



ABSCHLUSSARBEIT IM RAHMEN DES ERGÄNZUNGSSTUDIENGANGS
RECHTSINFORMATIK AN DER UNIVERSITÄT HANNOVER,
WS 2002/2003, SS 2003

DIE URHEBERRECHTLICHE PRIVATKOPIERFREIHEIT MIT BLICK AUF DIE DIGITALEN MEDIEN

UNTER BESONDERER BEACHTUNG DER RICHTLINIE ZUR HARMONISIERUNG BE-
STIMMTER ASPEKTE DES URHEBERRECHTS UND DER VERWANDTEN RECHTE IN DER
INFORMATIONSGESELLSCHAFT
UND IHRER UMSETZUNG INS DEUTSCHE RECHT

**VORGELEGT VON CHRISTINA SONTHEIM
(EULISP VII)**

UNTER BETREUUNG VON PROFESSOR DR. ANDREAS WIEBE , LL.M

ABGABEDATUM: 11.07.2003

GLIEDERUNG

Einleitung und Gang der Untersuchung 1

I: Die urheberrechtliche Privatkopierfreiheit 3

A. Die Privatkopie im deutschen Urheberrechtsgesetz 4

1. Ausschließlichkeitsrecht aus § 15 UrhG 4
2. Vervielfältigungsrecht und –begriff aus § 16 UrhG 5
3. Rechtsgeschichtliche Entwicklung 5
4. Die Schranke des § 53 I Satz 1 UrhG: Die Privatkopierfreiheit 6
 - a) Zum Begriff der „einzelnen Vervielfältigungsstücke“ 8
 - b) Voraussetzung der rechtmäßigen Vervielfältigung 9
 - c) Herstellung des Vervielfältigungsstücks durch einen anderen 12
5. Vergütungspflicht, §§ 54 ff UrhG 12
6. Ausnahmen von der Privatkopierfreiheit 13
7. Rechtsfolgen bei Zuwiderhandlungen 14

B. Privatkopierfreiheit auch für digitale Medien? 15

1. Intendierter Normzweck 16
2. Besonderheiten des elektronischen Vervielfältigens 17
3. Anwendbarkeit des § 16 UrhG 18
4. Urheberrechtliche Bewertung der Handlungen rund um das Internet 19
 - a) Technisch bedingte Zwischenspeicherungen 20
 - b) Browsen/Speicherung im Arbeitsspeicher 21
 - c) Reine Anzeige auf dem Bildschirm 22
5. Privilegierung auch digitaler Kopien nach § 53 I Satz 1 UrhG? 23
6. Reformvorschläge 25
 - a) Kreation neuer Verwertungsrechte 25
 - b) Digitale Privatkopie vom Anwendungsbereich des § 53 UrhG ausnehmen 26
 - c) Digitale Kopie privilegieren, Ausgleichsregelungen anpassen 28
 - d) Generelle Neuordnung der Schranken 29

C. Vergleich mit angelsächsischem Bereich 30

D. Fazit aus Teil I 32

**II: Die Richtlinie zur Harmonisierung bestimmter Aspekte des
Urheberrechts und der verwandten Rechte in der
Informationsgesellschaft** _____ **34**

A. Einfluss anderer Regelwerke auf die Informationsrichtlinie	36
1. Die (revidierte) Berner Übereinkunft	36
2. Die WIPO-Verträge	36
3. TRIPS	37
4. Bereits erlassene Richtlinien	37
5. Digital Millennium Copyright Act (DMCA)	38
B. Vervielfältigungsrecht, Art. 2	38
C. Ausnahmen vom Vervielfältigungsrecht, Art. 5	39
1. Vorübergehende Vervielfältigungshandlungen, Art. 5 I	40
2. Privatkopie, Art. 5 II lit. b	40
3. Vorbehalt der Ausgleichsregelung	42
4. Einschränkung über den „Drei-Stufen-Test“, Art. 5 V	44
D. Antipirateriemaßnahmen, Art. 6	45
1. Schutzbereich, Art. 6 I und II	46
2. Definition der „technischen Maßnahmen“, Art. 6 III	47
a) „Wirksamkeit“ einer technischen Maßnahme	48
b) Funktionsweise „im normalen Betrieb“	49
E. Verhältnis von Privatkopierfreiheit und Schutz technischer Maßnahmen	49
1. Freiwillige Maßnahmen der Rechtsinhaber, Art. 6 IV	50
a) Grundsätzlicher Vorrang vertraglicher Vereinbarungen	51
b) Individualvereinbarungen, Einschränkungen für interaktive Dienste	51
2. Voraussetzungen für einen staatlichen Eingriff	54
3. Kein Selbsthilferecht („erlaubte Umgehung“)	56
4. Notwendigkeit eines erweiterten Schutzes durch Kriminalisierung von Handlungen im Vorfeld?	57
a) Drittes Schutzlevel	57
b) Vor- und Nachteile technischer Schutzmaßnahmen	60
5. Wie kann die notwendige Balance im digitalen Kontext doch noch aufrechterhalten werden?	62
a) Verbandsklage	63
b) Bußgeld	63
6. Ergebnis zu E	64
F. Sanktionen	65

G. Ergebnis zu Teil II: Zusammenfassung und Bewertung der wichtigsten Veränderungen	66
--	-----------

III: Implementierung der Richtlinie: Der deutsche Regierungsentwurf _____ **67**

A. Die wichtigsten Neuregelungen im Einzelnen	69
1. Ausnahmen vom Vervielfältigungsrecht für ephemere Vervielfältigungen, § 44a UrhGE	69
2. Eingeschränkte Privatkopierfreiheit, § 53 UrhGE	69
a) Unveränderter Begriff der einzelnen Vervielfältigungsstücke	69
b) Keine Differenzierung nach analoger oder digitaler Kopie	70
c) Vereinbarkeit von § 53 UrhGE mit dem Drei-Stufen-Test	71
d) Herstellung durch Dritte	74
e) Erfordernis einer legalen Quelle	75
3. Schutz technischer Maßnahmen, § 95a UrhGE	77
a) Schutzgegenstand, subjektive Kenntnis der unerlaubten Umgehung (Absatz I)	78
b) Wirksamkeit technischer Maßnahmen (Absatz II)	78
4. Durchsetzbarkeit der Schrankenbestimmungen, § 95b UrhGE	80
a) Begünstigte (Absatz I)	80
b) Anspruchslösung (Absatz II)	81
c) Online-Ausnahme (Absatz III)	82
d) Schutz der zur Verfügung gestellten Mittel (Absatz IV)	83
5. Änderung des Urheberrechtswahrnehmungsgesetzes	83
6. Sanktionenregelungen	84
a) Unerlaubte Eingriffe in technische Schutzmassnahmen, § 108b I UrhGE	84
b) Bußgeldvorschriften, § 111a UrhGE	84
B. Ergebnis zu Teil III: Bewertung der Umsetzung	85

IV: Gibt es ein „Recht“ auf Privatkopierfreiheit? _____ **86**

A. Pro Anspruch	88
1. Spannungsfeld von Art. 5 GG und Art. 14 GG	89
2. Keine Vereinbarkeit mit Verfassungsrecht	92
B. Contra Anspruch	93
C. Ergebnis	93

V: Alternative Ansätze **93**

A. Umstellung auf ein Reputationssystem **94**

B. „Copy-Duty“ für alle Rechtsinhaber **94**

C. Unrechtsbewusstsein der Nutzer wecken **95**

D. Umdenken der Verwerterindustrie **95**

VI: Endergebnis **97**

LITERATURVERZEICHNIS

Aufgeführte Hyperlinks zuletzt besucht am: 10.07.2002

- Bainbridge, David:** *Introduction to Computer Law*,
4. Auflage 2000
Zitiert: Bainbridge, Computer Law, Seite
- Bayreuther, Frank:** *Beschränkungen des Urheberrechts nach der neuen EU-Urheberrechtsrichtlinie*,
ZUM 2001, Seite 828 ff
- Blume, Peter:** *Copyright and Privacy – Some fundamental reflections on the relationship between two areas of law and the quest to balance them in cyberspace*,
CRi 2003, Seite 73 ff
- Boehme-Neßler, Volker:** *CyberLaw: Lehrbuch zum Internet-Recht*,
1. Auflage 2001; München; Berlin
Zitiert: Boehme-Neßler, CyberLaw, Seite
- Bundesministerium der Justiz:** *Referentenentwurf für ein Gesetz zur Regelung des Urheberrechts in der Informationsgesellschaft*,
Stand 18. März 2002
Zitiert: BMJ – Referentenentwurf, Seite
- Cichon, Caroline:** *Musikpiraterie im Internet*,
K&R 1999, Seite 547 ff
- Clark, Charles:** *The copyright environment for the publisher in the digital world*,
Unter: <http://users.ox.ac.uk/~icsuinfo/clark.htm>
- Davies, Gilian:** *Copyright in the Information Society – Technical Devices to Control Private Copying*
In: Urheberrecht Gestern-Heute-Morgen,
Festschrift für Adolf Dietz zum 65. Geburtstag;
Herausgeber: Peter Ganea, Christopher Heath, Gerhard Schri-
cker; München 2001
Seite 307 ff
Zitiert: Davies, Festschrift für Dietz, Seite

- Urheberrecht in der Informationsgesellschaft: Technische Maßnahmen zur Kontrolle privater Vervielfältigungen,*
GRUR Int. 2001, Seite 915 ff
- Diemar, Undine von:** *Kein Recht auf Privatkopien – Zur Rechtsnatur der gesetzlichen Lizenz zu Gunsten der Privatvervielfältigung,*
GRUR 2002, Seite 587 ff
- Dreier, Thomas:** *Die Umsetzung der Urheberrechtsrichtlinie 2001/29/EG in deutsches Recht,*
ZUM 2002, Seite 28 ff
- Copyright Law and Digital Exploitation of Works - The current copyright landscape in the age of internet and multimedia*
Unter: <http://www.ip.mpg.de/Online-Publikationen/dreier-Digital-Exploitation.html>
- Dusollier, Séverine/
Poullet, Yves/
Buydens, Mireille:** *Copyright and access to information in the digital environment,*
A study prepared for the third UNESCO Congress on Ethical, Legal and Societal Challenges of Cyberspace, Infoethics 2000, Paris 17.07.2000
Zitiert: Dusollier/ Poullet/ Buydens, Infoethics 2000, Seite
- Dusollier, Séverine:** *Electrifying the fence: The legal protection of technological measures for protecting copyright,*
E.I.P.R. 1999, Issue 6, Sweet and Maxwell limited (and contributors), Seite 285 ff
Zitiert: Dusollier, EIPR 1999, Seite
- Enders, Theodor:** *Beratung im Urheber- und Medienrecht,*
1. Auflage 1999; Bonn
Zitiert: Enders, Beratung im Urheber- und Medienrecht, Rn.
- Ensthaler, Jürgen:** *Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht,*
1. Auflage 1998; Berlin; Heidelberg
Zitiert: Ensthaler, Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht, Abschnitt, Seite
- Financial Times Deutschland:** Meldung vom 20.01.2003 „Musikindustrie verschärft Kampf gegen Piraterie“
Unter: <http://www.ftd.de/tm/me/1042714410816.html?nv=rs>
- Flehsig, Norbert:** *Grundlagen des Europäischen Urheberrechts – Die Richtlinie zur Harmonisierung des Urheberrechtsschutzes in Europa und*

- die Anforderungen an ihre Umsetzung in deutsches Recht,
ZUM 2002, Seite 1 ff*
- Förderverein für eine Freie
Informationelle Infrastruktur
(FFII):** *Das Digitale Dilemma, Digitale Rationierung (DRM) und die
Umsetzung der EU-Kopierschutzrichtlinie,
Unter: <http://www.ffii.org/proj/kopie/index.de.html>*
- Fromm, Friedrich Karl/
Nordemann, Wilhelm:** *Kommentar zum Urheberrechtsgesetz und zum Urheberrechts-
wahrnehmungsgesetz,
9. überarbeitete und ergänzte Auflage 1998; Stuttgart; Berlin;
Köln
Zitiert: Fromm/Nordemann, § Rn.*
- Gehring, Robert A.:** *Der „Berliner Ansatz“ zur Privatkopie – Diskussionsvorschlag
zum Referentenentwurf für ein Gesetz zur Regelung des Urheber-
rechts in der Informationsgesellschaft vom 18. März 2002,
Berlin, 26.04.2002

Unter: [http://ig.cs.tu-berlin.de/ap/rg/2002-04/Gehring2002-
BerlinerAnsatz-Privatkopie.pdf](http://ig.cs.tu-berlin.de/ap/rg/2002-04/Gehring2002-
BerlinerAnsatz-Privatkopie.pdf)
Zitiert: Gehring, Berliner Ansatz, Seite*
- Goldmann, Bettina/
Liepe, Andreas:** *Vertrieb von kopiergeschützten Audio-CDs in Deutschland,
ZUM 2002, Seite 362 ff*
- Götting, Hans-Peter:** *Multimedia, Internet und Urheberrecht,
1.Auflage 1998; Dresden; München;
Zitiert: Götting/Bearbeiter, Multimedia, Seite*
- Gottschalk, Eckhart:** *Das Ende von „fair use“? – Technische Schutzmassnahmen im
Urheberrecht der USA,
MMR 2003, Seite 148 ff*
- Grassmuck, Volker:** *Das Urheberrecht vom Kopf auf die Füße stellen,
Hearing zur Umsetzung der EU-Urheberrechtsrichtlinie
für Telepolis am 12.01.2002
Unter:
<http://www.heise.de/tp/deutsch/special/copy/11547/1.html>*
- Günnewig, Dirk/
Hauser, Tobias/
Himmelein, Gerald:** *Digitale Rechte am Scheideweg,
c't 17/2002, S. 18 ff
Unter: <http://www.heise.de/ct/02/17/018/>.*

- Haberstumpf, Helmut:** *Handbuch des Urheberrechts*,
2. Auflage 2000; Neuwied
Zitiert: Haberstumpf, Handbuch des Urheberrechts, Rn.
- Haedicke, Maximilian:** *Urheberrecht und Internet im Überblick*,
JURA 2000, Seite 449 ff
- Hansen, Sven:** *Un-CDs, nein danke!*,
c't 9/2003, S. 112 ff
Unter: <http://www.heise.de/ct/03/09/112/>
- Heise-Meldungen:** Heise-Meldung vom 28.08.2001 „*Justizministerium hält am Recht auf die Privatkopie fest*“
Unter: <http://www.heise.de/newsticker/data/jk-28.08.01-00>
- Heise-Meldung vom 16.10.2001 „*Verhandlungen über Urheberrechtsabgaben auf PCs festgefahren*“
Unter: <http://www.heise.de/newsticker/data/hod-15.10.01-001/>
- Heise-Meldung vom 11.12.2001 „*IT-Branche verschärft Lobbying für Kopierschutzsysteme*“
Unter: <http://www.heise.de/newsticker/data/jk-11.12.01-001/>
- Heise-Meldung vom 21.03.2002 „*Musikwirtschaft: Piraten verderben das Geschäft*“
Unter: <http://www.heise.de/newsticker/data/anw-21.03.02-006/>
- Heise-Meldung vom 26.03.2002 „*User Rights Management fürs digitale Kopieren gefordert*“,
Unter: <http://www.heise.de/newsticker/data/jk-26.03.02-007/>
- Heise-Meldung vom 06.11.2002 „*Regierung will vorerst an Pauschalvergütung bei Privatkopien festhalten*“
Unter: <http://www.heise.de/newsticker/data/jk-06.11.02-005/>
- Heise-Meldung vom 04.02.2003 „*IT-Branchenverband wettet gegen Urheber-Pauschale für PCs*“
Unter: <http://www.heise.de/newsticker/data/jk-04.02.03-008/>
- Heise-Meldung vom 04.04.2003 „*Musikindustrie klagt über existenzielle Gefährdung durch Kopien*“
Unter: <http://www.heise.de/newsticker/data/jk-04.04.03-002/>

Heise-Meldung vom 06.05.2003 „Ist das neue Urheberrecht verfassungswidrig“

Unter: <http://www.heise.de/newsticker/data/nij-06.05.03-000/>

Heise-Meldung vom 23.05.2003 „Bundesrat ruft Vermittlungsausschuss zum Urheberrecht an“

Unter: <http://www.heise.de/newsticker/data/anw-23.05.03-001/>

Heise-Meldung vom 24.06.2003 „WWDC: Apples Geschäft mit Musik brummt“

Unter:

<http://www.heise.de/newsticker/result.xhtml?url=/newsticker/data/ola-24.06.03-000/default.shtml&words=iTunes>

Heise-Meldung vom 03.07.2003 „Neues Urheberrecht in trockenen Tüchern“

Unter: <http://www.heise.de/newsticker/data/jk-03.07.03-001/>

**Hoeren, Thomas/
Sieber, Ulrich:**

Handbuch Multimedia – Recht,

Loseblatt-Ausgabe 2001; München

Stand: 4. Ergänzungslieferung, November 2002

Zitiert: Hoeren/Sieber/Bearbeiter, Kapitel, Rn.

