

Die Privatkopie nach der Urheberrechtsgesetznovelle 2003*

Die Urheberrechtsgesetznovelle 2003¹, trat am 1. 7. 2003 in Kraft. Sie war notwendig geworden, weil der europäische Gesetzgeber das Urheberrecht ein weiteres Mal fortentwickelt hat. Die Umsetzung der Richtlinie 2001/29/EG des Europäischen Parlamentes und des Rates vom 22. 5. 2001 zur Harmonisierung bestimmter Aspekte des Urheberrechtes und der verwandten Schutzrechte in der Informationsgesellschaft (sog. „Info-RL“)² machte auch eine Anpassung der Vorschriften im Zusammenhang mit freien Werknutzungen³ notwendig. Der vorliegende Beitrag befasst sich mit den Auswirkungen der Novelle auf die Privatkopie.

Inhaltsübersicht:

A. Gegenstand der Untersuchung

B. Meinungsstand

1. Verbot der Privatkopie aus „trüber Quelle“
2. Rechtmäßigkeit des Musik-Downloads und der digitalen Privatkopie

C. Rechtslage in Deutschland seit der UrhG-Novelle 2003

D. Eigene Stellungnahme

1. Nichtanwendbarkeit der „Figur auf einem Bein“-Entscheidung
2. Dogmatische Einordnung der Privatkopie
3. Teleologische Reduktion des § 42 Abs 1 und 4 UrhG?
4. Die Tatbestandsmerkmale der Privatkopie
 - a) Abgrenzung „eigener Gebrauch“ und „privater Gebrauch“
 - b) „Papier oder ein ähnlicher Träger“ sowie „andere Träger“
5. Europarechtliche und völkerrechtliche Vorgaben
 - a) Art 5 Abs 2 lit a, b Info-RL
 - b) Art 9 Abs 2 RBÜ (Revidierte Berner Übereinkunft)

E. Der Einfluss technischer Schutzmaßnahmen

F. Zusammenfassung

A. Gegenstand der Untersuchung

Die Vervielfältigungsfreiheit ist neugefasst in § 42 Abs 1 bis 8 UrhG geregelt. Von jenen Fällen, in denen Vervielfältigungen ohne Erlaubnis des Urhebers zulässig sind, bilden lediglich die Herstellung einer Privatkopie von audiovisuellen Werkstücken (z.B. von einer gekauften Musik-CD) für ein Zweitgerät sowie das Herunterladen von audiovisuellen Werken aus dem Internet und seinen Diensten (z.B. von Tauschbörsen) den Gegenstand weiterer Erörterungen. Eng verknüpft damit ist der neu eingefügte § 90c UrhG, der den Schutz technischer Maßnahmen vorsieht.

Nicht in den engen Bereich der Untersuchung fallen der Upload von audiovisuellen Werken⁴,

* Dr. *Barbara Laimer*, Vertragsassistentin am Institut für Österr. und Int. Handels- und Wirtschaftsrecht der Universität Salzburg, Barbara.Laimer@sbg.ac.at und Dr. *Clemens Thiele*, LL.M Tax (GGU), Rechtsanwalt in Salzburg, Anwalt.Thiele@eurolawyer.at, Näheres im Internet unter <http://www.eurolawyer.at>.

1 BGBl I 2003/32.

2 ABI 22. 6. 2001, L 167, S 10 idF ABI 10. 1. 2002 L 6, 71.

3 Vgl. Art 5 Info-RL.

4 Vgl. zum Upload: *Büchele*, Urheberrecht im World Wide Web (2002) 53 ff; *Senger*, Wahrnehmung digitaler

die urheberrechtliche Stellung von Tauschbörsenbetreibern⁵ und die stark eingeschränkte Vervielfältigung von Computerprogrammen zum eigenen Gebrauch.⁶ Inhaltlich beschränken sich die nachfolgenden Überlegungen daher auf § 42 Abs 1 und § 42 Abs 4 UrhG, die in der nunmehr geltenden Fassung, wie folgt, lauten:

Tabelle: Gegenüberstellung § 42 UrhG aF/nF

	§ 42 UrhG alt	§ 42 idF UrhGNov 2003
Abs 1	Jedermann darf von einem Werk einzelne Vervielfältigungsstücke zum eigenen Gebrauch herstellen.	Jedermann darf von einem Werk einzelne Vervielfältigungsstücke auf Papier oder einem ähnlichen Träger zum eigenen Gebrauch herstellen.
Abs 4	--	Jede natürliche Person darf von einem Werk einzelne Vervielfältigungsstücke auf anderen als den in Abs 1 genannten Trägern zum privaten Gebrauch und weder für unmittelbare noch mittelbare kommerzielle Zwecke herstellen.

Der neu eingefügte Abs 4 des § 42 UrhG hatte bislang keine Entsprechung, sondern war gewissermaßen im Generaltatbestand des § 42 Abs 1 UrhG aF mitenthalten.

B. Meinungsstand

Die freie Werknutzung für die reprografische (auf Papier) und nicht reprografische (papierlose) Vervielfältigung ist in Diskussion geraten. Im Kern geht es vor allem um die Frage, ob solche Vervielfältigungen nur dann zulässig sind, wenn es sich bei dem kopierten Werk (der Vorlage) um ein rechtmäßig hergestelltes Werkstück handelt, oder auch dann, wenn das kopierte Werkstück bereits unter Verletzung des Urheberrechts am Werk her- bzw. zur Verfügung gestellt wurde?

1. Verbot der Privatkopie aus „trüber Quelle“

Mit Ausnahme der Stellungnahmen von *Stomper*⁷ und *Walter*⁸, die bereits auf die UrhG-Novelle 2003 Rücksicht nehmen, gehen andere Literaturstimmen⁹ noch zur alten Rechtslage davon aus, dass die Vervielfältigung für den eigenen Gebrauch nur dann zulässig ist, wenn die kopierte Vorlage rechtmäßig, d.h. insbesondere ohne Urheberrechtsverletzung, hergestellt

Urheberrechte (2002) 93 ff; *Ensthaler/Bösch/Völker*, Handbuch Urheberrecht und Internet (2002) 174 ff; *Haller*, Music on demand (2001) 98 ff.

⁵ Vgl. dazu *Strasser*, § 14 ECG – Paradies auf Erden für Napster & Co? *ecolex* 2002, 241; *Graninger*, Musik und E-Commerce, MR 2001, 3; *Strasser*, A&M Records v. Napster. Eine Analyse vor dem Hintergrund des amerikanischen Urheberrechts, MR 2001, 6.

⁶ Vgl. § 40d Abs 1 UrhG; OGH 18. 9. 2001, 14 Os 91/01, 92/01, *ecolex* 2002/84, 193 = MR 2002, 32 mit Anm. *Walter*; dazu *Dittrich*, Straffreier Gebrauch von Software?, *ecolex* 2002, 186.

⁷ Internet-Tauschbörsen nach der UrhG-Novelle, RdW 2003, 368; unklar *Walter*, Ministerialentwurf einer UrhGNov 2002 – Ausgewählte Aspekte, MR 2002, 217, 220, der zwar zustimmt, aber eine entsprechende gesetzliche Klarstellung für wünschenswert hält.

⁸ Urheberrechtsgesetz – UrhG-Nov 2003 (2003), 54 f, Anm. 3 Vor §§ 41 ff: "Dieser ... Ansicht wird zuzustimmen sein, doch wäre eine entsprechende gesetzliche Klarstellung wünschenswert gewesen".

⁹ *Medwenitsch/Schanda*, Download von MP3-Dateien aus dem Internet, *ecolex* 2001, 215; ihnen folgend *Dittrich*, Straffreier Gebrauch von Software?, *ecolex* 2002, 168; *Bücheler*, Urheberrecht im World Wide Web, 105 ff.

wurde. Der Download von z.B. MP3-Files, die ihrerseits rechtswidrig erstellt wurden, bilde daher auch dann eine Urheberrechtsverletzung, wenn diese Vervielfältigung lediglich zum eigenen Gebrauch erfolge.

