



Rahmatian, A. (2019) Das konzeptionelle Problem des Rechtsschutzes für traditionelles Wissen und traditionelle Kultur. *Kritische Justiz*, 52(2), pp. 159-175.  
(doi: [10.5771/0023-4834-2019-2](https://doi.org/10.5771/0023-4834-2019-2))

There may be differences between this version and the published version. You are advised to consult the publisher's version if you wish to cite from it.

<http://eprints.gla.ac.uk/181166/>

Deposited on 5 March 2019

Enlighten – Research publications by members of the University of Glasgow  
<http://eprints.gla.ac.uk>

# **Das konzeptionelle Problem des Rechtsschutzes für traditionelles Wissen und traditionelle Kultur**

© 2019, Professor Andreas Rahmatian, University of Glasgow,  
School of Law, Großbritannien \*

## **1. Die Fragestellung: Begründungen für einen Rechtsschutz für indigene kulturelle Traditionen**

Kann oder darf ein weißer Europäer ein Musikinstrument spielen, das in Afrika südlich der Sahara beheimatet ist? Wenn ja, darf er es für eigene selbst komponierte Musik verwenden, oder muss er traditionelle Musik darauf spielen, für die das Instrument ursprünglich entwickelt worden ist? Darf ein Musiker die Kora,<sup>1</sup> eine vor allem im frankophonen Westafrika beheimatete Harfenlaute spielen, auch wenn er selbst aus einer Kultur des südlichen Afrika kommt? Darf ein Afrikaner dies tun, aber ein Amerikaner nicht? Darf eine Inderin oder ein Nigerianer die Berliner Philharmoniker dirigieren, die eine Symphonie von Beethoven aufführen? Darf eine japanische Pianistin Sonaten von Mozart spielen? Darf ein Amerikaner klassische nahöstliche Musik verstehen?<sup>2</sup> Darf ein westafrikanischer zeitgenössischer Maler Elemente seiner traditionellen Kunst verwenden und mit moderner westlicher Kunst kombinieren? Darf ein Engländer, etwa auch ein Schwarzer oder jemand, dessen Eltern aus China stammen, irische oder schottische Dichtung rezitieren? Darf ein internationales Bekleidungsunternehmen seine T-Shirts mit traditionellen Motiven der neuseeländischen Maori dekorieren?

Es gibt eine verständliche Besorgnis bezüglich der möglichen kommerziellen Ausbeutung von vor allem außereuropäischer traditioneller Kunst und Kultur. Besonders die letzte Frage wird regelmäßig ein „Nein!“ als Antwort bewirken, aber das klärt nicht, wo die Grenzen kommerzieller Ausbeutung liegen. Ist Entleihen oder Benützen von anderen Kulturen kulturelle Ausbeutung? Und ist das ebenfalls eine Form kommerzieller Ausbeutung? Ein moderner europäischer Künstler, der

---

\* Dieser Artikel entstand auf der Grundlage eines Vortrages am 10. Dezember 2018, im Kolloquium 2018/19 des Frobenius-Instituts für kulturanthropologische Forschung an der Goethe-Universität Frankfurt am Main. Herrn Professor Dr. Mamadou Diawara, Institut für Ethnologie, Goethe-Universität Frankfurt am Main, sei sehr herzlich für die Einladung gedankt.

<sup>1</sup> Gerhard Kubik, Musikgeschichte in Bildern: Band 1/11: Westafrika, Leipzig 1989, 186-188; François-René Tranchefort, Les instruments de musique dans le monde, Vol. 1, Paris 1980, 171-174.

<sup>2</sup> Über solche Probleme siehe Bruno Nettl, The Study of Ethnomusicology: Twenty-Nine Issues and Concepts, Urbana und Chicago 1983, 259.

polynesische Motive verwendet, will ja auch seine Bilder verkaufen, für sie aber gleichzeitig Urheberrechtsschutz beanspruchen. Solche Probleme könnte man vielleicht auf Ethnologen, Philosophen, Kunsthistoriker und Kunstkritiker beschränken, aber die Situation ändert sich völlig, wenn für traditionelle Kultur ein Rechtsschutz eingefordert wird. Denn ein solcher Rechtsschutz setzt die Existenz von möglichst genau umrissenen Begriffen in Hinblick auf traditionelle Kultur voraus, um wirksam sein zu können, und damit müssen Ausdrücke wie „Tradition“, „traditionelle Kunst“ oder „Träger einer traditionellen Kultur“ definiert werden, damit ein Rechtsbehelf ansetzen kann. Die folgende Diskussion – als Schwerpunkt wurde der afrikanische Kontinent gewählt – wird die gespenstischen Effekte eines solchen, ursprünglich meistens gutgemeinten Rechtsschutzes aufzeigen.

Es gibt eine Bemerkung von Gertrude Stein (1940), die das Paradoxon des Begriffes der „Tradition“ in der Kunst, auch der „nationalen“ oder „indigenen“, in wenigen Worten zusammenfasst:<sup>3</sup>

„So Paris was the place that suited those of us that were to create the twentieth century art and literature, naturally enough. ...  
Naturally it was foreigners who did it there in France because all things being french [sic] it made it be their tradition and it being a tradition it was not the twentieth century.“

Theoretisch wäre damit alles gesagt. Tatsächlich besteht aber in weiten Kreisen das Bestreben, etwas, das als „traditionell“ angesehen wird, rechtlich zu schützen, besonders, wenn es in nicht-westlichen Kulturen auftritt. Eine repräsentative Übersicht über das bestehende Schutzbedürfnis gibt das *Swakopmund Protokoll* der African Regional Intellectual Property Organisation (ARIPO)<sup>4</sup> in seiner Präambel, in der es die „Anerkennung des inneren Wertes des traditionellen Wissens, der traditionellen Kulturen und der Folklore und ihres sozialen, kulturellen, spirituellen, wirtschaftlichen, intellektuellen, wissenschaftlichen, ökologischen, landwirtschaftlichen, medizinischen, technologischen, kommerziellen und erzieherischen Wertes“ betont. Demgemäß sind „traditionelle Wissenssysteme, traditionelle Kulturen und Folklore sowie die Würde, kulturelle Integrität und die intellektuellen und spirituellen Werte traditioneller und lokaler Gemeinschaften zu respektieren“ und gegen Verschwinden, Missbrauch oder unrechtmäßige Aneignung wirksam zu schützen. Dagegen wäre noch nichts einzuwenden. Wenn man aber einen derartigen Schutz in seiner ganzen logischen Konsequenz durchzieht, sieht es allerdings ganz anders aus.

---

<sup>3</sup> Gertrude Stein, Paris France. Personal Recollections, London 2003, 12-13.

<sup>4</sup> Swakopmund Protocol on the Protection of Traditional Knowledge and Expressions of Folklore Within the Framework of the African Regional Intellectual Property Organization (ARIPO), Adopted by the Diplomatic Conference of ARIPO at Swakopmund (Namibia) on August 9, 2010, Website: [https://www.wipo.int/wipolex/en/other\\_treaties/details.jsp?group\\_id=21&treaty\\_id=294](https://www.wipo.int/wipolex/en/other_treaties/details.jsp?group_id=21&treaty_id=294) .

## 2. Aktueller Rechtsschutz für indigene Traditionen

### a) Versuch einer Definition

In den letzten zwanzig Jahren sind einige internationale Regelungen in Kraft getreten, die den Schutz traditioneller Kultur betreffen; daneben gibt es eine steigende Anzahl entsprechender nationaler Bestimmungen. Da hier nur die Strukturen und die damit verbundenen Probleme interessieren, werden bloß typische Regelungen als Beispiele herausgegriffen.

Normalerweise wird zwischen *Traditional Knowledge* (TK) und *Traditional Cultural Expressions* (TCEs) unterschieden, zusammengefasst unter dem Oberbegriff *Indigenous Cultural Heritage* (ICH). Spezialisierte internationale Diskussionsforen befassen sich mit den jeweiligen Teilgebieten des ICH, insbesondere die UNESCO, WTO (World Trade Organisation) und WIPO (World Intellectual Property Organisation), die Convention on Biological Diversity (CBD) und die Food and Agriculture Organisation (FAO). Das Ergebnis dieser Zusammenkünfte sind internationale Vereinbarungen, teilweise mit rechtlich bindender Wirkung, vor allem aber Resolutionen und von den Konferenzen verabschiedete Erklärungen.<sup>5</sup> Das vielleicht wichtigste spezialisierte Forum ist das Intergovernmental Committee on Intellectual Property and Genetic Resources, Traditional Knowledge and Folklore (IGC) der WIPO, das zwischen 2001 und Dezember 2018 achtunddreißig Tagungen abhielt.<sup>6</sup>

Eine international allgemein anerkannte Definition von „Traditional Knowledge“ (TK) gibt es nicht.<sup>7</sup> Die von WIPO verwendeten Arbeitsdefinitionen sind wahrscheinlich am ehesten generell akzeptiert („Traditional knowledge (TK) is knowledge, know-how, skills and practices that are developed, sustained and passed on from generation to generation within a community, often forming part of its cultural or spiritual identity.“).<sup>8</sup> Demnach umfasst TK Werke der Literatur, Kunst und

---

<sup>5</sup> Martin Girsberger und Benny Müller, (2012), International trade in indigenous cultural heritage: an IP practitioners' perspective, in: Graber, Kuprecht und Lai (Hg.), International Trade in Indigenous Cultural Heritage: Legal and Policy Issues, Cheltenham 2012, 175-195, 175.

