

Schutz gegen Umgehung technischer Maßnahmen im Urheberrecht aus internationaler und rechtsvergleichender Perspektive

Cyrill P. Rigamonti*

Der vorliegende Beitrag befaßt sich aus internationaler und rechtsvergleichender Perspektive mit dem rechtlichen Schutz technischer Maßnahmen und dessen Verhältnis zum materiellen Urheberrecht. Die gegenwärtig laufenden Arbeiten zur Revision des Urheberrechts in der Schweiz werden zum Anlaß für eine Bestandsaufnahme und kritische Analyse der verschiedenen Regelungsansätze genommen. Im Zentrum steht die Frage, inwieweit der rechtliche Schutz technischer Maßnahmen in den USA, der EU und Deutschland den Vorgaben der Urheberrechtsabkommen der WIPO entspricht. Der Beitrag schließt mit einer Besprechung des rechtlichen Schutzes technischer Maßnahmen in den Vorentwürfen für ein revidiertes schweizerisches Urheberrecht.

I. Einleitung

Das primäre Ziel der laufenden Revisionsarbeiten im schweizerischen Urheberrecht ist die Ermöglichung der Ratifikation zweier internationaler Abkommen aus dem Jahre 1996, dem WIPO Copyright Treaty (WCT) und dem WIPO Performances and Phonograms Treaty (WPPT)¹. Die theoretisch wie praktisch bedeutsamste Neuerung ist dabei die Einführung eines rechtlichen Schutzes gegen die Umgehung technischer Maßnahmen. In den USA wurde dieser Schutz bereits 1998 mit dem Erlaß des „Digital Millennium Copyright Act“ (DMCA)² eingeführt. Die EU zog 2001 mit einer Richtlinie zum Urheberrecht in der Informationsgesellschaft (Info-RL)³ nach, und in Deutschland war es im September 2003 soweit⁴. Die Schweiz hat sich bisher zurückgehalten und die internationale Entwicklung abgewartet⁵. Das Eidgenössische Institut für Geistiges Eigentum (IGE) hat zwar bereits im Sommer 2000 einen ersten Vorentwurf⁶ vorgelegt, doch wurde dieser seither totalrevidiert. Der im September 2004 veröffentlichte zweite Vorentwurf⁷ orientiert sich nun stark an der europäischen Regelung und hat mit dem ersten Vorentwurf kaum mehr etwas gemein.

Bei der Einführung eines rechtlichen Schutzes für technische Maßnahmen stellt sich für jeden Gesetzgeber die Frage nach dem Verhältnis dieses Schutzes zum materiellen Urheberrecht. Wie ein Blick auf die Auseinanderset-

zungen außerhalb der Schweiz zeigt, wurde und wird dieses Thema überall kontrovers diskutiert. Ziel des vorliegenden Beitrages ist es daher, im Hinblick auf die bevorstehende Revision des schweizerischen Urheberrechts

* Dr. iur., Rechtsanwalt, LL.M., Zürich. Der Verfasser dankt dem Schweizerischen Nationalfonds für die Unterstützung dieses Beitrags im Rahmen eines Forschungsprojekts an der Harvard Law School. Die zitierten Internet-Quellen wurden zum letzten Mal am 1. 10. 2004 abgerufen.

1) WIPO Copyright Treaty (WCT), WIPO Doc. CRNR/DC/94, auch veröffentlicht in ABl. Nr. I 89 vom 11. 4. 2000, 8; WIPO Performances and Phonograms Treaty (WPPT), WIPO Doc. CRNR/DC/95, auch veröffentlicht in ABl. Nr. I 89 vom 11. 4. 2000, 15.

2) Pub. L. No. 105-304, 112 Stat. 2860 (1998). Eine kurze Übersicht in deutscher Sprache findet sich u. a. bei *Gottschalk*, Technische Schutzmaßnahmen im Urheberrecht der USA, MMR 2003, 148; detailliert dazu *Wand*, Technische Schutzmaßnahmen und Urheberrecht, 2001, 230 ff.

3) Richtlinie 2001/29/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 22. 5. 2001 zur Harmonisierung bestimmter Aspekte des Urheberrechts und der verwandten Schutzrechte in der Informationsgesellschaft, ABl. Nr. L 167 vom 22. 6. 2001, 10. Siehe dazu *Flechsig*, Grundlagen des Europäischen Urheberrechts, ZUM 2002, 1; *Dreier*, Die Umsetzung der Urheberrechtsrichtlinie 2001/29/EG in deutsches Recht, ZUM 2002, 28; *Reinbothe*, Die Umsetzung der EU-Urheberrechtsrichtlinie in deutsches Recht, ZUM 2002, 43; *Spindler*, Europäisches Urheberrecht in der Informationsgesellschaft, GRUR 2002, 105; *Hugenholtz*, Why the Copyright Directive is Unimportant, and Possibly Invalid, EIPR 2000, 499.

4) Gesetz zur Regelung des Urheberrechts in der Informationsgesellschaft vom 10. 9. 2003, BGBl. I, 1774; siehe dazu *von Olenbusen*, Digitale Informations- und Wissensgesellschaft und das Urheberrecht, ZRP 2003, 232; *Schippa*, Urheberrecht goes digital – Das Gesetz zur Regelung des Urheberrechts in der Informationsgesellschaft, ZUM 2003, 378; *Czychowski*, Das Gesetz zur Regelung des Urheberrechts in der Informationsgesellschaft, NJW 2003, 2409; *Ernst*, Kopierschutz nach neuem UrhG, CR 2004, 39; *Lauber/Schwipps*, Das Gesetz zur Regelung des Urheberrechts in der Informationsgesellschaft, GRUR 2004, 293.

5) Siehe dazu auch *Grossenbacher*, Am Vorabend der Urheberrechtsrevision: Strategie der Schweiz?, in: *Hilty/Berger* (Hrsg.), Urheberrecht am Scheideweg?, 2002, 10.

6) Abrufbar unter <http://www.ige.ch/D/jurinfo/103.shtm> (hiernach „VE-URG I“); siehe dazu *Hyzik*, Das neue „private“ Urheberrecht für das digitale Umfeld, sic 2001, 107; *Rigamonti*, Angriff auf die digitale Privatkopie, NZZ Nr. 141 vom 21. 6. 2004, 16.

7) Abrufbar unter <http://www.ige.ch/D/jurinfo/103.shtm> (hiernach „VE-URG II“).

dem Verhältnis von Umgehungsschutz und Urheberrecht aus internationaler und rechtsvergleichender Perspektive nachzugehen. Die Arbeit gliedert sich in vier Teile. Zunächst werden im Interesse eines besseren Verständnisses der Interessenlage die rechtstatsächlichen Hintergründe der hier behandelten Problematik ausgeleuchtet. Danach werden die völkerrechtlichen Vorgaben von WCT und WPPT im Detail untersucht, bevor die umgehungsrechtlichen Regelungsansätze der USA, der EU und Deutschlands erläutert und auf ihre Übereinstimmung mit den WIPO Abkommen überprüft werden. Die dadurch eröffneten Einsichten werden schließlich für eine kontextspezifische Analyse der schweizerischen Änderungsvorschläge genutzt, mit dem Ziel, dem schweizerischen Gesetzgeber – soweit geboten – alternative Regelungsmöglichkeiten aufzuzeigen.

II. Rechtstatsächliche Hintergründe

1. Standardbegründung für den Schutz technischer Maßnahmen

Die Notwendigkeit eines rechtlichen Schutzes technischer Maßnahmen wird in der Regel damit begründet, daß Digitalisierung und Internet die Rechtsdurchsetzung erschweren und die Rechtsinhaber daher gezwungen sind, sich mit Hilfe technischer Maßnahmen selbst gegen „Piraterie“ zu schützen. Weil technische Maßnahmen durch andere technische Maßnahmen umgangen werden können, muß der Staat die Selbsthilfe der Rechtsinhaber durch ein rechtliches Umgehungsverbot stützen, wenn ihm daran gelegen ist, das Überleben der durch die Internetpiraterie angeblin in ihrer Existenz bedrohten Urheberrechtsindustrie zu sichern. Im Lichte dieser Begründung scheint die Einführung eines Umgehungsschutzes kaum problematisch, weil es offenbar nur darum geht, mit technischen Mitteln die Chance der Durchsetzung von Urheberrechten und verwandten Schutzrechten zu erhöhen. Die technische Verhinderung von Rechtsverletzungen kann dann je nach Perspektive entweder als effektives Mittel der Prävention oder als eine Art automatische Rechtsdurchsetzung angesehen werden. Die Wirkung technischer Maßnahmen geht bei dieser Betrachtungsweise jedenfalls nicht darüber hinaus, was das Urheberrecht als Ideal ohnehin anstrebt. Sie funktionieren als Durchsetzungsmechanismus ohne materiellen Rechtsgehalt. Die Problematik dieses stereotypen Begründungszusammenhangs liegt nun darin, daß damit nicht erklärt werden kann, warum das Verhältnis von Umgehungschutz und Urheberrecht heute im Zentrum der juristischen Diskussion steht. Ginge es beim Einsatz technischer Maßnahmen lediglich um Pirateriebekämpfung, also um die Verhinderung von Urheberrechtsverletzungen, dann wären technische Maßnahmen und subjektive Urheberrechte deckungsgleich, und die Frage nach ihrem gegenseitigen Verhältnis wäre gegenstandslos. Mit anderen Worten ist der Umfang des rechtlichen Schutzes technischer Maßnahmen nur deshalb ein Politikum, weil technische Schutzmaßnahmen entgegen den Beteuerungen der Vertreter der Unterhaltungsindustrie⁸ nur am Rande etwas mit der Bekämpfung von Urheberrechtsverletzungen zu tun haben. Vielmehr sind sie Teil einer umfassenden Strategie einzelner Zweige der Urheberrechtsindustrie, die Entwicklung von Kopiertechnologien zu kontrollieren und privates Kopieren zu kommerzialisieren. Dieser tatsächliche Hintergrund ist bei der rechtlichen Analyse des Schutzes technischer Maßnahmen zu berücksichtigen. Es lohnt sich daher, etwas genauer auszuführen, was hier gemeint ist.

2. Strategische Bedeutung technischer Maßnahmen

a) Zur Kontrolle privaten Kopierens

Der argumentative Zusammenhang zwischen Pirateriebekämpfung und technischen Maßnahmen wird erst klar, wenn man sich vergegenwärtigt, was die Vertreter der Unterhaltungsindustrie meinen, wenn sie von „Piraterie“ sprechen. Ihr Verständnis ist nicht juristischer, sondern ökonomischer Art. Es geht mithin nicht darum, einen populären Ausdruck für die Verletzung von Urheberrechten zu haben, sondern darum, jede wirtschaftlich relevante Nutzung urheberrechtlich geschützter Werke begrifflich erfassen zu können, wobei es nicht darauf ankommt, ob die betreffende Nutzung rechtmäßig ist oder nicht⁹. Wer ein Werk ohne Zustimmung der Rechtsinhaber benutzt, ist ein Pirat, und zwar auch dann, wenn die fragliche Nutzung von einer urheberrechtlichen Schranke gedeckt und damit auch ohne Zustimmung der Rechtsinhaber zulässig ist. Es wird mithin so getan, als ob es die gesetzlichen Schranken des Urheberrechts nicht gäbe. Vor allem die Schranke zum Eigengebrauch ist der Unterhaltungsindustrie ein Dorn im Auge. Der Grund dafür ist ein doppelter. Zum einen wird im unkontrollierten privaten Kopieren eine Gefahr für den Absatz der Produkte der Unterhaltungsindustrie gesehen¹⁰. Zum anderen könnte eine Kontrolle privaten Kopierens neue Märkte eröffnen¹¹ – eine Perspektive, die im Hinblick auf die gegenwärtige Ablösung der CD als Trägermedium für Musik nicht zu unterschätzen ist¹². Die Kontrolle der Privatkopie ist daher ein natürliches Strategieziel der Unterhaltungsindustrie, doch ist diese Kontrolle nur dann zu erreichen, wenn die Rechtsinhaber Dritte vom privaten Kopieren ausschließen und gestützt darauf die Bedingungen privaten Kopierens diktieren können.

b) Rechtliche und faktische Ausschließlichkeit

Es gibt verschiedene Möglichkeiten, mit Bezug auf die Privatkopie Ausschließlichkeit herbeizuführen. Naheliegender wäre etwa die Schaffung *rechtlicher* Ausschließlichkeit durch ein Verbot der digitalen Privatkopie, also durch eine materielle Beschneidung der Schranke zum Eigengebrauch. Folgerichtig wird von Vertretern der deutschen Tonträgerindustrie seit längerem ein solches Verbot gefordert¹³. Allerdings hat sich gezeigt, daß sich die Schranke

8) Siehe z. B. die Äußerungen von Vertretern der amerikanischen Unterhaltungsindustrie in NII Copyright Protection Act of 1995, Hearings on H. R. 2441 Before the Subcommittee on Courts and Intellectual Property of the House Committee on the Judiciary, 104th Cong. 22 (1996) (statement of Jack Valenti, Motion Picture Association of America); WIPO Copyright Treaties Implementation Act and Online Copyright Liability Limitation Act, Hearing on H. R. 2281 and H. R. 2280 Before the Subcommittee on Courts and Intellectual Property of the House Committee on the Judiciary, 105th Cong. 200 (1998) (statement of Hilary Rosen, Recording Industry Association of America); WIPO Copyright Treaties Implementation Act, Hearing on H. R. 2281 Before the Subcommittee on Telecommunications, Trade, and Consumer Protection of the House Committee on Commerce, 105th Cong. 54–55 (1998) (statement of Steven J. Metalitz on behalf of the Motion Picture Association of America).

9) Siehe z. B. *Schaefer/Braun*, Tonträgerpiraterie, in: Moser/Scheuermann (Hrsg.), Handbuch der Musikwirtschaft, 6. Aufl. 2003, 826; vgl. auch *Hoeren*, Kohlberg und Piaget: Was Erziehungspsychologen zur geplanten Verschärfung der Strafen im Immaterialgüterrecht sagen würden, MMR 2003, 217 f.; *Lange*, Students, Music and the Net: A Short Comment on Peer-to-Peer File Sharing, 2003 Duke L. & Tech. J. 21, § 6 (2003); *Litman*, Digital Copyright, 2001, 85.

10) Siehe z. B. *Poll/Braun*, Privatkopien ohne Ende oder Ende der Privatkopie?, ZUM 2004, 267 f., 276.

11) Siehe z. B. *Poll/Braun* (Fn. 10), 278.

12) Die deutsche Tonträgerindustrie denkt etwa an den Verkauf von Privatkopien „an speziellen Brennstationen“ im Handel; siehe *Gebhardt*, Die Erwartungen der Tonträgerwirtschaft an den zweiten Korb, ZUM Sonderheft 2003, 1024; *Poll/Braun* (Fn. 10), 275.