2. Rechtmäßigkeit des Musik-Downloads und der digitalen Privatkopie

*Haller*¹⁰ zur alten Rechtslage und *Schmidbauer*¹¹ zur neuen Rechtslage haben demgegenüber deutlich gemacht, dass es für die Rechtmäßigkeit der Vervielfältigung zum eigenen bzw. privaten Gebrauch nicht darauf ankommt, ob es sich bei der zu kopierenden Werkvorlage um eine (ursprünglich) rechtmäßig hergestellte Werkkopie handelt oder nicht. *Kucsko*¹² schlägt als Mittelweg eine Einschränkung der Privatkopierfreiheit lediglich für das bewusste Vervielfältigen von einer Raubkopie vor. § 42 Abs 1 UrhG aF/nF spricht nur von „einem Werk“ als Vorlage. Auch eine rechtswidrig erstellte Kopie eines Werkes verliert ihre Werkeigenschaft dadurch grundsätzlich nicht.

C. Rechtslage in Deutschland seit der UrhG-Novelle 2003

Die ebenfalls in Umsetzung der Info-RL¹³ ergangene Novelle zum deutschen Urheberrecht hat in dem hier zu erörternden Umfang durch die Beschlussempfehlung des Vermittlungsausschusses zwischen Bundestag und Bundesrat vom 2. 7. 2003 noch eine wesentliche Änderung erfahren.¹⁴ Demgemäß lautet der seit 13. 9. 2003 in Kraft befindliche § 53 Abs 1 Satz 1 dUrhG, wie folgt: „Zulässig sind einzelne Vervielfältigungen eines Werkes durch eine natürliche Person zum privaten Gebrauch auf beliebigen Trägern, sofern sie weder unmittelbaren, noch mittelbaren Erwerbszwecken dienen, soweit nicht zur Vervielfältigung eine offensichtlich rechtswidrig hergestellte Vorlage verwendet wird.“ Damit hat der Gesetzgeber (genauer: die Länderkammer) kurz vor Schluss noch ergänzt, dass die gesetzliche Lizenz der Privatkopie von der Rechtmäßigkeit der verwendeten Vorlage abhängt und damit de lege lata einen Meinungsstreit¹⁵ entschieden.¹⁶ Dem Wortlaut der österreichischen Regelung ist eine derartige Einschränkung nicht zu entnehmen.¹⁷ So kritisierte schon *Walter*¹⁸ zutreffend die fehlende gesetzliche Klarstellung zu dieser Frage im Ministerialentwurf der UrhGNov 2002.

¹⁰ Music on Demand (2001) 138 ff.

¹¹ Up and Down – Der Download als zulässige Privatkopie? <<http://www.i4j.at/news/aktuell46a.htm>> besucht am 14. 10. 2003.

¹² Geistiges Eigentum (2003), 1209 f.

¹³ Vgl. *Dreier*, Umsetzung der Urheberrechtsrichtlinie 2001/29/EG in deutsches Recht, ZUM 2002, 28; *Zecher*, Die Umsetzung der EU-Urheberrechtsrichtlinie in deutsches Recht II - Diskussionsbericht der gleichlautenden Arbeitssitzung des Instituts für Urheber- und Medienrecht am 22. März 2002, ZUM 2002, 451.

¹⁴ Dazu *Schippa*, Urheberrecht goes digital – Das Gesetz zur Regelung des Urheberrechts in der Informationsgesellschaft, ZUM 2003, 378, 383.

¹⁵ Gegenteilig: *Cichon*, Musikpiraterie im Internet, K & R 1999, 547, 550; *Mönkemöller*, Moderne Freibeuter unter uns? - Internet, MP3 und CD-R als GAU für die Musikbranche, GRUR 2000, 663, 667; *Pakuscher*, zit in *Zecher*, ZUM 2002, 451, 456.

¹⁶ Entsprechend der nunmehrigen gesetzlichen Regelung schon: *Diemar*, Kein Recht auf Privatkopien – Zur Rechtsnatur der gesetzlichen Lizenz zu Gunsten der Privatvervielfältigung, GRUR 2002, 587 sowie *Hänel*, Napster und Gnutella – Probleme bei der Übertragung von MP3-Dateien nach dem deutschen Urheberrecht, JurPC Web-Dok. 245/2000, Abs. 18; *Leupold/Demisch*, Bereithalten von Musikwerken zum Abruf in digitalen Netzen, ZUM 2000, 379, 383 mwN; *Lüft* in Wandtke/Bullinger, Praxiskommentar zum Urheberrecht (2002) § 53UrhG Rz 9 mwN; *Loewenheim*, Vervielfältigungen zum eigenen Gebrauch von urheberrechtswidrig hergestellten Werkstücken, in FS *Dietz* (2001), 401.

¹⁷ Insoweit konzidierend *Medwenitsch/Schanda*, *ecolex* 2001, 215 und 216 zur alten Rechtslage.

¹⁸ MR 2002, 217, 220.

D. Eigene Stellungnahme

1. Nichtanwendbarkeit der „Figur auf einem Bein“ – Entscheidung

In der von *Medwenitsch/Schanda*¹⁹ und *Stomper*²⁰ zur Untermauerung ihrer Auffassung herangezogenen Entscheidung des OGH²¹ hatten die Erbinnen eines Bildhauers damit argumentiert, dass der vom Bildhauer mit einer Skulptur beschenkte Beklagte die Skulptur nicht einmal zum eigenen Gebrauch vervielfältigen hätte dürfen, weil die Rechte eines mit einer Skulptur Beschenkten geringer seien, als die eines Käufers.

Die von *Medwenitsch/Schanda*²² referierte deutsche Entscheidung des KG Berlin²³ bezieht sich darauf, dass die später vervielfältigten Originale durch einen Diebstahl in den Besitz des Vervielfältigers gekommen waren. Beide Entscheidungen können uE nicht als Beleg für die von *Medwenitsch/Schanda*, *Stomper* und *Dittrich*²⁴ vertretene Auffassung herangezogen werden, da diese Konstellation nicht auf die hier zu besprechenden Fälle angewendet werden kann. Die „Figur auf einem Bein“ – Entscheidung steht zudem mit der jüngeren Postwurfsendung – Entscheidung²⁵ in einem gewissen Widerspruch, worauf *Walter*²⁶ zutreffend hinweist. Bemerkenswerterweise trifft der OGH in der jüngeren Entscheidung die Feststellung, dass die freie Werknutzung zugunsten der Berichterstattung über Tagesereignisse auch in Bezug auf Nutzungen greift, die ihrerseits rechtswidrig sind. Eine unterschiedliche Behandlung der freien Werknutzung nach dem jeweils verfolgten Zweck (hier: privater Gebrauch, dort: freie Berichterstattung) ist der einheitlichen Rechtsanwendung abträglich.

Schon der Wortlaut des § 42 Abs 1 UrhG aF (und nF) unterscheidet nicht nach der Rechtmäßigkeit der Vorlage, beinhaltet er doch das Wort „Werk“ und nicht die Formulierung „rechtmäßig erworbenes Werkstück“. Dies räumen auch *Medwenitsch/Schanda*²⁷ ein. Aus der Tatsache, dass der Nutzer eine fremde Kopie als Vorlage benutzt, kann also nichts für das Erfordernis einer Rechtmäßigkeit der Vorlage hergeleitet werden.

*Dittrich*²⁸ zieht für seine Schlussfolgerung, das Privileg des § 42 UrhG setze voraus, dass es sich bei der Vorlage für die eigenen Kopien um eine rechtmäßig erstellte Kopie handeln müsse, zwei Grundsätze des Urheberrechts heran: Zum einen könne ein Recht nur der Berechtigte selbst übertragen, also nicht der Raubkopierer. Zum anderen gebe es im österreichischen Urheberrecht mangels Gutglaubenstatbestand keinen gutgläubigen Erwerb von Rechten.

Trotz zutreffender Ausgangsprämissen, ist das von *Dittrich* gewonnene Ergebnis unrichtig, weil nicht ausreichend differenziert. Ihm unterläuft eine fallacia accidentis, d.h. eine voreilige Verallgemeinerung.²⁹ Die zur Stützung seines Argumentes herangezogene Lehre³⁰ und Rechtsprechung³¹ besagen nicht mehr und nicht weniger, als dass das Werkstück, von dem die

19 ecolex 2001, 215, 216.

20 RdW 2003, 368, 369.

21 17. 3. 1998, 4 Ob 80/98p - *Figur auf einem Bein*, MR 1998, 200 mit Anm. *Walter* = ÖBl 1998, 266.

22 ecolex 2001, 215 und 216.

23 Urteil 5. 3. 1991, 5 U 4433/91 - *Dia-Kopien*, GRUR 1992, 168.

24 ecolex 2002, 186, 187.

