

Stellungnahme zum Entwurf der Urheberrechtsgesetz-Novelle 2002

Georg Jakob
Universität Salzburg, Abteilung Rechtsinformatik

für den
Verein zur Förderung Freier Software
<http://www.ffs.or.at>



September 2002

Zusammenfassung

Diese Stellungnahme übt Kritik am vom Bundesministerium für Justiz vorgelegten Entwurf zur Urheberrechtsgesetz-Novelle 2002, der unter anderem die Legalisierung technischer Schutzmaßnahmen und damit die de facto Beseitigung der Freien Werknutzung vorsieht. Wo dies tunlich erscheint, werden Verbesserungs- und Umformulierungsvorschläge angeboten. Trotzdem bleibt aufgrund der dargestellten Gesamtproblematik in erster Linie wohl nur ein zurücklegen des gegenwärtigen Entwurfs zur vollständigen und grundlegenden Neubearbeitung, die dann auf breiter Basis und vor allem in einem angemessenem Zeitrahmen stattfinden sollte.

1 Grundlagen

Vom Bundesministerium für Justiz wurde - für eine derart wichtige Reform unüblich kurzfristig - ein Entwurf für ein Bundesgesetz, mit dem das Urheberrechtsgesetz, BGBl. Nr. 111/1936, zuletzt geändert durch BGBl. I, Nr. 110/2000, geändert werden soll vorgelegt. Damit würde die problematische EU Richtlinie 2001/29/EG¹ in Österreich umgesetzt, deren amerikanisches Gegenstück, der Digital Millennium Copyright Act (DMCA) ebenfalls auf heftige Kritik stieß². Die beiden zuletzt genannten Bestimmungen wurden nach heftigstem Lobbying der Unterhaltungs- und Softwareindustrie beschlossen.

2 Die europäische Urheberrechtstradition

Diese Konstellation ist insbesondere auch in rechtsdogmatischer Hinsicht bedenklich, und zwar deshalb, weil hier dem europäischen Urheberrecht plötzlich das Modell des angloamerikanischen Kopierrechts (Copyright) übergestülpt wird, obwohl letzteres gegenüber ersterem bis heute in der Entwicklung zurückgeblieben ist: Während nämlich das amerikanische Recht in erster Linie das Investitionsinteresse des Verlegers schützt, beruht die europäische Tradition auf philosophischen Überlegungen, die den gerechten Ausgleich zwischen Urhebern, Verlegern und Öffentlichkeit ins Zentrum ihrer Bemühungen stellen - eine Entwicklung, die in den U.S.A. nie nachvollzogen wurde³.

3 Rechtswidrigkeit der RL 2001/29/EG

Die dem Entwurf zugrundeliegende Richtlinie

- fördert nicht den freien Warenverkehr innerhalb der EU - im Gegenteil: Durch die Legalisierung technischer Schutzmaßnahmen (etwa Ländercodes und weiter Kompatibilitätseinschränkungen bei DVDs) besteht hier eher eine Gefahr der Einschränkung von Warenverkehrs- und Wettbewerbsfreiheit.

¹Zur deren Kritik vgl. etwa <http://www.fsfeurope.org/law/eucd/eucd.en.html>

²Zusammenfassend *Jakob*, Owinging the Immaterial?, in: Gan/Chen/Huang (Hrsg.), Proceedings of International Conference on e-Business (ICEB2002) Vol. II, Beijing, 2002, S 667-672, online unter <http://www.users.sbg.ac.at/~jack/legal.htm>

³*Eggersberger*, Die Übertragbarkeit des Urheberrechts in historischer und rechtsvergleichender Sicht, München (1992), S 9ff.; *Gieseke*, Vom Privileg zum Urheberrecht, Göttingen (1995), S 35ff; *Grassmuck*, Freie Software - zwischen Privat- und Gemeineigentum, Bonn, 2002, S 58ff, online unter <http://freie-software.bpb.de/>; *Mayer-Schönberger*, Information und Recht, Wien (2001), S 63ff; *Rehbinder*, Urheberrecht, 9. Auflage, München (1996), S 50ff; *Walde*, Geistiges Eigentum, Weinheim (1996), S 129ff.

