung der Generalversammlung der Vereinten Nationen über die Rechte indigener Völker vom 13. September 2007¹⁴⁹ wurde das Recht indigener Gruppen und ihrer Angehörigen bekräftigt, individuell wie auch kollektiv eine Reihe von kulturellen Grund- und Menschenrechten in Anspruch zu nehmen, welche der Pflege und Verwirklichung ihrer traditionellen

¹⁴⁵ Odendahl (2005:205 ff., 208).

¹⁴⁶ Art. 1 Abs. 1 IPbpR und IPwskR („Selbstbestimmung der Völker über ihre wirtschaftliche, soziale und kulturelle Entwicklung“).

¹⁴⁷ Vom 1. Februar 1995, BGBl. 1997 II S. 1408.

¹⁴⁸ Vgl. dazu näher Odendahl (2005:206 f.); Bidault (2009:246 ff.).

¹⁴⁹ Res. (A/RES/61/295).

kulturellen Ausdrucksformen und Traditionen dienen sollen.¹⁵⁰ Durch das zwischenzeitliche Inkrafttreten der UNESCO-Konvention über die kulturelle Vielfalt (CCD), die an mehreren Stellen explizit Bezug auf die besondere Stellung und die Rechte indigener Völker nimmt¹⁵¹, sind etliche der in der Erklärung der Generalversammlung enthaltenen Bekräftigungen – wenn auch nicht deckungsgleich und in deutlich schwächerer Form – zu verbindlichen (Bemühens-)Verpflichtungen der Vertragsstaaten geworden. Welche konkreten Auswirkungen dies auf den Schutz indigener Kultur in der Praxis haben wird, bleibt freilich vorläufig noch abzuwarten

5 Der öffentlich-rechtliche Schutz von Kultur in einem komplementären Kulturrechtssystem

Vor dem Hintergrund dieser Ausführungen kann für die Bedeutung öffentlich-rechtlicher Normen für den Schutz von Kultur eine Art von Matrix entworfen werden, die sich im Groben strukturieren lässt, wie es im Folgenden skizziert wird und in die der öffentlich-rechtliche Schutz im Vergleich zum privatrechtsförmig ausgestalteten Schutz von Kultur sodann entsprechend seiner Eignung eingeordnet werden kann. Dabei spielen sowohl Normen des internationalen Kulturrechts als auch solche der nationalen Ebene eine Rolle und finden – in einem ebenenübergreifenden Sinne verstanden – gleichermaßen Beachtung bei dem folgenden Entwurf.

Zum Ersten ist zwischen materieller und immaterieller Kultur zu unterscheiden. Auf letzterer liegt der Fokus des vorliegenden Essays, dennoch darf der Schutz materieller Kulturgüter nicht vergessen werden. Zum Zweiten ist zwischen den beiden Schutzzwecken des Kulturrechts, nämlich zwischen der Bewahrung und Erhaltung von Kultur auf der einen Seite und der Förderung von Kultur auf der anderen Seite, zu unterscheiden. Als Drittes ist schließlich das Spannungsverhältnis zwischen dem öffentlichen und somit stellvertretend vom Staat zu wahrenen Interesse am „kulturellen Wert“ eines konkreten Kulturguts oder einer kulturellen Ausdrucksform sowie an dessen Bewahrung einerseits und dem Interesse an kultureller Freiheit, kultureller Diversität und freier, kultureller Fortentwicklung auf der anderen Seite zu berücksichtigen. In den so aufgespannten Rahmen können sowohl die privatrechtlichen als auch die öffentlich-rechtlichen Instrumente des Kulturrechts aller Ebenen hinsichtlich ihrer Eignung eingeordnet werden.

¹⁵⁰ Ausführlich zum Ganzen: Bidault (2009:250 ff.).

¹⁵¹ So bspw. bereits in der Präambel und in Art. 7 Abs. 1 lit. a) CCD.

5.1 Öffentliches Recht und die Bewahrung von materieller und immaterieller Kultur

Nimmt man den kulturechtlichen Zweck der Bewahrung vorhandener Kultur in den Blick, so scheint es, dass zur Erreichung dieses Zwecks öffentlich-rechtliche Normen regelmäßig geeigneter sind als Normen des Privatrechts. Es ist bereits mehrfach angesprochen worden, dass die öffentlich-rechtliche Regulierung von Kultur vermittels einer Eingriffs-Rechtfertigungs-Struktur sowohl im Kulturgüterschutzrecht als auch im Welterberecht und im klassischen Denkmalschutzrecht ein durchaus effizientes Instrumentarium darstellt, um dem öffentlichen Interesse an Bewahrung und Erhaltung vorhandener materieller Kultur für die Gesellschaft zu entsprechen. Privatrechtliche Zuordnungen von Rechtspositionen zu Kultur werden hier vom öffentlichen Recht überlagert, um das gesamtgesellschaftliche Interesse an dem „kulturellen Eigenwert“ gewisser Kulturgüter zu wahren und im Zweifel auch gegen private Interessen durchzusetzen.¹⁵²

Demgegenüber stellt sich die rechtliche Bewahrung immaterieller Kultur deutlich schwieriger dar: Regeln zur Bewahrung von vorhandener Kultur zielen darauf ab, sowohl materielle als auch immaterielle Kultur in derjenigen Erscheinungsform, in welcher sie sich zu einem bestimmten Zeitpunkt darbietet, zu erhalten und möglichst unverändert zu konservieren. Gerade im Zusammenhang mit immaterieller Kultur entsteht damit ein grundlegendes Spannungsverhältnis zwischen dem Bewahrungszweck und dem Wesen immaterieller Kultur, denn letzteres besteht im Wesentlichen darin, dass immaterielle Kultur in gelebten Zusammenhängen immer wieder erneut zum Ausdruck gebracht werden muss und somit schon ihrer Natur nach einer gewissen Fluidität unterliegt. Dieses grundlegende Spannungsverhältnis muss bei der Wahl und der Ausgestaltung der rechtlichen Instrumente, die der Bewahrung immaterieller Kultur dienen sollen, berücksichtigt und möglichst interessengerecht ausgeglichen werden.

In Ansehung dessen sind Zweifel an der optimalen Eignung öffentlich-rechtlicher Regelungen – egal auf welcher Ebene des internationalen Kulturrechts – zur Bewahrung immaterieller Kultur angebracht. Es ist nämlich zu beobachten, dass die im Kulturrecht heute vorhandenen, öffentlich-rechtlichen Schutzinstrumente zur Bewahrung von Kultur unabhängig davon, ob diese auf der internationalen oder der nationalen Ebene gelten oder Anwendung finden, in der Regel so ausgestaltet sind, dass sie im Ergebnis auf hoheitlich angeordnete Veränderungsbeschränkungen und Veränderungsverbote hinauslaufen. Am Beispiel der UNESCO-Konvention von 2003 wurde aufgezeigt, welche Probleme dies in Hinblick auf die immaterielle Kultur mit sich bringen kann. Hier besteht die Gefahr der Musealisierung von Kultur und somit auch der Verfälschung des kulturellen Lebens in der

¹⁵² Siehe oben, 4.1.

Gesellschaft.¹⁵³ Vor diesem Hintergrund erscheint es durchaus sinnvoll, bei der Bewahrung immaterieller Kultur vor allem auf die privatrechtlich ausgestalteten Instrumente des Immaterialgüterrechts oder auch auf entsprechend ausgestaltete *sui generis* Schutzrechte zu setzen. Wie dargestellt, bieten diese in der Regel den Vorteil höherer Flexibilität und können so den Schutzbedürfnissen immaterieller Kultur entsprechend gezielt eingesetzt werden. Zudem spricht sowohl unter Effektivitätsaspekten als auch im Hinblick auf den Wert kultureller Freiheit und Autonomie vieles dafür, gerade den Schutz für immaterielle Kultur, der letztlich vom Willen der Kulturträger abhängt, prinzipiell in deren Verantwortung zu stellen.¹⁵⁴

Zudem ist zu bedenken, dass eine vom Staat unternommene, öffentlich-rechtliche Regulierung immaterieller kultureller Ausdrucksformen vermittels hoheitlicher Eingriffsmaßnahmen in rechtlicher Hinsicht stets auf eine Kollision mit der kulturellen Freiheit der infrage kommenden Kulturträger angelegt ist. An dieser Stelle schließt sich also der Kreis zu den „kulturellen“ Grund- und Menschenrechten.¹⁵⁵ Aus der Perspektive der Grund- und Menschenrechte, insbesondere im Hinblick auf die Wahrung eines Optimums an kultureller Freiheit in einer Gesellschaft, kann ein allzu starrer rechtlicher Schutz von Kultur durch hoheitliche Maßnahmen jedenfalls dann zu einem kultur- und gesellschaftspolitischen Problem werden, wenn er dazu führt, dass die tatsächlichen Bedürfnisse der Kulturträger im geltenden Kulturrecht nicht mehr adäquat widergespiegelt oder sogar ignoriert werden und stattdessen die Wertentscheidungen des Staates an die Stelle derjenigen der Kulturträger gesetzt werden. Die Gefahr einer Verstaatlichung der Kultur – das zeigen nicht zuletzt auch die historischen Erfahrungen des 20. Jahrhunderts in Europa und in Deutschland – ist gerade bei immaterieller Kultur in besonderem Maße gegeben.

Zwar wird man sagen können, dass die Bewahrung bestimmter, bedrohter kultureller Ausdrucksformen ein legitimes und schützenswertes öffentliches Interesse darstellt, zugunsten dessen der Staat die aus seiner Sicht Maßnahmen ergreifen muss. Hierzu werden etwa die Vertragsstaaten der UNESCO-Konvention über die kulturelle Vielfalt durch Art. 8 CCD völkerrechtlich verpflichtet. Unter dem Aspekt des Schutzes der kulturellen Vielfalt sind hoheitliche Schutzmaßnahmen zugunsten bedrohter kultureller Ausdrucksformen auch grundsätzlich positiv zu bewerten. Allerdings müssen diese Interessen mit den individuellen kulturellen Freiheiten der Kulturträger und mit dem ebenfalls öffentlichen Interesse an einer sich anhand der Bedürfnisse seiner Akteure (!) frei orientierenden Fortentwicklung des kulturellen Lebens in der Gesellschaft sorgfältig abgewogen werden. Insofern ist dem Staat bei der Anwendung öffentlich-rechtlich ausgestalteter Schutzmaßnahmen zur Bewahrung immaterieller kultureller Ausdrucksformen nicht nur eine

¹⁵³ Siehe oben, Fn. 32.

¹⁵⁴ Siehe oben, 3.3.

¹⁵⁵ Siehe oben, 4.3 und 4.4.

besondere Vorsicht und Zurückhaltung anzuraten. In Ansehung des Junktims zwischen immaterieller Kultur, kultureller Freiheit und den Grund- und Menschenrechten sollte der Staat sich im Bereich der rechtlichen Bewahrung auf die bloße Setzung eines notwendigen rechtlichen Rahmens für das Stattfinden immaterieller Kultur beschränken und alle übrigen Entscheidungen grundsätzlich der Freiheit und der Autonomie der Kulturträger überlassen. Insofern wird man angesichts der überragenden Bedeutung der Grund- und Menschenrechte von einem gewissen Vorteil privatrechtsförmiger Ausgestaltung ausgehen können. Zwar ist die Wahl öffentlich-rechtlicher Regelungen dem Staat in diesem Bereich keineswegs verwehrt. Rechtspolitisch erscheinen sie jedoch nur dort sinnvoll, wo sie in einem ausgewogenen Verhältnis zwischen dem berechtigten Interesse am Erhalt der immateriellen kulturellen Ausdruckform als solcher und dem Interesse an kultureller Freiheit der betroffenen Kulturträger notwendig sind.

5.2 Öffentliches Recht und Förderung von Kultur

Soweit es hingegen um die Förderung von Kultur, und dabei insbesondere um die Förderung von immaterieller Kultur geht, dürfte sich die zu Beginn des vorliegenden Beitrags aufgestellte Hypothese, dass hierfür eine privatrechtsförmige Ausgestaltung geeigneter erscheint als die öffentlich-rechtliche¹⁵⁶, nicht ohne weiteres in der zunächst vermuteten Klarheit aufrecht erhalten lassen. Der Grund dafür ist, dass bei der Wahl der Mittel staatlicher bzw. öffentlicher Förderung von Kultur ein sehr weiter Entscheidungs- und Ermessensspielraum des Staates bzw. der zur Kulturförderung berechtigten und berufenen überstaatlichen Träger von Hoheitsgewalt (z.B. der EU) besteht.¹⁵⁷ Der Staat kann also weitgehend frei entscheiden, welche rechtlichen Instrumente zur Förderung von Kultur er für die Erreichung des kulturpolitischen Förderzwecks wählt und wie er diese im Einzelnen ausgestaltet. Überdies kann er auch grundsätzlich frei entscheiden, ob er überhaupt rechtliche Mittel als für die Kulturförderung geeignet betrachtet, oder ob er nicht vielmehr eine tatsächliche Kulturförderung für geeigneter und effektiver erachtet. In der Tat dürfte eine rechtliche Kulturförderung regelmäßig insgesamt weniger effektiv sein, denn rechtliche Kulturförderung wirkt im Gegensatz zu tatsächlicher Förderung von Kultur durch den Staat lediglich mittelbar, indem sie durch eine günstige Ausgestaltung von rechtlichen Rahmenbedingungen – ganz im Sinne des Wortlauts von Art. 7 Abs. 1 CCD – allenfalls dazu beiträgt, ein günstiges „Umfeld zu schaffen, in dem Einzelpersonen und Gruppen darin bestärkt werden, ihre eigenen kulturellen Ausdrucksformen zu schaffen, herzustellen, zu verbreiten zu vertreiben und Zugang zu ihnen zu haben [...]“. Freilich darf dieser Beitrag zur Kulturförderung nicht unterbewertet werden.

¹⁵⁶ Siehe oben, 1.3.

¹⁵⁷ Siehe oben, 4.2.

Interessanterweise erscheinen bei näherem Hinsehen öffentlich-rechtliche Regelungen, die bei der Ausgestaltung rechtlicher Kulturförderung kulturelle Anreize setzen, nicht *per se* weniger geeignet als privatrechtliche. Es wird in der Literatur regelmäßig darauf hingewiesen, dass insbesondere dem Urheberrecht eine starke Anreizfunktion zur Erbringung geistiger und kultureller Leistungen innewohnt.¹⁵⁸ Diese Anreiz- und Innovationsfunktion, welche zweifellos besteht, soll nach dem sogenannten Copyright-Ansatz sogar der Hauptzweck des Urheberrechts sein.¹⁵⁹ Allerdings ist in Hinblick auf den Beitrag, den sie im Rahmen der Kulturförderung zu erbringen in der Lage ist, nicht ohne eine tiefer gehende Untersuchung (die an dieser Stelle nicht zu leisten ist) festzustellen, ob dieser *per se* größer ist als der Anreiz, der durch öffentlich-rechtliche Normen wie z.B. die steuerrechtliche Privilegierung oder Befreiung von Kultur gesetzt wird.¹⁶⁰ Die Anreizwirkung kann durchaus unterschiedlich sein und dürfte sowohl im Rahmen von privatrechtlichen als auch öffentlich-rechtlichen Regelungen je nach Fall- und Interessenlage variieren.

Während also eine Bewertung der Eignung privatrechtsförmiger und öffentlich-rechtlicher Ausgestaltung von rechtlicher Kulturförderung durch den Staat an dieser Stelle offen bleiben und letztlich der Untersuchung im Einzelfall überlassen bleiben muss, ist jedoch festzuhalten, dass sowohl die rechtliche Grundlage des Ob als auch der unverzichtbare rechtliche Rahmen des Wie kultureller Förderung durch den Staat eindeutig öffentlich-rechtlich reguliert wird. Auf die verschiedenen völkerrechtlichen und verfassungsrechtlichen Bestimmungen, aus denen eine grundsätzliche Verpflichtung des Staates folgt, nach Maßgabe seiner Möglichkeiten überhaupt Kultur zu fördern, wurde bereits hingewiesen.¹⁶¹ Auch die unverzichtbaren, rechtlichen Parameter, in denen sich jede Form öffentlicher Kulturförderung vollziehen muss – nämlich die Achtung eines Mindestmaßes staatlicher Neutralität und inhaltlicher Äquidistanz, die Einhaltung des Willkürverbots und des allgemeinen Gleichheitssatzes sowie die Achtung der Grund- und Menschenrechte¹⁶² – sind öffentlich-rechtlicher Natur.¹⁶³ Im Ergebnis kann also durchaus die Rede davon sein, dass das öffentliche Recht im Rahmen der öffentlichen Kulturförderung – und zwar ungeachtet dessen, ob diese sich auf materielle oder immaterielle Kultur bezieht – eine bedeutsame Rolle spielt.

¹⁵⁸ Statt vieler: Schack (2007:12 f.); Wandtke (2009:18 ff.), insbes. Rn. 18 f. und 25.

¹⁵⁹ Ebenda.

¹⁶⁰ Siehe oben, 4.2.

¹⁶¹ Ebenda.

¹⁶² Siehe oben, Fn. 115.

¹⁶³ Siehe oben, 4.2.

5.3 Öffentliches Recht und kulturelle Freiheit

Unter dem Aspekt der Wahrung kultureller Freiheit durch das internationale Kulturrecht kommt dem Öffentlichen Recht, wie bereits ausgeführt wurde, insbesondere in Form der „kulturellen“ Grund- und Menschenrechte zentrale Bedeutung zu.¹⁶⁴ Auch die UNESCO-Konvention über die kulturelle Vielfalt (CCD), die als völkerrechtlicher Vertrag an die Staaten gerichtet und somit ebenfalls als Öffentliches Recht zu qualifizieren ist, trägt mit den in ihr enthaltenen Bestimmungen über das objektive Konventionsziel des Schutzes und der Förderung der kulturellen Vielfalt hinaus insbesondere durch die antidiskriminatorische Grundtendenz, die im Sinne eines Grundgedankens aus einer Vielzahl der Konventionsbestimmungen spricht, auch zum Schutz kultureller Freiheit bei: Freiheit und Pluralität gehören gerade im Bereich der Kultur eng zusammen und bedingen sich gegenseitig. Gegenüber dem Staat kann kulturelle Freiheit nur durch öffentlich-rechtliche Regelungen, die sich an diesen richten und ihn rechtlich binden, garantiert werden.

6 Fazit

Insgesamt kann also festgehalten werden, dass weder das internationale Kulturrecht noch die Kultur als solche auf den Schutz durch öffentlich-rechtliche Regelungen verzichten können. Auf allen Ebenen der internationalen, ebenenübergreifenden Rechtsordnung, d.h. also sowohl auf der nationalstaatlichen Ebene, der Ebene des klassischen, zwischenstaatlichen Völkerrechts als auch auf der Ebene suprastaatlicher Integration in einem Staatenverbund wie der EU, besteht nach wie vor ein Bedürfnis nach der Existenz von Rechtsregeln, welche den Staat oder andere Träger von Hoheitsgewalt im Interesse eines effektiven Schutzes von Kultur binden und verpflichten.

Dabei ist allerdings zu berücksichtigen, dass nicht in jeder Hinsicht öffentlich-rechtliche Regelungen den besten und effektivsten Schutz von Kultur gewährleisten. Je nach dem verfolgten, kulturpolitischen Schutzzweck (Bewahrung oder Förderung von Kultur) und dem in Bezug genommenen Regelungsgegenstand (materielle oder immaterielle Kultur) können privatrechtliche oder öffentlich-rechtliche Regelungen in unterschiedlichem Maße geeignet sein, um im Ergebnis zu einem optimalen Schutz von Kultur zu gelangen. Mit dem vorliegenden Beitrag wurde versucht zu zeigen, dass beide rechtliche Instrumentarien letztlich nicht gegeneinander ausgespielt werden sollten. Vielmehr ist eine sorgfältige und zweck- und interessengeleitete Auswahl der unterschiedlichen, zur Verfügung stehenden Rechtsinstrumente zu treffen, wenn es um den rechtlichen Schutz von Kultur geht.

¹⁶⁴ Siehe oben, 4.4.

Das internationale Kulturrecht hält auf allen Ebenen der internationalen Rechtsordnung eine Vielzahl unterschiedlicher rechtlicher Instrumentarien bereit, die sich bei klugem Einsatz gegenseitig ergänzen.

Mit Blick auf das internationale Kulturrecht kann bislang zwar nicht die Rede von einer geschlossenen Rechtsordnung sein, denn die gegenwärtig vorhandenen Rechtsinstrumente der unterschiedlichen Ebenen zeichnen sich – wie im Vorausgegangenen angedeutet werden sollte – nach wie vor durch ein hohes Maß unterschiedlicher Zweckrichtungen und Ausgestaltungsformen aus. Gleichwohl kann gerade dies im Hinblick auf die überaus heterogene Struktur und die Vielfalt der Schutzinteressen im Zusammenhang mit Kultur, welche genau so groß wie die Vielfalt kultureller Ausdrucksformen an sich ist, durchaus auch als ein Vorteil begriffen werden: Aufgrund der ebenfalls heterogenen, nur auf den ersten Blick unübersichtlich erscheinenden Struktur des internationalen Kulturrechts kann durch die Anwendung einer Vielzahl unterschiedlich ausgestalteter, rechtlicher Schutzinstrumente für Kultur im Ergebnis doch bereits heute ein insgesamt beachtliches Schutzniveau des internationalen Kulturrechts festgestellt werden, wobei zudem der Vorteil besteht, dass für unterschiedliche kulturelle Ausdrucksformen und unterschiedliche Kulturträger interessengerechte Schutzinstrumente zur Verfügung gestellt werden. Es kann insofern zwar nicht von einer kohärenten, ebenenübergreifenden Kulturrechtsordnung, wohl aber von einem komplementären internationalen Kulturrecht, welches sich durch die neueren Entwicklungen, die auf den unterschiedlichen Ebenen Platz greifen und die hier zu einem guten Teil Gegenstand der Betrachtung waren, zunehmend verdichtet, die Rede sein.

Bei alledem sollte das Postulat eines noch weiter verdichteten, umfassenden rechtlichen Schutzes von Kultur im Sinne einer einheitlichen, ebenenübergreifenden und kohärenten Kulturrechtsordnung nicht dazu führen, durch eine übermäßige Regulierung und Verrechtlichung von Kultur die Freiheit, die Autonomie und die Vielfalt des kulturellen Lebens zu beeinträchtigen. Aus diesem Grunde sollten die Grund- und Menschenrechte in Zukunft nicht mehr als lediglich mittelbares Kultur(-völker-)recht¹⁶⁵ begriffen, sondern als ein zentrales und durchaus effektives Instrument in einem modernen System des internationalen Kulturrechts verstanden und in einem weitaus stärkeren Maße als bisher fruchtbar gemacht werden. Auch und gerade im Zusammenhang mit dem internationalen Kulturrecht gewinnen somit nach wie vor bedeutsame, allgemeine Fragen des internationalen Grund- und Menschenrechtsschutzes erhebliche Bedeutung: So etwa die Frage nach der direkten Wirkung der internationalen Menschenrechte und insbesondere die Frage nach ihrer unmittelbaren, subjektiv-individuellen Durchsetzbarkeit; auch die Diskussion um die Anerkennung und Bedeutung kollektiver, kultureller Grund- und Menschenrechte, welche – wie hier deutlich geworden sein dürfte – gerade im Zusammenhang mit traditionellen kulturellen Ausdrucksformen bedeutsam wer-

¹⁶⁵ Odendahl (2005:204 ff.).

den können, rückt somit in den Fokus des Kulturrechts. Vor allem jedoch sollten die kulturellen Grund- und Menschenrechte aufgrund der objektiv-rechtlichen Bindungskraft, welche sie auf allen Ebenen der internationalen Rechtsordnung gegenüber den Staaten entfalten, als das erkannt werden, als was sie auch künftig am effektivsten zu einem guten und sachangemessenen, rechtlichen Schutz von Kultur beitragen können: nämlich als Grundlage eines internationalrechtlichen Kulturrechts.¹⁶⁶

¹⁶⁶ Wie hier auch: Bidault (2009:524).

Zwischen Innovation und Altbekanntem: Schutzrechte *sui generis* im systematischen Vergleich

Philipp Zimbehl

Der Schutz von *Cultural Property* im Allgemeinen und Folklore im Besonderen begegnet einer Reihe systematischer Probleme, die innerhalb des Urheberrechts nicht zu überwinden sind. Aus dieser Erkenntnis entwickelten sich Bestrebungen eigene Ansätze für den Schutz von *Cultural Property* zu schaffen. Im Folgenden soll eine Übersicht über diese Ansätze gegeben werden.

1 Einleitung

Die Frage nach einem angemessenen Rechtsschutz von Folklore führt unausweichlich zu der Frage nach den rechtlichen Möglichkeiten. Es haben sich bereits eine Reihe Autoren mit der Inkompatibilität der bestehenden Rechtsinstrumente und Folklore beschäftigt.¹ Einhellig wird regelmäßig festgestellt, dass es neuer Wege braucht, um Folklore nachhaltig zu schützen. Innerhalb der WIPO scheint insbesondere die Entwicklung von *sui generis* Regeln als „der goldene Weg“ angesehen zu werden – auch wenn die Arbeiten an solchen Regeln sehr umfangreich und kaum noch zu überblicken sind.

¹ Grundlegend: Farley (1997); zuletzt: Torsen (2008).

Der unspezifische Oberbegriff, *sui generis*, steht innerhalb der WIPO für eine ganze Klasse von Regelungen und Modellgesetzen. Wann eine bestimmte Regelung das Prädikat *sui generis* trägt und wann nicht, ist nicht deutlich und hängt vom Kontext der jeweiligen Diskussion ab. Ziel dieser Arbeit ist es deshalb, nicht alle bestehenden oder geplanten *sui generis* Regelungen zusammenzutragen, sondern eine Reihe solcher Vorschläge zu untersuchen und hieraus exemplarisch Schlüsse über den Stand der Entwicklung zu ziehen. Untersucht werden sollen insbesondere Fragen der Zuweisung der Rechte und der Struktur der Gesetze.

2 Allgemeine Einführung der einzelnen Regelungen

2.1 Model Provisions

Die von der UNESCO und der WIPO im Jahre 1982 erarbeiteten *Model Provisions* [*Model Provision*] werden oftmals als der erste echte *sui generis* Ansatz gesehen (Ram-sauer 2005:65). Nach den Entwürfen einer Expertengruppe sollte eine Lösung für das drängende Problem des Schutzes von Folklore entworfen werden (Nordmann 2001). Den wesentlichen Regelungszweck der *Model Provisions*, den Schutz gegen Ausbeutung von Folklore (Nordmann 2001:189), bringt schon deren vollständiger Titel “WIPO/UNESCO *Model Provisions for National Laws on the Protection of Expressions of Folklore against Illicit Exploitation and Other Prejudicial Actions*” zum Ausdruck. Die bewusst offen gelassenen Formulierungen, insbesondere bezüglich der Frage, in wessen Interesse der Schutz gewährt werden soll - im Interesse der einzelnen Nationen² oder aber in dem der einzelnen Gemeinschaften, auf deren Rolle bei der Entstehung von Folklore hingewiesen wird³, deutet auf die Schwierigkeiten im Aushandlungsprozess hin. Die *Model Provisions* brachten erhebliche Neuerungen im Bereich des Schutzes von Folklore.

2.2 South Pacific Model Law for National Laws

Das *South Pacific Model Law for National Laws* [*South Pacific Model Law*] wurde vom *Pacific Islands Forum* als Modell für die regionale Gesetzgebung ausgestaltet.⁴ Es verfolgt explizit den Zweck Ausdrucksformen der Folklore zu fördern. Jeder Staat, der das Gesetz als Ganzes oder Teile hiervon übernehmen will, ist gehalten dies zu tun. Entwickelt wurde das *South Pacific Model Law* in enger Zusammenarbeit des Sekretariats der Pazifischen Gemeinschaften mit der UNESCO. Das *South Pacific Model Law* ist der Versuch die großen Unterschiede in den nationalen Gesetzge-

² Dies deutet die Präambel an: WIPO und UNESCO (1985:Abs. 3).

³ WIPO und UNESCO (1985:Präambel, Abs. 1). Zum ganzen m.w.N. auch: Nordmann (2001:190).

⁴ Regional Framework für the Protection of Traditional Knowledge and Expressions of Culture, S. 3.

bungen der Mitglieder auszugleichen und innerhalb der Mitgliedsstaaten ein einheitliches und gegenseitig anerkanntes Schutzniveau zu schaffen (Forsyth 2003).

2.3 Tunis Model Law

Als deutlich wurde, dass die 1967 auf der Stockholmer Diplomatenkonferenz beschlossenen Veränderungen der Revidierten Berner Übereinkunft den Besonderheiten von Folklore nicht ausreichend Rechnung trug, wurde 1976 das *Tunis Model Law on Copyright for Developing Countries* [*Tunis Model Law*] geschaffen. Die tunesische Regierung hatte ein Komitee von Experten eingeladen, die unter Mithilfe von WIPO und UNESCO ein Modelgesetz erarbeiten sollten, an deren Text sich die Staaten bei der Umsetzung der Vorgaben der RBÜ in ihre nationalen Gesetze orientieren könnten (WIPO 2003:21). Das *Tunis Model Law* ist in unterschiedlichem Umfang in einer Reihe von Staaten, insbesondere Entwicklungsländern umgesetzt worden (Nordmann 2001).

2.4 Draft Provisions

Die *WIPO Draft Provisions* wurden auf Anfrage des *WIPO Intergovernmental Committee on Intellectual Property and Genetic Resources, Traditional Knowledge and Folklore* (IGC) auf Basis verschiedener Dokumente⁵ erstellt und auf Grundlage der eingereichten Kommentare erweitert (WIPO 2006). Ziel war es eine Grundlage zu schaffen, anhand derer ein Folkloreschutz implementiert werden kann.

Hierbei sollte besondere Rücksicht zum einen auf die Bedürfnisse der indigenen Völker und zum anderen auf die Kompatibilität mit den Rechtssystemen verschiedener Länder gelegt werden. Eine entscheidende Erkenntnis, die von der WIPO erstmals in dieser Klarheit geäußert wurde war, dass ein universelles Regelungssystem, was auf alle Bedürfnisse und Ansprüche der verschiedenen Gruppen, Länder und Jurisdiktionen eingeht, nicht ohne weiteres zu erreichen ist (WIPO 2006:6). Entsprechend haben die *Draft Provisions* auch nicht denselben Absolutheitsanspruch wie die vorherigen Ansätze, sondern sollen eher eine Hilfestellung für die Anpassung und die Balance verschiedener Systeme geben.

2.5 ARIPO Draft Declarations

Die *ARIPO Traditional Knowledge and Expressions of Folklore Draft Regulations* [*ARIPO Draft Declarations*] von der *African Regional Intellectual Property Organization* (ARIPO) sind der jüngste Entwurf eines eigenen *sui generis* Systems zum Schutz von Folklore. Die ARIPO ist eine internationale Organisation zur Kooperation zwischen

⁵ WIPO/GRTKF/IC/3/10; WIPO/GRTKF/IC/5/3; WIPO/GRTKF/1/6/3; WIPO/GRTKF/IC/6/3 Add.; WIPO/GRTKF/IC/7/3; WIPO/GRTKF/IC/7/4; WIPO/GRTKF/IC/8/4.

afrikanischen Staaten in Fragen des Patentrechts und anderen Gebieten des geistigen Eigentums. Momentan hat sie 16 Mitglieder. Die Mitgliedstaaten der ARIPO haben in Swakopmund, Namibia, das *Swakopmund Protocol on the Protection of Traditional Knowledge and Expressions of Folklore* angenommen, das nach der Ratifizierung durch sechs Staaten in Kraft treten wird.

3 Sachlicher Anwendungsbereich der Regelungen

Die erste Hürde, die es zu überwinden gilt, ist die Eingrenzung des sachlichen Anwendungsbereichs der Regelungen. Hier entscheidet sich die Frage, für welche Formen der Folklore und unter welchen Voraussetzungen das jeweilige *sui generis* Recht Anwendung findet. Hier ist zwischen der Definition der potenziellen Schutzgüter und den Kriterien, nach denen sich der Schutz im Einzelfall bestimmt, zu differenzieren.

3.1 Schutzgüter

Schon die Definition eines Schutzgegenstandes hat auf Grund der Uneinigkeit und des unterschiedlichen Verständnisses im Bereiche der Folklore zu langen Konflikten geführt. Allerdings muss hier bemerkt werden, dass ein Teil dieser Konflikte auf rein ideologischer Ebene ohne jede juristische Signifikanz geführt wurde. So dürfte die Frage, ob der Begriff „Folklore“ an sich schon ein Vorurteil darstellt oder nicht (Weiner 1987:56), aus praktischer Sicht irrelevant sein und lediglich den Blick auf die tatsächlichen Schwierigkeiten verstellen. Der Bestimmung der Schutzgüter kommt jedoch eine erhebliche Bedeutung zu, da erst die Aufnahme in den Katalog der potenziellen Schutzgüter den Weg zu einer differenzierten Anwendung der Kriterien eröffnet, nach denen die Schutzfähigkeit des jeweiligen Objekts bestimmt wird.

Model Provisions

Die Schutzobjekte der *Model Provisions* sind in *Section 2* definiert:

[...]

For the purposes of this [law], “expressions of folklore” means productions: consisting of characteristic elements of the traditional artistic heritage developed and maintained by a community of [name of the country] or by individuals reflecting the traditional artistic expectations of such a community, in particular: verbal expressions, such as folk tales, folk poetry and riddles; musical expressions, such as folk songs and instrumental music; expressions by action, such as folk dances, plays and artistic forms or rituals; whether or not reduced to a material form; and tangible expressions, such as:

- (a) productions of folk art, in particular, drawings, paintings, carvings, sculptures, pottery, terracotta, mosaic, woodwork, metalware, jewelry, basket weaving, needlework, textiles, carpets, costumes;
- (b) musical instruments;
- (c) [architectural forms].
- [...]