13) Siehe z. B. *Schaefer*, Welche Rolle spielt das Vervielfältigungsrecht auf der Bühne der Informationsgesellschaft?, FS Wilhelm Nordemann, 1999, 197 f.; jüngst wieder *Gebhardt* (Fn. 12), 1022.

zum Eigengebrauch aufgrund beachtlichen politischen Widerstandes und komplexer Interessenverstrickungen nicht ohne weiteres aus dem Urheberrechtsgesetz streichen läßt. Darüber hinaus bedeutet rechtliche Kontrolle nicht zugleich auch tatsächliche Kontrolle. Die Rechtsinhaber versuchen daher seit einiger Zeit, die gewünschte Kontrolle über *faktische* Ausschließlichkeit sicherzustellen. Dabei stand bisher die Kontrolle von Kopiertechnologien im Vordergrund, denn die direkte Kontrolle privaten Kopierens war aufgrund der fehlenden Überwachungsmöglichkeiten kaum zu bewerkstelligen. Die Überlegung ist einfach. Wenn es keine Geräte gibt, die zum zustimmungsfreien privaten Kopieren verwendet werden können, dann wird auch nicht kopiert. Das Problem dieser Strategie liegt darin, daß die Kontrolle von Kopiertechnologien die Kooperation von Geräteherstellern und Softwarefirmen voraussetzt, die das Kontrollinteresse der Rechtsinhaber nicht zwingend teilen. Es erstaunt daher nicht, daß die Rechtsinhaber in der Vergangenheit oft versuchten, die Entwickler von Kopiertechnologie auf dem Rechtsweg zum Einlenken zu zwingen. Die Musterprozesse betreffend Tonbandgeräte¹⁴, analoge Videorekorder¹⁵, digitale Kassettengeräte¹⁶, Abspielgeräte für Musik im MP3 Format¹⁷ und digitale Videorekorder¹⁸ bieten dafür reichlich Anschauungsmaterial. In Deutschland und der Schweiz hat die Etablierung eines pauschalen Vergütungssystems¹⁹ zur Erfassung privater Vervielfältigungen den Konflikt zwischen Rechtsinhaber und Technologiefirmen zwar entschärft, doch haben Digitalisierung und Vernetzung den Konflikt inzwischen wieder aufbrechen lassen, weil die privaten Vervielfältigungen im Netz und die dazu verwendeten Technologien nur teilweise vom Vergütungssystem erfaßt werden. Ein bekanntes Beispiel für diesen Konflikt ist die gegenwärtige Auseinandersetzung um Netzwerksoftware für elektronische Tauschbörsen²⁰.

c) Zur Rolle technischer Schutzmaßnahmen

In dieser Konfliktsituation eröffnet der Einsatz technischer Schutzmaßnahmen den Rechtsinhabern die Möglichkeit, privates Kopieren direkt zu kontrollieren und so sicherzustellen, daß dies nur gegen individuelle Vergütung erfolgt. Gelingt dies, dann spielt es keine Rolle mehr, ob Vervielfältigungen zum Eigengebrauch nach dem Buchstaben des Gesetzes zulässig sind oder nicht. Den Rechtsinhabern schwebt ein umfassendes Kontroll- und Abrechnungssystem vor, das jede einzelne Nutzung erfaßt und kommerziell auswertet. Weil sich ein technisches Kontrollsystem nur dann erfolgreich etablieren und betreiben läßt, wenn Umgehungshandlungen unterbunden und Umgehungsmittel unterdrückt werden, liegt die strategische Bedeutung des rechtlichen Schutzes technischer Maßnahmen für die Rechtsinhaber primär darin, die angestrebte faktische Kontrolle über privates Kopieren rechtlich abzusichern²¹. Vor diesem Hintergrund wird auch verständlich, warum so erbittert um die Unabhängigkeit des Umgehungsschutzes gegenüber dem materiellen Urheberrecht gekämpft wird²². Solange es bei der Einführung eines Umgehungsschutzes rechtlich zulässig bleibt, technische Maßnahmen im Bereich der urheberrechtlichen Schranken zu umgehen und dafür entsprechende Mittel zur Verfügung zu stellen, kann die Kontrolle über die digitale Privatkopie nicht erreicht werden, weil privates Kopieren von einer urheberrechtlichen Schranke gedeckt ist. Diejenigen Vertreter der Urheberrechtsindustrie, die sich „Digital Rights Management“ leisten können, haben daher ein natürliches Interesse an einem über das materielle Urheberrecht hinausgehenden rechtlichen Schutz tech-

nischer Maßnahmen, der nicht nur die Umgehung als solche verbietet, sondern idealerweise auch alle Mittel und Dienstleistungen erfaßt, die eine Umgehung ermöglichen oder erleichtern. Aus diesem Grund stand und steht das Verhältnis von Umgehungsschutz und Urheberrecht im Zentrum der juristischen Auseinandersetzung. Mit der Bekämpfung von Urheberrechtsverletzungen hat dies nichts zu tun.

III. Zu den Vorgaben von WCT und WPPT

In diesem Abschnitt wird untersucht, welche völkerrechtlichen Normen zu beachten sind, wenn ein rechtlicher Schutz technischer Maßnahmen eingeführt wird. Dabei drängt sich eine eingehende Behandlung der Materie auf, denn in der Literatur zum Thema findet sich nicht selten die Meinung, daß WCT und WPPT das Verhältnis von Umgehungsschutz und materiellem Urheberrecht nicht regeln²³. Selbst diejenigen Autoren, die anerkennen, daß die WIPO Abkommen in dieser Frage nicht neutral sind, gehen davon aus, daß die Vertragsstaaten jedenfalls gestützt auf das Mindestschutzprinzip den Vorrang des Umgehungsschutzes gegenüber dem Urheberrecht vorsehen können²⁴. Demgegenüber wird hier die Auffassung vertreten, daß Art. 11 WCT und Art. 18 WPPT eine Koppelung des rechtlichen Schutzes technischer Maßnahmen an die materiellen Schranken des Urheberrechts zwingend erfordern, weil die WIPO Abkommen den Vorrang urhe-

14) BGHZ 17, 266 – Tonbandgeräte.

15) Sony Corp. of America v. Universal City Studios, Inc., 464 U.S. 417 (1984). Zwischenzeitlich war auch die urheberrechtliche Zulässigkeit von Doppel-Videorekordern ein Thema; siehe *Braun*, Bedeutungen Herstellung und Vertrieb von Doppel-Videorecordern eine Urheberrechtsverletzung?, ZUM 1990, 487. In diesem Zusammenhang ebenfalls relevant ist die Frage der Rechtmäßigkeit des Zurverfügungstellens von Kopiergeräten; siehe dazu BGH GRUR 1984, 54 – Kopierläden.

16) Cahn v. Sony Corp., No. 90-4537 (S.D.N.Y., filed July 11, 1991); siehe dazu *Lutzker*, DAT's All Folks: Cahn v. Sony and the Audio Home Recording Act of 1991, 11 Cardozo Arts & Ent. L.J. 145 (1992).

17) RIAA v. Diamond Multimedia Systems, Inc., 180 F.3d 1072 (9th Cir. 1999); vgl. dazu auch *Gottschalk*, Digitale Musik und Urheberrecht aus US-amerikanischer Sicht, GRUR Int. 2002, 101.

18) Newmark v. Turner Broadcasting System, Inc., 226 F.Supp.2d 1215 (C.D. Cal. 2002); Paramount Pictures Corp. v. ReplayTV, Inc., 298 F.Supp.2d 921 (C.D. Cal. 2004).

19) Siehe §§ 54–54h UrhG für Deutschland und Art. 20 URG für die Schweiz.

20) A&M Records, Inc. v. Napster, Inc., 239 F.3d 1004 (9th Cir. 2001); In re Aimster Copyright Litigation, 334 F.3d 643 (7th Cir. 2003); Metro-Goldwyn Mayer Studios, Inc. v. Grokster, Ltd., 380 F.3d 1154 (9th Cir. 2004); Motown Record Co. v. iMesh.com, Inc., 2004 WL 503 720 (S.D.N.Y. 2004); vgl. für Deutschland auch das Napster-Urteil des LG Hamburg, CR 2001, 477; für die Niederlande, siehe Hoge Raad der Nederlanden, Buma/Stemra v. Kazaa B.V., Nr. C02/186HR, LJN-Nr. AN7253 (2003).

21) Vgl. auch *Samuelson*, DRM (and, or, vs.) the Law, 46 Communications of the ACM 44 (2003): „The main goal of DRM mandates is not, as the industry often claims, to stop ‚piracy‘ but to change consumer expectations“. Mittlerweile wird gar davon ausgegangen, daß technische Maßnahmen „Piraterie“ überhaupt nicht wirksam bekämpfen können; siehe z. B. *Pfennig*, Digital Rights Management Systeme aus der Sicht von Verwertungsgesellschaften, ZUM 2004, 200; vgl. als Vertreter der Unterhaltungsindustrie auch *Marks/Turnbull*, Technical Protection Measures, EIPR 2000, 199, die lediglich vom Ziel des „keep honest people honest“ sprechen.

22) Vgl. z. B. *Poll/Braun* (Fn. 10), 278.

23) Siehe z. B. *Schwarz/Nordmann*, Technische Schutzmaßnahmen – „Privatisierung“ des Urheberrechts?, in: *Weber/Berger/Auf der Maur* (Hrsg.), Geschäftsplattform Internet IV, 2003, 142 Fn. 10; *Schwarzmann*, Kartellrechtlicher Schutz vor technischen Schutzmaßnahmen?, sic! 2004, 152.

24) So z. B. *Wand* (Fn. 2), 44; *Reinbothe/von Lewinski*, The WIPO Treaties 1996, 2002, Rn. 28 zu Art. 11 WCT; *Peukert*, Technische Schutzmaßnahmen, in: *Loewenheim* (Hrsg.), Handbuch des Urheberrechts, 2003, § 36 Rn. 2 Fn. 2; skeptisch immerhin *Foged*, US v. EU Anti-Circumvention Legislation, EIPR 2002, 529.

berrechtlicher Schranken vorsehen und weil das Mindestschutzprinzip auf die Frage des Verhältnisses von Umgehungsschutz und Schrankenregelung nicht anwendbar ist. Es besteht mithin nicht nur keine Pflicht – darüber ist man sich einig²⁵ –, sondern auch kein Recht der Vertragsstaaten, bei der Umsetzung der WIPO Abkommen den Umgehungsschutz in den Bereich urheberrechtlicher Schranken auszudehnen. Auf den folgenden Seiten wird diese Rechtsauffassung gestützt auf eine Analyse der einschlägigen Bestimmungen im Lichte der Entstehungsgeschichte der WIPO Abkommen begründet. Im Anschluß daran wird erläutert, was der völkerrechtliche Vorrang des materiellen Urheberrechts gegenüber dem Umgehungsschutz konkret bedeutet.

1. Vorbemerkung

Obwohl die WIPO Abkommen manchmal als natürliche Folge der steten Anpassung des Urheberrechts an die technologische Entwicklung beschrieben werden²⁶, darf nicht übersehen werden, daß sie weitgehend das Werk der amerikanischen Urheberrechtsindustrie sind²⁷, in deren Interesse die Regelungen letztlich auch stehen²⁸. Präsident Clinton rief 1993 eine Arbeitsgruppe ins Leben, deren Ziel es war, ein Projekt für eine amerikanisch dominierte kommerzielle Nutzung des Internet – „Information Superhighway“ genannt²⁹ – auszuarbeiten und umzusetzen. Die Vorschläge dieser Arbeitsgruppe wurden 1995 in einem „White Paper“³⁰ publiziert und umfaßten abgesehen von einer Stärkung des Urheberrechts auch die Einführung eines rechtlichen Schutzes für technische Maßnahmen. Letzteres erstaunt insofern nicht, als die Urheberrechtsindustrie den Wahlkampf Clintons maßgeblich mitfinanziert hatte und zudem die zuständige Arbeitsgruppe mit ehemaligen Vertretern der Computer- und Musikindustrie besetzt worden war³¹. Bei der vorgeschlagenen Regelung ging es indessen nicht um ein Verbot von Umgehungshandlungen, sondern um ein Verbot von Umgehungsmitteln³². Im Hinblick auf das Verhältnis des rechtlichen Schutzes technischer Maßnahmen zu den urheberrechtlichen Schranken mag der Vorschlag im White Paper allerdings überraschen, denn die Arbeitsgruppe optierte nicht etwa für den Vorrang des Umgehungsschutzes, sondern gerade umgekehrt für den Vorrang der Schrankenregelungen³³. Trotz anfänglicher Unterstützung im amerikanischen Kongreß konnte die Regierung den rechtlichen Schutz technischer Maßnahmen innenpolitisch zunächst nicht durchsetzen³⁴, war dann aber schließlich doch erfolgreich, und zwar auf dem Umweg über das internationale Parkett der WIPO³⁵. Es waren die USA, die in Genf auf eine diplomatische Konferenz drängten³⁶ und die das Thema der technischen Maßnahmen in die vorbereitenden Expertensitzungen einbrachten³⁷.

2. Verhältnis von Umgehungsschutz und Urheberrecht nach den WIPO Abkommen

a) Entstehungsgeschichte von Art. 11 WCT und Art. 18 WPPT

Grundlage der Verhandlungen während der Diplomatischen Konferenz von 1996 war ein vom Vorsitzenden der Expertenkommissionen vorbereiteter „Basic Proposal“³⁸. Dabei wurden die Vorschläge der USA betreffend technischer Maßnahmen mit ähnlichen Vorschlägen der EU kombiniert und als Art. 13 in den Basic Proposal aufgenommen. Wie schon das White Paper sah auch dieser Artikel statt eines Verbotes von Umgehungshandlungen ein Verbot von Umgehungsmitteln vor und koppelte den Schutz technischer Maßnahmen an das materielle Urheberrecht³⁹. Letzteres ergibt sich nicht nur aus dem Wortlaut

des Entwurfs⁴⁰, sondern auch aus den entsprechenden Erläuterungen des Vorsitzenden der Expertenkommissionen⁴¹. Diesem Vorschlag war zwar kein Erfolg beschieden, doch betrafen die dagegen geäußerten Bedenken nie die Koppelung von Umgehungsregelung und Urheberrechtsschutz⁴². Im Gegenteil. Es wurde ausdrücklich vor der

25) *Ficsor*, The Law of Copyright and the Internet, 2002, Rn. C11.10.

26) So z. B. *Wittgenstein*, Die digitale Agenda der neuen WIPO-Verträge, 2000, 27; vgl. auch *Reinbothe* (Fn. 3), 43.

27) Siehe *Litman* (Fn. 9), 122 ff.; kritisch mit Bezug auf den Einfluss der „Wirtschaftsgiganten“ von *Lewinski*, Rechtsangleichung auf bilateraler, regionaler und internationaler Ebene – ein Erfahrungsbericht, FS Wilhelm Nordemann, 2004, 475 f.

28) Siehe dazu *Hilty*, Rechtsschutz technischer Maßnahmen: Zum UrhG-Regierungsentwurf vom 31. 7. 2002, MMR 2002, 578. Zur Instrumentalisierung der internationalen Institutionen und des internationalen Rechts durch die USA siehe auch von *Lewinski*, Amerika. Ein Wintermärchen, FS Adolf Dietz, 2001, 583.

29) Dieser Ausdruck wurde erstmals im Wahlkampf von 1992 verwendet; siehe *Calvert*, Regulating Cyberspace – Metaphor, Rhetoric, Reality, and the Framing of Legal Opinions, 20 *Hastings Comm. & Ent. L. J.* 541, 544 (1998).

30) Siehe *Information Infrastructure Task Force*, Intellectual Property and the National Information Infrastructure: The Report of the Working Group on Intellectual Property Rights, Washington, D. C., 1995 (hiernach „White Paper“); dazu *Wand* (Fn. 2), 221 ff.; *Wittgenstein* (Fn. 26), 40 ff.; von *Lewinski*, Das Weißbuch der USA zum geistigen Eigentum und zur „National Information Infrastructure“, GRUR Int. 1995, 858.

31) Siehe dazu *Litman* (Fn. 9), 90.

