

Ein Plädoyer für durchsetzbare Schrankenbestimmungen für Privatkopie, Zitat und Filesharing*

Von Dr. Volker Grassmuck**, Berlin

Nutzer dürfen privat kopieren. Verwerter dürfen ihnen diese Möglichkeit mit Hilfe von technischen Schutzmaßnahmen wieder nehmen. Seit Inkrafttreten des ersten Korbes klafft dieser Widerspruch zwischen der Zulässigkeit sowohl der Schranke wie ihrer Beseitigung durch DRM. Seine Auflösung hat der Referentenentwurf¹ nicht gewagt, sondern erneut vertagt. Die sehr grundlegende Freiheit des Zitierens will der Entwurf geringfügig erweitern. Auch diese Schranke läuft leer bei Werken, die ausschließlich DRM-gekapselt angeboten werden. Die Klagemöglichkeit, die der Gesetzgeber im ersten Korb zur Durchsetzung bestimmter Schrankenbestimmungen geschaffen hat, wirft viele praktische und grundsätzliche Probleme auf. Solange sie jedoch die einzige verfügbare Lösung ist, muss sie auch für die Berechtigten der Privatkopie und der Zitatfreiheit nutzbar gemacht werden.

Besonders eklatant ist das Missverhältnis von medienwirklicher Entwicklung und urheberrechtlicher Regelung in Bezug auf Tauschbörsen. Weder die geltenden noch die geplanten Bestimmungen sind in der Lage, hier die Interessen der Urheber noch die der Nutzer zu wahren. Die vollständige Ratlosigkeit, die die Beschreibung der Tauschbörsendynamik unter der in München versammelten Urheberrechtsfamilie auslöste, ist beredtes Zeugnis dafür. Dabei ist weder das Problem einer massenhaften, nicht genehmigten, aber auch nicht verhinderbaren Werknutzung durch neue Medien dem Urheberrecht neu, noch seine Lösung. Sie lautet: eine Kultur-Flatrate fürs Netz. Es wird zunehmend deutlich, dass dem Massenindividualmedium Internet einzig eine kollektive Rechtswahrnehmung angemessen ist.

I. Die Privatkopie muß durchsetzungsstark werden

Der Referentenentwurf hat die von der Verwertungsindustrie geforderten weiteren Einschränkungen der Privatkopie (§ 53 UrhG) im Wesentlichen zurückgewiesen. Problematisch ist jedoch, dass er die digitale Privatkopie nicht durchsetzungsstark gegen DRM machen will.

Der Umgehungsschutz für technische Maßnahmen war das zentrale Element der Richtlinienumsetzung im ersten Korb. Damals wurde die Wiederherstellung der Balance durch Sicherung des Allgemeinwohlinteresse gegen DRM mit Hinweis auf Zeitdruck auf den zweiten Korb vertagt. Der jetzt vorgelegte Entwurf behauptet verblüffenderweise, eine Regelung sei »voreilig«.

Die vollumfängliche Aufnahme der Privatkopie in die Schrankendurchsetzung des § 95 b UrhG ist EG-rechtlich möglich² und der Sache nach geboten. In der Begründung der Bundesregierung zum ersten Korb hieß es:

»Das bestehende und bewährte System urheberrechtlicher Schranken stellt für den analogen Bereich ein ausgewogenes Verhältnis zwischen den berechtigten Ansprüchen der Urheber und denjenigen der Allgemeinheit sicher. Diese Ausgewogenheit geriete für das digitale Umfeld in Gefahr, wenn im Anwendungsbereich technischer Maßnahmen gemäß § 95a ein umfassender und weit in das Vorfeld verlagerter Schutz gewährt würde, ohne zugleich als Äquivalent ein hinreichendes Instrumentarium zur wirksamen Durchsetzung der Nutzungsmöglichkeiten für die Begünstigten von Schranken zu garantieren.«³

Der Klageweg zu Ermöglichung einer ihrem Wesen nach zustimmungsfreien Schrankennutzung ist stark kritisiert worden⁴. Zu freiwilligen Vereinbarungen zwischen Verbänden von Begünstigten und Rechteinhabern ist es bislang nicht gekommen. Seit Inkrafttreten der Regelung am 1.9.2004 sind auch noch keine Klagen bekannt geworden. Das Prozessrisiko schreckt diejenigen ab, denen der Gesetzgeber erklärtermaßen ein Mittel an die Hand geben wollte, ihre Nutzungsmöglichkeiten durchzusetzen. Im Ergebnis unterbleiben Vervielfältigungen, auf die die jeweils Begünstigten nach Willen des Gesetzgebers ein einklagbares Recht haben. Es ist somit mehr als fraglich, ob der Gesetzgeber seinen eigenen Ansprüchen nach einem »hinreichenden Instrumentarium« und den Anforderungen der Richtlinie nach »geeigneten Maßnahmen« genügt.

