

Das Urheber- als Freiheitsrecht

Georg Jakob
Verein zur Förderung Freier Software

Dezember 2003

Zusammenfassung

Die Europäische Kommission betreibt eine bereits seit längerem andauernde und aktuell intensivierte Offensive, deren oberflächliches Ziel eine Harmonisierung des Immaterialgüterrechts zu sein scheint. Die materiellrechtliche Folge ist jedoch unübersehbar ein Umbau der geltenden Rechtsordnung hin zu einem Copyright- und Intellectual-Property-System anglo-amerikanischen Zuschnitts. Ein Ziel dieses Aufsatzes ist es, darzulegen, inwiefern eine in eine solche Richtung geführte Reforminitiative rechtssystematisch einen Rückschritt darstellt, der entscheidende Erungenschaften zugunsten von Künstlern, Konsumenten und Wirtschaft verspielt. Zum anderen wird in dieser Arbeit versucht zu beschreiben, worin der europäische Vorsprung vor allem im Bereich der Urheberrechtsgesetzgebung besteht sowie Ansätze zu liefern, wie dieser Vorsprung im Informationszeitalter ausgebaut werden kann.

Inhaltsverzeichnis

1 "Intellectual Property" und Copyright	3
1.1 Geistiges Eigentum?	3
1.2 Zur Geschichte des Copyright	4
1.3 Copyright und Zensur heute	6
1.4 Romantisierung und Logik	6
2 Das Internet und seine Folgen	7
2.1 Kollaborative Innovation	7
2.2 Freiheit oder Kontrolle?	8
2.3 Digitales Restriktionsmanagement	9
3 Legistische Konsequenzen	12
3.1 DMCA, EUCD und zwangsweise Durchsetzung	12
3.2 Künstlerstimmen	14
4 Urheberrecht	15
4.1 Kant und Fichte	15
4.2 Urheberrecht heute	17
4.3 Lizenz und Vertrag	18
4.4 Kopier- und Urheberrecht als Gegensatz	18

5 Die Zukunft	19
5.1 Die Verdienste Amerikas	19
5.2 Ausverkauf oder europäische Eigenständigkeit?	20

1 "Intellectual Property" und Copyright

1.1 Geistiges Eigentum?

Mit dem Wandel des Internet von einer Nischen- zur Massentechnologie einher geht, insbesondere in den letzten Jahren, auch der Bedeutungswandel einer Rechtsmaterie: Das Immaterialgüter- und hier insbesondere das Urheberrecht, welches aktuell Gegenstand von Novellierungsbestrebungen in den Mitgliedstaaten der Europäischen Union ist, geraten dabei in den Mittelpunkt einer Diskussion, die bedauerlicherweise über weite Strecken unter Zugrundelegung unzutreffender Prämissen geführt wird. Selbst die Europäischen Institutionen erweisen sich als Opfer solcher Denkfehler, wenn etwa in der Präambel zur Richtlinie 2001/29/EU (European Union Copyright Directive, EUCD)¹ immer wieder von „Geistigem Eigentum“ die Rede ist oder gar - wie im Fall der aktuell zur Beschlussfassung anstehenden RL zur zwangsweisen Durchsetzung Geistigen Eigentums² - dieser Terminus geradezu programmatisch in den Normtitel Eingang findet, obwohl sein Konzept in den Rechtsordnungen der überwiegenden Zahl der Mitgliedstaaten längst historisch überwunden ist. Denn die Rechte des Urhebers sind hier - im Unterschied zum anglo-amerikanischen Rechtskreis - eben gerade keine *property rights*.

Es gibt eine Reihe von Gründen, die nach europäischer Rechtsauffassung eine sorgfältigere Terminologie nahelegen; nur beispielsweise seien hier einige davon genannt:

- Eigentum ist ein Vermögensrecht, Immaterialgüterrechte haben dagegen so gut wie immer auch persönlichkeitsrechtliche Elemente (sehr deutlich im Urheberrecht, ansatzweise jedoch auch zB im Patentrecht).
- Eigentum ist auf Dauer, sozusagen auf die Ewigkeit hin angelegt - siehe Vererbbarkeit, Unverjährbarkeit etc. Immaterialgüterrechte sind dagegen ausdrücklich durch Gesetz befristet.
- Während die Benutzung einer körperlichen Sache Dritte von deren Benutzung schon rein faktisch ausschließt, ist gerade dies bei unkörperlichen Sachen offenkundig nicht der Fall.

Die Tatsache, dass ein Begriff, der von führenden Rechtsgelehrten als *rechtstheoretische Verirrung aus der Mottenkiste der Rechtsgeschichte* der *die tatsächliche Rechtslage nur unnötig verdunkelt*, bezeichnet wird,³ derart unreflektiert Eingang in die Legislative der Union gefunden hat, mag als - durchaus erschreckendes - Indiz dafür gewertet werden, wie weit die Europäische Kommission die Interessen vorwiegend ausländischer Intellectual-Property-Lobbyisten bereits zu den ihren gemacht hat und wie sehr ihr ein Verständnis für jene gemeinsamen Rechtstraditionen fehlt, in denen Europa als Wirtschafts- und im Falle des Immaterialgüterrechts auch als Forschungs- und kreative Gemeinschaft wurzelt. Dass europäische Errungenschaften nun aber gerade dort demontiert werden sollen (denn dies ist die unübersehbare gegenwärtige Tendenz der europäischen Reformbestrebungen in materiellrechtlicher Hinsicht), wo sie einen eindeutigen Fortschritt gegenüber Entwicklungen in anderen Ländern - und hier insbesondere den USA - darstellen, scheint nicht nur rechtspolitisch absurd, sondern könnte den Wirtschaftsstandort Europa gerade im Zeitalter der immer wieder beschworenen „Wissengesellschaft“ nachhaltig und auf Jahrzehnte hinaus beschädigen.

¹Erhältlich unter http://europa.eu.int/comm/internal_market/en/intprop/docs/. Alle in diesem Beitrag zitierten URLs waren zuletzt am 29. Dezember 2003 erreichbar.

²Der Abschlussbericht A5-0468/2003 sowie weitere Informationen finden sich unter http://europa.eu.int/comm/internal_market/en/indprop/piracy/index.htm.

³Rehbinder, Urheberrecht, Rz 79, S 52 f, mwN. Irreführend dagegen insbesondere in seiner Bezugnahme auf die ökonomische Analyse des Rechts, Wadler, Geistiges Eigentum, S 11. Eine ähnliche - nicht nur terminologische - Problematik ergibt sich im Bezug auf die häufig unzureichende Differenzierung zwischen Copyright einer- und Urheberrecht andererseits: Zu oberflächlich hier etwa Lehman, Intellectual Property and the National Information Infrastructure, S 136 f. Übereinstimmungen betonend ohne dabei Unterschiede gebührend zu berücksichtigen Strowel, Urheberrecht und Copyright, S 2 ff. Zu verkürzend mE auch Mayer-Schönberger, Information und Recht, S 68 f; sehr differenziert dagegen etwa Grassmuck, Freie Software, S 59 ff.

1.2 Zur Geschichte des Copyright

Noch in der Renaissance, jener Epoche, die durch ihre umwälzenden Fortschritte in künstlerischer, wissenschaftlicher und technischer Hinsicht den Beginn der Neuzeit markiert, waren rechtlich abgesicherte Ansprüche an geistigen Schöpfungen im Sinne von Immaterialgüterrechten unbekannt. Wie hätte sich die menschliche Zivilisation entwickelt, hätte es damals schon einen solchen Rechtsschutz gegeben? Wenn das Kopieren von Meisterwerken, damals wesentlicher Bestandteil der Kunstlerausbildung, als rechtswidrige Verletzung von Ausschließlichkeitsrechten betrachtet worden wäre⁴? Was wäre, wenn es ein Patent flämischer Maler auf Ölfarben gegeben hätte? Oder eines chinesischer Wissenschaftler auf den Kompass? Hätte Christoph Columbus Lizenzgebühren bezahlt oder wäre er nie aufgebrochen? Und hätte Leonardo Pisano, der Sohn eines italienischen Zöllners nicht das mathematische Wissen arabischer Händler und Gelehrter nach Europa importiert⁵, gäbe es dann heute in der „Freien Welt“ die Wissenschaft der Mathematik, der Informatik oder gar PCs auf jedem Schreibtisch?

Das relativ plötzliche Auftreten solcher Schutzrechte wird üblicherweise mit der Erfindung des Buchdrucks um 1455 in Verbindung gebracht und mit ökonomischen Überlegungen begründet: Da der jeweilige Erstverleger (bzw. -drucker) ein nicht unerhebliches wirtschaftliches Risiko auf sich nehme, indem er nicht nur in die Druckerpresse investierte, sondern auch zukünftige Verkaufszahlen kaum abschätzen könnte, stünde ihm ein besonderer Schutz zu. Dieses Risiko treffe offenkundig nicht denjenigen „Trittbrettfahrer“, der Werke mit bereits bekanntem Markterfolg nachdrucke. Der folgerichtig durch die damaligen Landesfürsten gewährte Investitionsschutz bestand zunächst in Druckerprivilegien, die sich dann zu den heutigen Copyright- und Urheberrechtsnormen weiterentwickelten. Diese Darstellung läßt freilich weitgehend ungeklärt, warum in China, wo der Buchdruck mit beweglichen Lettern bereits seit ca. 1050 nach Christus bekannt war⁶, ein solcher Investitionsschutz offensichtlich nicht für notwendig erachtet wurde⁷. Zwar wird regelmäßig erklärend angeführt, die Erfindung des Letterndrucks hätte aufgrund der enormen Anzahl chinesischer Schriftzeichen nicht so effizient eingesetzt werden können, wie dies in Europa aufgrund des wesentlich geringeren Umfangs alphabetischer Zeichen möglich gewesen sei. Zudem wird erwähnt, die Erfindung Gutenbergs sei in technischen Details ausgereifter gewesen⁸. Insgesamt hätte daher aufgrund mangelnder Auflagenzahlen ein vergleichbares wirtschaftliches Interesse an rechtlichen Regelungen nicht bestanden. Diese Argumentation übersieht jedoch einige nicht uninteressante Punkte: Einerseits wurden im asiatischen Raum schon vor der Erfindung des Letterndrucks, und zwar noch mittels Holzschnittdrucks teilweise enorme und wesentlich höhere Auflagen produziert, als dies je in Europa mit vergleichbaren Techniken der Fall war⁹. Und zudem wurde die Technik des Letterndrucks schon relativ früh nach Korea exportiert, welches über ein deutlich einfacheres Schriftsystem verfügt. Andererseits erwies sich schon Gutenberg selbst als sehr geschickt darin, riskante Unternehmungen wie etwa sein Bibelprojekt über sichere Cash-Cows wie den Druck von Ablassbriefen oder Kalendern mit Sinnsprüchen zu finanzieren¹⁰.

Das Argument des Investitionsschutzes der Drucker als alleiniges konstitutives Element der Entstehung von Druckerprivilegien zu sehen, muss in diesem Lichte als zu verkürzend gesehen werden, zumal die Erfindung des Buchdrucks in eine der brisantesten Phasen europäischer Geschichte fiel. Durch Kirschen-schismen, in denen es bis zu drei Päpste gleichzeitig gab, in einer Zeit, in der Fürsten bereit waren, um Text und Aufbau einer Messe kriegerische Auseinandersetzungen zu führen¹¹, bedeutete die plötzliche Verfügbarkeit der Massenvervielfältigung philosophischer und politischer Schriften enormen gesellschaftlichen Sprengstoff. Zu den ersten durch herrschaftliche Anordnungen begünstigten Druckern gehörten bezeichnenderweise 1525 jene aus Wittenberg, in deren Interesse Martin Luther beim Kurfürst von Sachsen ein

⁴So nennt etwa Leonardo Da Vinci das „Malen nach der Hand eines fähigen Meisters“ als die zweite Stufe (nach dem Studium der Perspektive und vor dem Zeichnen nach der Natur) der Ausbildung eines jungen Malers, Da Vinci, Trattato della Pittura, cif. 45, S 42.

⁵Conti F., Leonardo Pisano, primo mathematico italiano?, S 15 f.