32) Siehe White Paper 230 ff. Vorläufer dafür finden sich z. B. in Art. 7 Abs. 1 lit. c der Richtlinie 91/250/EWG des Rates über den Rechtsschutz von Computerprogrammen vom 14. Mai 1991, ABL Nr. L 122 vom 17. 5. 1991, 42 (hiernach „Computer-RL“) (Umgehung von technischen Maßnahmen betreffend Computerprogramme) und dessen Vorbild in § 296 des Britischen Copyright Designs and Patents Act 1988 (c. 48) (CDPA) (a.F.). Vgl. darüber hinaus auch den amerikanischen Audio Home Recording Act of 1992 (AHRA), Pub. L. No. 102-563, 106 Stat. 4237 (1992), u. a. kodifiziert in 17 U.S.C. § 1002(c) (2003) (Umgehung des „Serial Copy Management System“), sowie Art. 1707 North American Free Trade Agreement (NAFTA) und 47 U.S.C. §§ 553(a)(2) und 605(e)(4) (beide Entschlüsselung verschlüsselter Satellitensignale).

33) Siehe White Paper 231: „the proposed legislation prohibits only those devices or products, the primary purpose or effect of which is to circumvent such systems without authority. That authority may be granted by the copyright owner or by limitations on the copyright owner's rights under the Copyright Act“ und „if the circumvention device is primarily intended and used for legal purposes, such as fair use, the device would not violate the provision, because a device with such purposes and effects would fall under the ‚authorized by law‘ exemption“ (Hervorhebungen im Original).

34) Siehe z. B. *Vinje*, The New WIPO Copyright Treaty – A Happy Result in Geneva, EIPR 1997, 234; *Wand* (Fn. 2), 224.

35) Dazu *Litman* (Fn. 9), 128 ff.; *Vinje*, A Brave New World of Technical Protection Systems, EIPR 1996, 431; *Samuelson*, The U. S. Digital Agenda at WIPO, 37 *Va. J. Int'l L.* 373–374, 429–430 (1997); *Fisher*, Promises To Keep, Palo Alto 2004, 91 ff.

36) *Reinbothe* von *Lewinski* (Fn. 24), 5 Rn. 9.

37) *Reinbothe* von *Lewinski* (Fn. 24), Rn. 3 zu Art. 11 WCT; *Samuelson* (Fn. 35), 411; *Wand* (Fn. 2), 26 f.

38) Basic Proposal for the Substantive Provisions of the Treaty on Certain Questions Concerning the Protection of Literary and Artistic Works to Be Considered by the Diplomatic Conference, WIPO Doc. CRNR/DC/4 (August 30, 1996) (hiernach „Basic Proposal“).

39) Siehe dazu *Reinbothe* von *Lewinski* (Fn. 24), Rn. 6 zu Art. 11 WCT; a. M. offenbar *Ginsburg*, Achieving Balance in International Copyright Law, 26 *Colum. J. L. & Arts* 212 (2003).

40) Art. 13 Abs. 1 Basic Proposal lautete: „Contracting Parties shall make unlawful the importation, manufacture or distribution of protection-defeating devices, or the offer or performance of any service having the same effect, by any person knowing or having reasonable grounds to know that the device or service will be used for, or in the course of, the exercise of rights provided under this Treaty that is not authorized by the rightholder or the law.“ (Hervorhebungen beigefügt).

41) Siehe Note 13.05 der Erläuterungen: „Contracting Parties may design the exact field of application of the provisions envisaged in this Article taking into consideration the need to avoid legislation that would impede lawful practices and the lawful use of subject matter that is in the public domain“ (Hervorhebung beigefügt).

42) Siehe *Reinbothe* von *Lewinski* (Fn. 24), Rn. 7 f. zu Art. 11 WCT.

Möglichkeit des Mißbrauchs technischer Maßnahmen gewahrt, und dazu wurde auch die technische Ausschaltung von Schranken des Urheberrechts gezählt⁴³. Diese kritische Haltung gegenüber einer möglichen Abkoppelung des Schutzes technischer Maßnahmen vom Urheberrechtsschutz geht aus mehreren Voten hervor und wurde auch von Staaten eingenommen, die sich im Grundsatz hinter den Schutz technischer Maßnahmen stellten⁴⁴. Sogar der Vertreter der EU sprach vom „need to avoid any prejudice to activities and devices which served legitimate purposes“⁴⁵. Der von den USA und der EU in die Verhandlungen eingebrachte Text wurde schließlich durch einen afrikanischen Vorschlag ersetzt⁴⁶, der das vorgeschlagene Verbot von Umgehungsmitteln durch ein Verbot von Umgehungshandlungen ersetzte und den Vorrang der Schrankenregelungen gegenüber dem Umgehungsverbot vorsah⁴⁷. Dieser Vorschlag wurde mit zwei redaktionellen Änderungen letztlich angenommen⁴⁸. Art. 11 WCT lautet heute:

„Contracting Parties shall provide adequate legal protection and effective legal remedies against the circumvention of effective technological measures that are used by authors in connection with the exercise of their rights under this Treaty or the Berne Convention and that restrict acts, in respect of their works, which are not authorized by the authors concerned or permitted by law.“⁴⁹

b) Auslegung von Art. 11 WCT und Art. 18 WPPT

Die Auslegung von Art. 11 WCT und Art. 18 WPPT hinsichtlich Wortlaut, Systematik, Ziel und Zweck⁵⁰ bereitet vor dem Hintergrund der geschilderten Entstehungsgeschichte kaum Probleme. Es trifft zwar zu, daß diese Normen den Vertragsstaaten beachtliche Flexibilität bei der Umsetzung einräumen und insbesondere nicht festlegen, ob die Umsetzung mit zivilrechtlichen, strafrechtlichen oder verwaltungsrechtlichen Mitteln zu erfolgen hat⁵¹. Darüber hinaus wird auch nicht verlangt, daß der Schutz systematisch ins Urheberrecht integriert werden muß. Bezüglich der hier interessierenden Frage des Verhältnisses zwischen Umgehungsverbot und urheberrechtlichen Schranken besteht hingegen eine klare Vorgabe. Nach dem Wortlaut von Art. 11 WCT und Art. 18 WPPT sollen die Vertragsstaaten einen rechtlichen Schutz gegen die Umgehung wirksamer technologischer Maßnahmen vorsehen, die Handlungen beschränken, denen die Urheber der betreffenden Werke nicht zugestimmt haben („not authorized“) oder die nicht gesetzlich erlaubt sind („not permitted by law“). Da Nutzungshandlungen innerhalb der Schranken des Urheberrechts gesetzlich erlaubt sind, erstreckt sich der rechtliche Schutz nach Art. 11 WCT und Art. 18 WPPT gerade nicht auf Maßnahmen im Anwendungsbereich urheberrechtlicher Schranken⁵². Darüber hinaus wird das Umgehungsverbot auch sonst ausdrücklich an das Urheberrecht gekoppelt („technological measures that are used by authors in connection with the exercise of their rights [...] and that restrict acts, in respect of their works“). Dies ist mit der Vorstellung des Vorrangs des Umgehungsverbots gegenüber urheberrechtlichen Schranken nicht vereinbar⁵³. Aus der Systematik der Abkommen⁵⁴ oder dem Zweck der einschlägigen Normen läßt sich nichts Gegenteiliges ableiten, ging es doch einzig darum, die Möglichkeiten der Rechtsinhaber zur Durchsetzung ihrer Rechte auf dem Internet zu verbessern⁵⁵. Dies wird durch die Einführung eines Umgehungsverbot erreicht, ohne daß der Schutz technischer Maßnahmen in den Bereich der Schranken des Urheberrechts erweitert werden müßte. Im Bereich der Schranken haben die Rechtsinhaber ja gerade keine Rechte, die sie durchsetzen könnten und deren Durchsetzung erleichtert werden müß-

te. Die Auslegung von Art. 11 WCT und Art. 18 WPPT ergibt mithin, daß diese Bestimmungen vom Konzept ausgehen, daß die gesetzlichen Schranken des Urheberrechts dem Umgehungsverbot vorgehen⁵⁶. Weil dies zugleich bedeutet, daß der Umgehungsschutz in dem Sinne an das Urheberrecht gekoppelt wird, daß Schranken des Urheberrechts auch Schranken des Umgehungsschutzes sein müssen, wird hiernach vom „Koppelungsprinzip“ gesprochen.

3. Zur Anwendbarkeit des Mindestschutzprinzips

Mit Blick auf das soeben beschriebene Koppelungsprinzip stellt sich die Frage, ob die Vertragsstaaten trotzdem gerade umgekehrt den Vorrang der Umgehungsregelung vorsehen können, indem sie sich auf den Standpunkt stellen, Art. 11 WCT und Art. 18 WPPT würden lediglich einen Mindestschutz vorschreiben, über den auf nationaler Ebene hinausgegangen werden kann⁵⁷. Nach der hier vertretenen Auffassung trifft dies zwar grundsätzlich zu, gilt aber gerade nicht für das Koppelungsprinzip, weil das Mindestschutzprinzip nicht dazu verwendet werden darf, Bestimmungen internationaler Abkommen in ihr Gegenteil zu verkehren.

a) Grundsätzliches

Die Rechtsgrundlage des Mindestschutzprinzips findet sich primär in Art. 19 RBÜ⁵⁸, wonach die Bestimmungen der RBÜ nicht daran hindern, „die Anwendung von weitergehenden Bestimmungen zu beanspruchen, die durch die Gesetzgebung eines Verbandslands etwa erlassen werden“⁵⁹. Aufgrund des Verweises in Art. 1 Abs. 4 WCT

43) Summary Minutes, Main Committee I, WIPO Doc. CRNR/DC/102 (August 26, 1997) (hiernach „Summary Minutes“), N. 518 (Korea); siehe auch *Ficsor* (Fn. 25), C11.23.

44) Siehe z. B. Summary Minutes, N. 519 (Südafrika), 523 (Kanada), 526 (Singapur), 535 (England), 536 (Österreich), 537 (Norwegen).

45) Summary Minutes, N. 529.

46) Zum Hintergrund dieses Vorschlags siehe *Wand* (Fn. 2), 33 f.

47) Siehe WIPO Doc. CRNR/DC/56 (December 12, 1996) (Vorschlag der afrikanischen Delegationen).

48) Siehe dazu *Ficsor* (Fn. 25), Rn. 6.67.

49) Art. 18 WPPT ist mit Art. 11 WCT weitgehend identisch.

50) Zu den massgebenden Auslegungselementen, siehe Art. 31–33 des Wiener Übereinkommens über das Recht der Verträge vom 23. 5. 1969, für die Schweiz in Kraft getreten am 6. 6. 1990 (SR 0.111).

51) *Reinbothelvon Lewinski* (Fn. 24), Rn. 21 zu Art. 11 WCT. Vgl. auch die unterschiedlichen Umsetzungsvarianten in *WIPO Standing Committee on Copyright and Related Rights, Survey on Implementation Provisions of the WCT and the WPPT*, WIPO Doc. SCCR/9/6 (April 25, 2003).

52) Gl. M. *Vinje*, *Copyright Imperilled?*, *EIPR* 1999, 201; *von Lewinski*, Die Umsetzung der WIPO-Verträge 1996 in deutsches Recht, *sic!* 2003, 169; *de Werra*, *The Legal System of Technological Protection Measures under the WIPO Treaties, the Digital Millennium Copyright Act, the European Union Directives and other National Laws* (Japan, Australia), ALAI 2001, 2002, 209.

53) Vgl. auch *Reinbothelvon Lewinski* (Fn. 24), Rn. 28 zu Art. 11 WCT; *Wand* (Fn. 2), 42 ff.

54) Die Präambel des WCT erwähnt ausdrücklich die Notwendigkeit einer Balance zwischen Urheberrechten und anderen Interessen: „Recognizing the need to maintain a balance between the rights of authors and the larger public interest, particularly education, research and access to information, as reflected in the Berne Convention“; siehe dazu *Ficsor* (Fn. 25), 415 ff.

55) Siehe auch von *Lewinski* (Fn. 52), 169; *Peukert* (Fn. 24), § 33 Rn. 13.

56) Gl. M. *Ginsburg*, *Chronique des États-Unis*, 179 *RIDA* 143, 151 (1999); *Koelman*, *A Hard Nut to Crack – The Protection of Technological Measures*, *EIPR* 2000, 272; *Wand* (Fn. 2), 44; *Hoeren*, *Access Right as a Postmodern Symbol of Copyright Deconstruction?*, ALAI 2001, 2002, 349; *Peukert* (Fn. 24), § 33 Rn. 14.

57) So z. B. *Reinbothelvon Lewinski* (Fn. 24), Rn. 28 zu Art. 11 WCT; *Wand* (Fn. 2), 44.

58) *Berner Übereinkunft zum Schutze von Werken der Literatur und Kunst*, revidiert in Paris am 24. 7. 1971 (SR 0.231.15).

59) Zur Entstehungsgeschichte dieser Bestimmung siehe *Ricketson*, *The Berne Convention for the Protection of Literary and Artistic Works: 1886–1986*, 1987, 677 ff.

wurde dieses Prinzip für den WCT explizit übernommen und gilt wohl auch für den WPPT, obwohl im Abkommenseinstext ein entsprechender Verweis fehlt⁶⁰. Nun liegt aber auf der Hand, daß das Mindestschutzprinzip keine absolute Geltung beanspruchen kann, da sonst verschiedene völkerrechtliche Bestimmungen ihres Sinnes beraubt würden. Im Rahmen der RBÜ wäre etwa an Art. 2 Abs. 8 RBÜ betreffend Nachrichtenerstattung und an Art. 10 Abs. 1 RBÜ betreffend Zitatrecht⁶¹ zu denken. Auf der Ebene der WIPO Abkommen wäre Art. 2 WCT zu nennen, wonach sich der Urheberrechtsschutz nicht auf Ideen, Verfahren, Methoden und mathematische Konzepte erstreckt⁶². Wenn hier das Mindestschutzprinzip greifen würde, könnten auch Ideen urheberrechtlich geschützt werden, was durch Art. 2 WCT aber gerade ausgeschlossen werden soll⁶³. Es ist daher für jede Norm gesondert zu prüfen, ob das Mindestschutzprinzip zur Anwendung gelangt. Kriterium für die Anwendbarkeit des Mindestschutzprinzips ist, ob dadurch Sinn und Zweck der fraglichen Norm beibehalten oder ausgeschaltet wird. Im Gegensatz zu Art. 19 RBÜ wird dieser Grundsatz in Art. 1 Abs. 1 TRIPS⁶⁴ ausdrücklich festgehalten, denn dort wird das Mindestschutzprinzip explizit nur unter dem Vorbehalt anerkannt, daß ein allfällig weitergehender Schutz den Bestimmungen des Abkommens nicht widerspricht⁶⁵.

b) Doppelter Schutzzweck und Mindestschutzprinzip

Die folgende Analyse des Normgehalts von Art. 11 WCT und Art. 18 WPPT ergibt, daß das Mindestschutzprinzip seine Grenzen im Koppelungsprinzip findet. Dies bedeutet, daß es den Vertragsstaaten zwar unbenommen ist, den rechtlichen Schutz technischer Maßnahmen über das vorgesehene Maß hinaus auszudehnen, daß dabei aber immer der Vorrang des Urheberrechts gegenüber dem Umgehungsschutz zu wahren ist. Dieser Befund basiert auf zwei Gründen:

(1) Erstens zeigt die Entstehungsgeschichte der WIPO Abkommen, daß die vorgeschriebene Kongruenz zwischen Umgehungsschutz und Urheberrecht kein Zufall ist, sondern das Resultat ausführlicher Diskussionen und Ausdruck des gemeinsamen Standpunktes der Vertragsstaaten, wonach die Ausschaltung urheberrechtlicher Schranken durch technische Maßnahmen einen Mißbrauch darstellt, den es zu verhindern gilt. Art. 11 WCT und Art. 18 WPPT haben demnach einen doppelten Normgehalt. Einerseits geht es um den Schutz der Rechtsinhaber. Deshalb wird den Vertragsstaaten vorgeschrieben, einen rechtlichen Schutz für technische Maßnahme einzuführen. Andererseits geht es um den Schutz Dritter. Dieser ist durch Koppelung des Umgehungsschutzes an das Urheberrecht sicherzustellen. Wer das Mindestschutzprinzip ohne Rücksicht auf das Koppelungsprinzip anwendet, reduziert den doppelten Schutzzweck von Art. 11 WCT und Art. 18 WPPT auf einen und übersieht, daß die Bindung des Umgehungsschutzes an das Urheberrecht nicht lediglich beschreibender Natur ist, sondern die Verwendung technischer Maßnahmen zur eigenmächtigen Ausdehnung von Schutzpositionen verhindern soll.