* Erweiterte und um Fußnoten ergänzte Fassung des Statements auf dem Symposium des Bundesministeriums der Justiz in Zusammenarbeit mit dem Institut für Urheber- und Medienrecht am 2. November 2004 in München.

** Der Verfasser ist Wissenschaftlicher Mitarbeiter am Helmholtz-Zentrum für Kulturtechnik der Humboldt-Universität zu Berlin und Initiative privatkopie.net.

1 Referentenentwurf für ein Zweites Gesetz zur Regelung des Urheberrechts in der Informationsgesellschaft, 27.10.2004

2 Art. 6(4) Abs. 2 der Richtlinie zur Harmonisierung des Urheberrechts und der Verwandten Schutzrechte in der Informationsgesellschaft (2001/29/EG)

3 BT-Dr. 15/38 vom 6. November 2002, S. 26 f.

4 S. z. B. *Hoeren/Köcher*, Urheberrecht und Verbraucherschutz. Überlegungen zum Gesetz über Urheberrecht in der Informationsgesellschaft. Gutachten im Auftrag von Verbraucherzentrale Bundesverband e.V., Dezember 2002, S. 27 ff.

Die Privatkopie ist auf diese Weise nur einklagbar, sofern es sich um analoge Vervielfältigungen handelt. Ob sie auch digital durchsetzungsstark werden soll, war eine der zentralen Fragen des zweiten Korbs. Statt jedoch von dieser Möglichkeit Gebrauch zu machen, hat das BMJ die Entscheidung erneut aufgeschoben.

Nach Auffassung des Ministeriums begründet sich die Privatkopieschranke allein aus einem historischen Marktversagen. Dieses sei, so behaupten Industrie und Ministerium, durch DRM beseitigt. »Die Rechtsinhaber können heute – anders als 1965 und 1985 – ihr geistiges Eigentum durch technische Sperren schützen.«⁵ Wenn tatsächlich keine weiteren Gründe den Fortbestand der Privatkopieschranke rechtfertigen könnten, würde man erwarten, dass der Entwurf aus dieser Behauptung ihre Abschaffung ableitet.

Der Referentenentwurf erwähnt immerhin die Sozialpflichtigkeit des Eigentums (Art. 14 GG), postuliert jedoch ohne weitere Begründung, dass der Gesetzgeber diese bei der Ausgestaltung des Urheberrechts berücksichtigt habe. Er läßt dabei vollständig außer Acht, dass der BGH durchgängig aus Art. 14 GG ableitet, dass die Schranke des § 53 UrhG dem Interesse der Allgemeinheit verpflichtet ist, »im Rahmen der Entwicklung der modernen Industriegesellschaft, zu vorhandenen Informationen und Dokumentationen einen unkomplizierten Zugang haben zu müssen.«⁶ Auch in der Literatur ist die Bedeutung der Schranke für die Wahrung der Interessen an Kommunikation, Teilhabe und Weiterentwicklung in kreativen Schaffensprozessen anerkannt⁷. § 53, Rn. 1 1999 bekräftigte der BGH im Urteil zum Kopienversand erneut, dass der für die Privatkopie maßgebende Grund auch heute fortbesteht. Weder internationale Verträge noch Grundgesetz könnten eine einschränkende Auslegung des § 53 begründen⁸. Der BGH setzt in diesem Urteil wenn auch nicht ein Recht auf Privatkopie, so doch den Ausschluß eines Verbotsrechts der Rechteinhaber gegen durch die nach § 53 freigestellten Vervielfältigungen⁹. Der BGH hatte sich im vorliegenden Fall nicht mit der Frage zu befassen, wie sich eine Bibliothek im Falle einer Kopienbestellung aus einem DRM-gekapselten Werk zu verhalten hat. Doch wenn Sinn und Zweck des § 53 UrhG ein juristisches Verbot von Vervielfältigungen ausschließen, muß dies ebenso für ein technisches Verbot gelten.