<sup>6</sup> WIPO Website: [https://www.wipo.int/meetings/en/topic.jsp?group\\_id=110&items=10](https://www.wipo.int/meetings/en/topic.jsp?group_id=110&items=10).

<sup>7</sup> Graham Dutfield, TK unlimited: the emergence but incoherent international law of traditional knowledge protection, Journal of World Intellectual Property 20 (2017) 144-159, 145; Christoph Beat Graber und Martin Girsberger, Traditional Knowledge at the International Level: Current Approaches and Proposals for a Bigger Picture that includes Cultural Diversity, in: Schmid und Seiler (Hg.), Recht des ländlichen Raums, Festgabe für Paul Richli zum 60. Geburtstag, Zürich 2006, 243-282, 245.

<sup>8</sup> Siehe WIPO Website: <https://www.wipo.int/tk/en/tk/>. Siehe auch WIPO Report on Fact-finding Missions on Intellectual Property and Traditional Knowledge (1998-1999): Intellectual Property Needs and Expectations of Traditional Knowledge, S. 25, [https://www.wipo.int/edocs/pubdocs/en/tk/768/wipo\\_pub\\_768.pdf](https://www.wipo.int/edocs/pubdocs/en/tk/768/wipo_pub_768.pdf): „WIPO currently uses the term 'traditional knowledge' to refer to tradition-based literary, artistic or scientific works; performances;

Wissenschaft (in einem weiten Sinn), die aus geistiger Aktivität hervorgegangen sind und von Generation zu Generation weitergegeben wurden.<sup>9</sup> Charakteristikum für TK ist, dass auf Tradition basierende Innovationen, Schöpfungen und Praktiken von indigenen Gemeinschaften entwickelt und überliefert werden.<sup>10</sup>

Die Untergruppe der Traditional Cultural Expressions (TCEs) ist für die weitere Diskussion am bedeutendsten. Das Synonym war „Folklore“, aber dieser Begriff wurde wegen seiner negativen Konnotationen auf internationaler Ebene meistens aufgegeben;<sup>11</sup> in nationalen Regelungen wird er aber nach wie vor weiter verwendet.<sup>12</sup> TCEs umfassen Musik, Tanz, bildende Kunst, Malerei, Design, Kunsthandwerk, Zeichen und Symbole, Zeremonien und Aufführungen, architektonische Formen, Geschichten und Epen, und andere Erscheinungen traditioneller Kultur,<sup>13</sup> also der Bereich, den westliche Juristen am ehesten mit dem des Urheberrechts assoziieren, auch wenn das System des Urheberrechtsschutzes für diese kulturellen Erscheinungsformen sehr problematisch ist.<sup>14</sup>

#### ***b) Rechtsschutz durch Urheberrecht und Immaterialgüterrecht (Intellectual Property) als Modell***

Schutzrechte von TCEs sind Produkte juristischer Denkmodelle, oft allerdings auch „Negativ-Produkte“: nicht-Urheberrechtswerke, nicht-Eigentum, aber was sie sonst genau sind, bleibt unklar. Ihr Schutz ist den klassischen gewerblichen Schutzrechten letztlich nachgebildet und erscheinen in deren Regelungswerk, auch wenn TCEs nicht

---

inventions; scientific discoveries; designs; marks, names and symbols; undisclosed information; and all other tradition-based innovations and creations resulting from intellectual activity in the industrial, scientific, literary or artistic fields. ‘Tradition-based’ refers to knowledge systems, creations, innovations and cultural expressions which: have generally been transmitted from generation to generation; are generally regarded as pertaining to a particular people or its territory; and, are constantly evolving in response to a changing environment. Categories of traditional knowledge could include: agricultural knowledge; scientific knowledge; technical knowledge; ecological knowledge; medicinal knowledge, including related medicines and remedies; biodiversity-related knowledge; ‘expressions of folklore’ in the form of music, dance, song, handicrafts, designs, stories and artwork; elements of languages, such as names, geographical indications and symbols; and, movable cultural properties.“

<sup>9</sup> Siehe etwa Janewa J. Oseitutu, Traditional Knowledge: Is Perpetual Protection a Good Idea?, IDEA 50 (2010), 697-721, 700, mit weiteren von WIPO stammenden Definitionen.

<sup>10</sup> Graber und Girsberger (Fn. 7), 246.

<sup>11</sup> Girsberger und Müller (Fn. 5), 179.

<sup>12</sup> Z.B. §§ 4, 64, 76 des Copyright Acts 2005 von Ghana, §§ 28, 29 des Copyright Acts von Nigeria 1990, § 169 Copyright, Designs and Patents Act 1988 von Großbritannien.

<sup>13</sup> Siehe WIPO Glossar: <https://www.wipo.int/tk/en/folklore/>.

<sup>14</sup> Andreas Rahmatian, Universalist Norms for a Globalised Diversity: on the Protection of Traditional Cultural Expressions, in: Macmillan (Hg.) New Directions in Copyright Law, Bd. 6, Cheltenham 2007, 199-231, 200.

als „normale“ geschützte Werke betrachtet werden. Daher sind TCEs zuerst im Zusammenhang des bestehenden Immaterialgüterrechtsschutzes zu erörtern.

Musik-Tanz (eine klare Trennung ist westlich und besonders für afrikanische Musiken gezwungen),<sup>15</sup> Rituale, überlieferte Poesie, Epik und Geschichte oder Oraltradition (wie etwa die Gesänge der Griots in Westafrika),<sup>16</sup> musiktheoretische Struktur und Ausübung der klassischen indischen Ragamusik,<sup>17</sup> traditionelle Hausbemalung und Malerei der Ndebele im südlichen Afrika, die Benin-Bronzefiguren oder die Ife-Figuren in Nigeria (bekanntlich hat die traditionelle afrikanische bildende Kunst die westliche Malerei und Bildhauerei, und die afro-karibische Musik die westliche Popmusik im zwanzigsten Jahrhundert zentral beeinflusst), oder die traditionelle Kunst der neuseeländischen Maori würde ein Jurist dem Bereich des Urheberrechts (Werke der traditionellen Literatur, Musik und Kunst), sowie des Markenrechts (traditionelle Symbole) zuordnen.

Das Einpressen von Erscheinungsformen und Erzeugnissen (besonders nicht-westlicher) traditioneller Kultur in den Rahmen eines westlichen Immaterialgüterrechtsschutzes zeigt aber gleich offensichtliche Probleme: Erstens ist eine Kategorisierung von Werkformen – Musik oder Tanz, Oraltradition als Geschichte/Legende oder Literatur/Dichtung – künstlich oder überhaupt nicht möglich, zweitens steht individuelle Autorenschaft der Idee einer „Tradition“ entgegen. Wer ist der Autor oder Schöpfer eines mündlich tradierten Musik„werkes“ oder eines Epos? Ist dieses „Werk“ eine persönliche geistige Schöpfung, und zwar nicht einer vielleicht historischen, vielleicht mythischen Figur, sondern vielmehr dessen, der das Werk weitergibt, aufs Neue durch die Darbietung schafft? In nahezu allen Fällen eher nicht. Die Kriterien einer persönlichen geistigen Schöpfung eines bestimmaren Urhebers (die Rechtsordnungen differieren in Hinblick auf den geforderten persönlichen Beitrag und die nötige Schöpfungshöhe)<sup>18</sup> sind aber für einen Urheberrechtsschutz und dessen Zuordnung zu einem Berechtigten (Urheber-Autor) unbedingt erforderlich.<sup>19</sup> In angelsächsischen Copyrightsystemen wird für den Schutz zusätzlich verlangt, dass das Werk in irgendeiner Weise „fixiert“, also in körperlicher Form niedergelegt wird, durch Verschriftlichung, Notierung oder sonstige Aufzeichnung, auch in digitaler Form.<sup>20</sup> Das steht dem Schutz von

---

<sup>15</sup> Gerhard Kubik, Zum Verstehen afrikanischer Musik. Ausgewählte Aufsätze, Leipzig 1988, 61-71.

<sup>16</sup> Tranchefort (Fn. 1), 172; J. H. Kwabena Nketia, The Music of Africa, London 1992, 199.

<sup>17</sup> Sures Chandra Banerji, Fundamentals of Ancient Indian Music and Dance, Ahmedabad 1976, 17, 37, 71-72.

<sup>18</sup> Andreas Rahmatian, Originality in UK Copyright Law: The Old “Skill and Labour” Doctrine Under Pressure, International Review of Intellectual Property and Competition Law 44(4) (2013), 4-34, 18-22.

<sup>19</sup> Für das deutsche Recht, §§ 2(2), 7, 11 UrhG 1965.

<sup>20</sup> In Großbritannien: § 3(2) des Copyright, Designs and Patents Acts 1988; in den USA: § 102 (a) des Copyright Acts 1976.