(2) Zweitens wurden Art. 11 WCT und Art. 18 WPPT von Anfang an als Durchsetzungsnormen konzipiert. Es ging mit anderen Worten immer nur darum, die Rechtsinhaber bei der Durchsetzung ihrer Rechte – die man aufgrund von Digitalisierung und Vernetzung bedroht sah – zu unterstützen, nie aber darum, den Rechtsinhabern freie Hand zu geben, gesetzliche Schrankenregelungen faktisch auszuschalten oder ihnen gar eine Art verwandtes Schutzrecht einzuräumen⁶⁶. Insofern gehen die WIPO Ab-

kommen in Übereinstimmung mit den stereotypen Verlautbarungen der Rechtsinhaber von der Idee aus, daß technische Maßnahmen der Bekämpfung von Urheberrechtsverletzungen dienen, womit zugleich gesagt ist, daß es dabei nicht darum geht, den Rechtsinhabern die perfekte Kontrolle privaten Vervielfältigens zu ermöglichen, auch wenn einige Rechtsinhaber dies insgeheim angestrebt haben mögen. Es mag zwar zutreffen, daß das Umgehungsverbot in seiner Wirkung den Schutz der Rechtsinhaber erhöht, doch ist dieser erhöhte Schutz die Folge der erleichterten *tatsächlichen* Durchsetzung von Urheberrechten mittels geschützter technischer Maßnahmen und nicht etwa das Resultat eines *rechtlich* erweiterten urheberrechtlichen Schutzes. Rechtsdogmatischer Ausdruck dieses Konzepts ist das Koppelungsprinzip. Nur wenn der Umgehungsschutz an das materielle Urheberrecht gebunden wird, kann sichergestellt werden, daß keine neuen Schutznormen geschaffen werden und der urheberrechtliche Interessenausgleich durch den Umgehungsschutz nicht ausgehöhlt wird. Wer umgekehrt den Umgehungsschutz dem materiellen Urheberrecht vorgehen läßt, stellt das Konzept von Art. 11 WCT und Art. 18 WPPT auf den Kopf und funktioniert eine Durchsetzungsnorm in eine materielle Schutznorm um. Dies wurde von den Vertragsstaaten der WIPO Abkommen zu keinem Zeitpunkt beabsichtigt und wäre auch inkonsistent mit der eingangs dieses Artikels erläuterten Standardbegründung für den Umgehungsschutz, auf den man sich damals stützte.

Im Resultat sind Art. 11 WCT und Art. 18 WPPT also eher mit Art. 2 WCT zu vergleichen als etwa mit Art. 8 WCT. Mit anderen Worten ist in der Beschränkung des Schutzes auf technische Maßnahmen, die sich gegen Handlungen richten, die von Gesetzes wegen nicht erlaubt sind („not permitted by law“), weniger ein Mindestschutz als ein Maximalschutz zu sehen. Damit kann zusammenfassend festgehalten werden, daß der Vorrang des Umgehungsschutzes gegenüber dem materiellen Urheberrecht Sinn und Zweck von Art. 11 WCT und Art. 18 WPPT widersprechen würde und deshalb von den Vertragsstaaten auch nicht unter Berufung auf das Mindestschutzprinzip eingeführt werden kann.

4. Gesetzgeberische Optionen nach den WIPO Abkommen

Der völkerrechtlich gebotene Vorrang des Urheberrechts gegenüber dem Umgehungsschutz beschränkt die gesetzgeberischen Gestaltungsmöglichkeiten bei der Umsetzung der WIPO Abkommen. Die folgenden Ausführungen gehen der Frage nach, was dies für das Verbot von Umgehungshandlungen sowie für ein allfälliges Verbot von Vorbereitungshandlungen konkret bedeutet.

60) Siehe immerhin die vereinbarte Erklärung zu Art. 1 Abs. 2 WPPT; dazu auch von *Lewinski*, Die diplomatische Konferenz der WIPO 1996 zum Urheberrecht und zu verwandte Schutzrechten, GRUR Int. 1997, 671.

61) Siehe auch *Ricketson* (Fn. 59), 682.

62) Es handelt sich dabei um eine Verallgemeinerung von Art. 9 Abs. 2 TRIPS; siehe *Reinbothelvon Lewinski* (Fn. 24), Rn. 1 zu Art. 2 WCT; *Ficsor* (Fn. 25), Rn. C2.03.

63) *Reinbothelvon Lewinski* (Fn. 24), Rn. 5 zu Art. 2 WCT.

64) Abkommen über handelsbezogene Aspekte der Rechte an geistigem Eigentum (Anhang 1C zum Abkommen zur Errichtung der Welt handelsorganisation vom 15. April 1994, SR 0.632.20).

65) Die ersten zwei Sätze von Art. 1 Abs. 1 TRIPS lauten: „Members shall give effect to the provisions of this Agreement. Members may, but shall not be obliged to, implement in their law more extensive protection than is required by this Agreement, provided that such protection does not contravene the provisions of this Agreement“.

66) Siehe auch *Wand* (Fn. 2), 36; *Ficsor* (Fn. 25), Rn. C11.01; von *Lewinski* (Fn. 52), 168 f.; *Peukert* (Fn. 24), § 33 Rn. 7.

a) Grenzen des Verbots von Umgehungshandlungen

Um Mißverständnissen vorzubeugen, ist vorab klarzustellen, daß das Koppelungsprinzip von Art. 11 WCT und Art. 18 WPPT die Vertragsstaaten in keiner Weise daran hindert, den urheberrechtlichen Schutz der Rechtsinhaber weiter auszubauen, sofern sie dies für notwendig halten. Vielmehr sind sie in der Gestaltung des materiellen Urheberrechts grundsätzlich frei, und es ist ihnen unbenommen, innerhalb der verfassungsrechtlichen Grenzen die Schranken des Urheberrechts weiter zu beschneiden und das subjektive Urheberrecht weiter auszudehnen. Ausgeschlossen ist einzig die Durchbrechung des Koppelungsprinzips. Damit bestehen grundsätzlich zwei Möglichkeiten. Entweder müssen die Schranken des Urheberrechts auch für das Umgehungsverbot gelten⁶⁷, oder die betreffenden Schranken sind formell aufzuheben⁶⁸. Ebenso zulässig wäre es theoretisch, die Rechtmäßigkeit der digitalen Privatkopie davon abhängig zu machen, daß das betreffende Werk nicht mit technischen Maßnahmen geschützt wird, doch dürfte diese Lösung aufgrund der damit verbundenen Rechtsunsicherheit bezüglich der Zulässigkeit des privaten Kopierens im Einzelfall kaum praxistauglich sein. Die Flexibilität der Vertragsstaaten wird also in materieller Hinsicht nicht eingeschränkt, denn verboten ist lediglich eine Zwitterlösung, die einerseits an den Schranken des Urheberrechts festhält und andererseits die faktische Eliminierung dieser Schranken zuläßt, indem ein Umgehungsverbot eingeführt wird, das zur Wahrnehmung gesetzlicher Schranken des Urheberrechts nicht umgangen werden darf. Wer also den materiellen Schutz der Rechtsinhaber erhöhen will, muß die Schrankenregelungen anpassen und kann diese Änderung nicht über den rechtlichen Schutz technischer Maßnahmen herbeiführen.

b) Grenzen des Verbots von Vorbereitungshandlungen

Das Prinzip des Vorrangs des materiellen Urheberrechts gegenüber dem Umgehungsschutz hat auch Auswirkungen auf die Gestaltung des Verbots von Umgehungsmitteln und Umgehungsdienstleistungen, sofern ein solches überhaupt eingeführt wird⁶⁹. Es liegt auf der Hand, daß die Erstreckung des Umgehungsschutzes auf Vorbereitungshandlungen nicht dazu führen darf, daß das Koppelungsprinzip der WIPO Abkommen indirekt unterlaufen wird, indem den Schrankenbegünstigten die Mittel entzogen werden, die es ihnen erst ermöglichen, urheberrechtliche Schranken wahrzunehmen⁷⁰. Wenn schon an den Schranken des Urheberrechts festgehalten wird und technische Maßnahmen zur Ausübung dieser Schranken nach den Vorgaben der WIPO Abkommen umgangen werden können müssen, dann muß auch die Herstellung von Umgehungsmitteln und die Erbringung von Umgehungsdienstleistungen zu diesem Zweck möglich sein. Konkret bedeutet dies, daß Vorbereitungshandlungen wie Import, Herstellung und Anbieten von Produkten, Geräten oder Dienstleistungen zur Umgehung technischer Maßnahmen nach dem WIPO Abkommen nicht pauschal verboten werden dürfen, sondern eben nur insoweit, als sie der illegalen Umgehung dienen – und illegal kann eine Umgehungshandlung nach den WIPO Abkommen nur dann sein, wenn sie zu Zwecken der Urheberrechtsverletzung vorgenommen wird. Mit anderen Worten verlangen Art. 11 WCT und Art. 18 WPPT auch im Bereich des Verbots von Vorbereitungshandlungen, daß der Umgehungsschutz ans materielle Urheberrecht gekoppelt wird. Es mag zwar sein, daß ein derart beschränktes Verbot weniger effektiv ist als ein pauschales Verbot sämtlicher Umgehungsmittel, doch ist dies als Folge der von den WIPO Abkommen getroffenen Interessenabwägung hin-

zunehmen. Es ging bei der Einführung des rechtlichen Schutzes technischer Maßnahmen nie darum, eine Staatsgarantie zuhanden der Rechtsinhaber abzugeben, wonach es keine Urheberrechtsverletzungen und kein zustimmungsfreies privates Kopieren mehr geben wird. Es ging nur – aber immerhin – darum, die Rechtsinhaber in ihren Bemühungen zur Durchsetzung ihrer Urheberrechte zu unterstützen.

IV. Zur Umsetzung der WIPO Abkommen

Dieser Abschnitt untersucht die Umsetzung der WIPO Abkommen in den USA, der EU und Deutschland. Die einzelnen Regelungen werden miteinander verglichen und auf ihre Übereinstimmung mit den völkerrechtlichen Vorgaben geprüft. Dabei wird sich zeigen, daß keine der untersuchten Rechtsordnungen dem Koppelungsprinzip von Art. 11 WCT und Art. 18 WPPT im gebotenen Masse gerecht wird. Dieses Resultat ist darauf zurückzuführen, daß man sich bei der „Umsetzung“ der WIPO Abkommen nicht groß um die völkerrechtlichen Vorgaben kümmerte. Als ob in Genf nichts geschehen wäre, nahmen die USA ihre ursprüngliche digitale Agenda wieder auf⁷¹, während sich die EU weitgehend an ihren eigenen Vorschlägen zuhanden der Diplomatischen Konferenz und teilweise gar am DMCA orientierte⁷², was mit Blick auf das intensive Lobbying seitens der Urheberrechtsindustrie nicht erstaunt⁷³. Im Einzelnen sind die Regelungen unterschiedlich ausgefallen⁷⁴, und die EU hat es gar fertig gebracht, die weitläufigen Bestimmungen des DMCA an struktureller Komplexität zu übertreffen⁷⁵. Die Verbote von Umgehungs- und Vorbereitungshandlungen werden nachfolgend getrennt untersucht.

1. Umgehungsverbot und urheberrechtliche Schranken

a) Rechtslage in den USA

Im Hinblick auf das Verhältnis von Umgehungsverbot und materiellem Urheberrecht sind für die USA vier Regelungsaspekte hervorzuheben. Erstens wird zwischen Zugangskontrollen und Nutzungskontrollen unterschieden, wobei sich das Verbot von Umgehungshandlungen nur auf Zugangskontrollen bezieht⁷⁶. Zweitens wird im DMCA ausdrücklich festgehalten, daß die Einführung eines rechtlichen Schutzes für technische Maßnahmen keinen Einfluß auf bestehende Schranken des Urheberrechts

67) *Vinje* (Fn. 52), 197 hält dies rechtspolitisch für die angemessene Lösung.

68) Vgl. auch *Auer*, Rechtsschutz für technischen Schutz im Gemeinschaftsrecht, FS Robert Dittich, 2000, 17.

69) Entgegen *Ficsor* (Fn. 25), Rn. C11.12, besteht keine Pflicht, ein solches Verbot einzuführen, da dies sowohl Wortlaut als auch Entstehungsgeschichte von Art. 11 WCT und Art. 18 WPPT klar widersprechen würde.

70) Entgegen *Reinbothe/von Lewinski* (Fn. 24), Rn. 28 zu Art. 11 WCT.

71) Siehe z. B. *Litman* (Fn. 9), 134.

72) Siehe *Reinbothe*, Die EG-Richtlinie zum Urheberrecht in der Informationsgesellschaft, GRUR Int. 2001, 741.

73) Zur bedenkliehen Bevorzugung einzelner Lobbyisten während des kommissionsinternen Verfahrens siehe *Hoeren*, Entwurf einer EU-Richtlinie zum Urheberrecht in der Informationsgesellschaft, MMR 2000, 515.

74) Vgl. auch die kursorischen Darstellungen bei *Braun*, The Interface between the Protection of Technological Measures and the Exercise of Exceptions to Copyright and Related Rights, EIPR 2003, 496, und *Gilliéron*, La gestion numérique des droits (DRM) dans les législations nationales, *sic!* 2004, 281.

75) Zu Recht kritisch mit Bezug auf die mangelnde Transparenz der europäischen Regelung ist *Berger*, Die Neuregelung der Privatkopie in § 53 Abs. 1 UrhG im Spannungsverhältnis von geistigem Eigentum, technischen Schutzmaßnahmen und Informationsfreiheit, ZUM 2004, 261.

76) 17 U.S.C. § 1201(a)(1)(A) (2003).

haben soll⁷⁷, also auch nicht auf die „fair use“ Doktrin⁷⁸. Drittens sind die Voraussetzungen der Zulässigkeit der Umgehung von rechtlich geschützten technischen Maßnahmen in einem separaten Katalog aufgeführt, der in seiner Ausgestaltung keinem nachvollziehbaren Prinzip folgt⁷⁹ und der sich nicht mit dem Schranken-katalog des materiellen Urheberrechts deckt⁸⁰. Insbesondere fehlt eine Schranke, die der urheberrechtlichen Schranke für „fair use“ entsprechen würde⁸¹. Viertens sind die Schrankenbegünstigten im Bereich beider Schranken-kataloge auf sich allein gestellt, wenn es darum geht, die umgehungsrechtlichen oder urheberrechtlichen Schranken tatsächlich wahrzunehmen. Der Gesetzgeber ist offenbar davon ausgegangen, daß ein Nutzer, der von Gesetzes wegen technische Maßnahmen umgehen darf, immer auch in der Lage ist, dies tatsächlich zu tun. Die Rechtsinhaber werden mithin nicht dazu verpflichtet, die Umgehung technischer Maßnahmen zu ermöglichen, und zwar auch dann nicht, wenn die Umgehung von Gesetzes wegen ausdrücklich erlaubt oder – wie im Falle der Nutzungskontrollen – schon gar nicht verboten ist⁸².