25 OGH 23. 5. 2000, 4 Ob 134/00k, MR 2000, 379 mit Anm. *Walter*.

26 MR 2000, 379, 380, rechte Spalte, 2.

27 ecolex 2002, 215, 216.

28 Straffreier Gebrauch von Software?, ecolex 2002, 186 f.

29 Dazu ausführlich *Schneider*, Logik für Juristen³ (1991), 172 ff.

30 *Medwenitsch/Schanda*, Download von MP3-Dateien aus dem Internet, ecolex 2001, 215.

31 17. 3. 1998, 4 Ob 80/98 p – *Figur auf einem Bein*, MR 1998, 200 mit Anm. *Walter*.

Vervielfältigung hergestellt wird, unrechtmäßig in den Besitz des Vervielfältigers gelangt ist. Der unrechtmäßige Besitzer soll nicht noch durch das Vervielfältigen-Dürfen einen weiteren Vorteil aus seiner unerlaubten Position ziehen. Diese Aussage bezieht sich angesichts der oben dargelegten Urteilsachverhalte (der Vervielfältiger nahm fremde Dias an sich bzw. hat die Skulptur gestohlen) eindeutig auf die Besitzerlangung. Der Vorgang beurteilt sich nach rein zivilrechtlichen Maßstäben, nämlich nach den §§ 312 ff ABGB. Auf den Fall des Downloads übertragen, stellen sowohl auf einem Datenträger verkörperte Computerdaten Sachen im Sinne des § 285 ABGB dar, als auch MP3-Dateien, die entweder auf der Festplatte des Internetserver (zentrales Filesharing) oder auf derjenigen des Nutzer-PCs (dezentrales Filesharing) verkörpert sind. In beiden Fällen räumt der Anbieter dem privaten Nutzer aus freien Stücken den physischen Zugriff auf diese Dateien zum Download ein. Es kann also nicht von einer rechtswidrigen Verschaffung der tatsächlichen Möglichkeit der Vervielfältigung gesprochen werden. Zum anderen sind die von *Dittrich* zur Begründung aufgeführten beiden Grundsätze zwar allgemein anerkannt, allerdings übersieht er, dass § 42 Abs 1 aF (und nF) UrhG nicht den Erwerb von Verwertungs- oder Nutzungsrechten regelt, sondern lediglich die Verwertungsrechte des Urhebers zugunsten der vereinfachten Informationserlangung einschränkt. Gegenstand der Bestimmung ist nicht eine derivative Rechtseinräumung, sodass sich aus dem Fehlen der Möglichkeit eines gutgläubigen Rechtserwerbes nicht zwingend ergibt, dass es sich bei der Vervielfältigungsvorlage um eine rechtmäßig hergestellte Kopie handeln muss. Für die zu *Dittrich* konträre Auffassung lassen sich sowohl Wortlaut, also auch Regelungszusammenhang des § 42 Abs 1 UrhG aF und nF ins Treffen führen.

2. Dogmatische Einordnung der Privatkopie

Die freie Werknutzung der Vervielfältigung zum eigenen Gebrauch gemäß § 42 Abs 1 aF UrhG stellt nach herrschender Meinung³² einen Anwendungsfall der „gesetzlichen Lizenz“ dar. Damit wird zunächst zweierlei ausgedrückt: Zum einen liegt ein gesetzliches Schuldverhältnis im Sinne des § 859 ABGB vor. Es entsteht durch Realakt, wobei im Bereich der Privatvervielfältigung nicht an die tatsächlich urheberrechtlich relevanten Nutzungen angeknüpft wird. Stattdessen setzt der Gesetzgeber lediglich die „Vervielfältigung zum eigenen bzw. privaten Gebrauch“ voraus. Die dem Vervielfältiger durch einfaches Erfüllen der Tatbestandselemente eingeräumten Nutzungsrechte entstehen originär. Sie gründen sich unmittelbar auf das Gesetz. Die gesetzliche Rechtseinräumung ist allerdings auf den privaten bzw. eigenen Gebrauchszweck beschränkt. Sinn und Zweck der gesetzlichen Lizenz rechtfertigt uE von einer einschränkenden Auslegung abzusehen. Der (europäische) RL-Gesetzgeber will den privaten Nutzer generell vom Nachweis einer lückenlosen Berechtigungskette befreien, sofern er die Vervielfältigung einzelner Werkstücke zu bloß privaten Zwecken vorgenommen hat. Gerade im Unterschied zur Nutzung von Computerprogrammen³³ ist es für den privaten Nutzer gerade nicht erforderlich, sich um eine vertragliche Rechtseinräumung (Lizenz) zu bemühen. Rechtstechnisch gesehen, bewirkt der privilegierte Zweck des privaten bzw. eigenen Gebrauchs, dass der Vervielfältiger ein Nutzungsrecht kraft Gesetzes erwirbt.

3. Teleologische Reduktion des § 42 Abs 1 und 4 UrhG?

Die eingangs unter Pkt. B.1. referierte Auffassung läuft letztlich auf eine teleologische

³² So wörtlich *Loewenheim* in *Schricker*, Urheberrecht², § 53 Rz 2; ihm folgend *Gutman*, Urheberrecht im Internet, in Österreich, Deutschland und der EU (2003), 106 (FN 707).

³³ Vgl. § 40d Abs 1 UrhG, zurückgehend auf die Umsetzung von Art 5 der Computerrichtlinie durch die Urheberrechtsnovelle 1993.

Reduktion der Privatkopie unter dem Deckmantel eines „ungeschriebenen Tatbestandsmerkmals der rechtmäßig erstellten Vorlage“ hinaus.³⁴ Ohne dies ausdrücklich offen zu legen, wird dabei der Ausnahmecharakter des § 42 UrhG bemüht, der – so sinngemäß – *Stomper, Medwenitsch/Schanda* und *Dittrich* eine enge Auslegung verlange.³⁵ Dass selbst Ausnahmevorschriften stets eng auszulegen und daher keiner Analogie fähig sind, entspricht gleichwohl im Urheberrecht nicht mehr der Höhe der Zeit.³⁶ Zur Klärung des Normzwecks von § 42 Abs 1 und 4 UrhG nF muss sich der Rechtsanwender daher einer genauen Auslegung der Tatbestandsmerkmale³⁷ ebenso unterziehen, wie einer Analyse der übergeordneten europa- und völkerrechtlichen Regelungen.³⁸

Davon abgesehen muss sich jeder Lückenschluss durch Analogie der Prüfung stellen, ob überhaupt eine planwidrige Unvollständigkeit innerhalb des positiven Rechts, gemessen am Maßstab der gesamten geltenden Rechtsordnung³⁹ vorliegt. Betrachtet man die legistische Entstehungsgeschichte⁴⁰ des § 42 UrhG nF, so fällt auf, dass die Unabhängigkeit der Privatkopie von der Rechtmäßigkeit der Vorlage mehrfach im Begutachtungsverfahren⁴¹ releviert wurde. In Ansehung des § 42 Abs 1 UrhG aF hat sich der österreichische Novellengesetzgeber aber sowohl in Kenntnis der Judikaturdivergenz⁴² als auch der geäußerten Kritik an einem zu weit reichenden Wortlaut⁴³ nicht veranlasst gesehen, das Tatbestandsmerkmal der rechtmäßigen Vorlage in den neugefassten Gesetzestext aufzunehmen.⁴⁴ Damit hat der Gesetzgeber schweigend seinen Willen zur Gleichbehandlung von Privatkopien von rechtmäßigen bzw. unrechtmäßigen Vorlagen zum Ausdruck gebracht. Eine Analogie ist deshalb ausgeschlossen, weil sie vom Gesetzgeber gewollt verworfen worden ist.⁴⁵

34 Kritisch dazu schon *Kucsko*, Geistiges Eigentum (2003), 1209 f.

35 Ebenso *Gutman*, aaO 105 f, der die Schrankenregelung der Privatkopie nach ihrem teleologischen Gehalt auslegen und nach „Sinn, Zweck und Billigkeit“ dahingehend beschränken will, dass eine derart exzessive Nutzung wie die bewusste Vervielfältigung von Werken aus sehr weit zugänglichen und offensichtlich unrechtmäßigen Quellen des Internets nicht mehr vom Regelungsgehalt gedeckt sein kann.

36 Vgl OGH 19. 11. 2002, 4 Ob 230/02f – *meischi.at*, EvBl 2003/57 = MR 2003, 38 mit Anm. *Walter* = RdW 2003/268, 321; 3. 10. 2000, 4 Ob 224/00w – *Schüssels Dornenkronen I*, ARD 5241/31/2001 = EvBl 2001/30 = JUS Z/3100 = MR 2000, 373 mit Anm. *Walter* = ÖBl 2001, 181 = RdW 2001/85, 85 = SZ 73/149.

