



INSTITUT FÜR RECHTSFRAGEN DER FREIEN UND OPEN SOURCE SOFTWARE

Stellungnahme zum Referentenentwurf für ein „Gesetz zur Regelung des Urheberrechts in der Informationsgesellschaft“

I. Einführung

Der Referentenentwurf vom 18. März 2002 nimmt für sich zu Recht in Anspruch, das deutsche Urheberrecht im Zeitalter von neuen Technologien in den Bereichen digitale Medien und Netzwerktechnik (insbesondere Internet und Intranet) auf die geänderten Anforderungen anzupassen und dabei die Vorgaben internationaler Verträge (WPPT und WCT) sowie der EU-Harmonisierungsrichtlinie vom 22. Mai 2001 umzusetzen.

Die damit einhergehenden Änderungen sind tiefgreifend und für weite Bereiche des deutschen Kultur- und Wissenschaftslebens von enormer Bedeutung, die auch auf die Allgemeinheit zurückwirkt. Daher halten wir es für ganz wesentlich, dass bei den notwendigen Änderungen die berechtigten Interessen aller beteiligten Kreise ausgewogen berücksichtigt werden. Die folgenden Anmerkungen sollen diesem Ziel dienen.

II. Hinweise zu den einzelnen Vorschriften

1. Zu § 69a Abs. 5

§ 69a Abs. 5 schließt zwar richtigerweise die Anwendbarkeit der §§ 95a – c auf Computerprogramme aus (wie in Art. 1 Abs. 2 der RL vorgesehen), lässt aber noch Auslegungsspielraum zu, der zu Rechtsunsicherheiten führen kann. Denn die §§ 69 a ff. UrhG regeln nicht das Recht der öffentlichen Zugänglichmachung, so dass für urheberrechtlich relevante Handlungen wie das Application Service Providing (ASP) auf § 19a n.F. zurückgegriffen werden muss.

Dann ist aber nicht ganz klar, ob auch insoweit die Vorschriften für technische Schutzmaßnahmen (§§ 95 a – c) unanwendbar sind. Die Richtlinie geht zwar in Erwägungsgrund 50 davon aus, dass auch auf das Recht der öffentlichen Wiedergabe bei Software nur die Schranken der Computerrichtlinie (91/250/EWG) anwendbar sind, aber dann müsste dies auch in den §§ 69a ff. UrhG klargestellt werden. Dies könnte dadurch geschehen, dass in § 69c eine Ziffer 4 eingefügt wird, die das Recht der öffentlichen Zugänglichmachung in den Regelungsbereich der §§ 69a ff. UrhG einbezieht :

4. die drahtgebundene oder drahtlose öffentliche Wiedergabe eines Computerprogramms einschließlich der öffentlichen Zugänglichmachung in der Weise, dass es Mitgliedern der Öffentlichkeit an Orten und zu Zeiten ihrer Wahl zugänglich ist.

Damit würde sich §§ 69a Abs. 5 auf alle Nutzungsrechte bei Software beziehen und eine klare und richtlinienkonforme Regelung herbeiführen.

2. Zu § 95a Abs. 1

a) Allgemein positiv an der Definition der technischen Maßnahmen und deren Funktionsweise ist, dass diese nur insoweit unter § 95a Abs. 1 fallen, als sie dem

Schutz „geschützter“ Werke dienen. Um auch in Bezug auf die verwandten Schutzrechte hier ganz deutlich zu werden, empfehlen wir, die Formulierung „...eines sonstigen Schutzgegenstandes“ wie folgt zu ergänzen:

„...eines anderen „sonstigen“ nach diesem Gesetz geschützten Schutzgegenstandes...“

Dies würde sich in die Terminologie des Gesetzes (vgl. z.B. § 97 Abs. 1) einfügen und unmissverständlich deutlich machen, dass nicht jeglicher sonstige Schutzgegenstand unter den Anwendungsbereich der Vorschrift fallen soll. Vorteilhaft erscheint uns diese Ergänzung auch deshalb, weil hierdurch eine weitere Möglichkeit der Verdeutlichung genutzt werden würde, dass der Schutz technischer Maßnahmen ein solcher ist, der ausschließlich dem Urheberrecht und den verwandten Schutzrechten dienen soll und nicht anderen Zwecken. Die wohl kaum gänzlich auszuräumende Gefahr einer zweckwidrigen Auslegung der Norm, aufgrund der Formulierung „im normalen Betrieb dazu bestimmt sind“ (hierzu sogleich) könnte hierdurch entschärft werden.