Insgesamt dürfte dieses System trotz des etwas eigenwilligen Ansatzes den Anforderungen der WIPO Abkommen genügen, denn obwohl die Etablierung zweier unterschiedlicher Schrankensysteme – eines für das Umgehungsverbot, das andere für das Urheberrecht – grundsätzlich gegen das Koppelungsprinzip von Art. 11 WCT und Art. 18 WPPT verstößt, bleiben Umgehungshandlungen im Bereich der urheberrechtlichen Schranken möglich. Zum einen ist die Umgehung von Nutzungskontrollen vom Verbot ausgenommen⁸³, zum anderen wird das Verbot der Umgehung von Zugangskontrollen von einer Behörde überwacht⁸⁴, die in periodischen Abständen nach Anhörung der interessierten Kreise darüber entscheidet, ob gegebenenfalls Ausnahmen vom Verbot vorzusehen sind⁸⁵. Darüber hinaus könnte wohl argumentiert werden, daß das Verbot der Umgehung von Zugangskontrollen insofern nicht ins Gewicht fällt, als die Ausübung urheberrechtlicher Schranken ohnehin den rechtmäßigen Zugang zum Werk voraussetzt. Aus diesen Gründen ist die amerikanische Regierung davon ausgegangen, daß eine separate umgehungsrechtliche Schranke für „fair use“ nicht notwendig ist. Die Problematik der amerikanischen Regelung liegt damit weniger auf der Ebene des Verbots von Umgehungshandlungen als auf der Ebene des Verbots von Umgehungsmitteln und Umgehungsdienstleistungen. Darauf wird zurückzukommen sein.

b) Rechtslage in der EU

Im Unterschied zu den USA wird auf europäischer Ebene nicht explizit zwischen Zugangs- und Nutzungskontrollen unterschieden⁸⁶. Es ist auch kein Verfahren für administrative Ausnahmen vorgesehen⁸⁷. Zudem ist der technische Schutz von Computerprogrammen⁸⁸ und theoretisch auch der Schutz von Zugangskontrolldiensten⁸⁹ von den Umgehungsregelungen der Info-RL ausgenommen. Die Ausgangslage ist damit insofern einfacher, als grundsätzlich alle technischen Maßnahmen gegen Umgehung geschützt sind. Die völkerrechtlich interessante Frage ist dann, wie dieses allgemeine Umgehungsverbot mit den materiellen Schranken des Urheberrechts vereinbart wird. Die Antwort auf diese Frage ist für Europa komplizierter als für die USA, weil die Ausgestaltung der urheberrechtlichen Schranken weitgehend den Mitgliedstaaten überlassen wird⁹⁰. Das Verhältnis von Umgehungs-schutz und Urheberrecht wäre daher für jeden Mitgliedstaat separat zu untersuchen. Dennoch ist eine selbständige Beurteilung des europäischen Rechts insoweit

möglich, als bereits auf der Ebene des Gemeinschaftsrechts einige Grundpfeiler eingeschlagen werden, die das Verhältnis von Umgehungs-schutz und Urheberrecht regeln⁹¹.

Vorauszuschicken ist, daß die EU im Unterschied zur USA erkannt hat, daß es wenig nützt, die Umgehung rechtlich geschützter technischer Maßnahmen zur Wahrnehmung urheberrechtlicher Schranken zu erlauben, wenn die Nutzer rein faktisch nicht in der Lage sind, die technischen Maßnahmen der Rechtsinhaber zu durchbrechen, um die betreffende Schranke auszuüben. Aus diesem Grund werden die Mitgliedstaaten verpflichtet, im Bereich ausgewählter Schranken „geeignete Maßnahmen“⁹² vorzusehen, um sicherzustellen, daß die Rechtsinhaber den Nutzern die notwendigen Mittel zur Verfügung stellen, um von der betreffenden Schranke Gebrauch machen zu können. Voraussetzung ist, daß der fragliche Nutzer rechtmäßigen Zugang zum Werk hat⁹³ und daß die Rechtsinhaber die Mittel nicht freiwillig zur Verfügung stellen⁹⁴. Die Begünstigten dieser Schranken sind damit

77) 17 U.S.C. § 1201(c)(1) (2003).

78) 17 U.S.C. § 107 (2003). Die „fair use“ Doktrin umfaßt auch Handlungen, die in Kontinentaleuropa gemeinhin als Privatgebrauch gelten; vgl. z. B. den Leitscheid *Sony Corp. v. Universal City Studios, Inc.*, 464 U.S. 417 (1984). Eine separate Schranke zum Eigengebrauch im kontinentaleuropäischen Sinne kennt das amerikanische Urheberrecht hingegen nicht.

79) Vgl. *Vinje* (Fn. 52), 205: „Congress chose the approach of adopting an extremely broad prohibition, then granting an exception to any group powerful enough to lobby effectively for one. The breadth of the exception also turned on lobbying power“.

80) 17 U.S.C. §§ 1201(d)–(j) (2003).

81) Die theoretisch mögliche Ableitung einer solchen Schranke aus 17 U.S.C. § 1201(c) (2003) wird überwiegend abgelehnt; siehe dazu zusammenfassend *Gottschalk* (Fn. 2), 151.

82) Siehe zur Problematik dieser Regelung *Foged* (Fn. 24), 532.

83) Hier könnte man sich gar die Frage stellen, ob diese Ausnahme gegen die WIPO Abkommen verstößt, weil diese klar ein Verbot von Umgehungshandlungen verlangen. Mit *Ward* (Fn. 2), 54, kann jedoch davon ausgegangen werden, daß diese Regelung mit Art. 11 WCT und Art. 18 WPPT vereinbar ist, aber wohl nur deshalb, weil das absolute Verbot von Vorbereitungshandlungen faktisch auch die Umgehung von Nutzungskontrollen verunmöglicht.

84) 17 U.S.C. § 1201(a)(1)(B)–(E) (2003). Die Delegation der Gesetzgebungskompetenz im Bereich der urheberrechtlichen Schranken an eine Administrativbehörde ist im Hinblick auf das Gewaltenteilungsprinzip allerdings verfassungsrechtlich bedenklich; siehe *Cohen*, *WIPO Copyright Treaty Implementation in the United States – Will Fair Use Survive?*, *EIPR* 1999, 238. Kritisch auch *de Werra* (Fn. 52), 215 ff.

85) Zur Zeit bestehen vier administrative Ausnahmen, die allerdings so eng gefasst sind, daß sie hier nicht weiter von Belang sind; siehe 37 C.F.R. § 201.40 (2004).

86) Art. 6 Abs. 1 und Abs. 3 Info-RL.

87) Die in Art. 12 Info-RL vorgesehene Überwachung der Auswirkungen der Info-RL durch die Europäische Kommission ist allgemeiner Art und führt nicht zu einer Delegation von Gesetzgebungskompetenzen im Bereich der Schrankenregelungen.

88) Siehe Erwägung 50 i. V.m. Art. 1 Abs. 2 lit. a Info-RL sowie Art. 7 Abs. 1 lit. c Computer-RL. Für Deutschland, siehe § 69 a Abs. 5 i. V.m. § 69 f Abs. 2 UrhG; dazu *Peukert* (Fn. 24), § 34 Rn. 7.

89) Siehe Art. 9 Info-RL sowie Richtlinie 98/84/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 20. November 1998 über den rechtlichen Schutz von zugangskontrollierten Diensten und von Zugangskontrolldiensten, *ABl. Nr. L 320* vom 28.11.1998, 54; dazu *Auer* (Fn. 68), 18 f.; *Helberger*, *Hacken von Premiere bald europaweit verboten?*, *ZUM* 1999, 295. Für Deutschland, siehe das Gesetz über den Schutz von zugangskontrollierten Diensten und Zugangskontrolldiensten (ZKDSG), *BGBI. I* 2002, 1090; dazu *Peukert* (Fn. 24), § 33 Rn. 26 ff.; *Arlt*, *Digital Rights Management-Systeme*, *GRUR* 2004, 552 ff.

90) Art. 5 Abs. 2 und Abs. 3 Info-RL.

91) Art. 6 Abs. 4 Unterabs. 1 und Unterabs. 2 Info-RL.

92) Eine Typologie der möglichen Maßnahmen findet sich bei *Schwarz/Nordmann* (Fn. 23), 147; *Metzger/Kreutzer*, *Richtlinie zum Urheberrecht in der „Informationsgesellschaft“*, *MMR* 2002, 140 f.

93) Im Unterschied zur USA scheint die EU Zugangskontrollen absolut zu schützen; dazu *Foged* (Fn. 24), 537.

94) Art. 6 Abs. 4 Unterabs. 3 und Unterabs. 4 Info-RL.

anders als in den USA nicht auf sich alleine gestellt, sondern können auf staatliche Hilfe zählen, wenn es darum geht, die betreffenden Schranken auszuüben. Diese Lösung hat den Vorzug, daß nicht nur die technisch versierten Nutzer die betreffenden umgehungsrechtlichen Schranken nutzen können, sondern potentiell alle Begünstigten⁹⁵. Die Problematik dieser Regelung liegt aus Sicht der WIPO Abkommen jedoch darin, daß die Durchsetzungsmechanismen nicht für alle urheberrechtlichen Schranken und nicht für alle Werkkategorien zur Verfügung gestellt werden. So wird etwa vorgeschrieben, daß diejenigen Werke absolut gegen Umgehung geschützt sind, „die der Öffentlichkeit aufgrund einer vertraglichen Vereinbarung in einer Weise zugänglich gemacht werden, daß sie Mitgliedern der Öffentlichkeit von Orten und zu Zeiten ihrer Wahl zugänglich sind“⁹⁶. Im Bereich der interaktiven Abrufdienste („on demand“) ist es den Mitgliedstaaten mithin von vornherein untersagt, die Umgehung technischer Maßnahmen zur Ausübung urheberrechtlicher Schranken zu ermöglichen⁹⁷. Außerhalb der interaktiven Dienste werden die Schranken in drei Klassen eingeteilt⁹⁸. In die erste Klasse fallen sieben ausgewählte urheberrechtliche Schranken, für die den Mitgliedstaaten zwingend vorgeschrieben wird, die Umgehung zu ermöglichen⁹⁹. Die Schranke für den Privatgebrauch gehört nicht dazu. Vielmehr bildet sie eine zweite Klasse, weil in ihrem Fall die Ermöglichung der Umgehung technischer Maßnahmen zwar zulässig ist, nicht aber zwingend vorgeschrieben wird¹⁰⁰. In die dritte Klasse fallen aufgrund eines Umkehrschlusses alle restlichen urheberrechtlichen Schranken, für die es den Mitgliedstaaten nicht gestattet ist, die Umgehung zu ermöglichen. Die ganz herrschende Lehre geht nun davon aus, daß in dieser Regelung der Voraussetzungen der staatlichen Hilfe bei der Umgehung rechtlich geschützter technischer Maßnahmen zum Zweck der Wahrnehmung urheberrechtlicher Schranken zugleich ein Verbot der Selbsthilfe zu sehen ist¹⁰¹. Trifft dies zu, ist die europäische Regelung im Bereich der interaktiven Dienste sowie der urheberrechtlichen Schranken dritter Klasse völkerrechtswidrig, weil in diesen Bereichen das materielle Urheberrecht den technischen Maßnahmen zu weichen hat.

c) Rechtslage in Deutschland

Die Ausführungen zum Gemeinschaftsrecht treffen auch auf Deutschland zu. Hinzu kommt aber, daß Deutschlands Schrankenregelung auch im Bereich der Schranken zweiter Klasse gegen das in Art. 11 WCT und Art. 18 WPPT verankerte Koppelungsprinzip verstößt. Deutschland hat an der privaten Vervielfältigungsfreiheit grundsätzlich festgehalten, und zwar nicht nur im analogen, sondern auch im digitalen Bereich¹⁰². Die Schranke zum Privatgebrauch wurde im September 2003 lediglich insofern geändert, als zur Herstellung einer Privatkopie neu keine „offensichtlich rechtswidrig hergestellte Vorlage“ mehr verwendet werden darf¹⁰³. Dieser urheberrechtlichen Schranke entspricht aber keine umgehungsrechtliche Schranke. Die deutsche Regelung sieht zwar vor, daß rechtlich geschützte technische Maßnahmen zum Privatgebrauch umgangen werden dürfen, doch gilt dies nur für private Vervielfältigungen auf Papier oder ähnlichen Trägern, nicht aber für digitale Privatkopien¹⁰⁴. Konkret bedeutet dies, daß ein Nutzer das Umgehungsverbot verletzt, wenn er eine technische Maßnahme zur Herstellung einer digitalen Privatkopie umgeht, obwohl die Herstellung einer digitalen Privatkopie auch nach deutschem Urheberrecht zulässig ist¹⁰⁵. Dieses Ergebnis ist nicht völkerrechtskonform. Es ist auch fraglich, ob die

gewählte dogmatische Konstruktion – Festhalten an der digitalen Privatkopie bei gleichzeitiger rechtlicher Unterstützung der faktischen Eliminierung derselben durch technische Maßnahmen – auf lange Sicht tragfähig ist. So wurde bereits mit beachtlichen Argumenten die Auffassung vertreten, daß diese Zwitterlösung letztlich fehl laufen muß, weil den Begünstigten der Schranke zum Privatgebrauch in der gegenwärtigen Lage schon aus verfassungsrechtlichen¹⁰⁶ und strafrechtlichen¹⁰⁷ Gründen ein Selbsthilferecht auf Umgehung technischer Maßnahmen zur Wahrnehmung der Schranke zum Privatgebrauch zusteht. Diesen Problemen hätte man entgegen können, wenn man die digitale Privatkopie als solche verboten hätte, doch war dies trotz entsprechender Vorschläge seitens der Rechtsinhaber politisch nicht machbar, unter anderem deshalb, weil die Verwertungsgesellschaften befürchteten, daß eine materielle Beschränkung der Schranke zum Eigengebrauch das System der pauschalen Vergütung aus den Angeln heben könnte. Als dann von Seiten der Industrievertreter gar die Abschaffung der pauschalen Vergütung angeregt wurde, starteten die Verwertungsgesellschaften nicht ganz uneigennützig eine Kam-

95) Metzger/Kreutzer (Fn. 92), 140.

96) Art. 6 Abs. 4 Unterabs. 4 Info-RL. Dadurch soll gemäß Erwägung 53 Info-RL ein „sicheres Umfeld“ für die Erbringung interaktiver Dienste auf Abruf gewährleistet werden. Deutschland hat diese Regelung in § 95 b Abs. 3 UrhG umgesetzt.

97) Kritisch Vinje, Should We Begin Digging Copyright's Grave, EIPR 2000, 557; Peukert, Digital Rights Management und Urheberrecht, UFITA 2002/III, 707 f.; Metzger/Kreutzer (Fn. 92), 141; de Werra (Fn. 52), 227; Dusollier, Exceptions and Technological Measures in the European Copyright Directive of 2001 – An Empty Promise, IIC 2003, 74 f.

