

Verdichtungen und unscharfe Ränder – Propertisierungstendenzen im nationalen und internationalen Recht des geistigen Eigentums

1. Einleitung

Ausführungen zur Propertisierung machten kaum Sinn, wollte man nicht auf das Recht eingehen, mittels dessen Konstruktion und Institutionalisierung neuer Güter und Handlungsrechte sowie ihre Zuordnung und Verteilung in der Gesellschaft erfolgen. Ein Verzicht auf die Einbeziehung des Rechts wäre hier ebenso unsinnig wie eine Rede über die Freiheit unter Ausklammerung der Philosophie. Freilich vermag der rechtsimmanente Diskurs (dem der Begriff der Propertisierung ohnehin ebenso fremd ist wie der vielleicht noch eher gebräuchliche der Handlungsoptionen) die Frage nach den Ursachen, Triebkräften und Wirkungen von Propertisierungstendenzen sowie nach der konkreten Ausgestaltung und Anerkennung ausschließlicher Handlungsoptionen nicht allein zu beantworten. Denn Rechtsdogmatik und Rechtsprechung sind nicht nur in gesellschaftliche Prozesse eingebunden, sondern sie sind ihrerseits Teil derselben. Rechtliche Entwicklungen erfordern daher eine Betrachtung im Hinblick auf technische, wirtschaftliche und soziologische Wandlungen. Ein solcher Versuch soll – in aller Skizzenhaftigkeit – im Hinblick auf einige Propertisierungstendenzen im Recht des geistigen Eigentums unternommen werden.

Gegenwärtige Tendenzen einer zunehmenden Propertisierung im und durch das Recht sind nicht auf das geistige Eigentum beschränkt. Grund hierfür dürfte zum einen der auf makro- wie mikroökonomischer Ebene gegenwärtig vorherrschende Primat wirtschaftlichen Effizienzdenkens sein, dem neue mathematische Modelle und die digitalisierte Informationsinfrastruktur vielfältige Möglichkeiten der Konstitution neuer Märkte und mithin der erweiterten Handelbarkeit von Gütern eröffnen. Zum anderen wird mit der Versteigerung etwa von UMTS-Lizenzen wie auch der Konstituierung handelbarer Luft-, Wasser- und Schadstoffemissionsrechte eine möglichst nachhaltige Verwaltung knapper Gemeinschaftsgüter angestrebt.

Die nicht erst neuerdings zu beobachtenden Propertisierungstendenzen auf dem Gebiet des geistigen Eigentums lassen sich zwar ebenso aus

dem Gedanken der Organisation der Verwertung öffentlicher Güter erklären, wie aus dem Versuch einer utilitaristischen Nutzenoptimierung.¹ Historisch gesehen wurde der stetige Ausbau exklusiver Nutzungsrechte jedoch vor allem im Urheberrecht über weite Strecken eher mit der schlichten Abwehr wirtschaftlicher Umverteilungen in Folge technologischer Neuerungen und Verwertungsmöglichkeiten begründet. Schallplatte, Radio und Fernsehen sowie die Vervielfältigungstechniken von Bild- und Tonaufzeichnungen einschließlich der Reprographie haben sowohl auf nationaler wie internationaler Ebene jedes Mal zu einem schrittweisen Ausbau der urheberrechtlichen Verwertungsbefugnisse zugunsten des Urhebers bzw. der Produzenten von Werkexemplaren geführt. Das Recht der Einstellung geschützter Werke im Internet sowie der rechtliche Schutz privater technischer Schutzmechanismen und digitaler Rechtemanagementsysteme gegen deren unerlaubte Umgehung² ist dabei nur der vorläufig letzte Schritt.

Es kann an dieser Stelle jedoch weder darum gehen, die Geschichte der rechtlichen Konstituierung des Sacheigentums noch die Entwicklung des geistigen Eigentums insgesamt nachzuzeichnen,³ mögen die sachenrechtlichen Eigentumsrechte im deutschen Zivilrecht aus Gründen des Verkehrsschutzes auch auf einen zahlenmäßig vergleichsweise kleinen *numerus clausus* beschränkt und der Kernbestand der Verwertungsrechte auch im Recht des Geistigen Eigentums durchweg konsolidiert sein.⁴ Ohnehin stellen sich Probleme der Propertisierung seltener im Zentrum, in dem sich Eigentumspositionen längst verfestigt haben, als vielmehr an deren Rändern, an denen sich mitunter recht seltsame Anwachsungen

¹ Zu den unterschiedlichen Schutzgründen des geistigen Eigentums, insbesondere des Urheberrechts vgl. im deutschsprachigen Schrifttum etwa nur C. P. Rigmonti, Geistiges Eigentum als Begriff und Theorie des Urheberrechts, Baden-Baden 2001; P. Oberndörfer, Die philosophische Grundlage des Urheberrechts, Baden-Baden 2005.

² Vgl. zur rechtlichen Sanktionierung von Privaten eingesetzter technischer Handlungsbeschränkungen insbesondere P. Wand, Technische Schutzmaßnahmen und Urheberrecht, München 2001; S. Bechtold, Vom Urheber- zum Informationsrecht, München 2002; sowie C. Arlt, Digital Rights Management Systeme, München 2006.

³ Zur Entwicklung des Rechts des geistigen Eigentums in Deutschland s. vor allem die beiden Bände von F.-K. Beier u. a. (Hrsg.), Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht in Deutschland. Festschrift zum 100jährigen Bestehen der Deutschen Vereinigung für Gewerblichen Rechtsschutz und Urheberrecht und ihrer Zeitschrift, Weinheim 1991; sowie E. Wadle, Geistiges Eigentum, Bausteine zur Rechtsgeschichte, Bd. 1, München 1996 und Bd. 2, 2003.

bilden. Einige solcher Anwachsungen seien nachfolgend für das nationale deutsche Zivilrecht beleuchtet (Kapitel 2), ehe in einem etwas kürzeren dritten Kapitel Aspekte der internationalen Normsetzung im Bereich des geistigen Eigentums angesprochen werden.

2. Staatliche Konstituierung von Eigentum

Auch wenn es durchaus von Interesse wäre, die neuere Entwicklung einer technisch unterfütterten Konstitution von Handlungsrechten durch technische Schutzmechanismen und digitale Rechtemanagementsysteme nachzugehen,⁴ seien hier mit dem Bildnisschutz, dem Schutz der Veranstalter von Sport- und sonstigen Events sowie mit der Sachfotografie drei Beispiele ausgewählt, bei denen sich die Propertisierung vorrangig mit den Mitteln des Rechts vollzieht. Von besonderem Interesse sind die Beispiele deshalb, weil die Entwicklung bei ihnen zum einen noch nicht ganz abgeschlossen ist, und sie zum anderen höchst unterschiedliche Ergebnisse hervorgebracht hat.

Sachfotografie

Bei der Sachfotografie geht es um die Frage, inwieweit der Eigentümer eines körperlichen Gegenstandes Dritten die Fotografie und insbesondere die nachfolgende Vermarktung von Abbildungen des betreffenden Gegenstandes untersagen kann. Parallele datenschutz-⁶ oder persönlichkeitsrechtliche Fragestellungen⁷ seien hier außer Betracht gelassen.

⁴ Vgl. nur A. Ohly, Gibt es einen numerus clausus der Immaterialgüterrechte?, in: A. Ohly u. a., Perspektiven des Geistigen Eigentums und des Wettbewerbsrechts, München 2005, S. 105 ff.

⁵ S. §§ 95a ff. UrhG, sowie dazu die in Fn. 2 genannte Literatur.

⁶ Vgl. S. Ernst, Zur rechtlichen Beurteilung der digitalen Erfassung von Gebäuden in Datenbanken, in: Zeitschrift für das gesamte Recht der Telekommunikation (2000), S. 4 ff.; B. Nedden, Elektronische Häuser- und Gebäudekarte, Datenschutz und Datensicherheit 23 (1999) 9, S. 533 ff.; T. Weichert, Bundesweite Gebäude-Bilddatenbank, Datenschutz und Datensicherheit 23 (1999) 1, S. 42 ff.