b) Die Formulierung „im normalen Betrieb dazu bestimmt sind“ bietet großen Spielraum, § 95a extensiv anzuwenden. Es bleibt offen, in welchem Maße der Schutz dieser Norm davon abhängt, ob die technische Maßnahme überhaupt dem Urheberrechtsschutz zu dienen bestimmt ist. Wie schon in unserer Eingabe vom 4. Juli 2001 beschrieben, hat sich im DeCSS-Fall eine eben solche Gefahr realisiert. Hier wurden die technischen Schutzvorschriften aus dem Copyright Act für ein Schutzsystem zur Anwendung gebracht, das maßgeblich (auch) zum Ziel hat, den Zugang zu Märkten zu kontrollieren. Immerhin hat schon der Kernanwendungsbereich der Schutzvorschriften für technische Maßnahmen zur Folge, dass hierdurch der Inhaltsindustrie ermöglicht wird, auf den Markt der Verarbeitungsgeräte Einfluss zu nehmen. Dies ist darauf zurückzuführen, dass bei Anwendung von Zugangs- und Nutzungskontrollsystemen die Notwendigkeit besteht, dem Endgerät die entsprechenden Entschlüsselungsmechanismen zu implementieren.

Es sollte somit soweit als möglich gesichert werden, den Anwendungsbereich des Schutzes technischer Maßnahmen auf den Kernbereich dessen Regulierungszwecks schon auf gesetzlicher Ebene zu begrenzen.

Es böte sich aus unserer Sicht an, dem Absatz 1 einen Satz 2 anzufügen, der lauten könnte:

„Die in Satz 1 genannten Technologien, Vorrichtungen und Bestandteile, werden nur insoweit geschützt, als sie dem Schutz eines durch dieses Gesetz geschützten Rechts dienen.“

In den Erläuterungen sollte verdeutlicht werden, dass diese klarstellende Beschränkung sich insbesondere auf solche Schutzmaßnahmen bezieht, deren Zweck nicht ausschließlich im Schutz des Urheberrechts und der verwandten Schutzrechte liegt und mit deren Implementierung nebenbei noch andere Intentionen verfolgt werden, wie zum Beispiel die Kontrolle von Märkten. Außerhalb des Schutzziels des Urheberrechts angesiedelte Zweckbestimmungen sollten nicht von der Schutzvorschrift des § 95a UrhG erfasst werden.

Die Funktion einer solchen Ergänzung dürfte sich in einer Klarstellung beschränken. Dennoch halten wir es für bedeutsam, dass Zweckentfremdungen der Vorschriften durch klare Hinweise darauf hinweisen, dass der Schutz technischer Maßnahmen nach dem Willen des Gesetzgebers restriktiv gehandhabt werden soll.

c) Der Begriff der „Wirksamkeit“ stellt hier wie die Richtlinie auf die für den Schutzmechanismus verwendete Kontrollmethode ab sowie auf die „Sicherstellung des Schutzziels“. Unseres Erachtens definiert letztere Formulierung nicht ausreichend den Begriff der „Wirksamkeit“, sondern besagt nichts anderes als der Begriff „wirksam“ selbst. Es ist zu erwarten, dass besonders über diesen Punkt erheblich gestritten werden wird, da die Meinungen über den Begriff der Wirksamkeit nicht nur zwischen Technik- und Rechtsexperten schon jetzt weit auseinander gehen (vgl. die Diskrepanz zwischen der Ansicht des Industrieverbandes BITKOM und Informatikern der Humboldt Universität zur Effektivität der zur Zeit verfügbaren

Kopierschutzsysteme unter <http://www.heise.de/newsticker/data/jk-30.01.02-001/> sowie das einen weiteren Akzent setzende Working Paper der EU-Kommission [Sec 2002 197 vom 14.02.2002]). Um vorzubeugen, dass allzu niedrige oder allzu hohe Anforderungen an die Wirksamkeit gestellt werden, schlagen wird folgende Ergänzung vor:

Nach den Worten „...*die die Erreichung des Schutzziels...*“ wird das Wort

„...*insoweit...*“

und nach „...*sicherstellt...*“ werden die Worte eingefügt:

„... dass sie vom technisch durchschnittlich bewanderten Nutzer geschützter Werke nicht allein aufgrund eigener Fähigkeiten umgangen werden kann,...“.