⁶Man, The Gutenberg Revolution, S 106; Mitterauer, Predigt - Holzschnitt - Buchdruck, verfügbar unter <http://www.univie.ac.at/Wirtschaftsgeschichte/VGS/b9821p.html>

⁷Dazu Qu, Copyright in China, S 2 ff.

⁸Boytha, Historische Wurzeln, S 75.

⁹Man, The Gutenberg Revolution, S 104 f.

¹⁰Man, The Gutenberg Revolution, S 156.

¹¹Man, The Gutenberg Revolution, 149 ff.

Nachdruckverbot seiner Schriften in allen anderen kurfürstlichen Städten erwirkt hatte. Zwar argumentierte Luther damit, dass der Nachdruck einen Diebstahl des den Erstdruckern zustehenden Ertrags darstelle, andererseits zeigte er sich wiederholt besorgt darum, dass ein Zurückgehen der Nachdrucke negative Auswirkungen auf die Frömmigkeit der Bevölkerung haben könnte. Worum es ihm bei all dem eigentlich zu gehen schien, war die Kontrolle darüber, dass seine Schriften unverändert und -verfälscht publiziert würden¹². Andererseits war für die katholischen Fürsten der enorme Erfolg des Bestsellerautors Luther¹³ und die direkte Folge - die Kirchenspaltung - ein deutliches Warnsignal, dass das in der Druckerpresse liegende gesellschaftliche Sprengpotential einer Kontrolle zugeführt werden musste¹⁴. Zu den bestehenden öffentlich-rechtlichen Zensurbestimmungen das Element privatisierter Inhaltskontrolle hinzutreten zu lassen und die Druckergilden an das jeweilige Herrschaftshaus zu binden, war der ideale Weg, mit der zunehmenden Flut an Publikationen fertig zu werden. Nur am Rande angemerkt sei hier, dass der Erfolg, den Luther auch bei Fürsten hatte nur vordergründig religiös-ethische Motive hatte: Denn jene Fürsten, wie etwa Friedrich der Weise von Sachsen, die Luther folgten, waren es schlicht und einfach leid, jährlich steigende Beträge an karriereverliebte Erzbischöfe und das zunehmend als dekadent in Verruf geratende Rom abzuführen.

Der gerne übersehene, jedoch entscheidende Punkt ist also, dass es nicht ausschließlich um den Schutz wirtschaftlicher Interessen der lokalen Druckergilden gehen konnte, sondern massive Zensurinteressen der Feudalherren eine mindestens ebenso entscheidende Rolle spielten. Die ortsansässige Gilde erhielt vom Landesherren das Privileg, unter ihren Mitgliedern exklusive Druck- und Vertriebsrechte an allen in dessen Herrschaftsbereich verlegten Büchern aufzuteilen. Im Gegenzug ergab sich für die Gilden die Verpflichtung, keine den Interessen ihres Herrn zuwiderlaufenden Schriften zu publizieren. Beispielhaft dafür ist auch die Entwicklung in England nach der dortigen Einführung der Druckerpresse. Zwar kann die Herrschaft der Tudors ab 1529 als gefestigt bezeichnet werden, doch die kritischen Stimmen in Presse und Literatur wollten dennoch nicht verstummen. Und so wurden von Henry's Index Librorum Prohibitum bis zum Licensing Act von 1622 Lizenzierungs- und Zensurmaßnahmen immer direkter miteinander verknüpft. Das Copyright entwickelte sich direkt aus diesen Unterdrückungsmechanismen¹⁵. Und auch das Statute of Anne von 1709,¹⁶ jene Kodifizierung, die noch heute als der Anfang moderner Copyright-Gesetzgebung gesehen wird¹⁷, sah keinerlei spezielle Autorenrechte vor: Der Autor war lediglich der erste *owner* des Copyright, das, um ein Werk publizieren zu lassen, an den Drucker abgetreten werden musste.

Als in den Vereinigten Staaten die Diskussion um die Einführung eines Copyright begann, wollte man eigentlich vermeiden, die Redefreiheit durch solche Regulierungen einzuschränken. Daher enthält die Amerikanische Verfassung in Art. I, Sec. 8, Clause 8, der sogenannten Copyright Clause, die den Kongress zur Copyrightgesetzgebung ermächtigt, eine der ansonsten seltenen Offenlegung von Motiven:

The Congress shall have power [...] To promote the progress of science and useful arts, by securing for limited times to authors and inventors the exclusive right to their respective writings and discoveries [...]

Doch in dem eher chaotisch verlaufendem Prozess¹⁸ um eine konkrete, einfachgesetzliche Umsetzung dieser Ermächtigung wurde letztlich ein schon damals nicht mehr zeitgemäßes Kopierrecht der englischen Art geschaffen, das das Copyright wiederum als vollständig übertrag- und verzichtbares, reines Vermögensrecht betrachtet und damit seinen Schwerpunkt auf den Investitionsschutz des Verlegers fokussiert anstelle den eigentlich Kreativen oder gar sein Publikum zu schützen. Doch den Schutz des Händlers über jenen

¹²Gieseke, Vom Privileg zum Urheberrecht, S 25.

¹³Die Schriften Luthers machten in den Jahren von 1518 - 1525 ein Drittel der jährlich auf deutschem Gebiet gedruckten einen Million Bücher aus. Aus heutiger Sicht entspräche dies einem jährlichen Verkauf von 700 Millionen Büchern alleine in den USA - durch ein und den selben Autor, Man, The Gutenberg Revolution, S 276.

¹⁴Gieseke, Vom Privileg zum Urheberrecht, S 57 f.

¹⁵D'Amato/Long, International Intellectual Property Law, S 76.

¹⁶Erhältlich unter <http://www.copyrighthistory.com/anne.html>

¹⁷D'Amato/Long, International Intellectual Property Law, aaO; Stokes, Digital Copyright, S 1.

¹⁸Vgl. Chartrand, Copyright C.P.U., http://www.culturaleconomics.atfreeweb.com/cpu_c.htm

des Erzeugers und des Konsumenten zu stellen, erweist sich als fatal - denn genau damit wird die Stellung des ohnehin wirtschaftlich überlegenen zementiert¹⁹ - und zwar auf Kosten von Autoren und Öffentlichkeit.

1.3 Copyright und Zensur heute

Denn auch die Annahme, die direkte Verbindung von Copyright und Zensur²⁰ gehöre der Vergangenheit an, erweist sich leider als vorschnell: Ed Felten, Professor an der University of Princeton wurde im Frühjahr 2001 - unter Androhung von Klagen auf der Grundlage des Digital Millennium Copyright Act (DMCA) - gezwungen, ein Paper über die mangelnde Sicherheit Digitaler Wasserzeichen von einer Konferenz zurückzuziehen²¹. Dimitri Sklyarov, ein russischer Doktorand, wurde während eines USA-Aufenthalts im selben Jahr auf ebendieser Rechtsgrundlage verhaftet, noch bevor er öffentlich über die Sicherheitslücken in Adobe's eBook-Standard sprechen konnte²². Auch die Scientology Church versuchte in jüngerer Zeit wiederholt, gegen Kritiker mit Copyright-Klagen vorzugehen²³. Und selbst die Kritik an Serviceleistungen von Tierhandlung wird inzwischen in den Vereinigten Staaten zur Rechtssache, in der Geistige Eigentumsansprüche öffentliche Kritik unterbinden sollen²⁴. Als jüngste Absurdität wird gar diskutiert, ob die Shift-Taste eines Computers als ein laut DMCA verbotenes Umgehungswerkzeug einzustufen sei²⁵.

1.4 Romantisierung und Logik

Und doch: Amerikanische und englische Juristen empfinden Autorenrechte bis heute als „alien“²⁶, möglicherweise weil ein tieferes Verständnis des komplexen Zusammenspiels von persönlichen und wirtschaftlichen Rechten des Autors und gesetzlich festgelegten Freien Werknutzungen fehlt. Denn gesehen wird lediglich die besondere Stellung des Autors, die tendenziell als aus heutiger Sicht unrealistische, romantische Verklärung wahrgenommen wird²⁷.

Doch dieser Vorwurf trifft, vielleicht sogar noch schärfer, die nur scheinbar sachliche Begründung für den Schutz geistigen Eigentums, den etwa die Ökonomische Analyse des Rechts zu bieten versucht. Weil für den Erfinder neben den Produktionskosten auch die Entdeckungsinvestitionen anfielen, sei er gegenüber etwaigen nachträglichen Trittbrettfahrern im Wettbewerbsnachteil. Letztere könnten ja, weil sie nur die Produktionskosten investieren müssten, jedenfalls billiger anbieten. Dies halte nun den Erfinder schon ex ante davon ab, seine Entdeckung überhaupt erst zu machen. Weil dies den gesamtgesellschaftlichen Fortschritt behindern würde, habe der Gesetzgeber Geistiges Eigentum zu schützen. Obwohl sich dieses Beispiel speziell auf Erfindungen und damit auf das Patentrecht bezieht, wird damit der Schutz Geistigen Eigentums schlechthin, und zwar ausdrücklich im Hinblick auf die Analogie zum Eigentum an körperlichen Sachen begründet²⁸. Dies ist nun wie bereits eingangs erwähnt schon allein deshalb fehlerhaft, weil die Benutzung eines Geisteswerkes, im Gegensatz zu materiellen Gegenständen, seine Verwendung durch Dritte eben nicht faktisch ausschließt²⁹. Für Posners Begründungsversuch bedeutet dies aber nun weiters, dass eine nur scheinbar angenommenen Nähe (zu körperlichen Sachen nämlich) dazu benutzt wird, jene

¹⁹Ausführlich zur Benachteiligung der Autoren in anglo-amerikanisch orientierten Systemen Grassmuck, Freie Software, S 74 ff. Sehr deutlich die Ausbeutung von Künstlern durch die U.S.-Plattenindustrie anprangernd, Love, Courtney Love does the Math, <http://www.salon.com/tech/feature/2000/06/14/love/index.html>

²⁰Zusätzlich zu den hier erwähnten Fällen bietet Siva Vaidhyanathan weitere Beispiele in den Folien zu seinem Vortrag The Paradox of Fair Use - The Need for a Strong Users' Rights Regime, erhältlich unter <http://www.sir.arizona.edu/faculty/coleman/siva/fairuse.pdf>

²¹http://www.eff.org/IP/DMCA/Felten_v_RIAA/

²²Details dazu unter <http://www.freesklyarov.org>

²³Eine ausführliche Dokumentation findet sich unter http://www.eff.org/Legal/Cases/Scientology_cases/

²⁴Mieszkowski, Free speech and the Internet, http://www.salon.com/tech/feature/2002/04/04/aquatic_plants/index.html

²⁵<http://www.wired.com/news/digiwood/0,1412,60780,00.html>

²⁶D'Amato/Long, International Intellectual Property Law, S 133; Stokes, Digital Copyright, S 69.

²⁷Vgl etwa D'Amato/Long, International Intellectual Property Law, S 130 ff.

²⁸Posner, Economic Analysis of Law, S 38 ff.

²⁹Rehbinder, Urheberrecht, Rz 28, S 20.

Ausschließlichkeitsrechte, die hier die Natur vorgibt, dort (bei Geisteswerken) virtuell - über die Rechtsordnung - zu erzwingen. Dabei wird der vom Argumentierenden offenbar gewünschte Effekt kontrafaktisch als Prämisse angenommen und so zur Begründung seiner selbst gemacht - ein klassischer Zirkelschluss also, der die ins Treffen geführte Argumentation schon aus formallogischer Sicht unhaltbar und damit wertlos macht.

Dass außerdem in diesem Beispiel die Kosten der Erfindung als einmalig und nur von einer Partei zu leisten angenommen werden, zeigt wie sehr hier der Illusion von der Einzelgängerinnovation nachgegangen wird. In seinen Anklagen an Daniel Düsentriebs geheimes Labor mag dies ja rührend anmuten, den Tatsachen entspricht dies jedoch aus heutiger Sicht nicht mehr. Denn die Natur der Innovation verändert sich mit jeder Weiterentwicklung mehr und mehr von der individuellen Entdeckung hin zu kollaborativen Prozessen, in denen die systematische Erforschung bereits existierendes Wissen auf eine Art, die dessen Wiederverwendung und Neukombination zulässt, zum entscheidenden Faktor wird, der neue Wirtschaftszweige ermöglicht³⁰.