37 Dazu gleich unten Pkt. D. 4.

38 Dazu gleich unten Pkt D. 5.

39 So die Definition bei *Kozio/Welser*, Bürgerliches Recht¹² I (2002) 26; vgl auch *Bydlinski*, Juristische Methodenlehre und Rechtsbegriff² (1991), 585 sowie OGH 23. 3. 1976, 4 Ob 313/76, SZ 49/45.

40 Siehe RV und legistische Entstehungsgeschichte zur UrhG-Novelle 2003, abrufbar unter: <http://www.parlinkom.gv.at/pd/pm/XXII/1/his/000/100040_.html> besucht am 14. 10. 2003; außerdem 51 der Beilagen XXII. GP - Abweichende persönliche Stellungnahme der Abgeordneten Stoitsits und Moser, abrufbar unter: <http://www.parlinkom.gv.at/pd/pm/XXII/1/images/000/100051__3143.pdf> besucht am 14. 10. 2003.

41 Stellungnahmen zu 363 ME (XXI. GP) abrufbar unter: <http://www.parlinkom.gv.at/pd/pm/XXI/ME/his/003/ME00363_.html> besucht am 15. 10. 2003; für eine weitergehende Vervielfältigung zum eigenen Gebrauch insbesondere Stellungnahme der Bundeskammer für Arbeiter und Angestellte, abrufbar unter: <http://www.parlinkom.gv.at/archiv/XXI.pdf/ME/00/03/000363_31.pdf> besucht am 15. 10. 2003, sowie *Jakob*, Stellungnahme zum Entwurf der Urheberrechtsgesetz-Novelle 2002 für den Verein zur Förderung Freier Software (September 2002), abrufbar unter: <<http://www.ffs.or.at/artikel/urhnov2002/urhnov2002.html>> besucht am 14. 10. 2003, der sich mehrere Institutionen wie zB der Verein Quintessenz (<<http://www.quintessenz.at>> besucht am 14. 10. 2003) oder der Verein für Internet-Benutzer Österreich (<<http://www.vibe.at>> besucht am 14. 10. 2003) angeschlossen haben; ebenso Müller, Die Gefahren der geplanten Urheberrechtsreform (6. 4. 2003), abrufbar unter: <<http://ffs.or.at/artikel/urheberrecht.pdf>> besucht am 14. 10. 2003; gegen eine Aufweichung des Begutachtungsentwurfes der Verband der österr. Musikwirtschaft (ifpi), Stellungnahme abrufbar unter: <http://www.parlinkom.gv.at/archiv/XXI.pdf/ME/00/03/000363_19.pdf> besucht am 16. 10. 2003.

42 OGH 23. 5. 2000, 4 Ob 134/00k - *Postwurfsendung*, MR 2000, 379 mit Anm. *Walter*.

43 Siehe *Walter*, MR 2002, 217, 220.

44 Im Gegensatz dazu Deutschland mit § 53 Abs 1 Satz 1 dUrhG; siehe oben Pkt. C.

45 Vgl dazu *Bydlinski*, Methodenlehre (1991) 475.

4. Die Tatbestandsmerkmale der Privatkopie

a) Abgrenzung „eigener Gebrauch“ und „privater Gebrauch“

Konnte das österreichische Urheberrecht bis zum 30. 6. 2003 mit dem Begriff des „eigenen“ Gebrauchs für die freie Werknutzung der Vervielfältigung das Auslangen finden, so hat nunmehr § 42 Abs 4 nF UrhG den Begriff des „privaten“ Gebrauchs eingeführt. Noch zur alten Rechtslage hat der OGH⁴⁶ ausgesprochen, dass die Herstellung von 19 Exemplaren der Probenummer einer Tageszeitung für die Mitglieder der Redaktionskonferenz eine zulässige Vervielfältigung zum eigenen Gebrauch darstellt. Die freie Werknutzung durch Vervielfältigung zum eigenen Gebrauch kommt auch juristischen Personen und Personengesellschaften zugute, wobei sich eine zahlenmäßige Beschränkung der „einzelnen“ Vervielfältigungsstücke einer numerischen Festlegung entzieht, da auf die „Beeinträchtigung schutzwürdiger Interessen des Urhebers“ je nach Sachlage individuell abzustellen ist.⁴⁷

Jedenfalls überschritten war die Obergrenze der „einzelne Vervielfältigungsstücke“ iS des § 42 Abs 1 UrhG aF nach bisheriger Lehre⁴⁸ und Rechtsprechung⁴⁹ beispielsweise bei der Herstellung von 170 Kopien von Musikkassetten für Ausbildungszwecke des Bundesheeres.

Demgegenüber ist unter dem „privaten Gebrauch“ – dem RL-Text des Art 5 Abs 2 lit b bzw. den Erwägungsgründen zur Info-RL (z. B. Erwägungsgrund 38: „private Zwecke“⁵⁰) sowie der bisherigen deutschen Auffassung zu § 53 dUrhG aF⁵¹ dahin zu folgen, dass unter dem „privaten“ Gebrauch die Benutzung des Vervielfältigungsstückes innerhalb der privaten Atmosphäre entweder durch die eigene Person oder durch die mit ihr durch ein „persönliches Band“ verknüpften Personen verstanden werden kann. Eine Kopie weiterzuverschenken ist daher erlaubt, wenn man mit der beschenkten Person persönlich verbunden ist. Die Grenze bildet die insoweit ausdrücklich festgeschriebene Einschränkung „zu unmittelbaren oder mittelbaren kommerziellen Zwecken“.⁵²

Im Verhältnis zueinander ist der „private“ Gebrauch als Unterfall des eigenen Gebrauches anzusehen, soweit es natürliche Personen betrifft.⁵³ Zu beachten ist, dass das Vervielfältigungsstück zum eigenen Gebrauch, auch zu erwerbswirtschaftlichen und beruflichen Zwecken verwendet werden kann, nicht aber für die Weitergabe an Dritte bestimmt sein darf.⁵⁴ Die Vervielfältigung zum eigenen Gebrauch ist davon abgesehen auf die Fälle der reprografischen (auf Papier und ähnliche Träger) Vervielfältigung beschränkt; insoweit also enger als der private Gebrauch.⁵⁵ Der Privatgebrauch gestattet auch die im

46 OGH 26. 1. 1993, 4 Ob 94/92 – *Nullnummer II*, MR 1993, 65 mit Anm. *Walter*.

47 In diesem Sinne auch *Dittrich*, Medienbeobachtung – ihre Möglichkeiten und Grenzen nach der UrhGNov 2003, ÖBI 2003, 219, 223.

48 Vgl. *Hofmann*, Zur Bedeutung des Begriffs „einzelne“ für die freie Werknutzung im österreichischen Urheberrecht, MR 1985/4, 19.

49 OGH 20. 11. 1991, 1 Ob 28/91 – *Bundesheer–Ausbildungsfilme II*, MR 1992, 156 mit Anm. *Walter*.

50 Zurückgehend auf Art 6 der Datenbank-RL schließt der Begriff „private Zwecke“ jedenfalls kommerzielle und öffentliche Zwecke aus; vgl dazu *v Lewinski* in *v Lewinski/Walter/Blocher/Dreier/Daum/Dillenz*, Europäisches Urheberrecht (Hrsg Walter) (2001) Art 6 Rz 28 Datenbank-RL; vgl. auch Art 10 Abs 1 lit a Vermiet- und Verleih-RL.

51 Vgl. *Loewenheim-Schricker*, Urheberrechtskommentar² (1999), § 53 Rz 12.

52 Diese Formulierung entstammt der Datenbank-RL sowie der Vermiet-RL.

53 So auch *Walter*, Urheberrechtsgesetz – UrhG-Nov 2003 (2003), 67 (FN 101).

54 Vgl. BGH 16. 1. 1997, ZR 9/95, *CB-Infobank I*, JurPC Web-Dok 1997/6 = GRUR 1997, 459, 461.

55 Zutreffend *Fallenböck/Nitzl*, Urheberrechtliche Rahmenbedingungen für elektronische Pressespiegel, MR 2003, 102, 107; *Fallenböck*, Urheberrecht in der digitalen Ökonomie: Die EG-Urheberrechtsrichtlinie und ihre Umsetzung, *ecolex* 2002, 103, 105.