Dabei sollte deutlich sein, dass die Wirksamkeit sich weder an den Fähigkeiten von Experten noch an denen von (technisch) gänzlich unerfahrenen Nutzern orientieren kann. Auf diese Weise könnte der Beschränkung auf wirksame Maßnahmen eine sinngerechte Umfangsbeschreibung anheim gegeben werden.

Auf anderer Seite wird hiermit die Offenheit der Bestimmung gegenüber der technischen Entwicklung nicht beeinträchtigt.

3. Zu § 95b Abs. 1

a) Ein Hauptmangel des Referentenentwurf liegt in der fehlenden Umsetzung des Art. 6 Abs. 4 UAbs. 2 der Harmonisierungsrichtlinie, wonach der nationale Gesetzgeber geeignete Maßnahmen zum Schutz der Privatkopie bei der Anwendung von technischen Schutzmaßnahmen treffen kann.

Die freie Möglichkeit einer Anfertigung von Kopien zu privaten Zwecken ist ein wichtiges Instrument des Urheberrechts, die Interessen der Allgemeinheit an möglichst freier Nutzung und die Kontrollinteressen der Urheber und Werkverwerter

in Einklang zu bringen. Das Grundgesetz gebietet dem Gesetzgeber in Art. 14 GG, diese Belange in einen angemessenen Ausgleich zu bringen.

§ 95a, der bestimmt ist, diese Verhältnismäßigkeit im Spannungsfeld zwischen Schutz der Berechtigten und von diesen implementierten technischen Maßnahmen und den Schrankenvorschriften des 6. Abschnitts herzustellen, wird seiner Aufgabe in Bezug auf die Verbraucherinteressen nicht gerecht.

Es ist abzusehen, dass die Verwertung geschützten Materials zukünftig immer mehr in digitaler Form vonstatten gehen wird. So soll nach einem Beschluss der Bundesregierung von Dezember 1997 bis Ende des Jahres 2010 die terrestrische Übertragung von Fernsehprogrammen vollständig auf digitale Formate umgestellt werden. Abzusehen ist, dass schon bedeutend früher interessante und wertvolle Inhalte nahezu ausschließlich über digitales Pay-TV ausgestrahlt werden wird, wie dies heute schon vor allem im europäischen Ausland sehr weitreichend der Fall ist. Auch digitales Fernsehen und jede andere Form der digitalen Inhaltsvermittlung kann und wird mit Schutzmechanismen versehen werden, die den Verbraucher hindern, Kopien anzufertigen, z.B. Sendungen aufzuzeichnen oder diese einfach nur zu konsumieren. Praktisch würde das bedeuten, dass es dem Verbraucher künftig rechtlich unmöglich gemacht würde, von Fernseh- oder Radiosendungen eine Privatkopie anzufertigen.

Dabei bewirkt der Schutz technischer Maßnahmen eine Ausweitung der Kontrollmöglichkeiten der Rechtsinhaber über die Schutzpositionen des materiellen Urheberrechts hinaus. Die durch § 95a erfassten Mechanismen werden erwartungsgemäß neben der Kopierschutz- auch Zugangs- und Einzelnutzungskontrollfunktionen aufweisen. Auf diese Weise kann der Rechtsinhaber mittels dem Urheberrecht auch die Kenntnisnahme vom geschützten Werk an sich und dessen bloße Benutzung kontrollieren.

Eine derartige Ausweitung des Urheberrechtsschutzes bedarf eines angemessenen Ausgleichs zur Wahrung der Interessen der Allgemeinheit. Würde wie im Referentenentwurf vorgeschlagen, auf gesetzliche Verpflichtungen der

Rechtsinhaber zur Gewähr der Vervielfältigung - und hiermit auch der reinen Benutzung - zu privaten Zwecken verzichtet, begäbe sich der Gesetzgeber der Möglichkeit, diesen wichtigen Ausschnitt des urheberrechtlichen Interessenausgleichs selbst zu regeln. Die Entscheidungsgewalt über die Zugang-, Nutzungs- und Kopiermöglichkeit im privaten Bereich würde so den Rechtsinhabern überlassen. Darf der Nutzer Zugangs- und Kopierschutzsysteme nicht umgehen und kann auch die Bereitstellung von Umgehungsmechanismen nicht rechtlich einfordern, verbleibt bei technisch geschützten digitalen Werken keine Möglichkeit mehr, diese zu konsumieren und zu vervielfältigen ohne die Erlaubnis der Rechtsinhaber einzuholen.