⁷ Zu den Umständen, unter denen die Veröffentlichung von Luftbildaufnahmen der Häuser Prominenter nach den deutschen Maßstäben des Persönlichkeitsrechts zulässig ist, vgl. BVerfG, 1 BvR 507/01 und 1 BvR 452/04 v. 2.5.2006; BGH, in: Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht (GRUR) 106 (2004) 5, S. 438 und 442 – Feriendomizil I und II; C. Lehment, Friesenhäuser und Prominentenvillen. Eigentum, Persönlichkeitsrecht und das Fotografieren fremder Häuser, in: R. Jacobs u. a. (Hrsg.), Festschrift für Peter Raue, Köln 2006, S. 515 ff.; Zu einem – ablehnend entschiedenen – Fall aus den USA s. Streisand v. Adelman, et al., Case No. SC077257 (Sup. Ct. Los Angeles Cty); s. dazu <http://www.california-coastline.org/streisand/slapp-ruling.pdf>.

Letztlich geht es darum, wem der Handel mit Abbildungen ausschließlich zugewiesen werden soll, dem Eigentümer der Sache oder demjenigen, der es auf sich nimmt, die Abbildungen der fremden Sache abzubilden. Rein begrifflich gesehen hätte einer Propertisierung auch des Abbildes von Sachen zugunsten des Eigentümers wohl nichts im Wege gestanden, gewährt das Eigentum nach der Legaldefinition in § 903 BGB dem Eigentümer doch die Befugnis, „soweit nicht das Gesetz oder Rechte Dritter entgegenstehen, mit der Sache nach Belieben [zu] verfahren und andere von jeder Einwirkung ausschließen“, wie es in der etwas altertümlichen Diktion des ausgehenden 19. Jahrhunderts umschrieben ist.⁸

Dennoch steht die deutsche Rechtsprechung Propertisierungsbestrebungen in Bezug auf die Sachfotografie bislang zurückhaltend gegenüber. Immerhin hat sich der Bundesgerichtshof (BGH) in bislang nicht weniger als drei Entscheidungen mit dem Problem auseinandersetzen müssen. Konnte die Frage in der ersten Entscheidung noch offen bleiben, da nicht das Original, sondern eine nach dem Original gefertigte Kopie vervielfältigt worden war,⁹ so erhob der BGH in den beiden anderen Entscheidungen die öffentliche Sichtbarkeit der betreffenden Sache zum entscheidenden Kriterium. Danach bleibt dann die Fotografie eines Schlosses von einem nur gegen Entgelt zu betretenden Park aus dem Eigentümer vorbehalten bleibt, die Ablichtung eines Hauses von der Straße aus ist vom Eigentümer hingegen zu dulden und entschädigungsfrei hinzunehmen.¹⁰ Dabei knüpfte das Gericht an die im Urheberrecht verankerte Freiheit des Straßenbildes an, von der Werke erfasst werden, die sich „bleibend“ an öffentlichen Wegen, Straßen oder Plätzen befinden, und übertrug diese Wertung in einem formallogischen Schluss

⁸ Vgl. näher T. Dreier, Sachfotografie, Urheberrecht und Eigentum, in: P. Ganca u. a. (Hrsg.), *Urheberrecht gestern – heute – morgen*. Festschrift für Adolf Dietz zum 65. Geburtstag, München 2001, S. 235 ff.; M. Lamnek; S. Ellenberg, Zur Rechtmäßigkeit der Herstellung und Veröffentlichung von Sachfotografien, *Zeitschrift für Urheber- und Medienrecht (ZUM)* (2004), S. 715-722; A. Beater, Der Schutz von Eigentum und Gewerbebetrieb vor Fotografien, *Juristenzeitung (JZ)* 53 (1998) 22, S. 1101-1109; F. Kübler, Eigentumsschutz gegen Sachabbildung und Bildreproduktion? Bemerkungen zur „Tegel“-Entscheidung des Bundesgerichtshofes, in: W. Grunsky u. a. (Hrsg.), *Festschrift für Fritz Baur*, Tübingen 1981, S. 51 -62.

⁹ Entscheidungen des Bundesgerichtshofs in Zivilsachen (BGHZ) 44, 288, in: GRUR 71 (1966) 9, S. 503 -509- Apfel-Madonna.

¹⁰ BGH, in: GRUR 80 (1975) 9, S. 500-502 – Schloß Tegel zum einen und BGH, in: GRUR 95 (1990) 5, S. 390-392 – Friesenhaus zum anderen (sowie nachfolgend für bewegliche Gegenstände auch LG Hamburg, in: *Archiv für Presserecht* (1994), S. 161 – Abbild eines bundesweit bekannten Segelbootes).

e maiore ad minus auch auf das Eigentum.¹¹ In der Kernfrage hingegen, ob denn das Eigentum an sich die Abbildungsbefugnis umschlieÙe, äußerte sich der BGH in der ersten Entscheidung zwar noch vorsichtig positiv, liege es doch „nahe“, im Fall der gewerblichen Verwertbarkeit der Ansicht das Recht einer solchen Nutzung dem Eigentümer vorzubehalten. In der zweiten Entscheidung hingegen verneinte der BGH die Frage dann explizit, da die Abbildung keinerlei Auswirkung auf die Nutzung der Sache habe und mithin „weder die rechtliche noch die tatsächliche Herrschaftsmacht des Eigentümers“ berühre.

Verwiesen wird der Eigentümer vielmehr ausdrücklich auf das aus dem Eigentum fließende Hausrecht bzw. auf die physische Sachherrschaft, welche ihm „die Möglichkeit verleihe, andere vom Zugang zu der Sache bzw. vom Anblick auf die Sache ... auszuschließen und ihnen damit auch die Nachbildungsmöglichkeit abzuschneiden oder doch weitgehend zu erschweren“. Damit aber besteht letztlich nur ein ausschließliches Zugangs-, nicht hingegen ein ausschließliches Abbildungsrecht. Denn die Verletzung des Hausrechts wirkt nach wohl zutreffender Ansicht nicht in der unter Verletzung des Hausrechts erlangten Fotografie fort, ist diese erst einmal außerhalb des räumlichen Herrschaftsbereichs des Hausrechts verbracht.

Bildnisschutz

Dieses Ergebnis mag angesichts der generellen gegenwärtigen – vielleicht ja auch mehr „gefühlten“ denn tatsächlich konstatierten – Propertisierungstendenz durchaus überraschen. Zwar schränkt es die Reichweite des rechtlichen Schutzes nach wie vor nur im öffentlichen Bereich ein, dies jedoch auf einer rechtlichen Grundlage, die nicht im Eigentum an der fotografierten Sache selbst beruht. Genau dieser Rechtszustand jedoch war bereits einhundert Jahre zuvor hinsichtlich des Schutzes des persönlichen Bildnisses als äußerst unbefriedigend empfunden worden. Denn als im Jahre 1898 zwei Fotografen in das Sterbezimmer Bismarcks eingedrungen waren, um ohne Zustimmung der Angehörigen ein Abbild des kurz zuvor Verblichenen anzufertigen, kam angesichts des damali-

¹¹ Der Schuss besteht darin, dass dann, wenn schon das speziellere Urheberrecht der Freiheit der Abbildung des Straßenbildes weichen muss, dies erst recht für den Eingriff in das allgemeinere Eigentum zu gelten habe. Zur urheberrechtlichen Regelung vgl. BGH, in: GRUR 104 (2002) 7, S. 605-607 – Verhüllter Reichstag (nicht „bleibend“, wenn ein Werk nach dem Abbau zwar zerstört, es sich nach der Intention des Künstlers jedoch von vorne herein nur für begrenzte Zeit im öffentlichen Raum befindet); Zu den Grenzen des öffentlichen Raumes vgl. BGH, in: GRUR 105 (2003) 12, S. 1035-1037 – Hundertwasserhaus.