Auftrag einer natürlichen Person erstellten Vervielfältigungen.⁵⁶

b) **„Papier oder ein ähnlicher Träger“ sowie „andere Träger“**

Eng mit der nunmehrigen Unterscheidung zwischen der Vervielfältigung zum privaten oder eigenen Gebrauch verknüpft, ist ihre technische Umsetzung. Art 5 Abs 2 lit a Info-RL lässt Ausnahmen für Privatkopien mittels photomechanischer Vervielfältigung oder auch vergleichbarer Kopiertechniken (z.B. Reprografie) zu, wobei das Ergebnis des Vervielfältigungsvorganges in Papierform oder auf einem ähnlichen Träger fixiert sein muss.⁵⁷ Die Begriffsbestimmung ist nicht besonders glücklich gewählt.⁵⁸

§ 42 Abs 1 UrhG ist auch hier bewusst weiter gefasst, da der zum Papier bloß ähnliche Träger uE als „stofflicher Träger“ zu interpretieren ist, der die mittels beliebiger fotomechanischer Verfahren oder anderer Verfahren mit ähnlicher Wirkung hergestellte Kopie werkstückartig verkörpert, maW körperlich wahrnehmbar gemacht hat.⁵⁹ Unter einem „ähnlichen Träger“ ist jeder körperliche Stoff im Sinne einer Eignung zur Verkörperung des vervielfältigten Werkstückes zu verstehen, sei es durch digitale oder analoge Vervielfältigung,⁶⁰ wodurch das solcherart Vervielfältigte zur Kopie wird. Der RL-Gesetzgeber stellt auf die Verwendung von Papier oder einem ähnlichen Träger für das Ergebnis des Vervielfältigungsvorganges ab. Der Vorgang selbst kann mittels beliebiger fotomechanischer Verfahren oder anderer Verfahren mit ähnlicher Wirkung ablaufen.⁶¹ Die Stofflichkeit ist durch bloß über Bildschirm Sichtbares (wenngleich solcherart durchaus Lesbares) nicht erfüllt, wohl aber gegebenenfalls durch einen entsprechenden Ausdruck vom Bildschirmtext. Bei Tonband-, Video-, DVD- und CD-R-Aufnahmen fehlt es am stofflichen Träger, der die Kopie verkörpert. Eine E-Mail wird elektromagnetisch auf der Festplatte gespeichert und kann bei Bedarf am Bildschirm gezeigt werden. Der Bildschirm ist aber weder Papier im engeren Wortsinn noch ein sonstiger zur Verkörperung der Kopie bestimmter oder ähnlicher Träger. Es fehlt hier am papier-ähnlichen Träger, gleich wie bei anderen Datenträgern.

§ 42 Abs 4 UrhG unterscheidet nicht zwischen Vervielfältigungen mittels analoger und digitaler Technik und ist insofern grundsätzlich auf beide Formen anwendbar.⁶² Die Musikindustrie konnte sich mit ihren Bedenken hinsichtlich der Missbrauchsmöglichkeiten durch die neuen Kopiertechniken nicht durchsetzen. Auch diese neuen Kopiertechniken fallen schon grundsätzlich unter die zustimmungsfreie private Vervielfältigung.⁶³ Als Trägermedien kommen insbesondere stoffliche und nicht-stoffliche Träger, wie z.B. Ton-, Bild- und audiovisuelle Träger (CD, DVD) in Betracht.

⁵⁶ So der gemeinsame Standpunkt zu Art 5 Abs 2 lit b Info-RL EG Nr. 48/2000 des Rates, ABl C 344, S 17.

⁵⁷ Vgl. KOM (1997) 628 endg; ausgenommen sind lediglich Notenblätter; die bloße Einschränkung auf Karton oder Pappe, wie dies *Ciresa*, Urheberwissen leicht gemacht (2003), 136, vorschlägt, greift demgegenüber zu kurz. Weitergehend bereits *Handig*, Urheberrechtsnovelle 2003, ÖBl 2003, 212, 214, der auch Kunststofffolien zulässt.

⁵⁸ *Ciresa* übt zu Recht Kritik am unklaren Begriff des „ähnlichen Trägers“ in § 42 Abs 1 UrhG in seiner für den österreichischen Rechtsanwaltskammertag erstatteten Stellungnahme zum BMJ-Entwurf, abrufbar unter: <http://www.parlinkom.gv.at/archiv/XXI.pdf/ME/00/03/000363_21.pdf> besucht am 15. 10. 2003.

⁵⁹ Unklar *Handig*, ÖBl 2003, 212, 214 (FN 38), der auf die Art der Vervielfältigung und nicht auf die Stofflichkeit der entstehenden Kopie abstellt.

⁶⁰ Insofern liegt eine bloß flüchtige Vervielfältigung gem § 41a UrhG vor; siehe *Walter*, Urheberrechtsgesetz, 63 Anm. 2 zu § 42.

⁶¹ Einscannen, Funkübertragung, Lichtsatz etc; ebenso die ErlRV 2003, abgedruckt bei *Walter*, Urheberrechtsgesetz, 61.

⁶² Vgl. auch KOM (1997) 628 endg.

⁶³ Arg.: „... auf anderen als in Abs 1 genannten Trägern ...“; Art 5 Abs 2 lit b Info-RL ist präziser und spricht von „... Vervielfältigungen auf beliebigen Trägern ...“.

5. Europarechtliche- und völkerrechtliche Vorgaben

a) Art 5 Abs 2 lit a, b Info-RL

Art 5 Abs 2 Info-RL sieht uE ein europäisches Mindestmaß an Nutzerrechten vor, das die Zumutbarkeitsprüfung zu Lasten des Urhebers verschiebt. Bei Vorliegen einer sogenannten „freien Nutzung“⁶⁴, also im Falle des Art 5 Abs 2 lit b Info-RL eben der Vervielfältigung durch einen Endnutzer (maW durch eine natürliche Person) zu privaten Zwecken, bedarf es keiner Zustimmung des Berechtigten. Diese freie Nutzung umfasst sowohl die analoge als auch die digitale Vervielfältigung auf Ton-, Bild- oder Bildtonträgern. Zwar kann der Rechteinhaber bzw Netzanbieter, worauf *Walter*⁶⁵ zutreffend hinweist, das Downloaden von bestimmten Bedingungen abhängig machen, doch handelt der Endnutzer bei Umgehung dieser Bedingungen im Rahmen der anwendbaren freien Nutzung nicht rechtswidrig. Daran ändert auch eine Beurteilung nach dem ZugangskontrollG⁶⁶ nichts.⁶⁷

In Nr 38 der Erwägungsgründe wird den Mitgliedstaaten ausdrücklich die Möglichkeit eingeräumt, eine Ausnahme oder Beschränkung in Bezug auf das Vervielfältigungsrecht zu privaten Zwecken unter Sicherstellung eines gerechten Ausgleiches (z.B. in Form von Vergütungsregelungen zum Ausgleich der Nachteile für die Rechteinhaber) vorzusehen.⁶⁸ Allerdings sind die Mitgliedstaaten bei der Ausschöpfung dieses Spielraums an den sogenannten „Drei-Stufen-Test“⁶⁹ gebunden. Die normale Verwertung des Werks darf nicht beeinträchtigt und die berechtigten Interessen der Rechteinhaber dürfen nicht ungebührlich verletzt werden.⁷⁰

Eine uE gebotene richtlinienkonforme Auslegung der § 42 Abs 1 und 4 UrhG im Lichte der Info-RL⁷¹ führt dazu, dass das private „Downloaden“ von Musikstücken und die Herstellung einer Privatkopie von gekauften CDs erlaubt sind. Dem österreichischen Gesetzgeber wäre es allerdings frei gestanden, die Notwendigkeit eines rechtmäßigen Urstücks für das Anfertigen einer Kopie in die Neufassung des § 42 UrhG aufzunehmen, wie dies z.B. der deutsche Gesetzgeber getan hat.⁷²

Art 5 Abs 2 lit a und b Info-RL sehen ferner einen „gerechten Ausgleich“ für den Rechteinhaber vor. Darunter ist eine angemessene Vergütung für die Schrankenbestimmungen zu verstehen.⁷³ Wie hoch die Vergütung ist, hängt von den Umständen des Einzelfalles ab. Ein geeigneter Anknüpfungspunkt ist der sich aus der Handlung ergebende etwaige Schaden für den Rechteinhaber.⁷⁴ Dabei sind verschiedene

64 Damit sind nach Erwägungsgrund 32 die „Ausnahmen und Beschränkungen“ in Bezug auf das Vervielfältigungsrecht und das Recht der öffentlichen Wiedergabe“ schlagwortartig zusammengefasst.