South Pacific Model Law

Das *South Pacific Model Law* definiert die Schutzgegenstände in Artikel 4:

Expressions of culture mean any way in which traditional knowledge appears or is manifested, irrespective of content, quality or purpose, whether tangible or intangible, and, without limiting the preceding words, includes:

- (a) names, stories, chants, riddles, histories and songs in oral narratives; and
- (b) art and craft, musical instruments, sculpture, painting, carving, pottery, terracotta mosaic, woodwork, metalware, painting, jewellery, weaving, needle-work, shell work, rugs, costumes and textiles; and
- (c) music, dances, theatre, literature, ceremonies, ritual performances and cultural practices; and
- (d) the delineated forms, parts and details of designs and visual compositions; and
- (e) architectural forms.

Tunis Model Law

Eine der wesentlichsten Neuerungen des *Tunis Model Law* war, das es Folklore erstmals als Schutzgegenstand erwähnte. Die Schutzgegenstände des *Tunis Model Law* sind definiert in *Section 1, Subsection 1* und *2* als:

- (1) Authors of original literary, artistic and scientific works are entitled to the protection of their works, as provided fey this Law.
- (2) Literary, artistic and scientific works include in particular:
 - (I) books, pamphlets and other writings;
 - (ii) lectures, addresses, sermons and other works of the same nature;
 - (iii) dramatic and dramatico-musical works;
 - (iv) musical works, whether or not they are in written form and whether or not they include accompanying words;
 - (v) choreographic works and pantomimes;(vs.) cinematographic, radiophonic and audiovisual works;
 - (vii) works of drawing, painting, architecture, sculpture, engraving, lithography and tapestry;
 - (viii) photographic works, including works ex-pressed by processes analogous to photography; works of applied art, whether handicraft or produced on an industrial scale;

(x) illustrations, maps, plans, sketches and three-dimensional works relative to geography, topography, architecture or science

Folkloreformen werden nicht den üblichen Werkkategorien gleichgestellt, sondern die Regeln werden in *Section I* und *Subsection III* in Verbindung mit *Section VI* und *Subsection II* für Werke der nationalen Folklore modifiziert (UNESCO und WIPO 1976:Erl. 29 & 39). Folklore ist definiert in *Section 18 (iv)*.

Draft Provisions

Die *Draft Provisions* sehen als Gegenstände des Schutzes in Artikel 1:

(a) “Traditional cultural expressions” or “expressions of folklore” are any forms, whether tangible and intangible, in which traditional culture and knowledge are expressed, appear or are manifested, and comprise the following forms of expressions or combinations thereof:

(i) verbal expressions, such as: stories, epics, legends, poetry, riddles and other narratives; words, signs, names, and symbols;

(ii) musical expressions, such as songs and instrumental music;

(iii) expressions by action, such as dances, plays, ceremonies, rituals and other performances, whether or not reduced to a material form; and,

(iv) tangible expressions, such as productions of art, in particular, drawings, designs, paintings (including body-painting), carvings, sculptures, pottery, terracotta, mosaic, woodwork, metalware, jewelry, baskets, needlework, textiles, glassware, carpets, costumes; handicrafts; musical instruments; and architectural forms; which are:

(aa) the products of creative intellectual activity, including individual and communal creativity;

(bb) characteristic of a community’s cultural and social identity and cultural heritage; and

(cc) maintained, used or developed by such community, or by individuals having the right or responsibility to do so in accordance with the customary law and practices of that community.

(b) The specific choice of terms to denote the protected subject matter should be determined at the national and regional levels.

ARIPO

Definiert wird der Schutzgegenstand der *ARIPO Draft Declarations* in *Section 16*:

Protection shall be extended to expressions of folklore, whatever the mode or form of their expression, which are:

(a) the products of creative and cumulative intellectual activity, such as collective creativity or individual creativity where the identity of the individual is unknown; and

(b) characteristic of a community's cultural identity and traditional heritage and maintained, used or developed by such community in accordance with the customary laws and practices of that community.

Folklore ist nach *Section 2.1*:

“expressions of folklore” are any forms, whether tangible or intangible, in which traditional culture and knowledge are expressed, appear or are manifested, and comprise the following forms of expressions or combinations thereof:

- i. verbal expressions, such as but not limited to stories, epics, legends, poetry, riddles and other narratives; words, signs, names, and symbols;
- ii. musical expressions, such as but not limited to songs and instrumental music;
- iii. expressions by movement, such as but not limited to dances, plays, rituals and other performances; whether or not reduced to a material form; and
- iv. tangible expressions, such as productions of art, in particular, drawings, designs, paintings (including body-painting), carvings, sculptures, pottery, terracotta, mosaic, woodwork, metal ware, jewelry, baskets, needlework, textiles, glassware, carpets, costumes; handicrafts; musical instruments; and architectural forms;

3.2 Vergleich

Alle untersuchten Regelungen setzen entweder ausdrücklich oder implizit voraus, dass es sich bei der zu schützenden Ausdrucksform um eine geistige Schöpfung handeln muss. Das urheberrechtliche Kriterium der Originalität, welches sich im Kontext von Folklore als die größte Hürde des Schutzes erweist (von Lewinski 2004), wird hier durch eine Reihe anderer Kriterien ersetzt.

Folklore

Mit Ausnahme des *South Pacific Model Law* gehen alle Regelungen vom Begriff „Folklore“ aus. Hierbei sind zwei Varianten zu erkennen, die den langen Prozess widerspiegeln, der zur Aushandlung dieser Definition geführt hat. Spricht das *Tunis Model Law*, als das älteste Modellgesetz noch von Folklore, so ist in den *Model Provisions* und später in den *Draft Provisions* auf die Kritik an diesem Begriff reagiert worden. Zum einen wollten sich die Staaten durch die Verwendung des Begriffes *expressions of folklore* von der negativen Konnotation lösen, die dieser Begriff besitzt (WIPO und UNESCO 1984:Abs. 22), zum anderen wurde die Befürchtung geäußert, die reine Bezeichnung als Folklore könnte zu Konflikten mit ähnlichen Rechtsvorschriften führen (WIPO und UNESCO 1985:Abs. 33). Schließlich stellt diese Wendung eine Abkehr vom Begriff *Works of Folklore* dar, wie er noch im *Tunis Model Law* gebraucht wird und soll die Eigenschaft als *sui generis* Regelung im Unterschied zum Urheberrecht deutlich machen (WIPO und UNESCO 1985:Abs. 32).

In allen untersuchten Regelungen ist der Charakter von Folklore als ein in den Gemeinschaften entwickeltes und gepflegtes Gut ein zentrales Element der Defini-

tion. Hiermit soll der Forderung entsprochen werden den Rechtsschutz stärker am Selbstverständnis der Gemeinschaften auszurichten. Im Gegensatz zum traditionell individualistisch geprägten Verständnis des Urheberrechts, soll Folklore als etwas von den Gemeinschaften getragenes verstanden werden (Lucas-Schloetter 2008:381). Eben dieses Verständnis wurde auch bei der Schaffung der Definitionen in den untersuchten Regelungen in Betracht gezogen.

Eng verbunden mit dem Begriff der Folklore und zumindest teilweise deckungsgleich, besteht als weiteres Definitionskriterium die Überlieferung von „Generation zu Generation“. So findet sich im *Tunis Model Law* die ausdrückliche Formulierung „past on from generation to generation“ (Sec.18). Der Bezug zur Tradition findet sich auch in den anderen untersuchten Regelungen. Eine Besonderheit stellen hier die *ARIPO Draft Declarations* dar, welche den ausdrücklichen Bezug zur Folklore durch den Hinweis auf kumulative Schöpfungen ersetzen. Indes ist dieser Begriff im Kontext der Regelung nicht als Abkehr vom Begriff der Tradition, sondern als Konkretisierung zu verstehen. Kumulative Schöpfung ist hier abzugrenzen von *cumulative activity*. Während letzteres die Zusammenarbeit verschiedener Individuen kennzeichnet, deutet ersteres auf einen über mehrere Stufen der Schöpfung reichenden Prozess hin. Da diese beiden Formen hier direkt nebeneinander stehen, lässt sich, unterstellt man keine Redundanz, kumulative Schöpfung nur als eben der evolutionäre Prozess verstehen, welcher auch durch den Bezug zur Tradition gekennzeichnet wird.

Bedeutung des Traditionskriteriums

Die Tradition substituiert unter anderem das Originalitätserfordernis⁶ des Urheberrechts. Durch den Bezug auf Tradition sollen solche Werke ausgeschlossen werden, die nicht aus einem andauernden Überlieferungsprozess entstanden sind. Einer solchen Abgrenzung bedarf es, da sich die von den betrachteten Regelungen umfassten Objekte, etwa Geschichten, Tänze, Musik, Bilder, nicht wesentlich von den Objekten der Populärkultur, die gerade nicht von den Regelungen umfasst sein sollen, unterscheiden. Eine Abgrenzung ist hier mithin von Nöten und wird durch das Merkmal der Tradition geleistet. Dies ist schon an der großen Ähnlichkeit der aufgeführten Erscheinungsformen mit denen der Urheberrechtsgesetze zu ersehen. Allein das Merkmal der Tradition, verstanden im Sinne einer „weiterentwickelte[n] Nachahmung“ (Ficsor 1997:127), kann hier eine deutliche Abgrenzung der Folklore gegenüber der Populärkultur bieten (Schlinkert 2007). Offen ist die Frage nach dem Verhältnis des Traditionskriteriums zu den heutigen Ausdrucksformen der

⁶ Während das Erfordernis einer geistigen Schöpfungshöhe heute so kaum noch vertreten wird (krit.: Rehbinder und Hubmann 2008) hat das Originalitätskriterium keinesfalls an Bedeutung verloren. Es spielt weiterhin eine gewichtige Rolle in der Abgrenzung von nach dem Urheberrecht schutzfähigen Gütern, zu solchen, denen allenfalls der Schutz durch andere immaterielle Rechte zukommt. Siehe ausführlich: (Schack 2005).

Folklore. Eine Anwendung des Traditionsbegriffes, verstanden im Sinne der Überlieferung bezogen auf die konkreten Ausdrucksformen, würde die Anwendung der Modellgesetze auf heutige Ausdrucksformen der Folklore ausschließen. Naheliegender ist eine Interpretation dahingehend, dass diese Regelungen im Sinne eines Komplementärschutzes zu verstehen sein sollen. Die Elemente einer heutigen Ausdrucksform, welche nicht dem Schutz durch das Urheberrecht oder Leistungsschutzrechte unterfallen, könnten dem Schutz der Modellregelungen unterworfen werden.

Regelungstechnik

Alle vorgestellten Modellgesetze arbeiten mit einer mehr oder weniger engen Generalklausel in Verbindung mit exemplifizierenden Beispielen. Diese Regelungstechnik, welche insbesondere im kontinentaleuropäischen Urheberrecht⁷ vorkommt, stellt eine Generalklausel voran und konkretisiert diese anhand typischer Erscheinungsformen, ohne dass die in der Regelung genannten Beispiele den Schutzgegenstand abschließend beschreiben würden. Bei den beispielhaft aufgezählten Formen, die dem Schutz unterliegensollen, finden sich teils erhebliche Unterschiede. So sind die aufgezählten Punkte im Fall des *Tunis Model Law* eng an den klassischen urheberrechtlichen Schutzgegenständen orientiert. Dagegen umfasst der Schutz des *South Pacific Model Law* auch etwa geometrischen Formen, welche in traditionellen Ausdrucksweisen eine erhebliche Bedeutung haben (Ramsauer 2005:102).

3.3 Fixierung

Eine im Urheberrecht schon lange umstrittene Frage ist, ob ein Werk um unter Urheberrechtsschutz zu fallen körperlich fixiert sein muss. Während dieses Kriterium im Urheberrecht in einigen Ländern weiter Bedeutung besitzt (Schack 2005:Rn. 255), wurde es im Rahmen des Folkloreschutzes schon früh als substantielles Hindernis angesehen (Farley 1997:57; Torsen 2008). Auf Grund des ephemeren Charakters vieler Folkloreformen, würde ein Fixierungserfordernis zumindest einige der relevanten Folkloreformen, insbesondere im Bereich der darstellenden Kunst, vom Schutz ausschließen (Lucas-Schloetter 2008). In Anerkennung dieser Tatsache sehen alle untersuchten Gesetze einen Verzicht auf die körperliche Fixierung vor.

⁷ Vgl.: § 2 UrhG; Art. I Code de la propriété intellectuelle.

3.4 Formale Anforderungen

Um den Schutz zu erlangen müssen grundsätzlich bei keinem der *sui generis* Ansätze irgendwelche Formalitäten erfüllt sein. Eine Besonderheit beinhalten die UNESCO *Draft Provisions*: Sie verfolgen ausdrücklich ein zweistufiges Schutzkonzept. Gemäß Art. 7 (a) ist der Schutz prinzipiell nicht an irgendeine Formalität geknüpft. Soll jedoch das hohe Schutzlevel des Art. 3 (a) erreicht werden⁸, ist eine Anmeldung Voraussetzung, wofür die *Draft Provisions* selbst allerdings keine zuständige Stelle vorsehen. In Betracht kommen sollen jedoch regionale Organisationen, wie etwa OAPI. Das *ARIPO Draft Protocoll* verweist in Sec. 17.2 und 17.3 auf die Beweisfunktion, die mit einer Registrierung einhergeht.

4 Umfang des Schutzes

Die geradezu klassische Einteilung im Immaterialgüterrecht erfolgt neben der Frage der Schutzgegenstände, die oben behandelt wurde, nach der Art der gewährten Rechte. Diese Analyse lässt sich auch im Rahmen der *sui generis* Rechte durchführen. Hier muss von vornherein der Unterschied zwischen dem urheberpersönlichkeitsrechtlichen Integritätsschutz und dem Schutz der wirtschaftlichen Interessen unterschieden werden.

4.1 Tunis Model Law

In den Anmerkungen wird ausdrücklich auf die Bedeutung von Folklore einerseits als Wirtschaftsgut, andererseits als gemeinsames, die Menschen verbindendes Erbe hingewiesen (UNESCO und WIPO 1976:Anm. 29). Wie bereits oben dargestellt entspricht das *Tunis Model Law* seiner Konzeption nach am ehesten einem Urheberrechtsgesetz. Die *economic rights* sind in Sec. 4 aufgeführt. Insbesondere erhält der Urheber das Recht über die Vervielfältigung, die Bearbeitung und die Veröffentlichung sowie das Recht zur öffentlichen Wiedergabe (*right of communication to the public*). Hiermit wäre der Umfang der Rechte derselbe wie bei anderen Werken. Folklore stünde jedem anderen Werk bzgl. des Schutzzumfanges gleich.

Das *Tunis Model Law* gewährt in Sec. 5 I in Verbindung mit 6 I eine Reihe von *moral rights*, die ihrem Umfang nach denen des Urheberrechts gleichen. Zu den gewährten Rechten gehören wiederum das Recht auf Anerkennung der Urheberschaft und der Entstellungsschutz.

⁸ Zu den verschiedenen Levels s. S. 15.

4.2 South Pacific Model Law

Das *South Pacific Model Law*, welches als echtes *sui generis* Recht für Folklore entwickelt wurde, enthält in Art. 7 ausdrücklich bestimmte Wirtschaftsrechte, die weitgehend mit den klassischen urheberrechtlichen Befugnissen übereinstimmen. Terminologisch fällt auf, dass diese Rechte als *traditional cultural rights* bezeichnet werden. Diese Terminologie dürfte dem umfassenden Ansatz des *South Pacific Model Law* geschuldet sein, bei dem eine Nutzung zustimmungspflichtig ist, sofern sie außerhalb des traditionellen Kontextes geschieht.

Den *moral rights* widmet das *South Pacific Model Law* einen eigenen Abschnitt, dessen zentrales Merkmal das Recht auf Anerkennung der Herkunft einer bestimmten Folkloreform ist. Hinzu kommt ein negatives Recht nicht fälschlicherweise eine fremde Folkloreform zugeschrieben zu bekommen. Dies ist insofern besonders bemerkenswert, als dass diese negative Befugnis von der Systematik her nicht Teil des Urheberrechts, sondern Teil des allgemeinen Persönlichkeitsrechts ist (Schack 2005:Rn. 332). Weiterhin sichert Art. 13 (2) c die Folklore gegen Entstellung. Die *moral rights* sollen unabhängig von den oben dargestellten *traditional cultural rights* sein. Diese Unabhängigkeit bedeutet, dass sie auch dann anwendbar sein sollen, wenn keine Verwertung im Sinne der *traditional cultural rights* vorliegt. Mithin sind sie auch dann zu beachten, wenn ein *customary use* vorliegt oder eine der Schranken des Art. 7 (4) eingreift.

4.3 Model Provisions

Die *Model Provisions* unterscheiden sich insofern von den anderen Regelungen, als dass sie ein zweistufiges Schutzsystem etablieren. Auf der ersten Ebene sehen die *Model Provisions* für bestimmte Handlungen eine Zustimmungspflicht vor (Sec. 3). Ein solches Zustimmungsmodell als Grundannahme des Schutzes sei aus Sicht der Schöpfer der *Model Provisions* vorzuzugswürdig, da solche Verfahren in großen Teilen der Erde bekannt seien (WIPO und UNESCO 1985). Die in Sec. 3 aufgezählten zustimmungspflichtigen Nutzungsarten sind weitgehend denen aus dem Urheberrecht bekannten angelehnt (Nordmann 2001:102). Die Zustimmungspflicht tritt indes nur dann ein, wenn die Nutzung mit Gewinnerzielungsabsicht und außerhalb ihres traditionellen und gebräuchlichen Kontextes erfolgt.⁹ Auch wenn die Regelungen der *Model Provisions* mithin nicht de jure als Ausschließlichkeitsrechte ausgestaltet sind, so erfüllen sie doch aus Sicht der Nutzer und Rechteinhaber eben diese Funktion. Folglich kann ohne weiteres von einer dem Urheberrecht funktionsäquivalenten Regelungstechnik gesprochen werden. Die *Model Provisions* sehen in Sec. 5 vor, dass jede öffentliche Wiedergabe von als solchen identifizierbaren Folkloreformen einen Hinweis auf die Herkunft der Community und/oder die geographische Region enthalten muss.

⁹ „outside their traditional customary context“. Vgl. Ramsauer (2005:113 f.).

4.4 Draft Provisions

Die *Draft Provisions* unterscheiden bezüglich des Umfangs der gewährten Rechte zwischen solchen Folkloreformen, die bei der zuständigen Stelle registriert wurden und solchen, bei denen das nicht der Fall ist. Das System der *Draft Provisions* ist für die nach Art. 7 registrierten Formen dem der *Model Provisions* insofern ähnlich, als dass es für Nutzungen auch den prior informed consent verlangt, jedoch nicht durch die weiteren Voraussetzungen (*with gainful intent and outside their customary context*) eingeschränkt wird. Gemäß Art. 3 sind bestimmte Handlungen nur dann erlaubt, wenn der Nutzer sich den „free, prior and informed consent“ eingeholt hat. Zu diesen Handlungen gehören die aus dem Urheberrecht bekannten körperlichen wie unkörperlichen Verwertungsrechte.

Die explizite Möglichkeit, Dritte am Erwerb eines Rechts an Folklore zu hindern, soll der Gefahr begegnen, dass sich Dritte verfügbare Rechte an indigenen Zeichen oder Ähnlichem sichern, einem Problem, das im Bereich des Traditional Knowledge als besonders drängend angesehen wird (von Lewinski 2004).¹⁰ Bei den nicht registrierten Folkloreformen ist der Schutz der wirtschaftlichen Interessen auf Art. 3(b) (iv) beschränkt. Nur im Falle, dass die Verwendung mit Gewinnerzielungsabsicht erfolgt, soll der Gemeinschaft ein Anteil der Einnahmen oder eine andere Vergütung zukommen.

Die *Draft Provisions* unterscheiden nicht explizit zwischen *economic* und *moral rights*. Es sind jedoch Regeln enthalten, die eindeutig dem Bereich der *moral rights* zuzuordnen sind. Eine Trennung zwischen den registrierten und den nicht registrierten Folkloreformen wird hier nicht gemacht. Für Ausdrucksformen, die unter den Schutz von Art. 3 (a) (i) fallen, wird die Anerkennung der Gemeinschaft als Quelle der entsprechenden Folkloreform gesichert. Weiterhin findet sich hier der Schutz gegen Entstellung. Für Zeichen, Namen und Symbole gilt ein negatives Abwehrrecht, welches eine Nutzung untersagt, die fälschlicherweise eine Verbindung zu den Gruppen suggeriert, sie herabsetzt oder ihnen schadet. Einen besonderen Schutz sehen die *Draft Provisions* für geheim gehaltene Folklore vor, indem sie solche Formen besonders gegen Aufdeckung und daraus folgenden Missbrauch schützen.

4.5 ARIPO Draft Declaration

Die *Draft Declarations* bringen einen neuen differenzierteren Ansatz, bei dem zwischen Namen, Zeichen, Wörtern, Symbolen und sonstigen Formen der Folklore und ihrer jeweiligen Derivate unterschieden wird. Für letztere sieht Sec. 19.2 a) eine Reihe von wirtschaftlich bedeutsamen Rechten vor, die ihrem Umfang nach

¹⁰ WIPO/GRTKF/IC/9/INF/4 S. 33.

denen des Urheberrechtes entsprechen. Für Namen, Zeichen, Wörter und Symbole ist der Schutz auf eine abwehrrechtliche Dimension beschränkt.

Der bereits in den *Draft Provisions* vorkommende Schutz für Zeichen, Namen und Symbole wird auch hier aufgenommen. Eine Nutzung, die fälschlicherweise eine Verbindung zu den Gruppen suggeriert, sie herabsetzt oder ihnen schadet ist hier, ebenso wie der Erwerb von sonstigen Rechten über diese Formen von Folklore, gänzlich verboten.

4.6 Analyse

Das *Tunis Model Law* und das *South Pacific Model Law* folgen der aus dem Urheberrecht bekannten Systematik. Die Model Provision und die *Draft Provisions* dagegen entfernen sich von der klassischen immaterialgüterrechtlichen Aufteilung. Diese Unterschiede sind jedoch in erster Linie sprachlicher Natur. Inhaltlich stellen sich die Zustimmungserfordernisse nicht anders dar als ein Ausschließlichkeitsrecht. Die Berechtigten können entscheiden, ob und in welchem Maße sie eine Nutzung erlauben wollen oder nicht. Dies jedoch ist ein typisches Merkmal eines *Property Rights*. Insofern liegt der Schluss nahe, dass die Modellgesetze auf der Ebene der wirtschaftlichen Interessen weiterhin die klassischen Ansätze verfolgen. Auch die zusätzliche abwehrrechtliche Dimension, die durch die *Draft Provisions* eingeführt wird, stellt im Kern keine Neuerung dar. Zwar ist es im Falle des Urheberrechts durchaus möglich ein Recht unter Verletzung eines fremden Urheberrechts zu erlangen, etwa indem geschützte Elemente eines bereits bestehenden Werks in ein neues Werk aufgenommen werden, jedoch ist der Verletzer in diesem Falle an einer Ausübung seines neuen Rechts durch den Urheber des übernommen Werkes beschränkt (Rehbinder und Hubmann 2008). Diese Regel der *Draft Provisions* und der *ARIPO Draft Declaration* hat mithin allein deklaratorischen Charakter. Zusammenfassend ist zu sagen, dass der Umfang der gewährten Rechte weitgehend dem des Urheberrechts entspricht.

Eine Besonderheit, welche sich sowohl in den *Draft Provisions* als auch in der *ARIPO Draft Provision* findet, ist der besondere Schutz von Zeichen, Symbolen, Namen und Wörtern. Hier ist der Versuch zu beobachten, die Vorbehalte einer solch weitreichenden Monopolisierung, gegen den Schutz abzuwägen. Diese Formen der Folklore sind lediglich gegen einzelne Nutzungen besonders geschützt

5 Rechtsinhaberschaft

Die Frage, wer durch die Regelung berechtigt wird, ist ein entscheidendes Merkmal des intendierten Schutzes (Ramsauer 2005:102). Dies gilt im Falle von Folklore umso mehr, als dass es hier nicht lediglich um die Zuweisung von Rechten Einzelner geht, sondern auch die Interessen der beteiligten Gruppen und der Allgemeinheit berücksichtigt werden müssen. Ferner ist bei *Cultural Property* die Bestimmung

eines individuellen Rechtsinhabers, wie sie im Urheberrecht in erster Linie durch das Schöpferprinzip gewährleistet wird (Schack 2005) auf Grund des evolutionären Entwicklungsprozesses nicht immer möglich (Farley 1997; Torsen 2008). So ist die Frage der Rechtsinhaberschaft regelmäßig einer der strittigsten Punkte im Rahmen von Folklore.

5.1 Model Provisions

Die *Model Provisions* verzichten auf eine genaue Zuweisung der Rechte. Analog zum uneinheitlichen Schutzziel ist es dem nationalen Gesetzgeber überlassen zu wählen, wer Inhaber der Rechte ist und diese wahrnehmen darf (Ramsauer 2005:94). Dabei existieren zwei Möglichkeiten: Zum einen können alle Rechte einer staatlichen Stelle zugewiesen werden und zum anderen kann das Recht der betroffenen Gemeinschaft selbst zustehen. Letzteres ist vor dem Hintergrund der historischen Entwicklung der *Model Provisions* ein beinahe revolutionärer Ansatz, der den *Model Provisions* den Ruf eingebracht hat, die ersten echten *sui generis* Regelungen zu sein.

5.2 South Pacific Model Law

Das *South Pacific Model Law* entwirft zur Lösung des Problems der Inhaberschaft einen neuen, mehrstufigen Ansatz. Die Verwaltung der Rechte ist grundsätzlich einer Cultural Authority zugewiesen (Art. 7 f.), deren wichtigste Aufgabe darin besteht, den Prozess der Lizenzierung zu überwachen und zu regeln. Für die Nutzung von Folklore in einem nicht traditionellen Kontext ist die Erlaubnis der *traditional owners* über diese Stelle einzuholen (Art. 15).

Die Aufgabe der staatlichen Stelle in diesem Prozess ist die Vermittlung zwischen den *traditional owners* und den Nutzern. Sie identifiziert die betroffenen Inhaber und schlichtet in Fällen, bei denen die traditionelle Inhaberschaft zweifelhaft ist. Sollte kein *traditional owner* identifizierbar sein, tritt die Cultural Authority an dessen Stelle und hat nach Rücksprache mit dem verantwortlichen Minister über die Erlaubnis zu entscheiden.

5.3 Tunis Model Law

Zur Wahrnehmung der Rechte soll eine kompetente Behörde berufen werden. Insbesondere die Nutzung eines Werkes der Folklore muss durch diese Behörde erlaubt werden. Die Rechte an der Folklore sind hier mithin dem Staat und nicht den Gemeinschaften an sich zugewiesen.

5.4 Draft Provisions

Die *Draft Provisions* halten die Frage der Ausübung der Rechte offen. Allerdings wird ausdrücklich ein Nebeneinander von staatlichen Behörden und den betroffe-

nen Gemeinschaften angeordnet (Art. 4). Die staatliche Stelle übernimmt, sofern sie angerufen wird, ähnliche Aufgaben wie im Falle des *South Pacific Model Law*. Insbesondere kann sie auf Anfrage der betroffenen Gemeinschaften die Nutzung der Folklore überwachen.

5.5 ARIPO Draft Declaration

Die *Draft Declaration* weisen die Rechte an der Folklore in Sec. 18 den lokalen und traditionellen Gemeinschaften zu, die nach dem *customary law* der Gemeinschaften Inhaber der Folklore sind, und die diese Folklore pflegen und in Übereinstimmung mit ihrer Tradition nutzen.

5.6 Analyse

Bei der Analyse stehen sich zwei verschiedene Ansätze gegenüber. Auf der einen Seite ein regulatorischer Ansatz, der sich insbesondere gegen Ausbeutung des traditionellen Erbes richtet und Folklore mehr als staatliche Ressource denn als Eigentum der Gemeinschaften versteht. Dies kommt insbesondere im *Tunis Model Law* zum Tragen, in dem zwar die Bedeutung der Folklore an sich, nicht jedoch die Verbindung zwischen Folklore und ihren Trägern anerkannt wird. Auch diejenigen Staaten, die die *Model Provisions* in ihre nationalen Gesetze haben einfließen lassen, sind hierbei diesem regulatorischen Ansatz gefolgt und haben die Rechte einer staatlichen Stelle zugewiesen.

Auf der anderen Seite steht der Ansatz der *Draft Provisions*. Hier übernimmt der Staat in erster Linie eine beratende Rolle. Die staatliche Stelle soll Ressourcen bereitstellen, die die Träger der Folklore in die Lage versetzen, ihre Rechte angemessen auszuüben. Erst in dem Fall, dass kein Träger identifiziert werden kann, übernimmt die staatliche Stelle die Funktion des Trägers und hat über eine Lizenzierung selbst zu entscheiden.

6 Schranken

Alle Immaterialgüterrechte unterliegen gewissen Schranken. Dies dient in erster Linie dem Ausgleich mit den Interessen Dritter sowie der Allgemeinheit. Dies gilt in besonderem Maße auch im Falle der *sui generis* Rechte. Dieser Ausgleich wird zum Teil über in den *sui generis* Regelungen enthaltene Schranken des Rechts herbeigeführt. Die *Model Provisions* enthalten etwa Schranken für die Bildung (Abs. I, i)¹¹ und den freien Gebrauch im Sinne des *fair use*.¹² Auch eine Schranke zum Zwe-

¹¹ Die Schranken zu Bildungszwecken sind hier sehr weit gefasst. Hiermit wollten die Schöpfer der *Model Provisions* ihre Verbundenheit zu Bildungszwecken ausdrücken: WIPO und UNESCO (1985:Rn. 54).

cke der Schöpfung eigener Werke findet sich (Art 4 I (iii)). Im *South Pacific Model Law* ist der Gebrauch zu Bildungszwecken auf den Direktunterricht beschränkt. (Art. 7 IV) Eine den *Model Provisions* entsprechende Generalklausel für *fair use* findet sich nicht. Enger ist hier auch die Schaffung abgeleiteter Werke geregelt. Jede abgeleitete Schöpfung bedarf der Zustimmung der Berechtigten.¹³

7 Rechtsverletzungen

Die Ahndung von Rechtsverletzungen ist Kern der abwehrrrechtlichen Funktion, des *Status Negativus* der gewährten Rechte und komplementiert den Schutz, den diese bieten.

7.1 Model Provisions

Die *Model Provisions* sanktionieren das verletzende Verhalten in erster Linie strafrechtlich. Diese Straftatbestände entsprechen dem Umfang der Rechte wie oben dargestellt wurde. Strafbar macht sich demnach, wer den Erlaubnisvorbehalt für die Nutzung missachtet, gegen die Pflicht zur Quellenangabe verstößt oder die kulturellen Interessen durch entstellende Nutzung verletzt. Die *Model Provisions* setzen für alle Fälle Vorsatz voraus. Die Rechtsfolgen sind im Einzelnen den nationalen Gesetzgebern überlassen, die jedoch gehalten sind, bei der Umsetzung der *Model Provisions* vergleichbare Tatbestände im nationalen Recht zu berücksichtigen (WIPO und UNESCO 1985:Abs. 67). Neben der strafrechtlichen Haftung besteht eine hiervon unabhängige zivilrechtliche Haftung.

Nach den Vorstellungen der UNESCO/WIPO bestehen insbesondere Schadensersatzansprüche, deren Umfang in der Regel den bei ordnungsgemäßer Erlaubniserteilung angemessenen Lizenzgebühren entsprechen. Die Schadensersatzansprüche werden hauptsächlich durch einen Anspruch auf Unterlassung der schädigenden Handlung ergänzt. Als ergänzende Maßnahmen können Objekte, die unter Verletzung der Regelungen der MRP hergestellt wurden, eingezogen werden. Weiterhin kann der Verletzergewinn herausverlangt und/ oder Import- oder Exportverbote verhängt werden.

7.2 South Pacific Model Law

Auch das *South Pacific Model Law* sieht Strafvorschriften vor. Nach Art. 26 ist es strafbar, eine *expression of culture* außerhalb ihres *customary context* zu nutzen, ohne zuvor das Einverständnis der Rechtsinhaber eingeholt zu haben. Es sollen Haft-

¹² Siehe näher zum *fair use*: Förster (2008).

¹³ Dies entspricht jedoch den *Model Provisions*, sofern man der von Nordmann vorgeschlagenen engen Auslegung folgt.

wie Geldstrafen verhängt werden können. Dies gilt auch für eine Verletzung der *moral rights*.

Der Im- und Export unterliegt in Art. 29 einer eigenen Strafvorschrift. Hiernach soll strafbar sein, wer eine *expression of culture* ohne Zustimmung der Rechteinhaber exportiert. Daneben sind zivilrechtliche Ansprüche gegeben, wenn ein Dritter die *traditional cultural rights* oder die *moral rights* verletzt. Insbesondere gewährt Art. 31 Schadensersatz, Herausgabe des Verletzergewinns, die öffentliche Bekanntgabe, dass die Rechte verletzt wurden, eine öffentliche Entschuldigung (sic!) sowie die Einziehung der verletzenden Objekte.

7.3 Tunis Model Law

Die Nähe des *Tunis Model Law* zum Urheberrecht ist auch in diesem Fall wieder sehr deutlich. Gemäß Sec. 15. kann der Verletzer eines der gewährten Rechte zum Unterlassen und zum Schadensersatz verurteilt werden und das verletzende Material beschlagnahmt werden (Sec. 15).

7.4 Draft Provisions

Die *Draft Provisions* enthalten keine detaillierten Regelungen über Rechtsverletzungen. Es wird lediglich festgehalten, dass die Durchsetzung der Regelungen sowohl durch zivil- als auch durch strafrechtliche Sanktionen sichergestellt werden soll (Art. 8).