Noch einmal drei Jahre später führte der BGH aus, dass auch der Wandel von analogen zu digitalen Medien nicht zu einer anderen Bewertung der Privatkopie führt:

»So orientiert sich die Praxis im Rahmen des Privilegierungstatbestands des § 53 UrhG nicht allein an den technischen Gegebenheiten, die dem Gesetzgeber bei Einführung der Bestimmung vor Augen standen. Auch wenn 1965 die digitalen Speichermöglichkeiten noch nicht bekannt waren, werden Vervielfältigungen zum privaten und sonstigen eigenen Gebrauch als privilegiert

angesehen, auch wenn es sich um eine digitale Vervielfältigung handelt.«¹⁰

Mit anderen Worten, die Zweckbestimmung des § 53 UrhG über ein Marktversagen hinaus besteht fort. Einer Ausweitung auf digitale Medien steht nichts entgegen, ja sie ist durchsetzungsstark geboten, wenn die Vorschrift nicht jede praktische Wahrnehmbarkeit verlieren soll. »Daher hat § 53«, so schließen *Dreier/Schulze*, »auch im digitalen und vernetzten Umfeld sowie angesichts der Möglichkeit technologischer Schutzmechanismen nach wie vor seine Berechtigung [...]. Das wird in der Diskussion um eine angemessene Ausgestaltung des Umfangs zustimmungsfreier Vervielfältigungshandlungen zum privaten und sonstigen Gebrauch nicht selten übersehen.«¹¹ § 53, Rn. 1 Leider gehört auch das BMJ zu denen, die diese Berechtigung übersehen haben.

Dabei begründete Bundesjustizministerin Zypries die Beibehaltung der Zulässigkeit im Rahmen des ersten Korbs überzeugend damit, dass sich der Gesetzgeber von 1965 bewusst war, dass die einmal getroffene Entscheidung für die Privatkopie nicht mehr rückgängig gemacht werden könne, da sich die Allgemeinheit daran gewöhnen würde¹². Natürlich werden Menschen auch trotz DRM weiter privat kopieren. Der maximale Effekt, der sich mit DRM erzielen läßt, ist somit eine digitale Spaltung: in einerseits medienkompetente, aktive Nutzer, die sich zu helfen wissen und sich bei ihrer Weiterentwicklung in kreativen Schaffensprozessen von DRM nicht behindern lassen, und andererseits passive Medienkonsumenten. Das kann nicht Ziel des Gesetzgebers sein.

Der Referentenentwurf argumentiert ausschließlich mit dem Interesse von Geschäftsmodellen. »Würde eine Regelung getroffen, die für den Verbraucher auch in diesen Fällen die Möglichkeit schafft, kostenlos in den Genuß von Vervielfältigungen für den privaten Gebrauch zu kommen, so würde damit die kommerzielle Verwertung von Werken in den neuen Medien weitgehend entwertet.«¹³

Zum einen ist das genaue Gegenteil der Fall: Aufgrund der Nutzungseinschränkung durch DRM sinkt der Wert der betroffenen Produkte gegenüber nicht eingeschränkten Produkten. Das müßte sich nach Ansicht des BMJ im Preis dieser Produkte widerspiegeln. So Ministerin Zypries auf der Pressekonferenz zur Vorstellung

5 RefE, S. 35.

6 BGH ZUM-RD 1997, 329 – CB-Infobank I.

7 Vgl. *Dreier/Schulze*, Urheberrechtsgesetz, 2004.

8 BGH ZUM 1999, 566 – Kopienversand.

9 Ebd., Abs. 72.

10 BGH ZUM 2002, 740 – Elektronischer Pressespiegel.

11 *Dreier/Schulze*, Urheberrechtsgesetz, 2004.

12 Rede Bundesjustizministerin Zypries im Deutschen Bundestag am 11.4.2003 anlässlich der 2./3. Lesung des Regierungsentwurfs für ein Gesetz zur Regelung des Urheberrechts in der Informationsgesellschaft.

13 RefE, S. 35.

der Eckpunkte des zweiten Korbs: »Kopiergeschützte CDs sollten unserer Meinung nach billiger werden. Das ist aber nicht so.« Der faktischen Entwertung entspricht keine Preissenkung. Somit führt DRM zu überteuerten Produkten.

Zum anderen kann von einer kostenlosen Nutzung natürlich keine Rede sein, da die Schranke vergütungspflichtig ist. Auch der BGH hat die Notwendigkeit einer angemessenen Vergütung für die Schrankennutzung des § 53 UrhG immer wieder betont. Damit wird die Zuordnung des vermögenswerten Ergebnisses der schöpferischen Leistung an den Urheber gewährleistet. Hier stimmen wir dem BMJ zu, dass es gilt, auch durch die Regelung der Privatkopie zu vermitteln, dass geistiges Eigentum seinen Preis hat¹⁴. Für eine solche Vermittlung ist jedoch die nominelle Zulässigkeit und faktische Abschaffung der Privatkopie ein offensichtlich untaugliches Mittel.

Ein geeignetes Mittel will der Entwurf jedoch abschaffen. Die Hinweispflicht auf urheberrechtliche Vergütungen in Einzelhandelsrechnungen für Vervielfältigungsgeräte und Speichermedien (§ 54e UrhG) würde es Verbrauchern ermöglichen, ein Bewusstsein dafür zu entwickeln, dass sie mit dem Kaufpreis nicht nur den Medienhersteller, sondern auch die Urheber vergüten.