Hoeren, Thomas:

Grundzüge des Internetrechts,

2. Auflage 2002; München

Zitiert: Hoeren, Grundzüge des Internetrechts, Seite

Urheberrecht und Verbraucherschutz.

*Überlegungen zum Gesetz über Urheberrecht
in der Informationsgesellschaft,*

Gutachten im Auftrag von Verbraucherzentrale Bundesverband e.V. in Berlin,

Unter: <http://www.vzbv.de/mediapics/>

[1043159929Gutachten Urheberrecht Hoeren 2003.pdf](http://www.vzbv.de/mediapics/1043159929Gutachten_Urheberrecht_Hoeren_2003.pdf)

Zitiert: Hoeren, Urheberrecht und Verbraucherschutz, Seite

Hölzer, Alexandra:

Vom Copyright zum Urheberrecht,

Unter: <http://www.politik->

[digital.de/netzpolitik/netzrecht/urh2.shtml](http://www.politik-digital.de/netzpolitik/netzrecht/urh2.shtml)

- Koch, Frank A.:** *Internet-Recht: Praxishandbuch*,
1. Auflage 1998; München
Zitiert: Koch, Internet-Recht, Teil, Seite
- Kreutzer, Till:** *Stellungnahme des IfrOSS zu einer möglichen Neuregelung der Schrankenvorschrift § 53 UrhG und damit zusammenhängender Normen im Zuge der Neuordnung des deutschen UrhG bei der Einarbeitung der Richtlinie 2001/29/EG*,
vom 08.11.2001
Unter: http://www.ifross.de/ifross_html/art13.pdf
- Kröger, Detlef:** *Die Urheberrechtsrichtlinie für die Informationsgesellschaft – Bestandsaufnahme und kritische Bewertung*,
CR 2001, Seite 316 ff
- Enge Auslegung von Schrankenbestimmungen – wie lange noch? Zugang zu Informationen in digitalen Netzwerken*,
MMR 2002, Seite 18 ff
- Kurz, Raymond A.:** *Internet and the law – Legal fundamentals for the internet user*,
1. Auflage 1996; Rockville, Maryland
Zitiert: Kurz, Internet and the law, Seite
- Laga, Gerhard:** *Rechtsprobleme im Internet*,
1. Auflage 1998; Wien
Zitiert: Laga, Rechtsprobleme im Internet, Seite
- Lehmann, Michael:** *Digitalisierung und Urheberrecht*,
in *Internet- und Multimediarecht (Cyberlaw)*,
1. Auflage 1997; Stuttgart
Zitiert: Lehmann, Cyberlaw, Seite
- Lehr, Dirk/
Göckmann, Rolf:** *Leitfaden zum Gewerblichen Rechtsschutz, Urheberrecht und Multimedia*,
1. Auflage 1999; Neuwied
Zitiert: Lehr/Göckmann, Seite
- Lessig, Lawrence:** *Code and other laws of cyberspace*,
New York (Basic Books) 1999
Zitiert: Lessig, Code, Seite

- Leupold, Andreas/
Demisch, Dominik:** *Bereithalten von Musikwerken zum Abruf in digitalen Netzen,*
ZUM 2000, Seite 379 ff
- Linnenborn, Oliver:** *Update: Europäisches Urheberrecht in der Informationsgesellschaft,*
K&R 2001, Seite 349 ff
- Loewenheim, Ulrich:** *Konturen eines europäischen Urheberrechts,*
In: Festschrift für Alfons Kraft zum 70. Geburtstag;
Herausgeber: Günther Hönn, Horst Konzen, Peter Kreutz;
Neuwied 1998
Seite 359 ff
Zitiert: Loewenheim, Festschrift für Kraft, Seite
- Vervielfältigungen zum eigenen Gebrauch von Urheberrechtswidrig hergestellten Werkstücken,*
In: Urheberrecht Gestern-Heute-Morgen,
Festschrift für Adolf Dietz zum 65. Geburtstag;
Herausgeber: Peter Ganea, Christopher Heath, Gerhard Schri-
cker; München 2001
Seite 415 ff
Zitiert: Loewenheim, Festschrift für Dietz, Seite
- Mestmäcker, Ernst-Joachim/
Schulze, Erich:** *Kommentar zum deutschen Urheberrecht,*
Band 1
Herausgeber:
Ernst-Joachim Mestmäcker
Erich Schulze
Marcel Schulze
Stephen Stewart
Michel M. Walter
- Stand: Dezember 2002, München
Zitiert: Mestmäcker/Schulze, Urheberrechtskommentar Band, §
Seite
- Metzger, Axel/
Kreutzer, Till:** *Richtlinie zum Urheberrecht in der „Informationsgesellschaft“
– Privatkopie trotz technischer Schutzmassnahmen?,*
MMR 2002, Seite 139 ff
- IfrOSS, Stellungnahme zur Umsetzung von Art. 6 IV Unterabs.
4 der Richtlinie 2001/29/EG vom 23.11.2001,*
Unter: http://www.ifross.de/ifross_html/art14.pdf

- Metzger, Axel:** *Der Euro-DMCA kommt!*,
Unter: http://www.ifross.de/ifross_html/art.17.htm
- Mönkemöller, Lutz:** *Moderne Freibeuter unter uns? – Internet, MP3 und CD-R als Gau für die Musikbranche*,
GRUR 2000, Seite 663 ff
- Poll, Günter:** *Urheberrechtliche Vergütungspflicht für Scanner*,
Anmerkung zum BGH Urteil vom 05.07.2001 – I ZR 335/98,
CR 2002, Seite 176 ff
- Püschel, Heinz:** *Urheberrecht: Eine Einführung in das Urheberrecht mit dem TRIPS-Abkommen über handelsbezogene Aspekte der Rechte des geistigen Eigentums*,
1. Auflage 1997; Freiburg i. Br.
Zitiert: Püschel, Urheberrecht, Abschnitt, Seite
- Rehbinder, Manfred:** *Urheberrecht*,
12. Auflage; München 2002
Zitiert: Rehbinder, Urheberrecht, Rn.
- Reinbothe, Jörg:** *Die Umsetzung der EU-Urheberrechtsrichtlinie in deutsches Recht*,
ZUM 2002, Seite 43 ff
- Rom, Katharina:** *Die Leistungsschutzrechte im Regierungsentwurf für ein Gesetz zur Regelung des Urheberrechts in der Informationsgesellschaft -*
Diskussionsbericht der gleich lautenden Arbeitssitzung des Instituts für Urheber- und Medienrecht am 29.11.2002 in München,
ZUM 2003, Seite 128 ff
- Rosenoer, Jonathan:** *Cyberlaw – The law of the internet*,
1. Auflage 1996; N.Y.; Berlin; Heidelberg;
Zitiert: Rosenoer, Cyberlaw, Seite
- Schack, Haimo:** *Urheber- und Urhebervertragsrecht*,
2., neubearbeitete Auflage; Tübingen 2001,
Zitiert: Schack, Urheber- und Urhebervertragsrecht, Rn.

Schutz digitaler Werke vor privater Vervielfältigung – zu den Auswirkungen der Digitalisierung auf § 53 UrhG,
ZUM 2002, Seite 497 ff

Schippan, Martin:

Harmonisierung oder Wahrung der nationalen Kulturhoheit? – Die wundersame Vermehrung der Schrankenbestimmungen in Art. 5 der „Multimedia-Richtlinie“,
ZUM 2001, Seite 116 ff

Schmid, Katja:

Weggesperrt in Krypto-Flaschen,
telepolis-Artikel vom 24.01.2003

Unter:

<http://www.heise.de/tp/deutsch/special/copy/14035/1.html>

Schricker, Gerhard:

Urheberrecht (Kommentar),
2., neubearbeitete Auflage; München 1999

Zitiert: Schricker/Bearbeiter, Urheberrecht, § Rn.

Urheberrecht auf dem Weg zur Informationsgesellschaft,
Von Thomas Dreier, Paul Katzenberger, Silke v. Lewinski,
Gerhard Schricker;

Gutachten des Max-Planck-Institut im Auftrag des Bundesjustizministeriums,

1. Auflage; Baden-Baden 1997

Zitiert: Schricker, Urheberrecht auf dem Weg zur Informationsgesellschaft, Seite

Schwerdtfeger, Armin:

Cyberlaw: Grundlagen, Checklisten und Fallbeispiele zum Online-Recht,

1. Auflage 1999; Wiesbaden

Zitiert: Schwerdtfeger/Bearbeiter, Cyberlaw, Seite

Sietmann, Richard:

Wissen ist Geld – Urheberschutz, 'Geistiges Eigentum' und die Rechteverwerter,

c` t 24/2002, Seite 108, sowie unter

<http://www.heise.de/ct/02/24/108/>

Spindler, Gerald:

Europäisches Urheberrecht in der Informationsgesellschaft,
GRUR 2002, Seite 105 ff

- Spitzenorganisation der Filmwirtschaft e.V.:** *Stellungnahme der Filmwirtschaft zu dem Regierungsentwurf Urheberrecht in der Informationsgesellschaft vom 31. Juli 2002,*
vom 28.08.2002
- Unter: http://www.urheberrecht.org/topic/Info-RiLi/st/st_film_regentw_28_08_02.pdf
- Spoor, Jaap:** *The copyright approach to copying on the Internet: (Over)Stretching the reproduction right?,*
In: The future of copyright in a digital environment;
Herausgeber: P. Bernt Hugenholtz;
1. Auflage 1996; The Hague; London; Boston
Zitiert: Spoor, The future of copyright, Seite
- Stadler, Felix:** *The excess of control - The Future of Ideas by Lawrence Lessig,*
Unter: <http://www.heise.de/tp/english/inhalt/buch/11504/1.html>
- Thomaschki, Kathrin:** *Europäisches Urheberrecht in der Informationsgesellschaft,*
DuD 1998, Seite 265 ff
- Weinknecht, Jürgen/
Bellinghausen, Iris:** *Multimedia-Recht für Autoren, Produzenten und Nutzer,*
1. Auflage 1997; Heidelberg
Zitiert: Weinknecht/Bellinghausen, Multimedia-Recht, Seite
- Wenzel, Karl Egbert/
Burkhardt, Emanuel H. :** *Urheberrecht für die Praxis,*
4., vollst. überarb. und erw. Aufl. 1999; Stuttgart
Zitiert: Wenzel/Burkhardt, Urheberrecht für die Praxis, Rn.
- Winghardt, Stefan:** *Kopiervergütung für den PC,*
ZUM 2002, Seite 349 ff
- Wittmann, Heinz:** *Die EU-Urheberrechtsrichtlinie – ein Überblick,*
MR 2001, Seite 143 ff.
- Zecher, Jan:** *Die Umsetzung der EU-Urheberrechtsrichtlinie in deutsches Recht,*
ZUM 2002, Seite 52 ff
- Die Umsetzung der EU-Urheberrechtsrichtlinie in deutsches Recht II,*
ZUM 2002, Seite 451 ff

ABKÜRZUNGSVERZEICHNIS

a.A.....	andere Auffassung
Art.....	Artikel
BGB.....	Bürgerliches Gesetzbuch
BGH.....	Bundesgerichtshof
BMJ.....	Bundesministerium der Justiz
BR-Drucks.....	Bundesratsdrucksache
BT-Drucks.....	Bundestagsdrucksache
CSS.....	Content Scramble System
CR.....	Zeitschrift Computer und Recht
CRI.....	Zeitschrift Computer und Recht, Internationaler Teil
DMCA.....	Digital Millennium Copyright Act
DRMS.....	Digital Rights Management Systeme
DuD.....	Zeitschrift Datenschutz und Datensicherheit
EG.....	Europäische Gemeinschaft
e.V.....	eingetragener Verein
EWG.....	Europäische Wirtschafts Gemeinschaft
ff.....	fortfolgende
Fn.....	Fussnote
GG.....	Grundgesetz der Bundesrepublik Deutschland
GRUR.....	Zeitschrift Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht
GRUR Int.....	Zeitschrift Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht, Internationaler Teil
GWB.....	Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen
Hs.....	Halbsatz
i.S.d.....	im Sinne des
i.V.m.....	in Verbindung mit
JURA.....	Zeitschrift Juristische Ausbildung
K&R.....	Zeitschrift Kommunikation & Recht
KOM.....	Vorschlag der EG-Kommission
lit.....	Litera
MMR.....	Zeitschrift MultiMedia und Recht
MR.....	Zeitschrift Medien und Recht
m.w.N.....	mit weiteren Nachweisen
Nr.....	Nummer
RAM.....	Random Access Memory
Rn.....	Randnummer
RBÜ.....	revidierte Berner Übereinkunft
s.o.....	siehe oben
SPIO.....	Spitzenorganisation der Filmwirtschaft e.V.
StGB.....	Strafgesetzbuch
TRIPS.....	Übereinkommen über handelsbezogene Aspekte der Rechte des geistigen Eigentums
UkLaG.....	Unterlassungsklagengesetz
UkLaGE.....	Entwurf zum Unterlassungsklagengesetz
Unterabs.....	Unterabsatz
UrhG.....	Urheberrechtsgesetz

UrhGE.....	Entwurf zum Urheberrechtsgesetz
UWG.....	Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb
Vgl.....	Vergleiche
Vor.....	Vorbemerkung
WahrnG.....	Urheberrechtswahrnehmungsgesetz
WahrnGE.....	Entwurf zum Urheberrechtswahrnehmungsgesetz
WCT.....	WIPO Copyright Treaty
WIPO.....	World Intellectual Property Organization
WPPT	WIPO Performances and Phonograms Treaty
Ziff.....	Ziffer
ZUM.....	Zeitschrift für Urheber- und Medienrecht

Die urheberrechtliche Privatkopierfreiheit mit Blick auf die digitalen Medien

**Unter besonderer Beachtung der Richtlinie zur Harmonisierung
bestimmter Aspekte des Urheberrechts und der verwandten Rechte in der
Informationsgesellschaft
und ihrer Umsetzung ins deutsche Recht**

Einleitung und Gang der Untersuchung

„Musikindustrie klagt über existenzielle Gefährdung durch Kopien“ titelte Heise in einer Meldung vom April 2003¹, um die Leser darauf aufmerksam zu machen, dass der Musikbranche allein im Jahr 2002 rund fünf Milliarden Euro durch das Herunterladen von Musik und das private Brennen von CDs verloren gegangen sind.

Solche und ähnliche Klagen sind inzwischen immer häufiger von Seiten der Verwertungsindustrie zu hören², seit 2001 erstmals die Zahl der Musikkopien die der verkauften Original-CDs überstieg³. Im Jahre 2002 waren es dann schon etwa 22,5 Millionen Nutzer, die sich Titel auf Rohlinge kopierten und dabei im Schnitt jeweils 11,5 Stücke brannten.

Mögen diese Zahlen, wie kritische Stimmen behaupten, auch im Sinne der Verwerter übertrieben worden sein, lässt sich dennoch eine Grundtendenz der privaten Nutzer hin zu einem verstärkten Gebrauch der von ihnen angenommenen Privatkopierfreiheit im digitalen Umfeld ausmachen. Deswegen wird seitens der Verwertungsindustrie mitunter gar schon ein generelles Verbot digitaler Privatkopien gefordert⁴. So einfach kann die Lage allerdings nicht betrachtet werden, befindet man sich doch inzwischen in einem „digitalen Dilemma“: Inhalte und Informationen werden auf der einen Seite immer wichtiger in einer

¹ Heise-Meldung vom 04.04.2003 „Musikindustrie klagt über existenzielle Gefährdung durch Kopien“ Unter: <http://www.heise.de/newsticker/data/jk-04.04.03-002/>.