8 Weiteres

8.1 Schutzdauer

Im Zusammenhang mit Folklore dürfte insbesondere die endliche Dauer des Schutzes von Interesse sein. Die Revidierte Berner Übereinkunft (RBÜ) geht von einer Dauer von 50 Jahren *post mortem auctoris* aus, wobei es den Signatarstaaten durchaus frei steht, eine längere Dauer festzulegen. Die Schöpfung von Folklore *stricto sensu* kann indes weit in die Vergangenheit zurückreichen. In vielen Fällen sogar so weit, dass, sofern das Werk jemals hätte Urheberrechtsschutz genießen können, dieser schon abgelaufen wäre (Nordmann 2001; Farley 1997:18). Diesem begegnen alle untersuchten *sui generis* Ansätze mit einer unbeschränkten Schutzdauer.

8.2 Kompatibilität

Das Zusammenspiel zwischen den neu geschaffenen Rechten an Folklore und dem bestehenden System der intellektuellen Eigentumsrechte spielt eine wichtige Rolle.

Insbesondere die Frage, inwiefern abgeleitete Werke eigenständigen Schutz genießen sollen und in welchem Verhältnis dieser abgeleitete Schutz zu dem Schutz der Folklore per se steht, ist entscheidend für die Kompatibilität zwischen den *sui generis* Rechten und dem etablierten IP-System.

8.3 Model Provisions/Tunis Model Law/Draft Provisions

Die *Model Provisions* belassen es bei dem bloßen Statement, dass der Schutz von Folklore den Schutz durch Urheberrecht oder Leistungsschutzrechte in keiner Weise einschränken soll. (Art. 12) Die Idee, die hier zum Ausdruck kommt, ist die eines komplementären Schutzes. Dort wo ein Werk die Anforderungen an den urheberrechtlichen Schutz erfüllt, soll dieser eingreifen und wo dies nicht der Fall ist, soll der Folkloreschutz wirken. Dies würde den betroffenen Gemeinschaften ermöglichen im Falle, dass ein Urheberrechtsschutz besteht, zu wählen auf welches Recht sie sich berufen. Tritt allerdings der Konfliktfall ein, dass die betroffene Gemeinschaft nicht Inhaber des Urheberrechts ist, etwa wenn ein Außenstehender das Werk geschaffen hat oder ein Gemeinschaftsmitglied, das nicht gewillt ist seine Rechte im Sinne der Gemeinschaft auszuüben, setzt sich nach Art. 12 stets das Urheber- oder Leistungsschutzrecht durch. Die *Draft Provisions* stimmen hier mit den *Model Provisions* überein, was dieselben Probleme mit sich bringt.

Das *Tunis Model Law* bestimmt lediglich, dass alle derivativen Werke urheberrechtlich geschützt sind. An einer Kompatibilitätsregelung fehlt es hier vollständig. Ebenso stellt sich das soeben aufgezeigte Problem.

8.4 South Pacific Model Law

Das *South Pacific Model Law* wählt einen differenzierteren Ansatz: Ausgangspunkt ist auch hier, dass das *sui generis* Recht keinen negativen Einfluss auf andere IP-Rechte haben soll (Art. 11). Allerdings sieht Artikel 12 genauere Regelungen für abgeleitete Werke vor. So liegt das geistige Eigentum an dem Werk grundsätzlich in den Händen seines Schöpfers. Im Falle der kommerziellen Verwertung dieses Werkes, muss eine Nutzungserlaubnis der zuständigen Stelle vorliegen. Diese muss vorsehen, dass ein Anteil an dem Gewinn an die *traditional owners* abgeführt wird. Weiterhin muss die Herkunft der genutzten Folklore anerkannt und sichergestellt werden, dass diese nicht in einer herabwürdigenden Weise genutzt wird.

9 Abschließende Bemerkungen

Aus der Analyse der Modelgesetze ergibt sich eine Reihe von Schlüssen, die hier kurz zusammengefasst werden sollen.

9.1 Festhalten an der urheberrechtlichen Systematik

Alle untersuchten Regelungen folgen dem Vorbild des Urheberrechts. Ein zentrales Merkmal ist regelmäßig die Zuweisung bestimmter Rechte, deren Nutzung der Zustimmung der Berechtigten unterliegt. Es findet sich die dem Urheberrecht eigentümliche Aufteilung in *moral rights* und *economic rights*. Die einzelnen Nutzungsarten werden dem Urheberrecht analog aufgezählt. Dies lässt den Schluss zu, dass ebenso wie im Urheberrecht die Regelungen zu verschiedenen Nutzungen abschließend sein sollen. Aus diesem dogmatischen Gleichlauf ergibt sich die Konsequenz, dass auch hier nur die Nutzungsarten umfasst werden, die bereits bekannt sind (vergleiche den urheberrechtlichen Grundfall: Schack 2005).

Das über die durch die *economic rights* und *moral rights* im Urheberrecht geschützten Interessen hinausgehende, besondere Bestandsinteresse der indigenen Gemeinschaften wird jedoch so nur teilweise berücksichtigt (Ramsauer 2005:111). Deshalb wird in einzelnen Regelungen dieser Schutz um das Verbot der herabsetzenden Benutzung ergänzt. Der Vorteil dieses Kriteriums ist, dass es dem Bestands- und Integritätsinteresse der indigenen Gemeinschaften weit besser zu dienen geeignet ist, als die rein urheberrechtliche Systematik, welche Aspekten der Identität, in Form des Urheberpersönlichkeitsrechts nur in sehr beschränktem, Maße Rechnung trägt. Hier ist ein Verbot der Herabsetzung in generalklauselartiger Weise in der Lage, Abhilfe zu schaffen, da es nach dem Zweck der Regelung auf jede Art der Benutzung anwendbar ist, sei diese erlaubt oder unerlaubt.

Jedoch birgt eine solche offene Formulierung in hohem Maße Rechtsunsicherheit, da insbesondere unklar ist, nach welchen Maßstäben eine herabsetzende Benutzung zu beurteilen sein soll. Analog zum Urheberrecht könnte hier von einem objektivierten Maßstab ausgegangen werden (Kotthoff, Meckel und Dreyer 2009:§ 14 Rn. 5). Dies bedeutet hingegen, dass eine Handlung, die nur im Kontext von Folklore als herabsetzende Nutzung angesehen würde, außer Betracht bleibt. Das *customary law* der betroffenen Gemeinschaften bietet sich indes hier als alternativer Bewertungsstandard an. Der Einfluss des *customary law* ist in den *sui generis* Modellen insbesondere dort sichtbar, wo eine Nutzung nur dann zustimmungspflichtig ist, wenn sie außerhalb des *customary use* erfolgt.¹⁴ Jedoch ist auch ein solches Kriterium für einen möglichen Nutzer mit erheblicher Rechtsunsicherheit verbunden.

9.2 Ausgleich mit den Interessen der Allgemeinheit

Der Ausgleich zwischen den Interessen der Gruppen und denen der Allgemeinheit ist einer der wesentlichen Aspekte, insbesondere der neueren Modellgesetze. Diese aus dem Urheberrecht bekannte Frage stellt sich angesichts der Weite der ge-

¹⁴ So im *South Pacific Model Law*, den *Draft Provisions* und den *Model Provisions*.

schützten Ausdrucksformen und der zeitlichen Unbegrenztheit des Schutzes hier besonders drängend. Ein vorsichtiges Vorgehen zeigt sich in den *Model Provisions*, die überhaupt nur die kommerzielle Nutzung zustimmungspflichtig machen. Die engen Schrankenregelungen des *South Pacific Model Law* hingegen zeigen die verfolgte Leitlinie eines strengeren Schutzes.

Offen ist die Frage des Verhältnisses der Gemeinschaften zueinander. Bei besonders alten Traditionen ist anzunehmen, dass diese in mehreren Gemeinschaften einer Region parallel weiter entwickelt wurden. Diese Situation ist, obschon im Rahmen der WIPO diskutiert, in keinem der untersuchten Modellgesetze berücksichtigt worden.

Eine vergleichende ökonomische Analyse von sui generis Rechten zum Schutz traditioneller kultureller Ausdrucksweisen

Matthias Lankau

1 Einleitung

Traditionelle kulturelle Ausdrucksweisen (*traditional cultural expressions*, im Folgenden TCEs) stellen eine besondere Form des immateriellen Eigentums dar. TCEs entstehen innerhalb traditioneller Gemeinschaften, die sie - häufig über viele Generationen hinweg - bewahren und weiterentwickeln. Da sie durch das bestehende Immaterialgüterrecht nur unzureichend vor der Verwendung durch Dritte geschützt sind, debattiert die internationale Staatengemeinschaft seit über 40 Jahren über ein Instrument, welches dem Schutzbedürfnis der Herkunftsgemeinschaften Rechnung trägt. Jedoch konnten sich die Länder bis zum heutigen Tag auf kein internationales rechtsverbindliches Instrument einigen (Lankau, Bizer und Gubaydullina 2010). Nichtsdestotrotz hat die internationale Gemeinschaft mehrere Modellgesetze im Bereich des Immaterialgüterrechts hervorgebracht. Hierzu zählen die *Model Provisions of the UNESCO/WIPO* von 1982, das *South Pacific Model Law for National Laws*, das *Tunis Model Law on Copyright for Developing Countries*, die *WIPO Draft Provisions* und die *ARIPO Provisions* (siehe Tabelle 1). Sie werden auch als “*sui generis* Gesetze” bezeichnet, also “Regeln eigener Art”, da sie sich ausschließlich auf den Schutz von TCEs beziehen und vom bestehenden Immaterialgüterrecht abweichen. Während jedoch das Patent-, das Urheber- und das Markenrecht in der ökonomischen Forschung sowohl normativ als auch positiv-analytisch bereits um-

fassend beleuchtet sind, blieben die *sui generis* Gesetze bis dato eher unbeachtet. Dennoch ist ein Verständnis ihrer Wirkungsweisen unerlässlich, da sie beispielsweise die Grundlage der aktuellen internationalen Verhandlungen zum Schutz von TCEs im *Intergovernmental Committee* (IGC) der Weltorganisation für geistiges Eigentum (*World Intellectual Property Organization*) darstellen und vereinzelt Ländern sie bereits implementieren.

Tabelle 1: Die *sui generis* Modellgesetze

Modellgesetz	Jahr	Abkürzung
Tunis Model Law on Copyright for Developing Countries	1976	TML
Model Provisions of the UNESCO/WIPO	1982	MPUW
South Pacific Model Law for National Laws	2002	SPML
WIPO Draft Provisions	2004	WDP
ARIPO Provisions	2010	ARIPO

Der vorliegende Beitrag adressiert diese Forschungslücke und strebt eine vergleichende Folgenabschätzung der Gesetzesvorschläge an.¹ Die hieraus abgeleiteten Erkenntnisse sollen politischen Akteuren, die einen *sui generis* Schutz für TCEs etablieren wollen, als Entscheidungsgrundlage dienen. Ausgangspunkt ist hierbei die Annahme, dass der TCE-Schutz normativ begründet ist und somit ein sozial nützlich Ziel darstellt.² Auf dieser Grundlage erfolgt eine vergleichende ökonomische Analyse der Effekte, die ein solcher Schutz in den verschiedenen Modellgesetzen mit sich bringt.³

Da bisher sehr wenige empirische Erkenntnisse zu den Effekten der *sui generis* Gesetze vorliegen, ist diese Analyse ausschließlich theoretischer Natur. In Abschnitt 2 erfolgt zunächst sowohl eine allgemeine Charakterisierung als auch eine vergleichende Gegenüberstellung der Gesetzesvorschläge. Hiervon sind die Bestimmungen der MPUW jedoch ausgeschlossen. Im Gegensatz zu den restlichen *sui generis* Rechten überließen die Verfasser der MPUW die meisten regulatorischen Spezifika den jeweiligen Länderparlamenten, was einer Vergleichbarkeit im Wege

¹ Eine Kurzform dieses Beitrags mit konkretem Bezug auf Politikimplikationen wurde bereits vorab veröffentlicht Bizer et al. (2011) und befindet sich ebenfalls in diesem Sammelband. Der vorliegende Beitrag stellt die ausführliche Grundlage dieser Veröffentlichung dar.

² Eine normative Begründung zum Schutz einiger kultureller Güter findet sich beispielsweise in Bieskei, Bizer und Gubaydullina (2012) und Hilty (2009).

³ Die genaue Formulierung und Implementierung dieser Modellgesetze ist Sache des Staates, der einen Schutz installieren möchte. Dies kann zu erheblichen Abweichungen zu den Modellgesetzen führen. Da dies im Vorhinein nicht absehbar ist, basiert die Folgenabschätzung auf den Texte in ihrer jetzigen Fassung.

steht. Die Analyse der Effekte erfolgt in Abschnitt 3, der sich in Kosten- und Schutzeffekte, sowie Effekte auf die Entstehung, Bewahrung und Weiterentwicklung von TCEs aufteilt. Schutzeffekte beinhalten hier den Grad der Berücksichtigung der Schutzinteressen der Ursprungsgemeinschaften der TCEs. Kosten entstehen durch den erschwerten Zugang zu TCEs als Teil des gesamtgesellschaftlichen Wissenspools. Abschnitt 4 fasst die wesentlichen Thesen dieses Beitrags zusammen und leitet entsprechende Politikimplikationen ab.

2 Charakterisierung der Schutzrechte *sui generis*

Sämtliche *sui generis* Gesetze basieren im Kern auf dem bestehenden Urheberrecht.⁴ Da für das Urheberrecht bereits eine weitreichende positiv-analytische Forschung existiert, die die Grundlage der vergleichenden Analyse der *sui generis* Gesetze in Abschnitt 3 bildet, geht der folgende Abschnitt zunächst auf die Gemeinsamkeiten der *sui generis* Gesetze ein, die sie vom Urheberrecht abheben. Abschnitt 2.2 beleuchtet hiernach die Hauptunterschiede, welche im Fokus der vergleichenden positiven Analyse stehen.⁵ Hierzu zählen die konkrete Inhaberschaft der Rechte an den TCEs sowie die jeweilige Breite des Schutzzumfangs.

2.1 Die Gemeinsamkeiten der *sui generis* Rechte

Tabelle 2 fasst die Gemeinsamkeiten der *sui generis* Gesetze im Vergleich zum Urheberrecht zusammen. Ein Kriterium in dem sämtliche *sui generis* Gesetze vom Urheberrecht abweichen, betrifft den Schutzgegenstand. Das Urheberrecht schützt sämtliche Formen geistiger Schöpfungen, die aus der menschlichen Kreativität resultieren. Die *sui generis* Rechte dagegen schützen lediglich TCEs. Diese sind relativ einheitlich als materielle oder immaterielle Ausdrucksform traditionellen Erbes definiert, die Gemeinschaften als Ganzes oder Individuen im Auftrag ihrer Gemeinschaften aufrechterhalten. Die qualitative Schutzanforderung ergänzt der Aspekt der Tradition. Hierzu ist es erforderlich, dass die TCEs bereits von Generation zu Generation weitergegeben wurden. Beispiele dieser allgemeinen Definition sind Aufführungen, wie etwa Zeremonien, Rituale oder Tänze, musikalische Ausdrucksformen wie Lieder oder andere mündliche Überlieferungen, wie Geschichten oder Legenden (vgl. WIPO 2006:17).

Darüber hinaus müssen die *sui generis* Rechte als Gruppenrechte klassifiziert werden, da sie von dem formellen Konzept der individuellen Schaffung eines Werkes, wie es im Urheberrecht festgehalten ist, abweichen und den Besitz der jeweili-

⁴ Für eine detaillierte Darstellung siehe bspw. von Lewinski (2007), WIPO (2004) und Zimbehl in diesem Sammelband.

⁵ Eine juristisch detaillierte Darstellung der Gemeinsamkeiten und Unterschiede der *sui generis* Gesetze befindet sich in dem Beitrag von Zimbehl in diesem Sammelband.

gen kulturellen Ausdrucksweisen den traditionellen Gemeinschaften als Ganzes zusprechen. Ferner ist der im Urheberrecht verankerte Aspekt des Schutzes neu geschaffener Ideen zugunsten des Schutzes traditionell existierender TCEs aufgegeben. Außerdem bleiben die *sui generis* Rechte unbegrenzt in Kraft, ganz im Gegensatz zur begrenzten Schutzdauer des Urheberrechts, welches bis zu 70 Jahre nach dem Tod des Autors ausläuft.⁶ Abschließend bedürfen TCEs keiner Fixierung als Werk, damit ein *sui generis* Schutz entsteht. Das Urheberrecht verlangt hingegen, dass eine digitale, schriftliche o.ä. Fixierung des Werkes vorliegt.⁷

Tabelle 2: Vergleich der *sui generis* Rechte mit dem Urheberrecht

	Vergleichskriterium	Urheberrecht	Sui Generis Rechte
Unterschiede	Schutzgegenstand Schutzkriterium Schöpfer Fixierung des Werkes Schutzdauer	Geistige Schöpfung Neuheit Individuum Ja Begrenzt	TCEs Tradition Gruppe Nein Unbegrenzt
Ähnlichkeiten	Ökonomische Rechte und Persönlichkeitsrechte Schutz entsteht automatisch. Keine Formalien		

Die regulatorischen Gemeinsamkeiten beider Rechtsformen beziehen sich vor allem auf die Etablierung von ökonomischen Ausschlussrechten sowie Persönlichkeitsrechten für die Herkunftsgemeinschaften der TCEs (vgl. Zimbehl in diesem Sammelband). Diese richten sich ausschließlich gegen die Nutzung außerhalb des traditionellen Kontextes. Traditionelle Nutzungen innerhalb der Herkunftsgemeinschaften bleiben von den Regelungen ausdrücklich unbenommen. Zu den ökonomischen Ausschlussrechten zählen das ausschließliche Recht zur Reproduktion, Publikation, Übersetzung, Adaption, Anordnung oder Transformation der TCEs (WIPO 2004:60–61). Eine derartige externe Nutzung bedarf dementsprechend einer Aushandlung nach Maßgabe des jeweiligen Gesetzes und würde kompensatorische Zahlungen wie Gebühren oder Gewinnbeteiligungen nach sich ziehen. Die *sui generis* Gesetze weisen in diesem Punkt jedoch eine starke Heterogenität auf, die Abschnitt 2.2.2 näher beleuchtet. Zusätzlich entsteht der *sui generis* Schutz, wie auch im Falle des Urheberrechts, automatisch und ohne Formalien.⁸

⁶ Vgl. hierzu auch den Beitrag von Mackaay in diesem Sammelband.

⁷ Ebenso geben alle Modellgesetze einen zivil- und strafrechtlichen Rahmen im Falle des Missbrauchs vor. Dieser ist allerdings nicht klar definiert und somit für eine ökonomische Analyse ungeeignet.

⁸ Allerdings streben einzelne *sui generis* Rechte eine Registrierung von bestimmten TCEs an, um ein besonders hohes Schutzniveau zu etablieren. Siehe hierzu den folgenden Abschnitt.

2.2 Die Variationen der sui generis Rechte

Systeme der Rechteinhaberschaft

In den *sui generis* Gesetzen sind unterschiedliche Systeme der Rechteinhaberschaft an den TCEs vorgesehen. Im Sinne dieses Artikels sind Rechteinhaber folgendermaßen klassifiziert: (1) Halter des Besitztitels an den TCEs, (2) Verhandlungspartner, d.h. Akteure, die das Recht innehaben, mit nicht-traditionellen Nutzern den Zugriff auszuhandeln, und (3) Nutznießer des Schutzes, d.h. diejenigen Akteure, denen eine anteilige Kompensation für den Zugriff auf die TCEs zusteht. Wie in Tabelle 3 abgebildet, reichen die avisierten Systeme von einer kompletten Staatskontrolle über gemischte Formen der Rechteinhaberschaft bis hin zur umfassenden Kontrolle durch lokale Gemeinschaften.

Tabelle 3: Rechteinhaberschaft in den sui generis Rechten

	Sui Generis Rechte			
	TML	ARIPO	WDP	SPML
Besitzhalter	Staatliche Behörde	Gemeinschaft	Gemeinschaft	Gemeinschaft Staatliche Behörde wenn kein Eigentümer gefunden
Verhandlungspartner	Staatliche Behörde	Staatliche Behörde Vetorecht der Gemeinschaften	Gemeinschaft Staatliche Behörde bei Mandat durch Gemeinschaft	Gemeinschaft
Nutznießer	Nationale TCEs	Gemeinschaft	Gemeinschaft	Gemeinschaft

Innerhalb des TML liegt die Kontrolle über kulturelle Ausdrucksformen zum Beispiel komplett in staatlicher Hand. Indigene Gemeinschaften haben somit kein Recht, Bedenken über die Nutzung ihrer TCEs zu äußern, geschweige denn diese zu verhindern. Alle relevanten Rechte liegen bei einer staatlichen Behörde, die formal jedoch den Auftrag hat die Anliegen der lokalen Gemeinschaften durchzusetzen (Section 6, 18). Sie verhandelt über die externe Nutzung der TCEs und sammelt ebenso die damit verbundenen Lizenzgebühren und die Gewinnanteile ein. Die Einkünfte sind für den Schutz und die Verbreitung der nationalen kulturellen Ausdrucksweisen insgesamt bestimmt (Section 17). Daher ist es unwahrscheinlich, dass die individuellen Gemeinschaften, von denen die TCEs stammen, von den Einnahmen direkt profitieren.

Im Gegensatz dazu stehen die WDP sowie das SPML, bei denen die Kontrolle letztendlich bei den indigenen Gemeinschaften liegt. In beiden Fällen ist die Ge-

meinschaft Halter der Rechte an den TCEs, Nutznießer des Schutzes sowie hauptverantwortlich für die Zugriffsverhandlungen durch nicht-traditionelle Nutzer (SPML Section 4; WDP Art. 2, 4). Allerdings besteht im Falle der WDP die Möglichkeit, dass die Gemeinschaft einer staatlichen Behörde das Mandat erteilt, an ihrer statt zu verhandeln. Darüber hinaus kann die staatliche Behörde im Rahmen des SPML dann als Verhandlungspartner agieren, wenn der traditionelle Rechteinhaber der TCEs nicht identifizierbar ist (Section 19, 1a). Beide Modellgesetze weisen fernerhin der Behörde helfende Funktionen zu. Im Fall des SPML ist ihre Hauptfunktion beispielsweise die Regulierung und Überwachung des Lizenzierungsprozesses. Hier soll sie zwischen traditionellen Rechteinhabern und Nutzern vermitteln, etwa indem sie den betroffenen Besitzhalter an den TCEs identifiziert (Section 16). Dies geschieht durch die Publikation einer Nutzungsanfrage (*User Request*) durch die Behörde, woraufhin die jeweilige indigene Gemeinschaft ihren Anspruch auf die TCEs der Behörde gegenüber geltend machen kann. Zusätzlich überwacht die staatliche Behörde die nicht-traditionelle Nutzung der lizenzierten TCEs (Section 37) und löst Eigentumskonflikte zwischen indigenen Gemeinschaften (Section 18, 19). Innerhalb der WDP hat die Behörde unter anderem die Aufgabe, die nicht-traditionelle Nutzung der TCEs zu überwachen und die Gemeinschaften bei der Durchsetzung ihrer Rechte zu unterstützen (Art. 4, 8b).

Das ARIPO Modell etabliert hingegen ein gemischtes System der Rechteinhaberschaft. Während die Gemeinschaft den Besitztitel an ihren TCEs hält (Section 18), ist eine staatliche Behörde dafür verantwortlich, den Zugang mit nicht-traditionellen Nutzern zu verhandeln (Section 22.2). Dabei ist sie jedoch dadurch eingeschränkt, dass die Herkunftsgemeinschaft für jede ihrer Entscheidungen ihre Zustimmung geben muss. Die erzielten Einkünfte sind direkt an die indigene Gemeinschaft weiterzuleiten, aus welcher die TCEs stammen (Section 22.3, d).

Die Breite der sui generis Rechte

Nach Varian (2005) beschreibt die Breite eines Rechts dessen Schutzzumfang. Im Falle der *sui generis* Gesetze variiert sie zunächst in Bezug auf das Schutzsystem. Hier erfahren entweder sämtliche TCEs einen einheitlichen Schutz, oder der Schutz ist je nach traditioneller Ausdrucksweise differenziert. Darüber hinaus variiert die Breite in Regulierung verschiedener Nutzungsarten der TCEs sowie bezüglich der in den Modellgesetzen enthaltenen Schranken, welche Zugriffe auf TCEs in bestimmten Fällen restriktionslos gestatten.⁹ Tabelle 4 fasst die Erkenntnisse dieses Abschnitts zusammen.

⁹ Die Darstellung der Breite beschränkt sich hier ausschließlich auf jene Elemente, in denen sich die *sui generis* Rechte unterscheiden. Die Breite des *sui generis* Schutzes inkludiert jedoch auch, dass keine Fixierung der TCEs als Schutzanforderung vorgesehen ist. Dementsprechend breit sind auch Konzepte, Ideen und Methoden geschützt.

Grundsätzlich existieren zwei Schutzsysteme. Innerhalb des ersten Systems, welches das SPML sowie das TML vorsieht, ist der Schutz für jedes Element der TCEs einheitlich. Jede nicht-traditionelle Nutzung, egal ob mit kommerziellem Interesse oder ohne, bedarf der Genehmigung durch die zuständige staatliche Behörde oder der lokalen Gemeinschaften (TML Section 6; SPML Section 7). Das TML verbindet diese Genehmigungen mit einer obligatorischen Zahlung eines fixen Gewinnanteils an die Behörde.¹⁰ Das SPML sieht einen sogenannten *prior informed consent*, also eine vorherige Einverständniserklärung der jeweiligen Herkunftsgemeinschaft, vor, welcher sämtliche relevanten Informationen zur Verwendung der TCEs zur Verfügung stellt (Section 14-25). Je nach Aushandlung dieses *prior informed consents* können somit unterschiedliche Gewinnbeteiligungen und andere Kompensationsformen für die Gemeinschaften anfallen (Section 22). Darüber hinaus müssen externe Nutzer Gebühren an die Behörde zahlen (Section 15 2d).

Innerhalb des zweiten Systems, welches die WDP sowie in den ARIPO Bestimmungen vorsehen, variiert der Schutzzumfang zwischen verschiedenen Elementen der TCEs (WDP Art. 3; ARIPO Section 19). Diese sind (1) TCEs mit besonderem Wert, (2) TCEs mit geringerem Wert und (3) geheime TCEs, d.h. kulturelle Ausdrucksformen, von denen die indigene Gemeinschaft eine Bekanntmachung außerhalb des traditionellen Kontexts verhindern möchte. Bei beiden Gesetzen sollen die jeweiligen Gemeinschaften selbst entscheiden, welches Schutzlevel ihnen für ihre jeweiligen TCEs wünschenswert erscheint. Für einen Zugang zum höchsten Level müssen die Gemeinschaften in jedem Fall ihren *prior informed consent* geben, unabhängig davon, ob ein kommerzielles Interesse vorliegt oder nicht. Des Weiteren sind sie berechtigt, Kompensationen wie Gewinnbeteiligungen oder Lizenzgebühren zu erheben. Diese Formen erfordern eine Registrierung bei einer staatlichen Behörde (WDP Art. 3a; ARIPO Section 19.2). Im Fall von TCEs mit geringerem Wert oder Elementen, welche die Gemeinschaft geheim halten möchte, muss keine Registrierung erfolgen. Der Schutz minder wertvoller TCEs ist auf Nutzungen mit kommerziellem Interesse begrenzt, wobei jedoch kein *prior informed consent* der Gemeinschaft notwendig ist. Eine Festlegung der Gewinnbeteiligung erfolgt bei beiden Modellgesetzen durch die staatliche Behörde nach Konsultationen mit den Herkunftsgemeinschaften (WDP Art. 3b; ARIPO Section 19.3). Darüber hinaus schreiben die Gesetzen vor, dass jede Nutzung die Persönlichkeitsrechte der indigenen Gemeinschaften respektieren muss. Im abschließenden Falle von geheimen Ausdrucksweisen legen die Bestimmungen fest, dass die Gemeinschaften über defensive Rechte verfügen, jede nicht autorisierte Offenlegung und darauf folgende Nutzung zu unterbinden sowie die Gewährung eines intellektuel-

¹⁰ Das TML sieht die Etablierung einer „*domaine public payant*“ vor (Section 18). Dieses Konzept besagt dass Arbeiten, deren Urheberrechtsschutz ausgelaufen ist, nicht restriktionslos in die freie öffentliche Verfügbarkeit zurückfallen. Vielmehr sind die Werke nur gegen Zahlung einer festgelegten Gebühr zugänglich. Einige Formen dieses Konzepts wurden zum Beispiel in Argentinien und Mexiko etabliert.

len Eigentumsrechts an diesen TCEs gegenüber Dritten außerhalb der Gemeinschaft zu verhindern.

Die *sui generis* Gesetze weisen auch Unterschiede in Bezug auf ihre Schrankenregelungen auf. Auf der einen Seite erlauben sämtliche hier vorgestellten Rechte die uneingeschränkte Nutzung von TCEs zu Bildungszwecken. Auf der anderen Seite zeigt sich, dass das TML vergleichsweise wenige Schranken des Schutzes vorsieht. Es gestattet lediglich die Nutzung durch öffentliche Einrichtungen für nicht-kommerzielle Zwecke, was beispielsweise zufällige Nutzungen, Berichterstattungen und Kritiken ausschließt (Section 6, 1^{bis}). Die WDP sowie die ARIPO-Provisions enthalten mehr Schranken, die z.B. Forschung, Bewertungen oder die Archivierung der TCEs als traditionelles Erbe vorsehen (WDP Art. 5, ARIPO Section 20). Das SPML liegt hier in der Mitte dieses Spektrums.

Tabelle 4: Die Varianz in der Breite der sui generis Rechte

	Sui Generis Rechte		
	TML	WDP / ARIPO	SPML
Schutzsystem	Einheitlich	Schutzabstufung (1) TCEs mit hohem Wert (2) TCEs mit geringem Wert (3) Geheime TCEs	Einheitlich
Regulierte Nutzungsart	Jede Nutzung: Autorisierung Feste Gewinnbeteiligung	(1) Jede Nutzung: <i>prior informed consent</i> Gewinnbeteiligung Moralische & defensive Rechte (2) Kommerzielle Nutzung: Gewinnbeteiligung Moralische Rechte (3) Jede Nutzung: Defensive Rechte	Jede Nutzung: <i>prior informed consent</i> , Gewinnbeteiligung
Schranken	Nutzung durch öffentliche Einrichtungen für nicht-kommerzielle Zwecke	Bildung Forschung Kritiken Bewertungen Berichterstattung Archivierung/Sicherung des traditionellen Erbes Zufällige Nutzung	Bildung Kritiken Berichterstattung Zufällige Nutzung Juristische Verfahren

Alles in allem weisen die *sui generis* Rechte sowohl in Bezug auf die Spezifika der Rechteallokation als auch in Bezug auf deren Breite z.T. erhebliche Unterschiede auf. In den folgenden Abschnitten erfolgen ein strukturierter Vergleich und die Bewertung der daraus entstehenden ökonomischen Effekte.

3 Die ökonomischen Effekte der *sui generis* Rechte

Wie bereits angedeutet basiert die Analyse der Effekte der *sui generis* Gesetze auf der bestehenden ökonomischen Forschung zum Urheberrecht. Der folgende Abschnitt skizziert kurz die analytischen Parallelen.

Aus normativer Perspektive lässt sich die Notwendigkeit der Etablierung von Urheberrechten mit der Eigenschaft immaterieller Güter als öffentliches Gut begründen (Müller-Langer und Scheufen 2011). Sollten keinerlei Schutzrechte für immaterielle Güter existieren, gäbe es wenig Anreize, die Kosten einer Innovation zu tragen, da sich niemand von den späteren Innovationserträgen ausschließen ließe. Durch das Problem des Trittbrettfahrens bestünde somit die Gefahr des Versagens des Marktes für innovative Schöpfungen. Diesem Marktversagen beugt das Urheberrecht vor, in dem es individuellen Schöpfern Monopolrechte auf das von ihnen geschaffene Werk gewährt, mit deren Hilfe sie Dritte von der Verwendung ausschließen oder für diese Verwendung eine entsprechende Kompensation verlangen können. Somit erreicht das Urheberrecht, durch die Schaffung monetärer Anreize zur individuellen Innovation, eine Privatisierung eines andernfalls öffentlichen Gutes.

Allerdings führen diese Monopolrechte auch soziale Kosten mit sich. Durch die Gewährung exklusiver Eigentumsrechte steigen die gesellschaftlichen Zugangskosten zu neuen Schöpfungen (insbesondere Transaktionskosten) und somit die Kosten nachgelagerter Wissensschaffung, was sich negativ auf Folgeinnovationen auswirken kann (Posner 1992).¹¹ Dementsprechend ist das Urheberrecht derart gestaltet, dass es eine Balance zwischen der Gewährung individueller Innovationsanreize und dem Interesse der Allgemeinheit am Zugang zu diesen Innovationen gewährleistet.