65 In v *Lewinski/Walter/Blocher/Dreier/Daum/Dillenz*, Europäisches Urheberrecht (Hrsg Walter) (2001) Rz 111 Abs 2 Info-RL.

66 ZuKG BGBl I 60/2000; dazu *Brenn*, Zugangskontrollgesetz Kommentar (2001).

67 Siehe *Walter*, in v *Lewinski/Walter/Blocher/Dreier/Daum/Dillenz*, Europäisches Urheberrecht (Hrsg Walter) (2001) Rz 111 Abs 2 (FN 87) Info-RL.

68 *Walter*, in in v *Lewinski/Walter/Blocher/Dreier/Daum/Dillenz*, Europäisches Urheberrecht (Hrsg Walter) (2001) Erwägungsgrund 38 Info-RL (S 1059 f).

69 Dieser wurde erstmals in Art 9 Abs 2 RBÜ als beschränkende Ermächtigung des nationalen Gesetzgebers, Ausnahmen vom Vervielfältigungsrecht vorzusehen, festgeschrieben.

70 Vgl zum 3-Stufen-Test: *Walter* in in v *Lewinski/Walter/Blocher/Dreier/Daum/Dillenz*, Europäisches Urheberrecht (Hrsg Walter) (2001) Rz 93 ff Info-RL.

71 So bereits OGH 17. 12. 2002, 4 Ob 248/02b – *Meteo-Data*, MR 2003, 35; Anm. *Stomper*, MR 2003, 33 = *ecolex* 2003/112 = *wbl* 2003/120.

72 Ebenso das dänische und schwedische Urheberrecht, zit nach *Rosén*, Urheberrecht und verwandte Schutzrechte in der Informationsgesellschaft, GRURInt 2002, 195, 202.

73 Vgl. dazu Art 9 Abs 2 RBÜ; gleich unten Pkt. D. 5. b).

74 Siehe Erwägungsgrund 35.

Formen der Zahlung möglich. Falls der Rechteinhaber bereits Zahlungen z.B. durch Lizenzgebühren erhalten hat, kann gegebenenfalls eine spezifische oder getrennte Zahlung unterbleiben. Ferner ist für die Höhe des gerechten Ausgleichs der Grad des Einsatzes technischer Schutzmaßnahmen zu berücksichtigen. Bei geringfügigen Nachteilen für den Rechteinhaber kann eine Zahlung gänzlich unterbleiben. Aus Erwägungsgrund 36 ergibt sich, dass die Mitgliedstaaten einen gerechten Ausgleich auch in den Fällen vorsehen können, in denen sie die fakultativen Bestimmungen über Ausnahmen und Beschränkungen anwenden, die einen derartigen Ausgleich nicht vorsehen. Des Weiteren gestattet Erwägungsgrund 38 eine Differenzierung der Vergütungsregelungen danach, ob es sich um eine analoge oder eine digitale Vervielfältigung handelt.⁷⁵ Während bei analogen privaten Kopien die Auswirkungen unterschiedlicher Vergütungsregelungen auf den Binnenmarkt als unerheblich eingestuft werden, wird der digitalen privaten Vervielfältigung eine größere wirtschaftliche Bedeutung für den Binnenmarkt beigemessen. Diesem Umstand solle „gebührend Rechnung getragen werden“.⁷⁶ Die österreichische Regelung verzichtet demgegenüber auf eine gesonderte Vergütung und belässt es (vorerst) beim Prinzip der kollektiven Rechtswahrnehmung durch die etablierten Verwertungsgesellschaften.⁷⁷

b) Art 9 Abs 2 RBÜ (Revidierte Berner Übereinkunft)⁷⁸

Das von *Medwenitsch/Schanda*⁷⁹ last but not least behandelte Argument des Art 9 Abs 2 RBÜ (Pariser Fassung) vermag auf den ersten Blick am ehesten zu überzeugen. Nach dieser Bestimmung bleibt der Gesetzgebung der Verbandsländer vorbehalten, die Vervielfältigung in gewissen Sonderfällen unter der Voraussetzung zu gestatten, dass eine solche Vervielfältigung weder die normale Auswertung des Werkes beeinträchtigt, noch die berechtigten Interessen des Urhebers unzumutbar verletzt. Daraus leiten die zuvor genannten Autoren ab – und die sinkenden Verkaufszahlen der Tonträgerindustrie scheinen sie darin zu bestärken –, dass eine von der Rechtmäßigkeit der Vorlage unabhängige Privatkopie (Download) sowohl die „normale Auswertung des Werkes beeinträchtigt“, als auch die „berechtigten Interessen des Urhebers unzumutbar“ verletzen würde.

Das österreichische Recht geht davon aus, dass die Konventionsregeln unmittelbar anwendbar sind.⁸⁰ Der Konventionsschutz ist nach Art 19 RBÜ Mindestschutz, hindert also den nationalen Gesetzgeber nicht, über ihn hinauszugehen, bietet aber eine Untergrenze zugunsten von Konventionsurhebern. § 96 UrhG gewährt Schutz nach dem Inhalt von Staatsverträgen. Der Staatsvertrag als solcher wird also zur nationalen Rechtsquelle. Der Konventionsurheber kann sich unmittelbar darauf berufen. Damit ist das Problem der Inländerdiskriminierung vorprogrammiert, da sich der österreichische Urheber uU eine weitergehende Rechtseinschränkung nach § 42 UrhG gefallen lassen muss als der ausländische Urheber nach Art 9 RBÜ.⁸¹

In der Entscheidung „ludus tonalis“⁸² wurde das Herstellen von drei Musiknotenkopien durch

⁷⁵ Vgl. *Bayreuther*, Beschränkungen des Urheberrechts nach der neuen EU-Urheberrechtsrichtlinie, ZUM 2001, 828, 833.

⁷⁶ So schon *Hoeren*, Entwurf einer EU-Richtlinie zum Urheberrecht in der Informationsgesellschaft, MMR 2000, 515, 519.

⁷⁷ Siehe § 42b UrhG und die Kommentierung von *Walter*, Urheberrechtsgesetz, 69 Anm. 2. und 3.

⁷⁸ BGBl 1982/319 idGF, abgedruckt bei *Dittrich*, Österreichisches und internationales Urheberrecht³ (1998) 667 ff, 703 ff.

⁷⁹ *ecolex* 2001, 215, 216 f.

⁸⁰ Siehe EB bei *Dittrich*, Urheberrecht (1998) 672: Das Konventionsrecht bedarf nicht der speziellen Transformation.

⁸¹ So zutreffend *Dillenz*, Entscheidungsanmerkung „ludus tonalis“, *ecolex* 1995, 422, 424 zu § 42 UrhG aF.

⁸² OGH 31. 1. 1995, 4 Ob 143/94, ÖBl 1995, 184 = *ecolex* 1995, 422 mit Anm. *Dillenz*, *Dittrich*, „Ludus tonalis“, *ecolex* 1996, 549.

eine Musiklehrerin für ihre Schüler zwar durch die freie Werknutzung nach § 42 UrhG aF als gedeckt beurteilt, allerdings qualifizierte der OGH diese Vervielfältigung gleichzeitig als Urheberrechtsverletzung nach Art 9 Abs 2 RBÜ.⁸³ Die methodische Frage, ob das Verhältnis von österreichischem Recht und den Mindestschutzrechten nach dem RBÜ nach dem Grundsatz „lex posterior derogat legi priori“ zu lösen, oder ob Art 9 Abs 2 RBÜ eine lex specialis ist, ist strittig.⁸⁴ Im Zweifel ist innerstaatliches Recht völkerrechtskonform auszulegen. Daraus folgt allerdings kein automatischer Vorrang der RBÜ aufgrund höherrangiger Bindungen, worauf *Riesenhuber*⁸⁵ zu Recht hinweist. *Dittrich*⁸⁶ gibt zu bedenken, dass die Voraussetzung der Anwendbarkeit des Art 9 Abs 2 RBÜ seit dem Inkrafttreten der damaligen Urhebergesetznovelle 1996⁸⁷ fehlt, da in § 42b UrhGNov 1996 eine Reprographievergütung eingeführt wurde. Schließlich bezieht sich die ludus tonalis – Entscheidung auf Musiknoten, die nunmehr RBÜ-konform durch Art 5 Abs 2 lit a Info-RL bzw § 42 Abs 8 Z 1 UrhG nF gesondert geregelt sind.