- trägt nicht zur Harmonisierung von Rechtsvorschriften bei: Gerade etwa das Recht der Mitgliedstaaten, aus der abschließenden Aufzählung freier Werknutzungen auszuwählen, sie trägt im Gegenteil zu einer weiteren Zersplitterung der nationalen Vorschriften bei.
- fördert durch ihre zahlreichen unklaren Formulierungen keineswegs die Rechtssicherheit - sie vermindert diese vielmehr.

Sie leidet somit an denselben Mängeln wie die Tabakwerberichtlinie⁴, deren Aufhebung der EuGH aus ebendiesen Gründen empfahl⁵. Für einen verantwortungsvollen Mitgliedstaat sollte sich also weniger die Frage nach einer zeitgerechten Umsetzung als vielmehr der Einleitung eines entsprechenden Verfahrens zur Aufhebung der Richtlinie stellen⁶.

4 Künstler zum Thema

Während Gesetzgeber und die Industrie, die solche Neuerungen fordert, allenthalben vorgeben, dies sei in erster Linie im Interesse von Autoren und Künstlern, sehen diese selbst die vielzitierten Gefahren des Internet oft in einem völlig anderen Licht. Namhafte Künstler, wie David Bowie⁷, Prince⁸, Courtney Love⁹ oder Janis Ian¹⁰ kritisieren die Industrie und den DMCA und sprechen gar von der Unnötigkeit des Copyright. Und Alanis Morissette sagte vor dem Amerikanischen Kongress:

[...] Für die Mehrheit der Künstler scheint sich diese sogenannte "Piraterie" in Wahrheit vorteilhaft auszuwirken [...] Diese "freie" Verbreitung im Internet ermöglicht dem Künstler ein Publikum um sich zu sammeln und eine direkte Beziehung zu diesem Publikum herzustellen und zudem eine Gemeinschaft zwischen jenen Leuten, die seine Musik lieben, zu kreieren.¹¹

5 Die wichtigsten Punkte des Entwurfes

5.1 Vorübergehende Vervielfältigung (§ 15 Abs. 1)

Der OGH hat bereits 1996 ausgesprochen, dass der Erwerb von Software als Kaufvertrag zu beurteilen sei¹². Lizenzrechtliche Bestimmungen seien in diesem Zusammenhang als lediglich schuldrechtlich bindende vertragliche Nebenabreden zu sehen. Diese Entscheidung entspricht der herrschenden Lehrmeinung¹³, wahrt die Interessen des Erwerbers bzw. Nutzers, widerspricht aber dem, was die Softwareindustrie mit ihren restriktiven Lizenzen

⁴RL 1998/43/EG

⁵EuGH, 5. Oktober 2000, C-376/98

⁶Für weitere Details siehe *Hugenholtz*, Why the Copyright Directive is Unimportant, and Possibly Invalid, EIPR 11, p. 501, im Netz erhältlich unter <http://www.ivir.publications/hugenholtz/opinion-EIPR.html>.

⁷<http://www.nytimes.com/2002/06/09/arts/music/09PARE.html?todayshadlines=&pagewanted=print&position=bottom>

⁸<http://www.npgmusicclub.com/npgmc/freedom/commentaries/200007294theloveofmusic.html>