² Z.B: Heise-Meldung vom 21.03.2002 „Musikwirtschaft: Piraten verderben das Geschäft“ Unter: <http://www.heise.de/newsticker/data/anw-21.03.02-006/>; Meldung der Financial Times Deutschland vom 20.01.2003 „Musikindustrie verschärft Kampf gegen Piraterie“ Unter: <http://www.ftd.de/tm/me/1042714410816.html?nv=rs>.

³ Siehe Goldmann/Liepe, ZUM 2002, Seite 362.

⁴ Schack, ZUM 2002, Seite 497, 500 m.w.N.

Gesellschaft, die sich selbst als „Informationsgesellschaft“ bezeichnet⁵. Auf der anderen Seite wird es zunehmend leichter zu kopieren und das in einer Qualität, die keinen Unterschied zum Original mehr erkennen lässt. In dem Maße, in dem Private verstärkt urheberrechtliche Werke vervielfältigen, haben auch die Urheber selbst begonnen, nach Lösungsmöglichkeiten zu suchen und diese einzusetzen, um der von ihnen nicht gewünschten Entwicklung Einhalt zu gebieten. Da vertragliche Beschränkungen mit den einzelnen Nutzern sehr aufwändig und auch kaum konsequent durchsetzbar sind und zudem die Gefahr besteht, dass solche Vertragsklauseln im Streitfall von den Gerichten nicht anerkannt werden, suchen sie die Lösung in technischen (Kopierschutz-) Maßnahmen, getreu dem Motto „The answer to the machine is in the machine“⁶. Ob der Einsatz solcher technischer Maßnahmen wirklich die einzige und richtige Lösung für die Bedrohung der Urheberrechte durch die technologischen Neuerungen der modernen Informationsgesellschaft ist, oder vielmehr eine Bedrohung für diese Gesellschaft darstellt, da in der Konsequenz je nach Ausgestaltung der gesetzlichen Rahmenbedingungen kaum noch Raum für privates Vervielfältigen bleibt, soll als ein Schwerpunkt im Rahmen dieser Arbeit untersucht werden.

Um dies beurteilen zu können, wird im ersten Teil der Arbeit zunächst die urheberrechtliche Privatkopierfreiheit, so wie sie in Deutschland vor Umsetzung der EG-Richtlinie zum Urheberrecht in der Informationsgesellschaft⁷ geregelt ist, beschrieben sowie ihre Entwicklung und im Zusammenhang damit auftauchende Konfliktfelder (vor allem in Zusammenhang mit der Nutzung des Internets⁸) dargestellt.

Die Richtlinie selbst, die für die Mitgliedstaaten wesentliche Neuerungen sowohl für die private Vervielfältigung als auch in Bezug auf den Schutz techni-

⁵ Boehme-Neßler, CyberLaw, Seite 272.

⁶ Clark, The copyright environment for the publisher in the digital world, unter: <http://users.ox.ac.uk/~icsuinfo/clark.htm>

⁷ Richtlinie 2001/29/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 22. Mai 2001 zur Harmonisierung bestimmter Aspekte des Urheberrechts und der verwandten Schutzrechte in der Informationsgesellschaft, ABl. EG Nr. L 167, 10 vom 22.06.2001, Seite 10, nachfolgend „Informationsrichtlinie“ oder „Richtlinie“; in Kraft getreten am 22.06.2001; Umsetzungsfrist der Mitgliedsstaaten bis 22.12.2002.

⁸ Für die Zwecke der folgenden Ausführungen wird, soweit nicht anders vermerkt, das Internet pars pro toto für sämtliche Netze genommen.

scher Maßnahmen bringt, wird mit den entsprechenden Regelungen im zweiten Teil behandelt.

Daran schließt sich in Teil Drei die Betrachtung der deutschen Umsetzung der Informationsrichtlinie und der sich daraus ergebenden Änderungen im Urheberrechtsgesetz⁹ an. Hier wird zu untersuchen sein, wie sich die umzusetzenden Normen in die Systematik des bestehenden Urheberrechts einfügen und ob der vorgelegte Referentenentwurf die von der Richtlinie geforderte Rechtssicherheit für alle Betroffenen¹⁰ sowie einen gerechten Interessenausgleich zwischen den betroffenen Gruppen schafft.

Da die Privatkopie beim Einsatz im digitalen Umfeld ganz anderen Bedingungen als zuvor unterworfen ist, soll im vierten Teil erörtert werden, ob man inzwischen nicht mehr „nur“ von einem Erlaubnistatbestand, sondern gar schon von einem „Recht“ auf Privatkopierfreiheit ausgehen darf.

Schließlich werden unter V Gegenvorschläge sowie Vorschläge für zusätzlich zu ergreifende Maßnahmen zu den vorher behandelten gesetzlichen Regelungen aufgezeigt.

Die vorliegende Untersuchung bewegt sich vorwiegend im Rahmen des Urheberrechts und der Informationsrichtlinie. Zwar spielen auch andere rechtliche Aspekte, wie das Datenschutzrecht oder das Kaufrecht im Kontext der Problemstellung eine Rolle, werden aber als gesonderte Problemkreise in der vorliegenden Arbeit nicht berücksichtigt.

I: Die urheberrechtliche Privatkopierfreiheit

Leitidee des Urheberrechts ist es, den Urheber an den wirtschaftlichen Früchten zu beteiligen, die andere aus der Verwertung seines Werkes ziehen¹¹. Zu diesem Zweck werden ihm vom Gesetz ausschließliche Rechte zur Verwertung des Werkes in körperlicher und unkörperlicher Form (§§ 15 ff UrhG) zuerkannt. Dem gegenüber steht das Interesse von Privaten an einer weitgehend

⁹ Gesetz über Urheberrecht und verwandte Schutzrechte („Urheberrechtsgesetz“, im Folgenden auch „UrhG“).

¹⁰ Vgl. Erwägungsgrund 4 der Informationsrichtlinie.

¹¹ Schack, Urheber- und Urhebervertragsrecht, Rn. 373.

einschränkungs-freien Nutzung veröffentlichter Werke, zu der auch die Möglichkeit gehört, einzelne Kopien eines Werkes für den privaten Gebrauch herzustellen. Dieses Interesse kann die ausschließlichen Urheberrechte unter bestimmten Voraussetzungen einschränken. Im Folgenden wird zunächst auf die entsprechenden Regelungen des deutschen Urheberrechtsgesetzes, ihre Hintergründe und Entwicklung eingegangen. Weiter wird untersucht, ob die sich aus § 53 UrhG ergebende Privatkopierfreiheit auch unproblematisch im digitalen Umfeld gewährt wird. Verdeutlicht wird schließlich das europäische Verständnis des Urheberrechts durch einen Vergleich mit dem angelsächsischen Urheberrechtssystem und dessen Konzept des „fair use“.

A. Die Privatkopie im deutschen Urheberrechtsgesetz

An eine Werkschöpfung durch den Urheber schließt sich meist die Veröffentlichung seines Werkes an. Interessenten, die das publik gemachte Erzeugnis in irgendeiner Form nutzen wollen, können daraufhin vom Urheber Nutzungsrechte erwerben (§§ 31 ff UrhG). Das Urheberrecht als solches ist dagegen nach § 29 I UrhG nicht übertragbar, so dass bestimmte Ausschließlichkeitsrechte auch nach Einräumung von Nutzungsrechten beim Urheber verbleiben. Hat aber der Urheber sein Werk erst einmal in Umlauf gebracht, kann er im weiteren Verlauf nicht mehr oder nur noch schwerlich kontrollieren, was mit seinem Werk geschieht, insbesondere, ob, von wem und wie oft es vervielfältigt und weiter veräußert wird, ohne dass eine Beteiligung am Erlös stattfindet. Um dem ebenso wie dem Interesse der Privaten an einer möglichst einschränkungs-freien Nutzung eines einmal erworbenen Werkstücks Rechnung zu tragen, hat sich der Gesetzgeber zu einer Kompromisslösung für ein austariertes System von Ausschließlichkeitsrechten, Schrankenbestimmungen (wiederum mit Ausnahmen) und Vergütungsverpflichtungen entschlossen.

1. Ausschließlichkeitsrecht aus § 15 UrhG

Das deutsche UrhG von 1965 gewährt dem Urheber hinsichtlich der Verwertungsrechte (§ 15 I und II UrhG, Verwertung in körperlicher und unkörperlicher Form) ein umfassendes Ausschließlichkeitsrecht¹² für Werke im Sinne des § 2 UrhG. Diese Generalklausel soll es ermöglichen, den Katalog der Verwer-

¹² Schack, Urheber- und Urhebervertragsrecht, Rn. 372.

tungsrechte insbesondere im Hinblick auf die technische Entwicklung neuer Verwertungsarten offenzuhalten, und damit sicherstellen, dass der Urheber grundsätzlich jede Art der Verwertung kontrollieren kann¹³.

2. Vervielfältigungsrecht und –begriff aus § 16 UrhG

Unter den Rechten zur Verwertung des Werkes in körperlicher Form (§ 15 I Nr. 1-3 UrhG) ist das Vervielfältigungsrecht, näher geregelt in § 16 UrhG, das bedeutendste. Es berechtigt den Werkschaffenden, Vervielfältigungsstücke seines Werkes herzustellen, egal wie viele und in welchem Verfahren (§ 16 I UrhG). Eine Vervielfältigung im Sinne des § 16 UrhG ist jede körperliche Festlegung eines Werkes, die geeignet ist, das Werk den menschlichen Sinnen auf irgendeine Weise unmittelbar oder auch nur mittelbar wahrnehmbar zu machen¹⁴. Gerade im Hinblick auf neuere technische Entwicklungen wie das Internet und die damit verbundenen Vorgänge ist die Anwendbarkeit dieser Definition nicht immer unproblematisch, wie noch unter B näher dargelegt werden wird.

Die Nutzung des Werkes durch einen anderen ist somit nur erlaubt, wenn der Urheber dieser zustimmt und dem Nutzer Vervielfältigungsrechte dafür einräumt oder wenn spezielle Schrankenregelungen (§§ 45 ff UrhG) greifen, welche eingeführt wurden, um die schutzwürdigen Interessen der Verwerter, der Endnutzer und der Allgemeinheit zum Ausgleich zu bringen¹⁵.

3. Rechtsgeschichtliche Entwicklung

Nach früherem Recht¹⁶ war das private Vervielfältigen weitgehend zustimmungsfrei, um die private Sphäre frei von urheberrechtlichen Ansprüchen zu halten¹⁷. Das Interesse des eigentlich ausschließlich Berechtigten (der durch Veräußerung die Verfügungsgewalt über sein Werk nur teilweise aufgegeben hatte) an einer möglichst umfassenden Kontrolle der Werknutzung wurden gegenüber den Nutzerinteressen als nachrangig angesehen. Schließlich waren die

¹³ Schwerdtfeger/Kreuzer, Cyberlaw, Seite 198.

¹⁴ Mestmäcker/Schulze, Urheberrechtskommentar Band 1, § 16 Seite 1; Schricker, Urheberrecht auf dem Weg zur Informationsgesellschaft, Seite 109; Hoeren, Grundzüge des Internetrechts, Seite 82.

¹⁵ Schricker, Urheberrecht auf dem Weg zur Informationsgesellschaft, Seite 139.

¹⁶ §§ 15 II LUG erlaubte Vervielfältigungen zum persönlichen Gebrauch, sofern damit keine Einnahmen erzielt werden sollten; § 18 I KUG bestimmte dies ähnlich für unentgeltliche Vervielfältigungen.

¹⁷ Schricker/Loewenheim, Urheberrecht, § 53 Rn. 3.

Kopieretechniken zu dieser Zeit auch noch nicht besonders weit entwickelt und gingen meist mit einem Qualitätsverlust bei der Kopie einher, so dass der Nutzer oft ohnehin gezwungen war, das Original zu kaufen und damit wiederum sicherstellte, dass eine angemessene Beteiligung des Urhebers an den Erlösen stattfand. Insofern wurden die dem Urheber entstehenden Einschränkungen durch die weitreichende Vervielfältigungsfreiheit als nicht so gravierend erachtet. Durch die Entwicklung von modernen Vervielfältigungsgeräten¹⁸, die es für jedermann möglich machten, unter geringem finanziellem und zeitlichem Aufwand auch als technischer Laie qualitativ hochwertigere Kopien herzustellen, wurde im Laufe der Jahre ein Umdenken nötig: Einerseits wollte man die technische Entwicklung nicht durch Verbotsrechte zugunsten der Urheber aufhalten, andererseits erschien es nötig, das Vervielfältigungsrecht bestimmten Begrenzungen zu unterwerfen¹⁹, zunächst im Urheberrechtsgesetz von 1965, dann fortgesetzt und erweitert durch die Urheberrechtsnovelle 1985.

4. Die Schranke des § 53 I Satz 1 UrhG: Die Privatkopierfreiheit

Eine solche Begrenzung des Vervielfältigungsrechts – neben anderen, auf die hier nicht näher eingegangen wird – ist § 53 I Satz 1 UrhG: Danach ist es zulässig, einzelne Vervielfältigungsstücke eines Werkes zum privaten Gebrauch herzustellen (sog. Privatkopierfreiheit²⁰). Als ein Unterfall des „eigenen Gebrauchs“²¹ ist „privater Gebrauch“ die Nutzung in der Privatsphäre zur Befriedigung persönlicher Bedürfnisse durch die eigene Person oder im Familien- und Freundeskreis²². Hierbei kommt es maßgeblich auf die *Benutzung* innerhalb der privaten Sphäre an, nicht auf den verfolgten *Zweck*²³. Nicht zulässig ist allerdings eine Vervielfältigung, die in der Absicht geschieht, die Kopie zu

¹⁸ Erwähnt werden insbesondere die Entwicklung der Tonbandgeräte und der fotomechanischen Kopierverfahren, siehe Schricker/Loewenheim, Urheberrecht, § 53 Rn. 3.

¹⁹ Eine detaillierte Beschreibung der Entstehungsgeschichte findet sich bei Schricker/Loewenheim, Urheberrecht, § 53 Rn. 3ff sowie bei Mestmäcker/Schulze, Urheberrechtskommentar Band 1, § 53 Seite 2 ff.

²⁰ Hoeren nennt sie auch die „Magna Charta“ der gesetzlichen Lizenzen (Hoeren, Grundzüge des Internetrechts, Seite 100).

²¹ Mönkemöller, GRUR 2000, 663, 664; Schricker/Loewenheim, Urheberrecht, § 53 Rn. 11 und 17.

²² BGHZ 134, 250, 256, 259 „Recherchedienst mit Kopienversand“; Haberstumpf, Handbuch des Urheberrechts, Rn. 338; Schricker/Loewenheim, Urheberrecht, § 53 Rn. 12.

²³ Mehrere Beispiele dazu bei Rehbinder, Urheberrecht, Rn. 256, unter anderem zu BGHE GRUR 1984, 53 „Kopierläden“, in dem der BGH das Kopieren für Ausbildungszwecke nicht unter den privaten Gebrauch fallen ließ.

verkaufen oder zu verschenken²⁴ oder gar öffentlich wiederzugeben²⁵, beispielsweise im Internet oder über Musiktäuschbörsen. Schließlich ist gemäß Art. 17 II UrhG das Verbreitungsrecht des Urhebers am Werkstück mit der rechtmäßigen Herstellung einer Privatkopie nicht etwa erschöpft. Außerdem wird eine Privatsphäre und damit die Privatkopierfreiheit nach herrschender Auffassung nur natürlichen Personen zuerkannt²⁶. Vervielfältigungshandlungen von Handelsgesellschaften, juristischen Personen, Körperschaften usw. fallen nur unter den „sonstigen eigenen Gebrauch“ nach § 53 II UrhG ebenso wie eine Vervielfältigung zu (auch) beruflichen Zwecken²⁷.