2 Das Internet und seine Folgen

2.1 Kollaborative Innovation

Das Internet selbst hingegen ist wohl eines der besten Beispiele dafür, dass der Schutz geistigen Eigentums heute eben gerade keine Innovationsgarantie mehr darstellt. Während in den 70er Jahren Unternehmen wie IBM und Novell versuchten, ihre eigenen, proprietären Netzwerkprotokolle zu entwickeln, die allesamt auf dem Markt scheiterten, wurde bereits in der Frühzeit des Internet die Entscheidung getroffen, die entwickelten Technologien nicht geheimzuhalten oder patentrechtlich zu schützen, sondern sie im Gegenteil einem öffentlichem Diskussionsprozess zu unterziehen und gleichzeitig jedermann die Möglichkeit zu bieten, sich mit dem im Entstehen begriffenem Netz zu verbinden. Dies mag auch zurückzuführen sein, dass das Ende der 60er Jahre begonnene ARPANET-Projekt zwei auf den ersten Blick wenig miteinander verbindende Gruppen von talentierten Technikern zusammenführte, und zwar einerseits, wie schon erwähnt, Ingenieure des US-Verteidigungsministeriums, andererseits aber die damals in den Computerwissenschaften führenden zivilen Forschungseinrichtungen, darunter die Universität Berkley und das MIT, unter deren Projektmitarbeitern eher eine Hippie-Mentalität herrschte³¹. Diese Institutionen verfügten intern über Netzwerke, die unterschiedlichen Topologien folgten, zudem über Computer mit unterschiedlicher Hard- und Softwarearchitektur. In eher informellen Arbeitsgruppen wurde pragmatisch experimentiert, um zu konkreten Lösungen zu kommen, wobei man einerseits all diese Experimente, jeden Arbeitsschritt und selbst theoretische Überlegungen dokumentieren, andererseits nicht verfrüht einen am Reißbrett entworfenen und kaum praxiserprobten Weg zum zwingenden Standard erheben wollte. Die Lösung lag in der freien Verfügbarkeit aller Entwicklung. Solche können bis heute als Internet Drafts an die 1986 am MIT gegründete Internet Engineering Task Force³² eingereicht werden und werden von dieser dann nach Diskussion auf deren Mailingliste veröffentlicht - fast schüchtern bezeichnet als *Request for Comments* (RFC). Einerseits beweisen diese Regelungen schon durch ihr Vorhandensein, dass das Internet keineswegs so chaotisch und unreglementiert ist, wie gelegentlich angenommen wird, andererseits handelt es sich dabei sozusagen um selbstvollziehende Normen: Wer sich mit dem Internet verbinden will, muss die technischen Standards schlicht berücksichtigen. Weil dies aber im Grunde die einzige Voraussetzung ist, konnten sich diese Protokolle als weltweit akzeptierte Standards durchsetzen, wo unternehmerischere Innovation versagte.

Und auch was wir heute als e-Commerce kennen, wurde nur durch eine noch grössere Auswahl an freien Technologien ermöglicht³³: Dabei spielen nicht nur die freien Unix-basierten Betriebssysteme wie beispielsweise GNU/Linux und FreeBSD eine entscheidende Rolle - gerade letzteres ist selbst für den Gi-

³⁰Foray, Knowledge Distribution and the Institutional Infrastructure, S 112. Vgl auch Bessen/Maskin, Sequentielle Innovation, S 22 f.

³¹Genauer zur historischen Entwicklung des Internet etwa Grassmuck, Freie Software, S 180 ff mwN.

³²<http://www.ietf.org>

³³Vgl Rosenberg, Open Source, S 9.

ganten Microsoft unverzichtbar für den Betrieb des Online-Mailservices hotmail.com, weil es sich im professionellen Einsatz offenbar als zuverlässiger, stabiler und leistungsfähiger erweist als die kommerziellen Systeme aus eigener Produktion³⁴. Auch die Webserver-Software Apache ist eine kooperatives Projekt von Webmastern aus aller Welt, deren Ansprüche durch die Programme kommerzieller Anbieter nicht erfüllt wurden. Sie ist im Quellcode frei erhältlich, beliebig kopier- und veränderbar und auf ihrem Sektor seit Jahren unangefochtener Marktführer. Die Kunden geben sich hier selbst, was die Innovationskraft des Marktes nicht bereitzustellen vermag.

Doch für interaktive Webseiten, Warenkataloge und Bestellformulare brauchte es mehr als das, unter anderem den dynamischen Zugriff auf Datenbanken. Auch diese Software, etwa die Datenbanken PostgreSQL und MySQL, die Programmiersprachen Perl, PHP und Python, ist frei verfügbar. Zu einer Zeit, als Bill Gates das Internet noch für „irrelevant“ hielt wurden damit die ersten Webshops (wie Amazon) und die ersten Serviceportale (wie Yahoo) aufgebaut. Der medienwirksame Erfolg des Freien Betriebssystems GNU/Linux in den letzten Jahren ist nur die Spitze eines Eisberges, der das Fundament des Internets darstellt, das fast ausschließlich aus freier Software besteht: Ob es um den Berkley Internet Name Daemon geht, jenes Programm, das kryptische IP-Adressen in Domainnamen übersetzt oder das Versenden von email mittels der standardmäßigen Mail Transfer Agents sendmail oder postfix: All das wird von Freier Software besorgt. Hier, im Internet sind die kommerziellen Anbieter die Trittbrettfahrer.

2.2 Freiheit oder Kontrolle?

Doch diese frei verfügbaren digitalen Technologien, haben auch den Vertrieb des Inhalts, der über sie vermittelt wird, und damit insbesondere von Geisteswerken, wesentlich vereinfacht. Hinzu kommt, dass die Kosten für PC-Hardware so stark gefallen sind, dass Computer, zumindest in der westlichen Welt, zum festen Bestandteil in Büros und Haushalten geworden sind. Mit dieser (relativ) geringen Anfangsinvestition werden die individuellen Vervielfältigungskosten umso geringer, je mehr Inhalte kopiert werden. Diese Tatsache führte zu zwei unterschiedlichen Auffassungen bezüglich des rechtlichen Schutzes von Geisteswerken: Die eine Richtung vertritt die Ansicht, diese rechtlichen Schutzmechanismen müßten grundsätzlich neu überdacht und völlig neu gestaltet werden, da sie unter diesen Bedingungen nicht mehr sinnvoll durchsetzbar seien - Information wolle ihrer Natur nach frei sein³⁵. Eine der Kernargumentationen ist, dass die Möglichkeit des kostengünstigen Kopierens für jedermann den Investitionsschutz der Mittelsmänner, dh der Verleger nicht länger rechtfertige.

Diese selbst sind natürlich anderer Meinung. Sie vertreten die Ansicht, dass nur sie in der Lage wären, die Interessen von Autoren und Öffentlichkeit wahrzunehmen und ihr rechtlicher Schutz daher durch entschiedene Verschärfung der bestehenden Gesetze auszubauen sei. Die Motion Picture Association of America (MPAA) und die Recording Industry Association of America (RIAA), beides kartellartig organisierte Interessensvertreter der größten amerikanischen Unterhaltungskonzerne, betreiben daher intensives Lobbying, welches den amerikanischen Gesetzgeber offenbar überzeugt³⁶.

Ein erster praktischer Anwendungsfall, in dem die durch die Technik potenzierte Freiheit der Nutzer mit dem Regelungswillen der Industrie aufeinanderprallte, ein Fall der auch größte juristische Aufmerksamkeit auf sich gezogen hat, war der des Filesharingdienstes Napster. Dabei handelt es sich um ein Übertragungsprotokoll, welches den angeschlossenen Usern ermöglicht, Daten, die auf ihrer eigenen Festplatte gespeichert sind, allen anderen Usern zur Verfügung zu stellen. Um einen effektiven Zugang zu ermöglichen, wurden die Metadaten, also jene Informationen welche Dateien auf welchen PCs abgelegt sind, auf zentralen Servern gespeichert. Über diese Datenbanken konnten sehr schnell die über alle Welt verteilten, einzelnen Files aufgefunden werden. Das größte derartige Portal war napster.com, das mittlerweile durch Gerichtsbeschluss geschlossen und in der Folge wirtschaftlich so nachhaltig ruiniert wurde, dass selbst eine Beteiligung durch den Bertelsmann-Konzern seinen Konkurs nicht mehr verhindern konnte. Die zentrale Überlegung des Richters war hier, dass der Betreiber an möglichen Urheberrechtsverletzungen seiner

³⁴Vgl zur den Jahre dauernden Umstellungsversuchen von freien auf Windows-Systeme <http://www.theregister.co.uk/content/28/23348.html>.

³⁵Paradigmatisch für diese Richtung Barlow, The Economy of Ideas; ähnlich Moglen, Anarchism Triumphant.

³⁶Vgl <http://judiciary.senate.gov/special/feature.cfm>

Nutzer durch die Zurverfügungstellung der Metadaten schuldhaft mitwirke³⁷. Dabei wurde, zwar nur im übertragenen Sinne, in seiner Mißachtung tragender Gerechtigkeitsprinzipien jedoch zumindest bemerkenswert, der Hersteller eines Messers für einen Mord verurteilt. Ein Werkzeug ist ein Werkzeug und es bleibt ein Werkzeug, ob es nun zum schneiden von Brot oder für Angriffe auf Leib und Leben verwendet wird. Doch für komplexeren Technologien wie das Internet scheint manchen Juristen dieses grundlegende Verständnis zu fehlen. Mit derselben Argumentation aber müsste auch das Frauenhofer Institut zur Verantwortung gezogen werden: Denn das von ihm entwickelte und patentierte Datenformat mp3, das Musikdateien um gut 90% verkleinert und damit die Übertragung wesentlich beschleunigt, hat an möglichen Urheberrechtsverletzungen durch Internetnutzer einen wohl noch wesentlich größeren Anteil als Napster in seinen erfolgreichsten Zeiten. Und wie sieht es mit den Herstellern von mp3-Playern aus? Würde Intel keine PCs und Microsoft kein Betriebssystem verkaufen, gäbe es dann nicht wesentlich weniger Urheberrechtsverletzungen?

Es sei hier angemerkt dass inzwischen am Beispiel des Filesharingdienstes Kazaa bereits Entscheidungen - bezeichnenderweise europäischen Ursprungs - existieren³⁸, die diesem absurden Kurs gegenzusteuern versuchen und deutlich machen, dass der Anbieter eines Kommunikationsdienstes nicht zwingend für Rechtsverletzungen seiner Nutzer einzustehen hat. Die Tatsache, dass solche Entscheidungen das Unternehmen Napster selbstverständlich nicht mehr vor dem Konkurs³⁹ retten konnten, zeigt jedoch deutlich, welche Auswirkungen unüberlegte juristische Schnellschüsse auf Wirtschaft und Arbeitsmarkt mitunter haben können.

2.3 Digitales Restriktionsmanagement

Doch die digitale Technologie hat noch eine andere Seite, ermöglicht sie doch eine nie zuvor dagewesene Kontrolle⁴⁰, insbesondere auch über Werknutzungsmöglichkeiten. Für ein auf Papier gedrucktes Buch gibt es keinen Kopierschutz: Es kann beliebig oft, von einer beliebigen Anzahl an Personen gelesen, verliehen und weiterverkauft werden. Der Leser kann dabei den Stil eines Autors untersuchen und selbst daraus lernen. Ein digitales Buch kann jedoch so modifiziert werden, dass es nur auf einem bestimmten Gerät gelesen werden kann. Es kann festgelegt werden, wie oft sich eine Datei öffnen läßt, ob und wenn ja, auf welchen Geräten sie ausgedruckt werden kann. Das Kopieren einer Datei läßt sich ebenso verunmöglichen wie ihre Weitergabe. Natürlich kann jede einzelne Nutzung auch automatisiert elektronisch verrechnet werden. Digitale Wasserzeichen ermöglichen es festzustellen, wer eine Datei wann mit welchen Rechten erhalten hat und ob der gegenwärtige Nutzer auch ordnungsgemäß bezahlt hat.