⁹<http://www.salon.com/tech/feature/2000/06/14/love/>

¹⁰http://www.janisian.com/article-internet_debacle.html

¹¹http://www.yourcongress.com/ViewArticle.asp?article_id=1264

¹²5Ob 504/96, 505/96, OGH vom 14. 10. 1997

¹³Als Ausgangspunkt darf für Österreich wohl der zweiteilige Aufsatz von *Jaburek*, Probleme bei Softwareverträgen: Verzug, Gewährleistung, Schadenersatz und Wartung in ÖJZ 1985, S 199 und S 225 gesehen werden. Zahlreiche weitere Nachweise finden sich bei *Ertl*, Allgemeine Geschäftsbedingungen der Softwareverträge

durchzusetzen versucht: Um insbesondere die kaufrechtliche Gewährleistungsverpflichtung zu vermeiden und die mit dem Sachkauf einhergehende Benutzungsfreiheit des Erwerbers so weit als möglich einzuschränken, wird hier seit jeher die ausschließlich lizenzvertragliche (also dauerschuldrechtliche) Natur von Vereinbarungen über den Erwerb von Software argumentiert. Zudem versucht in jüngerer Zeit gerade Microsoft, der Monopolist auf dem Markt der Betriebs- und Officesoftware, seine Geschäftspraxis vom einmaligen Erwerb auf Miete mit zwingenden, kostenpflichtigen Updates (die nach Kaufrecht eigentlich kostenfrei Nachbesserungen im Sinne der Gewährleistung wären) umzustellen.

Die auf den ersten Blick unscheinbare Formulierung "Der Urheber hat das ausschließliche Recht, das Werk - gleichviel in welchem Verfahren, in welcher Menge *und ob vorübergehend oder dauerhaft* - zu vervielfältigen." ergibt mit dem schon bisher bestehenden Verbreitungsrecht und dem neu vorgeschlagenen Zurverfügungstellungsrecht (§ 18a) eine Verschiebung der legislatischen Grundlagen zugunsten der - von der Lehre und Rechtsprechung überwiegend abgelehnten - lizenzrechtlichen Interpretation des Erwerbs urheberrechtlich geschützter Werke. Dadurch ergeben sich voraussichtlich nicht zuletzt auch ganz erhebliche zusätzliche Belastungen¹⁴ für alle öffentlichen Einrichtungen, in denen solche Softwareprodukte zum Einsatz kommen - ein mittelbarer Belastungseffekt, den der Rechnungshof in seiner zustimmenden Stellungnahme¹⁵ offenbar übersehen haben dürfte.

Schon hier versagt der Vorschlag also im Vorhaben, durch urheberrechtliche Vorschriften einen gerechten vertraglichen Interessenausgleich zu ermöglichen - übrigens ebenso wie die ihm zugrundeliegende Richtlinie. Dieses Manko zu beheben wird nicht einfach werden, im Lichte der zunehmenden wirtschaftlichen Bedeutung von Immaterialgüterrechten sollte hier, allerdings innerhalb eines angemessenen Zeitrahmens für die nötige Diskussion auf breiter Basis, die Schaffung grundlegender Bestimmungen zu Urheberrechtsverträgen bzw. Lizenzvereinbarungen erwogen werden.

5.2 Zweckübertragungstheorie (§ 33 Abs. 1a)

Die Einführung der in der Literatur bereits anerkannten Zweckübertragungstheorie als legislative Klarstellung ist zu begrüßen.

5.3 Vertragsanpassung (§ 37a)

Diese Bestimmung ist insofern problematisch als sie übersieht, dass einige der erfolgreichsten Technologieprojekte - wie etwa das Betriebssystem GNU/Linux - auf sogenannten Freien Lizenzen¹⁶ beruhen, bei denen in der Praxis die unentgeltliche Zurverfügungstellung des Programmquellcodes eine wesentliche Rolle spielt. Diese Projekte werden durch die hier angesprochene Bestimmung zumindest einer erheblichen Rechtsunsicherheit unterworfen. Zu Klarstellungszwecken empfiehlt sich daher die Einfügung der folgenden, auch für Deutschland vorgeschlagenen Formulierung: "Auf den Vergütungsanspruch kann

in EDVuR 1994, S 19. Zum aktuellen Stand vgl. *Staudegger*, Rechtsfragen beim Erwerb von IT-Systemen in *Jahnel/Schramm/Staudegger* (Hrsg.), Informatikrecht, Wien (2000), S 49. Eine ausführliche Zusammenfassung des Diskurses in Deutschland findet sich bei *Martinek*, *Moderne Vertragstypen Band III: Computerverträge, Kreditkartenverträge sowie sonstige moderne Vertragstypen*, München (1993), S 1 ff. Vgl hier zum aktuellen Stand *Hoeren/Schuhmacher*, *Verwendungsbeschränkungen im Softwarevertrag in CuR 2000*, S 137.