Man hätte sich damals auch dafür entscheiden können, das private Vervielfältigen zu eigenen Zwecken schlechthin zu verbieten. Jedoch hätte ein völliges Verbot bedeutet, dass Rechtsverletzungen mit unverhältnismäßig großem Aufwand bis in die Privatsphäre und die Wohnung hinein verfolgt hätten werden müssen²⁸. Zwar gibt es keinen derartigen Grundsatz, dass das Urheberrecht vor der Privatsphäre halt machen muss²⁹. Jedoch sollte die Möglichkeit, frei für den eigenen privaten Gebrauch Werke vervielfältigen zu dürfen, das persönliche Interesse des Einzelnen, zur Teilnahme am Geistesleben anregen und die Bildung und Entfaltung seiner Persönlichkeit auf diese Weise ermöglichen³⁰. Schließlich sollen auch heute noch diejenigen, die es sich nicht leisten können, die Originale käuflich zu erwerben, die Gelegenheit haben, am kulturellen Leben der Gesellschaft teilnehmen³¹. Zudem hätte sich ein eingeführtes Verbotrecht auch praktisch nicht kontrollieren lassen und daneben den allgemeinen Zugang zu Informationen für die Allgemeinheit unverhältnismäßig erschwert. Insofern ist die nun getroffene Regelung von Ausschließlichkeitsrecht und Schrankenbestimmung ein sinnvolles Ergebnis der Abwägung der widerstrebenden Interessen der Beteiligten und eine Anpassung an die veränderten Umstände.

²⁴ Fromm/Nordemann, § 53 Rn. 5 m.w.N.

²⁵ Püschel, Urheberrecht, 10.2, Seite 92.

²⁶ Hoeren, Grundzüge des Internetrechts, Seite 101; Schricker/Loewenheim, Urheberrecht, § 53 Rn. 12.

²⁷ Wenzel/Burkhardt, Urheberrecht für die Praxis, Rn. 6.28.

²⁸ Haberstumpf, Handbuch des Urheberrechts, Rn. 335.

²⁹ Schack, Urheber- und Urhebervertragsrecht, Rn. 373 und 494.

³⁰ Rehbinder, Urheberrecht, Rn. 255.

³¹ Schack, Urheber- und Urhebervertragsrecht, Rn. 494.

a) Zum Begriff der „einzelnen Vervielfältigungsstücke“

Was erlaubte „einzelne Vervielfältigungsstücke“ i.S.d. § 53 I Satz 1 UrhG sind, bestimmt sich nach dem Vervielfältigungsbegriff aus § 16 UrhG³². Daher ist auch für § 53 I Satz 1 UrhG die Art der Vervielfältigung (Fotokopie, Abschrift/Mitschrift, Videoaufnahme, Mikrokopie) unerheblich³³. Andererseits ist aber für den Nutzer die Zahl der erlaubten Vervielfältigungen eingeschränkt: Er darf nur maximal sieben Kopien für den eigenen privaten Gebrauch, für enge Freunde oder die Familie anfertigen. Diese Anzahl ist frei von der Rechtsprechung festgelegt worden, insbesondere³⁴ auf Klage der VG Wort und Wissenschaft hin, das Land Bremen zu verurteilen, nicht mehr als sieben Vervielfältigungsstücke zu Unterrichtszwecken herzustellen³⁵. In der Literatur wird diese Begrenzung teils befürwortet³⁶, teils aber auch als zu hoch³⁷ aufgefasst. Alternativ wird beispielsweise vorgeschlagen, bei der Auslegung der Bestimmung diese Obergrenze nur als Anhaltspunkt, nicht aber als absolutes Dogma zu verstehen. Maßgeblich soll vielmehr sein, wie viele Vervielfältigungsstücke tatsächlich für den privaten Gebrauch zur Befriedigung rein persönlicher Bedürfnisse erforderlich sind³⁸; so reicht für einen selbst oft eine einzige Kopie aus, wohingegen für den Freundes- und Familienkreis auch einmal mehr als die höchstzulässigen sieben Kopien anfallen können. Dieser Vorschlag ist sehr nutzerfreundlich, jedoch bergen solche vagen Regelungen eine größere Missbrauchsgefahr als streng festgelegte zahlenmäßige Begrenzungen, da sie wohl tendenziell eher zu einer großzügigen Auslegung seitens des Kopierenden führen. § 53 I Satz 1 UrhG ist eine Ausnahmenvorschrift, und ist als solche eng – und damit zugunsten des Urhebers – auszulegen³⁹. Dieser wird im Regelfall aber ein Interesse daran haben, dass möglichst wenige Kopien seines Werkes

³² Siehe unter I A 2.

³³ Reh binder, Urheberrecht, Rn. 256.

³⁴ Daneben hieß es auch Seitens des Bundesjustizministeriums in der BT-Drucks. V/3229: „Die Beschränkung auf einzelne Stücke, etwa sechs bis sieben Exemplare, dürfte einen Missbrauch dieser Bestimmung verhindern“..

³⁵ BGH GRUR 1978, 474, 476, „Vervielfältigungsstücke“.

³⁶ So beispielsweise Enders, Beratung im Urheber- und Medienrecht, Rn. 161; Haberstumpf, Handbuch des Urheberrechts, Rn. 338; Mestmäcker/Schulze, Urheberrechtskommentar Band 1, § 53 Seite 4; Reh binder, Urheberrecht, Rn. 256, allerdings mit Kritik an der Ungenauigkeit des Wortlautes des Gesetzestextes.

³⁷ So Fromm/Nordemann § 53 Rn. 3: Fordert, dass die Obergrenze bei 3 Kopien liegen muss, wenn das Wort „einzelne“ noch zutreffen soll; Schack, Urheber- und Urhebervertragsrecht, Rn. 496: Sieht ebenfalls kein legitimes Interesse, mehr als drei Vervielfältigungsstücke zu erlauben.

³⁸ Schrickler/Loewenheim, Urheberrecht, § 53 Rn.14.

³⁹ Schwerdtfeger/Kreuzer, Cyberlaw, Seite 217.

im Umlauf sind, damit er mehr Originale verkaufen kann. Hier meint „Einzelne“ schon vom Wort her sicherlich mehr als eine Kopie, jedoch erscheint bei einer Zahl von sieben Vervielfältigungsstücken bereits die Grenze zu „mehreren“ als Steigerung von „einzelnen“ überschritten; die Auslegungsmöglichkeit des Wortes wurde hier überstrapaziert und der mögliche Wortsinn zu weitgehend interpretiert.

Allerdings wird nachfolgend zu klären sein, ob eine andere Beurteilung im Rahmen digitaler Vervielfältigung gerechtfertigt ist.

b) Voraussetzung der rechtmäßigen Vervielfältigung

Weiter gilt als ungeschriebene Voraussetzung⁴⁰ für eine legitime Privatkopie, dass die Vervielfältigung mittels eines rechtmäßig *erworbenen* (also nicht etwa entwendeten) Werkstücks geschieht⁴¹. Die Vorlage selbst muss aber nach dem Wortlaut des § 53 UrhG kein eigenes Werkstück des Kopierers sein⁴². Wenn aber auch fremde Kopiervorlagen verwendet werden dürfen, so kann es nicht darauf ankommen, ob diese widerrechtlich erstellt wurden, und ob sie an sich rechtmäßig sind. Denn das Gesetz knüpft die Privilegierung nicht daran, ob sich bei Weitergabe des Werkexemplars ein Nutzungsrecht vom geistigen Eigentümer ableiten lässt, also nicht daran, ob der Dritte, von dem die Vorlage stammt, diese Nutzungsrechte auch weitergeben durfte. Eine Einschränkung auf Kopien von solchen rechtmäßigen (meint: unter Inanspruchnahme eines Privilegierungstatbestandes oder mit Zustimmung des Urhebers hergestellten) Kopiervorlagen ist nach dem Wortlaut des § 53 UrhG oder der Gesetzesbegründung dazu nicht ersichtlich, ebenso wenig aus dazu ergangenen Gerichtsentscheidungen. Vielmehr ersetzt die gesetzliche Lizenz das Erfordernis einer Einwilligung des Berechtigten, dessen ursprüngliches Ausschließlichkeitsrecht auf einen Vergütungsanspruch reduziert wird⁴³. Das erlaubnisfreie Nutzungs-

⁴⁰ So übereinstimmend: Fromm/Nordemann, § 53 Rn. 4; Haberstumpf, Handbuch des Urheberrechts, Rn. 338; Rehbinder, Urheberrecht, Rn. 256; Schricker/Loewenheim, Urheberrecht, § 53 Rn. 13.

⁴¹ KG GRUR 1992, 168, 169, „Dia-Kopien“ führt aus, es würde dem Zweckgedanken des § 53 I UrhG zuwiderlaufen, würde man demjenigen, der das Werkstück widerrechtlich an sich gebracht hat, auch noch gestatten, sich zur Erinnerung an das rechtswidrige Tun ein Vervielfältigungsstück herzustellen.

⁴² Dies ergibt der Umkehrschluss aus § 53 II Nr. 2 UrhG, dazu: BGH GRUR 1997, 458, 462, „CB-Infobank I“; BGH GRUR 1997, 464, 466, „CB-Infobank II“; Leupold/Demisch, ZUM 2000, Seite 379, 384.

⁴³ Kreuzer, Stellungnahme des IfROSS vom 08.11.2001, unter: http://www.ifross.de/ifross_html/art13.pdf, Seite 3.

recht entsteht demnach originär durch den vom Gesetz privilegierten Zweck des „privaten Gebrauchs“⁴⁴. Vorlage kann daher auch eine Raubkopie sein⁴⁵, wie etwa beim Abruf von illegal ins Internet gestellten Musikwerken⁴⁶. Wird eine solche Raubkopie vom Vervielfältigenden verwendet, so spielt auch die Frage eines etwaigen gutgläubigen Erwerbs von Nutzungsrechten keine Rolle, da durch die gesetzliche Lizenz (also durch abgeleitetes Recht kraft Gesetzes) und gerade nicht durch erlaubte Weiterleitung das Recht zur privaten Kopie zu seinen Gunsten entsteht⁴⁷. Dafür spricht auch ein Blick in §96 I UrhG, der nur die Verbreitung und die öffentliche Wiedergabe, nicht aber die weitere Vervielfältigung untersagt⁴⁸.

Diese Lösung ist auch insoweit gerechtfertigt, als der durchschnittliche Nutzer meist nicht Kenntnis eines eventuell bestehenden Rechtsmakels haben wird, und eine Verifizierung der Rechtmäßigkeit auch nur schwer bis überhaupt nicht vornehmen kann.

Leider fehlt bis jetzt eine eindeutige Stellungnahme der Rechtsprechung zu diesem Problem⁴⁹. Fest steht seit dem „Dia-Kopien“-Urteil (siehe Fn. 41) nur, dass das Werkstück, von dem die Vervielfältigung hergestellt wird, rechtmäßig in den Besitz des Vervielfältigers gelangt sein muss. Ob jedoch die Kopiervorlage selbst auch nicht unter Verletzung urheberrechtlicher Vorschriften zustande gekommen sein darf, wird weder vom Gericht noch vom überwiegenden Teil des Schrifttums eindeutig beantwortet. Einzig Loewenheim spricht sich deutlich gegen eine solche Auslegung des Privilegierungstatbestandes aus⁵⁰: Die Vorschrift des § 53 UrhG sei eng auszulegen. Würde man sie in dem oben genannten Sinne verstehen, verstieße man gegen die Verpflichtungen aus Art. 9 II RBÜ (und damit auch gegen TRIPS und Art. 9 III WCT), da dann die berechtigten Interessen des Urhebers unzumutbar beeinträchtigt würden⁵¹, was sich auch mit dem Argument des freien Zugangs zu Informationen nicht entkräften

⁴⁴ Mönkemöller, GRUR 2000, 663, 667, 668; Kreuzer, Stellungnahme des IfrOSS vom 08.11.2001, unter: http://www.ifross.de/ifross_html/art13.pdf, Seite 4.

⁴⁵ Cichon, K&R 1999, Seite 547, 550.

⁴⁶ Winghardt, ZUM 2002, Seite 349, 356; Schack, Urheber- und Urhebervertragsrecht, Rn. 496; anderer Ansicht: Leupold/Demisch, ZUM 2000, Seite 379, 383.

⁴⁷ Mönkemöller, GRUR 2000, 663, 668.

⁴⁸ Loewenheim, Festschrift für Dietz, Seite 415, 417.

⁴⁹ Loewenheim, Festschrift für Dietz, Seite 415, 418.

⁵⁰ Loewenheim, Festschrift für Dietz, Seite 415, 419.

⁵¹ Dem zustimmend Leupold/Demisch, ZUM 2000, Seite 379, 385 für den Download einer MP3-Datei anhand einer urheberrechtswidrig hergestellten Vorlage.

ließe. Zudem sei auch aus § 96 UrhG klar erkennbar, dass die Norm eine weitere Nutzung rechtswidrig hergestellter Werkstücke nicht zulassen wolle⁵². Bekräftigend wird angeführt, es erfolge auch keine übermäßige Kriminalisierung desjenigen, der Kopien von illegalen Vorlagen herstelle, ohne deren Illegalität zu kennen. Nach § 106 UrhG i.V.m. § 15 StGB sei Vorsatz für die unerlaubte Vervielfältigung erforderlich. Fehle der, entfielen strafrechtliche Konsequenzen und lediglich zivilrechtliche Folgen griffen ein. Dazu gehört ein Verbreitungsverbot (§§ 53 VI, 96 UrhG), wie es auch für legale Werkstücke gilt, Vernichtungs- und Überlassungsansprüche (§ 98 UrhG) und bei Fahrlässigkeit können nach § 97 auch Schadensersatzansprüche geltend gemacht werden.

Dieser Ansicht kann nicht gefolgt werden. Dem Nutzer bei Vorlagen, aus denen in den allermeisten Fällen nicht ersichtlich ist, ob sie legal oder illegal zustande gekommen sind, quasi eine Nachforschungspflicht aufzuerlegen, erscheint unverhältnismäßig. Oft wird eine derartige Kontrolle auch gar nicht möglich sein. So kann der Nutzer beispielsweise nur schwer überprüfen, ob der Vertrag zwischen dem Künstler, dessen Werk er kopieren möchte, und dem Verwerter ordnungsgemäß zustande gekommen ist. Ihm bleibt daher entweder nur die Möglichkeit, dennoch seine Vervielfältigung anzufertigen, womit er sich im Einzelfall recht hohen Schadensersatzansprüchen aussetzt, je nachdem welche der drei im Rahmen des § 97 UrhG möglichen Schadensberechnungsarten zur Anwendung kommt (beispielsweise eine Lizenzanalogie). Oder aber er verzichtet auf die Kopie, womit das Erfordernis der legalen Vorlage zu einer mittelbaren Einschränkung der Privatkopierfreiheit führen würde, die in keinem Verhältnis zu den Beeinträchtigungen, die der Urheber im anderen Fall hinzunehmen hätte, steht. Insofern bleibt es dabei, dass auch von illegalen Vorlagen hergestellte Vervielfältigungen von der Privilegierung des § 53 I Satz 1 UrhG gedeckt sind.

In § 53 II UrhG werden schließlich noch weitere Ausnahmen vom Vervielfältigungsrecht bei Vervielfältigungen zum „sonstigen eigenen Gebrauch“ aufgelistet, beispielsweise für Kopien zum wissenschaftlichen Gebrauch (Nr. 1), zur Aufnahme in ein eigenes Archiv (Nr. 2) oder bei seit mindestens zwei Jahren vergriffenen Werken (Nr. 4 b), auf die im Kontext dieser Arbeit, die nur den

⁵² Loewenheim, Festschrift für Dietz, Seite 415, 420.

Bereich der Privatkopie aus § 53 I Satz 1 UrhG und deren Entwicklung näher beleuchten soll, nicht weiter eingegangen wird.

c) Herstellung des Vervielfältigungsstücks durch einen anderen

Seine erlaubten Kopien darf der private Nutzer auch durch einen anderen herstellen lassen (§ 53 I Satz 2, 1. Hs UrhG), wobei hier „anderer“ jeder Dritte sein kann⁵³. Als amtliche Begründung⁵⁴ für diese Regelung wird angeführt, dass die Privatkopierfreiheit auch denjenigen zugute kommen soll, die sich die Maschinen zum Kopieren nicht leisten können. Jedoch ist dies insoweit eingeschränkt, als die Übertragung von Werken auf Bild- und Tonträger und die Vervielfältigung von Werken der bildenden Künste nur unter den Privilegierungstatbestand fällt und nur dann von Dritten vorgenommen werden darf, wenn sie unentgeltlich geschieht (§ 53 I Satz 2, 2. Hs UrhG).

