

## Rainer Kuhlen/ Thomas Hoeren

### Ein Dialog zwischen Ethik und Recht

**Kuhlen:** Zunächst eine allgemeine Frage. In der juristischen Fakultät in Konstanz sah ich die Ankündigung einer Veranstaltung, die mich erstaunte: „Recht gestaltet die Zukunft“ stand dort. Ist es nicht eher so, daß das Recht normative Rahmenbedingungen, z.B. moralische Gepflogenheiten aus der Vergangenheit, beisteuert und damit systematisch immer zu spät kommt? Besteht hier ein juristisches Dilemma und gibt es Möglichkeiten, aus dem Dilemma heraus zu kommen?

**Hoeren:** Ja, als Jurist fühlt man sich manchmal wie der Hase, der immer wieder auf den Igel trifft, der bereits vor uns angekommen ist. Es gibt dieses Problem generell. Dennoch können wir viel regeln. Der Gesetzesentwurf zum Urheberrecht aber zeigt an mehreren Stellen das absolute Versagen der Justiz, die Hilflosigkeit gegenüber faktischen Entwicklungen.

Nehmen wir den Pressespiegel: Jedes Unternehmen hat einen Pressespiegel. Auch der Bundesgerichtshof hat einen. Diese Pressespiegel existieren natürlich nicht nur in klassischer Papierform sondern auch elektronisch. Sollten wir solche Pressespiegel erlauben? Ja, natürlich. Das Problem ist aber, daß die Gerichte in Deutschland, z.B. das Oberlandesgericht in Köln und das in Hamburg, entschieden, daß dies nicht gehe. Elektronische Pressespiegel und sogar die Papierversion sind nicht von einer Schranke gedeckt. In diesem eklatanten Fall wird also das Informationsinteresse der Einzelnen zugunsten von Verbotsansprüchen von Verlegern verletzt. In dieser Situation fragen wir uns als Juristen, wie man eigentlich den Bundesgerichtshof verklagt, denn auch dieser ist ein Urheberrechtsverletzer.

Man hätte diese Probleme regeln können, aber das Tempo, mit dem der Gesetzentwurf vorangetrieben wird, verhindert dies. In der Richtlinie ist von „Communication by the press“ die Rede, was folgendermaßen ausgelegt werden kann – wie das die niederländischen Kollegen in einer Protokollerklärung auch tun: „Press“ bedeute, „alles, was die nationalen Mitgliedsstaaten als Presse ansehen“. Warum sollten wir nicht den Bundesgerichtshof, der selber bestimmte Sachverhalte massenhaft verbreitet, als Presse ansehen? Mit all diesen Themen beschäftigt sich der Gesetzentwurf gar nicht erst, sondern beläßt es bei den bisherigen. Es gibt Verbotsansprüche gegen den BGH, die man überhaupt nicht durchsetzen kann. Damit beschwört man eine loose-loose Situation, nur weil man zu feige war, sich dieser Problemstellung anzunehmen.

Beim Art. 8 Absatz 3 der Richtlinie liegen die Dinge ähnlich. Wir reden bislang nur über CDs. Was ist mit dem Internet? Hier kann man Verbote des Hacking einführen. Dennoch: sobald Tools von der Ukraine aus zum Cracken von Sperrmechanismen angeboten werden, haben deutsche Gesetzgeber darauf keine Einflußmöglichkeiten.

Ich komme zum Digital Rights Management: Im März hat die Europäische Kommission eine interne Studie herausgegeben, die alle Digital Rights Management Systeme, die bisher europäisch gefördert worden sind, untersucht. Sie stellt fest, daß alle gehackt worden sind. Es gibt nicht ein System, das Bestand hat. Auch hier sieht man: es kann etwas geregelt werden. Nur sind die Regelungen mit einfachen Mitteln zu umgehen.

Betrachten wir als letztes Beispiel Sony & Co., ein erschütternder Fall. Hier geht es um die Frage der Regional Coding Systems. Anscheinend haben sich die großen Konzerne zusam-

mengetan und sich gesagt: Warum sollen wir überhaupt noch auf Juristen hören? Laßt uns „Code as Code“ machen, wie Laurence Lessig das nennt. Das bedeutet, daß man den Programmiercode konsequent zu einer eigenen Kodifikation werden läßt. Das sieht man am Regional Coding System. Es gibt bereits Sony CDs, die nur auf britischen Recordern abspielbar sind. Das ist ein grober Verstoß gegen unsere Rechtsordnung. Wir haben hier einen Erschöpfungsgrundsatz, der gebietet, daß eine in Großbritannien gekaufte CD hier genutzt werden kann. Wir haben bisher jedoch keine juristische Handhabe, um dagegen vorzugehen.

