

## REINHARD OERTLI über Copyright und Internet (Music Download)

28.02.2005

**Reinhard Oertli**, Jahrgang 1958, Rechtsanwalt, Meyer Lustenberger, Zürich, ordentliches Mitglied des Kassationsgerichts Zürich, Studium der Rechte an der Uni Zürich und der University of Pennsylvania Law School, Dr. iur. LL.M., geboren in Zürich, verheiratet, Vater zweier Kinder, lebt mit seiner Familie in Zürich.



Oertli war während seiner Aus- und Weiterbildung in Zürich und Philadelphia auf den verschiedensten Gebieten als Jurist tätig, mit Schwerpunkt im Immaterialgüterrecht und Technologie-Recht. Heute ist er als Partner bei Meyer Lustenberger tätig. Seine Beratungsschwerpunkte liegen im Wettbewerbs- und Immaterialgüterrecht, insbesondere im Bereich von Lizenz- und Zusammenarbeitsverträgen, aber auch im Bereich des Urheberrechts und neuer Technologien. Das macht ihn zusammen mit seinen tiefen Kenntnissen der europäischen und amerikanischen Rechtssysteme zu einem namhaften Gesprächspartner bezüglich Musik Download.

<http://www.meyerlustenberger.ch>

In seiner Freizeit interessiert sich Reinhard Oertli u.a. für klassische Musik und Jazz.

### "Copyright - vor allem ein Problem der Durchsetzung"

**Pollert:** Herr Dr. Oertli, wir konnten nun einige Male beobachten, dass unbedachte einfache Menschen sich ein paar Songs aus dem Internet luden - und dann Post vom Gericht bekamen. In den USA mussten 12-jährige Schülerinnen oder Pensionierte der mächtigen Musikindustrie vier- und fünfstelligen Beträge dafür bezahlen, dass sie nicht von den Staranwälten der Musikindustrie vor Gericht gezerrt wurden. Was halten Sie als Jurist von solchen Vorkommnissen?

**Oertli:** Das macht schon einen sehr stossenden Eindruck. Wir sollten uns aber vor einer zu emotionalen Betrachtungsweise hüten, die Schlagzeile "mächtige Musikindustrie gegen zwölfjährige Schülerin" soll uns nicht den Blick für die wesentlichen Interessenlinien verstellen, welche den gegenwärtig laufenden Auseinandersetzungen zu Grunde liegen: Das Internet, insbesondere die Breitbandtechnologie, bietet neue Distributionsformen. Wenn nun die Musikindustrie diese Chance für einige Zeit verschlafen hat, so soll sie nicht das Recht anrufen können, um Remedur schaffen zu lassen. Überhaupt kann es nicht Aufgabe des Rechts sein, die Stellung der Musikindustrie zu schützen, wenn diese durch neue Technologien bedroht wird. Etwas anderes ist es, wenn neue Technologien den Kern-Schutzbereich des Urheberrechts auszuhöhlen drohen.

Das Urheberrecht gilt natürlich auch für zwölfjährige Schülerinnen. Eine strafrechtliche Durchsetzung gegenüber Kindern und anderen Privat-Nutzern dürfte an der fehlenden Opportunität eines solchen Vorgehens scheitern, und eine zivilrechtliche Durchsetzung gegen einzelne Nutzer dürfte bei dem schwer nachzuweisenden Schaden sowieso nicht diskutabel sein. Anders als die USA, wo für jeden Fall von Urheberrechtsverletzung auch ohne Nachweis eines Vermögensschadens eine Pönale von USD 750 bis USD 150'000 geschuldet ist, kennt das schweizerische Recht keine punitive damages. Die meisten mir bekannten Fälle bezogen sich nicht auf das Herunterladen von Musik (Download), sondern auf das Zurverfügungstellen von Musikdateien (Upload), so dass andere sie herunterladen können. Nach meinem Verständnis des schweizerischen Rechts ist der Download zu privaten Zwecken rechtlich zulässig. D.h. wer Musik herunterlädt, muss dafür sorgen, dass sie nicht in der „incoming“ oder „Shared Folder“-

Datei verbleibt und durch die zum Herunterladen verwendete Tausch-Software wieder zur Verfügung gestellt wird. Das verletzt zwar die Netiquette, aber das Recht geht vor.