5. Vergütungspflicht, §§ 54 ff UrhG

Dem Urheber erhält als Ausgleich für die erlittenen Verluste mittelbare Vergütungsansprüche⁵⁵. Diese Vergütungsansprüche aus §§ 54 und 54a UrhG sind das Gegenstück zu den aus § 53 folgenden Vervielfältigungsmöglichkeiten und wurden bereits 1965 mit dem damaligen § 53 V UrhG (1965) eingeführt. Schon dort sollte damit ein Ausgleich für die entgangenen Einnahmen durch erlaubnisfreies privates Kopieren - damals noch von Schallplatten - erreicht werden. Auch nach der Novelle von 1985, die zu einer Neufassung der §§ 53 und 54 UrhG führte, wurde dieser Gedanke des Ausgleichs fortgesetzt. Allerdings erschien es im Zuge der sich weiter fort entwickelnden Technik unmöglich, die Kopiervorgänge bzgl. urheberrechtlich geschützter Werke sicher zu überwachen. Daher richtet sich nun der Anspruch des Autors gegen die Hersteller und Importeure von Geräten und von Bild- und Tonträgern, die erkennbar zur Aufnahme von Funksendungen oder zum Überspielen bestimmt sind (sog. kombinierte Geräte- bzw. Leerkassettenabgabe)⁵⁶. Gerechtfertigt wird dies mit der Begründung, dass diese Hersteller durch ihre Tätigkeit die Voraussetzung für die sich anschließende Vervielfältigung urheberrechtlich geschütz-

⁵³ Schrickler/Loewenheim, Urheberrecht, § 53 Rn. 15.

⁵⁴ BT-Drucks. IV/270 Seite 72, 74.

⁵⁵ Schack, Urheber- und Urhebervertragsrecht, Rn. 494.

⁵⁶ Wenzel/Burkhardt, Urheberrecht für die Praxis, Rn. 6. 45.

ten Materials schaffen⁵⁷. Den Einwand der Hersteller, ihre Geräte seien auch zu einer urheberrechtsneutralen Verwendung geeignet, ließ das BVerfG nicht gelten⁵⁸. Nun kann man sich fragen, ob die Abgaberegulierung der §§ 54 ff UrhG für eine gerechte Verteilung der Kosten sorgt, da die Hersteller ihre Mehrkosten durch die Vergütungspflicht auf die Nutzer der Vervielfältigungseinheiten abwälzen. Jedoch obliegt es dem Gesetzgeber durch die Ausgestaltung von Art. 14 I Satz 2 GG, die Belange der Urheber, ausübenden Künstler, der Hersteller aber auch der Benutzer von Bild- und Tonträgern aufeinander abzustimmen und zu einem gerechten Ausgleich zu bringen. Dieser Ausgleichspflicht ist er laut Bundesverfassungsgericht mit der geschaffenen Abgabepflicht nachgekommen⁵⁹.

Die genannten Ansprüche aus den §§ 54 ff UrhG können nach § 54h UrhG nur durch eine Verwertungsgesellschaft, nicht direkt vom Autor geltend gemacht werden⁶⁰. Die genau Höhe der Abgabe bestimmt sich dann nach einer Anlage zum Urhebergesetz (siehe § 54d UrhG).

6. Ausnahmen von der Privatkopierfreiheit

Das Urheberrechtsgesetz sieht in § 53 IV-VII UrhG neben den bereits genannten weitere Einschränkungen der privaten Vervielfältigungsfreiheit vor. Besonders hinzuweisen ist dabei auf § 53 VI UrhG, der, um einen Missbrauch der oben dargestellten Vervielfältigungsfreiheit zu verhindern, bestimmt, dass die angefertigten Vervielfältigungsstücke weder verbreitet noch zu öffentlichen Wiedergaben benutzt werden dürfen. Der Nutzer darf aus diesem Grund auch nicht seine legal angefertigte Kopie an Personen, die außerhalb seiner persönlichen Bindungen liegen, verkaufen oder verschenken⁶¹.

Absatz VII macht eine generelle Ausnahme von der Privatkopierfreiheit und bestimmt, dass die Aufnahme öffentlicher Vorträge, Aufführungen oder Vorführungen eines Werkes auf Bild- oder Tonträger, die Ausführung von Plänen

⁵⁷ Schrickler/Loewenheim, Urheberrecht, § 53 Rn. 2.

⁵⁸ BVerfGE 31, 255, 266, „Tonbandervielfältigungen“.

⁵⁹ So entschied das BVerfG in BVerfG 79, 1, 26, dass der Gesetzgeber mit den Vergütungssätzen der Anlage zu § 54 IV UrhG die widerstreitenden Interessen von Urhebern, Geräteproduzenten, Leerkassettenherstellern und Werknutzern in einen angemessenen Ausgleich gebracht hat.

⁶⁰ Für den Anspruch aus § 54 I UrhG ist die ZPÜ, die Zentralstelle für private Überspielungsrechte, zuständig, für den Anspruch aus § 54 II UrhG die VG Wort/VG Bild-Kunst, je nach Art des Werkes.

⁶¹ Mönkemöller, GRUR 2000, Seite 663, 664.

und Entwürfen zu Werken der bildenden Künste und der Nachbau eines Werkes der Baukunst stets nur mit Einwilligung des Berechtigten zulässig sind.

Ähnlich ist dies für zu erstellende Kopien eines Computerprogramms, beispielsweise als Sicherheitskopie, geregelt: Auch wenn die Vervielfältigung ausschließlich privaten Zwecken dient, ist es ohne Zustimmung des Urhebers generell verboten, Vervielfältigungsstücke eines Computerprogramms zu erstellen (§ 69c UrhG)⁶². Allerdings sind gerade für den Fall der Sicherheitskopie, aber unter anderen auch für den der Fehlerberichtigung, in § 69d UrhG Ausnahmen von der Zustimmungspflicht vorgesehen, ebenso wie in § 69e UrhG hinsichtlich der Voraussetzungen für eine zustimmungsfreie Dekompilierung.

Weiter wurden nach Umsetzung der Datenbankrichtlinie in deutsches Recht (Art. 7 IuKDG⁶³) abweichende Schrankenbestimmungen für online zugängliche Datenbankwerke festgelegt, siehe § 53 V Satz 1 UrhG, die selbige ebenfalls von der Privilegierung des §53 I Satz 1 UrhG ausnehmen. In diesem Kontext ist die Vorschrift des §87c Nr. 1 UrhG zu beachten, der eine Vervielfältigung der Datenbank zum privaten Gebrauch nur dann für zulässig erklärt, wenn die einzelnen Elemente der Datenbank nicht mit Hilfe elektronischer Mittel zugänglich sind.

7. Rechtsfolgen bei Zuwiderhandlungen

Bei Vervielfältigungen, in die der Urheber nicht eingewilligt hat und die nicht von § 53 I Satz 1 UrhG erfasst werden, besteht für den Werkschaffenden ein Unterlassungs- und Schadenersatzanspruch aus §§ 97 i.V.m. 16 UrhG, sowie ein Anspruch auf Vernichtung oder Überlassung der Vervielfältigungsstücke und der verwendeten Vorrichtungen (§§ 98, 99 UrhG). Letzterer kann sich bei Urheberrechtsverletzungen durch Angestellte auch gegen den Unternehmer richten, § 100 UrhG. Auch besteht ein Auskunftsanspruch des Urhebers aus § 101a UrhG gegen den Urheberrechtsverletzer. Schließlich muss bei Pirateriefällen auch immer mit einer strafrechtlichen Verfolgung gerechnet werden, siehe §§ 106 bis 108 UrhG. Hier drohen bei einer gewerbsmäßigen unerlaubten

⁶² Lehr/Göckmann, Seite 28.

⁶³ Gesetz zur Regelung der Rahmenbedingungen für Informations- und Kommunikationsdienste (Informations- und Kommunikationsdienste-Gesetz - IuKDG) in der Fassung des Beschlusses des Deutschen Bundestages vom 13. Juni 1997.

Verwertung laut § 108a UrhG eine Geldstrafe oder gar bis zu fünf Jahren Freiheitsstrafe.

Zusammenfassend kann man sagen, dass das bisher bestehende System urheberrechtlicher Schranken für den analogen Bereich ein ausgewogenes Verhältnis zwischen den wirtschaftlich begründeten Ansprüchen der Urheber auf Teilhabe an den Verwertungserlösen ihrer Werke und denen der Allgemeinheit sichert. Zu klären ist nun im nächsten Abschnitt, ob sich für den Bereich der digitalen Vervielfältigungen etwas an dem zuvor Beschriebenen ändert oder ändern muss und ob daher gegebenenfalls eine Anpassung der Schrankenregelungen im Informationszeitalter erforderlich ist⁶⁴.

B. Privatkopierfreiheit auch für digitale Medien?

Gerade in der heutigen sogenannten „Informationsgesellschaft“, in der elektronische Datenverarbeitung zum alltäglichen Handwerk gehört, unbedarft Musik kopiert, auf CD-Rs gebrannt und verteilt wird und schließlich auch die Nutzung des Internets eine immer bedeutendere Rolle spielt, stellt sich die Frage, ob die bisher gültigen Schranken, insbesondere die zur privaten Vervielfältigung, noch so ausgedehnt wie zuvor beansprucht werden dürfen. Auffällig ist, dass sich viele der Vervielfältigenden anscheinend keine Gedanken darüber machen, ob sie einen Verstoß gegen Urheberrechte begehen oder begehen könnten, zumal Zuwiderhandlungen auch nur selten aufgedeckt werden.

Die Frage, ob die Privilegierung der Privatkopie auch im digitalen Bereich gilt, ist keinesfalls selbstverständlich zu bejahen. Als Grundlage der Argumentation gegen eine derartige Erweiterung des geschützten Bereiches dient die Ansicht der h.M. sowie die ständige BGH-Rechtsprechung, nach der unter Zugrundelegung des vom historischen Gesetzgebers intendierten Normzwecks alle Schrankenbestimmungen im UrhG eng auszulegen sind⁶⁵. Im Folgenden soll aufgezeigt werden, welche neuartigen Umstände heute eine Gleichbehandlung von digitaler und analoger Vervielfältigung rechtfertigen oder aber eine Sonderbehandlung der elektronisch angefertigten Vervielfältigungsexemplare not-

⁶⁴ So fordert es etwa Schrickler/Melichar, Urheberrecht, Vor § 45 ff Rn. 5a und Dreier in Schrickler, Urheberrecht auf dem Weg zur Informationsgesellschaft, Seite 178 ff.

⁶⁵ BGH Urteil vom 05.07.2001 – I ZR 335/98 „Urheberrechtliche Vergütungspflicht für Scanner“, CR 2002, Seite 176, 178.

wendig machen könnten und ob diese unter § 16 UrhG zu subsumieren sind (vor allem auch im Hinblick auf die Nutzung des Internets). Auch Reformvorschläge diesbezüglich werden anschließend aufgezeigt.

1. Intendierter Normzweck

So wie sich das Urheberrecht heute zeigt, wurde es konzipiert, um das Entstehen neuer kreativer Werke zu fördern. Dies erzielte man, indem man dem Urheber eine Beteiligung an dem Erlös des von ihm geschaffenen Werkes sicherte⁶⁶ (sog. Anreizfunktion des Urheberrechts). Gleichzeitig mussten aber auch die verschiedenen Interessen der anderen an der Nutzung und Verwertung des Werkes beteiligten Gruppen berücksichtigt werden: Dies sind neben den ursprünglichen Urhebern auch die zukünftigen Urheber, die ein Interesse am Zugang zu und an der Weiterverarbeitung von bereits bestehenden Werken haben, denn viele neue Schöpfungen entstehen durch Rekombination, Umarbeitung oder Neuinterpretation von bereits Vorhandenem. Des Weiteren musste auch Privaten ein gewisses Nutzungsrecht zugestanden werden, um ihre Beteiligung am kulturellen Leben der Gesellschaft zu gewährleisten. Schließlich hat auch die Gesellschaft als solche ein Interesse daran, ihre „public domain“, ihr allgemein zugängliches Wissen, zu bewahren und zu vergrößern. Aus diesem Grund wurde das Urheberrecht auch nur auf 70 Jahre post mortem auctoris begrenzt, um ebendiese Informationsfreiheit und die Schaffung neuer Werke nicht durch allumfassenden Schutz bestehender Werke und lange Schutzfristen zu blockieren⁶⁷. Das BVerfG formulierte dies wie folgt⁶⁸: „Die Interessen der Allgemeinheit gehen dahin, mit dem gekauften Werkstück nach Belieben verfahren zu dürfen und über die an diesem noch bestehenden Rechte mit der erforderlichen Klarheit informiert zu sein. Dem steht das Interesse des Urhebers an einer möglichst umfassenden Zuordnung der Verwertungsmöglichkeiten gegenüber.“

Weil nämlich der Urheber durch seine schöpferische Leistung den entscheidenden Beitrag zu dem veräußerten Produkt erbringt, gewährt das Gesetz ihm gewisse Urheberpersönlichkeitsrechte sowie ausschließliche Verwertungsrechte in den §§ 16 ff UrhG. Gegenüber dem Grundsatz des ausschließlichen Herrschaftsrechts des Urhebers über die Nutzung seines Werkes, gleich zu welchen

⁶⁶ Schack, Urheber- und Urhebervertragsrecht, Rn. 4.

⁶⁷ Schwerdtfeger/Kreuzer, Seite 217.

⁶⁸ BVerfGE 31, 229, 246.

Zwecken, ändert auch die „Generalklausel mit Einschränkungen“⁶⁹ des § 53 I Satz 1 UrhG nichts, was wiederum Folgen für die Auslegung in Grenzfällen hat. So ist §53 UrhG bei der Frage, ob bestimmte neue Nutzungsformen durch Erweiterung der Schranke auch privilegiert werden sollen, eng auszulegen. Die Auslegung habe sich diesbezüglich „an den technischen Gegebenheiten (...) im Zeitpunkt der Einführung des Privilegierungstatbestandes zu orientieren“⁷⁰, um einer Aushöhlung des Urheberrechts vorzubeugen.

Eine solche Aushöhlung ist aber, wie sich im Laufe der Zeit gezeigt hat, nicht zu befürchten, war das Urheberrecht doch schon mehrfach in der Lage, sich neuen technischen Entwicklungen, wie beispielsweise der Erfindung der Kopiertechnik, anzupassen und Ausgleichsregelungen zu finden. Außerdem würde die Beschränkung auf nur ein bestimmtes Vervielfältigungsverfahren die Entwicklung neuer Technologien hindern und die zukünftige technische Entwicklung beeinträchtigen⁷¹. Insofern steht der Normzweck einer generellen Anwendbarkeit des § 53 UrhG auch auf digitale Werkstücke nicht entgegen.

2. Besonderheiten des elektronischen Vervielfältigens

Offensichtlicher Vorteil des elektronischen Kopierens ist, dass zum einen beliebig viele Kopien erstellt werden können, ohne dass Qualitätsverluste auftreten, zum anderen, dass dabei kaum nennenswerte Kosten anfallen, da kein nennenswerter zusätzlicher Material- und Zeitaufwand erforderlich ist⁷². Insbesondere am Beispiel von kopierter Musik lässt sich dies verdeutlichen: Wird hier die Original-CD mit Hilfe eines CD-Brenners vervielfältigt, so geschieht dies schnell durch ein benutzerfreundliches Programm. Der Kopierende wird später keine Klangverluste hinnehmen müssen, wie dies früher noch beim Überspielen auf Kassetten der Fall war und die eingesetzten CD-Rohlinge sind im Vergleich zum Preis der Original-CD extrem billig und dazu ebenso lange haltbar. Ähnlich deutlich wird dies auch bei eingescannten und digitalisierten Büchern, die in dieser umgewandelten Form anschließend einfach an eine große Anzahl weiterer Nutzer weitergegeben, gelesen oder wieder ausgedruckt werden können. Aus diesen technischen Möglichkeiten heraus ergibt sich eine sehr viel intensivere Werknutzung als es die früheren Möglichkeiten boten und es werden

⁶⁹ Fromm/Nordemann, § 53 Rn. 2.

⁷⁰ BGH GRUR 1997, 464, 466, „CB-Infobank II“.

⁷¹ Winghardt, ZUM 2002, Seite 349, 352.