**Kuhlen:** Noch einmal zur Frage des Digital Rights Management. Es ist nicht das Problem, ob Systeme geknackt werden können oder nicht, sondern wie der Anspruch auf private Kopien gesichert werden kann. Ist es möglich, das Digital Rights Management durch ein User Rights Management zu erweitern? Wenn ja, an welcher Stelle könnte das geschehen und mit welchen Formulierungen? Oder ist die gesamte Idee der Sicherung von privaten Kopien über Software für Sie als Jurist nicht durchsetzbar?

**Hoeren:** Zuerst muß man fragen, was Ansprüche auf Kopien eigentlich bedeutet. Die Vertreter der Urheber, genauer gesagt der Verwerter, sind der Ansicht, daß es gar keine Ansprüche auf Kopien gibt. Die Privatkopierfreiheit ist ihnen zu Folge gar kein Recht an sich, sondern ist aus dem Grunde entstanden, daß man gegen diese Praxis nicht vorgehen konnte. Da fängt der Fehler schon an. Die Verwerter behaupten fälschlicherweise, daß es einen obersten Grundsatz gibt, der besagt, daß der Schutz der Kreativen (und damit meinen sie auch ihren) gesichert sein muß. Die Freiheit der Privatkopie sei dagegen eine Ausnahme, die juristisch eng auszulegen ist. Privatkopierfreiheit lassen sie nur bei Medien gelten, bei denen die Kopierqualität schlecht ist. Im Bereich digitaler Medien plädieren sie dafür, die Privatkopierfreiheit gänzlich abzuschaffen.

Diese Konzeption ist falsch, denn wir befinden uns hier verfassungsrechtlich in einem Güterabwägungsprozeß. Es gibt zwei Interessen: auf der einen Seite die Verwerterinteressen, die verfassungsrechtlich durchaus zu Recht geschützt sind, und auf der anderen Seite solche Dinge wie die Informationsfreiheit. Zwischen diesen beiden Prinzipien muß eine Balance hergestellt werden, wobei der oberste Grundsatz lautet: grundsätzlich sind Informationen frei. So ist das Urheberrecht schon in sich eine Ausnahmekonstruktion, was man daran sieht, daß die Rechte des Urhebers nur bis 70 Jahre nach seinem Tod geschützt sind. Ungefähr 140 Jahre (je nach Alter) gewähren wir also Monopole. Das Monopol muß selbst restriktiv ausgelegt werden. Das Regel-Ausnahme-Verhältnis ist genau umgekehrt. Die Schranken geben der Öffentlichkeit also Freiheiten zurück, die sie besitzen.

Wie macht man also die Balance? Der Interessenkonflikt kann so entschieden werden wie das die Briten tun: Sie gewähren überhaupt keine digitale Kopierfreiheit. So werden wir nicht entscheiden. Die Brüsseler Leitlinie hat eine solche Position auch gar nicht vorgegeben. Auf der anderen Seite könnte man alles frei geben. Das ist politisch auch nicht vernünftig. Die Wahrheit liegt in der Mitte. Entweder gibt es eine Pauschalabgabe, die einen Anspruch auf private Kopierfreiheit zusichert, oder man führt ein Einzellizenzmanagement ein, das wäre die User Rights-Variante. Diese Möglichkeiten finden sich wieder im Art. 13 Absatz 4 des Urheberwahrnehmungsgesetz. In dieser Bestimmung heißt es, daß man nur dann Leerkassettenabgaben zahlen muß, solange keine Digital Rights Systeme bestehen. Man will eine Doppelbezahlung vermeiden: einmal das Bezahlen durch die Einzellizenz und zum zweiten an eine Verwertungsgesellschaft. Ob das funktioniert? Es ist ein erster Versuch.

Ungeregelt ist auch – und das ist für die Kopierfreiheit wichtig – der Grundsatz der Erschöpfung. Das muß nachgeholt werden. Wenn man z.B. ein Buch kauft, darf man es frei weiterverkaufen. Die Frage ist, ob das auch im digitalen Kontext z.B. im Internet gilt. Die Kommission hatte sich in der Brüsseler Regelung darüber Gedanken gemacht und entschieden, daß es auch im Internet eine Erschöpfung geben kann. Es darf kein Unterschied bestehen zwischen einer Software, die man auf Diskette bekommt, wo die Erschöpfung gilt und einer Software, die man aus dem Internet herunterlädt. Das ist im Gesetz wieder nicht geregelt worden, wieder aus Feigheit. Dabei ist das sogar der Kern der Kopierfreiheit. Es kann nicht sein, daß eine Bibliothek etwas kauft, es aus dem Internet herunterlädt und nun noch einmal dafür zahlen soll, daß sie diese Daten weitergeben will.