gen Fehlens sowohl eines allgemeinen Persönlichkeitsrechts- wie auch eines besonderen Bildnisschutzes nur eine Verurteilung der Fotografen aufgrund Hausfriedensbruchs in Betracht.¹² Abgeholfen wurde dieser rechtlichen Schutzlücke dann 1907 durch die Schaffung eines gesetzlichen Bildnisschutzes, der noch heute die rechtliche Grundlage für sämtliche Rechtsfragen der Bildnisverwertung bildet.¹³ Allerdings handelte es sich dabei zunächst nur um ein reines Abwehrrecht.¹⁴ Erst unter der Geltung des Grundgesetzes und der in dessen Art. 1 und 2 verbrieften Menschenwürde und Handlungsfreiheit erweiterte die Rechtsprechung dieses zunächst rein auf die Persönlichkeit ausgerichtete Abwehrrecht – mit expliziter Billigung übrigens des Bundesverfassungsgerichts¹⁵ – in mehreren Schritten zunächst um den Bestandteil eines „vermögenswerten Ausschließlichkeitsrechts“, gewährte dem Verletzten bei kommerziellem Wert des Abbildes Schadensersatz gewährt¹⁶ und erklärte das Recht in der bislang jüngsten Entscheidung insoweit zuletzt auch für vererblich.¹⁷

Ganze einhundert Jahre hat diese Entwicklung gedauert, mit der die Rechtsprechung letztlich nur den gesellschaftlichen Wandel nachvollzogen hat, der von der seinerzeitigen Ansicht, schon die Ehre verbiete es, dass ein Bürger sein Abbild gegen Geld verwerte, hin zu einer Gesellschaft, in der Sportler und Medienstars den größten Teil ihres Gesamteinkommens aus der kommerziellen Verwertung von Konterfei und Namen erzielen. Gleichwohl zögert der BGH noch immer, nun auch den letzten Schritt zu einem vollständigen Property right zu gehen und diesen kommerziellen Teil des Persönlichkeitsrecht unter Lebenden für übertragbar zu erklären und auch die Einräumung von Nutzungsrechten zuzulassen.¹⁸ In der juristischen Literatur ist noch kurz vor den letzten Urteilen des BGH zu dieser Frage ein erbitterter Streit darüber entbrannt, ob das Recht hier die längst eingespielten wirtschaftlichen Ge-

¹² RGZ 45, 170.- Zum Vorfall insgesamt s. H.-M. Koetzle, Photo Icons. Die Geschichte hinter den Bildern, Bd.1, Köln 2002, S. 108 ff.; Demgegenüber war ein Namensschutz bereits ab 1900 in § 12 BGB verankert.

¹³ §§ 22 ff. des Kunsturhebergesetzes (KUG).

¹⁴ § 22 Satz 1 und 3 KUG lauten: „Bildnisse dürfen nur mit Einwilligung des Abgebildeten verbreitet oder öffentlich zur Schau gestellt werden. Nach dem Tode des Abgebildeten bedarf es bis zum Ablauf von 10 Jahren der Einwilligung der Angehörigen des Abgebildeten.“

¹⁵ BVerfG, 34, 269, in: GRUR 79 (1974) 1, S. 44-50 – Soraya.

¹⁶ Seit BGHZ 20, 345, 350 f. = GRUR (1956), S. 427, – Paul Dahlke.

¹⁷ BGH, in: GRUR 105 (2000) 8, S. 709-715 – Marlene Dietrich; vgl. auch BGH, in: GRUR 105 (2000) 8, S. 715-720 – Der Blaue Engel.

¹⁸ Die Abhandlungen zum Bildnisschutz sind zahlreich; vgl. instruktiv und umfassend Entwicklung und gegenwärtigen Stand der Rechtsprechung aufarbeitend F.

pflogenheiten anzuerkennen oder aber ob es die überkommenen Rechtsgrundsätze gegen eine andersartige Rechtswirklichkeit durchzusetzen habe.¹⁹ Da wohl keine der beiden Auffassungen den Nachweis für die zwingende Natur ihrer jeweils eigenen Prämisse zu erbringen vermag, bedarf es einer dezisionistischen Wertsetzung *a priori*, die als solche entweder normativ (aus der Freiheit der Selbstbestimmung der Person als Schutzintention des Persönlichkeitschutzes) oder aber rechtspolitisch und damit letztlich außerrechtlich (etwa mit dem Ziel der Anerkennung und Förderung der wirtschaftlichen Persönlichkeitsvermarktung unter Einschluss der Förderung der Werbewirtschaft) erfolgen kann. Ersterer Weg steht den Gerichten im Rahmen der Auslegung des geltenden Rechts offen und ihn ist der BGH in den Begründungen seiner Fortentwicklung des Bildnisschutzes auch gegangen. Um letzteren Weg zu beschreiten, bedarf es nach der rechtsstaatlichen Gewaltenteilung hingegen des gesetzgeberischen Tätigwerdens.

Schutz von Veranstaltern

Noch anders – nämlich weit uneinheitlicher – stellt sich demgegenüber der rechtliche Schutz von Veranstaltern dar. Hier geht es darum, inwieweit der kaufmännisch-organisatorische Investitionsaufwand desjenigen einen eigenumsähnlichen Schutz verdient, der ein Event organisiert. Das ist unter anderem für die rechtliche Fundierung der wirtschaftlich äußerst bedeutsamen exklusiven Vergabe von Übertragungsrechten von Bedeutung.

Hier gewährt zum einen § 81 UrhG demjenigen Unternehmer ein echtes Ausschließlichkeitsrecht, der die Darbietung eines ausübenden Künstlers veranstaltet. Vorbehalten sind ihm danach die Aufnahme der Darbietung sowie deren Vervielfältigung und öffentliche Wiedergabe (in Bezug auf letztere jedenfalls soweit auch dem ausübenden Künstler selbst ein eigenes Ausschließlichkeitsrecht und nicht lediglich ein Vergütungsanspruch zusteht). Ausübender Künstler ist nach historischem Verständnis

Lichtenstein, Der Idealwert und der Geldwert des zivilrechtlichen Persönlichkeitsrechts vor und nach dem Tode, Baden-Baden 2005; A. Büchler, Die Kommerzialisierung von Persönlichkeitsgütern. Zur Dialektik von Ich und Mein, Archiv für die civilistische Praxis 206 (2006) 2-3, S. 300-351; Eher medienrechtlich hingegen U. F. Schneider, Der Januskopf der Prominenz, Wiesbaden 2004, S. 333 ff.

¹⁹ Vgl. dazu H.-P. Götting, Persönlichkeitsrechte als Vermögensrechte, Tübingen 1995, S. 12 f. (pro rechtlicher Anerkennung wirtschaftlicher Realitäten) und die Rezension zu Götting von H. Schack, in: Archiv für die civilistische Praxis 195 (1995) 6, S. 594-600 (pro Bekämpfung der Propertisierung).

jedoch nur, wer ein urheberrechtlich geschütztes Werk oder eine Ausdrucksform der Volkskunst aufführt, singt, spielt oder auf eine andere Weise darbietet oder an einer solchen Darbietung künstlerisch mitwirkt (§ 73 UrhG), nicht hingegen etwa Fußballspieler und sonstige Sportler.

Damit können sich die Veranstalter von Sportveranstaltungen nicht auf § 81 UrhG berufen. Verdienen die Veranstalter von sportlichen Großereignissen aber nicht gleichermaßen einen rechtlichen Ausschließlichkeitsschutz? Vereinzelt haben Untergerichte insoweit in der Tat einen Ausschließlichkeitsschutz zu konstruieren versucht und dabei mangels anderweitiger Rechtsnorm auf das im juristischen Schrifttum höchst umstrittene – weil alleinfalls subsidiäre – Recht am eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb zurückgegriffen.²⁰ Derartige Entscheidungen sind allerdings in der Minderheit geblieben, und es würden die Gerichte damit wohl auch allzu sehr in die Regelungszuständigkeit der Legislative eingreifen. So wird auch hier wiederum nach wie vor zumeist mit dem Hausrecht argumentiert.²¹ In der Tat vermag sich die gesamte exklusive Rechtevergabe von den Olympischen Spielen über die Fußballweltmeisterschaft bis hin zur Fußballbundesliga in ihrem Kern auf wenig mehr als auf das Hausrecht und allenfalls das Recht gegen den unlauteren Wettbewerb zu stützen. Als solches ist es dann auch denselben – in der Praxis der Fernsehrechte allerdings weitgehend bedeutungslosen – Bedenken ausgesetzt wie bereits das Hausrecht zur Verteidigung des Rechts am eigenen Bild.