⁷² Koch, Internet-Recht, Teil VII 3.1, Seite 425.

mehr Nutzergruppen erschlossen. Damit sinkt aber auch für einen größeren Teil der potentiellen Käufer des ursprünglichen Werkes das Bedürfnis, ein körperliches Exemplar zu erstehen, zu mieten, entleihen oder herstellen zu lassen⁷³. Lehmann⁷⁴ unterteilt diese Gefahren anschaulich in „Vulnerabilität“ (höhere Verletzlichkeit durch technische Identität von Original und Kopie), „Ubiquität“ (Überallerhältlichkeit, vor allem durch das Internet) und „Digipulierbarkeit“ (also erhöhte Anfälligkeit digitaler Daten für Manipulation⁷⁵ durch neue technische Bearbeitungsmaßnahmen im Rahmen der Digitalisierung⁷⁶ urheberrechtlich geschützter Werke). Angesichts dieser erweiterten drohenden Gefährdung ist es umso wichtiger zu wissen, ob die neu geschaffenen digitalen Werkstücke auch unter den Vervielfältigungsbegriff des § 16 UrhG fallen und eine Urheberrechtsverletzung auslösen können, falls keine Privilegierung vorliegt⁷⁷.

3. Anwendbarkeit des § 16 UrhG

Wie festgestellt bedeutet Vervielfältigung eine körperliche Festlegung des Werks, die sich dazu eignet, das Werk den menschlichen Sinnen unmittelbar oder mittelbar wahrnehmbar zu machen⁷⁸. Wenn also ein gesamtes Werk digitalisiert wird, beispielsweise ein Text eingescannt oder Musik digital aufgenommen wird, so findet auf dem jeweiligen Speichermedium (Festplatte, Speicherchip, Kamera etc.) eine erneute körperliche Festlegung statt, welche die Wahrnehmung durch Wiedergabegeräte (PC und zugehöriger Bildschirm, Digitalkamera aber auch Ausdruck des Gescannten) den menschlichen Sinnen mittelbar ermöglicht. Dies gilt für jede Form der Digitalisierung urheberrechtlich geschützter Werke, die zu einer solch mittelbaren Wahrnehmung des geschützten Werkes führt⁷⁹. Damit ist die Voraussetzung für eine Vervielfältigung nach

⁷³ Haberstumpf, Handbuch des Urheberrechts, Rn. 283.

⁷⁴ In „Digitalisierung und Urheberrecht“, Cyberlaw, Seite 28 ff.

⁷⁵ Ähnliches meint wohl auch Dreier wenn er von „Digipulation“ spricht unter <http://www.ip.mpg.de/Online-Publikationen/dreier-Digi-Exploitation.html>.

⁷⁶ D.h. die Umsetzung von Werken in einen Binärcode, der durch Computer verarbeitet werden kann.

⁷⁷ Gerade diese die mit der Digitalisierung verbundene erhöhte Gefahr, dass das Werk weiter vervielfältigt und anschließend verbreitet wird sieht beispielsweise Schricker/Loewenheim, Urheberrecht, § 16 Rn. 18, als Hauptargument für eine Anwendung des § 16 UrhG.

⁷⁸ Siehe oben unter I A 2.

⁷⁹ Schricker/Loewenheim, Urheberrecht, § 16 Rn. 18; Schwerdtfeger/Kreuzer, Cyberlaw, Seite 245.

§§ 15 I Nr.1, 16 UrhG erfüllt⁸⁰, sowohl für die digitale Vervielfältigung analog als auch für die erneute Vervielfältigung digitalen Materials⁸¹. Unbestritten ist dies allerdings, wie im folgenden Teil näher erläutert, allein für nicht nur ganz vorübergehende Speichervorgänge⁸².

Nicht relevant ist im Prozess der Umwandlung die mit der Digitalisierung verbundene Umgestaltung des Originalwerkstückes, denn nach § 23 UrhG sind Bearbeitungen oder andere Umgestaltungen ohne Einwilligung des Urhebers zulässig, so lange die umgestaltete Version nicht veröffentlicht oder verwertet wird.

4. Urheberrechtliche Bewertung der Handlungen rund um das Internet

Im Rahmen der elektronischen Vervielfältigungen gibt es eine ganze Reihe von Problemkreisen rund um verschiedene Vervielfältigungshandlungen. Dieser Teil beschäftigt sich hauptsächlich mit der Frage der Nutzung des Internets, weil insbesondere sie aktuell diejenige ist, die für den Privaten mit am relevantesten - da immer häufiger eingesetzt - ist und sich hier vornehmlich die Frage stellt, welche Handlungen als Vervielfältigungen zu qualifizieren sind und wenn dem so ist, ob sie dann ebenfalls noch von der Privilegierung des §53 I Satz 1 UrhG erfasst werden. Schließlich ist bei der Nutzung des Internets schon rein technisch ein ständiges Vervielfältigen im Netz und beim Nutzer erforderlich⁸³: Andauernd findet ein Upload auf und Download von Servern der benötigten Dateien statt⁸⁴; meist erfolgt noch der Weg über zwischengeschaltete Proxyserver, bis die gewünschten Daten schließlich das Endgerät des Nutzers erreichen und dort auf der Festplatte gespeichert werden⁸⁵. Und selbst wenn der Nutzer die Daten nicht permanent speichern möchte, sondern nur Inhalte im Internet betrachten möchte (sog. Browsing, d.h. bloßes Sichtbarmachen auf dem

⁸⁰ Zustimmend: Fromm/Nordemann, § 16 Rn. 2; Hoeren, Grundzüge des Internetrechts, Seite 82; Boehme-Neßler, CyberLaw, Seite 239; Schack, Urheber- und Urhebervertragsrecht, Rn. 417.

⁸¹ Dreier in Schrickler, Urheberrecht auf dem Weg zur Informationsgesellschaft, Seite 165; Schack, Urheber- und Urhebervertragsrecht, Rn. 378.

⁸² Schrickler/Loewenheim, Urheberrecht, § 16 Rn. 17; Probleme wirft auch vor allem der Einsatz und die Vervielfältigung von Computerprogrammen auf, auf deren besondere Problematik hier jedoch nicht näher eingegangen werden soll.

⁸³ Haberstumpf, Handbuch des Urheberrechts, Rn. 246, 249.

⁸⁴ Schwerdtfeger/Kreuzer, Cyberlaw, Seite 176; beispielsweise den Upload auf einen Server als Vervielfältigung behandelnd LG München I vom 30.03.2000 in NJW 2000, Seite 2214, 2215.

⁸⁵ Siehe auch Hoeren, Grundzüge des Internetrechts, Seiten 83 und 84.

Bildschirm), so findet zumindest eine temporäre Speicherung im RAM⁸⁶ des abrufenden Computers statt. Hier bewegt man sich anders als dies die meisten Nutzer sehen nicht in einem rechtsfreien Raum. Natürlich fällt zwar ein Großteil des in Frage kommenden Materials aus dem Rahmen des Urheberrechts heraus, weil es nicht urheberrechtlich geschützt sondern gemeinfrei ist, oder aber weil es von den Autoren schon beim Einstellen ins Internet vorgesehen ist, dass ihre Werke frei zirkulieren, wie das beispielsweise bei Shareware oder Newsgroupbeiträgen der Fall ist. Daher muss für die Vorgänge, bei denen das nicht so ist, geklärt werden, ob sie als „körperliche Festlegung“ und damit als vom Vervielfältigungsrecht erfasst, anzusehen sind.

Bei den unkomplizierteren Fällen des Downloads und Uploads ist die Anwendbarkeit von § 16 UrhG schon deshalb zu bejahen, weil hier jeweils eine Festlegung auf dem eigenen Rechner bzw. auf dem Serverrechner stattfindet⁸⁷. Dagegen wird die Benutzung von Hyperlinks grundsätzlich nicht erfasst, da diese eher mit einem Querverweis oder Fundstellennachweis zu vergleichen sind⁸⁸. Das Setzen des Links wird nur dann zur Vervielfältigung, wenn durch die Aktivierung des Verweises ein Fenster geöffnet wird, das die Website eines anderen identisch zum Inhalt hat⁸⁹. Komplizierter wird die urheberrechtliche Bewertung, wenn es um temporäre Speicherungen geht. Zwar ist die Dauer der Festlegung eines Werkes grundsätzlich unerheblich, so dass vorübergehendes Kopieren regelmäßig eine Vervielfältigungshandlung darstellt⁹⁰, jedoch kann dies anders zu beurteilen sein, wenn es sich nur um eine sehr kurze Festlegung handelt, die im Wesentlichen nur technischen Charakter hat, z.B. um ein Abspielen des Werkes zu ermöglichen. Hierbei kann man unterscheiden zwischen (a) technisch bedingten Speicherungen beim Übertragungsvorgang der Daten, (b) den Vorgängen beim Browsen und der Speicherung im Arbeitsspeicher, und schließlich noch (c) der schlichten Anzeige der Daten auf dem Bildschirm.

a) Technisch bedingte Zwischenspeicherungen

Derartige Zwischenspeicherung bei der Übertragung von Datenpaketen vom Serverbetreiber zum Endnutzer werden hauptsächlich vorgenommen, um un-

⁸⁶ RAM steht für Random Access Memory und bezeichnet den Arbeitsspeicher des Rechners.

⁸⁷ Hoeren, Grundzüge des Internetrechts, Seite 82.

⁸⁸ Zu beidem siehe: Schricker/Loewenheim, Urheberrecht, § 16 Rn. 22 m.w.N.

⁸⁹ LG Hamburg vom 12.07.2000, MMR 2000, Seite 761, 762.

⁹⁰ Haberstumpf, Handbuch des Urheberrechts, Rn. 246.

terschiedliche Übertragungsgeschwindigkeiten auszugleichen. Diese Kopien sind aber nicht geeignet, das Werk den menschlichen Sinnen zugänglich zu machen. Außerdem wird die Vervielfältigung in den Routern nicht als wirtschaftliche Nutzung verstanden⁹¹. Sie gilt deshalb als urheberrechtlich irrelevant und daher auch nicht als Vervielfältigung im Sinne von § 16 UrhG⁹².

b) Browsen/Speicherung im Arbeitsspeicher

Beim Browsen durch das Internet besteht die technische Besonderheit, dass die betrachteten Seiten gleichzeitig auch immer noch in den sog. Cache-Speicher geladen werden. Wenn der Nutzer dann einige Seiten zurückblättert oder erneut aufruft, können diese aus dem Cache geladen und so schneller angezeigt werden, was Zeit und Geld spart, da die Seite nicht erneut über den Provider aus dem Netz heruntergeladen werden muss. Eine solche Cache-Datei wird auf der Festplatte abgelegt (sprich: körperlich festgelegt), so dass man von daher schon eine Vervielfältigungshandlung annehmen kann⁹³.

Auch die beim Browsen erfolgenden Zwischenspeicherungen im RAM, beispielsweise wenn eine Animation heruntergeladen und abgespielt wird, sind als urheberrechtlich relevante Vervielfältigungen zu bewerten, denn es ist ja gerade Sinn der Kopie im RAM, das Werk zur Betrachtung den menschlichen Sinnen zugänglich zu machen⁹⁴. Außerdem ist es Zweck des Urheberrechts, den Urheber von allen möglichen Werknutzungen profitieren zu lassen. Wie oben bereits aufgezeigt, führt eine Digitalisierung auch zu einer gesteigerten Werknutzung. Das gleiche gilt für die hier in Frage stehende Festlegung im Arbeitsspeicher, denn diese ist nicht nur technisch betrachtet schon eine Vervielfältigung, sondern die so erstellte Kopie soll gerade unabhängig von der bereits vorher vorhandenen eine weitere Werknutzung ermöglichen⁹⁵. Erforderlich ist

⁹¹ Schack, Urheber- und Urhebervertragsrecht, Rn. 417; ebenfalls ablehnend: Spoor, The future of copyright, Seite 70.

⁹² Fromm/Nordemann, § 16 Rn. 2; Schricker/Loewenheim, Urheberrecht, § 16 Rn. 23 sieht Routing-Leistungen ebenfalls als nicht erfasst an, wohl aber die Vorgänge bei der Kommunikation mit dem Proxyserver; ebenso Weinknecht/Bellinghausen, Multimedia-Recht, Seite 85.

⁹³ Bejahend Schack, Urheber- und Urhebervertragsrecht, Rn. 417, 379, auch bzgl. einer Speicherung auf dem Proxyserver des Internet Service Providers.

⁹⁴ Fromm/Nordemann, § 16 Rn. 2.

⁹⁵ Schricker, Urheberrecht auf dem Weg zur Informationsgesellschaft, Seite 112 sieht dies für nicht erfüllt an beim Einlesen eines online übermittelten Datensatzes in den Arbeitsspeicher des Empfängers, obwohl dieser Vorgang doch genauso eine unabhängige Benutzung erlaubt; Schricker/Loewenheim, Urheberrecht, § 16 Rn. 19.

daher immer eine wertende Betrachtung danach, ob die vorübergehende Vervielfältigung das legitime Interesse des Rechtsinhabers berührt, die damit verbundene Nutzung zu kontrollieren und an den wirtschaftlichen Vorteilen beteiligt zu werden. Eine Ausnahme kann nur dann gelten, wenn die Zwischenspeicherung keinen eigenen wissenschaftlichen Wert verkörpert⁹⁶. Zudem macht § 69c I Nr. 1 UrhG die vorübergehende Vervielfältigung für Computerprogramme zustimmungspflichtig. Argumentiert wird daher, es würde zu einer unangemessenen Benachteiligung führen, bei anderen Werken als Computerprogrammen etwas anderes gelten zu lassen⁹⁷, da deren Urheber genauso schutzwürdig seien. Daher fällt nach der h.M. auch die RAM-Speicherung unter das Vervielfältigungsrecht aus § 16 UrhG⁹⁸.

c) **Reine Anzeige auf dem Bildschirm**

Schließlich bleibt noch zu klären, ob auch das schlichte Sichtbarmachen des Werkes auf dem Bildschirm (sog. Bildschirmanzeige) das Vervielfältigungsrecht verletzen kann. Dafür wird angeführt, dass sich nur auf diese Weise eine hinreichende Kontrolle der Urheber über ihre geschützten Werke erzielen ließe; eine gänzliche Freistellung drohe die ausgewogenen Schrankenregelungen zu unterlaufen, sei doch das Betrachten aufgerufener Dokumente auf dem Bildschirm dem Ausdruck in vielen Fällen auch in wirtschaftlicher Hinsicht vergleichbar⁹⁹. Dagegen spricht die bereits mehrfach genannte Definition der Vervielfältigungshandlung: Schließlich wird das digitale Werk im Bildschirm nicht „festgelegt“, wie es für § 16 UrhG erforderlich ist, sondern es erfolgt nur die unkörperliche Wiedergabe des in digitaler Form festgelegten Werkes¹⁰⁰. Zudem hätte man auch hier wieder das Problem einer tatsächlichen Überwachung solcher Vorgänge, sowie einen zu starken Eingriff in die Privatsphäre der Nutzer. Außerdem erfolgt vor dem Anzeigen auf dem Bildschirm zwangsläufig die Speicherung im Arbeitsspeicher. Für diese aber wird die Frage der Vervielfältigungshandlung bereits von der h.M. bejaht (siehe oben unter b), so dass hier nicht noch einmal eine gesonderte Rechtsverletzung festgestellt werden muss.

⁹⁶ Hoeren, Grundzüge des Internetrechts, Seite 85.

⁹⁷ Schrickler/Loewenheim, Urheberrecht, § 16 Rn. 19; Hoeren, Grundzüge des Internetrechts, Seite 84.

⁹⁸ Hoeren, Grundzüge des Internetrechts, Seite 84 m.w.N.; auch: Spoor, The future of copyright, Seite 70; Koch, Internet-Recht, Teil VII 3.1, Seite 427; Boehme-Neßler, CyberLaw, Seite 239.

⁹⁹ Schrickler, Urheberrecht auf dem Weg zur Informationsgesellschaft, Seite 113, 114.

¹⁰⁰ Schrickler/Loewenheim, Urheberrecht, § 16 Rn. 20.

Das Vervielfältigungsrecht ist daher durch die Bildschirmanzeige nicht betroffen¹⁰¹.

Auch der BGH¹⁰² sieht nicht jeden technischen Kopiervorgang als vom Vervielfältigungsrecht erfasst. Dies ist insoweit sinnvoll, als man Gefahr läuft, bei einer Einbeziehung aller in Frage kommenden Handlungen in die Definition des § 16 UrhG den Begriff zu stark auszuweiten. Das aber wiederum würde dazu führen, dass man ständig Vervielfältigungsrechte in Anspruch nimmt, auch bei Handlungen, für die das dem unbedarften Nutzer nicht immer klar ist, wie eben beim reinen „Internetsurfen“.

