

Contractual Overridability of Limitations on Copyright. Den Haag, 2002
 Lessig, Lawrence: Code and Other Laws of Cyberspace. New York, 1999
 Lessig, Lawrence: The Future of Ideas – The Fate of the Commons in a
 Connected World. New York, 2001
 Marks, Dean S.; Turnbull, Bruce H.: Technical Protection Measures – The
 Intersection of Technology, Law and Commercial Licenses. European
 Intellectual Property Review 2000, 198

Möschel, Wernhard; Bechtold, Stefan: Copyright-Management im Netz.
 Multimedia und Recht 1998, 571
 Samuelson, Pamela: Intellectual Property and the Digital Economy: Why
 the Anti-Circumvention Regulations Need to Be Revised. 14 Berkeley
 Technology Law Journal 504 (1999)

Volker Grassmuck

Alternative Kompensationssysteme

Das digitale Urheberrecht wird gerade mal wieder novelliert und ist schon überholt, noch bevor es verabschiedet wird. Die Urheberrechtsindustrie möchte mit Hilfe von DRM das offene Internet in eine Shopping-Mall verwandeln, in der sie ihre Hausrechte durchsetzen kann – bis hinein in die PCs der Nutzer. Gleichzeitig wandelt sich die Struktur des Internets auf naturwüchsige Weise in die entgegengesetzte Richtung. Der überwiegende und wachsende Anteil des weltweiten Internet-Traffics stammt heute von Peer-to-Peer Anwendungen. In den 1990ern dominierte das HTTP-Protokoll das Datenaufkommen im Netz. Diese Entwicklung erreichte Anfang 2000 ihren Höhepunkt, nicht etwa, weil die Web-Nutzung zurückgeht, sondern weil sich P2P-Anwendungen rasant verbreiten. Eine Auswertung des Traffics auf dem Backbone von Sprint im Jahre 2003 ergab, dass P2P bereits bis zu 80 Prozent des gesamten Verkehrsaufkommens ausmacht.¹ CacheLogic, eine britische Firma, die sich auf das Messen des Datenverkehrs im Internet spezialisiert hat, wertete in der ersten Hälfte 2004 die Daten von Backbone-Providern in Nord- und Südamerika, Europa und Asien aus und stellte fest, dass P2P zu den Haupt-Internet-Nutzungszeiten in den Abendstunden mehr als das Doppelte des HTTP-Aufkommens ausmacht, zu anderen Zeiten bis zum Zehnfachen.²

Diese Zahlen bedürfen mindestens zweier Qualifikationen. Zum einen sagt das Datenvolumen natürlich nichts aus über die Anzahl der Transaktionen. Dem Download einer einzigen Videodatei können Tausende von Emails entsprechen. Zum anderen betreffen natürlich nicht, wie von der Content-Industrie gerne suggeriert, sämtliche P2P-Transaktionen nicht-autorisierte Kopien urheberrechtlich geschützter Werke. Genforscher tauschen ihre Forschungsergebnisse über die Enzyme, die einzelne DNS-Abschnitte kodieren, über P2P-Netze aus.³ Gemeinfreie Werke und Werke unter einer freien Lizenz zirkulieren hier. So verwenden GNU/Linux-Distributionen inzwischen P2P-Netze zur Verbreitung des freien Betriebssystems. Und auch die BBC plant, ihre Zuschauer und Zuhörer zu ermuntern, Sendungen aus dem aktuellen Programm und aus ihrem bald frei zugänglichen Archiv in ihrem Namen per Filesharing zu verbreiten.⁴

Aus diesen Puzzlesteinen ergeben sich eine Reihe Folgerungen. Die Behauptung der Musik- und der Filmindustrie, ihr drakonisches Vorgehen gegen Filesharer lasse die Nutzung zurückge-

hen, ist falsch. Nach Datenmasse, Transaktionen und Nutzern wachsen P2P-Netze kontinuierlich und weltweit. Da P2P-Protokolle einen „signifikanten nicht-urheberrechtsverletzenden Nutzen haben“, wie das Berufungsgericht im Fall MGM v. Grokster bestätigte,⁵ werden sie sich nicht pauschal verbieten lassen. Die signifikante urheberrechtsverletzende Nutzung wird somit weitergehen, und die Autoren werden weiterhin leer ausgehen.⁶