Oraltraditionen entgegen. Außerdem ist – von einer intrakulturellen Perspektive (also von jener der indigenen Kultur)<sup>21</sup> – der Unterschied zwischen körperlicher und unkörperlicher Sache bei indigenen Kulturgütern (*cultural property*) meist nicht ohne weiteres zu erkennen, wodurch die Differenzierung zwischen Immaterialgüterrechten und gewöhnlichen Sachenrechten am betreffenden Objekt schwierig wird.<sup>22</sup> Eine westliche juristische Analyse kann freilich die Trennung zwischen dem Sachenrecht an der physischen Sache und dem Urheberrecht sehr wohl durchführen (zB physische Statue und Urheberrecht am Kunstwerk), kulturell stimmig ist sie aber oft nicht.

Der Schutz von traditionellen Symbolen und Bildern durch Eintragung als registrierte Marke ist in aller Regel auch keine Option, da das Zeichen ja nicht gewerblich innerhalb bestimmter Waren- oder Dienstleistungsklassen genutzt wird – ja typischerweise gerade nicht so genutzt werden soll, weil es für die indigene Gemeinschaft kulturelle, magische oder religiöse Bedeutung hat.

Da das verfügbare Instrumentarium des Immaterialgüterrechtsschutzes für TCEs nur sehr begrenzt geeignet ist, gibt es die Möglichkeit eines *sui generis*-Rechts. Aber hier ist die Phantasie der Juristen eher beschränkt.

### **c) *Bestehender (sui generis) Rechtsschutz im internationalen Recht und in nationalen Rechtsordnungen***

Die UNESCO-Konvention über den Schutz und die Förderung der Vielfalt kultureller Ausdrucksformen (Convention on the Protection and Promotion of the Diversity of Cultural Expressions, 2005, in Kraft seit 2007)<sup>23</sup> ist wahrscheinlich das wichtigste internationale Beispiel für den *sui generis*-Rechtsschutz von TCEs. Die Präambel betont unter anderem die „Bedeutung des traditionellen Wissens als Quelle für immateriellen und materiellen Wohlstand und insbesondere der Wissenssysteme indigener Völker“ und sieht daher die Notwendigkeit, „Maßnahmen zu ergreifen, um die Vielfalt kultureller Ausdrucksformen einschließlich ihres Inhalts zu schützen,“ sodass kulturelle Ausdrucksformen nicht zerstört oder gefährdet werden. Gleichzeitig wird die „Bedeutung der Rechte des geistigen Eigentums (*Intellectual Property*

---

<sup>21</sup> Vgl. Kubik (Fn. 15), 53, für Ethnomusikologie.

<sup>22</sup> Fiona Macmillan, Cultural Property and Community Rights to Cultural Heritage, in: Ting, und Allain (Hg.), Property and Human Rights in a Global Context, Oxford and Portland, Oregon 2015, 41-62, 59.

<sup>23</sup> Siehe UNESCO Website:

[http://portal.unesco.org/en/ev.php-URL\\_ID=31038&URL\\_DO=DO\\_TOPIC&URL\\_SECTION=201.html](http://portal.unesco.org/en/ev.php-URL_ID=31038&URL_DO=DO_TOPIC&URL_SECTION=201.html) .

Es gibt keinen authentischen deutschen Text (Konventionssprachen sind Englisch, Französisch, Spanisch, Arabisch, Chinesisch und Russisch), daher wird im Folgenden die englische Fassung benützt.

*Rights*) für die Wahrung der an der kulturellen Kreativität Beteiligten“ anerkannt. Dementsprechend bestimmt die Konvention in Artikel 3, dass die Vertragsparteien Maßnahmen zum Schutz und der Förderung von Ausdrucksformen kultureller Diversität treffen sollen. Nach Artikel 6 kann jede Vertragspartei in ihrem Hoheitsgebiet Maßnahmen zum Schutz und zur Förderung der Vielfalt kultureller Ausdrucksformen erlassen, die unter anderem Regulierungsmaßnahmen zum Schutz und zur Förderung von TCEs und öffentliche Subventionen umfassen können. Gemäß Artikel 8 kann eine Vertragspartei geeignete Maßnahmen treffen, wenn in ihrem Hoheitsgebiet indigene kulturelle Ausdrucksformen „vom Aussterben bedroht sind, einer ernsthaften Bedrohung ausgesetzt sind oder auf andere Weise dringend geschützt werden müssen.“

Konkrete Rechte erwachsen den indigenen Gemeinschaften oder Völkern aus diesen Bestimmungen selbstverständlich keine,<sup>24</sup> die müssten durch jeweiliges nationales Recht gewährt werden. Interessanterweise erwähnt die Konvention „indigenous peoples“ nur am Rande (in Artikel 7 und der Präambel).<sup>25</sup>

Der Schutz unter WHO Recht, genauer nach dem TRIPS Abkommen (über den Schutz des geistigen Eigentums) als Annex 1C zum Welthandelsabkommen von 1995, ist noch wesentlich schwerer erkennbar. Das TRIPS Abkommen erwähnt TCEs nicht,<sup>26</sup> aber die Doha Deklaration von 2001 bezog sich in Paragraph 19 auf TK und „Folklore“, worin der TRIPS Rat aufgefordert wurde, das Verhältnis zwischen dem TRIPS Abkommen und TK und Folklore zu untersuchen.<sup>27</sup> Dass TRIPS in die Sphäre der TCEs reichen müsste, ist offensichtlich; das Stillschweigen von TRIPS unterstreicht nur das Problem der Konzeptualisierung von TCEs als einer möglichen Form von Immaterialgüterrechten, geht aber gleichzeitig der Frage einer Lösung von Konflikten zwischen herkömmlichen urheberrechtlich geschützten Werken und TCEs aus dem Weg.

Es gibt noch andere TCEs berührende Regelungen, wie etwa die Resolutionen des schon erwähnten IGC der WIPO, das UNESCO Übereinkommen zum Schutz des immateriellen Kulturerbes<sup>28</sup> (Convention for the Safeguarding of Intangible Cultural Heritage, 2003) oder die UN-Deklaration der Rechte indigener Völker<sup>29</sup> (United

---

<sup>24</sup> Andreas Rahmatian, Neo-Colonial Aspects of Global Intellectual Property Protection, *The Journal of World Intellectual Property*, 12(1) (2009), 40-74, 60.

<sup>25</sup> Fiona Macmillan, Finding space in the margins? Recognising the rights of indigenous peoples in the WTO, in: Graber, Kuprecht und Lai (Hg.), *International Trade in Indigenous Cultural Heritage: Legal and Policy Issues*, Cheltenham 2012, 88-117, 98.

<sup>26</sup> Diskussionen im TRIPS Rat im Zusammenhang mit einer Revisionen des Artikel 27(3)(b) bezüglich des Sortenschutzes von Pflanzen brachten TCEs auf, siehe Girsberger und Müller (Fn. 5), 191.

<sup>27</sup> Girsberger und Müller (Fn. 5), 191.

<sup>28</sup> Siehe UNESCO Website: <https://ich.unesco.org/en/convention> .

<sup>29</sup> Siehe UN Website: <https://www.un.org/development/desa/indigenouspeoples/declaration-on-the-rights-of-indigenous-peoples.html> .



Nations Declaration on the Rights of Indigenous Peoples, 2007).<sup>30</sup> Für die weitere Darstellung des Problems muss auf diese Regelungen aber nicht weiter eingegangen werden.

Praktische Beispiele für den nationalen Schutz von TCEs können etwa in Rechtsordnungen afrikanischer Staaten gefunden werden. Man kann hier zwischen zwei Rechtsschutztypen unterscheiden: negativer und positiver TCEs Schutz. Negativer Rechtsschutz gibt indigenen Gemeinschaften zwar keinen Rechtsanspruch, verhindert aber den Erwerb von Rechten und die marktmäßige Ausbeutung oder missbräuchliche Verwendung von TCEs oder Folklore durch Dritte, etwa durch Unternehmen. Der Schutz ist seinem Wesen nach *sui generis*, also nicht auf das System der Immaterialgüterrechte eingeschränkt.<sup>31</sup> Gemäß den Richtlinien des *Swakopmund Protokolls* sind die Nutznießer von TCEs, auch wenn sie keine konkreten Rechte eingeräumt bekommen, eine Gemeinschaft („*community*“) und die konkrete Bestimmbarkeit eines individuellen Schöpfers oder Künstlers muss ausgeschlossen sein, allerdings ist hier auf lokale Gewohnheitsrechte Bezug zu nehmen. Formalvorschriften als Voraussetzungen für einen (Negativen) TCE-Schutz sollen nicht bestehen.<sup>32</sup>

TCEs stehen in einigen Staaten in einer Art öffentlichem Eigentum („national cultural heritage“) etwa in Kamerun,<sup>33</sup> oder (falls hier ein Unterschied besteht) direkt im Eigentum des Staates, wie etwa in Tanzania<sup>34</sup> oder in Côte d’Ivoire, wo die Nutzungsrechte in TCEs durch eine Verwertungsgesellschaft wahrgenommen werden,<sup>35</sup> oder aber die Rechte in TCEs stehen dem Staatspräsidenten als Eigentumsvertreter des Volkes zu, wie in Ghana.<sup>36</sup> Nigeria hat keine klare Eigentumsrechtsregelung für TCEs.<sup>37</sup> Obwohl Mitgliedern traditioneller Gemeinschaften keine eigentlichen Rechte gegeben werden, besteht in einigen Ländern (Ghana, Nigeria) die Verpflichtung für Dritte, die Verwendung von TCEs (Reproduktion, Aufführung etc.) von einem *National Folklore Board* oder einer *Copyright Commission* genehmigen zu lassen, wobei der Erlös aus so einer Genehmigung der jeweiligen Gemeinschaft zufließen soll. Allerdings gilt das nicht

---

<sup>30</sup> Macmillan (Fn. 25), 113.