5. Privilegierung auch digitaler Kopien nach § 53 I Satz 1 UrhG?

Die meisten der genannten Vorgänge werden natürlich im Rahmen des § 53 I Satz 1 UrhG stattfinden¹⁰³, also zu privaten Zwecken. Bei einer Zwischenspeicherung zu kommerziellen Zwecken, z.B. Seitens der Provider, die gewerbliche Proxy-Cache-Server betreiben, ist dagegen zumindest eine konkludente Erlaubnis der Urheber erforderlich¹⁰⁴. In diese Richtung geht auch ein Vorschlag hinsichtlich der Behandlung des privaten Browsens, der ohne eine Rechtfertigung der erstellten Kopien über § 53 I Satz 1 UrhG auskommt: Danach liegt grundsätzlich eine Vervielfältigungshandlung beim Speichern im RAM vor, diese ist aber gleichzeitig von einer impliziten Zustimmung des Berechtigten gedeckt¹⁰⁵. Eine solche Argumentationsweise hat den Vorteil, die Lösung für einen ansonsten eventuell zusätzlich auftauchenden Konflikt zu bieten:

Denn bei der Frage, ob § 53 I Satz 1 UrhG ohne weiteres auf digitalisiertes Material zu übertragen ist, ist zu überdenken, ob die bisher von der Rechtsprechung festgesetzte Obergrenze von sieben privaten Vervielfältigungsstücken (siehe oben, I A 4. a) noch so wie bisher angewendet werden kann oder aber eingeschränkt/ausgeweitet werden muss.

¹⁰¹ So auch BGHZ 112, 264, 278 „Betriebssystem I“ und Schwerdtfeger/Kreuzer, Cyberlaw, Seite 243; Koch, Internet-Recht, Teil VII 3.1, Seite 428; Fromm/Nordemann, § 16 Rn. 2.

¹⁰² BGHZ 112, Seite 264, 278 „Betriebssystem I“.

¹⁰³ So nimmt dies auch Boehme-Neßler an (CyberLaw, Seite 240).

¹⁰⁴ Koch, Internet-Recht, Teil VII 3.1, Seite 431, Boehme-Neßler, CyberLaw, Seite 240.

¹⁰⁵ Vorschlag von Schrickler/Loewenheim, Urheberrecht, § 16 Rn. 19.

Ein Beibehalten der Sieben-Kopien-Grenze wird von teilweise¹⁰⁶ für einzelne Elemente aber auch für ein gesamtes Multimedia-Produkt bejaht. Für eine Beschränkung der Stückzahl würde die nun schon mehrfach aufgezeigte Unkompliziertheit in Herstellung und Verbreitung digitaler Kopien und die damit verbundene erhöhte Missbrauchsmöglichkeit sprechen, besteht doch hier besonders die Gefahr, dass die so hergestellten Kopien als Vorlagen für weitere perfekte Kopien dienen¹⁰⁷. Praxisnaher ist es aber wohl, sich zu vergegenwärtigen, dass gerade auch beim Gebrauch des Internets während der Nutzungshandlung so viele verschiedene Kopiervorgänge stattfinden, dass eine zustimmungsfreie Anzahl von sieben Kopien in den meisten Fällen nicht ausreichen wird, und man die Obergrenze eigentlich noch weiter hochsetzen müsste. Das aber würde zum einen definitiv den ohnehin schon deutlich ausgereizten Rahmen der Auslegung „einzelner Vervielfältigungsstücke“ sprengen, zum anderen wären mehr als sieben Kopien erst recht im Bereich der digitalen Offline-Vervielfältigung zu viel. Zwar eröffnen digitale Medien auch in der Offline-Handhabung mehr Nutzungsmöglichkeiten als analoge. Eine Höchstgrenze von sieben Kopien dürfte aber auch hier immer noch ausreichend sein. Schließlich ist mit den Einsatz auf verschiedensten Multimediageräten auch eine erhöhte Missbrauchgefahr verbunden¹⁰⁸. Insofern besteht auch kein Änderungsbedarf in Richtung Ausweitung der Obergrenze.

Hier aber unterschiedliche Höchstgrenzen für On- und Offline-Kopiervorgänge einzuführen wäre ungleich komplizierter und auch für den Nutzer schwerer durchschaubar als der oben gezeigte Vorschlag, die Höchstgrenzen auch für digitale Vervielfältigungen so zu belassen, wie sie sind, und die Handlungen beim Browsen als von einer impliziten Zustimmung des Urhebers gedeckt anzusehen. So würden die schutzwürdigen Belange der Urheber auch weiterhin beachtet (durch die Beibehaltung der Höchstgrenze), dabei aber auch die Nutzerinteressen an einer praktikablen und risikofreien Informationsbeschaffung und an Online- wie Offline-Nutzung von Werken nicht außer Acht gelassen.

¹⁰⁶ So beispielsweise Weinknecht/Bellinghausen, Multimedia-Recht, Seite 85.

¹⁰⁷ Gegen die Obergrenze von sieben Stück auch: Goldmann/Liepe, ZUM 2002, Seite 362, 364; Schack, ZUM 2002, Seite 497, 501.

¹⁰⁸ Dagegen Hoeren, Urheberrecht und Verbraucherschutz, Seite 13, der die starre Grenze als im Einzelfall für die digitale Nutzung nicht ausreichend ansieht.

6. Reformvorschläge

Die dargestellten Diskussionen haben gezeigt, dass es nötig ist, sich prinzipiell zu fragen, ob das bisherige System der Verwertungsrechte überhaupt noch den Bedürfnissen der heutigen Informationsgesellschaft gerecht wird. Schon in der Vergangenheit war die Anpassung des Urheberrechts an den technischen Fortschritt notwendig geworden, beispielsweise an die Entwicklung der Vervielfältigungstechniken, mit dem Unterschied, dass sich die qualitativen und quantitativen Dimensionen der digitalen Technologien nicht mit dem bisher Dagewesenen vergleichen lassen. Daher wird der Verdacht gehegt, dass die Beibehaltung der privaten Kopierfreiheit im digitalen Zeitalter zum Missbrauch der vom UrhG verliehenen Freiheit verführt¹⁰⁹, man denke nur an den regen Austausch von digitalisierten Musikdateien über das Internet an Menschen, die eindeutig nicht unter den engeren Freundes- oder Familienkreis fallen. Aus diesem Grunde gibt es eine Reihe von Reformvorschlägen, von denen einige im Folgenden kurz dargestellt und auf ihre Tauglichkeit hin geprüft werden.

a) Kreation neuer Verwertungsrechte

Da die in § 15 UrhG aufgezählten Rechte des Urhebers nur beispielhaft sind¹¹⁰, wird vorgeschlagen, die Verwertungsvorgänge rund ums Internet als neue, unbenannte Verwertungsrechte anzuerkennen¹¹¹. Damit wäre man aber wieder beim gleichen Problem wie schon oben aufgezeigt: Würde jegliche Form der digitalen Kopie vom Verwertungsrecht des Urhebers erfasst sein, würde schon der reine *Gebrauch* eines urheberrechtlich geschützten Werkes (beispielsweise auch das Betrachten eines Werkes auf einer Internetseite), der an sich zulässig ist, nicht mehr ohne weiteres erlaubt sein, weil immer irgendeine Art von Kopiervorgang im digitalen Umfeld dazu nötig wäre¹¹². Bei einer solchen Lösung müsste man daher auch gleichzeitig immer von einer impliziten Zustimmung des Urhebers für bestimmte Vorgänge ausgehen, wie dies oben¹¹³ schon vorgeschlagen wurde oder aber bestimmte Verwertungsvorgänge in diesem Zusam-

¹⁰⁹ Hoeren, Grundzüge des Internetrechts, Seite 107.

¹¹⁰ Siehe Wortlaut des § 15 I UrhG, 2. Hs: „das Recht umfasst *insbesondere*“.

¹¹¹ So Haberstumpf, Handbuch des Urheberrechts, Rn. 286 der dort auf LG München I vom 30.03.2000 in NJW 2000, Seite 2214, 2215 verweist.

¹¹² Spoor, The future of copyright, Seite 70.

¹¹³ Siehe unter I B 5.

menhang (beispielsweise die nur kurzzeitig erfolgenden Zwischenspeicherungen) auch als von den Schrankenbestimmungen erfasst ansehen.

b) Digitale Privatkopie vom Anwendungsbereich des § 53 UrhG ausnehmen

Der nächste Vorschlag geht noch weiter zu Lasten der privaten Nutzer, da er vorsieht, die digitale Kopie generell vom Anwendungsbereich des §53 I Satz 1 UrhG auszunehmen.

Gerechtfertigt werden könnte ein solcher Vorschlag nur durch eine teleologische Reduktion des §53 UrhG¹¹⁴ im Hinblick auf Art. 9 II RBÜ¹¹⁵. Dieser Artikel erlaubt Ausnahmeregelungen nur unter der Voraussetzung, dass die Vervielfältigung weder die normale Auswertung des Werkes beeinträchtigt noch die berechtigten Interessen des Urhebers unzumutbar verletzt. Das deutsche Urheberrecht muss diese Bestimmung berücksichtigen. Dabei kann argumentiert werden, bei der Qualität der heute herstellbaren digitalen Vervielfältigungsstücke sei die „normale Auswertung“ - gerade im Hinblick auf die zunehmende Bedeutung einer dergestalteten Nutzung – beeinträchtigt.

Diesen Ansatz unterstützen würde eine bereits 1955¹¹⁶ vom BGH getroffene Aussage (damals noch zu den entsprechenden Regelungen des LUG), dass der Gesetzgeber bei Schaffung der Schrankenregelungen nur solche Ausnahmen vom Vervielfältigungsrecht des Urhebers habe zulassen wollen, die keine ins Gewicht fallende Beeinträchtigung der wirtschaftlichen Interessen der Urheber darstellen. In dem damaligen Fall hieß es, die Entwicklung der Kopiertechnik habe außerhalb des Vorstellungskreises des damaligen Gesetzgebers gelegen und solle daher auch nicht von der Privilegierung erfasst werden.

Ein begrenzter Vorstellungskreis des Gesetzgebers bei der Ausarbeitung einer neuen Regelung kann jedoch kein sonderlich ins Gewicht fallendes Argument sein, denn oft werden gerade aus diesem Grund „weite“ Formulierungen im Gesetzestext gewählt, weil der Gesetzgeber selbst einsieht, nicht alle zukünftigen Fälle voraussehen zu können. Ziel einer Gesetzesauslegung kann es daher nicht sein, den wirklichen Willen eines historischen Gesetzgebers zu er-

¹¹⁴ Schack, ZUM 2002, Seite 497, 500.

¹¹⁵ Berner Übereinkunft: Staatenverbund von 1886, seit 1896 mehrfach revidiert, daher auch „Revidierte Berner Übereinkunft“ (im Folgenden „RBÜ“).

¹¹⁶ BGHZ 17, 266, 285 „Grundig-Reporter“.

mitteln, sondern vielmehr die heutige rechtlich maßgebliche Bedeutung des Gesetzes zu erfassen¹¹⁷.

Dagegen ist aber dem ersteren Argument des BGHs zuzustimmen, da dieses sich mit dem schon mehrfach genannten Ansatz des Urheberrechts an möglichst großer wirtschaftlicher Beteiligung des Urhebers deckt. Jedoch sollte man bedenken, dass ein Wegfall der Zulässigkeit der Privatkopierfreiheit im digitalen Bereich nach dem jetzigen Stand des Gesetzes dazu führen würde, dass ohne die Rechtfertigung des Verlustes durch solche privat erstellten Kopien auch die Rechtfertigung für die Vergütungsansprüche aus §§ 54 ff UrhG entfallen würde, und zuguterletzt dem Urheber weder Vergütungsansprüche noch ein effektiv durchsetzbares Verbot zur Verfügung stünden¹¹⁸. Damit würde der urheberschützende Ansatz des Gesetzes in der Praxis genau in sein Gegenteil verkehrt werden.

Auch wird in diesem Zusammenhang wieder argumentiert, die Schrankenregelungen müssten grundsätzlich eng ausgelegt werden, bei den Schranken zu §§ 15 UrhG vor allem deshalb, weil dort ein sehr detaillierter Regelungsgehalt festgeschrieben wurde, der darauf abzielt, möglichst alle Fälle zu erfassen, in denen eine Ausnahme geboten ist¹¹⁹. Würde man einer solchen Argumentation folgen, müsste man tatsächlich folgern, dass die digitale Kopie gerade nicht vom Privilegierungstatbestand des §53 I Satz 1 UrhG erfasst werden soll, auch nicht im Wege einer erweiterten Auslegung der Bestimmung. Nähme man aber tatsächlich alle Handlungen im digitalen Umfeld von der Privatkopierfreiheit aus, ergäbe sich wieder das Problem, dass man die Zahl der dann urheberrechtswidrig vorgenommenen Vervielfältigungen nicht kontrollieren und damit auch nicht sanktionieren könnte und so der Gesetzgeber eine lediglich auf dem Papier gut aussehende, in der Praxis aber irrelevante Regelung schaffen würde. Zudem würde dieser Eingriff in die Schrankenregelungen das bisher gut austarierte Gleichgewicht der verschiedenen Interessen stören, und zu sehr in die Privatsphäre der Nutzer hineinregieren, was durch die Schrankenregelung des

¹¹⁷ Kröger, MMR 2002, Seite 18, 20.

¹¹⁸ Loewenheim, Festschrift für Kraft, Seite 359, 368.

¹¹⁹ Haberstumpf, Handbuch des Urheberrechts, Rn. 315.

§ 53 UrhG bei dessen Schaffung ja gerade vermieden werden sollte¹²⁰. Ob eine Anpassung an das veränderte digitale Umfeld aber solch geradezu gravierende Eingriffe rechtfertigt, ist mehr als fraglich, weshalb eine Komplettausnahme der digitalen Privatkopie von der Schrankenregelung des § 53 UrhG als nicht wünschenswert anzusehen ist.

c) Digitale Kopie privilegieren, Ausgleichsregelungen anpassen

Der dritte Lösungsvorschlag sieht genau das Gegenteil des vorangegangenen Vorschlags vor und möchte die digitale Kopie genauso wie die analoge von § 53 I Satz 1 UrhG erfasst sehen. Als Ausgleich sollen die Vergütungssätze des § 54d UrhG angewendet werden und der Kreis der Geräte, auf die eine nach § 54a I UrhG zusätzliche Abgabe erhoben wird, für Geräte, bei denen die Herstellung digitaler Kopien im Rahmen des § 53 UrhG zu erwarten ist, erweitert werden, so dass etwa auch Modems, Drucker und PCs (bzw. deren Festplatten) erfasst werden¹²¹. Diesem Vorschlag gemäß entschied die Schiedsstelle des Deutschen Patent- und Markenamtes am 04. Februar 2003 auch zugunsten von VG Wort und VG Bild, dass künftig eine angemessene Pauschale in Höhe von 12 Euro pro PC-Komplettsystem erhoben werden soll¹²². Eine solche Lösung würde dem bisherigen Prinzip des Urheberrechts entsprechen, bei dem die Privatkopie auch nur deswegen gewährt wird, weil der Urheber über die §§ 54 ff UrhG einen Ausgleich erhält. Insofern erscheint es logisch, dass dieser Ausgleich höher ausfallen muss, wenn dem Nutzer durch eine Ausweitung des § 53 UrhG auf digitale Werkstücke auch eine erhöhte freigestellte Nutzungsmöglichkeit gewährt wird.

Eingeschränkt wird dieser Ansatz zum Teil¹²³ durch den Zusatz, dies solle nur für Handlungen gelten, die der Privilegierte selbst vornimmt, wobei es m. E. schwierig werden würde, hier eine genaue Definition zu finden, wann der Be-

¹²⁰ BT-Drucks. IV/270, Seite 71 ff.

¹²¹ Schricker, Urheberrecht auf dem Weg zur Informationsgesellschaft, Seite 165; Haberstumpf, Handbuch des Urheberrechts, Rn. 284; Schack, ZUM 2002, 497, 510; derartige Verhandlungen fanden bereits 2001 zwischen dem Branchenverband Bitkom und den Verwertungsgesellschaften statt, siehe Heise-Meldung vom 16.10.2001 „Verhandlungen über Urheberrechtsabgaben auf PCs festgefahren“ Unter: <http://www.heise.de/newsticker/data/hod-15.10.01-001/>.