Es steht auch nicht zu erwarten, dass diese Überantwortung der Realisierungsmöglichkeit allgemeiner Interessen an möglichst ungehinderter Nutzung von Informationen sich über den Markt regulieren wird. Große Bereiche der Entertainment-Industrie sind in hohem Maße oligopolisiert.

Insbesondere vor dem Hintergrund der steigenden Bedeutung der Nutzung von wertvollen, urheberrechtlich schützbaeren Informationen und Inhalten in der aufkommenden Informations- oder Wissensgesellschaft ist eine gesetzliche Regulierung des Interessenausgleichs unabdingbar.

Der Verzicht auf den Schutz der Privatkopie erscheint umso unverständlicher, als § 95b Abs. 4 ohnehin – wie von der Harmonisierungsrichtlinie gefordert – eine Berufung auf die Privatkopie unmöglich macht, wenn der Nutzer das Werk über Datennetze abrufen, ohne ein Werkexemplar zu erwerben (Streaming Medien, „pay per use“ etc).

Um einerseits zu vermeiden, dass in Zukunft eine der Interessengruppen die Wahrnehmung verfassungsrechtlich geschützter Interessen der anderen Interessengruppe willkürlich kontrollieren kann und andererseits die angemessene wirtschaftliche Beteiligung der Rechtsinhaber zu sichern, verkörpert auch in näherer Zukunft das Modell aus Zustimmungsfreiheit und Pauschalvergütungen ein adäquates und zugleich das ersichtlich einzig realisierbare Regulierungskonzept.

Wir empfehlen daher, in die Aufzählung der privilegierten Schrankenbestimmungen in § 95b Abs. 1 den § 53 Abs. 1 UrhG aufzunehmen.

4. Zu § 95b Abs. 3

Hier sollte nur zur Klarstellung hinter dem Wort „Unterlassung“ eingefügt werden:

„... der Anwendung der technischen Maßnahmen...“

5. Zu § 95b Abs. 4

Wie Art. 6 Abs. 4 Unterabsatz 4 der Richtlinie lässt auch die vorgeschlagene Formulierung noch einigen Spielraum bei der Auslegung. Eine Interpretation könnte lauten: „Auf Werkstücke, die von einem Internet-Dienst herunter geladen wurden (bzw. nach einem Download entstanden sind), der auf vertraglicher Basis erbracht wurde, kommen die Absätze 1-3 nicht zur Anwendung.“ Es steht zu befürchten, dass das Wort „soweit“ als Klarstellung dafür, dass die Beschränkung sich nicht auf **von** einem interaktiven Dienst **heruntergeladene** Werkstücke und darauf angewendete Schutzmaßnahmen beziehen soll, nicht ausreicht.

Die Richtlinie bezweckt eine solche Auslegung - die erhebliche negative Folgen hätte - nicht. Ansonsten würde dies im Ergebnis dazu führen, dass Nutzer von Internet-Diensten faktisch uneingeschränkt durch Kopiersperren an der Anfertigung von Privatkopien gehindert werden können, da eine freiwillige Bereitstellung von Mitteln zur Schrankenverwirklichung durch die Rechtsinhaber kaum zu erwarten ist. Es gelten hier die gleichen Bedenken, wie unter den Punkten 2 und 3 ausgeführt. Will man einen angemessenen Interessenausgleich bei der Nutzung digitaler Werke herstellen, müssen die Rechtsinhaber gesetzlich - wie in § 95b vorgesehen - verpflichtet werden, die Realisierung der wichtigen Schrankenregelungen (u.a. § 53

Abs. 1 UrhG, aber auch die bedeutenden wissenschaftlich und sozial orientierten Ausnahmen) für Vervielfältigungsstücke zu gewähren, die online bezogen wurden.