¹⁴Ebenso durch zahlreiche weitere Bestimmungen des Vorschlages, wie etwa den § 56c.

¹⁵<http://www.parlinkom.gv.at/pd/pm/XXI/ME/his/003/ME0036302.html>

¹⁶Vgl. dazu *Jakob*, *Freiheit und Software*, in: *Schweighofer/Menzel/Kreuzbauer* (Hrsg.): *Auf dem Weg zur ePerson. Aktuelle Fragestellungen der Rechtsinformatik 2001* (= Schriftenreihe Rechtsinformatik; Bd.3), Wien: Verlag Österreich, 331-344, ebenso erhältlich unter <http://www.users.sbg.ac.at/~jack/legal.htm>

im Voraus nicht verzichtet werden, es sei denn, der Urheber gewährt unentgeltlich ein einfaches Nutzungsrecht an jedermann."¹⁷

5.4 Datenbankwerke (§ 40h)

Gründe dafür, den Schutz von Datenbankwerken - für den als sui generis Schutz ohnehin ohnehin niemals die Erfüllung derselben, höheren Anforderungen wie durch andere urheberrechtliche geschützte Werke nötig war (so stellt etwa auch das Telefonbuch ein geschütztes Datenbankwerk dar) - noch weiter auszubauen sind nicht ersichtlich. Die Bestimmung ist zu streichen.

5.5 Flüchtige Vervielfältigung (§ 41 a)

Die Klarstellung zur Zulässigkeit der notwendigen flüchtigen Vervielfältigung (z.B. Zwischenspeicherung im Browser) ist im Grunde unnötig, da sich die Erlaubtheit ohnehin aus einer teleologischen Interpretation der bisherigen Bestimmungen ergibt.

5.6 Vervielfältigung zum eigenen und privaten Gebrauch (§ 42 a)

Zwar enthalten die Abs. 2 und 3 Ausnahmen, welche die Zulässigkeit wesentlicher Aspekte der freien Werknutzung weiterhin sicherstellen will, doch die vorangestellte Einschränkung des Abs. 1 auf "Papier oder ähnliche Datenträger" beinhaltet eine Verschiebung im Sinnzusammenhang des Gesetzes, die zusammen mit der sogleich unten besprochenen Einführung der §§ 90b ff einer de facto Abschaffung der freien Werknutzung gleichkommen. § 42a Abs 1 sollte daher unverändert beibehalten werden.

5.7 Schutz technischer Maßnahmen (§ 90 c)

Kopierschutz- und Zugangskontrollmechanismen haben sich - zumindest bis heute - auf dem Markt noch nie durchgesetzt: Interactive Television, DAT-Musikkassetten, verschlüsselte Fernsehsender, CDs mit Kopierschutz etc. werden und wurden vom Konsumenten immer zu Fall gebracht. Ebenso wenig haben neue Verbreitungsmöglichkeiten althergebrachte Vertriebswege gefährdet: Der Videomarkt hat im Gegenteil zu einem noch nicht dagewesenen Aufschwung gerade für die Kinofilmindustrie geführt.

Doch diesmal soll der Kopierschutz davor bewahrt werden, sich auf dem Markt durchsetzen zu müssen - er wird dem Konsumenten schlicht vom Gesetzgeber aufgezwungen. Und was als technische Schutzmaßnahme wie etwa das Content Scrambling System der DVDs firmiert ist in Wahrheit nicht mehr als eine Kompatibilitätseinschränkung, die das Abspielen nur auf lizenzierte Hardware zulässt und somit auch auf dem Markt der Abspielgeräte unvermeidlich zu monopolartigen Strukturen führen wird¹⁸. Die wettbewerbsverzerrende Auswirkung solcher Bestimmungen sollte eigentlich evident sein.