<sup>31</sup> Enyinna Nwauche, *The Protection of Traditional Cultural Expressions in Africa*, Cham (Switzerland) 2017, 53. Die folgende Diskussion beruht weitgehend auf der neuen Studie von Nwauche, die eine umfangreiche Darstellung des Schutzes von TCEs in Afrika bietet.

<sup>32</sup> Nwauche (Fn. 31), 67-70.

<sup>33</sup> § 5(1) Law No. 2000/011 of December 19, 2000 on Copyright and Neighbouring Rights.

<sup>34</sup> §§ 25, 29 Tanzania Copyright and Neighbouring Rights Act 1999.

<sup>35</sup> Art. 6, Art. 46 („Les expressions culturelles traditionnelles appartiennent à titre originaire au patrimoine national.“), Art. 54 Loi n° 2016-555 du 26 juillet 2016 relative aux droits d’auteurs et des droits voisins. Art. 54 ist vermutlich so zu interpretieren.

<sup>36</sup> §§ 4(2), 17 Ghana Copyright Act 2005. Die TCEs Rechte bestehen in Ghana ewig, anders als Urheberrechte.

<sup>37</sup> Nwauche (Fn. 31), 54-55.

für jede Verwendung; besonders wenn ein Nutzer Bewilligungsbestimmungen der freien Werknutzung im Bereich des klassischen Urheberrechts für sich beanspruchen kann, bedarf er auch keiner Zustimmung für die Nutzung von TCEs, etwa in Ghana.<sup>38</sup> An sich sind solche Bestimmungen juristisch problematische Vermengungen von *sui generis*-Rechten und Urheberrechtsregelungen, die aber wegen ihrer Komplexität nur in einer selbständigen Studie weiter verfolgt werden können. Eine weitere Option ist der Schutz von TCEs durch Urheberpersönlichkeitsrechte (*moral rights*), aber dies passiert selten: Nigeria hat einen solchen Schutz (allerdings in Form einer strafrechtlichen Norm, die ähnlich wie der urheberrechtliche Urheberschafts- und Entstellungsschutz wirkt),<sup>39</sup> ebenso Tansania,<sup>40</sup> aber Ghana, Kenia und Südafrika nicht.<sup>41</sup> Diese negativen *sui generis* Rechte mögen keine echten *Intellectual Property Rights* sein, sind jedoch den klassischen Eigentums- und Immaterialgüterrechten nachgebildet, was sich auch darin zeigt, dass sie bestimmbaren Organisationen oder Individuen für die Vollziehung zugeteilt werden müssen, etwa den Verwertungsgesellschaften oder dem Präsidenten des Landes.

Das klassische Immaterialgüterrecht als Wurzel der TCE-Schutzrechte wird noch deutlicher, wenn man die Fälle eines positiven TCE-Schutzes betrachtet. Dies ist etwa in Botswana oder in Ghana der Fall, wobei der Schutz darin besteht, Werken, die TCEs benützen oder inkorporieren, gewöhnlichen Urheberrechtsschutz zu gewähren. Allerdings gerät diese Methode in Konflikt mit dem negativen Schutz von TCEs, der vor *National Folklore Boards* oder *Copyright Commissions* geltend gemacht wird.<sup>42</sup>

Eine eingeschränkte Lösung kann der Markenrechtsschutz von bestimmten indigenen Symbolen innerhalb der TCE bieten, entweder als negativer Freizeichenschutz wie etwa in Neuseeland (das indigene Symbol kann nicht als Marke registriert werden),<sup>43</sup> oder auch als positiver Markenschutz.<sup>44</sup> Die Situation nach südafrikanischem Markenrecht ist ähnlich.<sup>45</sup> Das südafrikanische Urheberrechtsgesetz gibt jedoch ebenfalls die Möglichkeit, TCEs, sowohl originale Werke als auch derivative, also von originalen TCEs abgeleitete Werke „klassisch“

---

<sup>38</sup> § 19 Ghana Copyright Act 2005 (permitted uses of Copyright).

<sup>39</sup> § 33(1) (c) und (d) Copyright Act, Chapter 28, Laws of the Federation of Nigeria 2004 (codified version).

<sup>40</sup> § 27 Tanzania Copyright and Neighbouring Rights Act 1999 (Anerkennung der Urheberschaft).

<sup>41</sup> Nwauche (Fn. 31), 57-61.

<sup>42</sup> Nwauche (Fn. 31), 98-99.

<sup>43</sup> § 17(1)(c) neuseeländischer Trade Marks Act 2002. Siehe Susy Frankel, Third-Party Trade Marks as a Violation of Indigenous Cultural Property: A New Statutory Safeguard, *Journal of World Intellectual Property Law* 8(1) (2005), 83-98, 83.

<sup>44</sup> Ebenfalls zB in Neuseeland in Form einer Zertifizierungsmarke, siehe Frankel (Fn. 43), 83 in Fußnote 4.

<sup>45</sup> § 43B(1) und (2) südafrikanischer Trade Marks Act 1993 (Act No. 194 of 1993) in der Fassung des Intellectual Property Laws Amendment Act 2013 (Act No. 28 of 2013). Nwauche (Fn. 31), 116.

per gewöhnlichem Urheberrecht zu schützen.<sup>46</sup> Alle diese dem gewöhnlichen Urheberrechtsschutz nachgebildeten Rechte widersprechen allerdings völlig dem Begriff einer kulturellen „Tradition“, im Gegensatz zur Schöpfung eines Werkes durch einen individuellen Künstler, ob „indigen“ oder nicht. Das zeigt schnell die gesamte Problematik einer Rechtsschutzkonzeption von TCEs auf.

### **3. Die Rechtsschutzkonzeption und ihre Probleme**

#### ***a) Die Definition von kultureller Tradition und indigener Kunst***

Es wird bald deutlich werden, warum es besser ist, dass der internationale Schutz von TCEs generell kaum über Absichtserklärungen hinausgeht. Ein gewisses Unbehagen wird sich schon beim Lesen der Fragen zu Beginn eingestellt haben. Nehmen wir an, der Rechtsschutz für TCEs gemäß bestehender oder neu zu schaffender verbesserter Bestimmungen möge effektiv sein, in Form einer echten Durchsetzbarkeit von TCEs durch indigene Gemeinschaften. Das setzt voraus, dass das Schutzobjekt „indigene Tradition in Form von traditioneller Kunst“ genau genug umrissen ist, damit ein Rechtsschutz wirksam werden kann. Die Definition der UNESCO-Konvention für TCEs in Artikel 4 wird hier nicht ausreichen, wonach „Kulturelle Ausdrucksformen“ jene Ausdrucksformen sind, die durch die Kreativität von Einzelpersonen, Gruppen und Gesellschaften entstehen und einen kulturellen Inhalt haben. Selbst wenn es gelänge, zu definieren, was „traditionell“ bedeutet, so wäre eine normative Definition, die ein Rechtsschutz notwendigerweise mit sich bringen würde, ein Festlegen dessen, was juristisch relevant als „Tradition“ gelten würde. Das „Sein“ der Tradition (wie immer sie auch aussieht) wird ein „Sollen“ des Rechts. „Tradition“ wird daher ein willkürliches juristisches Konstrukt, eine Erfindung, die vielleicht einige Impulse von anthropologisch beschriebenen Traditionen erhalten mag, sich aber von ihnen verselbständigt hat. Ebenso wie Eigentumsrechte Produkte rechtlicher Normierungen sind<sup>47</sup> (außer man hängt einem antiquierten Begriff des Eigentums als Naturrecht an),<sup>48</sup> so sind es hier eigentumsähnliche Exklusivrechte, die aus dem juristischen Schutz der Traditionen erfließen. Man kann darüber diskutieren, ob und in welchem

---

<sup>46</sup> § 28B(1) südafrikanischer Copyright Act, 1978 (Act No. 98 of 1978, as amended up to Copyright Amendment Act 2002) in der Fassung des Intellectual Property Laws Amendment Act 2013 (Act No. 28 of 2013).

<sup>47</sup> Vgl. bereits David Hume, *A Treatise of Human Nature*, Selby-Bigge (Hg.), Oxford 1960, 491, (book 3, part 2, section 2); Jeremy Bentham, *Principles of the Civil Code*, in: Bentham, *The Theory of Legislation*, 7. Aufl. (R. Hildreth, Übers.), London 1891, 88-236, 111-113.

<sup>48</sup> Wie etwa John Finnis, *Natural Law and Natural Rights*, Oxford 1980, 169, 281-290.

Maße der Traditionsschutz der TCEs nicht ohnehin dem klassischen liberalen individuellen Eigentumsschutz nachgebildet ist.