Diese unter der Bezeichnung DRM (für Digital Rights Management, zutreffender jedoch wohl Digital Restriction Management) zusammengefassten Mechanismen werden auf einer Reihe von Ebenen verwirklicht⁴¹:

1. Als technischer Kopier- und Zugangsschutz. Dies bedeutet, dass Inhaltsdaten verschlüsselt werden und von einem Benutzer nur dann auf sie zugegriffen werden kann, wenn er über den entsprechenden kryptographischen Schlüssel verfügt. Dieser Vorgang kann vor dem Durchschnittsbenutzer auch sehr weitgehend versteckt werden, so dass er nichts davon bemerkt, wie dies heute bereits bei DVDs und einigen CDs der Fall ist. Ohne eine Umgehung eines solchen Zugangsschutzes ist etwa die Konvertierung elektronischen Textes in Sprache oder Braillezeichen, die einen Zugang auch für Sehbehinderte ermöglicht, ausgeschlossen.

³⁷A&M Records vs Napster (9th Circuit 2001), <http://www.ce9.uscourts.gov/web/newopinions.nsf/0/c4f204f69c2538f6882569f100616b06?OpenDocument>.

³⁸<http://www.pcworld.com/news/article/0,aid,113968,pg,1,00.asp>

³⁹<http://news.bbc.co.uk/1/hi/business/2023201.stm>

⁴⁰Diese Erkenntnis wird heute ebenso regelmäßig wie fälschlich Lawrence Lessig zugeschrieben vgl Lessig, Code und andere Gesetze, S 223. Sie stammt ursprünglich aus Vittorio Frosinis schon 1985 in Harvard abgehaltenen Vorlesungen, die 1995 als *Harvard Papers* erschienen sind, Frosini, Law and Liberty in the Computer Age, S 12.

⁴¹Siehe dazu auch Pfeiffer, Trusted Computing, S 2.

2. Digitale Wasserzeichen sind Signaturen, die in Inhaltsdaten versteckt werden. Ihr Zweck besteht darin, festzustellen, ob der Inhaber einer Kopie diese auch rechtmäßig erworben hat. Doch sie ermöglichen auch, in einer Datei Daten darüber abzulegen, wer sie wie oft gelesen und was damit sonst noch gemacht hat. Dass dies ein hochgradiges Konfliktpotential im Zusammenhang mit Bestimmungen zum Schutz der Privatsphäre und personenbezogener Daten hat, liegt auf der Hand, zumal auch diese Daten, ebenso wie ihre Abfrage durch Dritte beliebig vor dem betroffenen Nutzer versteckt werden können.
3. Doch all dies sind Befehle, die dem Computer lediglich auf Softwaresseite erteilt werden. Weil ein PC als Universalrechner jedoch vereinfacht gesagt alles tut, was man ihm befiehlt, bleibt eine Aufhebung dieser Befehle, ein „cracken“ von Kopierschutzmechanismen relativ trivial. Daher wird eine dritte Komponente benötigt: Die Hardware muss durch den Einbau spezieller Chips derartig abgesichert sein, dass solche Manipulationen ausgeschlossen werden. Der Computer wird damit von der individuellen Kreativität beflügelnden, universellen Turingmaschine zum simplen Abspielgerät, zur Spielkonsole mit Netzanschluss.
4. Zur Überprüfung dieses eingebauten Chips ist, um dieses „Trusted Computing“ zu ermöglichen, auch ein spezielles Betriebssystem vonnöten, das mit der Hardware interagiert. Es entbehrt nicht einer gewissen ironischen Pikanz, dass ausgerechnet Microsoft, ein für die mangelhafte Sicherheit seiner Produkte bekannter Hersteller, bereits ein Patent auf ein solches Betriebssystem angemeldet⁴² hat - soviel auch zur effektiven Kontrolle von Monopolen jenseits des Atlantiks.
5. Doch weil es sich bei der Bauweise von PCs um eine offene und daher leicht modifizierbare Architektur handelt, baut all dies auf einer weiteren Komponente auf: Dass der Gesetzgeber diese Technologien zum alleinigen Standard erhebt, Hardware, die diesen Ansprüchen nicht genügt, verbietet, die Patentierung von Software, also auch von Algorithmen zur Zugangskontrolle ermöglicht und jede Umgehung unter Strafe stellt.

Obwohl führende Sicherheitsexperten diesen Konzepten selbst bei einer solch engen Verzahnung von Hard- und Softwaretechnologie sowie legislatischen Maßnahmen keine reellen Erfolgchancen einräumen⁴³ und kritisch anmerken, dass simple Unterhaltungsmusik nach geltendem US-Recht bereits heute einen strengeren Schutz genieße als militärische Informationen über Nuklearwaffen⁴⁴, handelt es sich bei dieser schönen neuen Welt, in dem jeder Zugriff auf eine Datei registriert, kontrolliert und online abgerechnet wird, schon längst nicht mehr um eine ferne Zukunftsvision. Die Punkte 1. und 2. haben in den USA bereits seit 1998 Gestzeskraft. Der sie implementierende DMCA schützt grundsätzlich auch schon die unter 3. und 4. genannten Technologien. Ein Gesetzesvorschlag, der die unter 3. beschriebene Hardware zum alleinigen Standard erklärt, wird dort gegenwärtig diskutiert. Softwarepatente sind in den USA schon lange rechtlicher Alltag.

In Europa wurde mit der RL 2001/29/EU eine dem DMCA in seinen zentralen Punkten analoge Regelung geschaffen, die in zahlreichen Mitgliedstaaten bereits umgesetzt ist bzw gerade umgesetzt wird⁴⁵, die Streichung des ausdrücklichen Verbots von Patenten auf Software und Algorithmen wird von der EU-Kommission trotz der deutlichen Absage des Parlaments weiter mit Nachdruck betrieben - übrigens unter Verwendung eines Regelungsentwurfs, der wiederum direkt von der amerikanischen Industrie stammt, diesmal von der Business Software Alliance, der BSI⁴⁶. Und schließlich steht mit der RL zur zwangsweisen Durchsetzung Geistigen Eigentums ein weiterer Schritt zur Demontage des Urheberrechts unmittelbar bevor. Was im einzelnen die Gründe der Europäischen Union sein mögen, die eigene legislative Souveränität aufzugeben und einer ausländischen, daher konkurrierenden Wirtschaftsmacht solche Regelungen kritiklos auf den Leib zu schneiden, bleibt dabei völlig schleierhaft.

⁴²<http://cryptome.org/ms-drm-os.htm>

⁴³Schneier, The Futility of Digital Copy Prevention, <http://www.counterpane.com/crypto-gram-0105.html>

⁴⁴Schneier, Adobe, Elcomsoft and the DMCA, <http://www.schneier.com/crypto-gram-0108.html>

⁴⁵Zum jeweils aktuellen Stand in den einzelnen Mitgliedsstaaten vgl <http://wiki.ael.be/index.php/EUCD-Status>

⁴⁶Vergleiche zur Diskussion um Software- und Ideenpatente Jakob Georg, Positionspapier des FFS, *passim*.

All dies geschieht, obwohl sich vergleichbaren Ideen auf dem freien Markt noch nie durchsetzen konnten: Silicon Graphics entwickelte 1992 ein Gerät namens Interactive Television (ITV), das elektronische Post und e-Commerce in die amerikanischen Haushalte bringen sollte. Obwohl technisch hochentwickelt, war kein Konsument bereit, für diese proprietären Technologien Geld auszugeben⁴⁷. Auch die DAT-Musicassetten scheiterten an der mangelnden Bereitschaft der Konsumenten, sich Freie Werknutzungsrechte durch Kopierschutzmaßnahmen verunmöglichen zu lassen. Und letztlich kann wohl selbst die Pleite des Kirchschen Pay-TV-Imperiums als ein weiteres Exempel für die nicht vorhandene Überlebensfähigkeit von technischen Zugangskontrollen auf dem Endverbrauchermarkt gesehen werden.

Werden diese Technologien aber nun vom Gesetzgeber qua Gesetz zwangsweise in den Markt gepresst, so erreicht die Unterhaltungs- und Contentindustrie drei für sie wesentliche Ziele:

1. Gleichsam über die Hintertür wird die vertragliche Willensübereinstimmung, die nach europäischem Recht für Lizenzverträge nötig ist, abgeschafft und durch einseitig festschreibbare Lizenzen anglo-amerikanischer Prägung ersetzt⁴⁸. Denn wenn die Freie Werknutzung zwar formell unangetastet bleibt, die Umgehung technischer Maßnahmen, die sie be- oder verhindern aber pauschal kriminalisiert wird, so wird sie zum toten Recht.
2. Der Zugang zum Hardwaremarkt kann unter die kartellmäßige Kontrolle der Unterhaltungsindustrie gebracht werden. Zugangskontrollierte Datenträger brauchen kompatible Abspielgeräte, die Zugangskontrollmechanismen sind bereits patentiert. Will ein neuer Hersteller in den Markt, muss er mitspielen und die entsprechenden Technologien implementieren (dies möglicherweise auch bald schon von Gesetzes wegen) und die anfallenden Lizenzgebühren entrichten.
3. Allgemein scheinen die Unterhaltungs- und Softwareindustrie, die Rechteverwerter, Verleger etc, die ihre Stellung als Mittler zwischen Autoren und Publikum bedroht sehen, dem Irrglauben zu unterliegen, durch die Hilfe des Gesetzgebers in Form drakonischer Regelungen, ihren status quo absichern und so Investitionen in neue Marktstrategien oder innovative Vertriebswege wenn schon nicht gänzlich verhindern, so doch aufschieben und minimieren zu können.

Ein weiterer Gesichtspunkt, von dem hier dahingestellt bleiben soll, ob er beabsichtigt ist oder bisher nur übersehen wurde, könnte den Zensuraspekten des Copyright in drastischer Weise zu noch brennender Aktualität verhelfen: Selbst wenn es gelänge, etwa auf Basis einer frei verfügbaren Implementierung von DRM-Technologien, Monopoleffekte einzudämmen, so hätte ein solches System unter anderem zur Konsequenz, dass anonyme Meinungsäußerungen in digitaler Form langfristig unmöglich würden. Denn um auf legalen Geräten lesbar zu sein, müssten alle Inhaltsdaten mit der privaten Signatur des Autors versehen sein, dem damit der Schutz seiner Anonymität ausnahmslos verwehrt wäre. Und auch für rechtlich relevante elektronische Willensäußerungen könnten sich pikante Folgen ergeben: Was, wenn der Autor einer eMail ein Verfallsdatum festlegt, so dass wesentliche Beweisstücke im Streit- oder Anklagefall nicht mehr gelesen werden können? Und letztendlich würden es solche Systeme sogar verunmöglichen, Viren oder andere unerwünschte Programme, wie etwa sogenannte root-kits, von einem infiziertem Rechner zu entfernen, sofern sie nur durch entsprechende DRM-Maßnahmen geschützt wurden.

Darüber hinaus wird mit Einführung dieses drakonischen Schutzes über das Zusammenwirken von Technologie und Rechtsordnung ein neues de facto Sachenrecht⁴⁹ geschaffen. Doch während alle dinglichen Rechte an körperlichen Sachen hinsichtlich ihrer etwaigen Veräußerung durch ein konsequentes *entweder* behalten *oder* übertragen gekennzeichnet sind, die ihre Verkehrsfähigkeit und das Funktionieren von Märkten garantieren soll, wird nun die Trägheit des zu handelnden Gutes zum tragenden Prinzip.

Es sei hier ausdrücklich betont, dass keine der technisch möglichen Kopierschutzvorrichtungen in der Lage ist, industrielle Piraterie auch nur im Ansatz zu verhindern. Denn in diesem Kontext kommt ein professionelles Equipment zum Einsatz, das sich der Technologie des sogenannten *raw device copying* bedient.

⁴⁷Lewis, The new new thing, S 108.

⁴⁸Dazu weiter unten, S 18.

⁴⁹Völlig zutreffend in dieser Hinsicht Bechthold, Vom Urheber- zum Informationsrecht, S 269 ff.