Eine ökonomische Betrachtung muß in Rechnung stellen, dass DRM eine kostenintensive Infrastruktur ist. Forschung und Entwicklung, Standardisierung, Einbau in Millionen von Endgeräten, Lizenzkosten für Patente, Errichtung und Unterhalt der zentralen Elemente wie Schlüsselverwaltung, die durch den »Waffenwettlauf« gegen die Umgehung erforderliche ständige Weiterentwicklung, Überwachung, Erneuerung und Widerrufung von Technologien – all dies sind Kosten, die letztlich die Urheber und die Kunden tragen müssen¹⁵.

Die Kunden müssen für ein funktional eingeschränktes Produkt den gleichen Preis bezahlen wie bisher. Musikern werden heute Technikkostenabzüge für die neuen digitalen Formate auferlegt. Während Urheber für Schrankennutzungen über die Verwertungsgesellschaften vergütet werden, gehen sie bei den in einem DRM-System zugestandenen privaten Kopien leer aus. Diesen Zusammenhang hat der BGH in der Entscheidung zum elektronischen Pressespiegel gewürdigt:

»Die vom Berufungsgericht gerade auch mit dem Eigentumsrecht des Urhebers verfassungsrechtlich begründete enge Auslegung der Schrankenbestimmung würde demnach im Allgemeinen dazu führen, daß dem Urheber weder der Vergütungsanspruch noch das Ausschließlichkeitsrecht zustünde. Vor dieser Wirklichkeit, die keine Besonderheit des Streitfalls darstellt, dürfen bei der Anwendung des Rechts die Augen nicht verschlossen werden.«¹⁶

Mehr noch hat der BGH in der Entscheidung zum Kopienversand auch die wirtschaftlichen Interessen der

Allgemeinheit als schützenswert gegen Forderungen der Verwerter angesehen: »Die Verweigerung eines Verbotsanspruchs hat den Zweck, der Allgemeinheit den Zugang zur Werknutzung zu eröffnen und ggf. zu verhindern, dass das Ausschließlichkeitsrecht zur Forderung überhöhter Vergütungen eingesetzt wird.«¹⁷

Um es noch einmal in der gebotenen Klarheit zu sagen: DRM hat keinerlei Wirkung gegen die kommerzielle Verbreitung nicht genehmigter Kopien und ebenso wenig gegen nicht genehmigte Verbreitung in Tauschbörsen. Damit bleibt als primäre Funktion von DRM die Ausschaltung der Privatkopieschranke. Die Industrie spricht es ganz offen aus: das bislang gesetzlich lizenzierte private Kopieren soll mit Hilfe von DRM in einen Markt verwandelt werden¹⁸.

Dieses Ziel schließt natürlich eine Einklagbarkeit der Privatkopie gegen DRM aus. Aus Sicht der Industrie ist dieser Wunsch nachvollziehbar. Doch wird der Gesetzgeber, wenn er sie erfüllt, den Wählern gute Gründe nennen müssen, warum er dies auf Kosten der Interessen von Urhebern und Allgemeinheit tut.

»Solange es aber offen ist, ob die Verwerter überhaupt künftig am Einsatz von Kopierschutzmaßnahmen festhalten werden, wäre ein Eingreifen des Gesetzgebers voreilig.«¹⁹ Dieser Schlußfolgerung vermögen wir nicht zu folgen. Mit diesem Argument lässt sich – überzeugend – begründen, dass man Verwertern die Verwendung von DRM nicht gesetzlich vorschreibt. Doch für die Frage, ob die Privatkopie durchsetzungsstark werden soll, bietet es keinen erkennbaren Hinweis. Verwerter, die von ihrer unternehmerischen Freiheit Gebrauch machen, auf den Einsatz von DRM zu verzichten, sind ohnehin nicht von der Durchsetzung betroffen. Wenn aber die Durchsetzung der Privatkopie der Sache nach geboten ist, spielt es keine Rolle, ob DRM flächendeckend eingesetzt wird oder nur für einige Werke oder Genres, z. B. wissenschaftliche Literatur. Auch in diesem Fall muß die Wahrnehmbarkeit der Schranke gewährleistet werden.

Die Argumentation des BMJ ist aus Allgemeinwohlinteresse nicht hinnehmbar. Sie stellt aber auch aus Sicht der Verwerter eine erhebliche Unsicherheit dar, besagt sie doch, dass ein Eingreifen des Gesetzgebers geboten sein kann, sobald es zu einem hinreichend breiten Einsatz von DRM kommt. Investiert ein Ver-

14 RefE, S. 35.

15 Während die DRM-Branche üblicherweise die Kosten einer solchen Infrastruktur als gering präsentiert, zeigt der Abschlussbericht der »High Level Group on DRM« der Europäischen Kommission die Dimension deutlich auf.