Dieser willkürliche juristische Traditionsschutz hat fundamentale und möglicherweise katastrophale Auswirkungen für die – besonders nicht-westliche – moderne Kunst. Der kulturell so reiche afrikanische Kontinent kann hier wieder als Beispiel dienen. Wenn ein moderner afrikanischer bildender Künstler in seiner Kunst Elemente aus seiner Tradition mitverarbeitet; wenn er dann durch seine Kunst die Korruption afrikanischer Eliten in der Geschichte, die oft Komplizen des Sklavenhandels waren,<sup>49</sup> oder der Korruption der Politik in den unabhängigen postkolonialen Staaten kritisiert – weicht er dann nicht von seiner Tradition ab, die ja geschützt ist? Verletzt er sie nicht, und muss daher Rechtsmittel gegen sich erwarten? Schädigt seine Kritik nicht den Ruf der Tradition, aus der er kommt und zu der sich – vielleicht durch rechtliche Verordnung – verbunden zu fühlen hat?<sup>50</sup> Kann die aus einer afrikanischen Tradition stammende Lyrikerin und Musikerin rechtlich gehindert werden, ein Musikinstrument zu spielen, das in ihrer Kultur traditionell nur Männern vorbehalten ist?<sup>51</sup> Kann sie ihre modernen Texte mit einer Musik von Mozart unterlegen (hier gibt es wenigstens kein Urheberrechtsproblem), wo sie doch eigentlich potentiell zwei unterschiedliche Traditionen verletzt? Man fühlt sich an die historischen rassistischen Erörterungen über den „undeutschen“ Gustav Mahler und andere Komponisten erinnert, in denen die Frage gestellt wurde, ob ein Jude für deutsche „Tradition“ Verständnis haben oder gar Teil von ihr sein kann.<sup>52</sup> Bei Schriftstellern ist das Problem noch viel extremer: der kenianische Autor Ngũgĩ wa Thiong’o wurde mehr als einmal politisch verfolgt, weil er die postkoloniale wirtschaftliche und moralische Korruption seines Landes kritisierte<sup>53</sup> und auch – gegen „seine“ Tradition – für die Emanzipation der Frau eintrat.<sup>54</sup> Soweit ersichtlich, spielten immaterialgüterrechtliche Hilfsmittel noch keine Rolle, aber das könnte sich ändern. Ein Eingriff in die Rede- und Meinungsfreiheit lässt sich politisch viel schwerer begründen als der Schutz eines erweiterten Urheberrechts oder verwandten TCE-Exklusivrechts, der zufällig jedoch den Effekt einer Einschränkung der

---

<sup>49</sup> ZB der Photograph Samuel Fosso (geb. 1962), *Série Tati, Autoportrait II: Le chef: celui qui a vendu l’Afrique aux colons* (1997), in: Njami (Hg.) *Africa Remix: Contemporary Art of a Continent*, London 2005, 76.

<sup>50</sup> Die australische Entscheidung *John Bulun Bulun and another v. R. & T. Textiles Pty. Ltd.* [1998] FCA 1082 (Federal Court of Australia) legt eine solche Interpretation nahe: demnach hat ein indigener Künstler eine treuhänderische (*fiduciary*) Beziehung zu seinem Volk, die ihn hindert, indigene Werke in Verletzung indigener Gebräuche und gewohnheitsrechtlicher Regeln zu verwerten. Siehe Laurence R. Helfer und Graeme W. Austin, *Human Rights and Intellectual Property. Mapping the Global Interface*, Cambridge 2011, 483, 493.

<sup>51</sup> Nketia (Fn. 16), 56-58, 63.

<sup>52</sup> Michael H. Kater, *Die mißbrauchte Muse. Musiker im Dritten Reich*, München, Wien 1999, 150.

<sup>53</sup> ZB Ngũgĩ wa Thiong’o, *Matigari*, Oxford 1990, 100-127.

<sup>54</sup> ZB Ngũgĩ wa Thiong’o, *Devil on the Cross*, Oxford 1987, 216-223.

Meinungsfreiheit, Pressefreiheit oder Kunstfreiheit hat, und zwar nicht so sehr in der Gestalt eines klassischen Urheberrechts, das, um genau dies zu vermeiden, gesetzlich gestattete Nutzungsrechte enthält,<sup>55</sup> sondern vielmehr im Gewand eines weitreichenden, diffusen TCEs Schutzes ohne genau definierte freie Nutzungsrechte.

Ein anderer Effekt des statischen juristischen Schutzes ist das Festfrieren einer künstlerischen und kulturellen Entwicklung. Es ist banal festzustellen, dass „Tradition“ immer auch Wandlung und Veränderung bedeutet; was jetzt neu und kontrovers ist, wird später regelmäßig Bestandteil einer „Tradition“. Und diese „Tradition“ ist oft das Produkt von Erneuerern, die vielleicht gar nicht zu dem Land oder Volk gehören, in dem sie gewirkt und eine „Tradition“, vielleicht unbeabsichtigt, mitbegründet haben. Gertrude Stein, die amerikanische jüdische Schriftstellerin aus teilweise deutscher Familie, die in ihrer frühen Kindheit einige Jahre in Wien verbrachte und die meiste Zeit ihres Lebens in Paris lebte, aber immer Englisch schrieb, und in Paris unter anderem spanische Maler wie Juan Gris oder Pablo Picasso förderte, die heute sicher zur Tradition (auch) der französischen Moderne zählen, wusste genau, wovon sie sprach, wenn sie, scheinbar überspitzt, im obigen Zitat sagte, dass Ausländer die französische Tradition der modernen Kunst wesentlich mitgestalteten. Wer behauptet, dass europäische moderne Kunst und afrikanische „Tradition“ nicht vergleichbar sind, schafft, vermutlich unbewusst, einen künstlichen Unterschied zwischen anscheinend zivilisierten (westlichen) Völkern, und vielleicht edlen, aber doch Wilden, die in ihrer wunderbar „primitiven Tradition“ zu leben haben; eine Betrachtungsweise, die einer älteren anthropologischen Forschung zugrunde gelegen haben dürfte, aber heute völlig unhaltbar und abzulehnen ist. Sie führt dazu, dass der westliche Forscher eine Tradition feststellt, und der Jurist sie durch exklusive Schutzrechte bewehrt, wobei der westliche Traditionsschützer dem nicht-westlichen Empfänger die Wertschätzung dessen eigener Tradition zuführt oder aufbürdet, gewissermaßen als eine Form kultureller Entwicklungshilfe. Der ausgrenzende Effekt solcher Maßnahmen wird weiter unten behandelt.<sup>56</sup>

In einer modernen globalisierten Gesellschaft lässt sich die Feststellung nicht vermeiden, dass der Begriff der „Tradition“, des „Ethnisch-Authentischen“ wesentlich durch Marktinteressen vorangetrieben, wenn nicht gar geprägt ist.<sup>57</sup> Eher wohlhabende, von der Orientierungslosigkeit ihrer eigenen Kultur gelangweilte westliche Kreise, gereizt vom Exotischen als Abwechslung, sehen eine neue Aufgabe im Erkennen und Schützen des „Originalen“, „Authentischen“, allenfalls von

---

<sup>55</sup> ZB Großbritannien: CDPA 1988, ss. 28-76A (permitted acts), USA: Copyright Act 1976, § 107 (fair use), Deutschland: §§ 44a-53 UrhG 1965, Nigeria: Schedule 2 to s. 6 (1) Copyright Act, Chapter 28, Laws of the Federation of Nigeria 2004 (codified version).

<sup>56</sup> Siehe unten unter c).

<sup>57</sup> ZB Graham Huggan, *The Postcolonial Exotic: Marketing the Margins*, London 2001, 13, 35-38, 155-158.

westlicher moralischer Verdorbenheit rein Gehaltene. Aber wie der florierende „ethnische“ Kunstmarkt zeigt, ist dies eigentlich nichts Anderes als ein Geschäftsmodell für den Handel in „authentischen“ Produkten, eine Marktvariante des Orientalismus,<sup>58</sup> aber vielleicht für manche eine selbstverordnete und geschickt wirkungslos gehaltene Methode einer Wiedergutmachung für vergangene koloniale Ausbeutung.<sup>59</sup> Die nicht-westlichen Völker dürfen, vom Westen angeleitet, ihre Tradition finden, bewahren und in ihren nationalen Rechtsordnungen einen Schutzmechanismus nach westlichem juristischen Strickmuster und auf sanften westlichen Druck erlassen, damit eine pseudo-gründerzeitliche künstliche Vorstellung einer „Tradition“ und ihrer Erhaltenswürdigkeit befriedigt wird. Die Hüterin der „Tradition“ ist letztlich die westliche Welt, die gleichzeitig traditionelle Artefakte, von ihrem kulturellen Kontext entrissen, in ihren Museen aufbewahrt, Objekte traditioneller Kunst, die in kolonialer Zeit freilich oft genug geraubt wurden, wie etwa die Bronzetafeln von Benin (Nigeria) als bekanntes Beispiel.<sup>60</sup> Die Idee der „Tradition“ suggeriert auch eine falsche Geschichtslosigkeit, was vor allem im Zusammenhang mit afrikanischer Geschichte besonders prekär ist.<sup>61</sup>

Außerdem wird mit einem TCE-Schutz, wenn er wirklich effektiv ist, das kritische Potential moderner Kunst behindert. Die Etikettierung als „ethnisch“ oder „traditionell“ hemmt die Kreativität. Simon Njami beschreibt die Situation der modernen afrikanischen Kunst folgendermaßen:<sup>62</sup>

„Due to its silence, African creativity was sent into an obscure, ill-defined limbo. From the start of colonialisation – ever since the African Middle Ages in fact – pure authentic identifiable indigenous creativity ceased to exist. [...] There are roughly three stages in the metamorphosis, or ‘finding a voice’ of African artists. The first was the sometimes extreme celebration of their roots, which corresponded to the period directly following the independences. [...] The second stage, which fell between the late 1970s and the late 1980s, was a period of denial. [...] This is when you would hear people say, ‘I am not an African. I am an artist.’ This declaration was a cry. It expressed the will finally to be perceived as people in their own right, participating in the artistic creativity of the planet just like anyone else, not as exotic beings turning up to confront a world that is not their own. The third stage [...] bears witness to a certain maturity and appeasement, where artists have no need to prove anything through their work. The stakes have changed. They are no longer essentially ethnic, though no-one can disown their roots, they are aesthetic and political.“

---

<sup>58</sup> Edward W. Said, *Orientalism*, London 2003, 3, 12, 95-98, 325.