Das bedeutet, es wird nicht nur der eigentliche Inhalt (zB ein Film) von einem Datenträger auf einen anderen überspielt, sondern alle Daten, einschließlich etwaiger Zugangskontrollmechanismen. Man wird also weiterhin Raubkopien auf diversen Schwarzmärkten erwerben können, nur wird man von diesen dann ebensowenig Sicherheitskopien erstellen können, wie von legal erworbenen Werkstücken, da der Kopierschutz schlicht und einfach mitkopiert wird.

Und schließlich sei erwähnt, dass auch Meinungen, die DRM als den Befreiungsschlag der Künstler aus den Ketten der Unterhaltungsindustrie verstehen wollen, einem fatalem Irrtum unterliegen: Einerseits aufgrund der oben geschilderten Monopolschaffungs- und -verfestigungstendenz, andererseits weil bereits alle Teilkomponenten von DRM-Systemen durch Patente, Geschäftsgeheimnis und andere gewerbliche Schutzrechte zugunsten der Industrie geschützt sind, ist vielmehr davon auszugehen, dass bestehende Abhängigkeitsposition ausgebaut und zusätzlich neue geschaffen werden.

3 Legistische Konsequenzen

3.1 DMCA, EUCD und zwangsweise Durchsetzung

Das Internet existierte bereits seit über 20 Jahren, als die Wirtschaft in grossem Stil darauf aufmerksam wurde - speziell die Unterhaltungsindustrie. Nachdem die militärischen Projektteilnehmer sich mehr und mehr zurückgezogen und den Universitäten das Feld überlassen hatten, kristallisierte sich mehr und mehr sein Hauptzweck heraus: Informationen zu teilen und weltweit zugänglich zu machen. Als dies dann - über den oben beschriebenen Dienst Napster - auch mit Musikdateien geschah, entschied sich die Unterhaltungsindustrie nicht etwa dafür, diese neu entstehenden Marktpotentiale fruchtbar zu machen. Nein, man entschloß sich, das amerikanische Parteienfinanzierungssystem zu nutzen, um eine maßgeschneiderte Gesetzgebung in Auftrag zu geben⁵⁰.

Der 1998 in den Vereinigten Staaten in Kraft getretene Digital Millennium Copyright Act (DMCA) ist eine der zentralen Normen dieser Strategie: Bei den Midterm Elections 1990 lagen die Kampagnenbeiträge aus dem Industriesektor Fernsehen/Film/Musik noch knapp über 5 Mio. US\$, im Präsidentschaftswahlkampf von 1992 hatten sie sich auf über 13 Mio. \$ gesteigert um schließlich in jenem Präsidentschaftswahlkampf, der vor dem Inkrafttreten des DMCA lag, auf mehr als 19 Mio. \$ zu summieren. Von 1992 bis 2002 erhöhten sich die Wahlkampfspenden der Unterhaltungsindustrie insgesamt um mehr als 350%, sie liegt damit aktuell (Midterm Elections 2002) an fünfter Stelle der führenden Parteienfinanzierer⁵¹, jene der Computer- und Softwareindustrie haben sich im selben Zeitraum nahezu verfünffacht⁵². Die mittels des DMCA in den Copyright Act eingeführte Sec. 1201 (a) (1)(A) enthält dementsprechend auch auftragsgemäß genau jenes pauschale Umgehungsverbot technischer Schutzmaßnahmen, für das die Rechteindustrie so großzügig intervenierte:

No Person shall circumvent a technological measure that effectively controls access to a work protected under this title.

Doch diese nationale Regelung genügt freilich nicht, um weltweite Interessen ebenfalls durchzusetzen. Die Phase, in der eine echte internationale Harmonisierung von Immaterialgüterrechten versucht wurde, jene Phase die schließlich dazu führte, dass selbst die USA mit den Rights of Certain Authors wenigstens einen Schatten dessen, was seit über 200 Jahren zum europäischen Standard gehörte in ihr Copyright einfließen ließen, sind Vergangenheit. Denn spätestens seit 1996 befinden sich die Vereinigten Staaten auf Konfrontationskurs mit dem Rest der Welt, sozusagen in einem *Copyright War*. Die WIPO-Verträge sind das Ergebnis massivsten Drucks und intensivsten, welweiten Lobbyings. Wem diese Terminologie überzogen scheint,

⁵⁰<http://www.opensecrets.org/industries/background.asp?Ind=B02>

⁵¹Detaillierte Zahlen unter <http://www.opensecrets.org/industries/indus.asp?Ind=B02>

⁵²<http://www.opensecrets.org/industries/indus.asp?Ind=B12>

der bedenke, dass die Regierung Bush unmittelbar nach ihrer „Mission-accomplished“-Verlautbarung Hillary Rosen, die Vorsitzende der Interessensvertretung der amerikanischen Musikindustrie RIAA, mit dem Entwurf eines Copyrights für den „befreiten“ Irak beauftragt hat⁵³.

Die Europäische Union ist in diese Auseinandersetzung leider von Anfang an mit gestreckten Waffen und weissen Fahnen gezogen. Dem Modell des DMCA folgend wurde der pauschale rechtliche Schutz technischer Maßnahmen ohne Differenzierung hinsichtlich etwaiger Umgehungszwecke - insbesondere der Herstellung von Kopien, für die im Rahmen der Freien Werknutzung ein Rechtsanspruch besteht - in den Art 6, Abs 1 der RL 2001/29/EU aufgenommen:

Member States shall provide adequate legal protection against the circumvention of any effective technological measures, which the person concerned carries out in the knowledge, or with reasonable grounds to know, that he or she is pursuing that objective.

Über die Umsetzung⁵⁴ dieser RL hat dieses Umgehungsverbot inzwischen auch in das österreichische UrhG als § 90 c Eingang gefunden:

(1) Der Inhaber eines auf dieses Gesetz gegründeten Ausschließungsrechts, der sich wirksamer technischer Maßnahmen bedient, um eine Verletzung dieses Rechts zu verhindern oder einzuschränken, kann auf Unterlassung und Beseitigung des dem Gesetz widerstreitenden Zustandes klagen.[...]

Die auf den ersten Blick umsichtige Formulierung des österreichischen Gesetzgebers, die einen Unterlassungsanspruch nur dann zugesteht, wenn tatsächlich Rechte verletzt wurden, was im Falle einer Ausübung der in den §§ 41 ff festgelegten Freien Werknutzungsrechte ja zunächst nicht der Fall zu sein scheint, erweist sich dennoch als problematisch⁵⁵: Denn § 91, Abs 1, letzter Satz scheint sehr wohl von einem intaktem Anspruch auf Unterlassung auszugehen, wenn er dem „Selbsthilfe-Umgeher“ lediglich Straffreiheit zugesteht. Trotz dieser und anderer Rechtsunsicherheiten⁵⁶, muss dem österreichischen Gesetzgeber aber wohl zugute gehalten werden, dass er mit dieser Grauzone dem Durchschnittsnutzer wohl einen besseren Dienst erwies, als dies im Rahmen der deutschen Umsetzung gelang, die den in seinem Recht auf Freie Werknutzung verletzten Verbraucher auf den Rechtsweg bzw Verbandsklagen verweist.

Die geplante RL zur zwangsweisen Durchsetzung Geistigen Eigentums würde allerdings beide Gesetzgeber - neben zahlreichen anderen enthaltenen problematischen Bestimmungen - insbesondere in ihrer derzeitigen Fassung der Erwägung 26 nochmals zu einer deutlichen Erhöhung des Schutzniveaus technischer Maßnahmen zwingen. Zudem sieht diese RL für alle Verletzungen von Urheber- Patent und anderen Immaterialgüterrechten (also etwa auch geschützten Marken oder Gebrauchsmustern) nicht nur drakonische Gefängnisstrafen vor, sondern enthält außerdem eine Reihe von drastischen Maßnahmen, die ein angeblich Verletzter auf bloßen Verdacht hin beantragen kann - ohne hinreichende richterliche Kontrolle. Es steht zu befürchten, dass damit ungewollt ein Instrumentarium bereitgestellt wird, das es finanzkräftigen Global Players ermöglicht, die Konkurrenz innovativer europäischer KMUs mit falschen Anschuldigungen aus dem Markt zu drängen. Bei einem unverändertem Inkrafttreten des Art 8 könnten sich auch österreichische KMUs mit der Beschlagnahme von Computern, Netzwerkutensilien, Datenträgern und anderen Produktionsmitteln sowie Geschäfts- und Bankdokumenten auf wenig mehr als den bloßen Verdacht hin konfrontiert sehen, ohne dass ihnen dabei auch nur rechtliches Gehör eingeräumt werden müsste. Sollten dann innerhalb einer „reasonable period“ keine weiteren rechtlichen Schritte eingeleitet werden, würden diese Maßnahmen zwar hinfällig, gerade Jungunternehmer könnten dadurch aber relativ einfach und schnell bis an den Rand des Konkurses getrieben werden.

⁵³Siehe dazu <http://www.theregister.co.uk/content/6/30441.html>

⁵⁴BGBI I, 2003/32.

⁵⁵Dazu auch Laimer/Thiele, Die Privatkopie nach der Urheberrechtsgesetznovelle 2003, S 12 f, mwN.

⁵⁶Vgl dazu insbesondere die Materialien unter http://www.parlinkom.gv.at/pd/pm/XXI/ME/his/003/ME00363_.html

Es sei hier nochmals betont: 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 nicht angenommen. Ebenso wenig haben aber 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 wird⁵⁷. Die wettbewerbsverzerrende Auswirkung solcher Bestimmungen sollte eigentlich evident sein.

3.2 Künstlerstimmen

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 regelmäßig in einem völlig anderen Licht. Ohne hier nun näher erörtern zu wollen, ob es tatsächlich Aufgabe des Gesetzgebers sein kann, Absatzkonzepte für Britney Spears zu entwickeln, sollten doch die Aussagen von Autoren und Künstlern in diesem Zusammenhang nicht ganz ausser Acht gelassen werden.

So legte Courtney Love dar, dass im gegenwärtigen System eine Band, die 1 Million CDs verkauft, unter günstigsten Bedingungen keinen Cent verdient, während die Plattenfirma über 5 Millionen US\$ Reingewinn erzielt und bezeichnet die Musikindustrie daher als die eigentlichen Piraten⁵⁸. Janis Ian spricht von einem Debakel⁵⁹ und Prince sieht im Kampf der Unterhaltungsindustrie gegen Filesharingdienste wie Napster ein „Cultural Dark Age“⁶⁰ heraufziehen. David Bowie sagt gar den bevorstehenden Zusammenbruch des Copyrightsystems voraus⁶¹. Das italienische Autorenkollektiv Wu Ming⁶² stellt seine gesamten Werke zum freien Download bereit und landet trotzdem - oder gerade deshalb - in den Bestsellerlisten. Der Dirigent Nicolaus Harnoncourt meint zur Angst der Plattenindustrie vor Gratisdownloads: „Kunst war noch nie dazu da, um Gewinn zu machen. Kunst ist eine Lebensnotwendigkeit.“ und für den Geigenvirtuosen Nigel Kennedy ist entscheidend, dass seine Musik Verbreitung findet, auch wenn nicht jeder Hörer dafür bezahlt⁶³. Die Sängerin Alanis Morissette sagte sogar vor dem Amerikanischen Kongress aus:

„[...] 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.“⁶⁴

All dies läßt darauf schließen, dass die Künstler gar nicht jene sind, die durch das Internet gefährdet werden. Sie hätten nun endlich Möglichkeit, in direkten Kontakt zu ihrem Publikum zu stehen, ohne auf Verleger und andere Mittelsmänner angewiesen zu sein. Gerade was das Urheberrecht in bewußtem Gegensatz zum Privilegien- und Kopierrecht erreichen wollte, die Vision von Kant und Fichte, wäre nun endlich auch technisch möglich. Die bisherigen Wächter an den Toren von Information, Wissen und Kunst, die Rechtsindustrie, wäre dadurch freilich gezwungen, ihre Rolle neu zu definieren. Diese müßte sich dabei in Zukunft keineswegs nur auf die Organisation von Konzerten beschränken. Was Filesharingdiensten zum Beispiel

⁵⁷ Ausdruck legischen Wunschenkens ohne jede Bereitstellung von Mitteln zu seiner Verwirklichung ist in diesem Zusammenhang auch der letzte Satz der Erwägung 27a des RL-Entwurfs zur zwangsweisen Durchsetzung Geistigen Eigentums.