**Pollert:** Inzwischen sind auch andere Länder betroffen. Die Musikindustrie hat solche Prozesswellen jetzt auch z.B. für Spanien angekündigt. Das wird so manchem zu denken geben, auch hier in der Schweiz.

**Oertli:** Jeder, der sich am P2P-Austausch von Musik beteiligt, muss damit rechnen, von der Organisation der Musikproduzenten resp. einer Urheberrechts-Verwertungsgesellschaft behelligt zu werden. Das Gesetz enthält an sich eine entsprechende Auskunftspflicht der potentiellen Urheberrechtsnutzer. Durch spy ware bleibt ja sowieso nichts unentdeckt, was wir im Netz tun. Zur Zeit gibt es noch keine anonymen Tauschbörsen. Jeder Nutzer ist durch seine IP-Adresse identifizierbar. Um überhaupt an den Namen der hinter einer IP-Adresse stehenden Person zu kommen, ist der Urheberrechtsinhaber aber auf die Mitarbeit des ISPs angewiesen. Ob die gesetzliche Auskunftspflicht gegenüber dem ISP greift, ist meines Erachtens extrem fraglich, da der ISP ja nicht selber Verletzer ist, weil er den Inhalt der heruntergeladenen Daten nicht kennen kann.

**Pollert:** Es ist schon beängstigend: Eins meiner Kind lädt sich schwarz kopierte Musik aus dem Web. Und später kostet das dann 5,000 Dollar pro Nummer. Wie gross und real ist diese Gefahr in der Schweiz?

**Oertli:** Ich halte, wie gesagt, das Herunterladen von Musik nach geltendem schweizerischem Recht für legal. Auch die jetzt angelaufene Revision des schweizerischen Urheberrechtsgesetzes will daran offenbar nichts ändern. Die bereits heute geschuldete Vergütung auf Leerträgern (Tonbandkassetten) soll aber auf alle Formen von Datenträgern ausgedehnt werden. Nach geändertem deutschem Urheberrechtsgesetz sind Privatkopien nur zulässig, wenn die Vorlage nicht offensichtlich rechtswidrig hergestellt ist. Aber wie soll ich im Internet wissen, ob die Vorlage in einem Land aufgeschaltet worden ist, in dem der Upload legal oder illegal ist? Zudem ist es durchaus möglich, dass jemand zuerst legal eine Privatkopie herstellt und erst nachträglich entscheidet, sie zum Download bereit zu stellen. Auch in diesem Fall ist die Kopie nicht rechtswidrig hergestellt.

**Pollert:** Wie sieht es überhaupt aus? Hafte ich als Inhaber eines Internet-Zugangs für das Schindluder, das damit getrieben wird? Riskiere ich als Arbeitgeber für die Schwarz-Downloads meiner Mitarbeiter herhalten zu müssen? Wie kann ich mich schützen (auch etwa als Elternteil)?

**Oertli:** Für die strafrechtlichen Konsequenzen unserer Kinder haften die Eltern sicher nicht. Und eine zivilrechtliche Haftung käme nur in Frage, wenn eine Verletzung der Obhutspflicht nachgewiesen werden könnte. Als Eltern muss ich wohl nicht den Familien-Computer absuchen, ob darauf Grokster, Streamcast, LimeWire, Kazaa, Gnutella, Shareaza oder Emule gespeichert ist. Und wenn schon, diese Programme sind als solche nicht illegal.