Überdies entsteht durch das Zusammenspiel faktischer technischer Kontrolle, deren Legalisierung (bzw. Kriminalisierung ihrer Umgehung) und restriktive Lizenzen (die im vorliegenden Entwurf ebenso zunehmende gesetzliche Akzeptanz finden) ein neues absolutes

¹⁷Vgl. die Stellungnahme des IfROSS zum deutschen Entwurf, http://www.ifross.de/ifross_html/urhebervertragsrecht.pdf

¹⁸Es kann in diesem Zusammenhang kein Zufall sein, dass Microsoft bereits ein Patent auf ein Betriebssystem zur Rechteverwaltung (wie diese technischen Maßnahmen beschönigend genannt werden) angemeldet hat: <http://patft.uspto.gov/netacgi/nph-Parser?Sect1=PTO2&Sect2=HITOFF&p=1&u=/netahtml/search-adv.htm&r=1&f=G&l=50&d=CR99&S1=5,892,900.UREF.&OS=ref/5,892,900&RS=REF/5,892,900>

Recht, das eine extreme Kontrolle über eine Sache auch nach einer scheinbar dauerhaften Veräußerung (Kauf einer DVD) ermöglicht, in dieser Hinsicht also wesentlich stärker ist als selbst Sachenrechte wie etwa das Eigentumsrecht¹⁹

Den verheerendsten Einfluss hat diese Bestimmung aber, weil sie diese Schutzmechanismen pauschal und ausnahmslos für zulässig und deren Umgehung - noch pauschaler - für unzulässig erklärt. Dies stellt die Möglichkeit, eine freie Werknutzung zuzulassen oder zu untersagen vollständig zur Disposition des Rechteinhabers. Nicht nur der private Gebrauch, sondern auch jener an Schulen, Universitäten oder anderen, vergleichbaren Einrichtungen ist davon betroffen, sowohl Meinungsäußerungs- als auch Wissenschaftsfreiheit unterliegen einer ernsthaften Gefährdung. In den U.S.A. wurde bereits ein Programmierer verhaftet, Wissenschaftler mussten Konferenzteilnahmen absagen, andere hochrangige Wissenschaftler und Informatiker reisen aus diesen Gründen gar nicht mehr nach Amerika ein²⁰.

Im Zeitalter von Viren, Trojanern und böswilligen Computerkriminellen ist insbesondere bedenklich, dass die unklare Formulierung auch das veröffentlichen von Sicherheitslöchern unzulässig erscheinen lassen könnte und wichtige Sicherheitstools unter Umständen als verbotene Umgehungsmittel angesehen werden könnten. Es besteht somit die Gefahr, dass die "guten" Systemadministratoren, die ihre Rechner absichern wollen, kriminalisiert werden, während sich die Mehrheit der Benutzer in trügerischer Sicherheit wiegt.

Da solche Bestimmungen zusammengefasst eine der zentralen gegenwärtigen Entwicklungen des kreativen und wissenschaftlichen Schaffens negieren - nämlich das dieses Schaffen heute mehr und mehr auf kooperativen statt individuellen Tätigkeiten beruht²¹ - gefährden sie die wirtschaftliche, kulturelle und soziale Entwicklung eines Staates als Ganzes.

Eine einfache Lösung wäre hier, eine Bestimmung einzufügen, die nicht nur durch die Umsetzungsfreiheit der Mitgliedstaaten gedeckt wäre, sondern von der Richtlinie bei entsprechender Interpretation sogar vorgesehen zu sein scheint - wenn auch in der zugegeben kryptischen Formulierung des Art. 6 Abs. 4. Sie könnte wie folgt lauten: "Technische Schutzmaßnahmen sind dann unzulässig, bzw. ihre Umgehung jedermann gestattet, wenn durch diese Maßnahmen Rechte der freien Werknutzung faktisch verhindert oder eingeschränkt werden."