⁵⁸ Love, Courtney Love does the Math, <http://www.salon.com/tech/feature/2000/06/14/love/index.html>

⁵⁹ Ian, The Internet Debacle, http://www.janisian.com/article-internet_debacle.html

⁶⁰ Prince, 4 The Love of Music, <http://www.angelfire.com/wv/Royalbadness/napster.html>

⁶¹ The New York Times, 9. Juni 2002, <http://www.nytimes.com/2002/06/09/arts/music/09PARE.html?todayshadlines=&pagewanted=print&position=bottom>.

⁶² <http://www.wumingfoundation.com>

⁶³ Beide Künstler wurden dazu vom Österreichischen Rundfunk interviewt, Achtung Kultur vom 16. Dezember 2002, ORF2.

⁶⁴ http://www.yourcongress.com/ViewArticle.asp?article_id=1264

fehlt sind mächtige, effektive und schnelle Methoden um große Archive zu durchsuchen - hier bestünde durchaus das Potential, entgeltliche Dienste erfolgreich zu vermarkten. Überhaupt erscheinen redaktionelle Angebote vielversprechend, die es dem Nutzer ermöglichen im unüberschaubaren Dschungel der Angebote das ihn tatsächlich interessierende zu entdecken. Und es ist wohl auch kaum anzunehmen, dass der Handel mit körperlichen Datenträgern ganz von der Bildfläche verschwinden wird. Es wäre nicht das erste mal, dass Hollywoods Lobbyisten, denen es bereits in der Vergangenheit selten an großen Worten, dafür aber mitunter an Realitätsnähe zu fehlen schien, aktuelle Trends falsch einschätzen. Schon als die ersten Videorecorder aufkamen, befürchtete die Industrie zunächst, dieser stehe zu Filmschaffenden im selben Verhältnis wie „der Würger von Boston zu einer hilflosen Frau, die alleine zu Hause sitzt“⁶⁵. Tatsache ist aber, dass gerade der Videorecorder eine Ära noch nie dagewesener Gewinnspannen auch und gerade für den alten Vertriebsweg Kino einläutete. Für mittelfristige Gewinnschwankungen in einer Branche, die in den letzten Jahren doppelt so schnell gewachsen ist, wie der Rest der Wirtschaft⁶⁶ die Freie Werknutzung via Internet verantwortlich zu machen, erscheint demgegenüber grob unsachlich. Es wäre schlicht und einfach Aufgabe der Musikindustrie gewesen, Geld- und Kreativität in Dienste wie Apples iTunes zu stecken, anstelle sich auf die Kroft des Lobbying zu verlassen und lukrative Märkte branchenfremden Anbietern zu überlassen. Im übrigen existieren inzwischen zahlreiche Studien, die nachzuweisen versuchen, dass sogar elektronische Gratis-Tauschbörsen absatzfördernde Effekte zugunsten der Musikindustrie hätten⁶⁷.

4 Urheberrecht

4.1 Kant und Fichte

Am Beginn dieser Überlegungen stand eine Darstellung der Geschichte des Copyright. Um aber die vorliegende Problematik vollständig zu verstehen, wollen wir nun noch einmal einen Blick zurück werfen, diesmal auf die Geschichte des Urheberrechts kontinentaleuropäischer Prägung. Letzteres erweist sich nämlich gegenüber ersterem als eine Weiterentwicklung, die auf einem wesentlich differenzierterem philosophischen Fundament baut. Zwei Schriften, zwischen denen die Französische Revolution von 1789 lag, haben seine Entstehung entscheidend geprägt⁶⁸. Und sie zeigen eine gemeinsame Stoßrichtung zugunsten von Autoren und Öffentlichkeit, die sich genau gegen jene Partei richtet, die das anglo-amerikanische System bevorzugt: Die Drucker, oder moderner formuliert - die Verlags- und Unterhaltungsindustrie.

Immanuel Kant⁶⁹ wandte sich gegen den Nachdruck von Büchern ohne Zustimmung des jeweiligen Autors und kritisierte dabei vorrangig die Ansicht, das Eigentum an einem körperlichen Werkstück würde die Berechtigung zu dessen Vervielfältigung und Verbreitung einschließen, doch wandte er sich auch prinzipiell gegen die Auffassung, die Verlegertätigkeit sei mit dem Gebrauch eines Eigentumsrechts als solchem vergleichbar. Er unterschied dann zwischen

- einem *persönlichem Recht* (also einer schuldrechtlichen Befugnis), die der Autor einem Verleger auf Vertragsbasis überlassen könne und welches dann diesem zustehe und
- einem unveräußerlichen *ius privatissimum*, das in der Berechtigung des Autors bestehe, *über sein Werk mit dem Publikum, der Öffentlichkeit zu kommunizieren* und das ausschließliche Entscheidungsrecht über Art, Umfang und etwaige Änderungen der Verbreitung begründete.

Damit schuf er die Basis für eine dogmatische Differenzierung von persönlichkeits- und vermögensrechtlichen Komponenten wobei erstere den Kern der Legitimation bilden. Dabei kommt schon hier dem Aspekt

⁶⁵So Jack Valenti 1982 in seiner Aussage vor dem US Kongress, erhältlich unter <http://cryptome.org/hrcw-hear.htm>.

⁶⁶Grassmuck, Freie Software, S 82 mwN.

⁶⁷Vgl etwa <http://www.heise.de/newsticker/data/anw-10.07.03-000/>

⁶⁸Zur damaligen Diskussion ausführlich Gieseke, Vom Privileg zum Urheberrecht, S 169 ff.

⁶⁹Kant, Von der Unrechtmäßigkeit des Büchernachdrucks, S 145 ff.

der ungehinderten Kommunikation und damit den Rechten der Endnutzer eines Werkes eine entscheidende Rolle zu⁷⁰.

Noch weiter ging dann der Dichter Johann Gottlieb von Fichte⁷¹. Aufbauend auf Kants Argumentation erarbeitete eine Theorie der Beziehung von Autor, Werk, Verleger und Allgemeinheit, die selbst von zeitgenössischen Juristen in ihrem Abstraktionsniveau unerreicht blieb. Er unterschied am Beispiel des Buches die folgenden Komponenten:

1. Die *Verkörperung* eines Werkes, also das bedruckte Papier - aus heutiger Sicht den Datenträger.
2. Den *Inhalt*, die Gedanken und Ideen, die ein Buch vorträgt sowie
3. Deren konkrete *Form*, die Art und Weise in der sie der Autor vorträgt, also die Worte, Wendungen und Formulierungen die er benutzt.

Die *Verkörperung*, das Buch als greifbarer Gegenstand sei durch den Verkauf in das Eigentum eines anderen übertragbar. Der gedankliche *Inhalt* dagegen ginge mit der Veröffentlichung in eine Art Gemeingut über, da jeder Leser ihn in seine eigene Ideenwelt integrieren konnte. Die *Form* jedoch, die Zeichen, mittels welcher ein Gedanke vorgetragen werde sei etwas, das niemand sich ohne Veränderung zueignen könne, sie bleibe auf immer ausschließliches „Eigentum“ des Verfassers. Daraus folgerte und forderte Fichte zwei Rechte des Autors:

1. In persönlichkeitsrechtlicher Hinsicht, dass ihm niemand dieses (geistige) Eigentum absprechen dürfe. Terminologisch stellt die Anlehnung ans Eigentum körperlicher Sachen also lediglich einen intellektuellen Brückenschlag dar, der eine Analogie zum Sachenrecht Eigentum gerade *nicht* sucht.
2. Ebenfalls in persönlichkeitsrechtlicher Hinsicht, allerdings mit direkter vermögensrechtlicher Wirkung, das Recht zu verhindern, dass irgendjemand Eingriffe in dieses Eigentumsrecht täte.

Demzufolge könne der Verleger auch durch Vertrag nicht mehr als ein Nutzungsrecht erwerben, welches ihm, im Namen und Auftrag des Verfassers und zu dessen Bedingungen zur beschränkten Vervielfältigung und Verbreitung berechtige.

Die, insbesondere unter dem Einfluss aus heutiger Sicht überholter, naturrechtlicher Überlegungen die in der Metapher vom Geistigen Eigentum mitspielen trägt die Wurzel zu zahlreichen Mißverständnissen in sich. Zu deren problematischsten gehört wohl jenes, dass sich mit der zunehmenden Internationalität von Immaterialgüterrechtsfragen drastisch verschärft: Die anglo-amerikanische Lehre mißversteh die Eigentumsmetapher, indem sie sie zu wörtlich nimmt. Denn im anglo-amerikanischen Rechtssystem existiert kein vergleichbar differenziertes System von Sachen- und Persönlichkeitsrechten, wie dies im kontinental-europäischen Raum der Fall ist. Jedes in Geld bewert- oder abschätzbare Recht gilt hier als *property right* und insbesondere Rechte, also auch Gebrauchsrechte können - in krassem Gegensatz zur europäischen Rechtsauffassung - Gegenstand solcher Eigentumsrechte sein⁷². In diesem zentralen Unterschied im Verständnis grundlegender Rechtsinstitute ist die eigentliche Ursache für die hier beschriebenen Differenzen der Behandlung von Immaterialgüterrechten nach europäischem bzw anglo-amerikanischem Recht zu suchen. Die Betonung des *geistigen*, die Sonder-, insbesondere Schrankenregelungen unverzichtbar macht, wurde in der anglo-amerikanischen Lehre der Analogie zum *Eigentum* als absolutem Recht geopfert.

⁷⁰Eine ganz ähnliche Entwicklung ergab sich, ausgehend von Italien, für die Bildende Kunst, als am Übergang vom Barock zur romantischen Revolte die Individualität des Malers und ihre Interaktion mit der Öffentlichkeit über sein Werk immer bedeutender wurden und so - beginnend bereits mit Caravaggio - der Einfluß kirchlicher und weltlicher Fürsten auf den Werkinhalt immer weiter zurückgedrängt wurde, Conti A., Der Weg des Künstlers , S 214 f.

⁷¹Fichte, Beweis der Unrechtmäßigkeit des Büchernachdrucks, S 443 ff.

⁷²Lupoi, The Origins of the European Legal Order, S 472 f.

4.2 Urheberrecht heute

Es dauerte zwar rund ein Jahrhundert⁷³, bis diese Überlegungen in die ersten gesetzlichen Regelungen einfließen, als dies aber endlich geschah, machten sich die Gesetzgeber die eben umrissenen Grundideen nahezu uneingeschränkt zu eigen. Und so bauen die europäischen Urheberrechtskodifikationen bis heute auf diesen Prinzipien auf:

- Mit Kant (und in zumindest oberflächlichem Gegensatz zur Terminologie Fichtes) wird das Urheberrecht nicht als Eigentums- sondern als *einheitliches Recht eigener Art mit persönlichkeits- und vermögensrechtlichen Komponenten* begriffen und in seinem Kern als unübertrag- und -verzichtbar, damit als unveräußerlich definiert.
- In seinem Kern wird das Recht des Urhebers als *unveräußerliches Persönlichkeitsrecht* definiert. Dieser persönlichkeitsrechtliche Aspekt determiniert und dominiert auch die vermögensrechtlichen Aspekte. Im krassen Gegensatz dazu ist das Copyright anglo-amerikanischer Prägung nicht nur in vollem Umfang übertragbar, zudem besteht für Autoren trotz der nicht mehr zwingenden Erfordernis der Kennzeichnung grundsätzlich die Gefahr aufgrund mangelnder *due diligence*, etwa unzureichende Hinweise auf ihre Urheberschaft, ihrer Rechte verlustig zu gehen.
- Die vermögensrechtlichen Elemente werden als *Werknutzungsrechte in unterschiedlichen Variationen* verkehrsfähig. Ein Verleger ist damit ebenso wie ein einfacher Leser als Endverbraucher jeweils Nutzungsberechtigter - er wird nicht Eigentümer des Rechts an sich (wie im Copyright).
- Dieser starken Position des Autors sind *Freiheitsrechte der Allgemeinheit* gegenübergestellt: Zum einen ist ein *Ideenschutz grundsätzlich nicht möglich*, der Urheberrechtsschutz betrifft nur die konkrete Ausgestaltung einer Schöpfung. Weiters ist das Urheberrecht auch *kein echtes Monopolrecht*. Die Nachschöpfung, die zwar aus praktischen Gründen eher selten ist (und regelmäßig Beweisprobleme mit sich bringt) stellt keine Verletzung der Rechte des Erstschöpfers dar und ist selbst durch das Urheberrecht geschützt.
- Und schließlich stellen eine Reihe von *Freien Werknutzungsarten*, die zum Teil unentgeltlich, zum Teil entgeltlich (und über Verwertungsgesellschaften und Pauschalabgaben abgegolten werden), als *ex lege Lizenzen*⁷⁴ Begünstigungen dar, die teilweise gänzlich unverzichtbar, jedenfalls aber nicht einseitig durch den Autor abbedungen werden können. Das Urheberrecht schafft so, indem es Kernbereiche auf beiden Seiten des Spektrums als unveräußerlich behandelt, die Basis für ein Interessensgleichgewicht zwischen Autoren und Publikum.