98) Vgl. Peukert (Fn. 24), § 36 Rn. 10; Foged (Fn. 24), 536.

99) Art. 6 Abs. 4 Unterabs. 1 Info-RL.

100) Art. 6 Abs. 4 Unterabs. 2 Info-RL. Das Recht, die Zahl der möglichen Privatkopien technisch zu beschränken, wird den Rechtsinhabern aber auf jeden Fall absolut garantiert.

101) Siehe z. B. Reinbothe (Fn. 72), 742; Dreier (Fn. 3), 39; Metzger/Kreutzer (Fn. 92), 140; von Lewinski (Fn. 52), 170; Peukert (Fn. 24), § 36 Rn. 2, 23; Rehbinder, Urheberrecht, 13. Aufl. 2004, Rn. 449 b. Unentschlossen Ottolia, Preserving Users' Rights in DRM, IIC 2004, 507.

102) § 53 Abs. 1 UrhG.

103) Diese Änderung ist vor allem gegen elektronische Tauschbörsen gerichtet, kann der Schweiz aber nicht zur Nachahmung empfohlen werden; siehe dazu Rigamonti, Eigengebrauch oder Hehlerei? Zum Herunterladen von Musik- und Filmdateien aus dem Internet, GRUR Int. 2004, 286 ff. Der Ende September 2004 vom BMJ veröffentlichte Referentenentwurf sieht vor, diese Schranke weiter zu beschränken, indem neu auch keine offensichtlich rechtswidrig öffentlich zugänglich gemachten Vorlagen mehr verwendet werden dürfen – ebenfalls als Schlag gegen elektronische Tauschbörsen gedacht.

104) § 95 b Abs. 1 Nr. 6 lit. a UrhG. Außerhalb des Privatgebrauches ist die Regelung innerhalb der Schranke zum Eigengebrauch äußerst komplex; vgl. die Übersicht bei Peukert (Fn. 24), § 36 Rn. 11.

105) Gutman, Rechtliche Flankierung technischer Schutzmöglichkeiten, K & R 2003, 495 spricht hier von „absurden Ergebnissen“.

106) Die Verweigerung der staatlichen Durchsetzung der Schranke zum Eigengebrauch infolge eines absoluten Schutzes technischer Maßnahmen kann als unverhältnismäßiger Eingriff in die Informationsfreiheit der Schrankenberechtigten sowie unter Umständen auch in die Eigentumsgarantie von Nutzern und Softwareherstellern betrachtet werden. Siehe Holzmann/Brüggemann, Das Digital Right Management nach dem ersten Korb der Urheberrechtsnovelle, MMR 2003, 767; vgl. auch Spieker, Bestehen zivilrechtliche Ansprüche bei Umgehung von Kopierschutz und beim Anbieten von Erzeugnissen zu dessen Umgehung?, GRUR 2004, 480; Peukert (Fn. 24), § 36 Rn. 11 f.; kritisch Schippan, Rechtsfragen bei der Implementierung von Digital Rights Management-Systemen, ZUM 2004, 195.

107) Die Verwendung technischer Schutzmaßnahmen zur Verhinderung legalen Nutzerverhaltens kann nämlich unter Umständen nach § 303 a StGB (Datenveränderung) strafbar sein, was dem Schrankenberechtigten als Opfer der Tat die Berufung auf strafrechtliche Abwehrrechte ermöglicht. Siehe Abdallah/Gercke/Reimert, Die Reform des Urheberrechts – hat der Gesetzgeber das Strafrecht übersehen?, ZUM 2004, 31. Man könnte für die Schweiz ähnliche Überlegungen mit Bezug auf Art. 144 bis Ziff. 2 StGB (Datenbeschädigung) anstellen.

pagne zur Beibehaltung der digitalen Privatkopie¹⁰⁸. Vor diesem Hintergrund präsentiert sich der deutsche Ansatz als dogmatisch unbefriedigendes Ergebnis eines politischen Kompromisses. Verlierer sind die Verbraucher, deren Rechtsposition faktisch beschnitten wird und denen eine Doppelbelastung durch Individualzahlungen und Pauschalabgaben droht¹⁰⁹. Die vorgesehene Berücksichtigung technischer Maßnahmen bei der Tarifgestaltung¹¹⁰ mag da gewisse Abhilfe schaffen, bleibt aber konzeptionell fragwürdig, weil ein pauschales Vergütungssystem, das gerade die Vergütung erlaubter privater Vervielfältigungen bezweckt, nicht mehr gerechtfertigt werden kann, wenn die Verbraucher aufgrund technischer Maßnahmen tatsächlich keine privaten Vervielfältigungen mehr herstellen können¹¹¹. Die gegenwärtige Regelung kann daher nur eine Übergangslösung sein.

d) Völkerrechtskonforme Auslegung des Umgehungsschutzes?

Die völkerrechtliche Problematik des europäischen und deutschen Rechts ist nach dem Gesagten darauf zurückzuführen, daß die Umgehung rechtlich geschützter technischer Maßnahmen unter Umständen auch dann verboten ist, wenn die Umgehung der Ausübung urheberrechtlicher Schranken dient. Dieses Resultat wiederum basiert darauf, daß aus der Schaffung der Durchsetzungsmechanismen gemäß Art. 6 Abs. 4 Info-RL bzw. § 95 b UrhG gemeinhin gefolgert wird, daß Selbsthilferechte der Begünstigten urheberrechtlicher Schranken ausgeschlossen sind¹¹². Diese Lesart ist auf den ersten Blick plausibel und entspricht wohl auch dem mutmaßlichen Willen des europäischen und deutschen Gesetzgebers¹¹³. Dennoch bestünde durchaus die Möglichkeit einer völkerrechtskonformen Auslegung des europäischen und deutschen Rechts, ohne daß Art. 6 Abs. 4 Info-RL und § 95 b UrhG damit gleichsam ihrer Substanz beraubt würden. Ausgangspunkt dieser Überlegung ist die Tatsache, daß diese Normen im Unterschied zum amerikanischen Recht keine vollständig separaten Tatbestände für die Umgehung technischer Maßnahmen etablieren, sondern auf urheberrechtliche Schranken verweisen und dann lediglich festlegen, in welchen Fällen der Staat den Schrankenbegünstigten bei der Durchsetzung dieser Schranken unter die Arme greifen muß oder kann. Der Zweck von Art. 6 Abs. 4 Info-RL und § 95 b UrhG liegt damit ohne Zweifel darin, sicherzustellen, daß bestimmte Schranken nicht nur rechtlich, sondern auch tatsächlich ausgeübt werden können¹¹⁴. Staatliche Hilfe bei der Durchsetzung urheberrechtlicher Schranken ist aber nur dann notwendig, wenn die Begünstigten nicht selbst in der Lage sind, die fraglichen technischen Maßnahmen zu durchbrechen. Im Hinblick auf den Normzweck muß die Gewährung staatlicher Hilfe die Selbsthilferechte der Schrankenbegünstigten damit nicht zwingend ausschließen, sondern könnte vielmehr so interpretiert werden, daß die Durchsetzung von Schranken gerade auch in den Fällen möglich sein soll, in denen sich die Nutzer nicht selbst helfen können. Art. 6 Abs. 4 Info-RL und § 95 b UrhG würden damit gegenüber dem Selbsthilfeverbot der Schrankenbegünstigten in einem Verhältnis der Subsidiarität stehen.

In der Tat wäre ein Verbot der Selbsthilfe dem Normziel der effektiven Durchsetzung von Schranken eher abträglich, und man müßte sich mit Blick auf § 95 b UrhG auch fragen, welchen Sinn es haben kann, einzelne Nutzer zu einer Klage zu zwingen und ihnen die Last eines Gerichtsverfahrens aufzubürden, um die Durchsetzung einer bestimmten Schranke zu garantieren, wenn die Nutzer in der Lage sind, die technischen Maßnahmen selbst zu um-

gehen. Mit der beabsichtigten Förderung privater Selbstregulierung alleine kann dies nicht begründet werden, weil Selbsthilferechte nur dann überhaupt praktisch relevant sind, wenn die Rechtsinhaber zu einer einvernehmlichen Regelung keine Hand bieten. Es würde folglich weder Wortlaut noch Zweck der europäischen und deutschen Umgehungsregelungen widersprechen, wenn Art. 6 Abs. 4 Info-RL und § 95 b UrhG auf Fälle beschränkt würden, in denen es den Nutzern faktisch nicht möglich ist, technische Maßnahmen zu durchbrechen, obwohl sie von Gesetzes wegen dazu berechtigt sind. Die Funktion des europäischen Dreiklassensystems für Schranken läge dann nicht in der Selektion derjenigen Schranken, für die eine Umgehung technischer Maßnahmen erlaubt ist (Selbsthilferechte würden für alle urheberrechtlichen Schranken gelten), sondern in der Definition derjenigen Fälle, in denen über die Selbsthilfe hinaus staatliche Hilfe gewährt wird, um die tatsächliche Durchsetzung der Schranke zu ermöglichen. Für die Schranken erster und – je nach konkreter nationaler Regelung – zweiter Klasse würde den Begünstigten staatliche Hilfe zuteil. Für Schranken der dritten Klasse gälte das amerikanische System, und die Nutzer wären auf sich allein gestellt. Wenn sie nicht in der Lage wären, technische Maßnahmen zu durchbrechen, könnten sie nicht auf staatliche Hilfe zählen. Im Falle Deutschlands würde dies bedeuten, daß die Umgehung technischer Schranken auf dem Wege der Selbsthilfe auch im Bereich der digitalen Privatkopie zulässig wäre, daß den Nutzern aber keine Klagerechte zustehen würden für den Fall, daß sie nicht in der Lage sind, die technischen Maßnahmen selbst zu umgehen.

2. Zum Verbot von Umgehungsmitteln und Umgehungsdienstleistungen

Im Bereich des Verbotes von Umgehungsmitteln und Umgehungsdienstleistungen – in Europa Vorbereitungs-handlungen genannt – zeigt sich ein Phänomen, an das man sich in Zukunft wohl gewöhnen muß. Obwohl die Amerikaner weder für ihre Gesetzgebungskunst noch für ihren Sinn für Rechtsdogmatik bekannt sind, wurden die mit dem DMCA eingeführten Regeln¹¹⁵ von der EU ohne rechtliche Notwendigkeit und vor allem ohne ernsthafte Prüfung von Alternativen praktisch unverändert übernommen¹¹⁶. Von dort wanderten diese Regeln dann ins deutsche Recht¹¹⁷. Diese Praxis führt unweigerlich zu einem Verlust von Anschlußfähigkeit bei der Integration dieser von Lobbyisten formulierten Normen ins überkommene Rechtssystem, erleichtert aber immerhin die rechtsvergleichende Analyse. Die drei hier interessierenden Rechtsordnungen können daher zusammen besprochen werden.

108) Siehe <http://www.privatkopieren.de>; vgl. zu diesem Interessenkonflikt auch Krüger, Die digitale Privatkopie im „zweiten Korb“, GRUR 2004, 204 f.; Pfennig (Fn. 21), 200 f.

109) Vgl. Schwarz/Nordmann (Fn. 23), 138; Peukert, Neue Techniken und ihre Auswirkung auf die Erhebung und Verteilung gesetzlicher Vergütungsansprüche, ZUM Sonderheft 2003, 1050; kritisch auch Vinje (Fn. 97), 555.

110) Art. 5 Abs. 2 lit. b Info-RL; § 13 Abs. 4 Urheberrechtswahrnehmungsgesetz.

111) Kreutzer, Herausforderungen an das System der Pauschalvergütungen nach den §§ 54, 54 a UrhG, ZUM Sonderheft 2003, 1043 f.; Holzner/Brüggemann (Fn. 106), 770; Abdallah/Gerckel/Reinert (Fn. 107), 35.

112) Siehe oben Fn. 101.

113) Siehe z. B. Aml. Begr., BT-Drs. 15/38, 27.

114) Vgl. Dreier (Fn. 3), 36.

115) 17 U. S. C. §§ 1201(a)(2), 1201(b) (2003).

116) Art. 6 Abs. 2 Info-RL.

117) § 95 a Abs. 3 UrhG.

a) Problematik der gegenwärtigen Regelungsansätze

Die allgemeine Regel, die sich aus dem amerikanischen, dem europäischen und dem deutschen Recht ableiten läßt, verbietet die Herstellung und den Vertrieb von Vorrichtungen sowie die Erbringung von Dienstleistungen, die (i) mit dem Ziel der Umgehung technischer Maßnahmen vermarktet werden, (ii) abgesehen von der Umgehung nur einen beschränkten wirtschaftlichen Zweck oder Nutzen haben, oder (iii) deren hauptsächliche Bestimmung die Ermöglichung oder Vereinfachung der Umgehung technischer Maßnahmen ist. Es fällt sofort auf, daß dieses Verbot keinen Bezug zum materiellen Urheberrecht aufweist und insbesondere völlig unabhängig vom Erfordernis einer Urheberrechtsverletzung besteht. Mit anderen Worten wird dieses Verbot vollständig vom Urheberrecht abgekoppelt. Darüber hinaus sind die auf das Verbot von Umgehungshandlungen anwendbaren Schranken auf das Verbot von Vorbereitungshandlungen entweder nur ganz ausnahmsweise (USA)¹¹⁸ oder überhaupt nicht anwendbar (EU)¹¹⁹. Es liegt auf der Hand, daß derart absolut gefaßte Verbote potentiell einschneidende Wirkungen auf die Möglichkeit der Ausübung urheberrechtlicher Schranken haben. Wer zum Beispiel einen Spielfilm auf DVD kauft und davon eine Sicherungskopie herstellen will, darf dies nach geltendem Urheberrecht grundsätzlich tun und darf zu diesem Zweck je nach anwendbarem Recht auch die Kopiersperre umgehen, doch kann nicht auf Programme Dritter zurückgegriffen werden, weil diese aufgrund der absolut gefaßten Verbote illegal sind¹²⁰. Da nur die wenigsten Nutzer ohne Hilfe Dritter in der Lage sind, Kopiersperren zu umgehen, bleibt die Ausübung urheberrechtlicher Schranken letztlich eine Illusion¹²¹. Dadurch wird das Koppelungsprinzip von Art. 11 WCT und Art. 18 WPPT unterlaufen, denn wenn den Nutzern technisch geschützter Werke die Mittel vorenthalten werden, um von den urheberrechtlichen Schranken Gebrauch zu machen, dann sind diese Schranken kaum mehr als leere Worte. Wenn man schon an der Schranke zum Eigengebrauch festhält, dann darf die Ausübung dieser Schranke nicht durch das Umgehungsrecht verunmöglicht werden. In der gegenwärtigen Fassung verstoßen die Verbote von Vorbereitungshandlungen daher gegen die WIPO Abkommen. Es ist auch nicht ohne weiteres zu ersehen, wie die Zulässigkeit der Umgehung technischer Maßnahmen zur Ausübung gewisser urheberrechtlicher oder umgehungsrechtlicher Schranken mit dem absoluten Verbot der dafür notwendigen Mittel und Dienstleistungen zu vereinbaren ist¹²². Hinzu kommt die Gefahr, urheberrechtlich unbedenkliche Geräte und Software in die Illegalität abzudrängen, wie die gegenwärtige Auseinandersetzung um Archivierungsprogramme für DVD zeigt¹²³. Ein amerikanischer Hersteller derartiger Software mußte seine Produkte bereits vom Markt nehmen, was umso problematischer ist, als in den USA die Umgehung von Nutzungskontrollen gerade erlaubt ist, es also weder urheberrechtlich noch umgehungsrechtlich verboten ist, eine bespielte DVD zu Archivierungszwecken zu vervielfältigen – und dennoch wird den Herstellern von Software, die diese legalen Handlungen erst ermöglichen, mit zivilrechtlichen und strafrechtlichen Konsequenzen gedroht. Diese Ungereimtheiten hätte man vermeiden können, wenn man sich an das Koppelungsprinzip gehalten und nach dogmatischen Alternativen gesucht hätte.