<sup>59</sup> Rahmatian (Fn. 14), 206-207.

<sup>60</sup> Diese etwa 2.500 Bronzetafeln wurden im Zuge einer britischen Strafexpedition 1897 abtransportiert, siehe zB Michael Crowder, *The Story of Nigeria*, London 1966, 203.

<sup>61</sup> E. Boubou Hama, *The place of history in African society*, in: Joseph Ki-Zerbo (Hg.), *General History of Africa*, vol. I: *Methodology and African Prehistory*. Abridged Edition, London, Berkeley 1990, 16-22, 18-20; Joseph Ki-Zerbo, *Die Geschichte Schwarz-Afrikas*, 2. Aufl., Wuppertal 1981, 24-26.

<sup>62</sup> Simon Njami, *Chaos and Metamorphosis*, in: Simon Njami (Hg.) *Africa Remix: Contemporary Art of a Continent*, London 2005, 13-23, 16, 21.

Bevor man sich solchen komplexen Zusammenhängen stellt, mag man vorzugsweise eine einfacher abgrenzbare Tradition wiederaufleben lassen und schützen, entweder eine echte oder eine erfundene, wie die der schottischen Kilts und deren in unterschiedliche Clans eingeteilten Tartanmuster,<sup>63</sup> die jetzt auch nach schottischem Recht geschützt sein dürften,<sup>64</sup> und in der Zeit eines erhöhten schottischen Nationalismus anscheinend eine schutzwürdige Tradition darstellen müssen.

**b) Die Idee vom kommunalen Pseudo-Eigentum an traditioneller Kultur**

Befürworter eines umfassenden TCE-Schutzes tendieren zur Idee, dass in „traditionellen“ Gemeinschaften das Eigentum gemeinschaftlich gehalten und verwaltet werde, und so solle es auch für TCEs gelten.<sup>65</sup> Nun gibt es etwa in afrikanischen Kulturen gemeinschaftliches Eigentum – wie in Europa –, aber die Eigentumskonstruktionen individueller Gemeinschaften können sehr komplex und unterschiedlich sein und außerdem deutlich etwa zwischen Personenstatus, Land (Liegenschaften) und beweglichen Sachen („Fahrniseigentum“), unterscheiden, wobei Land im gemeinschaftlichen Eigentum – oder in niemandes Eigentum – stehen kann, während bewegliche Sachen, wie etwa Gewand, Werkzeuge, Waffen individuelles Privateigentum bestimmter Personen sein können. Außerdem wird üblicherweise eine Unterscheidung zwischen spirituellen-religiösen Objekten und alltäglichen Gebrauchsgegenständen getroffen.<sup>66</sup> Die wenigen Studien, die Eigentumskonzepte weltweit erforschen, weisen auf sehr vielgestaltige Varianten hin, die mit der schematisierenden Vorstellung eines Gemeinschaftseigentums nicht zu vereinbaren sind.<sup>67</sup> Die vereinfachende Idee eines generell geltenden Gemeinschaftseigentums der nicht-europäischen Völker hat eine aufklärerisch-romantische,<sup>68</sup> von Rousseau beeinflusste Wurzel,<sup>69</sup> mit der man die exotischen Kulturen der „Wilden“ besonders

---

<sup>63</sup> Hugh Trevor-Roper, *The Invention of Tradition: The Highland Tradition of Scotland*, in: Hobsbawm, Ranger (Hg.), *The Invention of Tradition*, Cambridge 2000, 15-41, 20, 23, 30-31.

<sup>64</sup> Scottish Register of Tartans Act 2008 (asp 7). Es ist aber unklar, was die rechtliche Wirkung der Registrierung von Tartanmustern genau ist, abgesehen von der möglichen Verweigerung der Registrierung aus festgelegten Gründen (§ 7 (2)).

<sup>65</sup> ZB Johanna Gibson, *Community Resources. Intellectual Property, International Trade and Protection of Traditional Knowledge*, Aldershot 2005, 44.

<sup>66</sup> ZB Rahmatian (Fn. 14), 221-222, mit weiteren Nachweisen.

<sup>67</sup> ZB Floyd W. Rudmin, *Cross-cultural Correlates of the Ownership of Private Property*, *Social Science Research* 21 (2) (1992), 57-83, 74-77; Floyd W. Rudmin, *Cross-cultural Correlates of the Ownership of Private Property: Zelman's Gender Data Revisited*, *Cross-Cultural Research* 30(2) (1996), 115-153, 146-147.

<sup>68</sup> David B. Schorr, *Savagery, Civilization, and Property: Theories of Societal Evolution and Commons Theory*, *Theoretical Enquiries in Law* 19(2), (2018), 507-531, 508.

<sup>69</sup> Jean-Jacques Rousseau, *Discours sur l'origine, et les fondements de l'inégalité parmi les hommes*, in: Jean-Jacques Rousseau, *Œuvres complètes*, Vol. III: *Du contrat social. Écrits politiques*, Bernard Gagnebin, Marcel Raymond (Hg.), Paris 1964, 131-223, 164-178, und Anmerkung XVI, 220.

seit dem achtzehnten Jahrhundert konzeptualisierte.<sup>70</sup> Anthropologen haben diese Betrachtung dann häufig übernommen; allerdings setzt das die Annahme voraus, dass sich die anthropologische Studie speziell auf die Erforschung der Eigentumsverhältnisse und -beziehungen konzentriert hat, und das ist selten. Anthropologische Eigentumsforschung ist eher eine Reinterpretation von Daten, die nicht spezifisch in Hinblick auf Sachenrechte gesammelt worden sind,<sup>71</sup> auch weil ein ausreichendes Verständnis für die juristischen Komplexitäten der Eigentumskonzeption oft fehlt.<sup>72</sup>

Aber selbst wenn man gemeinschaftliches Eigentum an TCEs als Realität behauptet oder als Wunsch postuliert, so muss man doch darauf Bezug nehmen, wie die Machtverhältnisse in der jeweiligen Gemeinschaft gestaltet sind und wer die gewährten Rechte in der Praxis wahrnehmen und von ihnen profitieren kann. TCEs-Schutz kann indigenen gewohnheitsrechtlichen Strukturen zu mehr Macht verhelfen als diese normalerweise vielleicht haben, ein Effekt einer *Indirect Rule*, wie zur Kolonialzeit, und man kann damit notwendige Entwicklungen hemmen, wie etwa die Emanzipation der Frau auch in traditionellen Gesellschaften. Ein europäisches Beispiel kann das Problem erhellen: etwa bis ins späte neunzehnte Jahrhundert hinein galt im angelsächsischen Common Law die Fiktion, dass Ehemann und Ehefrau rechtlich eine Person seien,<sup>73</sup> wodurch die Frau mit der Eheschließung im Ergebnis ihr gesamtes persönliches Vermögen verlor, weil nur der Mann stellvertretend für sie (und sich selbst) nach außen hin handeln konnte. Sollte diese englische gemeinrechtliche oder gewohnheitsrechtliche Tradition (also „*common law*“) denn nicht als TCE-Schutz aufrechterhalten werden, da sie ja auch wünschenswertes Gemeinschaftseigentum schafft?

### c) *Die Feststellung der geschützten Träger der traditionellen Kultur*

---

<sup>70</sup> Heinrich Loth, *Audienzen auf dem schwarzen Kontinent: Afrika in der Reiseliteratur des 18. und 19. Jahrhunderts*, Berlin 1988, 121, 188-192.

<sup>71</sup> ZB Rudmin, *Cross-cultural Correlates* (Fn. 67), 59-60, 76.

<sup>72</sup> Isaac Schapera, *Married Life in an African Tribe*, Harmondsworth 1971, 92-94, 109-113, ist ein solches Beispiel.