Für die Vervielfältigung von Werken, die nicht von Konventionsurhebern stammen, bleibt es im Rahmen der bisherigen Ergebnisse. Für die Betrachtung des Schutzbereiches des Art 9 Abs 2 RBÜ nach ihrem teleologischen Gehalt hat sich der „Drei-Stufen-Test“⁸⁸ etabliert, der auf vergleichbare Kriterien in den völkerrechtlichen Verträgen der Art 13 TRIPS⁸⁹, Art 10 Abs 1 WCT⁹⁰ und Art 16 Abs 2 WPPT⁹¹ zurückgeht.⁹² Art 5 Abs 5 Info-RL macht genau diesen Verhältnismäßigkeitsvorbehalt zum Bestandteil der Schrankenbestimmungen des Art 5 Abs 1 und 2 Info-RL.⁹³ Demnach darf eine Schranke nur in gewissen Sonderfällen Verwendung finden, die normale Auswertung der Werke nicht beeinträchtigen und schließlich die berechtigten Interessen des Urhebers nicht unzumutbar verletzen.⁹⁴ Die Anwendung dieses Tests auf die hier behandelte Privatkopie wirft erhebliche Rechtsunsicherheiten auf.⁹⁵ Die von *Medwenitsch/Schanda*⁹⁶ vertretene Ansicht, die Vervielfältigung von Musikwerken im Format MP3 insoweit gleich wie die Vervielfältigung von Notenmaterial zu behandeln, führt dazu, die generell nach Art 5 Abs 2 lit a und b Info-RL

⁸³ Vgl dazu *Walter*, Die Mindestschutzrechte der Berner Übereinkunft und das innerstaatliche Urheberrecht – Die Entscheidung „ludus tonalis“: Kein Irrweg, MR 1997, 309.

⁸⁴ *Dittrich*, Ist die Entscheidung ludus tonalis doch ein Irrweg? *ecolex* 1998, 493 ff sowie *Walter*, MR 1997, 309, 312 f.

⁸⁵ Der Einfluss der RBÜ auf die Auslegung des deutschen Urheberrechtsgesetzes, ZUM 2003, 333, 340 f: „... Ein solcher Gesetzgeberwille ist aber keineswegs schon ohne weiteres zu vermuten. Im Ergebnis bedeutet das, dass im Einzelfall positiv festzustellen ist, ob der nationale Gesetzgeber das Inländer-Urheberrecht entsprechend den Mindeststandards der Konvention ausgestalten wollte (...) Das kann sich vor allem aus einer Äußerung im Gesetzgebungsverfahren ergeben.“

⁸⁶ *ecolex* 1998, 493, 495.

⁸⁷ Der Gesetzgeber bezog sich in den ErlRV (3 B1gNR XX.GP, 21 f) ausdrücklich auf die Bestimmung des Art 9 RBÜ und bezeichnete das Verbot des Urhebers als nudum ius.

⁸⁸ Zur Entwicklung instruktiv *Bornkamm*, Der Dreistufentest als urheberrechtliche Schrankenbestimmung – Karriere eines Begriffs, in Ahrens/Bornkamm/Gloy/Starck/Ungern-Sternberg (Hrsg), Festschrift für Willi Erdmann, (2002), 29; vgl. auch *Jehoram*, Einige Grundsätze zu den Ausnahmen im Urheberrecht, GRURInt 2001, 807 mwN.

⁸⁹ Trade Related Aspects of Intellectual Property Rights.

⁹⁰ Wipo Copyright Treaty.

⁹¹ Wipo Phonograms and Performance Treaty.

⁹² Eingehend *Flechsig*, Grundlagen des Europäischen Urheberrechts, ZUM 2002, 1, 13 mwN.

⁹³ So deutlich *Spindler*, Europäisches Urheberrecht in der Informationsgesellschaft, GRUR 2002, 105, 115.

⁹⁴ Die Lehre verwendet deshalb mitunter auch den Begriff der „Schranken-Schranke“, siehe *Spindler*, Urheberrecht und Tauschplattformen im Internet, JZ 2002, 60, 63.

⁹⁵ Instruktiv zur Doppelfunktion des Drei-Stufen-Tests: *Walter*, Urheberrechtsgesetz (2003), 53 f Anm. 2 Vor §§ 41 ff.

⁹⁶ *ecolex* 2001, 215, 217 linke Spalte.

mögliche Schranke ganz auszuhebeln. Dies wird nicht nur von der herrschenden Lehre⁹⁷ abgelehnt, sondern widerspricht dem klaren Wortlaut des Art 5 Abs 2 lit a Info-RL sowie dem Zweck des Art 5 Abs 5 Info-RL. Der Verhältnismäßigkeitsvorbehalt führt uE lediglich dazu, die Zahl der zulässigerweise angefertigten Kopien zu begrenzen.⁹⁸

So wird schon in den EB zu Art 9 RBÜ⁹⁹ ausgeführt, dass auch ohne Zahlung einer angemessenen Vergütung eine Vervielfältigung in bestimmten Fällen, so die Vervielfältigung einer kleineren Zahl von Vervielfältigungsstücken zum persönlichen Gebrauch¹⁰⁰ oder zu wissenschaftlichen Zwecken, zumutbar ist. Die Ausnahmen vom Vervielfältigungsrecht gemäß §§ 41, 42 UrhG halten sich alle im Rahmen dieser Bestimmung. Der durch § 42 Abs 4 UrhG privilegierte Privatgebrauch beeinträchtigt demnach weder die „normale Verwertung“ noch diese in einer für die berechtigten Interessen des Urhebers unzumutbarer Weise, weil insofern – unbestrittenermaßen – eine richtlinienkonforme Umsetzung vorliegt.¹⁰¹

E. Der Einfluss technischer Schutzmaßnahmen

*Walter*¹⁰² weist darauf hin, dass sich die gewollte Schutzlücke für Rechteinhaber nur de facto durch technische Schutzmaßnahmen substituieren lässt.¹⁰³ Art 6 Abs 4 Info-RL bestimmt demgegenüber, dass der Einsatz von technischen Schutzmaßnahmen nicht dazu führen darf, die in Art 5 Abs 2 lit a und b Info-RL eingeräumten Rechte zu beschränken.¹⁰⁴ Dieser Schutz technischer Maßnahmen wurde in § 90c UrhG nF umgesetzt. *Gutman*¹⁰⁵ stellt klar, dass der private Käufer einer Musik-CD weiterhin Kopien zum privaten Gebrauch und zur Weitergabe an Freunde anfertigen darf mit der Begründung der Hersteller sei durch die Schranken des UrhG verpflichtet, dem Nutzer dies auch weiterhin zu ermöglichen. Dies ist sicherlich richtig, doch wird die Anfertigung von einzelnen Kopien zum persönlichen Gebrauch durch das Verbot der Umgehung eines Kopierschutzes nach § 90c UrhG nF für den Käufer nicht mehr möglich sein, wenn er die urheberrechtlichen Bestimmungen beachtet.

Damit wird die einzige echte Ausnahme von der Zulässigkeit der Privatkopie deutlich: Verboten ist nach § 90c UrhG eine private oder sonstige Kopie herzustellen, die nur unter Umgehung von technischen Schutzmaßnahmen möglich ist. Da dies inzwischen die Mehrheit der auf dem Markt angebotenen Musik- und Filmwerke betrifft, hebt somit diese Ausnahme die oben genannte Grundregel aus und führt damit zu einem **faktischen Ausschluss der Privatkopie** bei den meisten digitalen Werke.¹⁰⁶ Als technische Schutzmaßnahmen definiert § 90c Abs 2 UrhG „*alle Technologien, Vorrichtungen und Bestandteile [...], die im normalen Betrieb dazu bestimmt sind, die in [§ 90c] Abs 1 bezeichneten Rechtsverletzungen zu verhindern oder einzuschränken, und die die Erreichung dieses Schutzziels sicherstellen*“. Diese Voraussetzungen sind nur erfüllt, soweit die Nutzung eines Werks oder sonstigen Schutzgegenstandes kontrolliert wird 1. durch eine Zugangskontrolle, 2. einen

97 *Spindler*, JZ 2002, 60, 63.