16 BGH ZUM 2002, 740.

17 BGH ZUM 1999, 566.

18 So z. B. der Vertreter der IFPI auf der BMJ-Anhörung zum zweiten Korb, Berlin 15.11.2004.

19 RefE, S. 36.

werter in ein DRM-System, trägt er somit dazu bei, ein gesetzgeberisches Eingreifen herbeizuführen, das ihm die Nachrüstung mit § 95b-konformen technischen Mitteln vorschreibt, die seine ursprüngliche Investition entwertet.

»Eine Regelung, die nur die analoge Privatkopie zuließe, [wäre] praktisch kaum durchsetzbar und den Verbrauchern nicht zu vermitteln. Ein solches Verbot würde die soziale Realität ignorieren und die Autorität und Glaubwürdigkeit der Rechtsordnung untergraben.«²⁰ Genauso wenig ist die widersprüchliche Botschaft zu vermitteln, dass die Privatkopie zulässig, aber nicht durchsetzbar sein soll. Sich vor einer Regelung zu drücken, bis DRM flächendeckend eingesetzt wird, schädigt gleichermaßen die Interessen der Urheber und der Kulturindustrie, wie die der von der Privatkopieschranke begünstigten Bürger und der Bibliotheken und Bildungseinrichtungen, die auf ihr beruhen.

II. Die Zitatschranke muß durchsetzungsstark werden

Die Zitierfreiheit des § 51 erweitert der Referentenentwurf »vorsichtig« mit Blick auf weitere Werkarten wie Film- und Multimediawerke. Diese Entscheidung ist zu begrüßen. Sie erweitert den Raum für Anschlußkreativität. Sie ist gleichermaßen der Wissensallmende mit ihren offenen Prozessen der Kommentierung, Bezugnahme und Fortschreibung wie der Kulturindustrie förderlich, da einer der primären Schranken zwecke – Kritik und Rezension – dem Absatz ihrer Produkte dient.

Das Aber, das nun folgt, ist dasselbe Aber wie bei der Privatkopieschranke: Für eine gesellschaftlich unzweifelhaft gewünschte Nutzung wird eine gesetzliche Lizenz erteilt, aber gleichzeitig wird den Rechteinhabern erlaubt, sie mit Hilfe von DRM auszuschalten. Der Widerspruch ist beim Zitatrecht jedoch noch grundlegender und somit noch dringender auflösungsbedürftig als bei der Privatkopie. Hier ist aus dem internationalen Urheberrecht nach Auffassung einer Autorität auf diesem Gebiet eine klare Verpflichtung abzuleiten, die Wahrnehmbarkeit der Zitatschranke unter allen Umständen sicherzustellen.

Sam Ricketson hat in seiner WIPO-Studie zu Schrankenbestimmungen in der digitalen Umwelt²¹ auf die besondere Bedeutung der Zitatschranke hingewiesen. Es handelt sich um die einzige Schrankenbestimmung, die in der Berner Übereinkunft verpflichtend ausgestaltet ist²². Auch der WIPO Copyright Treaty von 1996 schreibt sie verbindlich vor²³. Folglich gibt es auch keine Schule in der Rechtsdebatte, die in der Zitatschranke nichts als die Reparatur eines Marktversagens sehen würde. Unstrittig dient sie dem Allgemeininteresse an freier geistiger Auseinandersetzung, an Dialog, Kritik

und kultureller Entwicklung²⁴ und wird durch die Einführung neuer technischer Mittel nicht hinfällig.

»If a work is only available in a digital protected format, with no provision for the making of quotations other than on the terms specified by the right-holder, the effect of this will be to deny the exception under Article 10(1) [RBÜ] altogether. This will obviously have far-reaching consequences into the future as more and more works become available in digital protected formats only. The result would be that the only exception specifically mandated under the Berne Convention would be effectively neutralized in the digital environment.«²⁵

Diese Situation besteht heute bereits für Filmwerke, die körperlich (auf DVD) wie unkörperlich (in Video-on-Demand-Systemen) nahezu ausschließlich DRM-geschützt verwertet werden. Das gleiche gilt für Computerspiele und andere Multimediawerke. Die begrüßenswerte Klarstellung, dass Zitate auch aus Film- und Multimediawerken zulässig sind, läuft somit, noch bevor sie beschlossen ist, regelmäßig ins Leere.