<sup>73</sup> Ein beinahe zeitgenössischer sachlicher US-amerikanischer Bericht über die schockierenden rechtlichen Konsequenzen dieser Fiktion von E. H. Hopkins, *Status of a Married Woman at the Common Law*, *Western Reserve Law Journal* 4 (1898), 18-21, 18. Die klassische Quelle ist William Blackstone, *Commentaries on the Laws of England*, Vol. 1, Oxford 1765, 442: „By marriage, the husband and wife are one person in law: that is, the very being or legal existence of the woman is suspended during the marriage, or at least is incorporated and consolidated into that of the husband; under whose wing, protection, and *cover*, she performs every thing; and is therefore called in our law-French a *feme-covert* ...“



Auch wenn TCE-Rechte (sofern sie subjektive Rechte gewähren) *sui generis*-Rechte sein sollen, so zeigt sich die begrenzte schöpferische Kraft der Juristen darin, dass sie im Ergebnis doch nur eigentumsähnlichen Exklusivrechte sind, sodass sich die Frage stellt, wem dieser TCE-Schutz zugeordnet ist und wer ihn, ähnlich einem Eigentumsrecht, ausüben darf. Das soll, nach übereinstimmender Ansicht, die jene TCEs schaffende traditionelle (ethnische?) Gemeinschaft sein, auch wenn die Ausübung an staatliche Organe (Präsident, Verwertungsgesellschaft) delegiert sein kann. Das Problem der praktischen Wahrnehmung von solchen TCE-Rechten innerhalb einer traditionellen Gemeinschaft ist bereits kurz erörtert worden. Aber wer, als potentieller Nutznießer des Rechts, gehört nun zu einer solchen traditionellen Gemeinschaft? Wer darf etwa traditionelle Kunst schaffen und wer nicht?

Dies ist zweifellos der finsterste Bereich der ganzen Idee eines TCE-Schutzes. Denn wenn man eine schutzwürdige „Volksgemeinschaft“ postuliert, muss man sie nach irgendwelchen Kriterien – rassischen, religiösen oder kulturellen – abgrenzen und zum Anderen machen. Und hier zeigt sich, dass diese Idee des TCE-Schutzes nicht neu ist, sondern seine Wurzeln teilweise in den grausigsten Aspekten des neunzehnten und zwanzigsten Jahrhunderts hat: in der Kolonialzeit, wo die Kolonisierten von der Kultur ihrer Kolonialherren ausgehöhlt wurden, ohne ihnen jemals gleich zu kommen, besonders, wenn sie Schwarze waren,<sup>74</sup> oder in eine teilweise fabrizierte *Native Culture* zurückgestoßen wurden, aus der sie sich nie emanzipieren sollten. Das konnte etwa in Form einer *Indirect Rule* durch „*Native Courts*“ sichergestellt werden, wobei die anzuwendende spezielle Interpretation der „native/customary laws“ mit den Interessen der Kolonialherren konform zu gehen hatte.<sup>75</sup> Es ist für das Prinzip nicht wesentlich, dass in post-kolonialer Zeit diese Machtinstrumente von den eigenen Regierungen formal souveräner Staaten nach ihrer Unabhängigkeit vom ehemaligen Kolonialreich ausgeübt werden können. In jedem Fall sind dies die Bausteine eines Rassismus und Apartheidsystems.

Und wir finden daher ein historisches Beispiel einer Art TCE-Schutz in den Nürnberger Gesetzen der Nationalsozialisten. In der vielleicht weniger bekannten Bestimmung des § 4 des „Blutschutzgesetzes“ von 1935<sup>76</sup> heißt es: „(1) Juden ist das Hissen der Reichs- und Nationalflagge und das Zeigen der Reichsfarben verboten. – (2) Dagegen ist ihnen das Zeigen der jüdischen Farben gestattet. Die Ausübung dieser

---

<sup>74</sup> Frantz Fanon, *Black Skin, White Masks* (Übers. Richard Philcox), New York 2008, 14-15, 96-97, 126-127.

<sup>75</sup> Martin Chanock, *Law, Custom and Social Order. The Colonial Experience in Malawi and Zambia*, Portsmouth, New Hampshire 1998, 46, 55, 71, 75, 77-78. Vorsichtiger allerdings Henry F. Morris, *The Framework of Indirect Rule in East Africa*, in: Morris and Read, *Indirect Rule and the Search for Justice*, Oxford 1972, 3-40, 8, 24; James S. Read, *Customary Law under Colonial Rule*, in: Morris and Read, ebd., Oxford 1972, 167-212, 169-170, 175, 183, 207, 212.

<sup>76</sup> Gesetz zum Schutz des deutschen Blutes und der deutschen Ehre, RGBl. 1935 I, S. 1147.

Befugnis steht unter staatlichem Schutz.“ Es ist dabei gleichgültig, ob es solche (traditionellen?) „jüdischen Farben“ überhaupt gibt: der „Schutz“ schafft sie und verordnet sie gleichzeitig. Des Weiteren wird strikteste Segregation auferlegt. Man muss nicht viel tun, um einem funktionierenden TCE-Schutz zu ähnlicher Wirkung zu verhelfen. Freilich setzt die Bestimmung von 1935 die Feststellung voraus, *wer* ein insoweit „staatlich geschützter“ „Jude“ ist, woran bekanntlich auch die Nazis gescheitert waren, denn die nationalsozialistischen Gesetze rekurrten dafür letztlich auf den religiösen Glauben,<sup>77</sup> was eigentlich die offizielle Rassenlehre der Nazis für die Unterscheidung zwischen Juden und Nichtjuden als ungeeignete irrationale Wahnvorstellung entlarven hätte müssen. Aber die notwendige Bestimmung der Zugehörigkeit zu einer „geschützten“ indigenen Volksgruppe für einen vielleicht paternalistisch-wohlmeinenden TCE-Schutz ist anscheinend nicht irrational.

Übrigens betonten nationalsozialistische Juristen den Gemeinschaftsgedanken als Charakteristikum oder „Gedanken- und Seelengut“ des angeblichen deutschen „Volkstums“, und zwar auch spezifisch mit Bezug auf das Urheberrecht,<sup>78</sup> das ja dem TCE-Schutz am nächsten steht, wobei der Genuss dieses TCE-Schutzes kommunal sein solle. Ein Autor konnte 1933 damit sogar die Übertragbarkeit des Urheberrechts begründen, obwohl man meinen möchte, dass dies eher der Ausdruck „antideutscher“ liberaler individualistischer „römischrechtlicher“ Rechte<sup>79</sup> sei: „[D]as deutsche Recht [hat] im Gegensatz zum römischen Recht bei dem Aufbau der Gesamtpersönlichkeit nicht die Einzelpersönlichkeit aufgesogen oder rechtlich verschwinden lassen, sondern die Gemeinschaft nur zusammenfassend übergeordnet über den sie bildenden Einzelpersönlichkeiten.“ Damit sei kollektives Schaffen durch Individuen zwar vorhanden, aber doch das „Erzeugnis eines gemeinsamen Unternehmens“. In dieser Idee sei die Übertragbarkeit des Urheberrechts mitenthalten: „In dem Kollektivschaffen muss ja notgedrungen jeder einzelne der Mitwirkenden sein originär entstandenes (Teil-)Urheberrecht an die Gesamtpersönlichkeit, die der praktische Träger des Rechts sein soll, übertragen.“<sup>80</sup>

Mit einer solchen verqueren Begründung könnte man vielleicht nicht die Veräußerung, aber doch die Verpfändung von TCEs durch eine traditionelle Kommune rechtfertigen, was die finanzielle Situation eines wirtschaftlichen oder gar offiziellen Reservats vorübergehend verbessern könnte, vielleicht mit Hilfe der

---

<sup>77</sup> Ingo Müller, *Furchtbare Juristen. Die unbewältigte Vergangenheit unserer Justiz*, München 1987, 106.

<sup>78</sup> Siehe die zeitgenössische Abhandlung von Alexander Elster, *Deutsche Rechtsgedanken im Urheberrecht (unter Berücksichtigung des Entwurfs)*, *Archiv für Urheber-, Film- und Theaterrecht* (De Boor, Elster u.a. Hg.) 6 (1933), 189-207, 191.

<sup>79</sup> Es sei an das Parteiprogramm der Nazis von 1920, Punkt 19 erinnert: „Wir fordern Ersatz für das der materialistischen Weltordnung dienende römische Recht durch ein deutsches Gemeinrecht.“ Siehe Walther Hofer, *Der Nationalsozialismus. Dokumente 1933-1945*, Frankfurt am Main 1982, 29.