Damit versucht das Urheberrecht - jedenfalls bis jetzt noch - genau jenen Zweck zu erfüllen, den Kant und Fichte anstreben. Denn durch das Zusammenspiel der Rechte und Verpflichtungen, die sich zwischen Autor und Publikum spannen wird die durch die historischen Druckerprivilegien oder heutigen Copyrightbestimmungen zementierte Vormachtstellung die sich aus der wirtschaftlichen Übermacht der Mittelsmänner, nämlich der Verleger (im weitesten Sinne), ergibt, wenn schon nicht im Kern geschwächt, so doch deutlich relativiert.

Damit erreichte das Urheberrecht als Weiterentwicklung schon wesentlich mehr als das anglo-amerikanische Kopierrecht. Denn die hier beschriebene Evolution wurde weder in den Vereinigten Staaten noch in Großbritannien auch nur ansatzweise nachvollzogen⁷⁵. Anstelle den Ausgleich zwischen Autoren und Werknutzern zu suchen, hält man hier weiterhin den Schutz industrieller Investitions- und Gewinninteressen für ausreichend. Denn diese würden das öffentliche Interesse an neuen geistigen Schöpfungen zwar mittelbar, aber doch am effektivsten sichern. Dass aber europäische Urheberrechtsnormen diese Interessen viel direkter über die Freie Werknutzung verwirklichen, wird übersehen und die europäische „Autorenzentriertheit“

⁷³Vgl zu den Details etwa Boytha, Historische Wurzeln, S 86.

⁷⁴Rehbinder, Urheberrecht, Rz 253, S 201; Chimienti, Lineamenti del nuovo Diritto D'Autore, S 198 ff; Laimer/Thiele, Die Privatkopie nach der Urheberrechtsgesetznovelle 2003, S 5.

⁷⁵Vgl etwa Eggersberger, Die Übertragbarkeit des Urheberrechts, S 9 ff; Gieseke, Vom Privileg zum Urheberrecht, S 35 ff; Rehbinder, Urheberrecht; Rz 106, S 72; Zanger, Urheber- und Leistungsschutz, S 135.

verkörpert in den „moral rights“ eher als ökonomisches Hindernis und als im Gegensatz zum Interesse der Öffentlichkeit stehend mißverstanden⁷⁶.

Die erst im Jahr 1990 in den Amerikanischen Copyright Act eingefügten Rights of Certain Authors sind schon aufgrund ihrer vollständigen Abdingbarkeit mit europäischen Autorenrechten nicht einmal im Ansatz vergleichbar. Genauso wenig ist der sogenannte Fair Use in der Lage eine Balance herzustellen, denn er stellt eben keine gesetzliche Lizenz, sondern eine bloße Einrede gegen Rechtsverletzungsvorwürfe dar und wird durch Lizenzvereinbarung zum dispositiven Recht.

4.3 Lizenz und Vertrag

Dass das Copyright im Gegensatz zum Urheberrecht nicht in der Lage ist, einen Rahmen für fairen Ausgleich zu bieten, wird durch einen weiteren Aspekt nur noch verschärft. Eine Lizenz ist die Einräumung einer Nutzungserlaubnis an gewerblichen Schutzrechten, insbesondere an urheberrechtlich geschützten Werken, die als vertragliche Vereinbarung übereinstimmende Willenserklärungen voraussetzt⁷⁷. Der OGH stellte zudem fest, dass urheberrechtliche Lizenzbestimmungen lediglich schuldrechtlich bindende Nebenbestimmungen zum jeweiligen Grundgeschäft, zB Miete oder Kauf seien⁷⁸. Damit bleiben insbesondere die entsprechenden Gewährleistungsregeln auch auf den Erwerb von urheberrechtlichen Nutzungsbefugnissen in vollem Umfang anwendbar.

Doch dies gilt nur für Kontinentaleuropa: Denn das anglo-amerikanische Recht läßt Lizenzen, welche die Bedingungen einer Werknutzung festlegen eben auch ohne die Erfüllung jener Gültigkeitsvoraussetzungen, die an einen Vertragsabschluss gestellt werden, zu⁷⁹. Insbesondere ist ein übereinstimmender Parteiwille im Sinne von Anbot und Annahme nicht zwingend erforderlich. Darüber hinaus können lizenzmäßig festgelegte Userverpflichtungen aus der Entgeltlichkeitsstruktur einer etwaigen Vertragsbeziehung beliebig herausgenommen werden. Im Klartext bedeutet dies, dass der Rechteinhaber qua Lizenz nach Gutdünken Verpflichtungen des Nutzers festlegen kann, ohne dass dies die Lizenzgebühr entsprechend senkt. Auch sind solche Nutzungsbewilligungen regelmäßig ohne weiteres und nur in Sonderfällen unter zusätzlicher Wahrung einer angemessenen Frist (upon reasonable notice) widerrufbar.

Unter all diesen Gesichtspunkten liegt es nahe, die Marktkonzentration im Bereich der Informations- und Unterhaltungsmedien⁸⁰ und insbesondere die Monopolstellung eines einzigen Anbieters auf dem Sektor für Computersysteme nicht bloß in einem schlichten Marktversagen begründet zu sehen. Vielmehr hat hier ganz offenkundig der Gesetzgeber, und dies nicht nur hinsichtlich der Sicherung eines fairen Wettbewerbs, sondern über weite Strecken des Zivilrechts, seine Kompetenzen in die falsche Richtung ausgeschöpft.

4.4 Kopier- und Urheberrecht als Gegensatz

Zusammenfassend seien hier nochmals die grundlegendsten Divergenzen zwischen Kopier- und Autorenrecht dargestellt:

⁷⁶So etwa, wenn auch vorrangig auf Frankreich bezogen, D'Amato/Long, International Intellectual Property Law, S 79 f und insbesondere S 129, wo gar behauptet wird Verleger und Öffentlichkeit hätten ein gleichgerichtetes, jenem des Autors entgegengesetztes, Interesse an der Verfügbarkeit von Werken zu einem vernünftigen Marktpreis.

⁷⁷Rehbinder, Urheberrecht, Rz 322, S 262 ff; Schönherr, Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht, S 24 u. S 26. Ähnlich Zanger, Urheber- und Leistungsschutz, S 28 f u. 100 ff. Vgl zudem Jakob, Freiheit und Software, S 77.

⁷⁸5Ob 504/96, 505/96, OGH vom 14. 10. 1997, veröffentlicht in SZ 70/202 = JBL 1998, S 577 = RdW 1998, 127 = ecolx 1998, 127 (mit Glosse von *Wilhelm*).

⁷⁹Zum folgenden Stokes, Digital Copyright, S 114 ff. Vgl dazu für die USA auch die Fälle ProCD, Inc vs Zeidenberg (7th Cir 1996), CompuServe vs Patterson (6th Cir 1996) sowie Hotmail vs Van Money Pie Inc (ND Cal 1998).

⁸⁰Vgl Grassmuck, Freie Software, S 83 ff.

Copyright	Urheberrecht
Monopol- und Zensurrecht	Kommunikations- und Freiheitsrecht
reines Vermögensrecht	Vermögens- u. Persönlichkeitsrecht
vollständig übertragbar, due dilligence	im Kern unübertragbar
Nutzungsbedingungen einseitig festlegbar	Vertragliche Willensübereinstimmung
Fair Use lizenzmäßig beschränkbar	Freie Werknutzung als ex lege Lizenz

Obwohl das europäische Urheberrechtssystem damit eine klare Weiterentwicklung gegenüber dem Copyright darstellt, sind es die USA, die sich in den Bemühungen um eine internationale Harmonisierung des Immaterialgüterrechts nicht bewegen. Es ist abzusehen, dass sich europäische Gesetzgeber unangenehme Fragen gefallen lassen werden müssen, sollten sie den bereits eingeschlagenen Weg der Demontage europäischer Errungenschaften weiter widerstandslos beschreiten.

5 Die Zukunft

5.1 Die Verdienste Amerikas

Die Vereinigten Staaten haben gerade auch bei der Schaffung der Grundlagen des oft beschworenen Informationszeitalters großes geleistet. So war es der Pragmatismus amerikanischer Forschungseinrichtungen, welcher der TCP/IP-Protokollsuite zum Durchbruch verhalf und damit die Basis für das heutige Internet schuf. Und in Einzelbereichen haben die USA auch noch heute eine Vorreiterrolle, wenn es um die Lösung von Zukunftsfragen geht: Zwar muss das freie Betriebssystem Linux wohl als überwiegend europäische Errungenschaft betrachtet werden, doch das Konzept Freier Software und dessen rechtliche Basis - die GNU General Public License, die den freien Vertrieb auf ein solides und faires Fundament stellt - haben ihren Ursprung hier. Es wäre daher völlig fehl am Platz, in den gegenwärtig leider allzu häufig als en vogue geltenden Chor eines unreflektierten Antiamerikanismus einzustimmen.

Es muß vielmehr Ziel der europäischen Politik sein, eigene Stärken nicht nur zu erkennen, sondern auszubauen um in einem internationalem, konstruktivem Diskurs auch anderen Nationen die Möglichkeit zu geben, an diesen Errungenschaften teilzuhaben und so ihren ureigensten wirtschafts- und kulturpolitischen Interessen zum Durchbruch zu verhelfen. Wie bedeutend diese wirtschaftspolitischen Interessen sind soll durch einige Zahlen der US-Handelsbilanz⁸¹ verdeutlicht werden: Österreich kann hier auf den ersten Blick auf ein Plus, das sich in den letzten Jahren nahezu verdreifacht hat, stolz sein. Bei genauerem Hinsehen offenbart sich jedoch, dass die gegenwärtigen Zugeständnisse des Gesetzgebers an die USA im Bereich des Immaterialgüterrechts diese hervorragende Leistung der österreichischen Unternehmer mittel- bis langfristig aufs Spiel zu setzen drohen. Denn die in allen Punkten angeschlagene Bilanz der Amerikaner ist nur auf zwei Sektoren stark: Dem Waffenhandel und jenem mit Lizenzgebühren. Und letzterer wächst stetig und nahezu exponentiell und übertrifft mit einem Gesamtvolumen von 31,1 Milliarden \$ in den letzten sechs Monaten gar den amerikanischen Umsatz mit militärischen Gütern, der bei etwas über 8 Milliarden \$ liegt, fast um das vierfache. Noch im Jahr 2002 - also bevor die Urheberrechtsreform umgesetzt wurde - lag der Gesamtumfang für ein ganzes Jahr bei 41 Milliarden Dollar. Damit konnten die USA dank der nunmehr viel restriktiveren Gesetze in Europa bereits im ersten Halbjahr 2003 um ca. 50% mehr Erträge aus Lizenzgeschäften schlagen, als dies im Vorjahr der Fall war. Setzt sich dieser Trend fort, wobei insbesondere der potentiell virale Charakter von Immaterialgüterrechten auf andere Wirtschaftssektoren - beispielsweise via Franchising oder als Infrastrukturlizenzen, etwa für Computersoftware - zu berücksichtigen ist, so ist zu erwarten, dass die österreichische Wirtschaft innerhalb der nächsten fünf Jahre mit schwersten Einbußen gegenüber amerikanischen Mitbewerbern zu rechnen haben wird.