Um die notwendige Auflösung dieses Konflikts zu erzielen, sieht Ricketson zwei Auswege für nationale Gesetzgeber: sie können die Zitatschranke in den Geltungsbereich eines allgemeinen Durchsetzungsmechanismus nach Art. 6(4) Info-RL, also des § 95b UrhG, bringen oder in der Schranke selbst verfügen, dass sie wahrnehmbar gemacht werden muß, sofern ein Werk ausschließlich in digitaler geschützter Form angeboten wird²⁶.

III. Die Kultur-Flatrate muß kommen

Betrachtet man die Regelungen der Digitalwelt im geltenden und im geplanten Urheberrecht, so erscheint es, als würde ein Gartenzaun errichtet, damit die Nachbarkinder die Äpfel nicht klauen, während eine Lawine auf das Haus zurollt. Die Lawine heißt Peer-to-Peer (P2P) Filesharing oder auch Tauschbörsen und stellt eine grundlegende Verschiebung in der Nutzungsweise von Datenetzen dar: die nächste Metamorphose des Internet.

Der überwiegende und wachsende Anteil des weltweiten Internet-Datenaufkommens stammt heute von P2P-Anwendungen²⁷. Der CEO der führenden US-ame-

20 RefE, S. 31.

21 Sam Ricketson, WIPO Study on Limitations and Exceptions of Copyright and Related Rights in the Digital Environment (WIPO SCCR/9/7), June 2003

22 Art. 10(1).

23 Art. 1(4) und Agreed Statements Concerning the WIPO Copyright Treaty, Art. 10 par. 1.

24 Vgl. Schricke, Urheberrecht, 1999, § 51 Rn. 6.

25 Ricketson, op.cit., S. 83.

26 Ricketson, op.cit., S. 84.

27 The True Picture of Peer-to-Peer Filesharing, July 2004, <http://www.cachelogic.com/research/index.php>.

rikanischen P2P-Marktforschungsfirma BigChampagne stellte fest, dass die juristischen Kampagnen der Musikindustrie ihre abschreckende Wirkung verloren haben²⁸. Während anfangs die Medien mit Horrorgeschichten über Klagen gegen eine 12- und eine 65-Jährige eine Wirkung über den individuellen Fall hinaus erzielten, berichten sie über eine neue Klagewelle heute allenfalls noch unter ›Vermischtes‹. Die Behauptung der Musik- und der Filmindustrie, ihr drakonisches Vorgehen gegen Filesharer lasse die Nutzung zurückgehen, ist falsch²⁹. Nach Datenmasse, Transaktionen und Nutzern wachsen P2P-Netze kontinuierlich und weltweit. P2P ist nicht aufzuhalten. Die urheberrechtsverletzenden Nutzungen dauern an, und die Urheber werden weiterhin leer ausgehen³⁰.

Das neue Urheberrecht stellt für diese Lage keine adäquaten Mittel zur Verfügung. Der Umgehungsschutz für DRM ist offensichtlich wirkungslos. Das nicht genehmigte Anbieten von geschützten Werken in P2P-Netzen ist seit dem Inkrafttreten des ersten Korbes verboten. Mit dem vorgeschlagenen Verbot von Vorlagen, die offensichtlich rechtswidrig »öffentlich zugänglich gemacht« worden sind, wird auch das Herunterladen ausdrücklich untersagt. »Damit können Urheber und Rechtsinhaber gegen das Kopieren aus File-Sharing-Systemen im Internet erfolgreich vorgehen.«³¹ Dieses Vorgehen hat jedoch seine abschreckende Wirkung verloren.

Als ein Teilnehmer des Symposions zum zweiten Korb am 2.11.2004 in München die geschilderte P2P-Entwicklung vortrug, breitete sich Ratlosigkeit unter den Anwesenden aus. Auf die Rückfrage, welche Forderung er aus seiner Lagebeschreibung ableite, wußte er selbst keine Antwort.

Die Antwort lautet: Kultur-Flatrate. Da man Filesharing nicht unterbinden kann, muß man es zulassen und pauschal vergüten. Zu dieser Schlußfolgerung kommen immer mehr Kommentatoren aus Medienrecht und -praxis³². Im Juni 2004 forderte eine Koalition der deutschen Zivilgesellschaft die Bundesregierung auf, den Weg für eine Flatrate im Internet zu ebnen. Selbst der Leiter des Urheberrechtsreferates im BMJ, Ministerialdirektor Elmar *Hucko* bezeichnete in einem Interview die Kultur-Flatrate als »philosophisch ideal«³³.