Die Schnittstelle zur verfassungsrechtlich verbrieften Freiheit der Berichterstattung, die einer totalen Monopolisierung immerhin gewisse Grenzen setzt, obwohl sie ihrerseits wiederum der Schranke der Gesetze unterliegt,²² kam an dieser Stelle nur kurz erwähnt werden. Gleiches gilt für eine kartellrechtliche Missbrauchskontrolle marktbeherrschender

²⁰ BGH, GRUR (1971), S. 46. Bubi Scholz; OLG München, Neue Juristische Wochenschrift – Rechtsprechungsreport [NJW-RR] 1997, S. 1405; vgl. aus neuerer Zeit jedoch BGH, NJW (1990), S. 2815. – Das Recht am eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb ist ein absolutes Recht zum Schutz der Gesamtheit der gewerblichen Tätigkeit gegenüber Eingriffen, die nicht schon konkret das Eigentum des Betriebsinhabers verletzen. – Im Gegensatz etwa zum französischen Recht (s. Art. 1382 Code civil) sieht das deutsche Recht Abwehr- und Schadensersatzansprüche nur gegen Verletzungen der im Gesetz genannten Rechtsgüter – darunter u. a. das Eigentum – vor, nicht hingegen, wenn dem Geschädigten etwa aus der Verletzung des Eigentums eines anderen ein bloßer Vermögensschaden entsteht.

²¹ BGH, NJW (2006), S. 377.

²² Art. 5 I und II GG. – Vgl. § 5 I Rundfunkstaatsvertrag (Recht auf unentgeltliche Kurzberichterstattung) und dazu BVerfGE 97, 228.

Stellungen²³ und die politisch erzwungene europarechtliche Ermächtigung nationaler Gesetzgeber, für Großveranstaltungen von erheblichem nationalem gesellschaftlichem Interesse eine Ausnahme von der Exklusivität zumindest der verschlüsselten Fernschendung zu machen.²⁴ Im Ernstfall vermag die Politik dann eben doch, wenn auch nur punktuelle, Breschen in wuchernde rechtlich fundierte oder lediglich faktische begründete Ausschließlichkeitsstellungen zu schlagen.

Wettbewerbsrechtliche Unterlassungsansprüche?

Ohne den einzelnen Marktteilnehmern eine Ausschließlichkeitsposition einzuräumen, untersagt das Wettbewerbsrecht ganz allgemein einem jeden Marktteilnehmer die Nachahmung der Waren oder Dienstleistungen eines Mitbewerbers, wenn damit eine Täuschung der Abnehmer über die betriebliche Herkunft verbunden ist, oder die Wertschätzung der nachgeahmten Ware oder Dienstleistung unangemessen ausnutzt oder beeinträchtigt wird, oder die für die Nachahmung erforderlichen Kenntnisse oder Unterlagen unredlich erlangt worden sind.²⁵ Der knappe Abriss des Schutzes von Veranstaltern zeigt nun, dass sich die im UrhG geregelten verwandten Schutzrechte²⁶ historisch aus dem Wettbewerbsrecht – das auf die Lauterkeit des Wettbewerbs abzielende Gebote enthält, deren Durchsetzung jedoch in die Hände der Teilnehmer am Wettbewerb (Mitbewerber, Verbände, aber auch Verbraucher) gelegt ist – zur förmlichen Ausschließlichkeit verdichtet haben. Verdichtet deshalb, weil ja schon die wettbewerbsrechtliche Untersagungsmöglichkeit, die an sich noch keine positive ausschließliche rechtliche Nutzungsbefugnis

²³ Vgl. etwa zur kartellrechtswidrigen zentralen Vermarktung der Fernsehübertragungsrechte an Europapokalheimspielen durch den DFB BGH, NJW (1998), S. 756, sowie zur kartellrechtlichen Zulässigkeit der Zulassung von Journalisten zur Hörfunkberichterstattung in Fußballstadien nur gegen Entgelt BGH, NJW (2006), S. 377.

²⁴ Art. 3a der Richtlinie 89/552/EWG zur Koordinierung bestimmter Rechts- und Verwaltungsvorschriften der Mitgliedstaaten über die Ausübung der Fernsehtätigkeit in der Fassung der Richtlinie 97/36/EG vom 19.06.1997, von der der bundesdeutsche Gesetzgeber in § 5a II Rundfunkstaatsvertrag für Olympische Spiele sowie für bestimmte Fußballspiele Gebrauch gemacht hat.

²⁵ § 4 Nr. 9 UWG. – Bei den vor der UWG-Reform von 2004 unter den Bezeichnungen sklavische Nachahmung und die unmittelbare Übernahme fremder Leistungen von der Rechtsprechung herausgearbeiteten Fallgruppen ging es darum, daß ein Konkurrent sich am Markt nicht dadurch einen unlauteren Vorteil gegenüber seinem Mitbewerber zu verschaffen, daß er unter Einsparung von Forschungs- und Entwicklungs- sowie von Markteinführungskosten, das Ergebnis fremder Entwicklung und Markteinführung einfach übernimmt.

²⁶ §§ 70 ff. UrhG.

gewährt, zumindest faktisch jedoch als solche genutzt werden kann. Denn wer jedermann eine bestimmte Handlung zu untersagen berechtigt ist, der vermag einem einzelnen Dritten zwar keine ausschließliche Nutzungsposition vermitteln, wie es für das Eigentum kennzeichnend wäre; immerhin jedoch steht es ihm frei, einem Dritten gegenüber auf die Ausübung seines Unterlassungsanspruchs zu verzichten (sog. *pactum de non petendo*).

Damit verlagert sich die Grenzlinie der Propertisierung automatisch ein weiteres Stück nach außen, nämlich dorthin, wo Handlungen Dritter auch in wettbewerbsrechtlicher Hinsicht zulässig zu sein beginnen. Auch diese Grenzlinie bereitet der Rechtsprechung mitunter Mühe. Denn bei der soeben genannten Herkunftstäuschung lässt die Rechtsprechung angesichts der Vermarktung im Wege der Lizenzierung auch den beim Verbraucher entstehenden Eindruck ausreichen, die betreffende Ware des Dritten sei vom ursprünglichen Hersteller lizenziert. Da nun aber ein solcher Eindruck überhaupt erst entstehen kann, wenn die Lizenzierung rechtlich möglich ist, die Lizenzierung zugleich aber erst dann rechtlich möglich ist, wenn die Nichtlizenzierung zumindest wettbewerbsrechtlich unzulässig ist, läuft die Grenzziehung auf eine *petitio principii* hinaus, die sich allein aus dem Recht als solchem nicht mehr begründen lässt. Es bedarf also für die Frage der Reichweite der Propertisierung einmal mehr der Wertungen auf einer Metaebene. Diese lassen sich nach juristischem Selbstverständnis wiederum entweder normativ anhand der Schutzintention der bestehenden rechtlichen Institutionen – vorliegend also des Eigentums – oder aber rechtspolitisch im Wege der legislatorischen Ausrichtung an außerrechtlichen Wertungen gewinnen.

Zur Bedeutung des Zeitgeistes

Eine verbindende Linie oder Grundüberzeugung, von der aus die betreffenden Ergebnisse in den genannten Beispielfällen gewonnen würden, ist gegenwärtig ebenso wenig erkennbar wie eine verbindende Strategie der richterlichen oder auch gesetzgeberischen Rechtsfortbildung.²⁷ Das

²⁷ Eine solche Strategie, die Propertisierungstendenzen vorbeugen würde, könnte etwa darin bestehen, anders als bisher das aktive Tun des Umgangs mit einer Sache gegenüber dem bloß passiven Haben einer Sache zu bevorzugen. Ansätze hierzu bieten etwa das klassische Kartellrecht sowie urheberrechtliche Schrankenbestimmungen, aber auch neuere vertragsrechtliche Strukturierungen des „Sharing“, wie sie unter den Stichworten Open Source, Open Access und Creative Commons in Teilbereichen der Werkschöpfung verfolgt werden. Vgl. statt vieler nur den Überblick bei T. Dreier, Creative Commons. Science Commons –

hängt schon damit zusammen, dass sich die Fälle in unterschiedlichen Rechtsgebieten abspielen (Persönlichkeitsschutz, verwandte Schutzrechte, Wettbewerbsrecht, Eigentum einschließlich dem daraus abgeleiteten Hausrecht), die nicht allein aus unterschiedlichen Traditionen erwachsen sind, sondern die alle auch unterschiedlichen Schutzintentionen folgen.