b) Rechtsdogmatische Alternativen

Der rechtliche Schutz technischer Maßnahmen hätte auch ohne ein absolutes Verbot von Umgehungsmitteln und Umgehungsdienstleistungen über die Anforderungen

von WCT und WPPT hinaus ausgedehnt werden können. Eine alternative Lösung, die im Vorfeld der Erlassung der Info-RL vorgeschlagen wurde, setzt beim Text der gegenwärtig geltenden Normen an und koppelt die Definitionselemente des Verbotes von Vorbereitungshandlungen an den Zweck der Urheberrechtsverletzung¹²⁴. Demnach wäre ein Umgehungsmittel dann verboten, (i) wenn es als Mittel zur Urheberrechtsverletzung vermarktet würde, (ii) wenn seine hauptsächliche wirtschaftliche Bedeutung in der Urheberrechtsverletzung bestünde, oder (iii) wenn es hauptsächlich für Zwecke der Urheberrechtsverletzung bestimmt wäre. Dieser Ansatz würde über Art. 11 WCT und Art. 18 WPPT hinausgehen und wäre dennoch völkerrechtskonform, weil das Verbot von Vorbereitungshandlungen über eine Zweckbestimmung an das materielle Urheberrecht gekoppelt würde. Dasselbe Resultat hätte dogmatisch wesentlich eleganter über die allgemeinen Regeln der Störer- bzw. Teilnehmerhaftung¹²⁵ erreicht werden können, denn die Hersteller von Umgehungsmitteln und die Erbringer von Umgehungsdienstleistungen könnten bei Vorliegen der allgemeinen Voraussetzungen als Teilnehmer bzw. Störer zur Verantwortung gezogen werden, solange Umgehungshandlungen verboten sind. Bei völkerrechtskonformer Ausgestaltung des Verbotes von Umgehungshandlungen wäre auch bei dieser Lösung die Koppelung ans Urheberrecht sichergestellt, weil sich Umgehungsschutz und materielles Urheberrecht decken würden. Dieser Ansatz hätte zwei Vorteile. Erstens könnte man sich die gesetzestechnisch schwierige Definition eines abstrakten Verbots von Umgehungsmitteln und Umgehungsdienstleistungen sparen. Zweitens würde die Rechtsentwicklung stärker durch die Gerichte erfolgen, die anhand erprobter dogmatischer Konzepte über die Rechtmäßigkeit von Vorbereitungshandlungen entscheiden könnten. Dieses Vorgehen ist in einem Bereich, in dem es an Erfahrungen mangelt, einem gesetzgeberischen Experiment vorzuziehen¹²⁶. Es ist zu bedauern, daß diese alternativen Ansätze bei der Umsetzung der WIPO Abkommen in den USA und in Europa nicht berücksichtigt wurden.

3. Würdigung

a) Zur Ablehnung des Koppelungsprinzips

Die vorstehenden Ausführungen haben gezeigt, daß sowohl die USA wie auch die EU und Deutschland auf eine weitgehende Abkoppelung des Umgehungsschutzes vom Urheberrecht setzen¹²⁷, also gerade auf das Gegenteil des-

118) 17 U.S.C. §§ 1201(e), 1201(f)(2), 1201(g)(4), 1201(j)(4) (2003).

119) Art. 6 Abs. 4 Unterabs. 1 Info-RL bezieht sich nur auf Art. 6 Abs. 1 Info-RL.

120) In den USA wurde dies bereits entschieden; siehe z. B. *Universal City Studios, Inc. v. Corley*, 273 F.3d 459 (2d Cir. 2001); *Paramount Pictures Corp. v. 321 Studios*, 69 U.S.P.Q.2d 2023 (S.D.N.Y. 2004). Vgl. auch 321 Studios v. Metro Goldwyn Mayer Studios, 307 F.Supp.2d 1085 (N.D. Cal. 2004); *Paramount Pictures Corp. v. Technology One, No. 04-CV-3995* (S.D. N.Y., filed May 26, 2004).

121) Gl. M. *Vinje* (Fn. 52), 198 f., 202; *Foged* (Fn. 24), 531; *Koelman*, *The Protection of Technological Measures vs. the Copyright Limitations*, ALAI 2001, 2002, 449.

122) Vgl. auch *Spieker* (Fn. 106), 479.

123) Siehe oben Fn. 120.

124) Siehe *Vinje* (Fn. 52), 199.

125) Vgl. dazu generell *Haedicke*, *Die Haftung für mittelbare Urheber- und Wettbewerbsrechtsverletzungen*, GRUR 1999, 397; *Haedicke*, *Die Umgehung technischer Schutzmaßnahmen durch Dritte als mittelbare Urheberrechtsverletzung*, FS Adolf Dietz, 2001, 349; *Hess-Blumer*, *Teilnahmehandlungen im Immaterialgüterrecht unter zivilrechtlichen Aspekten*, sic! 2003, 95.

126) Kritisch für das amerikanische Recht auch *Burk*, *Anticircumvention Misuse*, 50 UCLA L. Rev. 1109 (2003).

127) Vgl. auch *Vinje* (Fn. 52), 202; *Burk* (Fn. 126), 1105 ff.; *Foged* (Fn. 24), 531; *de Werra* (Fn. 52), 224.

sen, was die WIPO Abkommen vorschreiben. In rechtsdogmatischer Hinsicht erscheint der rechtliche Schutz technischer Maßnahmen nicht mehr bloß als Mittel der Erleichterung der Rechtsdurchsetzung, sondern als Quelle eines neuartigen materiellen Schutzes, der in seinen Wirkungen dem urheberrechtlichen Schutz ebenbürtig ist, und der trotz aller Beschwichtigungen letztlich auf ein neues Leistungsschutzrecht hinausläuft. Die Folgen dieser Konzeption des rechtlichen Schutzes technischer Maßnahmen sind nicht zu unterschätzen, denn die Rechtsinhaber werden damit in die Lage versetzt, urheberrechtliche Schranken faktisch auszuschalten¹²⁸ und so eine Kontrolle über privates Kopieren zu erlangen, die ihnen das Urheberrecht bisher nicht zugestanden hat¹²⁹. Man mag in diesem Resultat je nach Standpunkt eine sinnvolle Neuordnung der wirtschaftlichen Rahmenordnung oder eine gesellschaftspolitisch bedenkliche Erosion fundamentaler Freiheiten sehen¹³⁰. Wichtiger als die materielle Beurteilung dieser Entwicklung ist die Tatsache, daß der bisherige Interessenausgleich im Urheberrecht durch die Einführung des rechtlichen Schutzes technischer Maßnahmen zugunsten bestimmter Rechtsinhaber aus den Angeln gehoben wurde, ohne daß diese Machtverschiebung im politischen Diskurs als solche thematisiert worden wäre. Der rechtliche Schutz technischer Maßnahmen wurde und wird dem Publikum stets als Mittel der Pirateriebekämpfung und damit als interessen-neutrale Anpassung des Rechts an die technologische Entwicklung verkauft, obwohl ein rechtlicher Schutz technischer Maßnahmen, der über das materielle Urheberrecht hinausgeht, mit dem Piraterieargument nicht zu rechtfertigen ist. Wenn man schon glaubt, daß es bei der Einführung dieses Schutzes um die Verhinderung von Urheberrechtsverletzungen geht, dann sollte man sich bei der konkreten Ausgestaltung dieses Schutzes auch auf die Umsetzung dieser Vorstellung beschränken. Mit anderen Worten hätte man erwarten dürfen, daß eine Änderung des urheberrechtlichen Interessenausgleichs – wofür es ja gute Gründe geben mag – als solche deklariert und über eine Änderung des materiellen Urheberrechts umgesetzt worden wäre.

b) Zum absoluten Schutz gegen Umgehungsmittel und Umgehungsdienstleistungen

Die hier besprochenen Rechtsordnungen zeichnen sich abgesehen von der Mißachtung des Koppelungsprinzips vor allem dadurch aus, daß sie die Rechtsinhaber gegen Umgehungsmittel und Umgehungsdienstleistungen schützen, ohne daß dieser Schutz an das Bestehen einer Urheberrechtsverletzung gebunden wäre. Diese Regelung ist nicht nur aus rechtsdogmatischer, sondern auch aus rechtspolitischer Sicht fragwürdig, denn sobald Umgehungsmittel und Umgehungsdienstleistungen unabhängig davon verboten werden, ob sie zur Verletzung von Urheberrechten dienen, wird die rechtliche Kontrolle über die technische Entwicklung in diesem Bereich auf die Rechtsinhaber übertragen. Je mehr digitale Werke technisch geschützt werden, desto umfassender ist die Kontrolle der Rechtsinhaber über die Zukunft der technischen Entwicklung, weil geschützte Werke ohne Umgehung der verwendeten technischen Maßnahmen nicht vervielfältigt werden können. Kontrolle über Umgehungsmittel bedeutet dann zugleich Kontrolle über Vervielfältigungsmittel. Gerätehersteller und Softwareentwickler werden von Gesetzes wegen dem technischen Diktat der Rechtsinhaber unterworfen. Ob dies dem Ziel der Förderung der Innovation in der Informationsgesellschaft förderlich ist, muß bezweifelt werden, denn die Rechtsinhaber haben keinerlei

Interesse an einer weiteren technischen Entwicklung im Bereich der Nutzung urheberrechtlicher Werke. Im Gegenteil. Die Geschichte zeigt, daß die Rechtsinhaber in aller Regel versuchen, den Status Quo beizubehalten, und zwar auch dann, wenn dies – wie sich im Nachhinein herausstellt – nicht in ihrem Interesse ist. Ein Beispiel dafür ist der Fall des analogen Videorekorders. Vor gut zwanzig Jahren bekämpften Lobbyisten der amerikanischen Filmindustrie die Einführung von Videorekordern mit dem Argument, diese Geräte würden die amerikanische Filmindustrie ausbluten¹³¹. Mittlerweile ist der Heimvideomarkt eine der wichtigsten Einnahmequellen und gleichzeitig der Hauptgrund, weshalb sich dieselben Lobbyisten heute gegen die im amerikanischen Kongreß diskutierte Wiedereinführung des Koppelungsprinzips¹³² wehren¹³³. Wie beim Verbot von Umgehungshandlungen gilt auch hier, daß die potentiellen Auswirkungen eines absoluten Verbotes von Umgehungsmitteln und Umgehungsdienstleistungen eine rechtspolitische Entscheidung erfordern, die nicht unter Hinweis auf die Notwendigkeit der Pirateriebekämpfung gleichsam als vorentschieden behandelt werden kann, sondern sorgfältig abzuwägen ist. Diese Abwägung, so scheint es, ist in den untersuchten Rechtsordnungen unterblieben.

V. Und die Schweiz?

Dieser Abschnitt befaßt sich mit der Frage, wie der zweite schweizerische Vorentwurf vor dem dargelegten internationalen und rechtsvergleichenden Hintergrund zu beurteilen ist. Vorauszuschicken ist, daß man sich – soweit ersichtlich – auch in der Schweiz nur wenige Gedanken dazu gemacht hat, ob für die Ratifikation der WIPO Abkommen eine Änderung des schweizerischen Rechts überhaupt notwendig ist¹³⁴. Offenbar hat man sich inzwischen mit der Vorstellung abgefunden, daß Art. 11 WCT und Art. 18 WPPT eine Anpassung des schweizerischen Rechts erfordern¹³⁵ oder zumindest als nützlich erscheinen lassen¹³⁶, und daß diese Anpassung darüber hinaus systematisch ins Urheberrecht gehört. Dennoch hätte man erwarten dürfen, daß zumindest in den Erläuterungen zum zweiten Vorentwurf¹³⁷ kurz begründet wird, weshalb

128) So schon *Vinje* (Fn. 35), 433; *Schack*, Schutz digitaler Werke vor privater Vervielfältigung – zu den Auswirkungen der Digitalisierung auf § 53 UrhG, ZUM 2002, 504.

129) Dies ist freilich gerade das Ziel eines Teiles der Unterhaltungsindustrie; siehe *Davies*, Copyright in the Information Society – Technical Devices to Control Private Copying, FS Adolf Dietz, 2001, 316 f.

130) Vgl. etwa die unterschiedlichen Beurteilungen des „Digital Rights Management“ von *Graber*, *Meyer* und *Vosseler* in *medialex* 2004, 65, 67–70.

131) Siehe Home Recording of Copyrighted Works: Hearings before the Subcommittee on Courts, Civil Liberties, and the Administration of Justice of the House Committee on the Judiciary, 97th Cong., 2d Sess. (1983) (testimony of Jack Valenti, President, Motion Picture Association of America).

132) Siehe z. B. Digital Media Consumers' Rights Act, H. R. 107, 108th Cong. (2003); vgl. auch Digital Consumer Right to Know Act, S. 692, 108th Cong. (2003).

133) Siehe The Digital Media Consumers' Rights Act of 2003, Hearing on H. R. 107 Before the Subcommittee on Commerce, Trade, and Consumer Protection of the House Committee on Energy and Commerce, 108th Cong., 2d Sess. (2004) (statement by Jack Valenti, Motion Picture Association of America). Dort findet sich auch das mehr amüsante als juristisch überzeugende Argument, daß es ebensowenig ein Recht gebe, eine Sicherungskopie einer DVD herzustellen, wie es ein Recht gebe, eine Sicherungskopie eines Rasenmähers anzufertigen.

134) Vgl. immerhin *Baur*, Teilrevision URG, sic! 2001, 163.

135) Vgl. auch *Egloff*, Die EU-Richtlinie zur Harmonisierung des Urheberrechtsschutzes und das schweizerische URG, sic! 2002, 748.

136) Dieser Schluß ist nicht unbedingt zwingend, wenn man an Art. 143, 143bis, 144bis, 147, 150, 150bis StGB denkt.

137) Abrufbar unter <http://www.ige.ch/D/jurinfo/j103.shtm> (hiernach „Erläuterungen VE-URG II“).

das geltende Recht nicht genügt, weshalb eine Gesetzesänderung notwendig ist, und weshalb die gewählten Regeln anderen Regelungsmöglichkeiten vorzuziehen sind, doch wird man in dieser Hinsicht weitgehend im Dunkeln gelassen. Überhaupt scheint man sich auf Seiten der Verwaltung schwer zu tun, die volkswirtschaftliche Notwendigkeit von Umgehungsverboten zu begründen. Statt die ökonomische Bedeutung der Einführung eines rechtlichen Schutzes technischer Maßnahmen zu erörtern, werden abstrakte Überlegungen zur ökonomischen Analyse des Urheberrechts angestellt, bevor dann zum omnipräsenten Piraterieargument übergegangen wird¹³⁸. Ob es sich für die Schweiz wirtschaftlich lohnt, überhaupt ein Urheberrecht zu haben, hat aber mit der Frage, ob technische Maßnahmen rechtlich geschützt werden sollen, kaum etwas zu tun, und sagt jedenfalls nichts darüber aus, warum der im zweiten Vorentwurf konkret gewählte Ansatz anderen Ansätzen gegenüber volkswirtschaftlich überlegen ist. Auch hier hätte man sich etwas mehr Tiefgang gewünscht. Dennoch darf der zweite Vorentwurf mit Bezug auf die hier interessierende Frage als weitgehend gelungen bezeichnet werden.