Der Referentenentwurf setzt sich mit diesem Modell auseinander und führt drei Einwände an:

1. Die fehlende Grundlage im europäischen Urheberrecht. »Die Richtlinie lässt keine Regelung zu, durch die eine allgemeine Schranke für die Online-Nutzung geschaffen wird.«³⁴

Eine als Ausnahmebestimmung ausgestaltete Tauschbörsenschranke ist in der Tat nur schwer im Rahmen des abschließenden Schranken catalogs der Informations-Richtlinie (Art. 5) vorstellbar, selbst wenn es sich nicht um eine allgemeine Schranke für die Online-Nutzung handelt. Daraus folgt zum einen erneut die Aufforderung

an die Bundesregierung, sich für die Revision der in vieler Hinsicht problematischen EG-Richtlinie einzusetzen.

Zum anderen ist die Tauschbörsenregelung aber auch als Zwangslizenz oder Verwertungsgesellschaftspflichtigkeitsbestimmung denkbar. In beiden Fällen befände sie sich außerhalb des Geltungsbereichs des Schranken catalogs der Richtlinie und des Dreistufentests³⁵.

2. Der sog. »Dreistufen-Test«, den jede nach der Berner Übereinkunft zulässige Schrankenbestimmung bestehen muß. »Schrankenregelung dürfen aber nur in Sonderfällen geschaffen werden, die weder die normale Auswertung des Werks beeinträchtigen noch die berechtigten Interessen des Urhebers unzumutbar verletzen.«³⁶

Da die Privatkopieschranke den Dreistufentest besteht³⁷, ist davon auszugehen, dass auch eine vergütungspflichtige Tauschbörsenschranke, die die zulässige öffentliche Zugänglichmachung begrenzt auf veröffentlichte Werke, auf natürliche Person, die die Nutzung zum privaten, nicht gewerblichen Gebrauch vornehmen, und auf die technischen Gegebenheiten von Peer-to-Peer-Netzwerken, zulässig ist. Mehr noch verpflichtet der Dreistufentest die Vertragsparteien nach durchgängiger Auffassung in der Literatur³⁸ gar dazu, eine Vergütung zu erheben, um die Rechteinhaber zu entschädigen, wenn die Wahrnehmung eines Rechtes faktisch unmöglich ist. Diese Bedingung ist in P2P-Netzen offensichtlich erfüllt.

28 Institut für Urheber- und Medienrecht, News, Anstieg der Userzahlen in Tauschbörsen, 8.11.2004; <http://www.urheberrecht.org/news/2066/>.

29 Wenn IFPI und RIAA einen Rückgang der P2P-Nutzung vermelden, so liegt das daran, dass sie nur Kazaa betrachten. Das Kazaa-Netz schrumpft tatsächlich, aber nur, weil andere Protokolle wie BitTorrent populärer werden. S. CacheLogic op.cit.: <http://www.cachelogic.com/research/slide9.php>.

30 Dass Urheber und Verwerter keine Vergütung für die P2P-Nutzung ihrer Werke erhalten, steht offenbar in keinerlei Zusammenhang zu ihrer Möglichkeit, Einkünfte aus CD-Absätzen zu erzielen. Deren Anstieg in den letzten Quartalen in den USA und England bei gleichzeitiger Zunahme der P2P-Aktivität belegt die Ergebnisse einer Studie der US-Ökonomen Felix Oberholzer-Gee und Koleman Strumpf, die keine meßbaren Auswirkungen von Filesharing auf CD-Verkäufe feststellten. (Vgl. The Guardian, July 22, 2004, <http://www.guardian.co.uk/online/story/0,3605,1265840,00.html/>).

31 RefE, S. 52.

32 Für eine Literaturliste zu dem Thema siehe <http://crosscommons.org/acs.html>.

33 *Sietmann*, Das Urheberrecht kennt kein Recht auf Privatkopie. Ein c't-Gespräch mit Justizministerin Zypries und Ministerialdirektor *Hucko* über geistiges Eigentum, Patente und Urheberrecht, c't 16/2004, S. 158 ff., <http://www.heise.de/ct/04/16/158/>

34 RefE, S. 33 f.

35 Vgl. *Lewinski*, Mandatory Collective Administration of Exclusive Rights – A Case Study On Its Compatibility With International and EC Copyright Law, UNESCO e.Copyright Bulletin, No. 1 2004.

36 RefE, S. 33 f.

37 *Ricketson*, op.cit., S. 74 f.

38 *Peukert*, International Copyright Law and Proposals for Non-Voluntary Licenses Regarding P2P File Sharing, in Proceedings ATRIP-Tagung 2004, erscheint 2005, S. 10.

3. Mit einer solchen Schrankenregelung würde eine erfolgreiche Vermarktung urheberrechtlich geschützter Werke im Internet unmöglich gemacht. »Neue Geschäftsmodelle, wie sie zur Zeit entwickelt werden, würden zu Gunsten einer zustimmungsfreien Zugänglichkeit zum Einheitspreis verdrängt.«³⁹

Hier ist an die Auffassung in der Rechtswissenschaft zu erinnern, dass das Urheberrecht nicht dazu dient, Geschäftsmodelle zu schützen⁴⁰. Dies gilt insbesondere für solche, die auf technischen Mitteln beruhen, die Rechte Dritter beeinträchtigen, wie Datenschutz, Wettbewerb, Innovationsfreiheit, Schrankenbestimmungen und die offene Architektur von PC und Internet.