Haben mehrere Benutzer gleichzeitig Zugang zu einem Computer, stellt sich für den Rechtsinhaber das praktische Problem, nachzuweisen, welcher der Nutzer den Upload durchgeführt resp. erlaubt hat, zumal Familienmitglieder ein Zeugnisverweigerungsrecht in Bezug auf Tatsachen haben, die andere Familienmitglieder belasten könnten. Als Arbeitgeber bin ich an sich nicht verantwortlich für (strafrechtlich und zivilrechtlich) verbotene Handlungen meiner Mitarbeiter, die mit der Arbeitstätigkeit nicht zusammenhängen. Und um einen Vorgesetzten als Gehilfen seines Untergebenen bezüglich dessen am Arbeitsplatz (aber unabhängig von der eigentlichen Aufgabe) durchgeführten Urheberrechtverletzungen zu belangen, braucht es doch sehr viel.

Wir dürfen nicht vergessen, dass der P2P-Austausch von Musik-Dateien übers Internet auch in allseits legalem Rahmen erfolgt. Ich weise nur auf die zahlreichen jungen Künstler hin, welche

ihre Musikaufnahmen frei ins Netz stellen mit der einzigen Auflage, sie nicht weiter zu verkaufen. Dazu kommen alle Aufnahmen aus der Zeit vor 1954 mit Musik von Komponisten, die vor 1934 gestorben sind. Diese Aufnahmen können frei ins Internet gestellt und heruntergeladen werden. Dazu gehören im klassischen Bereich wichtige Interpretationen von Maria Callas, Wilhelm Furtwängler, dem jungen Karajan, um nur diese zu nennen. Dieser Vorrat an frei nutzbaren Musikaufnahmen wird durch den Zeitablauf immer grösser. Die interessierten Kreise sind darum daran interessiert, dass die Schutzdauer für Leistungsschutzrechte, welche die Rechte der ausübenden Künstler schützen, (wie für das Urheberrecht der Autoren selbst) auf 70 Jahre nach dem Tod des ausübenden Künstlers verlängert wird.

**Pollert:** Kürzlich gab es in den USA Streit um die Rechte am Woody-Guthrie-Song "This Land is Your Land". Der Protest-Barde Woody Guthrie selber hätte vielleicht gar nichts gegen die Verwendung seines Werks in einer Polit-Satire gehabt, solange die der Öffentlichkeit kostenlos zur Verfügung gestellt wird. Wie ist die Rechtslage grundsätzlich? Wem steht das Urheberrecht zu? Wie lange besteht es? Wie ist die Rechtslage in der Schweiz.

**Oertli:** Nach kontinentaleuropäischer Auffassung steht das Urheberrecht dem Werkschöpfer zu. Er kann es (in der Schweiz) allerdings übertragen werden, ausgenommen gewisse Persönlichkeitsrechte. Das angelsächsische copyright will eher die wirtschaftlichen Interessen des Produzenten schützen.

Nach der Abtretung seiner Rechte kann der Urheber eine Werknutzung nicht mehr erlauben, höchstens noch verbieten, wenn der Kernbereich seiner Persönlichkeitsrechte betroffen ist (z.B. bei der Verwendung eines Woody-Guthrie Songs in einem rechtsextremen Kontext).

Der Urheberrechtseinhaber kann nicht verhindern, dass aus dem Werk zitiert wird, oder dass es zur Schaffung einer Parodie verwendet wird. In der Praxis ist es allerdings enorm schwierig, zwischen erlaubtem Zitat resp. erlaubter Parodie und unerlaubter Benutzung resp. Bearbeitung eines Werkes zu unterscheiden.

**Pollert:** Es ist wohl offensichtlich so, dass die Musikindustrie selbst auch verhältnismässig hilflos erscheint. Die Drohung mit Prozessen ist ja eher ein Machtmittel zur Einschüchterung und Abschreckung - in der Hoffnung, dass es ein einzelner wohl nicht darauf ankommen lässt.