Nach Varian (2005) können Beschränkungen in der Tiefe, Länge und Breite des Urheberrechts diese Balance herstellen. Die Tiefe beschreibt den Grad der Neuheit, den ein Werk für die Gewährung des Schutzes erfüllen muss. Das Urheberrecht sieht jedoch einen sehr geringen Neuheitsgrad vor, da es fast alle fixierten Werke automatisch schützt (Varian 2005:124). Die Länge des Urheberrechtsschutzes beschränkt sich hingegen für die meisten Werke auf 70 Jahre nach dem Tod des Autors. Ab diesem Zeitpunkt ist das zuvor geschützte Werk gemeinfrei wodurch die Verwendung durch die Allgemeinheit keinerlei Einschränkungen unterliegt, was die sozialen Zugangskosten reduziert. Wie bereits beschrieben bezieht sich die Breite des Urheberrechts auf seinen Schutzzumfang. Dieser ist relativ gering (Varian 2005:125), da zum einen nur fixierte Werke und damit nicht Ideen, Konzepte oder Methoden Schutz genießen können (siehe Abschnitt 2.1). Zum anderen sind dem Urheberrecht Schranken auferlegt. In bestimmten Fällen erlau-

¹¹ Viele Autoren verweisen auf hohe soziale Kosten durch die Behinderung von Folgeinnovationen, die durch das System der immateriellen Eigentumsrechte entstehen. Siehe hierzu Boldrin und Levine (2008), Heller (2008) oder Jaffe und Lerner (2004).

ben diese Schranken Dritten den uneingeschränkten Zugriff auf das geschaffene Werk. Dies betrifft beispielsweise das Zitieren von wissenschaftlichen Arbeiten mit klarer Quellenangabe oder den freien Gebrauch der dem Werke zugrunde liegenden Idee für die Schaffung eines unabhängigen Werkes. Alles in allem senken vor allem die Beschränkungen in Länge und Breite die sozialen Kosten des Urheberrechts. Somit soll der Wohlfahrtsgewinn durch die Schaffung individueller Innovationsanreize, den Wohlfahrtsverlust aus der Beschränkung der Allgemeinheit im Zugang zu den Schöpfungen überkompensieren (Müller-Langer und Scheufen 2011:138).¹²

Der skizzierte Analyserahmen lässt sich teilweise auf die Analyse der Kosten der *sui generis* Rechte übertragen. Wie in Abschnitt 2.1 gezeigt, beinhalten die Modellgesetze ebenfalls ökonomische Ausschlussrechte und führen somit soziale Kosten mit sich, da sie den Zugang zu TCEs, aus dem Innovationen entstehen können, erschweren.¹³ Diese können durchaus substantiell sein, da beispielsweise keine Beschränkungen in der Länge der Schutzdauer vorgesehen sind und somit Elemente der TCEs für unbeschränkte Zeit aus dem frei zugänglichen Wissenspool der Gesellschaft fallen. Darüber hinaus weisen die Rechte einen vergleichsweise großen Schutzzumfang (Breite) auf, da sie ebenfalls nicht fixierte Werke, wie Ideen, Konzepte oder ähnliches, schützen. Dies deckt den Großteil der TCEs ab, führt jedoch auch, aufgrund der ungenauen Definition der exakten Grenzen der Breite, Unsicherheiten mit sich, welche Elemente im Einzelnen schutzwürdig sind.¹⁴ Da die *sui generis* Gesetze jedoch stark in ihren spezifischen Ausgestaltungen hinsichtlich Rechteallokation und Breite variieren, bringen sie unterschiedlich hohe soziale Kosten mit sich. Abschnitt 3.1 vergleicht diese miteinander, um eine Kostenrangfolge der einzelnen Modellgesetze abzuleiten.

Auf der normativen Ebene fällt der Vergleich zum Urheberrecht schwerer. So ist nicht klar begründet, aus welchem gesamtgesellschaftlich wohlfahrtsfördernden Grund ein Schutz von TCEs zu etablieren ist. Aufgrund des definitorischen Bezugs auf traditionell-überlieferte kulturelle Ausdrucksweisen, ist es im Gegensatz zum Urheberrecht sicherlich nicht das vordringlichste Ziel der *sui generis* Rechte, Anreize zur Schaffung neuer TCEs zu generieren. Die Regulierung basiert scheinbar vielmehr auf dem Schutz der Interessen der traditionellen Eigner als auf Aspekten der gesamtgesellschaftlichen Wohlfahrt. Diese normative Ungewissheit

¹² Es ist jedoch anzuzweifeln, ob die derzeitige Schutzdauer des Urheberrechts optimal ist, um die Interessen der Allgemeinheit und die der Urheber im Sinne eines sozialen Optimums auszugleichen. Siehe hierzu den Beitrag von Mackaay in diesem Sammelband (S. 163-165).

¹³ Beispielsweise können Bücher, Filme, Theaterstücke o.Ä. auf der Basis von TCEs entstehen. Ein Beispiel hierfür ist der Film „*Twilight Eclipse*“ für dessen Plot die Gründungslegende der Quileute, einem indianischen Stamm aus dem US-amerikanischen Bundesstaat Washington, verwendet wurde.

¹⁴ Im Falle des Patentrechts wurde bereits gezeigt, dass eine ungenaue Definition der Grenzen des Rechts, das heißt, welches Wissen geschützt ist und welches nicht, zu hohen sozialen Zugangskosten führen kann, was Folgeinnovationen entscheidend behindert Bessen und Meurer (2008).

macht folglich die Abschätzung des sozialen Nutzens der Gesetze unklar. Dementsprechend ist weder zu beurteilen, ob die sozialen Kosten, die durch die *sui generis* Rechte entstehen, dem sozialen Nutzen nach zu rechtfertigen sind, noch welches der Gesetze das effizienteste Instrument darstellt. Aus diesem Grund beschränkt sich die Analyse darauf, den Charakter des Schutzes der einzelnen *sui generis* Gesetze zu vergleichen (Abschnitt 3.2). Hierbei liegt der Fokus auf der Frage, inwiefern bei nicht-traditioneller Nutzung von TCEs die Präferenzen der lokalen Gemeinschaften, von denen die TCEs ursprünglich stammen, Berücksichtigung finden. Darüber hinaus diskutiert Abschnitt 3.3 den Effekt die *sui generis* Gesetze auf die Entstehung sowie Weiterentwicklung von TCEs innerhalb der Herkunftsgemeinschaften.

Im Zentrum der folgenden Analysen stehen die durch die Modellgesetze geschaffenen Anreize und deren Verhaltensauswirkungen. Hierbei ist die Analyseeinheit das rational handelnde Individuum, das eine individuelle Nutzenmaximierung anstrebt. Direkt betroffene Akteure im Kontext der *sui generis* Gesetze sind (1) Vertreter und/oder Mitglieder der Herkunftsgemeinschaften, d.h. die lokalen/indigenen Gemeinschaften, aus denen die jeweiligen TCEs ursprünglich stammen, (2) Bürokraten und Chefbürokraten der staatlichen Behörde und (3) Personen und Unternehmen, die nach Zugang zu TCEs, beispielsweise zu Vermarktungszwecken, streben.

3.1 Die sozialen Kosten der *sui generis* Rechte im Vergleich

Die *sui generis* Rechte beeinflussen in unterschiedlichem Ausmaß die gesellschaftlichen Zugangskosten und somit die Kosten nachgelagerter Wissens- und Innovationschaffung in Bezug auf traditionelle kulturelle Ausdrucksweisen. Die Analyse vergleicht diese sozialen Kosten in Bezug auf Transaktionskosten. Hierbei stehen die Kosten der Identifizierung der Verhandlungspartner und Besitzer (im Folgenden Identifikationskosten) sowie die eigentlichen Kosten der Verhandlung um den Zugriff auf TCEs (im Folgenden Verhandlungskosten) im Mittelpunkt. Folglich beeinflusst hauptsächlich die spezifische Ausgestaltung der Eigentumsrechte an der traditionellen Ausdrucksweise die Höhe der Transaktionskosten. Sie variieren aber ebenfalls mit der Breite der Rechte. Sollte ein Gesetz etwa hohe Transaktionskosten durch die Rechteaustgestaltung mit sich bringen, jedoch nur einen geringen Schutzzumfang mit vielen Schrankenregulierungen aufweisen, so würde dieses Gesetz im Vergleich zu einem anderen mit ähnlicher Rechteaustgestaltung jedoch einem breiterem Schutzzumfang zu niedrigeren Transaktionskosten führen. Die folgenden beiden Abschnitte wenden diese Logik auf die *sui generis* Gesetze an.

Die Aufteilung der Eigentumsrechte an den TCEs

Die Betrachtung der Transaktionskosten beginnt zunächst mit den WDP und dem SPML, die eine vollständig lokale Rechteinhaberschaft vorsehen. Gerade im Fall

traditioneller kultureller Ausdrucksweisen kann es sich als sehr kompliziert erweisen, Verfügungsrechte eindeutig einer Gruppe zuzuweisen. Sicherlich existieren TCEs, die einfach zuzuordnen sind. Jedoch ist vorstellbar, dass auch mehrere Gruppen gleichzeitig TCE-Rechte beanspruchen. So kann zum Beispiel Gruppe A eine Ausdrucksform zurzeit praktizieren, die gleichzeitig in den Traditionen der Gruppe B verwurzelt sind. Aus diesem Grund ist es sehr wahrscheinlich, dass eine lokale Rechteallokation Identifikations- und somit Transaktionskosten allein durch die Schwierigkeiten steigert zu bestimmen, welcher Gruppe die Rechte zuzuordnen sind.¹⁵ Die Planer des SPML versuchen diesen Prozess zu vereinfachen, indem sie eine staatliche Behörde damit beauftragen, die Besitzer zu identifizieren. Sollte ein externer Nutzer Interesse an der Verwendung eines TCE-Elementes äußern, veröffentlicht die Behörde hierfür eine Nutzungsanfrage (*User Request*). Daraufhin soll die wahre Herkunftsgemeinschaft dieser Ausdrucksweise ihren Anspruch der Behörde gegenüber anzeigen. Da das Verfügungsrecht an der erfragten Ausdrucksweise jedoch zu finanziellen Kompensationen berechtigt, lässt sich die Hypothese ableiten, dass durch diese Vorgehensweise Anreize zur fälschlichen Anzeige des Anspruchs entstehen. Daher sind unrechtmäßig konkurrierende Ansprüche sehr wahrscheinlich.¹⁶ Somit setzt SPML-Ansatz zur Verringerung von Identifikationskosten Anreize, die diesem Ziel entgegenwirken. Zusammenfassend ist nicht davon auszugehen, dass dieser Identifikationskosten entscheidend mindert.

In Bezug auf die Verhandlungskosten unterstellen beide Modellgesetze, dass die jeweilige Herkunftsgemeinschaft gemäß ihrem Gewohnheitsrecht über eine effiziente interne Entscheidungsfindung und folglich über eine adäquate Repräsentanz nach außen verfügt. Sollte dies der Fall sein, würde es externen Nutzern vergleichsweise kostengünstige Verhandlungen über den Zugriff auf die TCEs ermöglichen, da sie im Optimalfall nur mit wenigen Repräsentanten verhandeln müssten, die ihrerseits Entscheidungen treffen könnten, die von der gesamten Gruppe akzeptiert würden. Allerdings ist stark anzuzweifeln, dass dieses Konzept die Realität im Regelfall abbildet. So ist beispielsweise wahrscheinlich, dass innerhalb einer Gemeinschaft keine einheitliche Repräsentanz nach außen existiert und dass mehrere Akteure Exklusivrechte an den TCEs beanspruchen. Sollte dies der Fall sein, so müssten externe Nutzer mit jedem einzelnen Rechthehalter Verhandlungen füh-

¹⁵ Beispielhaft sei hier der Fall der Identifikation der Besitzer einer Melodie angeführt, welcher der Dokumentarfilm „*Whose song is this?*“ darstellt. Die Bürger verschiedener Balkanländer beanspruchen die Melodie, teils energisch für sich und akzeptieren nicht, dass andere dies auch tun. Sollte für TCEs eine ähnliche Ausgangssituation existieren, so würde eine lokale Allokation der Rechte mit Sicherheit zu heftigen Auseinandersetzungen führen.

¹⁶ Das Modellgesetz sieht hier eine Lösung von Konflikte dieser Art auf Basis des geltenden Gewohnheitsrechts vor. Hierbei handelt es sich um Rechtssysteme innerhalb einzelner lokaler Gruppen. Sie existieren weitestgehend unabhängig vom jeweiligen nationalen Rechtssystem. Die Auswirkungen dieses Bezugs auf das Gewohnheitsrecht sind im Rahmen dieses Beitrages nicht abbildbar, da es sich zwischen lokalen Gruppen und Ländern teils erheblich unterscheidet.

ren und diese u.U. separat kompensieren. Dies würde die Transaktionskosten der Verhandlung immens steigern und folglich in einer zu geringen Nutzung der TCE-Ressource münden, da interessierte externe Nutzer durch die hohen Transaktionskosten von einem Zugriff grundsätzlich absehen würden. Aus ökonomischer Perspektive lässt sich dieses Szenario als Tragödie der Anti-Allmende beschreiben (Heller 1998).¹⁷ Tragisch ist sie, da sich allein durch die Tatsache, dass mehrere lokale Akteure Exklusivrechte halten, Zugriffsverhandlungen derart verteuern, dass wenig bis kein Handel mit der Ressource stattfindet, auch wenn sämtliche Akteure individuell einem Handel u.U. zustimmen. Dies stellt sowohl die Herkunftsgemeinschaften schlechter, da sie weniger oder keine Kompensationszahlungen erhalten, als auch die Gesamtgesellschaft, die auf TCEs basierende Schöpfungen verzichten muss. Das Problem der tragischen Unternutzung könnte sich sogar vervielfachen, sollte mehr als eine Gruppe existieren, denen die Elemente der TCEs gehören. Die Verhandlungen müssten dann jeder Gruppe und alle Akteuren, die Exklusivrechte innerhalb der Gruppen halten, einschließen. Alles in allem führt eine lokale Rechteallokation somit zu enormen Transaktionskosten der Verhandlung und verhindert den Zugriff auf TCEs, trotz des potentiellen Einverständnisses der Herkunftsgemeinschaften.

Innerhalb des TML-Ansatzes der zentralen Rechteallokation fallen Transaktionskosten weniger ins Gewicht. Alle Rechte liegen exklusiv bei einer staatlichen Behörde, die Entscheidungen ohne Einbeziehung der Herkunftsgemeinschaften treffen darf. Unter der Annahme, dass die staatliche Behörde mit Kosten nahe Null zu finden ist, sind Identifikationskosten dementsprechend zu vernachlässigen. Darüber hinaus sind die eigentlichen Verhandlungskosten im Vergleich zur lokalen Rechteallokation erheblich reduziert, da externe Nutzer nur mit einem Akteur verhandeln müssen.

Im ARIPO-System der gemischten Rechteinhaberschaft stellt sich genau wie bei den WDP und dem SPML die Frage des Eigentums der TCEs, weshalb ähnliche Identifikationskosten entstehen dürften. Dennoch fallen die Verhandlungskosten vergleichsweise geringer aus. Wie in Abschnitt 2.2 dargelegt, führt stets die staatliche Behörde Zugriffsverhandlungen im Auftrag der Herkunftsgemeinschaften. Dies reduziert Transaktionskosten. Zwar muss die Behörde bei jeder Zugriffsentscheidung die Zustimmung der jeweiligen Gemeinschaft einholen, was sich ebenfalls sehr kompliziert gestalten kann, jedoch lässt sich annehmen, dass die Behörde Lernkurveneffekte im Umgang mit den Gemeinschaften in ihrer Jurisdiktion realisiert. Dynamisch betrachtet ließe sich also argumentieren, dass die ge-

¹⁷ Heller beschreibt das Problem von Ressourcen, für die zu viele Eigentumsrechte existieren, im Allgemeinen. Gemäß seiner These verhindert diese Art der Rechtespezifikation den Handel und somit die effizienteste Nutzung von Ressourcen, was wiederum Innovation und Fortschritt behindert.

mischte Rechteinhaberschaft in den ARIPO-Bestimmungen zu niedrigeren Transaktionskosten führt als eine komplett lokale Allokation.¹⁸

Die Gestaltung der Rechteallokation hat also erheblichen Einfluss auf die Höhe der Transaktionskosten, die ein externer Zugriff nach sich zieht. Wie in Tabelle 5 vergleichend gegenübergestellt, verursacht eine lokale Allokation die höchsten (Rang 4) und eine zentrale Allokation die mit Abstand niedrigsten (Rang 1) Kosten. Der gemischte Ansatz befindet sich in der Mitte dieses Spektrums, aber aufgrund der Lerneffekte der staatlichen Behörde eher zur zentralen Allokation tendierend als zur lokalen Allokation

Tabelle 5: Die Auswirkungen der Rechteallokation auf Transaktionskosten

	Rechteallokation			
	Zentral TML	Lokal-Zentral ARIPO	Lokal WDP	Lokal SPML
Identifikationskosten	-	Hoch	Hoch	Hoch
Verhandlungskosten	Am Geringsten	Mittel-hoch	Am Höchsten	Am Höchsten
Rangfolge der Transaktionskosten	Am Geringsten (1)	Mittel-hoch (2-3)	Am Höchsten (4)	Am Höchsten (4)

Um die Transaktionskosten der Modellgesetze abschließend vergleichen zu können, erweitert der nächste Abschnitt die Perspektive um die jeweilige Breite der Rechte. Diese setzt sich aus der Breite, der im Schutz inbegriffenen TCEs, sowie der Breite der regulierten Nutzungsarten zusammen. Die in den *sui generis* Rechten einbezogenen Schrankenregelungen weisen lediglich leichte Unterschiede auf (siehe Abschnitt 2.2). Zwar würde sich dies auf die Höhe der Zugangskosten für externe Zugriffe auswirken, dennoch sind die Unterschiede in den Gesetzen nicht groß genug, um die Transaktionskosten im Vergleich zwischen den Gesetzen entscheidend zu beeinflussen.¹⁹

¹⁸ Innerhalb des WDP-Systems kann die Herkunftsgemeinschaft die Behörde beauftragen, ähnlich wie in den ARIPO-Bestimmungen, an ihrer statt zu verhandeln. Durch die Aussicht, Zugriffsbedingungen selbst auszuhandeln, existieren allerdings starke Anreize innerhalb jeder Gruppe, dieses Recht selbst auszuüben.

¹⁹ Vergleicht man die Schranken mit dem Urheberrecht, fällt auf, dass keines der Gesetze den freien Gebrauch der TCEs zur Schaffung abgeleiteter Werke gestattet. Die einzige Ausnahme bilden hier die *Model Provisions* von 1982, die jedoch aus der Analyse ausgeschlossen wurden. Für weitere Informationen siehe den Beitrag von Zimbehl in diesem Sammelband.

Die unterschiedliche Breite der sui generis Rechte

Das SPML sowie das TML etablieren ein Schutzsystem, welches für sämtliche TCEs einer Herkunftsgemeinschaft dasselbe einheitliche Schutzniveau bietet (siehe Abschnitt 2.2). Dies errichtet jedoch auch für sämtliche TCEs hohe Zugriffshürden, da stets eine Autorisierung durch die staatliche Behörde (TML) oder ein *prior informed consent* der Herkunftsgemeinschaften (SPML) erforderlich ist. Unter Berücksichtigung der Argumentation des vorherigen Abschnitts, kann dies dementsprechend gruppenexterne Kreativität und Innovationen auch für jene TCEs erschweren, bei denen ein externer Zugriff aus Sicht der Herkunftsgemeinschaften unter Umständen völlig konfliktfrei wäre.²⁰ Jedoch ist im Falle des TML der externe Zugriff insgesamt eher einfach geregelt, da für jeden Zugriff ein fixer Gewinnanteil abzuführen ist, der keiner Aushandlung mit der staatlichen Behörde bedarf. Dies senkt die Transaktionskosten und führt zu einer höheren Transparenz als dies im SPML zu erwarten ist. Hier ist bei jeder Nutzung die Aushandlung eines *prior informed consents* der jeweiligen Herkunftsgemeinschaft vorgeschrieben, was, wie gezeigt, hohe Transaktionskosten auch für an sich unproblematische TCEs mit sich bringen kann.

Die WDP sowie die ARIPO-Bestimmungen etablieren hingegen ein differenziertes Schutzsystem, welches auf den Wert der TCEs, wie ihn die Herkunftsgemeinschaften einschätzen, abgestimmt ist. Die Differenzierung wurde explizit geschaffen, um die Breite der Rechte zu verringern und so zu hohe Zugangshürden für minderschützenswerte TCEs zu verhindern (WIPO 2006). Während der stärkste Schutz den *prior informed consent* der jeweiligen Herkunftsgemeinschaft für jedwede Nutzung fordert, ist das zweite Schutzlevel wesentlich lockerer. Zum einen existieren keinerlei Beschränkungen für Nutzungen ohne kommerzielles Interesse. Zum anderen sind kommerzielle Nutzungen auch ohne vorherige Zustimmung möglich. Da die staatliche Behörde jedoch berechtigt ist Gewinnbeteiligungen zu fordern und deren Höhe von Konsultationen mit den Herkunftsgemeinschaften abhängt, müssen externe Nutzer auch in der zweiten Schutzstufe jeden Zugriff mit der Behörde aushandeln, um das Risiko zu hoher Gewinnabgaben auszuschließen. Da jedoch Verhandlungen mit nur einem Verhandlungspartner mit deutlich geringeren Transaktionskosten einhergehen als Verhandlungen mit potentiell vielen, sind die Zugangshürden für TCEs des Level 2 deutlich geringer, als die des Level 1.²¹ Sollte es dementsprechend zu einer wahrheitsgemäßen Registrierung durch die Herkunftsgemeinschaften kommen, so wäre die Breite der WDP und ARIPO *Pro-*

²⁰ Ein Beispiel hierfür sind die Totenfeste der *Toraja* in Indonesien. Ethnologische Feldforschungen haben ergeben, dass etwa die mediale Verarbeitung dieser Rituale sogar ganz im Sinne der *Toraja* ist und diese keine vorherige Zugangserlaubnis bedarf. Siehe dazu Klenke und Socha in diesem Sammelband sowie Engelbrecht (2010).

²¹ Eine ökonomische Interpretation des dritten Schutzlevels für geheime TCEs befindet sich in dem Beitrag von Mackaay in diesem Sammelband.

visions geringer als die des SPML oder des TML. Aus ökonomischer Perspektive ist dies jedoch zu bezweifeln. Beide Gesetze setzen starke Anreize für rational handelnde Mitglieder der Herkunftsgemeinschaften, TCEs auch dann als hochwertig zu registrieren, wenn sie es eigentlich nicht sind. Die externe Nachfrage nach TCEs korreliert nicht notwendigerweise mit der Wahrnehmung ihres Wertes innerhalb der Gemeinschaft. Somit existiert der Anreiz TCEs, die wahrheitsgemäß dem Level 2 angehören, unter dem Level 1 zu registrieren, da dies die realisierbaren Kompensationszahlungen potentiell erhöht. Im Endeffekt resultiert hieraus eine übermäßige Registrierung von Level-1-TCEs. Da die Zugangsbeschränkungen hier dem SPML ähneln, besteht somit die Gefahr, dass sich die Breite der WDP und ARIPO-Bestimmungen in der Tendenz eher dem SPML annähert.²²

Zusammenführung

Tabelle 6 stellt die Rangfolge der Transaktionskosten, die aus den Modellgesetzen resultieren, im Vergleich dar (1-niedrigste Kosten, 4-höchste Kosten). Wie bereits erwähnt, bestimmt hauptsächlich die Ausgestaltung der Eigentumsrechte die Höhe der Transaktionskosten. Darüber hinaus kann eine unterschiedliche Breite des Schutzzumfangs diese sowohl ausweiten als auch einschränken.

Die höchsten Transaktionskosten ergeben sich demnach für das SPML, was in der komplett lokalen Rechteallokation und den damit verbundenen teuren Zugriffsaushandlungen sowie im vergleichsweise größten Schutzzumfang begründet liegt. An dritter Stelle befinden sich die WDP. Diese führen zu ähnlichen Transaktionskosten aus der lokalen Rechteallokation, jedoch ist die Breite durch die Schutzabstufung gegenüber dem SPML eher eingeschränkt. Durch die Möglichkeit der tendenziell zu hohen Einstufung der TCEs könnten sich jedoch die Breite und somit die Transaktionskosten der WDP denen des SPML angleichen. Beide Modellgesetze bergen somit die reelle Gefahr den Zugang zu TCEs derart zu verteuern, dass sie eine Unternutzung der TCEs nach sich ziehen und die Schaffung von Folgeinnovationen entscheidend behindern. Die Bestimmungen der ARIPO weisen eine identische Schutzbreite wie die WDP auf, bringen jedoch weniger Transaktionskosten durch die gemischte Rechteallokation mit sich, wodurch ihre Transaktionskosten unter denen der WDP und des SPML liegen dürften. Aufgrund der vollständig zentralen Rechteallokation führt das TML zu den mit Abstand geringsten Transaktionskosten.

²² Dieser Fehlanreiz ließe sich unter Umständen durch die Festlegung einer fixen nicht verhandelbaren Kompensation - anstatt verhandlungsabhängigen Gewinnbeteiligungen - für die Nutzung von Level-1 TCEs, die an die Behörde zu entrichten ist, abschwächen. Dies hat jedoch wiederum Einfluss auf den Charakter der Schutzes (siehe Abschnitt 3.2).

Tabelle 6: Die Rangfolge der Transaktionskosten der sui generis Rechte

	Sui Generis Rechte			
	TML	ARIPO	WDP	SPML
Transaktionskosten durch Rechteinhaberschaft	Am Geringsten (1)	Mittel-hoch (2-3)	Am Höchsten (4)	Am Höchsten (4)
Breite der Rechte	Breit (2)	Weniger Breit - Am Breitesten (1-3)	Weniger Breit - Am Breitesten (1-3)	Am Breitesten (3)
Gesamte Transaktions- Kosten	(1)	(2)	(3-4)	(4)

3.2 Der Charakter des Schutzes in den sui generis Rechten

Die Präferenzen der Herkunftsgemeinschaften bezüglich eines Schutzes ihrer TCEs orientieren sich maßgeblich an Nutzeneffekten, die ein externer Zugriff bei ihnen auslöst. Gemäß Bicskei, Bizer und Gubaydullina (2012) können TCEs, als ein Beispiel für kulturelle Güter, sowohl direkten als auch indirekten Nutzen für die Herkunftsgemeinschaften stiften.²³ Der direkte Nutzenteil ergibt sich aus monetären Effekten durch Konsumenten, die für die externe Nutzung zahlen bzw. es unterlassen, was eine Steigerung bzw. Reduzierung des direkten Nutzens bewirkt. Der indirekte Nutzen hingegen bezieht sich auf die identitätsstiftende Wirkung, die von TCEs für die Herkunftsgemeinschaft ausgeht. Durch einen externen Zugriff wird dieser entweder gesteigert oder beeinträchtigt, was entscheidend von der jeweiligen Ausdrucksform abhängt. Bicskei, Bizer und Gubaydullina (2012) geben verschiedene Beispiele für kulturelle Güter, die den indirekten Nutzen ihrer Träger in unterschiedlichem Ausmaß beeinflussen. So bewirke die Verwendung einer Sprache durch Dritte einer Steigerung des indirekten Nutzens der Mitglieder des Sprachkreises, da die Identitätsstiftung umso höher ist, je größer der Sprachkreis. Hingegen können indirekte Nutzenverluste beispielsweise bei bestimmten heiligen Ritualen auftreten, die ihre identitätsstiftende Wirkung verlieren, sollten Dritte sie reproduzieren oder vermarkten (Bicskei, Bizer und Gubaydullina 2012:105). Je nachdem wie stark ein externer Zugriff einzelne Nutzelemente der Herkunftsgemeinschaft betrifft, ergeben sich somit unterschiedlichste Schutzpräferenzen. Sind etwa die indirekten Nutzenverluste prohibitiv hoch, so würde die lokale Ge-

²³ Die von Bicskei, Bizer und Gubaydullina (2012) vorgestellte Nutzenfunktion bezieht sich auf kulturelle Güter im Allgemeinen, lässt sich jedoch auf den speziellen Fall der Nutzung von TCEs anwenden. Die Autoren unterscheiden bei Akteuren zwischen Insidern (Kulturträgern) und Outsiders (Kulturproduzenten).

meinschaft einem externen Zugriff nicht zustimmen.²⁴ Sind sie hingegen moderat, wäre unter Umständen eine monetäre Kompensation in entsprechender Höhe möglich. Bewirkt ein externer Zugriff sowohl direkte als auch indirekte Nutzensteigerungen, so läge es im Interesse der Herkunftsgemeinschaft ein möglichst geringes Schutzniveau zu wählen. Inwiefern diese unterschiedlichen Schutzpräferenzen der Herkunftsgemeinschaften in Zugriffsentscheidungen auf TCEs Berücksichtigung finden, hängt in allererster Linie von der Zuordnung der Rechte an den TCEs ab (siehe Abschnitt 2.2),²⁵ was der folgende Abschnitt thematisiert.

Die Analyse beginnt zunächst mit dem System der vollständig lokalen Rechteinhaberschaft, welche die WDP und das SPML vorsehen. In beiden Fällen ist die lokale Gemeinschaft verantwortlich, die Bedingungen des nicht-traditionellen Zugriffs auszuhandeln und berechtigt, etwaige Kompensationszahlungen einzuziehen. Somit liegt die Zugriffsentscheidung bei dem Akteur, der Nutzeneffekte eines Zugriffs trägt und hierfür eine direkte Kompensation erfahren könnte. Dies führt dazu, dass ein externer Zugriff auch nur dann stattfindet, wenn sich die lokale Gemeinschaft hierdurch einen Nettonutzenzuwachs verspricht. Sollten indirekte Nutzenverluste beispielsweise hoch sein, so wäre auch die Akzeptanzbereitschaft bei der lokalen Gemeinschaft und somit die geforderte Kompensation vergleichsweise hoch. Neben dem Preis haben die lokalen Gemeinschaften die Möglichkeit Lizenzbedingungen für externe Nutzungen derart festzulegen, dass sich negative Nutzeneffekte minimieren (Bizer et al. 2011). Beispielsweise könnte die Gemeinschaft lediglich eine bestimmte Nutzungsart gestatten, die die identitätsstiftende Wirkung der zugrundeliegenden Ausdrucksform nicht beeinträchtigt. Dies käme einer Erhöhung der Zugangsbedingungen und somit implizit auch einer Preiserhöhung gleich, was die Nachfrage nach diesem TCE verringert und somit zu weniger Zugriffen führt (Lechner, Gubaydullina und Bizer 2008). Im Gegenzug kann die Akzeptanzbereitschaft für weniger kritische TCEs sehr viel niedriger sein, was in einem niedrigeren Preis resultiert und damit den Zugriff erleichtert. Alles in allem führt eine lokale Rechteallokation mit großer Wahrscheinlichkeit dazu, dass sich der Schutz am Wert der TCEs so wie ihn die Herkunftsgemeinschaft einstuft, orientiert. Dementsprechend blieben die Präferenzen der Herkunftsgemeinschaften berücksichtigt.²⁶

Im System des TML sind sämtliche Rechte zentral zugeordnet. Hier übernimmt eine eigens geschaffene staatliche Behörde die Aufgabe, die lokalen Ge-

²⁴ Dies könnte der Fall sein, wenn die fundamentale Identität (die Würde) der Herkunftsgemeinschaft durch eine externe Verwendung verletzt würde (Bicskei, Bizer und Gubaydullina 2012).

²⁵ Ebenfalls beeinflusst das Schutzausmaß der Rechte, vor allem die Möglichkeit, besonders wertvollen TCEs einen gesteigerten Schutz zukommen zu lassen (WIPO/ARIPO), die Berücksichtigung der Schutzpräferenzen der Herkunftsgemeinschaften. Dies spielt jedoch eine untergeordnete Rolle.

²⁶ Dieser Argumentation unterliegt der Annahme, dass die Gemeinschaft gut genug organisiert ist, um ihre Präferenzen gegenüber Dritten klar zum Ausdruck zu bringen. Wie im letzten Abschnitt gezeigt, muss dies jedoch nicht immer der Fall sein.

meinschaften gemäß deren Interessen zu vertreten. Aus ökonomischer Sicht existiert somit zwischen beiden Akteuren eine Prinzipal-Agenten Beziehung, wobei die Gemeinschaft als Prinzipal und die staatliche Behörde als ihr Agent, der über den externen Zugriff in ihrem Auftrag entscheidet, auftritt. Da wie in jeder Prinzipal-Agenten Beziehung, auch hier Informationsasymmetrien zu Lasten des Prinzipals vorliegen, könnte die staatliche Behörde diese ausnutzen, um bei Zugriffsentscheidungen eigene Interessen auf Kosten der Gemeinschaft zu verfolgen. Wie problematisch diese Beziehung sein kann, hängt jedoch entscheidend davon ab, welchen Verhaltensanreizen die Bürokraten der Behörde ausgesetzt sind und inwiefern sich diese mit denen der lokalen Gemeinschaft decken. Die folgenden Abschnitte diskutieren Implikationen verschiedener Verhaltensannahmen, die Tabelle 7 zusammenfasst.

Zunächst lässt sich annehmen, dass sich Bürokraten in ihrem Verhalten an der Maximierung des Allgemeinwohls der Gesellschaft orientieren. Faber, Petersen und Schiller (2002) führen hierzu das Verhaltensbild des *homo politicus* an. Der *homo politicus* strebt im Sinne politischer Gerechtigkeit, nach einer politischen Ordnung, die er als gerecht empfindet und bei der er *ex ante* die Zustimmung aller Individuen einer Gesellschaft erwartet (Faber, Petersen und Schiller 2002:328). Hierbei nimmt er in Kauf, dass dies seine persönlichen Interessen u.U. eingeschränkt. Die Autoren finden Evidenz für ein solches Verhalten beispielsweise bei deutschen Ministerialbeamten im Bereich der Umweltpolitik (Faber, Petersen und Schiller 2002:330). Im Falle der Regulierung des Zugriffs auf TCEs berücksichtigen Bürokraten unter dieser Annahme somit die Interessen der lokalen Gemeinschaften bis zu einem bestimmten Grad im Sinne des Allgemeinwohls. Hierdurch wäre das Prinzipal-Agenten Problem vergleichsweise gering ausgeprägt.