Das führt dann zu der interessanten Frage, der systematisch nachzugehen sich lohute, wann und unter welchen Voraussetzungen die Rechtsprechung in solchen Fällen dem außerrechtlichen Zeitgeist nachgibt und wann und unter welchen Voraussetzungen sie das nicht tut. Im Rahmen der ihr obliegenden interpretatorischen Rechtsanwendung hat die Rechtsprechung ja grundsätzlich die Möglichkeit, die bestehenden, zunächst nur abstrakt auf eine unbestimmte Zahl von künftigen Fällen hin formulierten Normen behutsam²⁸ an die aktuellen Erwartungen der Rechtsunterworfenen sowie an gewandelte Umstände, an den „Zeitgeist“ also, anzupassen, oder aber einen früheren „Zeitgeist“ unter Berufung auf den Wortlaut der Normen gegen neuere Anforderungen und Erwartungen zu verteidigen. Der soeben in seinen Grundzügen umschriebene Bildnisschutz ist hier nur ein besonders anschauliches Beispiel. Eine weitere Untersuchung wert wären auf formaler Ebene die Begründungsmuster, mit denen insbesondere der BGH unter Berufung auf das in eigenen früheren Entscheidungen Erreichte im Laufe der Zeit im Ergebnis letztlich doch aus mehreren, an sich nur kleinen Schritten der Veränderung einen größeren Bogen des Wandels zu spannen vermag.

3. Internationale Governance

Verdichtungen und unscharfe Ränder von Propertisierungen im Bereich des geistigen Eigentums lassen sich neben der nationalen auch auf der internationalen Ebene betrachten. Dabei sei an dieser Stelle weniger die Entwicklung des materiellen Schutzniveaus in den Blick genommen, sondern vielmehr die Rolle der Gesetzgeber und internationalen Akteure. Auch dies kann hier wiederum nur exemplarisch erfolgen, und zwar zum einen hinsichtlich der internationalen Konventionen auf dem Gebiet des geistigen Eigentums und zum anderen hinsichtlich der Einbeziehung neuer, kollektiver Schutzgegenstände in das internationale Schutzsystem.

Ein Paradigmenwechsel im Urheberrecht?, in: A. Ohly u. a. (Hrsg.), Perspektiven des Geistigen Eigentums und Wettbewerbsrechts, München 2005, S. 283 ff.

²⁸ Dass die Anpassung durch die Judikative nur „behutsam“ erfolgen kann, ergibt sich aus ihrer Bindung „an Gesetz und Recht“ (Art. 20 III GG).

Konventionsschutz und Akteure

Der Beginn der Schaffung internationaler Konventionen zum Schutz des geistigen Eigentums²⁹ scheint in der Tat von einer optimistischen internationalistischen Auffassung getragen worden zu sein. Nach dem Grundsatz der Inländerbehandlung wurden ausländischen Staatsbürgern grundsätzlich dieselben Rechte wie den eigenen Staatsangehörigen gewährt, sofern nur der betreffende Heimatstaat des Ausländers ebenfalls Konventionsmitglied ist. Lediglich um sicherzustellen, dass der Inlandschutz für Ausländer nicht hinter dem international anerkannten Schutzniveau zurückbleibt, sind ausländischen Staatsangehörigen bestimmte Mindestrechte zu gewähren. Auf diese Weise wirkte das internationale Schutzsystem in Staaten, die sich hinsichtlich des Schutzniveaus zunächst zögerlicher zeigten, über die relative Diskriminierung von Inländern mittelbar auf eine Erhöhung und Anpassung des nationalen Schutzniveaus an den internationalen Standard hin.

Doch ist dies nicht der einzige Grund für die inhärente Tendenz des Systems der Rechte des geistigen Eigentums zur unaufhaltsamen Ausweitung geschützter Objekte und ausschließlicher Rechtsbefugnisse. Die nachfolgenden internationalen Revisionskonferenzen haben die Konventionen insbesondere auf dem Gebiet des Urheberrechts fortwährend der technischen Entwicklung angepasst. Neue Gegenstände (Schallplatte, Radio, Fernsehen) und neue Arten der Verwertung (Sendung, Zugänglichmachung im Internet) wurden in den ausschließlichen Schutz aufgenommen, bis hin zur Erfassung auch des digitalen Bereichs. Nun lässt sich sicherlich darüber streiten, ob diese Ausweitung real oder nur „gefühlte“ ist. Zwar liegt – um nur ein Beispiel zu nennen – in der von den Rechteinhabern geforderten Beseitigung der Privatkopie im digitalen Bereich als einer bisherigen Ausnahme einerseits eine neuerliche Propertisierung. Andererseits argumentieren Rechteinhaber, dass angesichts der durch die Digitalisierung und Vernetzung erhöhten Zugriffsmöglichkeiten erst die Abschaffung der Privatkopie im digitalen Bereich das ursprüngliche Gleichgewicht von Ausschließlichkeitsschutz und zustimmungsfreiem Zugriff wiederherstelle. Dagegen ist den Rechteinhabern mit der Zuerkennung eines rechtlichen Schutzes gegen die unautorisierte Umgehung technischer Schutzmechanismen definitiv eine neue, rechtlich abgesicherte technische Kontrollmöglichkeit eingeräumt worden. Das gilt umso mehr, als einige Staaten dem rechtlichen Umgehungsschutz in Ausfüllung der internationalen Vorgaben Vorrang sogar

²⁹ Pariser Verbandsübereinkunft zum Schutz des gewerblichen Eigentums (1883) und Berner Übereinkunft zum Schutz von Werken der Literatur und Kunst (1886).

vor bestimmten Schrankenbestimmungen gewähren und damit die Entscheidung über die Einschränkung bisheriger Zugangsfreiheiten im öffentlichen Interesse in Privathände legen.³⁰

Insgesamt gesehen vollzog sich die Entwicklung lange Zeit jedoch unter recht behutsamer Überführung des in der Mehrheit der Konventionsmitglieder auf nationaler Ebene bereits erreichten Schutzstandards auf die Ebene internationaler Verpflichtungen. Letztere waren überdies nur durch einen schwachen Durchsetzungsmechanismus gesichert, der in der Praxis überdies ungenutzt blieb. Erst die WIPO-Verträge, mit denen 1996 urheberrechtliche Schutzstandards im Bereich der Digitalisierung festgeschrieben wurden,³¹ gingen dann den nationalen Gesetzen voran, vertauschten mithin den historischen „bottom-up“ mit einem „top-down“-Ansatz. Soweit dabei die national erreichten Schutzstandards unter Berücksichtigung widerstreitender proprietärer und nicht-proprietärer Zugangs- und Nutzungsinteressen zustandegekommen sind, ist dann auch auf internationaler Ebene eine gewisse Gewähr dafür gegeben, dass widerstreitende Interessen auch auf internationaler Ebene angemessen berücksichtigt werden. Umgekehrt verwundert es nicht, dass mit dem Hervortreten eines akzentuierten Nord-Süd-Gefälles ein internationaler Kompromiss hinsichtlich einer Fortschreibung der internationalen Konventionen auf dem Gebiet des geistigen Eigentums nicht länger erreichbar war.