1. Übernahme des Koppelungsprinzips im zweiten Vorentwurf

a) Grundzüge der vorgesehenen Regelung

Im Unterschied zu den oben besprochenen Rechtsordnungen scheint sich in der Schweiz eine weitgehend völkerrechtskonforme Lösung abzuzeichnen. Während der erste Vorentwurf die Schranke zum Eigengebrauch noch unter den Vorbehalt des geplanten strafrechtlichen Umgehungsschutzes stellte¹³⁹, setzt der zweite Vorentwurf konsequent auf das Koppelungsprinzip und läßt keinen Zweifel daran aufkommen, daß das Verbot von Umgehungshandlungen *nicht* über das materielle Urheberrecht hinaus erstreckt werden soll. So wird explizit festgehalten, daß technische Maßnahmen nur bis zum Ablauf der Schutzdauer des damit gesicherten Schutzobjektes nicht umgangen werden dürfen¹⁴⁰ und daß sich der Schutz auf technische Maßnahmen beschränkt, die eingesetzt werden, „um unerlaubte Verwendungen von Werken und anderen Schutzobjekten zu verhindern oder zu kontrollieren“¹⁴¹. Kernstück des zweiten Vorentwurfes ist jedoch eine Vorschrift, wonach das Umgehungsverbot gegenüber denjenigen Personen nicht durchgesetzt werden kann, „welche die Umgehung ausschließlich zum Zweck einer gesetzlich erlaubten Verwendung vornehmen“¹⁴². Umgehungsschutz und materielles Urheberrecht sind danach grundsätzlich deckungsgleich. Wer zur Ausübung einer urheberrechtlichen Schranke eine technische Schutzmaßnahme umgeht, wird nicht mehr bestraft, wie dies noch nach dem ersten Vorentwurf der Fall war, sondern verhält sich nun rechtmäßig. Diese Regelung ist mit Blick auf Art. 11 WCT und Art. 18 WPPT zu begrüßen.

Dieser Ansatz dürfte bei den Rechteinhabern jedoch auf Widerstand stoßen, doch werden sie kaum begründen können, weshalb der technische Schutz entgegen den Vorgaben der WIPO Abkommen über den urheberrechtlichen Schutz hinaus gesichert werden soll. Das Standardargument mit dem Mißbrauchspotential der digitalen Privatkopie¹⁴³ vermag schon deshalb nicht zu überzeugen, weil die befürchteten Mißbräuche entweder bereits nach geltendem Urheberrecht verboten sind oder bei Einführung des geplanten Umgehungsschutzes verboten wären. Wer also unter dem Vorwand, eine Privatkopie herstellen zu wollen, den technischen Schutz eines

Werkes umgeht und die vermeintliche Privatkopie dann ohne Zustimmung der Rechteinhaber zum freien Herunterladen ins Internet stellt, begeht nicht nur eine Urheberrechtsverletzung, sondern würde auch umgehungsrechtlich belangt werden können. Mit anderen Worten besteht immer dann, wenn sich das Mißbrauchspotential der Privatkopie aktualisiert, eine rechtliche Handhabe gegen die Verantwortlichen. Wer sich also lediglich am Mißbrauch der Privatkopie stört, dem kann geholfen werden, ohne daß dem Umgehungsschutz der Vorrang gegenüber den urheberrechtlichen Schranken eingeräumt werden müßte. Wer sich demgegenüber an der Privatkopie selbst stört, muß das materielle Urheberrecht ändern¹⁴⁴.

b) Koppelungsprinzip und Verwirkungstatbestand

Mit Blick auf die Sicherstellung der tatsächlichen Durchsetzbarkeit urheberrechtlicher Schranken ist die schweizerische Regelung insofern mit dem europäischen Ansatz vergleichbar, als der zweite Vorentwurf – wiederum im Unterschied zum ersten – die Anwender technischer Maßnahmen grundsätzlich dazu verpflichtet, auf Verlangen einer Person mit rechtmäßigem Zugang zum Schutzobjekt gesetzlich erlaubte Nutzungen zu ermöglichen¹⁴⁵. Darüber hinaus wird im Anschluß an die deutsche Regelung¹⁴⁶ eine Kennzeichnungspflicht statuiert¹⁴⁷. Als Sanktion für die Verletzung dieser Pflichten wird auf die Verwirkung des rechtlichen Schutzes technischer Maßnahmen gesetzt¹⁴⁸, doch ist nicht ganz klar, in welchem Verhältnis diese Verwirkung zum Koppelungsprinzip nach Art. 39 a Abs. 4 VE-URG II steht. Wenn das Umgehungsverbot im Bereich urheberrechtlicher Schranken schon nicht durchgesetzt werden soll, so müssen doch Schrankenbegünstigte technische Maßnahmen umgehen können, ohne die Verwirkung des Umgehungsschutzes infolge Pflichtverletzung seitens der Rechteinhaber abwarten zu müssen. Ansonsten müßte in Art. 39 a Abs. 4 VE-URG II klargestellt werden, daß das Umgehungsverbot nur dann nicht durchgesetzt wird, wenn eine Pflichtverletzung seitens der Rechteinhaber vorliegt. Eine solche Bestimmung wäre zwar möglich, wäre dem Ziel der Sicherstellung der tatsächlichen Durchsetzbarkeit urheberrechtlicher Schranken jedoch abträglich, denn es ist nicht einzusehen, weshalb Schrankenbegünstigte vor Ausübung einer urheberrechtlichen Schranke gezwungen werden sollen, bei den Rechteinhabern vorstellig zu wer-

138) Siehe Erläuterungen VE-URG II, 44 f.

139) Art. 19 Abs. 4 i. V. m. Art. 70 a VE-URG I.

140) Art. 39 a Abs. 1 VE-URG II.

141) Art. 39 a Abs. 2 VE-URG II. Demgegenüber schützt Art. 6 Abs. 3 Info-RL auch Maßnahmen, die Handlungen verhindern, die lediglich vom Rechteinhaber „nicht genehmigt“ worden sind, und erfaßt folglich auch Handlungen, die auch ohne Genehmigung des Rechteinhabers erlaubt sind.

142) Art. 39 a Abs. 4 VE-URG II.

143) Vgl. Hoeren (Fn. 73), 519; Trayer, Technische Schutzmaßnahmen und elektronische Rechtswahrnehmungssysteme, 2003, 207 f.

144) Dies gilt auch dann, wenn man mit Peukert (Fn. 109), 1053, den Vorrang technischer Maßnahmen für gerechtfertigt hält, wenn der Gesetzgeber in der Schranke zum Privatgebrauch lediglich eine „Ausprägung des Marktversagens“ sieht. Teilt man diese Meinung, dann müßte die Schranke zum Privatgebrauch entsprechend angepaßt werden; die Rechtmäßigkeit der digitalen Privatkopie kopiergeschützter Werke bei gleichzeitigem Verbot der Umgehung des Kopierschutzes läßt sich damit nicht begründen.

145) Art. 39 b Abs. 1 lit. b VE-URG II.

146) § 95 d UrhG.

147) Art. 39 b Abs. 1 lit. a VE-URG II.

148) Art. 39 b Abs. 3 VE-URG II: „Wer bei der Anwendung technischer Maßnahmen die ihm nach Absatz 1 obliegenden Pflichten verletzt, hat keinen Anspruch auf den Schutz nach Artikel 39 a“.

den, obwohl letztere unter keinem Titel dazu berechtigt sind, die Ausübung der Schranke zu verhindern. In der gegenwärtigen Fassung scheint der Verwirklichungsbestand jedenfalls nur für die Verletzung der Kennzeichnungspflicht von praktischer Relevanz zu sein, nicht aber auch für die Verletzung der Pflicht zur Ermöglichung der Durchsetzung urheberrechtlicher Schranken, denn im Bereich der urheberrechtlichen Schranken gibt es nichts zu verwirken, weil die Schranken dem Umgehungsschutz ohnehin vorgehen. Trifft diese Analyse zu, so ist Art. 39 b VE-URG II im Bereich der Schrankenausübung nur – aber immerhin – dann relevant, wenn ein Schrankenbegünstigter nicht in der Lage ist, die technischen Maßnahmen selbst zu umgehen. Für diesen Fall werden die Rechtsinhaber verpflichtet, die Umgehung zu ermöglichen, und den Schrankenbegünstigten wird ein entsprechendes Klagerecht eingeräumt¹⁴⁹.

c) Sonderregelung für im Handel erhältliche Werkexemplare?

Für bestimmte Werke soll eine umgehungsrechtliche Sonderregel geschaffen werden. So wird eine Ausnahme von der Pflicht zur Ermöglichung der Schrankendurchsetzung vorgesehen, und zwar für die „vollständige oder weitgehend vollständige Vervielfältigung im Handel erhältlicher Werkexemplare“¹⁵⁰. In diesem Fall sollen die Rechtsinhaber nicht dazu gezwungen werden können, die Durchsetzung urheberrechtlicher Schranken zu ermöglichen. Die entscheidende Frage ist dann, ob mit dieser Regelung zugleich die Rechtmäßigkeit der Umgehung technischer Maßnahmen zur Ausübung urheberrechtlicher Schranken mit Bezug auf im Handel erhältliche Werke ausgeschlossen werden soll, oder ob es lediglich darum geht, die Klagemöglichkeit auszuschließen und den Schrankenbegünstigten damit staatliche Hilfe zu verweigern, wenn diese die technischen Maßnahmen nicht selbst umgehen können. Die Erläuterungen wollen der ersten Variante den Vorzug geben¹⁵¹, doch wäre dies eine Durchbrechung des Koppelungsprinzips und damit eine Verletzung von Art. 11 WCT und Art. 18 WPPT. Um völkerrechtskonform zu sein, muß entweder die zweite Variante gewählt werden, oder die Schranke zum Eigengebrauch¹⁵² ist entsprechend zu modifizieren. Wenn man letzteres nicht will – etwa weil man befürchtet, damit die Leermedienabgabe nach Art. 20 Abs. 3 URG in Frage zu stellen –, dann muß im entsprechenden Umfange auch die Umgehung technischer Maßnahmen zulässig sein. Auch die Schweiz sollte davon absehen, aus Anlaß der Umsetzung der WIPO Abkommen im Namen der Pirateriebekämpfung den urheberrechtlichen Interessenausgleich durch die Einführung einer umgehungsrechtlichen Ausnahmebestimmung zu ändern, ohne daß die Änderung des Interessenausgleichs als solche thematisiert und entsprechend begründet wird.

2. Zum Schutz von Vorbereitungshandlungen

Die praktisch wichtigste Bestimmung des zweiten Vorentwurfes ist Art. 39 a Abs. 3 VE-URG II, der den Umgehungsschutz auf Vorbereitungshandlungen erstreckt und dabei die europäische Regelung in Art. 6 Abs. 2 Info-RL beinahe wörtlich übernimmt. Obwohl der zweite Vorentwurf grundsätzlich auf dem Koppelungsprinzip basiert, scheinen die urheberrechtlichen Schranken nicht auf das Verbot von Vorbereitungshandlungen durchzuschlagen. Der Wortlaut von Art. 39 a Abs. 4 VE-URG II stellt auf die Vornahme einer Umgehungshandlung ab. Sollte es zutreffen, daß sich die Anwendbarkeit dieser Bestimmung

auf das Umgehungsverbot von Art. 39 a Abs. 1 VE-URG II beschränkt, so würde sich die schweizerische Lösung nicht von den bereits besprochenen Regelungen der USA, der EU und Deutschlands unterscheiden. Immerhin hat die Schweiz noch die Möglichkeit, ihren Kurs zu ändern. Aus den bereits ausgeführten rechtsdogmatischen und rechtspolitischen Gründen besteht kein Anlaß für ein separates Verbot von Vorbereitungshandlungen¹⁵³. Es ist dem schweizerischen Gesetzgeber daher zu raten, Art. 39 a Abs. 3 VE-URG II ersatzlos zu streichen und in der Botschaft auf die allgemeine Teilnehmerhaftung¹⁵⁴ hinzuweisen. Dadurch könnte eine völkerrechtskonforme Lösung geschaffen werden, die im Vergleich zur Regelung in der EU die Position der Rechtsinhaber materiell kaum schwächt, die aber den Vorteil hätte, die weitere Entwicklung im Bereich der Kopiertechnologie nicht unnötig zu behindern.

VI. Schlußbemerkung

Im Ergebnis kann festgehalten werden, daß es aufgrund von Art. 11 WCT und Art. 18 WPPT ein völkerrechtliches Gebot ist, bei der Einführung eines rechtlichen Schutzes technischer Maßnahmen den urheberrechtlichen Schranken den Vorrang einzuräumen, soweit materiell an diesen Schranken festgehalten wird. Die vielleicht wichtigste Erkenntnis der vorliegenden Untersuchung liegt aber darin, daß eine Änderung des urheberrechtlichen Interessenausgleichs über eine Änderung des materiellen Urheberrechts laufen muß und nicht unter dem Vorwand der Pirateriebekämpfung durch die Einführung eines rechtlichen Schutzes technischer Maßnahmen herbeigeführt werden sollte. Will man ein neues Leistungsschutzrecht schaffen, so sollte dies auch unter diesem Titel thematisiert und diskutiert werden. Dies mag auf den ersten Blick trivial anmuten, doch hat sich gezeigt, daß sich die USA und die EU der fortschreitenden Instrumentalisierung des internationalen Urheberrechts durch einen Teil der Urheberrechtsindustrie nicht haben entziehen können und sich daher nicht an diese Vorgaben gehalten haben. Demgegenüber besteht für die Schweiz nach wie vor die Chance einer völkerrechtskonformen Lösung. Lediglich im Bereich des Verbots von Vorbereitungshandlungen und der Ausnahmebestimmung für die Vervielfältigung von im Handel erhältlichen Werkexemplaren muß nachgebessert werden. Im Hinblick auf die Tatsache, daß bis heute eine wissenschaftlich schlüssige Begründung für die Notwendigkeit des rechtlichen Schutzes technischer Maßnahmen fehlt¹⁵⁵ und daß die Forderung nach Umgehungsverboten in aller Regel auf abstrakten Spekulationen derjenigen Parteien gründet, die sich von technischen Maßnahmen einen Vorteil für ihr Geschäft erhoffen, täte die Schweiz gut daran, ihre Politik der Zurückhaltung fortzuführen und sich strikte an die Vorgaben der WIPO Abkommen zu halten. Sollte sich später herausstellen, daß eine völkerrechtskonforme Lösung nicht reicht, könnte der rechtliche Schutz technischer Maßnahmen immer noch ausgebaut werden.

149) Art. 62 Abs. 3 VE-URG II.

150) Art. 39 b Abs. 2 VE-URG II.

151) Siehe Erläuterungen VE-URG II, 25.

152) Art. 19 Abs. 3 URG müßte sich auch auf den Privatgebrauch im Sinne von Art. 19 Abs. 1 lit. a URG beziehen.

153) Selbst in Deutschland war eine separate Norm für Vorbereitungshandlungen nur deshalb vonnöten, weil das deutsche Recht nicht auf dem Koppelungsprinzip beruht; vgl. auch Spindler (Fn. 3), 117.

154) Konkret geht es um Art. 39 a Abs. 1 VE-URG II i. V. m. Art. 50 OR sowie Art. 41 OR bzw. Art. 423 OR.

155) Siehe auch Vinje (Fn. 35), 439; Auer (Fn. 68), 19.