Dem gegenüber stehen Annahmen der ökonomischen Theorie der Bürokratie, die auf dem Verhaltensbild des *homo oeconomicus* basieren. Diese besagen, dass Bürokraten ausschließlich eigennutzorientiert handeln und vor allem an persönlichem Einkommen, Einfluss und Prestige interessiert sind (Mueller 2008). Im Falle von Chefbürokraten lassen sich die beiden letztgenannten Effekte am besten durch die Größe ihres Budgets approximieren (Niskanen 1971). Wird in dem hier diskutierten Fall zunächst ausgeschlossen, dass Verhandlung über den Zugang zu TCEs das persönliche Einkommen beeinflussen, legen Bürokraten innerhalb dieser Behörde vor allem budgetmaximierendes Verhalten an den Tag, um ihren persönlichen Nutzen zu steigern. Daher existieren Anreize, die Anzahl der Zugriffe auf TCEs auszuweiten, da dies über die Steigerung der Anzahl an Angestellten zu einer Vergrößerung des Budgets führt.²⁷ Es ist unter dieser Annahme sehr wahrscheinlich, dass die Zugriffsentscheidungen der Behörde im Widerspruch zu den Präferenzen der lokalen Gemeinschaft stehen, die sich, wie zuvor gezeigt, an Kosten und Nutzen eines Zugriffs innerhalb der Gemeinschaft orientieren. Bürokraten lassen diese

²⁷ Siehe hierzu auch den Beitrag von Mackaay in diesem Sammelband.

Effekte weniger in ihre Entscheidungen einfließen. Daher könnten sie im Gegensatz zu den Herkunftsgemeinschaften weniger restriktiv mit jenen TCEs umgehen, die einen gesteigerten Wert für diese Gemeinschaften haben. Trotz der gesetzlich festgelegten Aufgabe, die Interessen der lokalen Gemeinschaft Dritten gegenüber zu vertreten, sind demzufolge Entscheidungen wahrscheinlich, die sich am Eigennutz des Agenten orientieren und nicht unbedingt den Präferenzen der lokalen Gemeinschaft entsprechen müssen. Das Prinzipal-Agenten Problem wäre somit stark ausgeprägt. Dies bedeutet vor allem, dass die Zahl der Zugriffe auf TCEs vergleichsweise höher ausfällt, als wenn dies durch die lokale Gemeinschaft entschieden würde.

Zuletzt lässt sich die Eigennutzhypothese noch dahingehend erweitern, dass Bürokraten unter Umständen korrupt und somit anfällig für Bestechungsversuche Dritter sind, um auch ihr persönliches Einkommen durch Zugriffentscheidungen zu erhöhen. Beispielsweise können sich externe Interessenten so schnellen und unbürokratischen Zugang zu TCEs verschaffen, für die ansonsten langwierige Aushandlungen nötig wären. Gesetzt den Fall, dass externe Nutzer eine höhere Bestechungsbereitschaft haben, als dies bei der Herkunftsgemeinschaft der Fall ist, resultiert hieraus eine Vielzahl von Zugriffentscheidungen, die in keiner Weise die Präferenzen der lokalen Gemeinschaft widerspiegeln. Somit wäre das Prinzipal-Agenten Problem unter dieser Verhaltensannahme vergleichsweise am stärksten ausgeprägt.

Prinzipal-Agenten Probleme dieser Art lassen sich durch das Aufwenden von Kosten zur Kontrolle des Agenten oder durch die Angleichung seiner Anreizsituation an die des Prinzipals reduzieren. Das TML enthält jedoch keinerlei Regelungen, um entweder eine Kontrolle der Behörde durch die Herkunftsgruppen zu ermöglichen oder die Anreizsituation der Behörde an die der lokalen Gemeinschaft anzugleichen.

Tabelle 7: Das Prinzipal-Agenten Problem zwischen Gemeinschaften und Bürokraten unter verschiedenen Verhaltensannahmen

Verhaltensannahmen	Ausprägung des Prinzipal-Agenten Problems
Orientierung am Allgemeinwohl (Politische Gerechtigkeit)	Am schwächsten
Eigennutzorientierung	Mittel
Eigennutzorientierung und Korruption	Am stärksten

Zwar tritt die staatliche Behörde in dem System gemischter Rechthalter (ARIPO) ebenfalls als Agent der lokalen Gemeinschaften auf, jedoch sehen Bestimmungen vor, dass die lokalen Gemeinschaften ein Vetorecht gegen alle Zugriffentschei-

dungen der Behörde innehaben. Dies ist vornehmlich als ein Instrument zur Kontrolle des Agenten zu verstehen, da die lokale Gemeinschaft Entscheidungen, die hauptsächlich dem Eigennutz der Bürokraten dienen, nicht tolerieren soll. Der Handlungsspielraum der Behörde innerhalb der ARIPO-Bestimmungen ist also stark eingeschränkt. Dennoch wird die Repräsentanz der lokalen Gemeinschaft durch die Behörde nicht vollkommen sein, da die Behörde auch hier Verhaltensanreize unterliegen könnte, die von denen der Gemeinschaft abweichen, und erstere einen Informationsvorteil gegenüber den lokalen Gemeinschaften aufweist.²⁸ Aufgrund ihrer Anreizsituation ist es wahrscheinlich, dass die Behörde diese Informationsasymmetrien ausnutzt, um eigennutzorientierte Ziele der Bürokraten zu Lasten der Gemeinschaften zu erreichen. Nichtsdestotrotz orientiert sich der Schutz durch die Veto-Beschränkung eher an den Interessen der lokalen Gemeinschaften, als im Falle einer Implementierung des TML-Systems; weniger jedoch als im Vergleich zu den Bestimmungen des SPML und der WDP. Tabelle 8 fasst diese Erkenntnisse zusammen.

Tabelle 8: Interessenberücksichtigung beim Schutz von TCEs

	Rechteallokation		
	Zentral TML	Gemischt ARIPO	Lokal WDP/SPML
	Stärker	Schwächer	Nicht vorhanden
Prinzipal-Agenten Problem	Keine Kontrolle der Behörde durch Her- kunftsgemeinschaften	Bessere Kontrolle der Behörde durch Herkunftsgemein- schaften	Externer Zugriff nur bei Nettonut- zen für lokale Gruppe
Welche Interessen werden beim Schutz der TCEs tendenziell stärker berücksichtigt?	Behörde	Lokale Gruppe und Behörde	Lokale Gruppe

Die Annahmen zum Verhalten der Bürokraten innerhalb der staatlichen Behörde beeinflussen maßgeblich inwiefern die Schutzpräferenzen der lokalen Gemeinschaft durch die Behörde Berücksichtigung finden, da dies letztendlich das Ausmaß des Prinzipal-Agenten Problems bestimmt. Dennoch ist zu erwarten, dass durch das TML ein stärkeres Repräsentanzproblem als innerhalb der ARIPO Bestimmungen entsteht.

²⁸ Beispielsweise hat die Behörde einen Informationsvorteil in Bezug auf die Zahlungsbereitschaft externer Akteure, die Zugang zu bestimmten TCEs suchen.

3.3 Entstehung, Bewahrung und Weiterentwicklung der TCEs

Sowohl im lokalen als auch im gemischten System der Rechteallokation, erhalten die Herkunftsgemeinschaften direkte Kompensationszahlungen für gruppenexterne Verwendungen. Dies wirft die Frage auf, wie sich die Möglichkeit der Realisierung von Gewinnen auf die Generierung, Bewahrung und Weiterentwicklung der folkloristischen Ausdrucksformen innerhalb der Gruppen auswirkt. Gemäß Frey und Oberholzer-Gee (1997) können extrinsische monetäre Anreize für Handlungen, die Individuen bereits aus einer intrinsischen Motivation heraus vollziehen, ihre intrinsische Motivation ganz oder teilweise verdrängen. Bedingung ist hierfür, dass sich die betroffenen Individuen durch die externe Intervention kontrolliert fühlen, worunter beispielsweise ihre Möglichkeiten sich auszudrücken (*impaired expression possibility*), ihre Selbstachtung (*impaired self-esteem*) oder Selbstbestimmung (*impaired self-determination*) leiden (Frey 1997:15–17). Unter der Annahme, dass Gruppenmitglieder folkloristische Ausdrucksformen aus purer intrinsischer Motivation bewahren, entwickeln und gegebenenfalls sogar neu schaffen, bergen die durch die *sui generis* Rechte ermöglichten extrinsischen monetären Anreize somit die Gefahr, die intrinsische Motivation zur Generierung, Bewahrung und Weiterentwicklung zumindest teilweise zu verdrängen. Sollten die externen Anreize ein höheres Gewicht als die intrinsischen Anreize in der Nutzenfunktion der Gruppen haben, würde die externe Nachfrage maßgeblich bestimmen, wie die betroffene Gruppe mit ihren folkloristischen Ausdrucksweisen umgeht. Sie könnten etwa die Bewahrung wenig nachgefragter Formen u.U. vernachlässigen. Bei stark nachgefragten Ausdrucksformen entstünden Anreize, diese gemäß der Nachfrage zu konservieren. Dies behindert jedoch die natürliche, intrinsisch motivierte Weiterentwicklung der Ausdrucksweisen. Ebenfalls könnten sich neu geschaffene Ausdrucksweisen verstärkt an der externen Nachfrage orientieren. Zusammenfassend besteht also die Möglichkeit, dass Herkunftsgemeinschaften durch eine lokale oder gemischte Rechteallokation den Bezug zu ihren TCEs verlieren könnten. Die Bereitstellung der TCEs könnte sich somit eher an der durch die Gesellschaft vorgegebenen Nachfrage orientieren.

4 Fazit und Politikimplikationen

Die *sui generis* Rechte stellen eine eigene Art des Immaterialgüterrechts dar, die bisher aus ökonomischer Perspektive völlig unbeachtet blieb. Während etwa für das Urheber- oder Patentrecht eine weitreichende sowohl normative als auch positive ökonomische Forschung existiert, sind die zu erwartenden Folgen der *sui generis* Rechte weniger bis gar nicht beleuchtet. Dies ist erstaunlich, da sie sich von hergebrachten Doktrinen verabschieden und beispielsweise Rechte für ganze Gruppen gewähren, einen zeitlich unbegrenzten Schutz vorsehen und keine Fixierung eines Werkes fordern. Deshalb geht dieser Beitrag der Frage nach, wie sich, unter der Annahme, dass der Schutz von TCEs ein sozial nützlich Ziel darstellt,

die ökonomischen Effekte der *sui generis* Modellgesetze strukturiert miteinander vergleichen lassen. Schlussendlich soll dies politischen Akteuren, die einen *sui generis* Schutz etablieren wollen, als Entscheidungsgrundlage dienen.

Im Zentrum der Analyse steht hierbei zum einen eine vergleichende Abschätzung der Transaktionskosten. Hierauf haben die Spezifika der Rechteallokation und der Breite der Rechte einen maßgeblichen Einfluss. Zum anderen erfolgt ein Vergleich des Charakters des TCE-Schutzes, mit Fokus auf der Berücksichtigung der Schutzpräferenzen der Herkunftsgemeinschaften. Bei der Zusammenführung dieser beiden Analyseebenen ergibt sich zwischen ihnen ein klarer Trade-Off (siehe Tabelle 9). Je eher ein Recht die Schutzinteressen der Herkunftsgemeinschaften respektiert, desto höher sind die von der Gesamtgesellschaft zu tragenden Kosten. Dies liegt hauptsächlich an den vergleichsweise hohen Transaktionskosten der Zugriffsaushandlung bei einer komplett lokalen Zuordnung der Eigentumsrechte. Beispielfhaft hierfür sind die *WIPO Draft Provisions* oder das *South Pacific Model Law*. Andersherum gilt, je eher ein Modellgesetz Transaktionskosten senkt, desto eher wirkt der Schutz zu Lasten der Interessen der Herkunftsgemeinschaften. Die Vorschaltung einer staatlichen Behörde, die als Verhandlungspartner agiert, spart Transaktionskosten der Zugriffsverhandlung ein. Dies führt jedoch zu Prinzipal-Agenten Problemen in der Repräsentanz der Interessen der Herkunftsgemeinschaften. Innerhalb des *Tunis Model Law* sind diese Effekte am stärksten zu erwarten. Die *ARIPO Provisions* befinden sich bei beiden Kriterien eher zwischen den Extremwerten. Sie berücksichtigen die lokalen Interessen stärker als es im *Tunis Model Law* der Fall sein sollte, jedoch weniger stark als die *WIPO Draft Provisions* und das *South Pacific Model Law*.

Tabelle 9: Gegenüberstellung von Schutz und Kosteneffekten

		Sui Generis Rechte			
		TML	ARIPO	WDP	SPML
Ökonomische Effekte	Welche Schutzinteressen werden tendenziell stärker berücksichtigt?	Behörde	Lokale Gruppe und Behörde	Lokale Gruppe	Lokale Gruppe
	Rangfolge der Transaktionskosten	(1)	(2)	(3-4)	(4)

Dessen ungeachtet bergen die Modellgesetze, die eine direkte Kompensation der Herkunftsgemeinschaften vorsehen, wie die *ARIPO Provisions*, die *WIPO Draft Provisions* und das *South Pacific Model Law*, die Gefahr des Verlustes der gruppenintrinsic Motivation zur Generierung, Erhaltung und Weiterentwicklung der TCEs. Somit könnten sich bestimmte TCEs in der langen Frist eher marktkon-

form entwickeln, denn entsprechend den Präferenzen der Herkunftsgemeinschaft ohne extrinsische Anreize.

Politische Entscheidungsträger, die einen *sui generis* Schutz innerhalb ihres Landes avisieren, müssen folglich abwägen, welchen Effekten sie Priorität einräumen. Sollte es das vordringliche Ziel sein, die Kosten eines Gesetzes für die Allgemeinheit zu minimieren, so wäre eine komplett zentrale Rechtezuordnung, wie im *Tunis Model Law*, vorzuziehen. Für den Fall, dass die Schutzpräferenzen der Herkunftsgemeinschaften Priorität haben, ist eine komplett lokale Rechtezuordnung, wie in den *WIPO Draft Provisions* oder dem *South Pacific Model Law*, zu wählen. Wenn sowohl die Schutzpräferenzen als auch die Kosten in das Kalkül einfließen, so wäre das Ausmaß des Prinzipal-Agenten Problems zwischen Gemeinschaft und staatlicher Behörde für die Wahl des Gesetzes entscheidend. Um dieses zu prognostizieren, ist eine Abschätzung der Verhaltensanreize, denen die Bürokraten innerhalb der staatlichen Behörde unterliegen, unerlässlich.

Sollten die Bürokraten tendenziell zur Korruption neigen, so würde ein Gesetz, das diese Administration entscheidend miteinbezieht, in keiner Weise die lokalen Schutzinteressen adäquat berücksichtigen. Dies spricht für eine komplett lokale Rechtezuordnung. Aufgrund ihrer niedrigeren Transaktionskosten sind die *WIPO Draft Provisions* in diesem Fall dem *South Pacific Model Law* vorzuziehen. Bei Verhalten im Sinne des Allgemeinwohls würden die Schutzinteressen der Herkunftsgemeinschaft in den Entscheidungen der Behörde mehr oder weniger stark berücksichtigt. Hier könnte eine gänzlich zentrale Rechtezuordnung wie im *Tunis Model Law* Anwendung finden, da diese zusätzlich die Transaktionskosten entscheidend senken würde. Zuletzt ist bei vollkommen eigennutzorientiertem Verhalten im Sinne der *Public Choice* Literatur eine gemischte Rechteallokation im Stile der *ARIPO Provisions* zu wählen. Sie verbessert die Repräsentanz der lokalen Schutzinteressen durch die Behörde und führt zu niedrigeren Transaktionskosten als eine komplett lokale Rechteallokation. Sie würde aber ein ausbalanciertes behördliches Vorgehen erfordern, dass ausreichend an die Herkunftsgruppen rückgekoppelt ist.

Aufgrund des Schutzlandprinzips (*lex loci protectionis*) würde ein *sui generis* Schutz zunächst einmal lediglich innerhalb der Jurisdiktion des Landes gelten, welches ein entsprechendes Recht implementiert. Da der immaterielle Charakter der TCEs jedoch eine Umgehung des Schutzes außerhalb dieses Landes ermöglicht, ist ein internationaler Rahmenvertrag anzustreben, der rechtlich bindende internationale Mindestschutzstandards etabliert.²⁹

²⁹ Siehe hierzu ausführlicher den Beitrag von Bizer et al. in diesem Sammelband.

Sui Generis Rights for the Protection of Traditional Cultural Expressions: Policy Implications¹

Kilian Bizer, Matthias Lankau, Gerald Spindler, Philipp Zimbehl

Within the international community, there have been many calls for better protection of traditional cultural expressions (TCEs), for which classic instruments of intellectual property rights do not seem to fit. In response, at least five model laws have been advanced within the last 40 years. These are referred to as *sui generis* because, though they generally belong to the realm of intellectual property, they structurally depart from classic copyright law to accommodate the needs of the holders of TCEs. The purpose of this article is to provide a well-founded basis for national policy makers who wish to implement protection for TCEs within their country. This is achieved by systematically comparing and evaluating economic effects that can be expected to result from these regulatory alternatives and a related system or private ordering. Specifically, we compare if and how protection preferences of local communities are met as well as the social costs that are likely to arise from the different model laws.

¹ This paper was first published by the authors in a similar version in the Journal of Intellectual Property, Information Technology and E-Commerce Law, 2011, 2(2): 114–119.

1 What is the Regulatory Choice Problem?

Most of what is referred to as traditional cultural expressions (TCEs) is unprotected and part of the public domain. Anybody may therefore make use of or market TCE even without the consent of its traditional owners. The relatively recent movie picture *“Twilight Eclipse”* is a case in point. Here, the founding legend of the Quileute, a tribe in the Western United States who believes that their ancestors were shape shifters between men and wolves, is employed for the plot of the movie. Rather frequently, traditional owners strongly disapprove of such uses by third parties, yet lack the legal instruments to control the terms of use or even prohibit access altogether. This could be the case, when there is a perceived sense of injustice, for instance, when local communities have no legal claim to a fair share of the revenues generated by third parties. Another reason can be perceived indignation when elements of TCE with a high cultural meaning are misappropriated. As a result, for many years representatives of traditional communities have argued for a better protection of their TCE within the realm of intellectual property. These claims were carried to higher political levels and can now be considered a fixed agenda item within international negotiations on extensions of intellectual property such as the ones in the *Intergovernmental Committee of the World Intellectual Property Organization* (see von Lewinski in this volume and Lankau, Bizer and Gubaydullina (2010)).

From a normative economic perspective, protection of TCE can be justified. It may prevent negative effects on the traditional owners holding TCE via acts of misappropriation. Bicskei, Bizer and Gubaydullina (2012), for instance, show that such access can negatively affect the identity of cultural carriers and go as far as seriously impairing their fundamental dignity. Should this be the case, the authors argue for protection of these elements of TCE. This in turn gives rise to a regulatory choice problem: How should TCE be protected? From a law and economics perspective, one possibility is to allot property rights² for traditional owners of TCE, which can exclude outsiders. It has been shown that approaches within the regular IPR-system, such as copyright, do not meet the requirements postulated by traditional owners (Lewinski 2007). In response, the international community has developed model laws for the protection of TCE in the last decades, which may be used as a basis for the development of national legislation. These are referred to as *“sui generis”*, which signifies a status of its own kind. While they count as intellectual property rights, they systematically depart from classic copyright. This paper evaluates the regulatory alternatives in the *sui generis* model laws and the system of private ordering and develops policy guidelines for their implementation.

² As per Mißling in this volume, such protection of TCEs is necessarily complemented by instruments of public law.

2 Introducing the Regulatory Alternatives

Sui generis rights must be classified as group rights for traditional communities aiming to protect their TCE³ by extending the conventional forms of intellectual property rights. The alternative model laws are the (1) *Tunis Model Law on Copyright for Developing Countries* of 1976, (2) the *Model Provisions of the UNESCO/WIPO*, which were created in 1982, (3) the *South Pacific Model Law for National Laws* of 2002, (4) the *WIPO Draft Provisions*⁴ of 2004 and (5) the *ARIPO Provisions* of 2010.

Table 1: Sui Generis Model Laws

Model Law	Year	Abbreviation
Tunis Model Law on Copyright for Developing Countries	1976	TML
Model Provisions of the UNESCO/WIPO	1982	MPUW
South Pacific Model Law for National Laws	2002	SPML
WIPO Draft Provisions	2004	WDP
ARIPO Provisions	2010	ARIPO

These model laws share many features. For instance, all *sui generis* rights contain rules of exclusion of the public and mechanisms of benefit sharing. Also, their protection solely targets uses of TCE that occur beyond rather than within its traditional context by granting economic as well as moral rights to the traditional owners. In addition, they recognize group ownership, seek protection in perpetuity and do not require any kind of formality for protection to come into effect. Yet, there are also differences. From an economic perspective, the *sui generis* model laws vary mainly with regard to the holders of rights to the TCEs (see Lankau in this volume). For the sake of this article, holders of rights can be split into (1) legal owners (title holders) of TCE, (2) beneficiaries of protection, i.e. the actors entitled to receive compensation, and (3) actors responsible for negotiating access with non-traditional users.⁵

Basically, there are three systems of allocating the rights. Within the first system, all of the mentioned rights to TCEs are allocated to a central state agency (see the TML). Within the second system, all rights are allocated to the local communities that hold the TCEs (WDP, SPML). The third system establishes a mix of right

³ TCE are considered as such when having been handed over from generation to generation. Examples of this common definition are for instance performances, such as ceremonies, rituals or dances; musical expressions, such as songs, or verbal expressions, such as stories or legends (see for instance WIPO (2006)).

⁴ The version that is used here is WIPO/GRTKF/IC/9/4. By now, there have been many discussions on how to improve these provisions. Yet, the ideas included in this document shall nevertheless serve as a baseline of comparison.

⁵ For a detailed comparison on the mentioned *sui generis* rights from the legal perspective, please see Zimbehl in this volume.

holders (ARIPO). While the community is entitled to their elements of TCE, a state agency is responsible for negotiating access with non-traditional users. It is, however, not completely free in its decisions, as the respective community has to approve of any decision taken. Collected proceeds are directly transferred to the community from which the folklore originates.

3 Which Political Level Ought to Address the Protection Issue?

Any allocation of exclusive rights would have to live up to the ubiquitous character of TCE as an immaterial good. International protection in the sense of trans-border protection is still very weak in the field of immaterial property. The principle of country protection, which is part of the *Revised Berne Convention*, the TRIPS (*Agreement on Trade-Related Aspects of Intellectual Property Rights*) and the *WIPO Performances and Phonograms Treaty*, ensures that the criteria for what kind of work and how protection is granted are only to be found in the respective country's legislation (*lex loci protectionis*). Thus, even if a *sui generis* right is granted in a particular country, the protection would only apply within this country. In order to broaden the scope of protection, any of the mentioned systems of exclusive or partly exclusive rights would have to be implemented in as many states as possible. The foundation of such an implementation should be an international treaty setting out minimal standards of protection, like the *Revised Berne Convention* or the *World Copyright Treaty* do for patents and copyright. Consequently, an individual state should address protection of TCE not only on the national level but also within the international community in order to create effective protection.

4 Evaluation of the Alternative Sui Generis Rights

Sui generis rights can be compared according to how protection preferences of traditional owners are met within the different systems as well as according to the social costs that they are likely to cause (see Lankau in this volume). Social costs are incurred by restricting society's non-traditional access to folklore and thus, to the pool of knowledge enabling socially desirable innovation. These costs may well be substantial⁶, as for instance the boundaries of the rights (which elements of TCE are protected and which are not) are unclearly defined (Bessen and Meurer 2008) and rights are granted automatically without any formalities and limitations in time.

⁶ Many authors have pointed to the high social costs in stifling innovations that are generated by the system of intellectual property rights. For more details please see Boldrin and Levine (2008), Heller (2008) or Jaffe and Lerner (2004).

Complete local right holder assignments, such as in the WDP and SPML, are likely to result in protection that is oriented at the preferences of the indigenous communities holding the TCE. This is because the decision making process lies with the actor incurring costs and benefits, that is with the indigenous groups themselves, which ascertains that TCE is only used externally if the group obtains a net benefit. It will thus be unlikely that groups grant access to elements of TCE if this affects their fundamental dignity in a disparaging way. As a result, protection is very likely to be differentiated according to the value of TCE as perceived by the communities of origin. Yet, such a system is also likely to result in substantial social costs. First of all, local TCE ownership may raise transaction costs merely through the intricacies of clearly determining exactly whom the rights should be allocated to. For instance, even if an element of TCE is currently practiced by Group A, it may very well be rooted in traditions of Group B. Also, the question of who belongs to a specific traditional group and who does not is by no means easy to solve. As Klenke and Socha show in this volume, there can be no all-encompassing definition so that the determination of membership is most often left to the group itself, which creates uncertainties.⁷ There are also transaction cost issues in the process of negotiating access with traditional owners (cf. Mackaay in this volume). If, for instance, representation is contested, or if many group actors hold exclusive rights on the TCE elements demanded, negotiation could turn out to be very costly, as every single right holder would need to be compensated. This is likely to result in an underuse of folklore, which could cause a tragedy of the anti-commons (Heller 1998). These costs and thus usage effects can even multiply, should there be more than one group holding rights to an element of TCE. Negotiations would then have to be carried out with each owner.

Within a system that allocates all rights to a state agency, the situation is likely to be reversed. There are almost no costs of identifying the state agency as the owner and negotiations of access with a single actor are by far not as cost intensive as what could be expected to result from a local allocation of rights. But due to principal-agent problems it is very likely that local preferences for protection are not taken into consideration to the same extent as they are in the case of a local right allocation. The degree of departure from local preferences hinges on the assumptions of how the state agency acts. If regular arguments of the economic theory of bureaucracy hold, the leading bureaucrat can be expected to show budget maximizing behavior in order to increase personal utility (Niskanen 1971). This being the case, there would be clear incentives to lower restrictions and to increase the number of non-traditional access to TCE, as this justifies raising the number of agency employees needed and the prestige associated. Consequently, we would expect higher numbers of non-traditional access than when rights are locally allocated. Conversely, bureaucrats could be assumed to strive for the common good,

⁷ See also Mißling in this volume.

i.e. that they seek to establish political justice in which the interests of all members of societies are reflected in their decisions (Faber, Petersen and Schiller 2002). Communities' preferences will then be strongly regarded in access negotiations with non-traditional users, resulting in the least principal-agent problems. Lastly, we can assume bureaucrats to be susceptible to fraudulent behavior by third parties that wish to gain access to TCE, for instance, by bribery. In that case, preferences of local communities may not be regarded at all, given that outsiders seeking access to TCE have a higher willingness to pay than local communities to secure bureaucratic support. This can lead to numerous access decisions that are completely disconnected from local communities' preferences. In general, assessing the likely behavior of state agency bureaucrats will be a key decision factor in determining which system of *sui generis* rights is appropriate.

Within the ARIPO system of mixed ownership, effects in terms of protection, as well as social costs, are likely to be in the middle of the spectrum that is created by the local and central allocation of rights. While the state agency is responsible for negotiating access with third parties, its decisions may always be vetoed by the respective communities. It therefore enjoys much less slack as is the case when rights are allocated centrally. Yet, the representation of traditional preferences may still not be perfect because there will be information asymmetries between agency and communities. The costs of determining traditional owners will be similar to other local right allocation systems, yet costs of negotiating access will be reduced as outsiders only have to deal with the state agency.

5 Administration through Private Ordering

If a form of *sui generis* right is established, the rights still require administration. In cases where the rights are allocated to the owners on the local level, two specific tasks must be addressed. The first consists in ensuring a balance between non-traditional access and privatization of the cultural foundations (Brown 2005) – aligning the private domain where every use is exclusive with the public domain of collectiveness is essential for every system of IP rights (Dusollier 2007). The second entails assisting the local groups in managing their rights with the first task in mind. These tasks can be supported by systems of private ordering of rights, which are already established in the world of *Open Access Publishing* (Dusollier 2007). They aim to keep the balance between the authors and the general public's interest.

If a *sui generis* right is in place, a system of private ordering could strengthen the position of the owners of the TCE. For instance, they could demand from the licensees to comply with certain standards in use and licensing of folklore. Such restrictions may concern the prohibition of misappropriate actions or the obligation to enforce the owners' conditions vis-à-vis third parties. A system working through private ordering can be very flexible in view of the right holders, uses and benefit sharing mechanisms. A potential form of control, executed through private

ordering, could require that every deriving work has to be under a license that complies with the original license.⁸ Nevertheless, control could go beyond that. In another possible scheme, the rights on every deriving work could be reassigned to the owners of TCE, while the creator of the derivative only gains the right to receive a license, which entitles him for uses in compliance with the rules of the indigenous groups.

A group could determine the restriction for every use on a case by case basis. An innovative use, which is not seen as disparaging, could be allowed while a use that is more likely to conflict with the interests of the owners of TCE can be prohibited. In addition, the boundaries could be negotiated for every single use or object. A licensing system like the one described above, where the creator of a derivative has to assign all his rights to his original licensor, the owner of TCE, would create strong incentives for owners of TCE to implement a flexible system. A more open licensing means more chances of benefits, while a very wide licensing system, on the other hand, could threaten their own identity.⁹ The licensee, who seeks to create a derivative work, has the strong incentive to comply with the requirements of the license and to be aware of the wishes of the owner, since he is constantly facing the risk of losing his license not only for the original folklore but for the derivative as well. A system of private ordering, which relies on numerous license agreements, is likely to cause high transaction costs since every license would have to be negotiated. This could be overcome by standard licenses, a trend observable for *open source software* (OSS) and *open access* (Spindler and Zimbehl 2011). Such a system could serve as a supplement to the sui generis rights described above. A *sui generis* protection that targets all elements of TCE of a certain traditional community can serve as the basis of a system of private ordering.

6 Recommended Procedures

As mentioned in section 3, each country, that wishes to protect its folklore from misappropriation, will have to decide which of the *sui generis* rights best fits their national circumstances. We have shown that different right allocation systems come with diverse cost and benefit effects. A central right allocation saves transaction costs, yet can lead to strong principal-agent problems, potentially disregarding local protection preferences, while more local systems do regard local preferences, yet increase transaction costs. Consequently, as it is the case in all intellectual property rights (see Mackaay in this volume), each country will have to strike a balance

⁸ This is the case with many *Open Access* and *Open Source* licenses, which contain a so-called “viral clause”.

⁹ This is unlikely to happen. Concerning the minimal standard of protection an indigenous group will seek, see Bicskei (2012).

between regarding the preferences of local communities and the needs of the general public.

National policy decision makers could, for instance, attach a higher value to preferences of local communities than to minimizing social costs. In that case, they should choose a *sui generis* right that allocates all rights locally, shifting the burden of protection to the general public. This would be the case, when applying the WIPO *Draft Provisions* (WDP) and the *South Pacific Model Law* (SPML). Conversely, the minimization of the social burden could be the main concern over and above regarding local preferences, in which case decision makers ought to choose the central right allocation system that is proposed in the *Tunis Model Law* (TML). It is conceivable, however, that both benefit as well as cost effects of *sui generis* rights are simultaneously taken into consideration. Whether the social cost saving alternatives really lead to a disregard of local preferences, crucially depends on the behavioral assumptions of the bureaucrats.

If, by striving for political justice, bureaucrats do regard the preferences of local communities, the solution to the regulatory choice problem is the central right allocation in the TML. When fraudulent behavior is prevalent and local preferences are regarded as important, a local right allocation, such as in the WDP, is the superior solution. If bureaucrats are driven by selfish motives, such as prestige, principal-agent problems are very likely to arise. Assigning rights locally (WDP and SPML) will circumvent these, yet higher social costs will have to be accepted. The ARIPO system of mixed right ownership is an alternative, since principal agent problems can be reduced due to the vetoing power of local communities.

If local communities are given the ownership of the rights, they face a globalized market for IP rights and the possible forms of infringement that come with it (Riley 2005). This is addressed in the SPML and the UNESCO/WIPO *Draft Provisions* (MPUW), which both aim to establish an authority to monitor the use of the rights. A private ordering approach, as described above in connection with standardized licenses, can support the local groups in the administration of their rights.

While domestic legislation is limited to state borders, the immaterial character of folklore brings the risk of trans-border infringements. Every system which allocates exclusive or partly exclusive rights would have to be implemented in as many states as possible. A standardized implementation of rights on the international level seems to be a very difficult task. Even in the field of copyright law, we are far away from a harmonized system. An approach to deal with this would be a set of bilateral contracts with cross approval under the shield of an international agreement which regulates minimal protection standards. The foundation of such an implementation should be an international treaty which sets out minimal standards of protection, like the *Revised Berne Convention* or the *World Copyright Treaty*.

Sui Generis Rights on Folklore Viewed from a Property Rights Perspective

Ejan Mackaay

1 Introduction

Folklore is one form of cultural expression for which currently new ways of legal protection are being sought. In earlier contributions, the Göttingen Cultural Property Research Team have addressed the questions of what constitutes cultural expression or property writ large and why it may need special protection (Bendix, Bizer and Groth 2010). One contribution argues for protection only where the identity of the carriers of the cultural expression is at stake (Bicskei, Bizer and Gubaydullina 2010). Various means of protection have been examined, some legal, some non-legal, some already available, others needing yet to be articulated and enforced as legal institutions: regulation of use, trade, import and export; certification and licensing; intellectual property rights; geographical indicators and other collective trademarks; subsidies or tax advantages; nationalization (Mackaay 2003:265).

This paper focuses specifically on *sui generis* rights as a means of legal protection for folklore. Folklore, in the understanding of the WIPO Intergovernmental Committee of intellectual property and genetic resources, traditional knowledge and folklore, in 2011, refers to:

- (a) phonetic or verbal expressions, such as stories, epics, legends, poetry, riddles and other narratives; words, [signs,] names, [and symbols];
- (b) [musical or sound expressions, such as songs, [rhythms,] and instrumental music, the sounds which are the expression of rituals;]

(c) expressions by action, such as dances, plays, ceremonies, rituals, rituals in sacred places and peregrinations, [sports and [traditional]] games, puppet performances, and other performances, whether fixed or unfixed;

(d) tangible expressions, such as material expressions of art, [handicrafts,] [works of mas,] [architecture,] and tangible [spiritual forms], and sacred places” (WIPO 2011b:art 1 - brackets in the original).