**Kuhlen:** Uns interessiert hier ja nicht alleine der Musikmarkt, sondern auch die Wissenschaft. Sind Forscher in Gefahr, wenn sie über Digital Rights Managementsysteme forschen und deren Schwachstellen publizieren?

**Hoeren:** In den USA gab es den Felton-Case: Ein Wissenschaftler wurde von der Musikindustrie unter Druck gesetzt, weil er veröffentlicht hatte, wie man bestimmte DVD-Mechanismen hacken kann. Der Felton-Case zeigt das grundsätzliche psychologische Problem, daß die Musikindustrie sich noch nicht auf offene Diskurse einläßt. Der Fall ist zugunsten des Herrn Felton ausgegangen, er durfte sein Material publizieren.

Das Hauptproblem ist, daß die Industrie „code as code“ benutzen und Sperrmechanismen einsetzen kann. Da gibt es die Strafvorschrift §95a, die die Umgehung von Sperrmechanismen verbietet. Diese Vorschrift ist meiner Ansicht nach so verfassungswidrig wie sie nur sein kann. Der Gesetzgeber hat einen taktischen Fehler gemacht. Er hat nicht nur verboten, sondern für strafbar erklärt. Damit eine Norm aber den Strafrechtlern genügt, muß schon einiges zusammen kommen. Sie muß vor allem hinreichend bestimmt sein. Die Regelung ist aber kaum lesbar, ihre Begriffe sind nicht eindeutig auslegbar.

Der §95b, der die Wissenschaftsfreiheit gegen diese Schutzmaßnahmen schützen soll, ist problematisch, weil Software ausgenommen ist, weil das gesamte Verzögerungs- und Insolvenzrisiko voll auf die Bibliotheken abgewälzt wird. Das geht nicht. Hier muß über ganz neue Vorgehensweisen nachgedacht werden, z.B. „Key recovery“, also daß Schlüssel öffentlich hinterlegt werden, die man sich dann besorgen kann. Das verweist auf die Hinterlegungssituation im Softwarerecht. Solche konstruktiven Ideen müßten im Gesetz verwirklicht werden. Wenn die Regierung das Gesetz jedoch in zwei Wochen schon zum Regierungsentwurf machen will, kann über solch wichtigen Fragen nicht mehr nachgedacht werden.

**Kuhlen:** Lassen Sie uns noch über die Sicherung kultureller Interessen sprechen. Es wird, wie Jeremy Rifkin zeigt, zunehmend mit Kulturgütern Geld verdient, nicht mehr alleine mit Informationsgütern. Das bedeutet die Wende von der Informationswirtschaft in die Kulturwirtschaft. Kulturgüter sind noch weitgehend in öffentlicher Hand. Wie kann man sicherstellen, daß Kulturerbe geschützt werden kann?

**Hoeren:** Rechtlich-dogmatische Möglichkeiten sehe ich wenig. Es fehlt aber auch noch Forschung auf diesem Gebiet. Was heißt Digitalisierung und Vermarktung? Wir brauchen einen neuen, offenen Dialog. Bislang haben die Verwerter unter sich verhandelt. Da sie aber das Urheberrecht immer weiter ausgedehnt haben, gibt es nun neue Gruppen, die ein Wörtchen mitreden möchten. Wir brauchen eine neue Art von Verbraucherschutzorganisation, denn es gibt keine Vertreter der Privatkopierfreiheit. Die Verbraucherschutzorganisationen beschäfti-

gen sich nur mit Stiftung Warentest u.ä., wie sie es schon seit dem 19. Jahrhundert tun. Die immaterialgüterrechtliche Komponente verstehen sie nicht. Der einzige Vertreter der Privatanutzer ist eine Allianz von Verkäufern der Kopiergeräte wie Hewlett Packard, Digital Equipment und Philips, die an der Geräteabgabe interessiert sind. Diese Allianz ist jedoch nicht sehr stabil. Auf dem Gebiet der Nutzerrechte ist Forschung und eine ausgiebige Auseinandersetzung nötig, darum plädiere ich für ein Moratorium für das Gesetzesvorhaben. Deutschland muß nicht den Pionier in Europa spielen.