Das neue Urheberrecht, das doch gerade auf das entstehende Digitalzeitalter zugeschnitten sein soll, stellt für diese Lage keine adäquaten Mittel zur Verfügung. Das Anbieten von geschützten Werken in P2P-Netzen ist seit dem Inkrafttreten des sogenannten Ersten Korbes des digitalen Urheberrechts im September 2003 verboten. Das Herunterladen befindet sich noch in einer Grauzone, die mit dem aktuellen Zweiten Korb geschwärzt werden soll.⁷ Das ausdrückliche Verbot des Herunterladens wird abgemildert durch eine Bagatellregelung, mit der die „Kriminalisierung der Schulhöfe“ verhindert werden soll.⁸

Wird dieser Entwurf Gesetz, wäre vorgezeichnet, dass sich die kommenden Auseinandersetzungen um zwei Grenzwerte drehen werden: um die tolerierte „Schulhofmenge“, die bereits in der Drogenpolitik berüchtigt ist: Wird bei 3 oder 30 Gramm Cannabis / 50 oder 500 Downloads noch ein Auge zugedrückt? Und um die Zahl der Menschen, die dank der neuen gesetzlichen Mittel in den Ruin oder gar ins Gefängnis gebracht werden, bevor die Toleranzgrenze der Gesellschaft überschritten ist: Wird sie bei Tausenden, Zehntausenden, Hunderttausenden einsehen, dass das ein offensichtlich untauglicher Weg ist?

Viele der neuen Urheberrechtsregelungen vor allem des Online-Bereichs sind von einer ängstlichen Hilflosigkeit gekennzeichnet. So als würde man einen Gartenzaun bauen, damit die Nachbarkinder die Äpfel nicht klauen, während eine Lawine auf das Haus zurollt. Als bei der jüngsten Veranstaltung des Bundesjustizministeriums zum Zweiten Korb in München⁹ die eingangs genannten P2P-Zahlen vorgetragen wurden, breitete sich eine spürbare Ratlosigkeit unter der versammelten Urheberrechtsfamilie aus. In ihr mag die Ahnung mitgeschwungen haben, dass grundlegende Veränderungen in der Medienkultur und Medientechnologie grundlegend neue Antworten erfordern.

Und die können durchaus an altbewährte Lösungen anknüpfen. Was die Privatkopieschranke im Analogzeitalter ist, kann die vorgeschlagene Content-Flatrate¹⁰ im digitalen werden. Die Grundidee ist bestechend einfach: Filesharing, das man ohnehin nicht unterbinden kann, wird zulässig und vergütungspflichtig. Bei den Einzelheiten der Umsetzung wird es zugegebenermaßen etwas komplizierter.

Rechtlich bedeutet die Content-Flatrate, dass ein exklusives Recht des Urhebers, resp. seines Verwerter, nämlich das auf Online-Verfügbarmachung, von einem weitgehenden Kontrollrecht über Nutzungen auf einen Vergütungsanspruch für Nutzungen reduziert wird, mit anderen Worten, von der Möglichkeit, gegen Filesharer zu klagen zu einer Ausschüttung von einer Verwertungsgesellschaft, die Pauschalabgaben bei den Begünstigten der Nutzungsfreiheit erhebt.

Diese Nutzungsfreiheit lässt sich auf verschiedene Weisen artikulieren. Würde man sie als Schrankenbestimmung auslegen, müsste sie, wie der Referentenentwurf einwendet, die Hürde der EU-Richtlinie zum Urheberrecht in der Informationsgesellschaft und des Drei-Stufen-Tests des internationalen Urheberrechts nehmen.¹¹ Die Content-Flatrate könnte auch die Form einer Zwangslizenz annehmen, wie das Urheberrecht sie für Musikaufnahmen kennt. Hat ein Musikurheber einem Tonträgerhersteller Nutzungsrechte an seinem Werk übertragen, ist er von Rechts wegen verpflichtet, jedem anderen Tonträgerhersteller im Geltungsbereich des Gesetzes zu angemessenen Bedingungen dieses Recht ebenfalls einzuräumen (§ 42a UrhG). Historisch sollte diese Regelung Monopolen unter den Plattenfirmen entgegenwirken. Der Effekt einer solchen gesetzlich vorgeschriebenen kollektiven Verwaltung des exklusiven Online-Rechtes wäre der gleiche: die Reduktion eines Verfügungsrechts auf das Recht einer angemessenen Vergütung. Doch da es sich in diesem Fall nicht um eine Schrankenbestimmung handelt, kollidiert eine solche Regelung, wie Silke von Lewinski vom Max-Planck-Institut für Geistiges Eigentum aufgezeigt hat, weder mit dem Berner Drei-Stufen-Test noch mit dem abschließenden Schrankenkatalog der EU-Richtlinie. Von Lewinski verweist auf das junge aber allgemeine Bewusstsein, dass exklusive Rechte sehr wohl weniger günstig für die Urheber sein können als Vergütungsrechte aufgrund einer Zwangslizenz und verwaltet von einer Verwertungsgesellschaft. Dieses Argument sei insbesondere von US-amerikanischen Autoren auf der Diplomatischen WIPO Konferenz 1996 vorgebracht worden, als dort die Abschaffung der mechanischen Zwangslizenzen der Berner Übereinkunft diskutiert wurde. Sie untersucht eine Reihe solcher Zwangslizenzen, u.a. für die Online-Verfügbarmachung, im ungarischen Urheberrechtsgesetz auf ihre Vereinbarkeit mit internationalem und europäischem Recht und kommt zu dem Ergebnis, dass es keine Konflikte gibt. „Given that the Berne Convention and the other relevant treaties aim at protecting authors' rights in as effective and uniform a manner as possible, it would even seem self-contradictory to consider the mandatory collective administration in such cases, where individual administration is hardly possible, as unduly restricting the exclusive rights granted as minimum rights.“¹²