The protection claimed by various groups advocating it aims mostly at use of folklore outside of its traditional context.

The term *sui generis* rights is used here to designate legal institutions that are similar to intellectual property rights but do not fit within the mould of the existing rights of patent, copyright and trademark. The term came into vogue to designate the special data base protection rights instituted by the European Union in 1996 (see Directive 96/9/EC (European Parliament und Council of the European Union 1996)).

Advocating *sui generis* rights for folklore raises the question of why the existing intellectual property rights do not work. Whatever the answer, if one accepts that protection by other means is needed, a second issue arises, namely that of constraints on the design. Rights cannot be fashioned in any which way if we are to avoid granting privileges, which create rents for particular groups and needlessly curtail the functioning of market processes, as opposed to property rights, which are the very foundation of market processes. Privileges are unsustainable in open market processes. Intellectual property rights borrow the essence of the logic of property rights, whilst at the same time adjusting it to accommodate their specific object, which are information structures. Adaptations of general property rights logic need not go against the grain of market processes. Other such adaptations have occurred elsewhere: shares in commercial enterprises; tradable rights in objects that will become available in the future ("futures"); tradable pollution permits or landing rights, to name just a few.

In what follows, we summarise the logic of property rights as it has evolved for tangibles and has been clarified in the economic literature over the past half-century (see for instance Alchian and Demsetz 1973; Barzel 1997; Anderson and McChesney 2003; Colombatto 2004; Bizer 2010). This should explain why an institution discovered by our distant ancestors is still useful in modern society, whose economic and social organisation is vastly more complex. We then look at the specific adaptations required to make this logic applicable to the intangible content of intellectual property rights. This prepares the scene for a discussion of why these structures appear not to work for folklore and the merits of proposals for *sui generis* rights.

2 Property Rights – General Logic

2.1 Property and Scarcity

Property rights are a response to emerging scarcity

Property rights in tangibles are a response to scarcity (see further Mackaay 2006; Mackaay and Rousseau 2008; Mackaay 2013). The need to establish them will be perceived when a resource that was previously abundant becomes scarce because new uses for it are discovered and start to compete with known uses. Emergent scarcity manifests itself in disputes and even conflict over who can use what, when multiple uses are no longer simultaneously possible. One solution is to fight it out with the winner taking all. But this is not a recipe for improving the welfare of society as a whole, or indeed for lifting oneself out of the subsistence cycle. History teaches that a more promising formula is to attribute the right to decide what shall be done with the newly scarce resource to a single person or group, to the exclusion of others, and to attach to it the right to trade it to someone else: property rights in the broadest (economic) sense. Paradoxically, by lifting scarce resources out of open accessibility, one ends up making them more available. Furthermore, by establishing clearly who is responsible for what, property rights tend to prevent or soothe conflict; they are "pacifying".

No scarce object will be left in open access

The corollary of the first principle is that no scarce resource will be left in open access. Resources in open access will tend to be over-consumed and, where their availability requires human effort, under-produced. Resources that do not lend themselves to the establishment of property rights, as in the case of flowing unpolluted water, clean air or fish in open sea, may of necessity have to be left in open access. They will tend to demonstrate the deleterious effects of open access to resources that are really scarce: overfishing or pollution of the water and air. Of course, we can appeal to people's sense of responsibility or more forcefully, adopt rules to curtail consumption, but the logic of the situation is such that all persons, while paying lip service to the common weal, will be tempted secretly to pursue their private interest and consume more. Since all face the same incentives, collective ruin results. This development is known by the name of a scenario described by Hardin: the tragedy of the commons (Hardin 1968 – as a historical description this in no doubt inaccurate – see Ostrom 1990).

2.2 Conditions and Effects of Property Rights

Property rights require a minimum of exclusivity to work

Property rights are viable only in as much as use of the scarce object can effectively be reserved to the person or group designated as owners. For many objects this is unproblematic. You keep an eye on the food you just bought to eat; you keep your living quarters under lock. How serious you are about locking up depends on who you feel might be tempted to take things from you; in remote areas where you know all your neighbours, you may not need to lock up at all.

For some objects – open air and water were mentioned – it is difficult, with technology now known to us, to reserve use to particular persons. Here we face the problems of open access just alluded to.

We need to be more precise about what is to be reserved to owners. The viability of property rights depends on ways in which owners can effectively get their hands on the fruits flowing from the use of the scarce commodity. It will be helpful to use the term fences for a variety of devices and institutions used to accomplish this. Fences can be physical stops such as wooden fences, walls, hedges or ditches. The effect of fences may be dramatic: the invention of barbed wire allowed cattle to be bred in the American West on far smaller areas of land than before. The quality of the fencing technique deployed may change the viable uses of property. Fences can take many other forms as well: guard dogs and physical surveillance; tagging of animals in free roaming herds. Vending machines act as fences. The GPS system permitting instantaneously to locate cars contributes to fencing them in against theft. Doctors, lawyers and other professionals provide information only to paying customers (unless they work *pro deo*), thereby solving the fencing problem, as do most performing artists charging for attending their live performances.

The cost of the fencing technique is part of the cost of using the property. As the former go up in relation to the latter, it may no longer be worthwhile to use a prevailing fencing technique, and one may have to resort to a simpler one (or invent a new one) and tolerate some slippage or lower quality use. In cinemas, seats are no longer individually assigned; each viewer finds a seat on a first come, first serve basis. But for theatre, concerts and opera, individually assigned seats – and the ushers to guide you to them – are still viable given the higher ticket prices.

Salt and pepper, once very dear commodities, are no longer individually rationed in restaurants, but provided free with any meal. This exemplifies a formula we encounter often in the world of intellectual property. Where it is not profitable to fence in an object by itself, the owner may yet succeed in getting paid for its use by tying it to a different commodity or combining it into a more expensive package – as in buffet style meals – which can be profitably fenced in. To put this differently, if a fencing technique no longer works so well, don't condemn property but change your business plan to collect revenue differently. The film industry thus

discovered that they could make more money from home viewing, initially regarded as piracy, than from cinema viewing, if they sold videos at \$20 (rather than at \$100, as they first tried). Alternatively, go for a new and cheaper fencing technique. Fences are themselves economic goods, subject to innovation and trade.

Fences need not be fool proof; some pilferage can be tolerated so long as the owner can draw enough use or revenue from the fenced-in object. House ownership does not become unviable because of the risk of a break-in; it might though, in areas exposed to repeated looting.

Property rights are decentralised and create incentive and information effects

With property rights, owners decide what shall be done with the property but also harvest the fruits of their decision or suffer the losses from sloth or misguided decisions. These features were already known in Roman law as *usus* and *fructus*. Combining them in one hand creates a feedback loop providing immediate, automatic and decentralised information on the quality of management decisions. Property rights give owners the incentive to manage wisely what they currently own (incentive effect), by comparing prospective returns from different uses of their property and choosing what looks most promising to them (information effect).

Transferability increases the incentive and information effects of property rights

The incentive and information effects are reinforced where property rights can be transferred to others – *abusus* in Roman law. This is by no means to be taken for granted. Roman law took quite a while to admit the transfer of immovables (real estate), and initially only with cumbersome formalities. The possibility of transfer allows non-owners, as it were, to look over the shoulder of the current owner to see if they can imagine a more profitable use and if so, propose to buy the object from the latter. This extends the range of possible uses being compared. Where transfer takes place, it tends to move resources to higher-valued uses, which improves overall welfare.

Easy transferability of resources gives rise to markets, which in turn triggers the development of money as an open-ended means for storing value. Money will lead resources traded in the market to be priced and this further facilitates comparing different options for what may be done with scarce resources.

Taken together, these features of property rights explain why they play such a central role in the social organisation of developed societies and indeed why they may be considered an essential condition for economic development (amongst many: North and Thomas 1973; Acemoglu, Johnson and Robinson 2005; Angeles 2011).

2.3 Emergence and Forms of Property Rights

Property rights can arise by private initiative

Property rights as we know them are usually formalised in legislation. This does not mean that they must of necessity be created by legislation at the outset. Where a person can establish control over some scarce resource using means already owned, i.e. that are "part of the property order", that person has the *usus* and *fructus* components of a property right. If the legal system does not put restrictions on contracts that may be entered into, that person can agree with third persons on conditions for the latter to have access to the resource. Part of these conditions could be a clause obliging the third person to impose similar conditions on further persons to whom the resource might be transferred (as was customary in software licences). This simulates a crude form of "*abusus*".

The system can operate with mere background support from public authority enforcing public order, perhaps more explicitly only where "leakage" (third persons being given unauthorised access) needs to be curtailed through forms of civil liability (tort) law. Private actors can accordingly experiment the viability and usefulness of such prototype property rights. Public authority can in due course consolidate these efforts in the form of legislation or case law, which regularises them and makes enforcement easier.

Such a "discovery process" would seem to have been at work in the development of private enterprise (company) law, trademark law, plant-breeder's law in France (see in detail Hermitte 1988) and surely others. One might sum it up as control + freedom of contract (+ court help with leakage control) = prototype property right. This insight is helpful for getting a grip on how the property rights logic may be extended to new objects that might seem at first blush not readily amenable to it, as in rights to landing slots at busy airports, tradable pollution permits and so on.

Common property may appear where exclusivity is problematic or disadvantageous

Not all commodities subject to property rights are individually owned. Some are owned by groups or communities. In a classical study on Governing the Commons, which has earned her the Nobel prize in 2009, Elinor Ostrom has shown that common ownership is not an anomaly but is widely practised in all regions of the world, for instance amongst farmers letting their cattle freely roam in the high Alps and in shared fishing waters (Ostrom 1990). Nearer to us, condominiums are examples.

How can this be, since surely decision-making by an individual would normally be easier than by a group? One set of circumstances where common property may be preferable to individual property have to do with the cost of fencing. Where, as in fishing grounds, it is difficult to allocate specific chunks of a common resource

to individuals, though it is feasible to reserve the resource (such as fishing grounds) to the group as a whole as against outsiders, common property may be preferable (for a comparison between individual and common property rights, see Rose 2002). Economists then speak of club goods.

To avoid a slide into a tragedy of the commons for common property, a set of rules for the governance amongst group members has to be put in place. They determine under what circumstances community members may use the common resource. The simplest rule is equal access for all, but many other rules are conceivable. The limits of use will be set so as to avoid exhaustion of what is scarce in the resource held in common. The rules will have to provide for supervision and for sanctions against those who transgress the rules, ranging from disapproval to exclusion, blacklisting, flaming and worse. Further rules will have to specify under what conditions new persons are admitted to the community and under which they can exit. Finally, rules will have to be set for collective decision-making concerning a change of the rules or the use of the common property.

A different form of cost of access is at stake in the creation of share spaces: open content (for a recent summary, see Lerner and Schankerman 2010), creative commons (see for instance Lessig 2004; Elkin-Koren 2005; Dusollier 2006), community enterprises (Frey, Luethi and Osterloh 2011) and indeed sharing of ideas within the scientific community, through SSRN and similar venues. Even industrial development of new products benefits from share spaces, if Saxenian is right (Saxenian 1994, 2006, see also Benkler 2005). Here the cost of gaining access where exclusive rights are being exercised is thought to interfere with the rapid reciprocal stimulation of participants in creative work. Knowledge and culture, as we shall argue, tend to be cumulative: every addition builds on earlier ones; creativity will be facilitated by easy access to earlier work.

A third argument for common property, as some argue, is that open sharing within a community is essential for creating and maintaining community spirit.

Objects declared out of commerce

In most countries, some objects are declared out of commerce, though (property) rights may well exist on them (Mackaay and Rousseau 2008:239; Mackaay 2013:266f.). They may not be traded. The right to bring up a child cannot be traded; in many countries one cannot sell one's organs and in some neither can one sell one's own blood.

Economic analysis has identified three kinds of reasons invoked in support of such prohibition: self-paternalism, pure or "hard" paternalism and externalities. Self-paternalism refers to restrictions rational persons would, in their self-interest, impose on their own behaviour for times when they were less lucid. In *My Fair Lady*, Alfie Doolittle, set to engage in a last bout of drinking and frolicking on the eve of his wedding, beseeches his mates to stop him at whatever he will be doing so as to "get me to the church in time". Hard paternalism refers to restrictions

imposed on persons because others consider the pursuit of their preferences socially unacceptable. This form of paternalism imposes the preferences of one group of citizens on others. Externalities refer to restrictions imposed on one person's actions because of negative effects on the life or livelihood of others, which are not properly taken into consideration in the decision to undertake those actions. It reflects a fundamental tenet of liberalism that one's liberty can stretch only so far as is compatible with equal liberty of others. Public authority may be used to prevent a person from inflicting harm onto others (Mill 1991:14). Of these three justifications, pure paternalism is clearly the most difficult to justify morally.

The prohibition of trading particular objects implying their removal from the official market literally deprives them of a price. Yet their scarcity is by no means diminished and hence shortages may develop. This in turn may give rise to a black market (Mackaay and Rousseau 2008:167 f.; Mackaay 2013:190f.).

3 Intellectual Property Rights

Intellectual property rights are adaptations of the property rights logic to specific kinds of information structures. To get a handle on the challenges this poses, we start by looking at some general features of information. This will lead us into the specifics of the adaptations that intellectual property rights represent.

3.1 What is Peculiar about Information?

Information is everywhere

In its broadest sense, information is the basic ingredient of all human decision-making. You are informed if you learn something you did not already know; otherwise, what you learn is redundant. What you learn may help you make decisions more confidently or differently.

Information is everywhere. We express our thoughts by means of information structures such as natural language and specialised languages for different fields of knowledge, craft or trade; our culture is one complex set of information structures; so is scientific knowledge or news published in a variety of ways. Much of this information is generated almost unwittingly, as a by-product of daily activities undertaken for other purposes, and does not appear to require special encouragement to be undertaken. Whatever is generated automatically appears to be abundant in the sense that there will be enough for everyone, however it is used, and it can be left to flow freely.

Most information can be reproduced at ever lower cost and can be used by many persons at once and repeatedly

Technological advances, in particular the digitalisation of just about any form of information known to humankind, make it ever easier to reproduce and disseminate information. The cost of both is coming down continually. Most information can be used by many persons at once without its utility to any one of them being diminished. The exceptions are forms like secrets or advance knowledge (such as is used in insider dealing): holders of information benefit from being in the know before the world at large is. But these are the exceptions – in most circumstances, information looks economically like a public good: its use is non-rival; exclusion is problematic.

Unlike tangibles, most information can be used repeatedly without wearing out. Think merely of reading, arithmetic, writing skills. Information may become obsolete and be discarded when newer information replaces it. Our arithmetic skills may go that way as a result of the advent calculators and computers; dictation software may put our writing skills under strain. In neither case, however, have these skills worn out. Where information can be used repeatedly, it is like a capital good in economic terms, which increases the effort and cost one will be prepared to expend to acquire it.

Most information is cumulative: new information is created using older forms

An invention or creation is rarely produced *ex nihilo*. It is almost always based on already known information structures. Every existing invention or creation can thus be the springboard for new ones. This is referred to as follow-on innovation. New discoveries in science are glimpsed “by standing on the shoulders of giants” (see the title of Scotchmer 1991; see also Wikipedia 2011). In technology, the cumulative effect is evident in the concern to make systems interoperable and compatible in the quest for shared standards (Elkin-Koren and Salzberger 2003; Tirole 2003:26; Economist 2005), and in the desire to ensure that essential facilities are accessible (Lévêque and Menière 2004:105; Tirole 2003:28 f.). Human progress is by nature cumulative.

In order to foster the accumulation of knowledge, we need to give future creators access to existing creations. Any increase in the cost of access to existing creations tends to reduce follow-on innovation; lasting monopolisation of existing creations would seriously hamper the overall creativity of a society in the long term. We should expect the accumulation of knowledge to be an essential consideration in the design of the institutions for stimulating creativity and inventiveness.

Some information requires special effort to be generated

Some information clearly would not be forthcoming without special effort by particular persons to create it: books, lists of addresses, artwork, musical comedies, architectural drawings, scientific discoveries, technological advances, etc. Such creations are scarce in a sense, but the scarcity is not located in the object created. The scarcity lies in the creative talent that must be devoted to the creation of these objects. To draw the creative talent into this special effort may require specific incentives.

The need for specific incentives – to direct creative talent towards one type of creation rather than others – will be perceived as increasingly pressing as, thanks to mass production and advances in distribution technology such as printing presses and industrial production, the fruit of creativity and inventiveness can be made available and shared with a great many persons, much beyond those whom the creators know personally. If part of the benefits that all the beneficiaries experience thanks to the creation could be gathered and used to lure the creators, the incentive would be much more powerful than what the creators could make from their own work and personal contacts alone. It thus becomes useful to look for institutions that can “concentrate” incentives for creators to engage in creation and invention for the benefit of the community. The advantage to the community lies in the fact that everyone will have access to and be able to use the creations relatively easily, in comparison with a situation in which creators keep their secrets to themselves.

3.2 Incentives for Creating Information

Incentive structures – historically

The ubiquity of information and its mostly unwitting creation militates for a base rule of letting information flow freely, which is indeed the one observed in the legal systems of developed nations. The cumulative character of information is helped where persons can rip-mix-burn unhampered. The public good character of information suggests that government may consider itself obliged to step in to stimulate its creation, an investment all the more worthwhile as the information can be used repeatedly. Perhaps, to take just one example, public schools teaching the three r’s (reading-writing-arithmetical) to all comers could be justified this way, although it must be noted that most parents already perceive that need for their offspring independently (see for instance Tooley 2009:17; 259).

Where special effort is required to create information, in many cases it may be called forth by the prospect of increased revenue the creators can draw from deploying the information in their daily activities or trade, or from their having a head start in bringing objects incorporating it to market (first mover advantage). Many past advances in agriculture and handicraft may be due to this logic. For a

long time violin builders kept their trade knowledge secret so that they could earn money on it through the sale of their special instruments. They would pass the knowledge and skills on to their offspring. Effective as this approach may be for capitalising on knowledge, it has the disadvantage of not sharing knowledge widely and runs the risk of knowledge disappearing where it cannot be passed on.

For this reason, other procedures involving sharing of knowledge have been tried: grants, scholarships, sponsoring, pensions and annuities, lotteries, awards, prizes, medals and other honours, tax incentives, monopolies, procurement contracts (for military inventions in particular) and intellectual property.

If we knew precisely what we wanted to develop and who could do it, we might well be indifferent amongst these various means of encouraging creativity. You contract with a builder to erect the house of your dreams precisely as you want and specify it. If we had all that information, a central planner could bring about the right kind and amount of creativity for a society. For military innovation, one can sometimes proceed that way.

In most circumstances, however, we do not have that information and discover things “on the go”. We did not, for instance, know that the system of easy communication amongst scientists had the potential to become the worldwide universal communication system that the internet now is. We did not know that it would be profitable to put all communicable information in numerical form. Rather, these discoveries were most fortunate side-benefits made available to us because our discovery processes are largely decentralised and open-ended, and serendipity can play its part. The most valuable creativity for society is perhaps the kind for which it is by and large uncertain where it will take us, and which involves entrepreneurial gambles.

Design constraints for intellectual property rights

We are therefore looking for open-ended institutions creating decentralised incentives. Putting it this way immediately points to the property rights logic. But property rights require exclusivity to function and this interferes with the free flow of information, which as we saw is the base rule in most legal systems, and with the cumulative character of knowledge. Furthermore, information does not lend itself easily to exclusivity and so legal help may be required to make that happen. This means that the law has to be pressed into service to create a monopoly – an uncomfortable situation at best. If the property rights logic is to be deployed for setting up decentralised special incentives for creativity, the law will have to back it up by enforcing some monopoly power, but this monopoly power will of necessity, given the nature of information, have to be circumscribed.

From this a fundamental principle follows: All intellectual property rights are a compromise. They are, on one hand, species of property rights sought for their incentive and information effects and decentralised character, but, on the other, are tempered to circumscribe the monopoly effect they inevitably require. These rights

should be framed so as to generate the minimum incentive desired, but reach their limit where their cost in terms of reduced potential for follow-on creation would surpass the benefit of that incentive.

Overstretching intellectual property rights is likely to produce the perverse effects of monopoly generally. To illustrate what this means, consider the story of the Bell telephone empire in North America. Up until the early 1970s, telephone services were considered a natural monopoly, and throughout North America were offered by companies belonging to the Bell Empire (AT&T). The companies were private but their rates were subject to government regulation. Public wisdom had it that regulation would allow the companies to make reasonable returns on investments but prevent them from exploiting their monopoly to the detriment of telephone users. At the time, the North American telephone industry prided itself on offering consumers the best telephone system in the world at the lowest prices. Bell Laboratories made fundamental discoveries that regularly won prestigious awards (Kay 2004:258).

What about consumers? Virtually the only model they could rent was the black rotary telephone, admittedly indestructible. If they wanted a white phone or one with buttons, they had to pay extra. Telephones could be installed only by Bell technicians.

By the mid-1970s, a timid experiment was conducted in the United States: the “interconnect” market of devices that could be hooked up to the telephone network was “freed.” The effect was immediate and dramatic: there was a proliferation of new devices and new functions. Within a few years, a wave of innovation spread across the entire developed world. Since then, deregulation has extended to most areas of telephone service worldwide. Quite possibly the internet and mobile telephony would not have emerged, or at least would not have grown so quickly, had the monopoly not been broken. In this case, as elsewhere, competition has turned out to be a powerful discovery procedure (Hayek 1978).

If we may extrapolate from this, the lesson for intellectual property seems clear: a state run monopoly does not prevent invention, but it redirects creativity towards creations and inventions that serve the purposes of their creators, for example, the Bell Laboratories researchers, but that do not necessarily benefit consumers. The problem is that the delay caused by monopolies is visible only retrospectively.

While the monopoly is in place we will not become aware of the creativity of which we are depriving ourselves. If legislation creates intellectual property rights that lead to too strong a monopoly, it can divert creativity away from what is most desired by consumers and towards what best suits industry. It will not be easy to measure the creativity that has been prevented from emerging (Sag 2006:212; Benkler 2002). This perverse effect may occur even though consumers continue to purchase large quantities of the product in question (such as rotary telephones).

Home video recording (on videocassettes), file sharing by Napster, Kazaa, Grokster, Gnutella, Morpheus, and other forms of P2P communication were all

originally considered simple pirating tools, to be eradicated. Were they perhaps indicators of consumer preferences? In the third millennium, do we need to interpret open content software and creative commons in the same vein? Whatever the answer, given the impossibility of directly calculating the effects of overly strong monopolies, we can at least describe the scenarios of perverse effects that should be suspected (Werin 2003:32).

The foregoing considerations have led researchers to postulate an inverted U-shaped relationship between the scope of intellectual rights and the increase in general welfare, as mediated by the level of innovation. The scope of the right is reflected in four dimensions: the objects it covers; the conditions for obtaining it and the potential title holders; the practices it allows the holder to prohibit and the sanctions available to back up that prohibition; the term of the right.

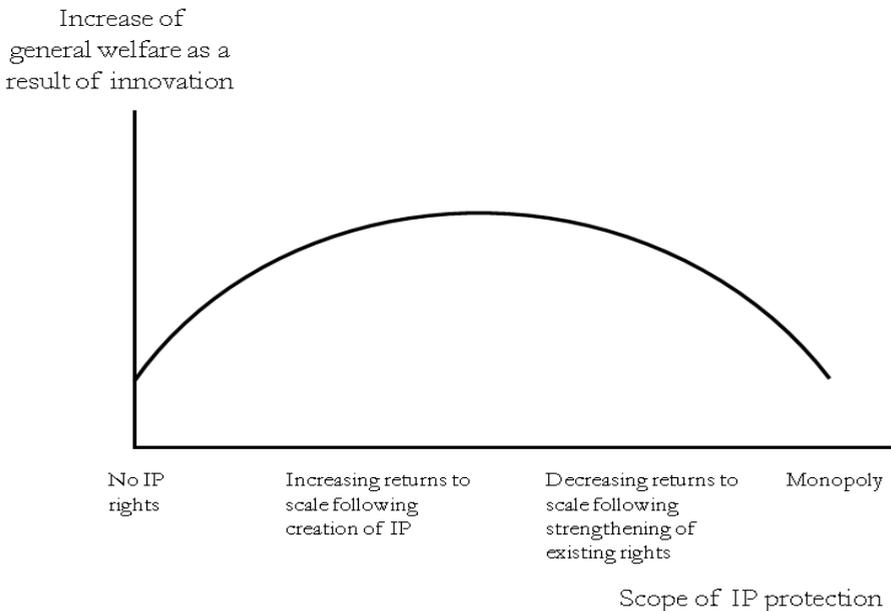


Diagram I Relationship between the strength of intellectual property and the increase of general welfare (as mediated by the level of innovation)¹

In the absence of formal protection of intellectual property, interested persons can still secure their creation by keeping it secret and insisting on confidentiality agreements when giving access to it. So the left hand side of the graph does not

¹ This presentation draws on Sag (2006:fig. 1 and 3), and on Valkonen (2006).

start at the horizontal axis. When formal protection is weak, strengthening it should have the effect of improving overall creativity in society (for some evidence backing this up, see Lerner 2005). Beyond a certain point, however, strengthening it further will reduce overall creativity as the monopolising effect of the rights crowds out follow-on innovation. If this relationship is as hypothesised a further founding principle follows: More or stronger intellectual rights are not necessarily better from the perspective of general welfare.

3.3 Intellectual Property Rights in Practice

Constraints built into IP legislation

Too strong intellectual property rights create monopoly effects. Monopoly effects might be controlled through competition law (antitrust law in the US), but this is a crude tool that should perhaps be left as a means of last resort. Better to build anti-monopoly restrictions into the laws that define intellectual property rights. Upon closer inspection, most restrictions of copyright and patent, the main intellectual property rights, make sense from the perspective of curtailing the monopoly power these rights inevitably confer. Let us consider each of the four dimensions briefly.

As regards the subject matter of patent or copyright, both rights exclude general theories, pure ideas and abstract formulas. The contrary position might lock up foundational information and unduly interfere with follow-on innovation. Moreover, both rights can be granted only for specific crystallisations of new ideas, which patent law captures through the requirement of practical or industrial application, copyright through that of fixation in a tangible support.

Both patent and copyright set conditions for obtaining the right. For copyright, the creation must be original (which at the very least implies a personal contribution of the creator, beyond mere reliance on or copying of existing creations), but no formal request has to be made. For patent, a formal request is required and it must reveal the specific invention for which the right is claimed; that invention must be both objectively novel and not obvious to a person skilled in the particular field. Here again one can spot the desire to encourage the creator at the same time as that to avoid too easy interference with follow-on creation. In both cases, it is the creator who gets the right initially and, in the case of patent, who alone is entitled to put in the initial claim for it.

Copyright protects, as the name suggests, against direct copying, which has been extended to translations, adaptations (a novel into a film scenario, for instance), communications to the public and, somewhat uneasily, to forms of non-literal copying. It covers the original work as well as adaptations and translations. Against infringers, a range of measures can be applied including court orders to stop infringing, seizure of infringing copies, accounting for illicit profits, damages etc. Patent ranges even wider, covering any application of the protected invention

by whatever name and in whatever form. Similarly, severe sanctions are available against infringement. To temper its monopolistic effect, copyright law exempts certain activities from control by the copyright holder. In the US, these exemptions are known as “fair use”, in Commonwealth countries as “fair dealing”.

Both rights are restricted in time. Patent, being the widest ranging right, is restricted to 20 years from the request for the right. Copyright was initially, in the British legislation of 1710 (Bently, Suthersanen and Torremans 2010), granted for 14 years, but has been extended over the centuries to reach lifetime plus 50 or even 70 years for natural persons and 95 years for artificial ones. Whether this remarkable extension is anything else than rent-seeking without useful incentive effect on creation is a moot point (Mackaay im Erscheinen; Nimmer 2004).

Together these four dimensions define the scope of the rights in legislation. The different dimensions can to an extent be traded off against one another: as we just saw, a very broad right, as patent is in object and range of protection, calls for a relatively short protection period, as against copyright, which is more restricted in what it protects, but lasts far longer.

Doubts about whether we have got it right

Confident though we may feel that the general relationship between scope of intellectual property rights and creativity is as Diagram I indicates, and that this is reflected in the general outlines of intellectual property legislation, we are as yet unable to measure the precise form of the curve and locate where the scope of rights established within a particular legal system locates us on the horizontal axis, and hence whether we are at the optimal point of the curve.

Attempts are being made to overcome this limitation. Pollock, for instance, takes a stab at estimating the optimal term of copyright by means of a formal model (Pollock 2009). For parameters of copyright other than duration, one could take welfare to be indicated by the number of works created and make this depend on the stimulating effect of copyright, on one hand, and on its deadweight-loss effect (on follow-on creators) on the other. For the copyright term, however, a richer model is necessary which includes the consideration that copyright work produces welfare increases over time, but that these increases decline as time goes by (“cultural decay”). By building in the cultural decay factor as well as a standard discount factor for the value of money earned in the future, Pollock is able to estimate an optimal copyright term of 15 years in a steady-state model (Pollock 2009:52). The estimate is, however, quite sensitive to the values of these parameters and putting them at the low end of the range, he arrives at an estimate of 52 years! (Pollock 2009). Considering these results, the jury still seems to be out on how to establish the optimal scope of intellectual property rights.

Our inability to “measure the curve” has serious consequences for policy options as regards intellectual property rights legislation. Consider point E1 in Diagram II. If reality is as pictured by the pessimistic curve (CP – dotted line in light

grey), the scope of IP rights has been extended beyond what is socially optimal; further increasing it to point E2 would lead to welfare (innovation) loss. Restricting the scope of intellectual property rights (moving it to the left of E1 in the Diagram), making more work ineligible for it and hence relegating it to the public domain, would enhance economic welfare. By contrast, if reality is as the optimists would have it (the CO curve – in black), increasing the scope of intellectual property from E1 to E2 would lead to a welfare improvement.

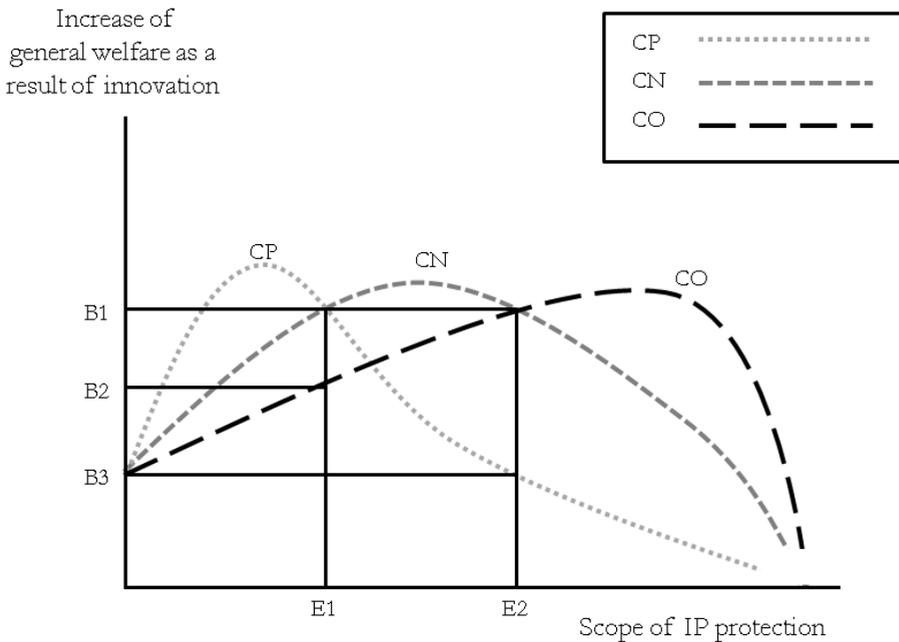


Diagram II Optimistic and pessimistic views of the relationship between the strength of intellectual property and the increase of general welfare (as mediated by the level of innovation)

Further doubts: industries getting by with little or no IP

Doubts about whether current intellectual property rights are optimal, or indeed necessary at all, stem also from the observation that important industries and services get by with little or no intellectual property protection at all. Cooper Dreyfuss considers this to be the case for “fashion, stand-up comedy, magic, cuisine, and software (consider Linux, Apache, and Firefox)” (Cooper Dreyfuss 2010:1437). Fashion, in particular, is a very significant industry, taking in \$750,000 000 000

yearly worldwide, of which \$200 000 000 000 in the US alone, more than the cultural industries combined (Raustiala and Sprigman 2006:1693; Raustiala and Sprigman 2009:1203)! The concentration in this industry is significantly lower than in the cultural industries. It should be noted that, whilst the industry does not rely on protection for its designs, it relies heavily on trademark protection for its ware.

For stand-up comedy, most enlightening fieldwork shows how the sector gets by without intellectual property but with informal norms amongst participants (Oliar and Sprigman 2008, 2009; Madison 2009). Saxenian has eloquently made the case that share culture – absence of exclusive rights, until the stage of marketing finished products – is highly conducive to creativity in high tech industries (Saxenian 1994; 2006). Frey and others have followed up on this idea in describing the virtues of “community enterprises” such as those producing the wikis (Frey, Luethi and Osterloh 2011). In academic research, in spite of copyright on the formal journals in which papers are published – called “academic tombstones” by one author (Paliwala 1996) – the most up-to-date results of academic research circulate freely in the form of working papers, with the help of organisations such as SSRN and academic repositories. Boldrin and Levine generalise from these and other findings to argue that intellectual property is altogether superfluous (Boldrin and Levine 2008; 2010).

Moves by market participants to create wider access

The monopolistic effects of IP rights can be curtailed by market participants themselves through such arrangements as cross-licensing, patent pools or clearing houses, as well as through open content and creative commons licences (see van Overwalle 2011 for a review in the biotech sector). Instituting such practices can be an answer to charges of anticompetitive behaviour by competition authorities. In terms of Diagram II, such arrangements would tend to shift the effective scope of the intellectual property right away from the monopoly pole of the spectrum. If intellectual property legislation protects more than is optimal, market participants have at their disposal some private actions to correct this (somewhat).