<sup>80</sup> Elster (Fn. 78), 201.

momentan populären Mikrokredite. Auch die treuhänderische Verwaltung von TCEs durch internationale private Unternehmen als Ausdruck notwendig empfundener Privatisierung könnte so begründet werden, denn Unternehmen sehen sich zweifellos als Teil des kreativen Gemeinschaftsschaffens, besonders in der Kulturindustrie.<sup>81</sup>

Aber die besten Beispiele für eine Segregation von ethnischen oder sonstigen traditionellen Gemeinschaften, um die beabsichtigten Nutznießer des TCE-Schutzes herauszuarbeiten, liefert sicher das Apartheidsystem Südafrikas. Institutionalisierte Rassentrennung war südafrikanische Regierungspolitik seit 1910, kristallisierte sich aber zur spezifischen Politik der Apartheid mit dem Wahlsieg der *Reunited National Party* im Mai 1948. Apartheid bedeutete Herrschaft der Weißen über die „Natives“ oder Schwarzafrikaner, die als anders und wegen ihrer angeblichen rassistischen Qualitäten als minderwertiger eingestuft wurden und zur Kontrolle und Ausbeutung ihrer Arbeitskraft in „Tribes“ zusammengefasst wurden („*Influx Control*“),<sup>82</sup> wo das nicht schon der Fall war.<sup>83</sup> Daher musste es eine möglichst strikt getrennte politische und wirtschaftliche Entwicklung geben; die grauenvollen Ergebnisse kann man in den Geschichtsbüchern nachlesen.<sup>84</sup> Das galt auch für die Erziehung und Bildung, die „*Bantu-Education*“, die dafür Sorge zu tragen hatte, dass die Ausbildung die „tribal Natives“ nicht zu gut ausbildete, sodass sie keine Konkurrenz für die Weißen am Arbeitsmarkt werden konnten und politisch nicht zu sehr aufgeklärt wurden.<sup>85</sup> Eine sorgfältig geschützte „*Traditional Native Folklore*“ ausschließlich für ein „indigenes Volk“ („Natives“) kann heute dieselbe Wirkung erzielen, wodurch einer möglichen „indigenen“ modernen Kunst oder Literatur ihre kritische Kraft entzogen werden kann, indem sie in einer den Machthabern gefälligen Tradition festgespießt wird, wie bereits erörtert.

Das Problem der Feststellung der Zugehörigkeit von Individuen zu einer indigenen Gemeinschaft ist der TCE-Diskussion durchaus bekannt.<sup>86</sup> Vorschläge reichen von der Blutsverwandtschaft als Kriterium über Gemeinsamkeiten der Sprache, Religion und ähnlichen sozialen Faktoren, bis zu politischer Überzeugung und gleicher geographischer Umgebung, was an J. G. Herders alten, noch nicht

---

<sup>81</sup> Mit charakteristischer Kritik Theodor W. Adorno, *Kulturkritik und Gesellschaft*, in: *Gesellschaftstheorie und Kulturkritik*, Frankfurt 1975, 46-65, 50-55.

<sup>82</sup> Deborah Posel, *The Making of Apartheid 1948-1961: Conflict and Compromise*, Oxford 1991, 8-9.

<sup>83</sup> Saul Dubow, *Apartheid 1948-1994*, Oxford 2014, 11, 33, 42-43. Rede des Senators Dr. Verwoerd vom 3. September 1948, die das Programm der Apartheid detailliert darlegt, zitiert in Edgar H. Brookes, *Apartheid. A Documentary Study of Modern South Africa*, London 1968, 2-17.

<sup>84</sup> ZB Dubow (Fn. 83), 99-130.

<sup>85</sup> (Kritischer) Artikel von Dr. W. G. McConkey, *Natal Daily News*, Dezember 1962, zitiert in Brookes (Fn. 83), 57, mit einem Zitat des Ministers of *Native Affairs*, Dr. Verwoerd, 1953: „What is the use of teaching the Bantu child mathematics when it cannot use it in practice?“

<sup>86</sup> Siehe Nwauche (Fn. 31), 130-134, mit weiteren Nachweisen.

rassisch geprägten Begriff des Nationalcharakters erinnert.<sup>87</sup> Es fragt sich hier, ob der Begriff „Rasse“ überhaupt eine eigenständige Bedeutung hat und nicht bloß ein Mittel zur Unterscheidung der Unterdrücker (und angeblich vollkommenen Menschen) von den Unterdrückten (mit behaupteter geringerer menschlicher Qualität) ist.<sup>88</sup> Wird jedoch Rasse oder Ethnie als entscheidendes Merkmal zugelassen, so wirft das seltsame praktische Fragen auf, etwa ob in Südafrika nur schwarze Gemeinschaften TCEs besitzen können, oder ob auch die Weißen (Afrikaners und Engländer) als indigene Gesellschaften gelten.<sup>89</sup> Eigentlich sollte es eine solche juristische Frage nicht geben. Eine wirklich autoritative Position existiert ohnehin nicht, und das ist gut, allerdings ist dadurch die Wirkung eines TCE-Schutzes potenziell eingeschränkt.

Wenn aber ein TCE-Schutz etwas bewirkt, dann ist es vor allem die Förderung der gegenwärtigen gesellschaftlichen und politischen Tendenz zum Abgrenzenden-Identitären. Er trägt dazu bei, das Ideal der strikten Gleichheit vor dem Gesetz weiter zu unterminieren, ein Ideal, das in der Aufklärung mühsam entwickelt wurde und bis heute nicht völlig erreicht worden ist. Wer spezielle Rechte für seine identitäre Kammer beansprucht, sollte bedenken, wie er sich fühlt, wenn er von politisch und wirtschaftlich Mächtigeren mit der Ausübung genau dieser Rechte in eben diese Kammer zurückgestoßen wird, für die er doch selbst einen ausschließlichen Schutz zu seinem Vorteil gefordert hat. Das Recht ist immer eine Waffe gegen Menschen; es kommt nur darauf an, welche Hand diese Waffe führt.

#### **4. Schlußbetrachtung: Praktische Ineffizienz des Rechtsschutzes als Vorteil**

Die Diskussion hat absichtlich die schärfsten und bösartigsten Formen eines möglichen Missbrauchs von Schutzregelungen für *Traditional Cultural Expressions* (TCEs) oder „Folklore“ herausgearbeitet. Die Realität ist davon (noch) weit entfernt, aber das Heraufbeschwören extremer Szenarien sollte Warnung genug sein, dass man abgehalten wird, in den Chor derer einzustimmen, die beklagen, dass der Rechtsschutz von TCEs immer noch zu wenig effektiv sei. Es ist sicher ein interessantes rechtstheoretisches Problem, wenn die Vorteile einer Rechtsschutzregelung in ihrer relativen Wirkungslosigkeit gesehen werden. Aber die Frage der möglichen Notwendigkeit symbolhafter, richtungweisender Gesetzgebung ist an anderer Stelle zu erörtern. Die praktische Rechtsdurchsetzung sollte jedoch eher herkömmlichen verfassungsrechtlich geschützten Menschenrechten und auch

---

<sup>87</sup> Johann Gottfried Herder, *Ideen zur Philosophie der Geschichte der Menschheit*, Bollacher (Hg.), Frankfurt 1989, 268-270, 280-281, 369-371.

<sup>88</sup> Achille Mbembe, *Kritik der schwarzen Vernunft*, Berlin 2017, 70-71, 120-121, 286-287.

<sup>89</sup> Nwauche (Fn. 31), 132.

„klassischen“ Immaterialgüterrechten vorbehalten bleiben, die jedem und jeder offenstehen müssen, gleichgültig welcher Ethnie oder Gruppe, durch Bestimmung oder Wahl, sie angehören mögen. TCE-Schutz kann die Entmachtung durch erzwungene Annahme einer eigenen, von anderen vorgefertigten Identität als scheinbare Ermächtigung („*Empowerment*“) bedeuten. Diese anderen sind in der Regel die politisch und ökonomisch Stärkeren. Dagegen können klassische Urheberrechte dem Individuum wenigstens theoretisch eine Chance auf einen wirklichen Rechtsschutz geben. Wenn Gertrude Stein die Widersprüchlichkeit des Begriffs der Tradition gezeigt hat, so betont James Baldwin Identität als Unterschiedlichkeit in einer größeren Gemeinsamkeit:<sup>90</sup>

„Please try to be clear ... about the reality which lies behind the words *acceptance* and *integration*. There is no reason for you to try to become like white people and there is no basis whatever for their impertinent assumption that *they* must accept *you*. The really terrible thing ... is that *you* must accept *them*. ... You must accept them and accept them with love.“<sup>91</sup>

Diese Diskussion soll nicht als Versuch interpretiert werden, Traditionen durch einen falsch verstandenen Internationalismus zu eliminieren, sondern als Versuch, das Ersticken von lebendigen Traditionen durch einen ungeeigneten Schutzmechanismus zu verhindern. Denn wir alle sind auch Träger von nebeneinander bestehenden, unterschiedlichen Traditionen, die wir gleichzeitig gestalten, weiterentwickeln und modernisieren.

---

<sup>90</sup> James Baldwin, *My Dungeon Shook: Letter to My Nephew on the One Hundredth Anniversary of the Emancipation*, (erster Teil von: *The Fire Next Time*), in: James Baldwin, *Collected Essays*, Toni Morrison (Hg.), New York 1998, 291-295, 293-294 (im Original kursiv).

<sup>91</sup> Besonders im zweiten Essay von *The Fire Next Time*, in *Down at the Cross*, macht Baldwin klar, dass hier nicht eine nivellierende, stoische christliche Nächstenliebe gemeint ist, sondern vielmehr eine Art Verpflichtung, nicht jene nachzuahmen, die im ausgrenzenden Denken gefangen sind, etwa durch ihre Auslegung der Bedeutung ihrer Rasse oder ihrer Religion (hier kritisiert Baldwin auch die *Nation of Islam*-Bewegung), Baldwin, *Down at the Cross* (Fn. 90), 306-310, 314-328, 339-342, *et passim*.