Ein Wandel im Denken hat sich dann jedoch mit Schaffung der Welthandelsorganisation (WTO) und der damit einhergehenden Harmonisierung auch des Schutzstandards geistiger Eigentumsrechte durch das sog. TRIPS-Abkommen³² vollzogen. Auf Initiative vor allem der interessierten Industriekreise der USA, Europas und Japans haben die übrigen Staaten auf zunächst starken bilateralen Druck seitens der USA im Gegenzug zum Versprechen der Beseitigung von Handelshemmnissen

³⁰ Art. 11 WIPO Copyright Treaty (WCT) und 18 WIPO Performances and Phonograms Treaty (WPPT). – Die europäische Regelung findet sich in Art. 6 Abs. 4 der EU-Richtlinie 2001/29/EG zur Harmonisierung bestimmter Aspekte des Urheberrechts und der verwandten Schutzrechte in der Informationsgesellschaft, die der USA in Sec. 103 des Digital Millennium Copyright Act (DMCA), der die neuen Sec. 1201 ff. des Copyright Act geschaffen hat. – S. dazu auch die Literaturhinweise in Fn. 2.

³¹ WIPO WCT und WIPO WPPT. – Ein gleichfalls vorgesehener internationaler Vertrag zum Schutz von Datenbanken hingegen scheiterte sowohl an der Zurückhaltung der Entwicklungsländer als auch daran, dass sich die USA auf nationaler Ebene hinsichtlich eines solchen Schutzes nicht einig war.

³² Agreement on Trade-Related Aspects of Intellectual Property Rights. – Zur umfangreichen Literatur vgl. jüngst vor allem K. E. Maskus/J. H. Reichman, (Hrsg.), *International Public Goods and Transfer of Technology*, Cambridge 2005.

insbesondere im Agrarbereich zugestimmt, dass der Schutzstandard des geistigen Eigentums weltweit auf das Niveau der am weitesten industrialisierten Staaten angehoben wird. Getragen war diese mit Vehemenz durchgesetzte weltweite Anhebung der Schutzrechtsstandards im Wesentlichen von ökonomischen Effizienzerwägungen im Interesse der eigenen, nationalen Industrien der Industriestaaten, für die im Zeitalter der Informations- und Wissensgesellschaft der Export geistiger Güter immer größere Bedeutung erlangt. Die ideologische Rechtfertigung dieser Entwicklung erfolgt über die Theorie des freien Welthandels und das ökonomische Credo, dass ein freier Welthandel letztlich zu einer Steigerung der weltweiten Wohlfahrtsgewinne führt. Der Widerspruch, dass ein freier Welthandel auf den Abbau von Handelshemmnissen abzielt, wohingegen eine Anhebung des Schutzstandards im Bereich des geistigen Eigentums territoriale Marktzutrittsschranken errichtet, wird dabei – ebenso wie schon derjenige der Gewährung von Wettbewerbsbeschränkungen zum Zwecke der Förderung des Wettbewerbs auf nationaler Ebene – in Kauf genommen. Zugleich wird der Schwerpunkt auf die Allokation der Schutzrechte wie auch der aus deren Ausübung erzielten finanziellen und Nutzungsgewinne gelegt, deren Distribution hingegen weitgehend dem Markt überlassen. Darüber hinaus liegt dem internationalen Schutzstandard kein die Interessen aller Beteiligten berücksichtigender Interessenkompromiss auf dem Gebiet des geistigen Eigentums mehr zu Grunde. In der Folge wird vielen Staaten unter TRIPS damit auch die Möglichkeit eines zeitlich begrenzten *free riding* genommen ebenso wie die Möglichkeit, den für ihre eigene nationale Wirtschaft besten Zuschnitt von Schutzrechten zu ermitteln.

Diese wirtschaftliche Ausrichtung am Interesse vor allem der exportorientierten Industriestaaten hat dann ebenfalls Auswirkungen auf den Technologietransfer in gegenwärtige Entwicklungsländer. Zwar äußern sich selbst generell eher globalisierungskritische Organisationen vorsichtig positiv hinsichtlich der Auswirkungen, die der durch TRIPS weltweit erhöhte Schutzstandard auf einen solchen Technologietransfer zumal in den wirtschaftlich ohnehin bereits stärkeren Entwicklungsländern hat.³³ Insbesondere Schwellenländer wie Indien, Brasilien – und demnächst sicherlich auch China – erkennen den Wert eines Schutzes geistigen Eigentums, von dem inzwischen auch die aufstrebenden einheimischen Industrien profitieren, grundsätzlich an. Die Diskussion dreht sich hier vor allem um Einzelfragen der Reichweite der Aus-

³³ K. Watkins; P. Fowler (Hrsg.), *Rigged Rules and Double Standards. Trade, Globalisation, and the Fight Against Poverty*, Oxfam 2002 (http://www.oxfam.org.uk/what_we_do/issues/trade/downloads/trade_report.pdf).

schließlichkeit. Weit weniger Vorteile dürfte das gegenwärtige System des hohen Schutzstandards hingegen den übrigen Entwicklungsländern und den am wenigsten entwickelten Staaten bringen. Für diese scheinen die Markteintrittsschwellen im Gegenteil jetzt sogar noch erheblich höher zu sein als früher. Im internationalen Diskurs lässt sich hier gegenwärtig eine Disparität der Argumentationsebenen beobachten. Auf der einen Seite wird mit Begriffen wie „Fairness“, „Ausgleich“, „Entwicklung“ und „Partizipation“ sozial distributiv, unter dem Gesichtspunkt der Gleichheit auf internationaler Ebene allenfalls normativ argumentiert. Auf der anderen Seite geht es TRIPS und den auf einen hohen Schutzstandard hinwirkenden Industriestaaten und privaten Interessengruppen um eine ökonomisch fundierte Allokation geistiger Güter, mit der sich nationale volkswirtschaftlicher wie geostrategische Prioritäten durchsetzen lassen.

Propertisierung hat auf der Ebene internationaler Governance natürlich auch eine institutionelle Komponente. Von den zahlreichen, damit verbundenen Aspekten seien nur zwei angesprochen, die einer zunehmenden Propertisierung Vorschub leisten. Zum einen lässt sich auf Seiten der Industrieländer in den vergangenen Jahren zunehmend eine Verlagerung der inhaltlichen Ausgestaltung von Entscheidungen wie auch der Verhandlungsführung von staatlichen auf private Akteure beobachten. Zwar sind Verhandlungspartner internationaler Verträge nach wie vor die Staaten als Subjekte des Völkerrechts. Der Inhalt ihrer Vorschläge wird jedoch umso eher von den inländischen privaten betroffenen Kreisen vorformuliert, je homogener die inländische Klientel in sich ist. Hinzu kommen die bereits genannten Spielräume, welche die technische Entwicklung und die neueren gesetzlichen internationalen Rahmenbedingungen den privaten Rechteinhabern eröffnen. Dem entspricht auf Seiten der Entwicklungsländer zum anderen ein Defizit an Partizipationsmöglichkeiten am internationalen Entscheidungsprozess. Ihre strukturelle Unterlegenheit hat vielfältige Gründe, wie etwa der Mangel an finanziellen Ressourcen, die nötig sind, um an sämtlichen Sitzungen teilzunehmen oder die komplexe Materie des geistigen Eigentums – zumal in ihrer ohnehin wenig erforschten Wirkungsweise im internationalen Handelsverkehr – zu durchschauen. Der Mangel an Ressourcen hat wiederum eine gewisse Abhängigkeit von Nichtregierungsorganisationen zur Folge, die zwar stellvertretend für Entwicklungsländer handeln mögen, die dabei jedoch eine abweichende Handlungsagenda verfolgen und deren interne Entscheidungsmechanismen nicht immer transparent und demokratisch kontrolliert sind. Auch der Verhandlungsprozess innerhalb der WTO weist offenbar nach wie vor einen vergleichsweise

hohen Grad an informationeller Entscheidungsfindung auf, durch die viele der vom Verhandlungsergebnis betroffenen Staaten von der konkreten Aushandlung de facto weitgehend ausgeschlossen sind,³⁴ und dies, obwohl das auf diese Weise ausgehandelte aufgrund des verbindlichen WTO-Streitschlichtungsmechanismus nahezu mit der Schärfe gesetzlicher Normen durchgesetzt werden kann.