Vor allem aber sind keine Geschäftsmodelle für P2P-Nutzungen absehbar. Die Hoffnung, möglichst viel Schadensersatz aus Tauschbörsen heraus zu klagen, kann natürlich nicht das Geschäftsmodell für urheberrechtliche Werke in P2P-Netzen sein.

Die Interessen der Urheber sind nicht zuletzt finanzieller Natur.

»These interests are well taken care of on behalf of the author through collecting societies and possibly so in a more beneficial way than by voluntary collective or individual administration. Accordingly, mandatory collective administration cannot possibly constitute a

prejudice, and even more so not an unreasonable prejudice to the legitimate interests of the authors.«⁴¹

Eine verwertungsgesellschaftspflichtige gesetzliche Lizenz würde nicht etwa ein auf andere Weise wahrnehmbares Ausschließlichkeitsrecht einschränken, sondern es allererst wahrnehmbar machen. Weder DRM, noch massenhafte Strafverfolgung von Filesharern, noch neue Geschäftsmodelle haben eine erkennbare Wirkung auf die P2P-Nutzung. Dagegen würde, so der Tenor von *Lewinskis*, ein kollektiv wahrgenommener Vergütungsanspruch tatsächlich einen Markt eröffnen und den Urhebern eine Vergütung sichern.

Was der langjährige Leiter des Urheberrechtsreferats im BMJ als »theoretisch ideal« bezeichnet, und eine wachsende Zahl von Juristen, Ökonomen, Vertretern der Verwertungsgesellschaften und auch der Musikindustrie als den einzig gangbaren Weg für den Online-Bereich ansieht, ist es wert, in einer breiten Diskussion auf seine Machbarkeit überprüft zu werden.

39 RefE, S. 33 f.

40 So z. B. *Hilty* bei der Auftaktveranstaltung zum zweiten Korb, Nov. 2003.

41 v. *Lewinski*, op.cit.

Entwurf für 2. Korb des neuen Urheberrechts bringt weitere Nachteile für Verbraucher*

Von Patrick von Braunmühl**, Berlin

Der 1. Korb der Urheberrechtsnovelle wurde von Verbraucherverbänden, Bürgerinitiativen aber auch aus der Wissenschaft zum Teil heftig kritisiert. Er schieße weit über das Ziel der Bekämpfung von Piraterie hinaus, begünstige einseitig die Industrie und bringe die traditionelle Balance zwischen den Interessen der Rechteinhaber, der Künstler und der Nutzer aus dem Gleichgewicht. Die Verbraucherverbände kritisierten insbesondere die faktische Abschaffung der digitalen Privatkopie. Die Bundesregierung verwies auf den 2. Korb, in dem die Belange der Nutzer berücksichtigt werden sollten. Die Umsetzungsfrist für die EU-Richtlinie sei zu kurz, um solch schwierige Fragen wie die Durchsetzbarkeit der Privatkopie zu diskutieren.

Jetzt liegt der Entwurf des Bundesjustizministeriums (BMJ) für den 2. Korb vor. Die Eckpunkte des Gesetzes tragen den schönen Titel: « Urheberrecht in der Wissensgesellschaft – ein gerechter Ausgleich zwischen Kreativen, Wirtschaft und Verbrauchern«. Doch der Nutzer (der Begriff ist im Zusammenhang mit geistigen

Werken besser als »Verbraucher«, weil Musik oder Text gerade nicht verbraucht, sondern beliebig oft gehört und gelesen werden) sucht in dem verklausulierten Paragraphenwerk vergeblich nach einer Verbesserung seiner Position. Im Gegenteil, die Rechte des Nutzers werden durch den 2. Korb nochmals deutlich verschlechtert.

I. Durchsetzbarkeit der Privatkopie

Das Recht, digitale Kopien zu privaten Zwecken anzufertigen, bleibt wie seit dem 1. Korb weiter nur pro forma erhalten. Die Entscheidung, ob der Käufer einer

* Beitrag zum Symposium des Bundesministeriums der Justiz und des Instituts für Urheber- und Medienrecht am 2.11.2004 in München zum 2. Korb des Urheberrechts in der Informationsgesellschaft.

** Der Verfasser ist Leiter des Fachbereichs Wirtschaftsfragen und Stellvertretender Vorstand Verbraucherzentrale Bundesverband e.V. (vzbv).