6 Weiters zu berücksichtigen

- Sollte der Entwurf in der vorliegenden Fassung beschlossen werden, so erscheint das derzeitige System der Verwertungsgesellschaften, insbesondere die Abgabe auf Video- und Tonträger sowie Kopiergeräte verfassungs-, nämlich gleichheitssatzwidrig: Der Konsument würde ja mit diesen Abgaben ein Recht bezahlen, dass er in der Mehrzahl der Fälle gar nicht mehr hätte. Auch ein Ausbau dieser Abgaben auf andere Datenträger wäre unter dieser Voraussetzung indiskutabel.
- Für Softwareprogramme als technische Gebrauchsgüter des Alltags sollte sicher- bzw. klargestellt werden, dass dieselben Gewährleistungsregeln wie für andere Güter gelten. Das Argument, es sei unmöglich, fehlerfreie Programme zu produzieren, kann auf dem heutigen Hochpreismarkt nicht mehr gelten und auch andere technische Erungenschaften (wie etwa Autos) sind ausreichend komplex, dass man mit

¹⁹So auch *Bechtold*, Vom Urheber- zum Informationsrecht - Implikationen des Digital Rights Management, München (2002), S 269ff.

²⁰Für weiter Informationen siehe <http://eon.law.harvard.edu/openlaw/DVD/>

²¹*Foray*, Knowledge Distribution and the Institutional Infrastructure: The Role of Intellectual Property Rights, in: Albach/Rosenkranz (Hrsg.), Intellectual Property Rights and Global Competition, Berlin (1995), S 112.

gleichartigen Argumenten eine Haftungsbegünstigung begründen könnte. Eine Klarstellung scheint hier nötig, da zahlreiche Lizenzbestimmungen durch ihre Gewährleistungsausschlüsse den Konsumenten über seine tatsächlichen Rechte irreführen in der Lage sind.

- Nachdem sich restriktive Lizenzen gesamtwirtschaftlich negativ auswirken, sollte neben einer Überarbeitung des Entwurfs zur Novelle des Urheberrechtsgesetzes auch an steuerrechtlichen Vorschriften gearbeitet werden, die Unternehmen, die ihre Geschäftsmodelle auf Freie Lizenzen stützen, entsprechend begünstigen.
- Daneben sollte - auch um den Staat vor einer möglichen Abhängigkeit von Monopolisten zu bewahren - in der öffentlichen Verwaltung vermehrt Freie Software eingesetzt werden, wie dies in Deutschland bereits der Fall ist²². Der Rechnungshof sollte speziell unter dem Aspekt verfügbarer Alternativen die Ausgaben öffentlicher Einrichtungen für Lizenzgebühren unter die Lupe nehmen.

7 Ein pikantes Detail

Wie die vorstehenden Ausführungen deutlich gemacht haben, enthält die vorgeschlagene Novelle Neuerungen, die hauptsächlich im Interesse der Unterhaltungs- bzw. Softwareindustrie liegen, einem Markt der ohnehin schon durch massive Monopolpositionen gelähmt ist. Warum hier in einem Schnellsiedeverfahren noch vor den anstehenden Neuwahlen - interessant ist in diesem Zusammenhang, dass die Website des den Vorschlag einbringenden Justizministeriums ein früheres Ende der Begutachtungsfrist, nämlich den 16. September 2002 angibt, während der Server des Parlaments den 20. September nennt - dieser Zustand als Status quo legalisiert, zementiert und ausgebaut werden soll, ist rätselhaft.

Es bleibt zu hoffen, dass die Antwort auf diese Frage nicht schlicht in der Tatsache begründet liegt, dass zumindest einer der scheidenden Minister freimütig bekennt, nach dem Ende seiner politischen Karriere eine führende Position beim Microsoft-Konzern anzustreben²³.

²²http://www.bundestag.de/aktuell/presse/2002/pz_0202285.html

²³NEWS Nr. 37, 12. September 2002, S 53.