Insgesamt lässt sich auf internationaler Ebene seit geraumer Zeit auch jenseits traditioneller Lobbyarbeit eine zunehmende Privatisierung der Rechtssetzung beobachten, die im Bereich des geistigen Eigentums vor allem zu einer sich ausweitenden rechtlichen Absicherung proprietärer Interessen führt. Ein Ende dieser Entwicklung ist gegenwärtig noch nicht recht absehbar. Zwar lassen sich Gegenkräfte in Form genereller Globalisierungskritik ebenso ausmachen wie Aktionsbündnisse, die Allgemeininteressen gegenüber den ausschließenden Effekten von Schutzrechten des geistigen Eigentums durchzusetzen suchen (wie etwa im Fall der Lieferung generischer AIDS-Medikamente in Staaten, die diese nicht selbst herstellen). In beiden Fällen jedenfalls relativiert sich der verbindliche verhaltenssteuernde Einfluss von Recht zugunsten der (wieder) erstarkenden politischen Macht zum einen wirtschaftlich mächtiger Privatinteressen und zum anderen medienwirksamer Partikularakteure, die vorgeben, im Allgemeininteresse zu handeln.

Propertisierung kollektiver Güter?

Ein besonderes Problem der Zuordnung bislang allgemein zugänglicher und nutzbarer öffentlicher Güter beschäftigt die internationale Debatte seit geraumer Zeit in Form von Partizipations-, wenn nicht gar Kontrollansprüchen seitens der Entwicklungsländer in Bezug auf das ihren Gebieten entstammenden traditionelle Wissen, die genetischen Ressourcen und kulturellen Äußerungsformen. Neben den zunächst als „Folklore“ bezeichneten Formen von Musik, Tanz, Malerei und Kunsthandwerk indigener Völker und Volksgruppen (*traditional cultural expressions*) zählen dazu das von diesen Gruppen über Generationen tradierte Erfahrungswissen (*traditional knowledge*) sowie – neuerdings umfänglich verwertbar – die dort auffindbaren genetischen Informationen (*genetic resources*).³⁵

³⁴ Vgl. dazu z. B. nur A. Narlikar, *The World Trade Organization. A Very Short Introduction*, Oxford 2005, S. 42 ff.

³⁵ Ein Überblick der gegenwärtig international verhandelten Ansätze findet sich vor allem auf der WIPO-Website unter <http://www.wipo.int/tk/en/>. – Einen guten Überblick geben auch die Beiträge in K.E. Maskus; J.H. Reichman (Hrsg.), *International Public*, S. 391 ff. (wie in Anm. 32)

Hier verlängert sich nun das frühere, eurozentrische kulturelle Überlegenheitsgefühl in den Bereich des Rechts. Denn die genannten Güter sind deshalb eigentumsrechtlich schutzlos, weil das Modell des subjektiven Rechts, wie es den Rechtssystemen der westlichen Industriestaaten als wesentlicher Baustein zugrunde liegt und das tief in der abendländischen Philosophie des Individuums verwurzelt ist, nicht greift. Bei den genannten Gütern gibt es weder ein definierbares Objekt (da es sich um Gruppen von Gütern mit ähnlichen Eigenschaften handelt), noch lässt sich ein Subjekt erkennen (da sich die Genese der Güter nicht auf einen individuellen Schöpfer oder Erfinder zurückführen lässt) und schließlich fehlt es an der für das subjektive Recht charakteristischen Ausschließlichkeit der Nutzungsbefugnis (da die Nutzungsberechtigten Träger der genannten Güter meist Gruppen und nicht einzelne Individuen sind).

In der Praxis führt das Fehlen des Rechtsschutzes dazu, dass insbesondere ausländische und zumeist global agierende Medien- und Pharmakonzernunternehmen sich diese Güter ohne Erlaubnis und ohne Vergütungsverpflichtung aneignen können. Zugleich können sie für die unter Verwendung dieser Güter hergestellten Transformationsprodukte – und im Patentrecht auch der entsprechenden Gewinnungs- und Verarbeitungsverfahren – den Schutz des Urheber- und des Patentrechts in Anspruch nehmen, der sich aufgrund der Schutzstandards der internationalen Abkommen auf dem Gebiet des geistigen Eigentums auch auf die einzelnen Herkunftsländer erstreckt. Im Extremfall kann dann sogar das zunächst freie Wissen im Herkunftsland nicht mehr ohne Erlaubnis des Inhabers der Schutzrechte an den abgeleiteten Produkten benutzt werden. Zugleich leistet diese Ordnung einer nicht nachhaltigen Ausbeutung begrenzter kultureller Ressourcen Vorschub.

Immerhin kennt auch das Recht der Industrieländer mit der so genannten Kollektivmarke³⁶ und den geografischen Herkunftsangaben³⁷ einige wenige Vorbilder einer solchen kollektiven Rechtsträgerschaft. Die Kollektivmarke verweist im Gegensatz zu traditionellen Waren- und Dienstleistungskennzeichen nicht auf die Herkunft aus einem bestimmten individuellen Betrieb, sondern unterscheidet die Waren oder Dienstleistungen einer Gruppe von Anbietern hinsichtlich ihrer betrieblichen

³⁶ § 97 Abs. 1 MarkenG.

³⁷ § 126 Abs. 1 MarkenG; Art. 22 Abs. 1 TRIPS. – S. in Europa die Verordnung 2081/92/EWG zum Schutz von geografischen Angaben und Ursprungsbezeichnungen für Agrarerzeugnisse und Lebensmittel, sowie Verordnung 1107/96/EG zur Eintragung geografischer Angaben und Ursprungsbezeichnungen und dazu nur EuGH, Rs. C-289/96, C-293/96 und C-299/96, Slg. 1999, I-1541 (Feta), sowie Rs. C-108/01, Slg. 2003, I-5121 (Prosciutto di Parma).

oder geographischen Herkunft, ihrer Art, Qualität oder sonstigen Eigenschaften von Waren oder Dienstleistungen anderer Unternehmen. Bei den geographischen Herkunftsangaben handelt es sich um die Namen von Orten, Gegenden, Gebieten oder Ländern sowie sonstige Angaben oder Zeichen, die im geschäftlichen Verkehr zur Kennzeichnung der geographischen Herkunft von Waren oder Dienstleistungen benutzt werden.

Es verwundert nicht, dass Länder, die sich hier für eine Stärkung des Schutzes gegen die ungefragte Ausbeutung stark machen, mit ihren Vorschlägen meist an diese kollektivrechtlichen Vorbilder anzuknüpfen suchen. Im Einzelnen werden dabei unterschiedlichste und häufig auch gegensätzliche Zielrichtungen verfolgt, die rechtspolitisch nicht immer leicht zu durchschauen und zu bewerten sind. Ideelle Erwägungen einer globalen Fairness überlagern sich mit handfesten wirtschaftlichen Interessen insbesondere finanzschwacher Regierungen, die hier die Möglichkeit der Erschließung neuer Einnahmequellen sehen, wenn nicht gar beabsichtigt ist, das eingehende Geld über eine entsprechende personelle Besetzung der empfangenden Organe zum Teil in private Hände umzuleiten. Zugleich ist nicht immer klar, ob es neben dem Anliegen einer finanziellen Partizipation an den Verwertungserlösen nicht auch – oder aus der Sicht insbesondere religiös motivierter Gruppen sogar vorrangig – um Kontrolle und am Ende gar Restitution geht.³⁸ Auch um die Definition der Rechtsträgerschaft wird zum Teil mit innenpolitischen Motivationen gestritten, droht die Zuerkennung von Gruppenrechten in Multi-Ethnien doch nicht selten die Position der Zentralregierungen zu schwächen.

Sollte sich der künftige internationale Schutz für traditionelles Wissen, genetische Ressourcen und kulturelle Äußerungsformen tatsächlich an derartigen kollektiven anschließlichen Zuordnungen wie denen der Kollektivmarke und der geographischen Herkunftsangaben orientieren, so bedeutete dies jedenfalls eine weltweit weitere Ausdehnung des rechtlichen Eigentumsregimes nach westlichem Vorbild. Zugleich bleiben damit die Möglichkeiten eines Modell-Transfers mit umgekehrter geographischer Richtung unausgelotet. Dieser würde umgekehrt die von nicht-proprietären Systemen in Bezug auf die genannten öffentlichen Güter gesammelten Erfahrungen für das System einer proprietären, individuellen Zuordnung geistiger Güter in den Industriestaaten nutzbar machen.