**Oertli:** Die Musikindustrie hat am Anfang wirklich ziemlich hilflos auf die neuen Technologien reagiert. Diese Phase dürfte nun aber vorbei sein. Einerseits werden die Vertreiber von entgeltlichen, legalen Musikdateien immer effizienter (iTune, das neue Napster). Andererseits ist nun bereits jede Aufnahme von gregorianischem Mönchsgesang mit einem digitalen Kopierschutz versehen.

Und die Umgehung von solchen technischen Kopierschutzmassnahmen ist nach EU-Recht inzwischen verboten. Auch die vorgeschlagene Änderung des schweizerischen Urheberrechtsgesetzes bringt ein entsprechendes Verbot.

Während das deutsche Recht ziemlich auf stur schaltet, bleibt der Schweizer Entwurf insofern flexibel, als ein solcher Kopierschutz weiterhin legal ausgeschaltet werden kann, um Kopien im privaten Rahmen zu ermöglichen. Wie wir das in der Praxis hierzulande aber umsetzen wollen, ist mir nicht klar.

**Pollert:** Brauchen das Internet und die neue Technologie nicht unter dem Strich generell ganz neue Urheber-Gesetze?

**Oertli:** Natürlich mahlt überall die Gesetzesmühle. In den USA ist gerade der Piracy Deterrence and Education Act durchs Repräsentantenhaus gegangen, der das Verfügbarmachen von Musik im Internet verbietet, insoweit es im grossen Stil erfolgt.

Grundlegend neue Gesetze brauchen Internet und neue Technologien aber eigentlich nicht. Die alten enthalten bereits hinreichende Grundlagen, um zu verbieten, was gegen den gesetzlichen

Interessenausgleich zwischen dem Schöpfer und dem Nutzer eines Werks verstösst. Problematisch ist vor allem die Durchsetzung. Und da helfen uns neue Gesetze weder im Bereich des Urheberrechts noch sonstwo. Die Erwiderung auf technische Herausforderungen liegt wiederum im technischen Bereich, das hat die Musikindustrie erkannt. D.h. die Musikindustrie vertraut vorerst einmal auf den technischen Kopierschutz.

**Pollert:** Stellt die Situation, dass das Kopieren für rein private Zwecke erlaubt ist, angesichts der heutigen technischen Möglichkeiten das Urheberrecht selbst in Frage?

**Oertli:** Schrankenloses privates Kopieren stellt zweifelsohne eine Gefahr für die Musikindustrie und für die Künstler dar. Die Stellung der Musikindustrie wird vielleicht nie mehr die sein, welche sie noch bis zur Jahrtausendwende gewesen ist. Andererseits kann nicht sein, dass die neuen Technologien den Werknutzern einfach einen "free lunch" erlauben. Wenn die direkte Zahlung durch die Werknutzer (über den Kaufpreis von CDs, Lizenzgebühren gemäss Suisa-Tarif etc.) dem Ausmass der Werknutzung nicht mehr möglich entspricht, dann muss die faire Entschädigung der Werkschöpfer eben auf anderem Weg erfolgen. Leerträger-Vergütungen (bisher auf Tonbandkassetten, neu auf allen Ton-, Tonbild- und Datenträgern sowie auf für die Vervielfältigung geeigneten Geräten) und Abgaben auf Photokopiermaschinen sind ein erster Schritt dazu.

**Pollert:** Und zum Abschluss die vielleicht nicht ganz ernst gemeinte Frage: Wem steht eigentlich das Urheberrecht an diesem Interview zu? Reinhard Oertli oder Achim Pollert?

**Oertli:** An den Fragen Ihnen, an den Antworten mir, am Interview als Gesamtwerk dagegen uns beiden. Da es mit dem Einverständnis von uns beiden im Internet veröffentlicht wird, habe jedenfalls ich nichts dagegen, wenn es einzeln oder in Teilen (einzelne Fragen und Antworten) kopiert, weiterversandt oder abgespeichert wird. Nur gegen eine Verhunzung oder Verfälschung der gemachten Aussagen möchte ich mich wehren können.

**Pollert:** Reinhard Oertli, herzlichen Dank für dieses Gespräch.