Auf eine dritte freiwillige Variante verweist die EFF in ihrem „Let the Music Play“ White Paper.¹³ Nach dem Vorbild des Zusammenschlusses der US-amerikanischen Plattenfirmen der 1920er Jahre in der Verwertungsgesellschaft BMI, um ihre Kataloge

an die neue Radioindustrie zu lizenzieren, schlägt die EFF eine gesamtvertragliche Lösung vor. Daraus wird deutlich, dass sich rechtlich machbare Modelle finden lassen, wenn die Content-Flatrate gesellschaftlich gewollt wird.

Auch die praktischen Fragen der Umsetzung sind vertrackt, aber nicht unlösbar. Designziel hier ist es, ein möglichst pauschales und somit datenschutzfreundliches Einsammeln der Vergütung mit einer Ausschüttung an die Urheber zu verbinden, die sich möglichst genau an der tatsächlichen Nutzung ihrer Werke orientiert. In Entsprechung zur pauschalen Privatkopieabgabe auf Kopiergeräte und Leermedien würde die Content-Flatrate gestaffelt nach Bandbreite auf den Internet-Zugangspreis aufgeschlagen. In einer frei programmierbaren digitalen Umwelt sollte es technisch kein Problem sein zu registrieren, wie häufig ein bestimmter Titel aus einem P2P-Netz heruntergeladen worden ist. Mit einem ungleich geringeren Aufwand als nach dem DRM-Modell ließe sich vergleichbar genaue Nutzungsinformation erhalten, die der Verwertungsgesellschaft zur angemessenen Vergütung der Berechtigten dienen würde.

Verwerter würden den Filesharing-Markt genauso umwerben wie heute den für CDs und DVDs, denn hier wie dort gilt: Wer mehr gefragt ist, bekommt auch mehr vom Kuchen. Und um jeden Kuchen bilden sich neue Geschäftsmodelle.

Wie realistisch ist es, dass eine Content-Flatrate sich durchsetzen wird? Ein Umerziehungsprogramm aus massenhafter Strafverfolgung und Akzeptanzschulung, das einer weltweiten Nutzerkultur Werte einbleuen soll, die sie nicht teilt, ist zum Scheitern verurteilt. So viel ist klar. Dagegen ist eine wachsende Zahl von Menschen aus der Wissenschaft,¹⁴ aus Musikverlagen,¹⁵ Internet-Zugangs-Providern und Verwertungsgesellschaften der Überzeugung, dass eine pauschal vergütete Lizenz zum Filesharing der einzig gangbare Weg in die Zukunft der Informationsgesellschaft ist.

Bennett Lincoff, der frühere Direktor der Rechtsabteilung für Neue Medien der US-amerikanischen Musikverwertungsgesellschaft ASCAP fasste seine Version der Content-Flatrate folgendermaßen zusammen: „The online transmission right, collectively administered, and subject to a statutory license, is the best model for music rights administration in the digital age; it is a full, fair and feasible solution to the dilemma of online music licensing. If implemented, it will allow an online music marketplace to flourish.“¹⁶

- 1 *Packet Level Traffic Measurements from the Sprint IP Backbone* – Fraleigh, Moon, Lyles, et al. Sprint Labs, 2003, <http://moose.fraleigh.com/~chuck/papers/ieee-network.pdf>
- 2 *The True Picture of Peer-to-Peer Filesharing*, July 2004, <http://www.cachelogic.com/research/index.php>
- 3 *Siehe das Ensembl-Projekt des Sanger Institutes*, <http://www.ensembl.org/>
- 4 *NewMediaAge*, 19 September 2003, <http://www.newmediazero.com/nmz/story.asp?id=244087>
- 5 *Siehe die Materialsammlung der EFF zu dem Fall, einschließlich des Berufungsurteils des Ninth Circuit*: http://www.eff.org/IP/P2P/MGM_v_Grokster/
- 6 *Dass Autoren keine Vergütung für die P2P-Nutzung ihrer Werke erhalten*