Es kann dabei nicht im Interesse des Urhebergesetzgebers liegen, den Online-Handel gegenüber anderen Distributionsformen zu benachteiligen. Die zu befürchtende Fehlinterpretation des § 95b Abs. 4 würde einerseits dem Schutz der Allgemeininteressen wiederum erheblich zuwider laufen, da der E-Commerce stark an Bedeutung zunehmen wird. Zum anderen wäre eine solche auch entwicklungsunfreundlich, da so dem Verbraucher Anreize genommen würden, den Online-Handel zu nutzen.

Da dies nicht intendiert ist, sondern nur bei der Nutzung von Werken über das Internet – also wenn der Nutzer gerade kein Werkexemplar erhalten soll (z.B. Video on Demand) – ein Rückgriff auf die Privatkopieschranke ausgeschlossen werden soll, empfehlen wir eine eindeutige Klarstellung, dass nur das öffentlich angebotene Werkexemplar von der Beschränkung des § 96 b erfasst werden soll, nicht aber das auf dem Computer des Nutzers entstehende Vervielfältigungsstück, also die gezogene oder gelieferte Kopie.

Wir schlagen daher vor, die Vorschrift um einen Satz 2 zu ergänzen, der wie folgt lauten könnte:

„Diese Einschränkung gilt nicht für diejenigen Vervielfältigungsstücke von Werken und sonstigen Schutzgegenständen, die durch die Inanspruchnahme eines in Satz 1 genannten Angebotes auf dem Endgerät des Nutzers eines solchen Dienstes entstehen.“

Hiermit sollte die nötige Erläuterung der Ausrichtung der Norm deutlich werden. Sollte eine solche Vorschriften zugunsten einer weit gehend einheitlichen Umsetzung im europäischen Kontext nicht als wünschenswert angesehen werden, halten wir es für ratsam, wenigstens eine Erläuterung der Vorschrift, z.B. nach dem Vorbild der obigen Ausführungen, in die Erwägungsgründe aufzunehmen.

6. Zur Änderung des § 13 Urheberrechtswahrnehmungsgesetz

Die aus der Richtlinie übernommene Vorschrift, nach der die Gestaltung von Tarifen nach den §§ 54 und 54a UrhG berücksichtigen soll, ob auf „die betreffenden Werke oder Schutzgegenstände technische Schutzmaßnahmen gem. § 95a angewendet werden, ist grundsätzlich zu begrüßen. Indes liegt hierin kein probates Mittel, die durch die Vorschlagsfassung der §§ 95a und 95b vorgezeichnete Interessenverschiebung (s.o. unter Punkt 2 und 3) im Bereich der privaten Nutzung abzuschwächen oder zu vermeiden. Vielmehr ist zu erwarten, dass eine nach § 13 Abs. 3 gebotene Berücksichtigung im Rahmen der mittelbaren Entlohnung der Berechtigten durch Pauschalabgaben auf Geräte- und Leermedien nicht realisierbar ist. Dies ist darauf zurückzuführen, dass nahezu alle digitalen Speichermechanismen oder –geräte werkartunabhängig einsetzbar sind. Man denke allein an die umstrittene Frage nach Vergütungsansprüchen auf Personal Computer. Auch auf einer CD-R können Texte, Bilder, Musik, Videos, Filme oder jede andere Art von geschütztem Inhalt gespeichert werden.

Es ist damit unmöglich, im Rahmen der Tarifbildung die Anwendung oder Nichtanwendung von technischen Schutzmaßnahmen auf die „betreffenden Werke“ zu berücksichtigen. Es steht kaum zu erwarten, dass Tarife nicht oder in nur geringer Höhe verlangt werden, wenn manche Werkarten nicht mehr kopiert werden können, solange dies bei anderen noch möglich ist.

Hierdurch wird die Bedeutung der mit den vorgeschlagenen §§ 95a und 95b vorgezeichneten Interessenungleichgewichtung noch verstärkt. Der nach den §§ 54 ff. UrhG (mittelbar) zur Vergütung von Privatkopien Verpflichtete kann sich einerseits der Zahlung nicht entziehen, bekommt aber andererseits keine Möglichkeit, die gewünschten Vervielfältigungen anzufertigen. Eine Lösung dieser ungerechtfertigten Folge kann nicht über das Vergütungssystem erreicht werden, sondern nur über die unter 3 vorgeschlagene Änderungen des § 95b zugunsten der privaten Nutzer.

Dr. Till Jaeger

Till Kreutzer