4 Folklore and its Protection

4.1 Inapplicability of Existing Intellectual Property Rights

As a means to protect folklore, patent law appears to be at first sight of limited use because of the apparent absence of industrial applicability. Notice, however, that the Indian government has proceeded to film and publish 1300 or so traditional Yoga-postures, creating what is termed a “defensive database” in recent WIPO documents (WIPO 2011a). This would make them public knowledge accessible to all and prevent others from claiming a patent on them (for want of novelty).

Moreover, such public dissemination would clearly establish the Indian origin of these cultural phenomena (Times of India 2011).

Can copyright serve to protect folklore? The match is problematic as well, though perhaps more subtly. First, there is no clear fixation, defining on what protection is to be granted (Hilty 2009:7). Furthermore, there is no clear date of creation, which constitutes a problem for the term of copyright. If a right of indefinite duration is claimed, this goes directly against the grain of copyright as a compromise: it would raise fears of undue monopoly power. A third problem is the absence of known creators. Copyright, in the analysis presented above, serves to direct an incentive to create upon the specific person(s) of the creator(s). Related to this is the absence of originality – identifiable contribution by the creator(s) – as copyright requires it. One might debate, of course, whether a modified definition of originality stressing the unique character of the folklore, its being unlike other known expressions, might not be more appropriate, but this is not within the purview of law as it now stands.

Copyright legislation acknowledges the possibility of authorship by a group of persons whose individual contributions in the creation cannot be distinguished. But the protection is still afforded to a known group of persons, on an original creation and for a limited time. So the creators, their contribution and the date of creation must be ascertainable. For folklore, these conditions are not satisfied. Copyright can serve in a circumscribed role through the right it grants performers in recordings to be made of their live performances. (see the Rome Convention (WIPO 1961)). But this is of only limited interest since it skirts the question of whether recordings should be made in the first place.

4.2 A Look at Proposals for *Sui Generis* Rights

To get a handle on what is being claimed as *sui generis* protection for folklore and other cultural expression, it seems appropriate to refer to draft provisions circulated in April 2011 on behalf of the Intergovernmental Committee on Intellectual Property and Genetic Resources, Traditional Knowledge and Folklore, of WIPO (WIPO 2011b).

A preliminary question is why this interest in protection groups holding traditional cultural expressions is springing up just now. Hilty suggests that it may well be that such groups have been able to trade their cultural objects on a moderate scale in the past and that, with growing globalisation, the interest for them has multiplied and increasingly risks being exploited by multinational operators, whose wherewithal local groups cannot match and risk falling victim to (Hilty 2009:8): emergent scarcity, to use a term from the property rights logic.

Amongst the aims listed at the outset of the WIPO document, one retains those of allowing the relevant communities to control the use of their traditional cultural expressions and to prevent the misappropriation and misuse of same as

well as the grant, exercise and enforcement of intellectual property rights acquired “by unauthorized parties” on same.

Article 3-A mandates measures to stop fixation, disclosure, use or other exploitation of secret cultural expression.

Article 3-B reserves as collective rights to relevant groups defined in Art. 2 the prerogative to authorise or prohibit, as regards non-secret traditional cultural expressions “other than words, signs, names and symbols”, a series of acts including “fixation; reproduction; public performance; translation or adaptation; making available or communicating to the public; distribution”. As regards traditional cultural expressions which are words, signs, names and symbols, including derivatives thereof, the control extends to “any use for commercial purposes, other than their traditional use; acquisition or exercise of intellectual property rights; the offering for sale or sale of articles that are falsely represented as traditional cultural; expressions made by the beneficiaries as defined under Article 2; any use that disparages, offends, or falsely suggests a connection with the beneficiaries as defined under Article 2 or brings them into contempt or disrepute”.

Article 3-C aims to establish the right of attribution (to be recognised as the source of particular cultural expression), of reputation and integrity.

Article 4 deals with the management of such rights, in particular licences to use “outside the traditional or customary context” (art. 5). This power may be exercised by a body within the group itself or by an outside body, such as a government agency. The right is essentially of indefinite duration (art. 6).

This brief overview suggests that secret traditional knowledge is essentially declared to be out of commerce and subject to what Hilty terms “cultural privacy” (Hilty 2009:10; 23). On an economic analysis, privacy rights would be regarded as non-transferable property rights. These rights may have some of the side effects referred to above for objects declared out of commerce.

As regards the non-secret traditional expression, the provisions appear to be modeled on copyright law. There can be little quarrel with recognition – the moral right side of the proposed rights (Zimbehl 2010:131, referring to Coombe 2003). On the economic side of the right, there are essential differences with copyright in that the proposed right has no term, its object need not be fixated nor be in any sense original, and licences for use outside the original context are to be decided upon by a collective procedure or by a representative state agency. Where an outside agency is administering the use of cultural property, public choice leads one to expect that they will take an expansive view of such use wherever they can so as to justify their mandate. Overall, these particular features constitute weighty transaction costs, likely to complicate any outside use contemplated (Zimbehl 2010:129 f.).

In terms of Diagram II, the balance these *sui generis* rights propose to strike between protecting existing expression and openness to new expression appears to be dramatically shifted towards the monopolising side of the spectrum. Outsiders

are to be discouraged from follow-on creation (derivatives) by heavy transaction costs preceding any venture.

The painful question which this position raises is whether such an extremely protective stance is helpful or harmful to the objective of preserving cultural expression. Is innovation unimportant, given the overriding concern to preserve traditional expression and lifestyle? Surely the viability of cultural expression will be increased if whoever uses or exploits it can expect to earn good money with it. Merely earning respect within the community may not be appealing enough. Creation within the traditional community is a very small market. Is innovation outside the community going to be open to any insider or to an outside group who have insiders as partners? If so, there may be a rush by persons seeking to find ancestry within the protected cultural group. The proposals are not entirely clear about it, but appear to lean towards a negative answer (controlling any outside use).

As regards what is authentic, the difficulty, as Zimbehl correctly points out (Zimbehl 2010:129), is who is to decide what is an authentic form, to be recognised, and whether non-authentic forms are prohibited or merely lack recognition as authentic, but can otherwise go forward as innovations. Restrictive regimes may interfere with freedom to criticise older forms (and their proponents) and to experiment with new ones. This in turn may affect the viability of the authentic forms. Mere certification marks or collective trademarks for authentic forms may be a less intrusive and hence less damaging form of promoting authenticity.

Once an outside use is authorised, it ought to be governed by ordinary intellectual property rights logic with the balance of incentive versus openness they strike. The contrary position would commit us to unnecessary information lock-up or to granting privileges in the use of cultural expression.

Altogether, the adaptation the proposed *sui generis* rights strike with respect to copyright dramatically shifts the balance inherent in copyright to the side of more control or monopoly. Such a shift comes inevitably at the expense of openness to new creation. One must wonder whether young persons within the protected groups, who should be future carriers of cultural expression, find these prospects appealing enough or whether they would be tempted to exit altogether in search of a better future. Even where preservation is the objective, one still needs to create a climate in which future generations will find it worth their while to preserve rather than seek salvation elsewhere. Stifling innovation will undermine this interest and with it the viability of preserving what is valued. Information lock-up may not be the most promising formula for preservation.

5 Conclusion

This paper looks at *sui generis* rights claimed for the protection of folklore. Since rights should not be created in any way if one is to avoid privileges and rent-seeking, it is important to be clear about design constraints stemming from such rights being species of property rights, adapted to deal with the particular content of information structures that need special encouragement or protection. Examination of the logic of property rights and of intellectual property rights reveals that intellectual property rights are sought because of their decentralised incentive and information effects, but that they need to be circumscribed because of the monopolistic effects they entail. The trouble with monopoly is that whilst it is in place, one does not realise the creativity that is prevented from emerging. All intellectual property rights reflect compromises of these contradictory tendencies and as a result, more and stronger intellectual property rights are not necessarily better from a general welfare point of view.

The proposed forms of *sui generis* rights appear modeled on copyright, but with the removal of several key features that define the equilibrium inherent in copyright: no originality requirement; no known creation date or creators; indefinite duration. Secret information is altogether taken out of commerce. As result, these rights strike a balance very much more to the monopoly side of the spectrum than do existing intellectual property rights and hence risk severely constraining creativity. This may seem like an acceptable constraint given the objective of preservation, but one must realise that it will affect the future carriers of the protected information. Faced with severe restrictions on ways they can improve their lives within the protected setting, they may well opt for the exit option and head for greener pastures. This would severely strain efforts to preserve whatever the *sui generis* rights aim to protect. Information lock-up may not be the most promising formula for preservation.

Autoren

Kilian Bizer ist seit 2004 Professor für Wirtschaftspolitik und Mittelstandsforschung und Direktor des Volkswirtschaftlichen Instituts für Mittelstand und Handwerk an der Georg-August-Universität Göttingen. Kulturelle Eigentumsrechte sind nicht nur politökonomisch Verhandlungsergebnisse auf nationaler und internationaler Ebene, sondern können sowohl Anreiz als auch Hemmnis für wirtschaftliche Entwicklung insbesondere von kleinen und mittleren Unternehmen sein. Aus diesem Grund ist es von hohem ökonomischen Interesse, die Aushandlungsprozesse der kulturellen Verfügungsrechte und die von ihnen ausgehenden Wirkungen zu untersuchen.

Karin Klenke studierte Ethnologie und Soziologie an den Universitäten Göttingen und Kopenhagen und war anschließend Stipendiatin im DFG-geförderten Graduiertenkolleg Identität und Differenz an der Universität Trier. In ihrer Dissertation zum Thema Körper, Schönheit und Geschlecht in Tana Karo, Nord-Sumatra/Indonesien analysierte sie die zunehmende Bedeutung von Schönheitspraxen im Kontext gesellschaftlicher Transformationsprozesse. Von 2008 – 2011 war sie wissenschaftliche Mitarbeiterin in der Forschergruppe Cultural Property. In ihrem Projekt zum Thema des Nominierungsprozesses von Tana Toraja als UNESCO-Weltkulturerbe fokussierte sie die Transformationen und Multiplikationen der Bedeutungen und Werte der nominierten Orte zwischen lokaler und transnationaler Ebene. Seit 2011 ist sie wissenschaftliche Koordinatorin des BMBF-geförderten Kompetenznetzwerks „Dynamiken von Religion in Südostasien“ an der Universität Göttingen.

Matthias Lankau studierte internationale Betriebswirtschaftslehre in Nürnberg und Sydney, sowie internationale Volkswirtschaftslehre in Göttingen. Von 2008 bis 2011 war er wissenschaftlicher Mitarbeiter in der DFG-Forschergruppe zu Cultural Property an der Wirtschaftswissenschaftlichen Fakultät der Georg-August-Universität Göttingen. In seiner Dissertation fokussiert er sich auf regulative Aspekte bei Gemeinschaftsgütern, in der die experimentelle Forschung zum Themengebiet der sozialen Identität den Schwerpunkt bildet.

Adjunct Professor (Franklin Pierce Center for IP, Univ. of N.H., USA) *Dr. Silke v. Lewinski* hat sich am Max Planck Institut für Immaterialgüterrecht, München, seit Ende der 1980er Jahre auf das europäische und internationale Urheberrecht spezialisiert und wurde dort 1995 Referatsleiterin. Sie hat als Expertin der Europäischen

Kommission die EG Vermietrechts-Richtlinie entworfen und durch den Gesetzgebungsprozess begleitet, und beriet die Kommission als Mitglied der EG-Delegation bei der Diplomatischen Konferenz 1996 der WIPO, bei der WCT und WPPT angenommen wurden. Führende Rechtsexpertin zur Urheberrechts-Gesetzesberatung seit 1995 (EU-PHARE-Programm und Folgeprogramme weltweit). Zahlreiche Gastprofessuren, Publikationen und Vorträge weltweit, insb. zum internationalen und europäischen Urheberrecht und zu überliefertem Wissen/Folklore.

Ejan Mackaay war von 1972 bis zu seiner Pensionierung Ende 2008 Professor an der Juristischen Fakultät der Universität von Montreal. Von 1999 bis 2003 leitete er das Centre de recherche en droit public (CRDP - Forschungszentrum für öffentliches Recht) und von 2005 bis 2008 das Centre for the Law of Business and International Trade. In der letzten Phase seiner Karriere konzentrierte sich sein Forschungsinteresse auf Intellectual Property und auf die ökonomische Analyse des Rechts, worüber er 2008 zusammen mit Stéphane Rousseau die erste französischsprachige Abhandlung veröffentlichte. Kürzlich erschien hierzu eine verkürzte englische Version (Mackaay, Ejan, 2003, *Law and Economics for Civil Law Systems*, Cheltenham, Edward Elgar). Eine brasilianische Abhandlung ist für 2013 geplant (Sao Paulo, Ed. Atlas).

Sven Mißling ist wissenschaftlicher Angestellter am Lehrstuhl Prof. Dr. P.-T. Stoll, Institut für Völkerrecht und Europarecht der Georg-August-Universität Göttingen, und Mitglied der DFG-Forschergruppe zu Cultural Property. Mit seiner 2012 erschienenen Dissertation „Art. 5 Abs. 3 Satz 1 GG als ein Grundrecht der Kunst – Grundlagen einer systemischen Interpretation von Art. 5 Abs. 3 Satz 1 GG“ setzte er einen seiner Forschungsschwerpunkte im Bereich des Kulturverfassungsrechts. Aktuell befasst er sich mit weiteren Aspekten des nationalen, europäischen und internationalen Kulturrechts, insbesondere mit der UNESCO, sowie mit aktuellen Fragen des Völkerrechts.

Philipp Socha ist Doktorand bei Prof. Dr. Peter-Tobias Stoll am Institut für Völkerrecht und Europarecht der Georg-August-Universität Göttingen und war bis 2011 Mitglied der DFG-Forschergruppe *Cultural Property*. Bereits während seines Studiums in Göttingen und Toronto in den Bereichen Völkerrecht und geistiges Eigentum befasste er sich mit Fragen zu kollektiver Rechtsträgerschaft und dem Verhältnis zwischen Recht und Kultur. In seiner Promotion analysiert er Gruppenrechte im Völkerrecht und unterzieht die internationalen Konzepte kollektiver Identitäten einer kritischen interdisziplinären Untersuchung.

Gerald Spindler ist seit 1997 Professor an der Juristischen Fakultät der Universität von Göttingen, Institut für Wirtschaftsrecht, an der auch von 1999 bis 2000 Dekan und später Vize-Dekan war. Er konzentriert sich seit 1995 auf Rechtsfragen des Internet und hier vermehrt in den letzten Jahren mit urheberrechtlichen Problemstellungen, sei es Open Access, Open Source, Creative Commons oder Schranken der Urheberrechte im Internet. Er ist Mitherausgeber des Standardkommentars „Recht der neuen Medien“, 2. Aufl. 2010 und des Kommentars „Schricker/Loewenheim“ zum UrhG, 4. Aufl. 2010.

Philipp Zimbehl ist seit seinem Diplomabschluss in Rechtswissenschaften im Juli 2009 am Lehrstuhl für Bürgerliches Recht, Handels- und Wirtschaftsrecht, Rechtsvergleichung, Multimedia- und Telekommunikationsrecht von Prof. Dr. Gerald Spindler mit der Arbeit in der interdisziplinären DFG-Forschergruppe zu Cultural Property im Teilprojekt „Recht und Ökonomik von Cultural Property: Eine institutionenökonomische Analyse der Regelbildung“ betraut. Sein Dissertationsvorhaben beschäftigt sich mit der Bewertung von Ansätzen zum Schutz von Folklore aus rechtsökonomischer Sicht.

Literaturverzeichnis

Acciaoli, Greg

2007 From Customary Law to Indigenous Sovereignty: Reconceptualizing masyarakat adat in Contemporary Indonesia. *In* The Revival of Tradition in Indonesian Politics. The Deployment of adat from Colonialism to Indigenism. Jamie Seth Davidson und David Henley, Hrsg. S. 295–318. Routledge contemporary Southeast Asia series, 14. London: Routledge.

2008 Environmentality Reconsidered. Indigenous To Lindu Conservation Strategies and the Reclaiming of the Commons in Central Sulawesi, Indonesia. *In* People, Protected Areas and Global Change. Participatory Conservation in Latin America, Africa, Asia and Europe. Marc Galvin, Hrsg. S. 401–430. Bern: NCCR North-South, Swiss National Centre of Competence in Research North-South, University of Bern.

Acemoglu, Daron, Simon Johnson und James A. Robinson

2005 The Rise of Europe: Atlantic Trade, Institutional Change and Economic Growth. *American Economic Review*, 95(3):546–579.

Aditjondro, George J.

2010 Pragmatisme. Menjadi to ‘sugi dan to kapua di Toraja. Dominasi Aristokrasi dalam oligarki bisnis, politik dan gereja. Yogyakarta: CV Gunung Sopai Press.

African Regional Intellectual Property Organization (ARIPO)

2010 Draft Protocol on the Protection of Traditional Knowledge and Expressions of Folklore Within the Framework of the African Regional Intellectual Property Organization (ARIPO).

http://www.wipo.int/edocs/mdocs/tk/en/wipo_grtkf_ic_16/wipo_grtkf_ic_16_inf_24.pdf (Zugriff am 26.03.2013).

Alchian, Armen A. und Harold Demsetz

1973 The Property Right Paradigm. *Journal of Economic History*, 33(1): 16–27.

AMAN1

2010 Mengenal AMAN - Aliansi Masyarakat Adat Nusantara (AMAN).

AMAN2

2009 Laporan PB AMAN dalam Raker AMAN 2009. Rechenschaftsbericht 2007-2009.

Anaya, S. James

2004 Indigenous Peoples in International Law. Oxford: Oxford University Press.

- 2009 The Right of Indigenous Peoples to Self-Determination in the Post-Declaration Era. *In* Making the Declaration work. The United Nations Declaration on the Rights of Indigenous Peoples. Claire Charters und Rodolfo Stavenhagen, Hrsg. S. 184–198. Document / IWGIA, no. 127. Copenhagen, New Brunswick N.J.: IWGIA; Distributors Transaction Publisher [and] Central Books.
- Anderson, Terry L., und Fred S. McChesney, Hrsg.
2003 Property Rights - Cooperation, Conflict, and Law. Princeton: Princeton University Press.
- Angeles, Luis
2011 Institutions, Property Rights, and Economic Development in Historical Perspective. *Kyklos*, 64(2):157–177.
- Bappert, Walter
1962 Wege zum Urheberrecht. Frankfurt am Main: Klostermann.
- Barzel, Yoram
1997 Economic Analysis of Property Rights. Cambridge: Cambridge University Press.
- Bendix, Regina, Kilian Bizer, und Stefan Groth, Hrsg.
2010 Die Konstituierung von Cultural Property. Forschungsperspektiven. Göttingen: Universitätsverlag.
- Benkler, Yochai
2002 Coase's Penguin, or, Linux and the Nature of the Firm. *Yale Law Journal*, 112:369–446.
2005 The Wealth of Networks: How Social Production Transforms Markets and Freedom. New Haven: Yale University Press.
- Bently, Lionel, Uma Suthersanen, und Paul Torremans, Hrsg.
2010 Global Copyright. Three Hundred Years Since the Statute of Anne. From 1709 to Cyberspace. Cheltenham, UK: Edward Elgar.
- Berndt, Joachim
1998 Internationaler Kulturgüterschutz. Völkerrecht, Europarecht, Staatsrecht : Schriftenreihe. Köln [u.a.]: Heymann.
- Bernsdorff, Norbert und Andreas Kleine-Tebbe
1996 Kulturgutschutz in Deutschland. Ein Kommentar. Köln, Berlin, Bonn, München: Heymann.
- Bessen, James und Michael J. Meurer
2008 Patent Failure. Princeton: Princeton University Press.

- Béteille, André
1998 The Idea of Indigenous People Current Anthropology. Current Anthropology, 39:187–191.
- Bicskei, Marianna, Kilian Bizer und Zulia Gubaydullina
2010 Der Schutz kultureller Güter: Die Ökonomie der Identität. *In* Die Konstituierung von Cultural Property. Forschungsperspektiven. Regina Bendix, Kilian Bizer, und Stefan Groth, Hrsg. S. 135–150. Göttingen: Universitätsverlag.
2012 The Protection of Cultural Goods - Economics of Identity. International Journal of Cultural Property, 19(1):97–118.
- Bidault, Mylène
2009 La protection internationale des droits culturels. Collection du Centre des Droits de l'Homme de l'Université Catholique de Louvain. Brüssel: Bruylant.
- Bizer, Kilian
2010 What is a Property Right? Concepts and Institutions in Cultural Property. CP 101, 2/2010.
- Bizer, Kilian, Matthias Lankau, Gerald Spindler und Philipp Zimbehl
2011 Sui Generis Rights for the Protection of Traditional Cultural Expressions: Policy Implications. JIPITEC, 2(2):114–119.
- Blake, Janet
2008 Safeguarding Intangible Cultural Heritage under UNESCO's 2003 Convention. *In* Il patrimonio immateriale secondo l'UNESCO: analisi e prospettive. Chiara Bortolotto, Hrsg. S. S. 49 - 66. Rom: Istituto poligrafico e Zecca dello Stato, Libreria dello Stato.
- Blanke, Hermann Josef
2007 Kommentierung zu Art. 151 EG-Vertrag Rn. 3. *In* EUV/EGV : Das Verfassungsrecht der Europäischen Union mit Europäischer Grundrechtecharta. Kommentar. Christian Calliess und Matthias Ruffert, Hrsg. Neuwied Kriftel: Luchterhand.
- Boldrin, Michele und David K. Levine
2008 Against Intellectual Monopoly. Cambridge: Cambridge University Press.
2010 Does Intellectual Monopoly Help Innovation? Review of Law & Economics, 5(3):Art. 2.
- BPSKTIT
2007 Badan Pusat Statistik Kabupaten Tana Toraja: Tana Toraja dalam angka 2006. Makale: BPS Tana Toraja 2007.

- Britz, Gabriele
2000 Kulturelle Rechte und Verfassung. Über den rechtlichen Umgang mit kultureller Differenz. Tübingen: Mohr-Siebeck.
- Brölmann, Catherine, R. Lefeber, und Marjoleine Zieck, Hrsg.
1993 Peoples and Minorities in International Law. [consists primarily of papers originally presented at the Second Amsterdam International Law Conference in 1992]. Dordrecht: M. Nijhoff.
- Brown, Michael F.
2005 Heritage Trouble: Recent Work on the Protection of Intangible Cultural Property. *International Journal of Cultural Property*, 12(1):40–61.
- Busche, Jan, Katrin Arend, und Peter T. Stoll, Hrsg.
2009 WTO - Trade-Related Aspects of Intellectual Property Rights. Leiden, Boston [u.a.]: Nijhoff.
- Bydlinski, Franz
1994 Kriterien und Sinn der Unterscheidung von Privatrecht und öffentlichem Recht. *Archiv für die civilistische Praxis (AcP)*, 194(4):S. 319-351.
- Cobo, José R. M.
1983 Study of the Problem of Discrimination against Indigenous Peoples. Final Report (last part) [E/CN.4 Sub.2 /1983/21/Add.8].
http://www.un.org/esa/socdev/unpfi/documents/MCS_xxi_xxii_e.pdf
(Zugriff am 07.10.2011).
- Colombatto, Enrico, Hrsg.
2004 *The Elgar Companion to the Economics of Property Rights*. Aldershot, UK: Edward Elgar.
- Comité Européen des Traitements de Surfaces
2001 Konvention des Europarates zum Schutz des audiovisuellen Erbes. Nr. 183. <http://conventions.coe.int/Treaty/en/Treaties/Html/183.htm>
(Zugriff am 12.10.2011).
2005 Rahmenkonvention des Europarates über den Wert des kulturellen Erbes für die Gesellschaft. Nr. 199.
<http://conventions.coe.int/Treaty/EN/Treaties/Html/199.htm> (Zugriff am 12.10.2011).
- Connolly, Anthony J.
2009 Introduction. *In* *Indigenous Rights*. J. Anthony Connolly, Hrsg. S. vi–xxxv. Farnham [u.a.]: Ashgate.

- Conrad, Niklas
2008 Öffentliche Kulturförderung und Welthandelsrecht : WTO, UNESCO und das Recht des Staates zur Förderung der Künste. Köln [u.a.]: Heymanns.
- Coombe, Rosemary J.
2003 Fear, Hope, and Longing for the Future of Authorship and a Revitalized Public Domain in Global Regimes of Intellectual Property. *De Paul Law Review*, 52:1171–1192.
- Cooper Dreyfuss, Rochelle
2010 Does IP Need IP? Accommodating Intellectual Production Outside the Intellectual Property Paradigm. *Cardozo Law Review*, 31(5):1437–1473.
- Copinger, Walter Arthur, E. P. Skone James und K. Garnett
2005 Copinger and Skone James on Copyright, Bd. 2. London: Sweet & Maxwell.
- Daes, Erica-Irene A.
1996 Standard-Setting Activities. Evolution of Standards Concerning the Rights of Indigenous People [E/CN.4/Sub.2/AC.4/1996/2]: United Nations Commission on Human Rights.
- Detterbeck, Steffen
2011 Öffentliches Recht : ein Basislehrbuch zum Staatsrecht, Verwaltungsrecht und Europarecht mit Übungsfällen. München: Beck.
- Deutsches Nationalkomitee für den Denkmalschutz, Hrsg.
2005 Denkmalschutzgesetze. (Keine Angabe). Bonn.
- Diaz, Augusto Willemsen
2009 How Indigenous Peoples' Rights Reached the UN. *In Making the Declaration work. The United Nations Declaration on the Rights of Indigenous Peoples*. Claire Charters und Rodolfo Stavenhagen, Hrsg. S. 16–31. Document / IWGIA, no. 127. Copenhagen, New Brunswick N.J.: IWGIA; Distributors Transaction Publisher [and] Central Books.
- Duncan, Christopher R.
2004 From Development to Empowerment. Changing Indonesian Government Policies toward Indigenous Minorities. *In Civilizing the Margins. Southeast Asian Government Policies for the Development of Minorities*. Christopher R. Duncan, Hrsg. S. 86–115. Ithaca: Cornell University Press.

Dusollier, Séverine

2006 The Master's Tools v. the Master's House: Creative Commons v. Copyright. *Columbia Journal of Law & the Arts*, 29:271–293.

2007 Sharing access to intellectual property through private ordering. *Chicago-Kent Law Review*, 83(3):1391–1435.

Economist

2005 The Market for Ideas – Survey of Patents and Technology. Special report, 20.10.2005.

http://www.economist.com/node/5014990?story_id=5014990 (Zugriff am 06.07.2011).

Eggert, Aditya

2010 Sbek Thom nach seiner UNESCO Zertifizierung : eine Untersuchung der Dynamik des kambodschanischen Schattentheaters nach seiner Ernennung zum immateriellen Kulturerbe. *In* Die Konstituierung von Cultural Property. Forschungsperspektiven. Regina Bendix, Kilian Bizer, und Stefan Groth, Hrsg. S. 45–64. Göttingen: Universitätsverlag.

Eilenberg, Michael

2009 Negotiating Autonomy at the Margins of the State. The Dynamics of Elite Politics in the Borderland of West Kalimantan, Indonesia. *South East Asia research*, 17(2):201–227.

Elkin-Koren, Niva

2005 What Contracts can't Do: The Limits of Private Ordering in Facilitating a Creative Commons. *Fordham Law Review*, 74:375–422.

Elkin-Koren, Niva und Eli M. Salzberger

2003 Law, Economics and Cyberspace - The Effects of Cyberspace on the Economic Analysis of Law. Cheltenham: Edward Elgar.

Engelbrecht, Beate

2010 Ethnographische Filmarbeit und Copyright: Überlegungen zur Situation in Indonesien. *In* Die Konstituierung von Cultural Property. Forschungsperspektiven. Regina Bendix, Kilian Bizer, und Stefan Groth, Hrsg. S. 153–172. Göttingen: Universitätsverlag.

Erbguth, Wilfried

2010 Allgemeines Verwaltungsrecht : mit Verwaltungsprozess- und Staatshaftungsrecht. Baden-Baden: Nomos.

European Parliament and Council of the European Union

1996 Directive 96/9/EC of the European Parliament and of the Council of the European Union of 11 March 1996 on the legal protection of databases. OJEC of 27/3/1996, L77/20. <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:31996L0009:EN:HTML> (Zugriff am 01.07.2011).

Faber, Malte, Thomas Petersen und Johannes Schiller

2002 Homo oeconomicus and homo politicus in Ecological Economics. *Ecological Economics*, 40(3):323–333.

Farley, Christine Haight

1997 Protecting Folklore of Indigenous Peoples: Is Intellectual Property the Answer? *Connecticut law review*, 30(1):1–58.

Fechner, Frank

1998 The Fundamental Aims of Cultural Property Law. *International journal of cultural property : IJCP / publ. for the International Cultural Property Society*, 7(3):376–394.

2001 Auf dem Weg vom Kulturverwaltungsrecht zu einem europäischen Kulturrecht. In „In einem vereinten Europa dem Frieden der Welt zu dienen—“, *Liber amicorum Thomas Oppermann*. Thomas Oppermann und Claus Dieter Classen, Hrsg. S. 687-703 (688 f.). Berlin: Duncker & Humblot.

2005 Wohin gehören Kulturgüter? Rechtliche Ansätze eines Ausgleichsmodells. In *Recht, Kultur, Finanzen. Festschrift für Reinhard Mussgnug zum 70. Geburtstag am 26. Oktober 2005*. Reinhard Mussgnug, Klaus Grupp, und Ulrich Hufeld, Hrsg. S. 485-498 (497 f.). Heidelberg: C.F. Müller.

Felix, Ludwig

1883 *Entwicklungsgeschichte des Eigentums unter kulturgeschichtlichem und wirtschaftlichem Gesichtspunkt: Der Einfluss der Natur auf die Entwicklung des Eigentums*. Berlin: Duncker & Humbold.

Ficsor, Mihály

1997 1967, 1982, 1984: Attempts to provide international protection for folklore by intellectual property rights. Paper presented to UNESCO-WIPO World Forum on the Protection of Folklore, Phuket, Thailand, April 8–10. UNESCO/WIPO/FOLK/PKT/97/19. http://www.wipo.int/meetings/en/doc_details.jsp?doc_id=4556 (Zugriff am 03.10.2011).

Fischer, H. G. und Carl-Otto Lenz

2010 *Kommentierung zu Art. 167 AEUV. In EU-Verträge : Kommentar nach dem Vertrag von Lissabon*. 5. Auflage. Carl-Otto Lenz und Klaus Dieter Borchardt, Hrsg. Köln: Bundesanzeigerverlag.

- Förster, Achim
2008 Fair Use. Ein Systemvergleich der Schrankengeneralklausel des US-amerikanischen Copyright Act mit dem Schranken-katalog des deutschen Urheberrechtsgesetzes. Tübingen: Mohr Siebeck.
- Forsyth, Miranda
2003 Intellectual Property Laws in the South Pacific: Friend or Foe? *Journal of South Pacific Law*, 7:1–21.
- Fortun, Kim, Mike Fortun und Steven Rubenstein
2010 Editors' Introduction to "Emergent Indigenities". *Cultural Anthropology*, 25:222–234.
- Freud, Sigmund
2000 Das Unbehagen in der Kultur (1930). *In* Das Unbehagen in der Kultur und andere kulturtheoretische Schriften. 6. Auflage. Alfred Lorenzer und Bernhard Görlich, Hrsg. Frankfurt am Main: Fischer-Taschenbuch-Verlag.
- Frey, Bruno
1997 Not just for the money: An economic theory of personal motivation. Cheltenham, UK: Edward Elgar Publishing.
- Frey, Bruno S. und Felix Oberholzer-Gee
1997 The Cost of Price Incentives: An Empirical Analysis of Motivation Crowding- Out. *The American Economic Review*, 87(4):746–755.
- Frey, Bruno S., Roger Luethi und Margit Osterloh
2011 Community Enterprises - An Institutional Innovation: CESifo Working Paper Series No. 3428.
- Genius-Devime, Barbara
1996 Bedeutung und Grenzen des Erbes der Menschheit im völkerrechtlichen Kulturgüterschutz. Baden-Baden: Nomos-Verl.-Ges.
- Gilbert, Jérémie
2011 Indigenous Peoples' Human Rights in Africa. The Pragmatic Revolution of the African Commission on Human and Peoples' Rights. *International & Comparative Law Quarterly*, 60:245–270.
- Gintis, Herbert
2007 The evolution of private property. *Journal of Economic Behavior & Organization*, 64(1):1–16.
- Grewe, Wilhelm G.
1988 Epochen der Völkerrechtsgeschichte. Baden-Baden: Nomos Verl.-Ges.

- Hahn, Anja von
2004 Traditionelles Wissen indigener und lokaler Gemeinschaften zwischen geistigen Eigentumsrechten und der „public domain“. Berlin, Heidelberg [u.a.]: Springer.
- Hardin, Garrett
1968 The Tragedy of the Commons. *Science*, 162:1243–1248.
- Hayek, Friedrich A., Hrsg.
1978 *New Studies in Philosophy, Politics, Economics and the History of Ideas*. Chicago: The University of Chicago Press.
- Heller, Michael A.
1998 The tragedy of the anticommons: Property in the transition from Marx to markets. *Harvard Law Review*, 111(3):621–688.
2008 *The Gridlock Economy: How Too Much Ownership Wrecks Markets, Stops Innovation, and Costs Lives*. Philadelphia: Basic Books.
- Henley, David und Jamie Seth Davidson
2007 Introduction: Radical Conservatism - the Protean Politics of adat. *In* *The Revival of Tradition in Indonesian Politics. The Deployment of adat from Colonialism to Indigenism*. Jamie Seth Davidson und David Henley, Hrsg. S. 1–49. Routledge contemporary Southeast Asia series, 14. London: Routledge.
- Henriksen, John B.
2009 The UN Declaration on the Rights of Indigenous Peoples: Some Key Issues and Events in the Process. *In* *Making the Declaration work. The United Nations Declaration on the Rights of Indigenous Peoples*. Claire Charters und Rodolfo Stavenhagen, Hrsg. S. 78–84. Document / IWGIA, no. 127. Copenhagen, New Brunswick N.J.: IWGIA; Distributors Transaction Publisher [and] Central Books.
- Hermitte, Marie-Angèle
1988 Histoires juridiques extravagantes: La reproduction végétale. *In* *L'homme, la nature et le droit*. Bernard Edelman und Marie-Angèle Hermitte, Hrsg. S. 40–82. Paris: Christian Bourgois éditeur.
- Herzog, Ronald
2001 *Kulturgut unter Wasser : Schatztaucher, das Seevölkerrecht und der Schutz des kulturellen Erbes*. Aachen: Shaker.
- Hilty, Reto M.
2009a Rationales for the Legal Protection of Intangible Goods and Cultural Heritage. *International Review of Intellectual Property and Competition Law (IIC)*, 09(8):883–911.