⁸¹ <http://www.census.gov/indicator/www/ustrade.html>

5.2 Ausverkauf oder europäische Eigenständigkeit?

Man könnte nun einwenden, dass gerade für ein Land wie Österreich mit blühender Tourismusbranche, das Geschäft mit Lizenzgebühren doch eigentlich von zweitrangigem Interesse sei. Es sei geradezu die Pflicht des Gesetzgebers, auf einem solchen Sektor ausländischen Partnern Zugeständnisse zu machen, um umgekehrt günstige Bedingungen in jenen Bereichen zu erwirken, in denen man selbst stark sei. Österreich in dieser Weise als Mozartkugel- und Lippizanerland zu verkennen wäre allerdings wirtschaftspolitisch fatal, denn die heimische IT-Branche hat den Tourismussektor bereits überholt: Während der Fremdenverkehr im Jahr 2000 15,48 Mrd. € einnahm, betragen die Einnahmen im Bereich Informationstechnologie und Telekommunikation im selben Jahr 20,3 Mrd. €⁸².

Konkret bedeutet dies, dass zahlreiche gegenwärtige Überlegungen - insbesondere im Zusammenhang mit einer gegenwärtig akut zu befürchtenden, übereilten Beschlussfassung hinsichtlich der RL zur zwangsweisen Durchsetzung Geistigen Eigentums - zu reevaluieren sind. Insbesondere werden in allen Bereichen - von Urheber- und Patent- bis hin zu eventuellen Präzisierungen des Bürgerlichen Vertragsrechts - verstärkt die unterschiedliche Beteiligtenkreise in die relevanten Diskussionsprozesse einzubinden sein.

Ein weiterer sinnvoller und aktueller Ansatzpunkt könnte die mittel- und langfristige Weiterentwicklung der kollektiven Verwertung sein. Die obigen Ausführungen zum DRM haben eine Reihe von Problembereichen offengelegt, die insbesondere Überlegungen in eine Richtung angezeigt scheinen lassen, wie eine individuelle Abrechnung (bzw Rückerstattung bereits eingehobener) Verwertungsabgaben effizient verwirklicht werden kann und inwieweit die Automatisierung und Digitalisierung solcher Vorgänge zu vertretbaren Bedingungen machbar ist. Dabei sollte, neben der Vermeidung der Förderung weiterer Monopolbildungen, die relativ einfach durch die Entwicklung Freier Systeme zu erreichen ist, vor allem dem Aspekt der Nichtmanipulierbarkeit und dauerhaften Verfügbarkeit diverser, möglicherweise juristisch relevanter oder relevant werdender Daten sowie nicht zuletzt der Sicherstellung der Anonymität der jeweiligen Nutzer, verstärktes Augenmerk geschenkt werden.

Es kann nicht dominierendes Element einer zukunftsorientierten Immaterialgüterrechtspolitik sein, auf Kosten innovativer Branchen und Unternehmen den status quo einer Industrie zu schützen, die sich als zu träge für die Herausforderungen neuer Märkte erweist. Vielmehr sollte jener Interessensausgleich zwischen Autoren, Öffentlichkeit und Mittelsmännern als Grundlage dienen, der das Europäische Urheber- und Immaterialgüterrecht seinem historischem Vorgänger - dem Copyright und Intellectual Property System anglo-amerikanischer Prägung - gegenüber auszeichnet.

⁸² Zu diesen Zahlen die unter <http://www.ibusiness.de/studien/db/studien.3558hr.8710jg.8543jg.html> erhältliche Studie.

Über den Autor

Mag.iur. Georg Jakob war bis zu dessen Tod im Jahr 2001 wissenschaftlicher Mitarbeiter des Rechtslogikers und Verfassungsrechtlers Univ.Prof. Dr. Helmut Schreiner, beteiligt am Aufbau der Abteilung für Rechtsinformatik und bis 2003 Lehrbeauftragter an der Paris-Lodron Universität Salzburg, wo er zur Zeit im Rahmen des vom Bundesministerium für Bildung, Wissenschaft und Kultur geförderten Forschungsprojekts *Aktuelle Entwicklungen der Immaterialgüterrechte auf europäischer und internationaler Ebene im Kontext der Informationsgesellschaft* unter Leitung von Univ.Prof. Dr. Georg Graf dissertiert.

Seit dem Sommersemester 2003 ist Georg Jakob zudem Lehrauftrag für Urheber- und Immaterialgüterrecht und Cultore della Materia an der Università degli Studi di Milano - Bicocca. Intensive Vortragstätigkeit und zahlreiche internationale Publikationen aus allen Bereichen des Informationsrechts, insbesondere zu Immaterialgüterrechten. Vorsitzender des Vereins zur Förderung Freier Software in Österreich, einer assoziierten Organisation der Free Software Foundation Europe.

Über den Verein zur Förderung Freier Software

Der Verein zur Förderung Freier Software (<http://ffs.or.at>) wurde im Jahre 2001 als gemeinnützige Organisation gegründet, um als Ergänzung zu den international agierenden Organisationen die Interessen der Anwender und Entwickler von Freier Software in Österreich zu vertreten. Neben der Mitwirkung in verschiedensten Projekten zur Unterstützung des Einsatzes Freier Software im privaten, geschäftlichen und öffentlichen Bereich sieht sich die ständig wachsende Anzahl von Mitgliedern auch zunehmend dazu berufen, die rechtlichen Grundlagen für die Erstellung, Verwendung und Weiterentwicklung Freier Software in Österreich zu sichern und auszubauen.

Literatur

Barlow John P., The Economy of Ideas, 1994, erhältlich unter http://www.wired.com/wired/archive/2.03/economy.ideas_pr.html

Bessen James/ Maskin Eric, Sequentielle Innovation, Patente und Imitation, 1999, erhältlich unter <http://www.researchoninnovation.org/patentde.pdf>

Bechthold Stefan, Vom Urheber- zum Informationsrecht - Implikationen des Digital Rights Management, München, 2002.

Boytha György, Die historischen Wurzeln der Vielfältigkeit des Schutzes von Rechten an Urheberwerken, in: Dittrich Robert (Hrsg), Die Notwendigkeit des Urheberrechtsschutzes im Lichte seiner Geschichte, Wien, 1991, S 69.

Chartrand Harry H., Copyright C.P.U. - Creators, Proprietors and Users, Journal of Arts Management, Law & Society, Vol. 30, No. 3, Fall 2000, erhältlich unter <http://www.culturaleconomics.atfreeweb.com/cpu.htm>

Chimienti Laura, Lineamenti del nuovo Diritto D'Autore - Direttive Comunitarie e Normativa Interna, Quinta Edizione, Milano 2002.

Conti Alessandro, Der Weg des Künstlers - Vom Handwerker zum Virtuosen, Berlin, 1998.

Conti Franco, Leonardo Pisano, primo matematico italiano?, in: Radicati di Bonzolo Luigi (Hrsg.), Fibonacci tra arte e scienza, Milano, 2002.

D'Amato Anthony/Long Doris Estelle, International Intellectual Property Law, London, 1997.

Da Vinci Leonardo, Trattato della Pittura, Florenz, ~1600 (laufende Nachdrucke der Vatikanischen Bibliothek, Rom).

Eggersberger Michael, Die Übertragbarkeit des Urheberrechts in historischer und rechtsvergleichender Sicht, München, 1992.

Fichte Johann Gottlieb, Beweis der Unrechtmäßigkeit des Büchernachdrucks, Berliner Monstsschriften 1793, S 443.

Foray Dominique, Knowledge Distribution and the Institutional Infrastructure: The Role of Intellectual Property Rights, in: Albach Horst/Rosenkranz Stephanie (Hrsg), Intellectual Property Rights and Global Competition, Berlin, 1995.

Frosini Vittorio, Law and Liberty in the Computer Age - The Harvard Papers, Oslo, 1995.

Gieseke Ludwig, Vom Privileg zum Urheberrecht, Göttingen, 1995.

Grassmuck Volker, Freie Software - zwischen Privat- und Gemeineigentum, Bonn, 2002, erhältlich unter <http://freie-software.bpb.de/>

Ian Janis, The Internet Debacle - an Alternative View, in: Performing Songwriter Magazine, Mai 2002, http://www.janisian.com/article-internet_debacle.html

Jakob Georg, Freiheit und Software, in: Schweighofer Erich/Menzel Thomas/Kreuzbauer Günther (Hrsg), Auf dem Weg zur ePerson - Aktuelle Fragestellungen der Rechtsinformatik, Wien 2001, S 331, online erhältlich unter http://www.ffs.or.at/artikel/freiheit_sw.pdf

Jakob Georg, Positionspapier des Vereins zur Förderung Freier Software zum gegenwärtigen Stand der Diskussion um Logik- und Ideenpatente, 19. September 2003, http://www.ffs.or.at/artikel/position_swp.pdf

Kant Immanuel, Von der Unrechtmäßigkeit des Büchernachdrucks, Königsberg, 1785, Nachdruck in UFI-TA 106/1987, S 137.

Laimer Barbera/Thiele Clemens, Die Privatkopie nach der Urheberrechtsgesetznovelle 2003, Dezember 2003, <http://www.rechtsprobleme.at/doks/privatkopie-laimer-thiele.pdf>.

Lehman Bruce A., Intellectual Property and the National Information Infrastructure - Report of the Working Group on Intellectual Property Rights, Washington, 1995, <http://www.uspto.gov/web/offices/com/doc/ipnii/>

Lessig Lawrence, Code und andere Gesetze des Cyberspace, Berlin, 2001.

Lewis Michael, The new new thing, London, 1999.

Love Courtney, Courtney Love does the math. The controversial singer takes on record label profits, Napster and "sucka VCs", in: Salon Magazine, 14. Juni 2000, <http://www.salon.com/tech/feature/2000/06/14/love/index.html>

Lupoi Maurizio, The Origins of the European Legal Order, Cambridge, 2000.

Man John, The Gutenberg Revolution, London, 2002.

Mayer-Schönberger Viktor, Information und Recht, Wien, 2001.

Mitterauer Michael, Predigt - Holzschnitt - Buchdruck. Europäische Frühformen der Massenkommunikation, in: Beiträge zur Historischen Sozialkunde 2/98, 28. Jg., erhältlich unter <http://www.univie.ac.at/Wirtschaftsgeschichte/VGS/b9821p.html>

Mieszkowski Katharine, Free speech and the Internet; a fish story, Salon Magazine, 4. April 2002 erhältlich unter http://www.salon.com/tech/feature/2002/04/04/aquatic_plants/index.html

Moglen Eben, Anarchism Triumphant: Free Software and the death of Copyright, First Monday, August 1999, erhältlich unter http://old.law.columbia.edu/my_pubs/anarchism.html

Pfeiffer Rene, Trusted Computing und Digital Rights Management, Frühjahr 2003, http://www.ffs.or.at/artikel/tcpa_drm.pdf

Posner Richard A., Economic Analysis of Law, 4th Edition, Boston, 1992.

Prince, 4 The Love of Music, erhältlich unter <http://www.angelfire.com/wv/Royalbadness/napster.html>

Rehbinder Manfred, Urheberrecht, 12. Auflage, München, 2002.

RosenbergDonald K., Open Source - The Unauthorized White Papers, Foster/CA, 2000.

Schneier Bruce, The Futility of Digital Copy Prevention, in: Crypto-Gram Newsletter, 15. Mai 2001, <http://www.counterpane.com/crypto-gram-0105.html#3>.

Schneier Bruce, Adobe, Elcomsoft, and the DMCA, in: Crypto-Gram Newsletter, 15. August 2001, <http://www.schneier.com/crypto-gram-0108.html#6>.

Schönherr Fritz, Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht, Wien, 1982.

Smedinghoff Thomas J., Online Law, Massachusetts, 1996.

Stokes Simon, Digital Copyright - Law and Practice, London, 2002.

Strowel Alan, Urheberrecht und Copyright: Übereinstimmungen und Abweichungen, in: Dittrich Robert (Hrsg), Beiträge zum Urheberrecht IV, Wien, 1996, S 1.

Qu Sanqiang, Copyright in China, Beijing, 2002.

Wadle Elmar, Geistiges Eigentum - Bausteine zur Rechtsgeschichte, Weinheim, 1996

Zanger Georg, Urheber- und Leistungsschutz im digitalen Zeitalter, Wien, 1996.