- ten, steht offenbar in keinerlei Zusammenhang zu ihrer Möglichkeit, Einkünfte aus CD-Absätzen zu erzielen. Deren Anstieg in den letzten Quartalen in den USA und England bei gleichzeitiger Zunahme der P2P-Aktivität belegt die Ergebnisse einer Studie der US-Ökonomen Felix Oberholzer-Gee und Koleman Strumpf, die keine messbaren Auswirkungen von Filesharing auf CD-Verkäufe feststellten. (Vgl. *The Guardian*, July 22, 2004, <http://www.guardian.co.uk/online/story/0,3605,1265840,00.html/>)
- 7 Für die Begründung der vorgeschlagenen Änderung des § 53 UrhG, siehe <http://www.kopien-brauchen-originale.de/enid/6b42d6afe7bce581dcf2545803ebce1d,55a304092d09/7u.html>
 - 8 Für die Begründung der vorgeschlagenen „Schulhofausnahme“ im §106 UrhG, siehe <http://www.kopien-brauchen-originale.de/enid/6b42d6afe7bce581dcf2545803ebce1d,55a304092d09/85.html>
 - 9 Urheberrecht in der Informationsgesellschaft – Der Referentenentwurf zum Zweiten Korb, Symposium des Bundesministeriums der Justiz in Zusammenarbeit mit dem Institut für Urheber- und Medienrecht, München, 2. November 2004, <http://www.urheberrecht.org/events/20041102.php3>
 - 10 Im Juni 2004 hatte eine Koalition der Zivilgesellschaft, der u.a. das FfF, das Netzwerk Neue Medien, der Chaos Computer Club, FoeBuD e.V., die Attac AG Wissensallmende und freier Informationsfluss sowie die Initiative privatkopie.net angehört, der Bundesregierung unter dem Motto „Kompensation ohne Kontrolle eine Stellungnahme vorgelegt, in der sie eine Pauschalvergütung fürs Netz forderten (<http://privatkopie.net/files/Stellungnahme-ACS.pdf>). Im gleichen Sinne wandte sich zeitgleich eine Gruppe namhafter internationaler Rechtsgelehrter und Medienpraktiker mit der Forderung einer Content Flatrate an die EU-Kommission. (Berlin Declaration on Collectively Managed Online Rights: Compensation without Control, Berlin, 21 June 2004, http://europa.eu.int/comm/internal_market/copyright/docs/management/consultation-rights-management/berlindeclaration_en.pdf)
 - 11 Die Einwände des Referentenentwurfs finden sich am Ende des Abschnitts „Keine wesentliche Beschränkung der Privatkopie“ in der Begründung, <http://www.kopien-brauchen-originale.de/enid/1d521d8712ce34bb9e5c412d93bb2fff,55a304092d09/7f.html>. Zum Drei-Stufen-Test vgl. Sam Ricketson, *WIPO Study on Limitations and Exceptions of Copyright and Related Rights in the Digital Environment, presented at the WIPO SCCR meeting Geneva, June 23 to 27, 2003 (WIPO SCCR/9/7)*, http://www.wipo.int/documents/en/meetings/2003/sccr/pdf/sccr_9_7.pdf
 - 12 Silke von Lewinski, *Mandatory Collective Administration of Exclusive Rights – A Case Study On Its Compatibility With International and EC Copyright Law*, UNESCO e-Copyright Bulletin, No.1, January - March 2004, S. 7, http://portal.unesco.org/culture/en/ev.php-URL_ID=19552&URL_DO=DO_TOPIC&URL_SECTION=201.html
 - 13 “Let the Music Play” White Paper. A Better Way Forward: Voluntary Collective Licensing of Music File Sharing, http://www.eff.org/share/?f=collective_lic_wp.html
 - 14 William W. Fisher III, *Promises to Keep. Technology, Law, and the Future of Entertainment*, Stanford University Press, 2004, <http://www.promises-to-keep.org/>
 - 15 Jim Griffin, *At Impasse: Technology, Popular Demand, and Today's Copyright Regime*, White paper for the Senate Judiciary Committee, April 2001, http://www.62chevy.com/at_impasse.htm
 - 16 Bennett Lincoff, *A Full, Fair And Feasible Solution To The Dilemma of Online Music Licensing*, New York, New York, November 22, 2002, <http://www.quicktopic.com/boing/D/uhAMNwVb8yfkc.html>