- 2009b Rationales for the Legal Protection of Intangible Goods and Cultural Heritage: Max Planck Institute for Intellectual Property, Competition & Tax Law Research Paper Series No 09-10.
- Hirtz, Frank
2003 It Takes Modern Means to Be Traditional. On Recognizing Indigenous Cultural Communities in the Philippines. *Development and change*, 34:887–914.
- Hönes, Ernst-Rainer
ohne Jahr Internationaler Denkmal-, Kulturgüter- und Welterbeschutz. Schriftenreihe des Deutschen Nationalkomitees für den Denkmalschutz, Bd. 54. Bonn: Dt. Nationalkomitee für Denkmalschutz.
- Huster, Stefan
2002 Die ethische Neutralität des Staates : eine liberale Interpretation der Verfassung. Tübingen: Mohr-Siebeck.
2006 Kultur im Verfassungsstaat. *VVDStRL*, 65:51–82.
- Jaffe, Adam B. und Josh Lerner
2004 *Innovation and Its Discontent. How Our Broken Patent System is Endangering Innovation and Progress, And What to Do about It*. Princeton, Oxford: Princeton University Press.
- Janke, Terri und WIPO
2003 *Minding Culture: Case-Studies on Intellectual Property and Traditional Cultural Expressions*. Genf.
- Jenkins, Richard
1997 *Rethinking Ethnicity. Arguments and Explorations*. London: Sage Publications.
- Karpen, Ulrich
2007 Schriftliche Stellungnahme zur öffentlichen Anhörung „Kulturelle Staatszielbestimmungen“ im Deutschen Bundestag am 20. September 2004 (Enquêtekommision Kultur), K-Drs. 15/164. Bundestag. (Zugriff am 16.08.2011).
- Kay, John
2004 *The Truth About Markets - Why Some Nations are Rich but Most Remain Poor*. London: Penguin Books.
- Keal, Paul
2003 *European Conquest and the Rights of Indigenous Peoples. The Moral Backwardness of International Society*. Cambridge studies in international relations, 92. Cambridge: Cambridge Univ. Press.

- Kenrick, Justin und Jerome Lewis
2004 Indigenous Peoples's Rights and the Politics of the Term "Indigenous".
Anthropology today, 20(2):4–9.
- Kingsbury, Benedict
1998 "Indigenous peoples" in International Law. A Constructivist Approach
to the Asian Controversy. *The American Journal of International Law*,
92:414–457.
- Kipuri, Naomi
2009 The UN Declaration on the Rights of Indigenous Peoples in the
African Context. *In Making the Declaration work. The United Nations
Declaration on the Rights of Indigenous Peoples*. Claire Charters und
Rodolfo Stavenhagen, Hrsg. S. 252–262. Document / IWGIA, no. 127.
Copenhagen, New Brunswick N.J.: IWGIA; Distributors Transaction Pub-
lisher [and] Central Books.
- Knop, Karen
2002 *Diversity and Self-Determination in International Law*. Cambridge,
UK, New York: Cambridge University Press.
- Kotthoff, Jost, Astrid Meckel und Gunda Dreyer
2009 *Urheberrecht*. Heidelberg [u.a.]: Müller.
- Kuper, Adam
2003 The Return of the Native. *Current Anthropology*, 44:389–402.
2005 *The Reinvention of Primitive Society. Transformations of a Myth*. Mil-
ton Park Abingdon Oxon ;, New York: Routledge.
- Kymlicka, Will
1995 *Multicultural Citizenship. A Liberal Theory of Minority Rights*. Oxford
political theory. Oxford: Clarendon Press.
1999 Review: Theorizing Indigenous Rights. *The University of Toronto Law
Journal*, 49:281–293.
- La Cadena, Marisol de, und Orin Starn, Hrsg.
2007 *Indigenous Experience Today*. Wenner-Gren International Symposium
series. Oxford, New York: Berg.
- Ladas, Stephen Pericles
1968 The Convention Establishing the World Intellectual Property Organi-
zation. *Journal of world trade law* / Ed. Dennis Thompson, 2(6):684–694.

- Lankau, Matthias, Kilian Bizer und Zulia Gubaydullina
2010 Die verborgene Effektivität minimaler Resultate in internationalen Verhandlungen : der Fall der WIPO. *In* Die Konstituierung von Cultural Property. Forschungsperspektiven. Regina Bendix, Kilian Bizer, und Stefan Groth, Hrsg. S. 197–216. Göttingen: Universitätsverlag.
- Lechner, Sebastian, Zulia Gubaydullina und Kilian Bizer
2008 The allocation of property rights to intangible cultural assets. Discussion paper series, 136. Göttingen: Volkswirtschaftliches Seminar.
- Lerner, Josh
2005 150 Years of Patent Office Practice. *American Law and Economics Review*, 7:112–143.
- Lerner, Josh und Mark Schankerman
2010 *The Comingled Code: Open Source and Economic Development*. Cambridge, MA: MIT Press.
- Lessig, Lawrence
2004 *Free Culture: How Big Media Uses Technology and the Law to Lock Down Culture and Control Creativity*. New York: Penguin.
- Lévêque, François und Yann Menière
2004 *The Economics of Patents and Copyright*. Berkeley: Berkeley Electronic Press.
- Lewinski, Silke von
2004 Protecting Cultural Expressions: The Perspective of Law. *In* Properties of Culture, Culture as Property. Pathways to Reform in Post-Soviet Siberia. Erich Kasten, Hrsg. S. 111–127. Berlin: Reimer.
2007 Adequate protection of folklore - a work in progress. *In* Copyright Law - A Handbook of Contemporary Research. Paul Torremans, Hrsg. S. 207–231. Cheltenham, UK: Edward Elgar Publishing Limited.
2008a Final Considerations. *In* Indigenous Heritage and Intellectual Property. Genetic Resources, Traditional Knowledge and Folklore. 2nd [rev.]. Silke von Lewinski, Hrsg. S. 507–530. The Hague [u.a.]: Kluwer Law International.
2008b Introduction. *In* Indigenous Heritage and Intellectual Property. Genetic Resources, Traditional Knowledge and Folklore. 2nd [rev.]. Silke von Lewinski, Hrsg. S. 1–6. The Hague [u.a.]: Kluwer Law International.
2008c Indigenous Heritage and Intellectual Property. Genetic Resources, Traditional Knowledge and Folklore. The Hague [u.a.]: Kluwer Law International.

- Li, Tania Murray
2000 Articulating Indigenous Identity in Indonesia: Resource Politics and the Tribal Slot. *Comparative Studies in Society and History*, 42:149–179.
2007 Adat in Central Sulawesi: Contemporary Deployments. *In* *The Revival of Tradition in Indonesian Politics. The Deployment of adat from Colonialism to Indigenism*. Jamie Seth Davidson und David Henley, Hrsg. S. 337–370. Routledge contemporary Southeast Asia series, 14. London: Routledge.
- Lochen, Tobias
2007 Die völkerrechtlichen Regelungen über den Zugang zu genetischen Ressourcen. Tübingen: Mohr Siebeck.
- Losch, Bernhard
2006 Kulturfaktor Recht : Grundwerte - Leitbilder - Normen ; eine Einführung. Wien, Köln [u.a.]: Böhlau.
- Lucas-Schloetter, Agnès
2008 Folklore. *In* *Indigenous Heritage and Intellectual Property. Genetic Resources, Traditional Knowledge and Folklore*. 2nd [rev.]. Silke von Lewinski, Hrsg. S. 339–506. The Hague [u.a.]: Kluwer Law International.
- Ludescher, Monika
2004 Menschenrechte und indigene Völker. Frankfurt am Main: Lang; P. Lang.
- MacBride, Sean
1980 Many Voices, One World : Communication and Society Today and Tomorrow ; towards a New more Just and more Efficient World Information and Communication Order ; [Report by the International Commission for the Study of Communication Problems] (MacBride-Bericht der UNESCO). Paris: Kogan Page [u.a.].
- Mackaay, Ejan
im Erscheinen The Economics of Life ++. Reflections on the Term of Copyright. *In* *Proceedings of the ALAI Study Days Vienna, 9-11 September 2010, on the terms of copyright*. Michel Walter, Hrsg. <http://www.cirano.qc.ca/pdf/publication/2011s-38.pdf> (Zugriff am 01.07.2011).
2003 On Cultural Property and its Protection - a Law-and-Economics Comment. *In* *Property Rights - Cooperation, Conflict, and Law*. Terry L. Anderson und Fred S. McChesney, Hrsg. S. 261–268. Princeton: Princeton University Press.
2006 The Economics of Intellectual Property Rights. *In* *Festschrift till Peter Seipel*. Cecilia Magnusson Sjöberg und Peter Wahlgren, Hrsg. S. 365–396. Stockholm: Norstedts Juridik.

- 2007 *The Economics of Intellectual Property Rights in Civil Law Systems. In Economic Analysis of Law: A European Perspective.* N. Hatzis Aristides, Hrsg. Cheltenham: Edward Elgar.
- 2013 *Economic Analysis of Law for Civilian Legal Systems.* Cheltenham, UK: Edward Elgar.
- Mackaay, Ejan und Stéphane Rousseau
2008 *Analyse économique du droit.* Paris/Montréal: Dalloz-Sirey/Éditions Thémis.
- Mackey, Eva
2005 *Universal Rights in Conflict. 'Backlash' and 'Benevolent Resistance' to Indigenous Land Rights.* *Anthropology today*, 21:14–20.
- Madison, Michael J.
2009 *Of Coase and Comics, or, the Comedy of Copyright.* *Virginia Law Review in Brief*, 95:27–42.
- Martin, Dieter
2005 *Die deutschen Denkmalschutzgesetze im Vergleich. In Denkmalschutzgesetze. 4. Auflage.* Deutsches Nationalkomitee für den Denkmalschutz, Hrsg. S. 151–166. (Keine Angabe). Bonn.
- Maurer, Hartmut
2009 *Allgemeines Verwaltungsrecht.* München: Beck.
- Merlan, Francesca
2009 *Indigeneity: Global and Local.* *Current Anthropology*, 50:303–333.
- Mill, John Stuart
1991 *On Liberty and Other Essays.* Oxford: Oxford University Press [1859].
- Miller, Robert J., Jacinta Ruru und Larissa Lindberg Tracey Behrendt
2010 *Discovering Indigenous Lands. The Doctrine of Discovery in the English Colonies.* Oxford: Oxford Univ. Press; Oxford University Press.
- Mißling, Sven
2010 *Die UNESCO-Konvention zum Schutz des immateriellen (Kultur-) Erbes der Menschheit von 2003. Öffnung des Welterbekonzepts oder Stärkung der kulturellen Hoheit des Staates? In Die Konstituierung von Cultural Property. Forschungsperspektiven.* Regina Bendix, Kilian Bizer, und Stefan Groth, Hrsg. S. 91–113. Göttingen: Universitätsverlag.
- 2012 *5 Abs. 3 Satz 1 GG als ein Grundrecht der Kunst.* *VES*, 50. Köln: Carl Heymanns Verlag.
- Moniaga, Sandra
2004 *Emerging Indigenous Peoples Movement in Indonesia.* (Zugriff am 22.09.2011).

- 2007 From bumiputera to masyarakat adat: A Long and Confusing Journey. *In* The Revival of Tradition in Indonesian Politics. The Deployment of adat from Colonialism to Indigenism. Jamie Seth Davidson und David Henley, Hrsg. S. 275–294. Routledge contemporary Southeast Asia series, 14. London: Routledge.
- Montes, Adelfo Regino und Gustavo Torres Cisneros
2009 The United Nations Declaration on the Rights of Indigenous Peoples. The Foundation of a New Relationship between Indigenous Peoples, States and Societies. *In* Making the Declaration work. The United Nations Declaration on the Rights of Indigenous Peoples. Claire Charters und Rodolfo Stavenhagen, Hrsg. S. 138–168. Document / IWGIA, no. 127. Copenhagen, New Brunswick N.J: IWGIA; Distributors Transaction Publisher [and] Central Books.
- Mueller, Dennis C.
2008 Public Choice III. Cambridge, UK: Cambridge Univ. Press.
- Müller-Langer, Frank und Marc Scheufen
2011 Die ökonomische Analyse geistiger Eigentumsrechte. *Wist Wirtschaftswissenschaftliches Studium. Zeitschrift für Studium und Forschung*, 40(3):137–142.
- Nettesheim, Martin
2002 Das Kulturverfassungsrecht der Europäischen Union. *Juristenzeitung : JZ*, 57(4):157–165.
- Niezen, Ronald
2004 A World beyond Difference. Cultural Identity in the Age of Globalization. Malden, MA: Blackwell Pub.
- Nimmer, David
2004 Codifying Copyright Comprehensibly. *UCLA Law Review*, 51(5):1233–1387.
- Niskanen, William A.
1971 Bureaucracy and representative government. Chicago: Aldine-Atherton.
- Nooy-Palm, Hetty
1979 The Sa'dan-Toraja. A Study of their Social Life and Religion. Vol. 1: Organization, Symbols and Beliefs, 87). The Hague: Nijhoff.
- Nordmann, Matthias
2001 Rechtsschutz von Folkloreformen. UFITA : Archiv für Urheber- und Medienrecht. Schriftenreihe des Archivs für Urheber- und Medienrecht (UFITA), ISSN 0582-0804. Baden-Baden: Nomos-Verl.-Ges.

- North, Douglass C. und Robert Paul Thomas
1973 *The Rise of the Western World - A New Economic History*.
Cambridge: Cambridge University Press.
- Odendahl, Kerstin
2005 *Kulturgüterschutz : Entwicklung, Struktur und Dogmatik eines
ebenenübergreifenden Normensystems*. Tübingen: Mohr Siebeck.
- Oliar, Dotan und Christopher Jon Sprigman
2008 *There's No Free Laugh (Anymore): The Emergence of Intellectual
Property Norms and the Transformation of Stand-Up Comedy*. *Virginia
Law Review*, 94(8):1787–1867.
2009 *From Corn to Norms: How IP Entitlements Affect What Stand-Up
Comedians Create*. *Virginia Law Review in Brief*, 95:57–66.
- Ostrom, Elinor
1990 *Governing the Commons - The Evolution of Institutions for Collective
Action*. Cambridge: Cambridge University Press.
- Paliwala, Abdul
1996 *From Academic Tombstones to Living Bazaars - The Changing Shape
of Law Reviews*. *Journal of Information, Law & Technology (JILT)*,
1996(1).
- Pollock, Rufus
2009 *Forever Minus a Day? Some Theory and Empirics of Optimal Copy-
right*. *Review of Economic Research on Copyright Issues*, 6(1):35–60.
- Posner, Richard A.
1992 *Economic Analysis of Law*. Boston: Little, Brown and Company.
- Preußner, Andreas.
2003 *Kultur*. In *Handwörterbuch Philosophie*. Wulff D. Rehfus, Hrsg. S. S.
438. Göttingen: Vandenhoeck & Ruprecht.
- Ramsauer, Thomas
2005 *Geistiges Eigentum und kulturelle Identität : eine Untersuchung zum
immaterialgüterrechtlichen Schutz autochthoner Schöpfungen*. München:
Beck.
- Raustiala, Kal und Christopher Jon Sprigman
2006 *The Piracy Paradox: Innovation and Intellectual Property in Fashion
Design*. *Virginia Law Review*, 8:1687–1777.
2009 *The Piracy Paradox Revisited*. *Stanford Law Review*, 61(5):1201–1225.
- Rehbinder, Manfred und Heinrich Hubmann
2008 *Urheberrecht. Ein Studienbuch. Juristische Kurz-Lehrbücher*.
München: Beck.

Richieri Hanania, Lilian

2009 *Diversité culturelle et droit international du commerce*. Paris: Documentation française.

Riley, Angela R.

2005 *Straight Stealing: Towards an Indigenous System of Cultural Property Protection*. *Washington Law Review*, 80:69–81.

Rose, Carol M.

2002 *Common Property, Regulatory Property, and Environmental Protection: Comparing Community-Based Management to Tradable Environmental Allowances*. In *The Drama of the Commons*. E. Ostrom, Thomas Dietz, Nives Dolšak, Paul C. Stern, Susan Stonich, und Elke U. Weber, Hrsg. S. 233–257: National Academy Press.

Sag, Matthew J.

2006 *Beyond Abstraction. The Law and Economics of Copyright Scope and Doctrinal Efficiency*. *Tulane Law Review*, 81:187–250.

Sangaji, Arianto

2007 *The masyarakat adat Movement in Indonesia: a Critical Insider's View*. In *The Revival of Tradition in Indonesian Politics. The Deployment of adat from Colonialism to Indigenism*. Jamie Seth Davidson und David Henley, Hrsg. S. 319–336. *Routledge contemporary Southeast Asia series*, 14. London: Routledge.

Saxenian, Annalee

1994 *Regional Advantage: Culture and Competition in Silicon Valley and Route 128*. Cambridge, Mass.: Harvard University Press.

2006 *The New Argonauts: Regional Advantage in a Global Economy*. Cambridge, Mass.: Harvard University Press.

Schack, Haimo

2004 *Kunst und Recht : bildende Kunst, Architektur, Design und Fotografie im deutschen und internationalen Recht*. Köln [u.a.]: Heymann.

2005 *Urheber- und Urhebervertragsrecht*. Tübingen: Mohr Siebeck.

2007 *Urheber- und Urhebervertragsrecht*. Tübingen: Mohr Siebeck.

Schlinkert, Jana C.

2007 *Lebendige folkloristische Ausdrucksweisen traditioneller Gemeinschaften : rechtliche Behandlungsmöglichkeiten auf internationaler Ebene*. Berlin: BWV, Berliner Wiss.-Verl.

Schmeinck, Sabine

1994 *Internationalprivatrechtliche Aspekte des Kulturgüterschutzes*. Berlin: Duncker & Humblot.

- Scotchmer, Suzanne
1991 Standing on the Shoulders of Giants: Cumulative Research and the Patent Law. *Journal of Economic Perspectives*, 5(1):29–41.
- Secretariat of the Pacific Community
2012 Regional Framework for the Protection of Traditional Knowledge and Expressions of Culture.
http://www.spc.int/hdp/Documents/5th_CPA_Exec_Board/RegionalFramework_no_cover.pdf (Zugriff am 26.03.2013).
- Sommermann, Karl-Peter
2005 Kultur im Verfassungsstaat. Kultur und Wissenschaft : Berichte und Diskussionen auf der Tagung der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer in Frankfurt am Main vom 5. bis 8. Oktober 2005 / [Red.: Friedhelm Hufen], 65:7–50.
- Spindler, Gerald und Philipp Zimbehl
2011 The Way we Think About Creating: The Diverging Paths of Open Source and Open Content Licences. *In* Open Content Licences: From Theory to Practice. L. Guibault und C. Angelopoulos, Hrsg. Amsterdam: Amsterdam University Press (forthcoming).
- Steinebach, Stefanie
2012 Der Regenwald ist unser Haus. Die Orang Rimba auf Sumatra zwischen Autonomie und Fremdbestimmung. Göttingen: Universitätsverlag.
- Stern, Klaus
1988 Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland. München: Beck.
2004 Die Idee der Grund- und Menschenrechte. *In* Handbuch der Grundrechte in Deutschland und Europa. Detlef Merten und Hans-Jürgen Papier, Hrsg. S. 3–48. Heidelberg: Müller.
- Stoll, Peter Tobias
1995 WIPO - World Intellectual Property Organization. *In* United Nations: Law, Policies and Practice. Rüdiger Wolfrum, Hrsg. S. 1431–1439. München: Beck.
- Stoll, Peter-Tobias
2009 Introduction I. *In* WTO - Trade-Related Aspects of Intellectual Property Rights. Jan Busche, Katrin Arend, und Peter Tobias Stoll, Hrsg. Leiden, Boston [u.a.]: Nijhoff.
- Stoll, Peter-Tobias und Anja von Hahn
2008 Indigenous Peoples, Indigenous Knowledge and Indigenous Resources in International Law. *In* Indigenous Heritage and Intellectual Property. Genetic Resources, Traditional Knowledge and Folklore. 2nd [rev.]. Silke von Lewinski, Hrsg. S. 7–58. The Hague [u.a.]: Kluwer Law International.

- Stoll, Peter-Tobias und Frank Schorkopf
2006 WTO - World Economic Order. World Trade Law - Max Planck Commentaries on World Trade Law. Leiden, Boston [u.a.]: Nijhoff.
- Stoll, Peter-Tobias, Dieter Bachmann und Christiane Philipp
1991 WIPO - Weltorganisation für Geistiges Eigentum. *In* Handbuch der Vereinten Nationen. 2.Auflage. Rüdiger Wolfrum, Hrsg. S. 1108–1117. München: Beck.
- Taubman, Antony
2008 Genetic Resources. *In* Indigenous Heritage and Intellectual Property. Genetic Resources, Traditional Knowledge and Folklore. 2nd [rev.]. Silke von Lewinski, Hrsg. S. 181–292. The Hague [u.a.]: Kluwer Law International.
- Taubman, Antony und Matthias Leistner
2008 Analysis of Different Areas of Indigenous Resources. *In* Indigenous Heritage and Intellectual Property. Genetic Resources, Traditional Knowledge and Folklore. 2nd [rev.]. Silke von Lewinski, Hrsg. S. 59–180. The Hague [u.a.]: Kluwer Law International.
- Tennant, Chris
2009 Indigenous Peoples, International Institutions, and the International Legal Literature from 1945-1993. *In* Indigenous Rights. J. Anthony Connolly, Hrsg. S. 63–119. Farnham [u.a.]: Ashgate.
- Times of India
2011 India Videographs 200 Yoga Postures to Prevent Patent Piracy. http://articles.timesofindia.indiatimes.com/2011-04-20/india/29450889_1_patent-applications-tkdl-traditional-knowledge-digital-library (Zugriff am 01.07.2011).
- Tirole, Jean
2003 Protection de la propriété intellectuelle : une introduction et quelques pistes de réflexion. *In* Propriété intellectuelle : rapports. Jean Tirole, Claude Henry, Michel Trommetter, Laurence Tubiana, Bernard Caillaud, Daniel Cohen, und Lionel Fontagné, Hrsg. S. 9–47. Paris: La Documentation française.
- Tomuschat, Christian
2003 Human Rights : Between Idealism and Realism. Oxford [u.a.]: Oxford Univ. Press.
- Tooley, James
2009 The Beautiful Tree: A Personal Journey Into How the World's Poorest People Are Educating Themselves. Washington, DC: Cato Institute.

Torsen, Molly

2008 Intellectual Property and Traditional Cultural Expressions: A Synopsis of Current Issues. *Intercultural Human Rights Law Review*, 3:199–214.

Trigger, David S. und Cameo Dalley

2010 Negotiating Indigeneity: Culture, Identity, and Politics. *Reviews in Anthropology*, 39:46–65.

Trouillot, Michel-Rolph

1991 Anthropology and the Savages Slot: the Poetics and Politics of Otherness. *In* *Recapturing Anthropology. Working in the Present*. Richard Gabriel Fox, Hrsg. S. 17–44. Santa Fe, NM: School of American Research Press; Distributed by the University of Washington Press.

Tsing, Anna Lowenhaupt

1993 *In the Realm of the Diamond Queen. Marginality in an Out-of-the-Way Place*. Princeton, NJ: Princeton Univ. Press.

1999 Becoming a Tribal Elder, and other Green Development Fantasies. *In* *Transforming the Indonesian Uplands. Marginality, Power and Production*. Tania Murray Li, Hrsg. S. 159–202. *Studies in environmental anthropology*, 4. Amsterdam: Harwood.

2007 Indigenous Voice. *In* *Indigenous Experience Today*. Marisol de La Cadena und Orin Starn, Hrsg. S. 33–67. *Wenner-Gren International Symposium series*. Oxford, New York: Berg.

UN

2007 General Assembly GA/10612.

<http://www.un.org/News/Press/docs/2007/ga10612.doc.htm> (Zugriff am 23.09.2011).

UNESCO

2001 Übereinkommen zum Schutz des Unterwassererbes.

http://portal.unesco.org/en/ev.php-URL_ID=13520&URL_DO=DO_TOPIC&URL_SECTION=201.html (Zugriff am 12.10.2011).

2003 Übereinkommen zum Schutz des immateriellen Erbes der Menschheit.

<http://portal.unesco.org/la/convention.asp?language=E&KO=17116#1> (Zugriff am 12.10.2011).

2005 Übereinkommen zum Schutz und zur Förderung der Vielfalt kultureller Ausdrucksformen.

<http://portal.unesco.org/la/convention.asp?KO=31038&language=E&order=alpha#1> (Zugriff am 12.10.2011).

UNESCO und WIPO

1976 Tunis Model Law on Copyright for Developing Countries, no. 812.

Paris, Geneva: UNESCO; WIPO.

- http://portal.unesco.org/culture/en/ev.php-URL_ID=31318&URL_DO=DO_TOPIC&URL_SECTION=201.html
(Zugriff am 29.09.2011).
- 1982 Model Provisions for National Laws on the Protection of Expressions of Folklore Against Illicit Exploitation and other Prejudicial Actions.
<http://www.wipo.int/wipolex/en/details.jsp?id=6714> (Zugriff am 26.03.2013).
- Valkonen, Sami J. und Lawrence J. White
2006 An Economic Model for the Incentive/Access Paradigm of Copyright Propertization: An Argument in Support of the Proposed New §514 to the Copyright Act. *Hastings Communications & Entertainment Law Journal*, 29:359–400.
- van Overwalle, Geertrui
2011 Individualism, Pluralism and Openness in Patent Law - Promoting Access Through Exclusion. *In* Individualism and Collectiveness in Intellectual Property Law. Jan Rósen, Hrsg. Cheltenham: Edward Elgar.
- Varian, Hal R.
2005 Copying and Copyright. *The Journal of Economic Perspectives*, 19(2):121–138.
- Wandtke, Artur-Axel
2009 Einleitung UrhG. *In* Praxiskommentar zum Urheberrecht. 3., neu bearb. Artur-Axel Wandtke, Ulrich Block, und Winfried Bullinger, Hrsg. S. 1–48. München: Beck.
- Wandtke, Artur-Axel und C. Dietz
2009 Urheberrecht. Berlin: De Gruyter.
- Waterson, Roxana
2009 Paths and Rivers. Sa'dan Toraja Society in Transformation. Verhandelingen van het Koninklijk Instituut voor Taal-, Land- en Volkenkunde, 253. Leiden: KITLV Press.
- Weiner, Janice
1987 Protection of Folklore: A Political and Legal Challenge. *International Review of Intellectual Property and Competition Law*, 18:56–92.
- Wenzel, Nicola
2008 Das Spannungsverhältnis zwischen Gruppenschutz und Individualschutz im Völkerrecht. *The Protection of Groups in International Law in Tension with the Protection of the Individual*. s.l.: Springer-Verlag; Springer.
- Werin, Lars

2003 Economic Behavior and Legal Institutions - An Introductory Survey.
Singapore: World Scientific Publishing.

White, James Boyd

1985 Law as Rhetoric, Rhetoric as Law. The Arts of Cultural and Communal Life. The University of Chicago Law Review, 52:684–702.

Wikipedia

2011 Standing on the Shoulders of Giants - Wikipedia, the free encyclopedia.
<http://en.wikipedia.org/w/index.php?oldid=436182566> (Zugriff am 06.07.2011).

WIPO

1886 Berner Übereinkunft zum Schutz von Werken der Literatur und Kunst.
http://www.wipo.int/treaties/en/ip/berne/trtdocs_wo001.html#P19_78
(Zugriff am 16.08.2011).

1961 Rome Convention for the Protection of Performers, Producers of Phonograms and Broadcasting Organizations.
<http://www.wipo.int/treaties/en/ip/rome/> (Zugriff am 01.07.2011).

2001 Intellectual Property Needs and Expectations of Traditional Knowledge. WIPO Report on Fact-finding Missions on Intellectual Property and Traditional Knowledge (1998 – 1999). Genf.

2003 Consolidated Analysis of the Legal Protection of Traditional Cultural Expressions/Expressions of Folklore.
http://www.wipo.int/edocs/mdocs/tk/en/wipo_grtkf_ic_5/wipo_grtkf_ic_5_3.pdf (Zugriff am 06.10.2011).

2004 The Protection of Traditional Cultural Expressions / Expressions of Folklore: Outline of Policy Options and Legal Mechanisms. WIPO/GRTKF/IC/7/4.
http://www.wipo.int/edocs/mdocs/tk/en/wipo_grtkf_ic_7/wipo_grtkf_ic_7_4.pdf (Zugriff am 15.03.2013).

2006a Propriété intellectuelle et ressources génétiques, savoirs traditionnels et expressions culturelles traditionnelles ou expressions du folklore : documents d'information. (Keine Angabe). Genf.

2006b The Protection of Traditional Cultural Expressions/Expressions of Folklore: Revised Objectives and Principles. WIPO/GRTKF/IC/9/4.
http://www.wipo.int/meetings/en/doc_details.jsp?doc_id=55137 (Zugriff am 29.09.2011).

2010a Administered Treaties.
<http://www.wipo.int/wipolex/en/profile.jsp?code=WIPO> (Zugriff am 16.08.2011).

2010b Draft Provisions.
http://www.wipo.int/tk/en/consultations/draft_provisions/draft_provisions.html (Zugriff am 12.10.2011).

- 2011a IGC 18 Update: WIPO negotiators refine texts on traditional knowledge, genetic resources and traditional cultural expressions. http://www.wipo.int/tk/en/news/2011/news_0011.html (Zugriff am 01.07.2011).
- 2011b Intergovernmental Committee. <http://www.wipo.int/tk/en/igc> (Zugriff am 16.08.2011).
- 2011c Intergovernmental Committee on Intellectual Property and Genetic Resources, Traditional Knowledge and Folklore. The protection of traditional cultural expressions: draft articles. http://www.wipo.int/edocs/mdocs/tk/en/wipo_grtkf_ic_18/wipo_grtkf_ic_18_4_rev.pdf (Zugriff am 06.07.2011).
- 2011d Key Resources. <http://www.wipo.int/tk/en/resources/index.html> (Zugriff am 16.08.2011).
- 2011e Summary Report of the Third Intersessional Working Group. http://www.wipo.int/meetings/en/doc_details.jsp?doc_id=161442 (Zugriff am 12.10.2011).
- 2011f Traditional Knowledge, Genetic Resources and Traditional Cultural Expressions/Folklore. <http://www.wipo.int/tk/en> (Zugriff am 12.10.2011).
- WIPO und UNESCO
- 1984 Group of Experts on the international protection of expressions of folklore by intellectual property. <http://unesdoc.unesco.org/images/0006/000651/065171eb.pdf> (Zugriff am 29.09.2011).
- 1985 Model Provisions for National Laws on the Protection of Expressions of Folklore against Illicit exploitation and other prejudicial actions. http://www.wipo.int/wipolex/en/text.jsp?file_id=184668 (Zugriff am 03.10.2011).
- Wolfrum, Rüdiger
- 2006 Hohe See und Tiefseeboden. Handbuch des Seerechts / hrsg. von Wolfgang Vitzthum. Bearb. von Gerhard Hafner ...:287–345.
- Xanthaki, Alexandra
- 2007 Indigenous Rights in the United Nations Standards: Self Determination, Culture and Land. Cambridge: Cambridge University Press.
- Yai, Olabiyi
- 2007 Perspectives Africaines sur le patrimoine culturel. *In* Safeguarding Intangible Cultural Heritage – Challenges and Approaches, Institute of Art and Law. Janet Blake, Hrsg. S. 73–80. UK.
- Ziegler, Karl-Heinz
- 1994 Völkerrechtsgeschichte : ein Studienbuch. München: Beck.

Zimbehl, Philipp

2010 Ausdrucksformen des Folklore: Freie und abhängige Schöpfungen. *In* Die Konstituierung von Cultural Property. Forschungsperspektiven. Regina Bendix, Kilian Bizer, und Stefan Groth, Hrsg. S. 115–132. Göttingen: Universitätsverlag.

Können traditionelle kulturelle Ausdrucksweisen, wie Tänze, Rituale, Geschichten oder Legenden, durch eigens geschaffene immaterielle Eigentumsrechte, den sogenannten *sui generis* Rechten, geschützt werden? Um die vielschichtigen Auswirkungen der *sui generis* Rechte sowie die Einflüsse auf deren Entstehung ganzheitlich zu beleuchten, vereint der Sammelband Sichtweisen aus den Disziplinen des Völkerrechts, des Zivilrechts, der Ethnologie und der Ökonomie. Den Schwerpunkt bilden hierbei sowohl die Wechselwirkungen der *sui generis* Rechte mit dem Öffentlichen und dem gängigen Immaterialgüterrecht als auch ihre volkswirtschaftlichen Effekte. Darüber hinaus wird der internationale Entstehungsprozess der *sui generis* Rechte in der Weltorganisation für Geistiges Eigentum zusammen mit den Einflüssen eines solchen internationalen Diskurses auf die vor Ort gelebte Kultur beleuchtet.