³⁸ Vgl. dazu etwa M. F. Brown, Can Culture be Copyrighted?, *Current Anthropology* 39 (1998) 2, S. 193-222.

4. Ausblick

Abschließend sei noch die Aufmerksamkeit darauf gelenkt, welche starke nicht nur begriffs-, sondern durchaus auch rechtskonstituierende Wirkung den jeweils gewählten Metaphern zukommt, wenn es darum geht, die Propertisierung geistiger Güter im Bedeutungsfeld von wirtschaftlicher Macht, technischen Möglichkeiten und gesellschaftlichen Anforderungen mit dem Mittel des Rechts in Rechtssetzung und Rechtsprechung voranzutreiben oder umgekehrt einzudämmen. Dieser äußere Einfluss mag zwar dem traditionellen „Rechts“bild des Rechtsdogmatikers, dessen Interesse auf die innere Widerspruchsfreiheit des Normsystems abzielt, ebenso widersprechen wie dem Selbstverständnis desjenigen, der auf vornehmlich aus der Gerechtigkeit abgeleitete Begriffe fixiert ist. Angesichts der Sprachqualität von Recht und der Kommunikationsqualität der Rechtsanwendung³⁹ vernag die Bedeutung von Metaphern in und für das Recht letztlich jedoch nicht zu überraschen. Auf geistige Schöpfungen angewandt, stellen dann sowohl die Metapher des „Gutes“ wie auch diejenige des in seinem ursprünglichen Bezug auf körperliche Sachen (§ 90 BGB) beschränkten „Eigentums“ (§ 903 BGB) den Aspekt des „Habens“ unter Ausschluss Dritter in den Vordergrund. Schon damit erscheinen Tendenzen der Propertisierung weitgehend präterminiert und es fällt schwer, in einem derartig metaphorisch aufgeladenen Begriffsfeld Strategien mit umgekehrter Zielrichtung zu formulieren oder gar durchzusetzen. Vielleicht hatte sich die deutsche Dogmatik – in deutlichem Gegensatz zur französischen (*propriété intellectuelle*) und angloamerikanischen (*intellectual property*) – lange Zeit vielleicht ja zu Recht der Anwendung des Eigentumsbegriffs auch auf Handlungsrechte in Bezug auf immaterielle Güter widersetzt.⁴⁰ Begründet wurde dies zwar nicht mit einer – im 19. Jahrhundert wohl auch weniger bestehenden – Gefahr ausufernder Propertisierung, sondern eher mit der Verwischung der noch aus dem römischen Recht übernommenen rechtlichen

³⁹ Zur rechtlich orientierten Kommunikation als Vollzug von Gesellschaft s. vor allem N. Luhmann, *Das Recht der Gesellschaft*, Frankfurt 1993, sowie generell zu den Aspekten von Recht und Sprache etwa R. Posner, *Law and Literature*, Harvard 1988, S. 209 ff.

⁴⁰ Vgl. vor allem J. Kohler, *Autorrecht*, Jena 1880, S. 1 ff., 155 ff. und zusammenfassend B. Dölemeyer/D. Klippel, in: Beier (wie Anm. 3), S. 185 (227 ff.). Dabei ergab sich im deutschsprachigen Raum neben der Abgrenzung der gewerblichen Schutzrechte und des Urheberrechts gegenüber dem Eigentum angesichts der persönlichkeitsrechtlichen Bindung des Urheberrechts und mithin dessen fehlender Verkehrsfähigkeit die weitere Schwierigkeit der Suche nach einem beide Rechtsgebiete überwölbenden Gesamtbegriff; vgl. dazu vor allem A. Troller, *Immaterialgüterrecht*, Bd. I, 3. Aufl., Basel 1983, § 5 I und III sowie § 8 III.

Kategorien im Bestreben um eine Etablierung der Eigenständigkeit des noch jungen Rechtsgebiets. Vermutlich schwang die Erwägung mit, sich in einem weitgehend begriffsscharf argumentierenden zivilrechtlichen Umfeld, in dessen Blickfeld die neuen gewerblichen Schutzrechte und das Urheberrecht ohnehin allenfalls als wenig bedeutsame Randerscheinungen erschienen,⁴¹ nicht ohne Not weiteren Angriffen auszusetzen. Umgekehrt mag es für die gegenwärtige Globalisierung und die damit einhergehende Harmonisierung und Beendigung nationaler Sonderwege bezeichnend erscheinen, dass der Sprachgebrauch auch in Deutschland allmählich auf die internationale Linie einschwenkt. Inzwischen hat selbst das renommierte Münchner Max-Planck-Institut den ursprünglichen Namen „für ausländisches und internationales Patent-, Urheber- und Wettbewerbsrecht“ durch das international weit gebräuchlichere – und ja auch griffigere – Kürzel des „geistigen Eigentums“ ersetzt.

Dennoch vermögen (andere) Metaphern umgekehrt auch neue Freiräume zu eröffnen. Ihre Kraft entfalten Metaphern dadurch, dass sie dasjenige, auf das sie angewandt werden, an Bekanntes rückbinden und an dessen inhaltliche wie emotionale Konnotationen anknüpfen. Die Wahl des „frei“ und des „offen“ in der – bzw. den – Open Source-, Open Access- und Free Software-Bewegung(en) ist das Ergebnis einer bewussten derartigen Strategie. „Frei“ und „offen“ klingt zum einen nicht nur „sexy“, sondern auch demokratisch und jedenfalls politisch korrekt. Vermutlich ist der unter Insidern erbittert geführte Streit, ob denn nun „free“ oder „open“ die korrekte Bezeichnung sei,⁴² Indiz für die alles überragende Bedeutung derart metaphorischer Leitbegriffe. Anknüpfen ließe sich sicherlich auch an die Metapher des Kommunikationsvorgangs. Auch das machte die eigentumsrechtliche Zuordnung allein zu einem der beteiligten Kommunikationspartner zumindest begründungsbedürftig, wenn es nicht ein partizipatorisches Modell der rechtlichen Absicherung von Handlungsoptionen nahe legt.

Weiche Metaphern in Zukunft hinreichende Kraft zu entfalten vermögen, um vor allem auf internationaler Ebene den Primat des Ökono-

⁴¹ Noch heute ist das Rechtsgebiet des geistigen Eigentums in der deutschen Juristenansbildung – anders als vor allem in den USA – kaum mehr als eine nur an manchen Universitäten gepflegte Randerscheinung. Das steht in krassem Gegensatz zur wirtschaftlichen Bedeutung des Rechts des geistigen Eigentums in einer zunehmend auf die Erzeugung und den Export von Informationen und Wissen ausgerichteten Gesellschaft.

⁴² Vgl. dazu etwa R. Stallman; J. Gay (Hrsg.), *Free Software, Free Society. Selected Essays of Richard M. Stallman*, Boston 2002; Vgl. mit intendierter Doppelbedeutung von einerseits „frei“ und andererseits „befreien“ auch L. Lessig, *Free Culture*, New York 2004.

mischen abzulösen oder in dessen Auswirkungen doch immerhin abzumildern, bleibt einstweilen wohl noch unklar. Das auch deshalb, weil die Modelle der Offenheit und des Teilens schon konstruktiv auf dem geistigen Eigentum aufbauen, und weil sie sich, in ihrem Kern eher romantisch einer vorindustriellen Tauschwirtschaft verpflichtet, letztlich nicht auf Bereiche übertragen lassen, in denen der schöpferisch Tätige auf unmittelbare Einkommenserzielung aus seiner schöpferischen Tätigkeit angewiesen ist. Vermutlich befinden wir uns – um gleichfalls metaphorisch das Modell der Kuhn'schen Wissenschaftsrevolutionen⁴³ auf die Konstitution von Recht und Gesellschaft zu übertragen – gerade erst am Beginn einer Periode, in der die Glaubwürdigkeit der Begründung des herrschenden Eigentumsparadigmas immer häufiger erschüttert wird. Die größere intellektuelle Offenheit und die Suche nach Alternativen scheini hierfür ein sicheres Anzeichen zu sein.

⁴³ T. S. Kuhn, *The Structure of Scientific Revolutions*, Chicago 1962.