98 Siehe bereits oben Pkt. D. 4. a).

99 Abgedruckt bei *Dittrich*, Urheberrecht (1998) 704.

100 Entspricht nunmehr § 42 Abs 4 UrhG nF.

101 *Walter*, Urheberrechtsgesetz, 66 Anm. 12 zu § 42.

102 *Walter*, in *v Lewinski/Walter/Blocher/Dreier/Daum/Dillenz*, Europäisches Urheberrecht (Hrsg Walter) (2001) Rz 111, 118 Info-RL.

103 Vgl. dazu Art 6 Info-RL.

104 Siehe Erwägungsgrund 52 zur Info-RL (S 1099), nachzulesen bei *v Lewinski/Walter*, in *v Lewinski/Walter/Blocher/Dreier/Daum/Dillenz*, Europäisches Urheberrecht (Hrsg Walter) (2001).

105 *Gutman*, Kopierverbot für Musik aus Onlineshops, STANDARD Print-Ausgabe 2. 9. 2003; abrufbar unter: <<http://derstandard.at/?id=1406930>> besucht am 16. 10. 2003.

106 Zum Verhältnis zwischen privatem Gebrauch und technischen Schutzmaßnahmen vgl. *Reinbothe*, Die Umsetzung der EU-Urheberrechtsrichtlinie in deutsches Recht, ZUM 2002, 43, 49 mwN.

Schutzmechanismus wie Verschlüsselung, Verzerrung oder sonstige Umwandlung des Werks oder sonstigen Schutzgegenstands oder 3. durch einen Mechanismus zur Kontrolle der Vervielfältigung“.¹⁰⁷

Nicht unter die Umgehung fällt uE zB die Modifikation eines DVD-Players, auch andere als mit dem Region-Code des Players versehene DVDs abspielen zu können. Beim CSS oder Regio-Code der Hersteller handelt es sich zwar um einen Schutzmechanismus, jedoch unterfällt er nicht § 90c UrhG, da er nicht dem Kopierschutz dient, sondern lediglich der Marktzugangsbeschränkung.¹⁰⁸

In diesem Zusammenhang stellt sich die Frage, ob auch die digitale Aufnahme von analogen Daten eine Umgehung der technischen Maßnahmen ist, z.B. die Aufnahme einer kopiergeschützten Musik-CD über die Computer-Soundkarte. Eine klare Aussage hierzu läßt sich dem neuen Gesetzestext nicht entnehmen. Es spricht vieles dafür, dass hier eine ungewollte Gesetzeslücke besteht, da eine (ungewollte) Gleichstellung mit der vom Hersteller gar nicht bedachten Umgehung erfolgt.¹⁰⁹

Der Verbraucher, der sich eine Privatkopie von einer kopiergeschützten CD oder DVD unter Umgehung des Schutzmechanismus herstellt, handelt zwar idR gegen das in § 90c UrhG aufgestellte Verbot, bleibt aber nach § 91 Abs 1 UrhG straffrei. Auch Unterlassungs- und Schadensersatzansprüche der Urheber dürften uE erst greifen, wenn der Verbraucher mehr als die Privatkopie herstellt und damit gegen urheberrechtliche Vorschriften verstößt.

Es stellt sich zudem die Frage, welche Art von Kopierschutz der Gesetzgeber eigentlich im Auge hatte. Entgegen weit verbreiteter Ansicht unterscheidet der Gesetzestext des § 90c UrhG nicht zwischen analogen und digitalen Kopien. Verboten ist deshalb im Prinzip auch das Herstellen eines Vervielfältigungsstücks auf analogem Weg. Selbst wer mit einem Mikrofon die über einen Radiolautsprecher wiedergegebene Musik von einer kopiergeschützten Audio-CD auf eine Audiokassette aufnimmt und eine Kopie mit miserabler Qualität fertigt, müsste daher ein schlechtes Gewissen haben. Es liegt auf der Hand, dass der Gesetzgeber eine solche "Umgehung" des Kopierschutzes nicht verhindern wollte. Es bedarf offensichtlich einer korrigierenden Auslegung der neuen Vorschriften.¹¹⁰ Von einer "Umgehung" kann nur die Rede sein, wenn eine Einschränkung aufgehoben wird, die der Berechtigte zur Vermeidung einer ganz bestimmten Kopiertechnik vorgenommen hat.¹¹¹ Das Abgreifen des an den Line-Out-Ausgang gesendeten Signals mit einer geeigneten Software dürfte daher nicht verboten sein, solange der Hersteller der CD eine solche Kopiertechnik durch geeignete "wirksame" Maßnahmen gar nicht eingeschränkt hat.

Gegen § 90c UrhG sind uE auch verfassungsrechtliche Bedenken angezeigt, da das formal-technische Gesetzesverständnis des Begriffs der „Umgehung“ dem richtliniengebundenen Recht zur Durchsetzung der Privatkopie-Schranke zuwiderläuft. Die Durchsetzung umfasst dabei die Nutzung des Werkzeugs ebenso wie seine Herstellung und seinen Vertrieb. Unter Zugrundelegung dieses Verständnisses¹¹² sind die privaten Nutzer und Eigentümer weiterhin dazu in der Lage, kopiergeschützte Werke für den privaten Gebrauch legal zu vervielfältigen und können so ihr Recht auf Informationsfreiheit sowie ihr sich aus der Eigentumsgarantie ergebendes Nutzungsrecht an gekauften Audio-CDs ausüben. Gegen die in § 90c Abs 4 UrhG

¹⁰⁷ Vgl. allgemein zu dieser Bestimmung *Kucsko*, Geistiges Eigentum (2003), 1281 ff mwN.

¹⁰⁸ Ebenso die Ansicht des deutschen Bundesjustizministeriums, abrufbar unter: <<http://www.area-dvd.de/news/2003/200308/08082003003.shtml>>, besucht am 3. 11. 2003; zum Marktabschottungsgedanken vgl. auch A.M., Lexmark vs. SCC, CR 2003, 790.

¹⁰⁹ Insoweit undifferenziert *Kucsko*, Geistiges Eigentum (2003), 1282.

¹¹⁰ Ansätze dazu aus deutscher Sicht bei *Metzger/Kreutzer*, Richtlinie zum Urheberrecht in der „Informationsgesellschaft“ – Privatkopie trotz technischer Schutzmaßnahmen? MMR 2002, 139, 140.

¹¹¹ Vgl. *Linnenborn*, Urheberrecht goes Europe! – Der EU Richtlinienvorschlag zum Urheberrecht und den verwandten Schutzrechten im Lichte digitaler Technologie und des E-Commerce, K&R 2001, 394, 400.

¹¹² In diese Richtung auch *Kröger*, Enge Auslegung von Schrankenbestimmungen – wie lange noch? – Zugang zu Information in digitalen Netzwerken, MMR, 2002, 18, 21.

statutierte Ausnahme für Computerprogramme sind ferner verfassungsrechtliche Bedenken nach dem Legalitätsprinzip angebracht, da es für die Normadressaten nur schwer erkennbar ist, welche Software-Produkte unter den Begriff des Computerprogramms bzw. Schutzmechanismus fallen und welche nicht.¹¹³

F. Zusammenfassung

Die Herstellung einer Privatkopie von einem audiovisuellen Werkstück für ein Zweitgerät sowie das Herunterladen von audiovisuellen Werken aus dem Internet und seinen Diensten zu privaten Zwecken sind auch nach der UrhG-Novelle 2003 gemäß § 42 Abs 4 UrhG bzw. Art 5 Abs 2 lit. b Info-RL grundsätzlich zulässig. Eine Umgehung des Kopierschutzes gemäß § 90c UrhG ist bei verfassungskonformer Auslegung möglich und jedenfalls straffrei.

Der Wortlaut des § 42 Abs 1 UrhG nF unterscheidet nicht nach der Rechtmäßigkeit der Vorlage. Der österreichische Gesetzgeber hat (im Gegensatz zum deutschen Gesetzgeber) durch die Neufassung des § 42 UrhG seinen Willen zur Gleichbehandlung von Privatkopien ungeachtet ihrer Vorlage ausgedrückt. Eine richtlinienkonforme Auslegung berücksichtigt gleichfalls den Verhältnismäßigkeitsvorbehalt des Art 9 Abs 2 RBÜ.

¹¹³ Zu den Abgrenzungsschwierigkeiten bereits *Jaeger*, Auswirkungen der EU-Urheberrechtsrichtlinie auf die Regelungen des Urheberrechtsgesetzes für Software, CR 2002, 309.