¹²² Heise-Meldung vom 04.02.2003, „IT-Branchenverband wettet gegen Urheber-Pauschale für PCs“ Unter: <http://www.heise.de/newsticker/data/jk-04.02.03-008/>.

¹²³ Nur von Schricker, Urheberrecht auf dem Weg zur Informationsgesellschaft, Seite 165.

günstigste noch selbst kopiert und wann er sich der Hilfe eines Dritten bedient. Gerade bei der Internet-Nutzung, deren Problemfelder bereits oben aufgezeigt wurden, wäre es nicht immer einfach zu differenzieren. Beispielsweise würde sich die Frage stellen, wie die Vervielfältigungshandlungen eines Providers bei Aufruf einer Website mit geschütztem Inhalt durch den Nutzer zu bewerten sind. Hier nimmt der privilegierte Private die Handlung nicht selbst wahr, ist jedoch für die anschließende Ausübung seiner Freiheit darauf angewiesen, dass ein Dritter, eben der Provider, vorher tätig wird. Auch derjenige, der technisch nicht versiert genug ist, um eine Vervielfältigung vorzunehmen und daher auf die Hilfe Dritter angewiesen ist, wäre bei einer solchen Einschränkung benachteiligt. Schließlich ist die Herstellung durch Dritte für die analoge Vervielfältigung erlaubt. Eine andere Regelung für den digitalen Bereich zu treffen ließe sich daher nur schwer rechtfertigen. Insoweit erscheint eine Beschränkung auf Handlungen, die nur der Privilegierte selbst vornimmt, als nicht günstig, da sie mehr Probleme aufwerfen als lösen würde.

d) Generelle Neuordnung der Schranken

Viel genereller setzt schließlich der letzte Vorschlag an, der gleich eine komplette Neuordnung der nach dieser Ansicht zu statischen Schrankenregelungen der §§ 45 ff UrhG vorsieht¹²⁴: Statt eines enumerativen Ausnahmenkatalogs soll eine „Megaschranke“ im Stil des aus dem angelsächsischen Bereich kommenden „fair use“ eingeführt werden, die dynamisch genug wäre, auch künftige technische und wirtschaftliche Entwicklungen aufzufangen. Diese würde jede Nutzung von Werken, die weder die berechtigten Interessen des Rechtsinhabers unzumutbar beeinträchtigt noch der normalen Auswertung des Werkes zuwiderläuft ohne Zustimmung des Rechtsinhabers als zulässig ansehen. Insbesondere der bereits erwähnte Art. 9 II RBÜ käme als möglicher Weg zur Einführung einer solchen Megaschranke in Betracht.

Sicherlich wäre eine derart flexible Regelung gut geeignet, den jeweiligen Einzelfall gerecht zu behandeln. Jedoch würde man damit auf der anderen Seite auf den Vorteil der kontinentaleuropäischen Lösung verzichten, die klar umrissene Tatbestände beschreibt und präzise die einzelnen Ausschluss- und Verwertungsrechte festlegt¹²⁵. Eine solche Regelung ist im Interesse der Rechts-

¹²⁴ Hoeren, Grundzüge des Internetrechts, Seite 110.

¹²⁵ Spindler, GRUR 2002, Seite 105, 115.

klarheit für die Nutzer einer verschwommenen Megaschranke mit unklarer Interessenabwägung vorzuziehen.

C. Vergleich mit angelsächsischem Bereich

Bevor unter II näher auf die Informationsrichtlinie eingegangen wird, ist von Bedeutung, zuvor kurz die europäische Urheberrechtstradition der angelsächsischen gegenüberzustellen, da sich gerade aus diesen Divergenzen heraus besser einordnen und erklären lässt, warum eine Harmonisierung nicht leicht zu erzielen ist und warum sich die Informationsrichtlinie und der Gesetzgeber bei Umsetzung derselben für die jeweilige Ausgestaltung der neuen Bestimmungen entschieden hat.

Schlagwortartig lässt sich formulieren, dass die europäische Tradition mit dem von Frankreich ausgehenden „Droit d’auteur“ einem naturrechtlichen Verständnis des Eigentums entspringt und den Schutz des Urhebers und seine Beziehung zu seinem Werk in den Mittelpunkt stellt¹²⁶. Dagegen hebt das anglo-amerikanische Copyright Law in erster Linie den ökonomischen Aspekt hervor und will vorrangig die produzierten Waren schützen¹²⁷.

Das in den Vereinigten Staaten erst 1795 durch Bundesgesetz eingeführte „Copyright“ begann ursprünglich in England als Kopierrecht der Verlage („publisher’s right“)¹²⁸, beruhend auf gemeinwohl-orientierten Nützlichkeitsabwägungen. 1710 verabschiedete dort das Parlament ein Gesetz (sog. „Statute of Anne“) zum Schutz des Copyrights, das aus einem Instrument der Zensur und der Monopolbildung¹²⁹ ein marktregulierendes Konzept machte, mit begrenzter Dauer des Copyrights und Zugänglichkeit des Rechts für jedermann. Dabei jedoch war und ist auch heute noch der Gedanke des Copyrights als ein Recht des *Autors* eher Theorie, denn im praktischen Geschäftsleben übertragen die Autoren meist ihre gesamten Rechte an die Verleger¹³⁰, welche anschließend den Profit einstreichen. Die Kontrolle des Urhebers über sein Copyright endet mit Abtreten seiner Rechte an diese Verwerter.

¹²⁶ Dazu auch Sietmann, „Wissen ist Geld“ Unter: <http://www.heise.de/ct/02/24/108/>.

¹²⁷ Boehme-Neßler, CyberLaw, Seite 227.

¹²⁸ Näher dazu Rosenoer, Cyberlaw, Seite 34.

¹²⁹ „Under the old system, all literature belonged to some booksellers forever, and only literature that met the censorship standards as administered by the booksellers could ever appear in print“, siehe Rosenoer, Cyberlaw, Seite 32.

¹³⁰ Rosenoer, Cyberlaw, Seite 35.

Darin besteht einer der wesentlichen Unterschiede zum europäischen Urheberrecht: Nach europäischer Konzeption bleiben auch nach Veräußerung der Nutzungsrechte immer noch gewisse Urheberrechte am Werk bestehen, derer sich der Urheber auch nicht begeben kann (vgl. z.B. in Deutschland dazu die entsprechende Regel des §29 I UrhG). Seine Rechte werden nach dem deutschen Urheberrechtsgesetz durch einen enumerativen Katalog einzelner Schranken in unterschiedlich starker Ausprägung¹³¹ begrenzt. So wie diese Schranken der §§ 53 ff UrhG in bestimmten Fällen greifen, so werden auch die Rechte der sog. „Copyright Holders“ eingeschränkt durch die große, weit formulierte Schranke der „fair use“ - Doktrin¹³² in Section 107 des Copyright Acts. Das Konzept des „fair use“ sieht unter bestimmten Umständen Ausnahmen vom Kopierverbot vor, wenn der übernommene Teil relativ gering ist oder der Grund für die Übernahme Kritik, Kommentar, Nachrichten, Unterricht oder Recherche ist¹³³. Hinsichtlich des Zwecks der Nutzung ist zudem vor allem ausschlaggebend, ob es eine geschäftliche Nutzung ist oder nicht, von welcher Art das geschützte Werk ist und welche wirtschaftlichen Auswirkungen diese Nutzung auf den möglichen Markt des geschützten Werkes hat¹³⁴. So ist dem berechtigten Nutzer die „normale Benutzung“ des Werkes erlaubt, solange sie nicht die normale Auswertung des Werkes beeinträchtigt¹³⁵. Vorteil einer derartigen Regelung ist, dass sie eine sehr flexible Abwägung der Urheber- und der Nutzerinteressen erlaubt. Kennlich gemacht wird das Copyright durch einen Copyrightvermerk in Form des ©, gefolgt von dem Jahr, in dem das Werk veröffentlicht wurde und dem Namen des Rechtsinhabers. Zu beachten ist, dass nach dem Common Law auch derjenige Urheber sein kann, der die wirtschaftliche und technische Organisationshoheit hat, wohingegen die Civil-Law-Systeme auf dem Schöpferprinzip aufbauen und prinzipiell nur natürliche Personen als Urheber anerkennen¹³⁶.

Auch das heutige Urheberrecht ist von diesen Gegensätzen des kontinentaleuropäischen Droit d’auteur auf der einen Seite zum britischstämmigen Copy-

¹³¹ Dusollier/ Pouillet/ Buydens, Infoethics 2000, Seite 10 unterscheiden hier zwischen „offenen“ (=amerikanisches Konzept) und „geschlossenen“ (= kontinentaleuropäisches Konzept) Systemen; dazu auch: Hoeren, Grundzüge des Internetrechts, Seite 91.

¹³² Ausführlich dazu Götting/Blumenstock, Multimedia, Seite 178 ff.

¹³³ Zu den einzelnen Voraussetzungen im Détail siehe: Kurz, Internet and the law, Seite 26 ff.

¹³⁴ Hoeren, Grundzüge des Internetrechts, Seite 110.

¹³⁵ Schack, Urheber- und Urhebervertragsrecht, Rn. 481.

¹³⁶ Loewenheim, Festschrift für Kraft, Seite 359, 363.

rightssystem auf der anderen Seite, das den Charakter der Urheberrechts als Wirtschaftsgut in den Vordergrund stellt, geprägt¹³⁷. Sie sind mit ein Grund dafür, dass noch kein einheitliches Konzept für ein Gemeinschaftsurheberrecht entwickelt werden konnte. Immerhin erfolgt nach und nach zumindest eine schrittweise Harmonisierung in Einzelfragen durch die in den letzten Jahren verabschiedeten Richtlinien¹³⁸. Eine derartige Vorgehensweise birgt aber nicht nur die Gefahr in sich, dass das Ergebnis nur Stückwerk aus Kompromissen ist und die voneinander unabhängig getroffenen Einzelregelungen auf Dauer zu Systembrüchen führen, sondern es wurden bislang eher nur Randgebiete des traditionellen Urheberrechtsschutzes geregelt, nicht aber dessen Kernbereich¹³⁹. Mit der Informationsrichtlinie fand endlich der Versuch statt, auch die zentralen Verwertungsrechte zu vereinheitlichen.

Die im zweiten Teil wegen ihrer neu eingeführten Artikel zur Privatkopierfreiheit und deren Grenzen ausführlich dargestellte Informationsrichtlinie von 2001 hat sich mit einem starken Schutz des Urhebers im Wesentlichen für die europäische Linie entschieden. Dennoch sind auch angelsächsische Einflüsse zu erkennen, beispielsweise wenn die Richtlinie nicht mehr von den „Autoren“ oder „Urhebern“ spricht, sondern die Bezeichnung der „Rechtsinhaber“, die ja durchaus verschieden von den Erstgenannten sein können, wählt und damit einen starken Akzent zugunsten derjenigen setzt, welche die wirtschaftliche Verwertung der Werkstücke übernehmen. Auch mit der Schaffung eines Verbots für die Umgehung technischer Kopierschutzmechanismen (Art. 6 der Richtlinie) wird das Werk als wirtschaftlich durch digitale Vervielfältigung gefährdete „Ware“ geschützt, dem Ansatz nach dem Vorbild des DMCA¹⁴⁰ in den USA folgend.

D. Fazit aus Teil I

Die Privatkopierfreiheit im deutschen Urheberrecht ist als Schranke vom ausschließlichen Vervielfältigungsrecht des Urhebers ausgestaltet. In ihrer Auslegung treten vor allem hinsichtlich des Begriffs der zulässigen „einzelnen Vervielfältigungen“ Konflikte auf, sowie hinsichtlich der Frage, ob eine rechtmä-

¹³⁷ Loewenheim, Festschrift für Kraft, Seite 359, 360.

¹³⁸ Dazu mehr unter II A 4.

¹³⁹ Schippan, ZUM 2001, Seite 116, 117.

¹⁴⁰ Digital Millennium Copyright Act, siehe auch unter II A 5.

ßige Vorlage Voraussetzung für die Ausübung der Privilegierung sein soll. Im Ergebnis werden nach noch geltendem Recht auch Kopien, die von illegalen Vorlagen gemacht wurden, von § 53 I Satz 1 UrhG erfasst. Auf Seiten der Verwerter wird die Freiheit, die dem Privatkopierenden gewährt wird, mit einem Vergütungsanspruch ausgeglichen. Bei nicht erlaubten und nicht gerechtfertigten Vervielfältigungen muss der Nutzer zivilrechtlich haften.

Digitale Vervielfältigungen sind nach dem Wortlaut des § 53 I Satz 1 UrhG de lege lata genauso wie analoge privilegiert¹⁴¹. Dem steht auch der Normzweck nicht entgegen. Allerdings bringen die Besonderheiten der digitalen Vervielfältigung eine erhöhte Missbrauchsgefahr mit sich. Unter § 16 UrhG fallen digitalisierte Werke dann, wenn eine erneute körperliche Festlegung stattfindet. Dies wirft für die Bewertung von Handlungen bezüglich des Internets Schwierigkeiten in der Bewertung auf, da hier vielfach nur ephemere Vervielfältigungen ohne dauerhafte körperliche Festlegung vorkommen. Daher werden rein technische bedingte Speicherungen nicht als Vervielfältigung i.S.d. § 16 UrhG angesehen, ebenso wenig wie die reine Bildschirmanzeige. Dagegen ist die Speicherung im RAM und das Cachen während des Internet-Browsers sehr wohl erfasst.

Die Frage einer Privilegierung digitaler Kopien bringt aber neue Probleme mit sich: Fällt der Vorgang des Browsens unter den Vervielfältigungsbegriff und wäre nicht sicher, ob das von § 53 I Satz 1 UrhG gerechtfertigt ist, wäre jedes Mal eine Zustimmung des Urhebers erforderlich, weshalb für diese Vorgänge von einer impliziten Zustimmung des Berechtigten ausgegangen wird. Problematisch ist auch die Frage, ob die 7-Kopien-Höchstgrenze beibehalten werden soll, wenn die Digitalkopie auch unter § 53 I Satz 1 UrhG fällt. Eine solche Notwendigkeit wird nicht gesehen. Änderungsbedarf bestünde höchstens für die Informationsbeschaffung über das Internet. Statt aber wieder willkürliche, höhere Grenzwerte zu setzen, erscheint die Lösung über eine konkludente Zustimmung des Rechtsinhabers praktikabler.

¹⁴¹ Schack, ZUM 2002, Seite 497, 498.

Die Schaffung neuer Verwertungsrechte oder eine gänzliche Ausnahme der digitalen Privatkopie von der Schrankenregelung des § 53 UrhG ist nicht wünschenswert. Grundsätzlich ist das vom Gesetzgeber in den §§ 53 ff UrhG ausgestaltete System auch für die digitale Privatkopie als richtig anzusehen, wobei der Vorschlag, die digitale Kopie auch zu privilegieren und diese Erlaubnisfreiheit durch höhere Vergütungsansprüche der Urheber zu kompensieren¹⁴² als überdenkenswert erscheint. Eine Einschränkung auf die Herstellung nur durch den Privilegierten selbst, nicht aber durch Dritte, ist jedoch in diesem Zusammenhang wenig sinnvoll, genauso wenig wie eine Abkehr vom bisherigen Schrankensystem zugunsten einer Megaschranke im anglo-amerikanischen Stil.

Der Vergleich mit dem angelsächsischen Bereich zeigt aber, inwiefern sich Einflüsse aus diesem Bereich mit der europäischen Urheberrechtstradition – vor allem auch über die Informationsrichtlinie – heutzutage vermischen.

II: Die Richtlinie zur Harmonisierung bestimmter Aspekte des Urheberrechts und der verwandten Rechte in der Informationsgesellschaft

Die Entwicklungsgeschichte der Richtlinie begann 1988 mit einer Diskussion über die Urheberrechte in der Informationsgesellschaft. Daraus entstand das erste „Grünbuch über Urheberrecht und die technologische Herausforderung“¹⁴³ dem weitere Grünbücher folgten¹⁴⁴. In diesen wurde immer wieder bekräftigt, dass das Vervielfältigungsrecht das Kernstück des Urheber- und Leistungsschutzes sei. Einem daraus entspringenden ersten Richtlinienvorschlag der EG-Kommission vom 10. Dezember 1997¹⁴⁵ folgte nach Stellungnahme des Europäischen Parlaments und des Wirtschafts- und Sozialausschusses

¹⁴² Siehe auch Schack, ZUM 2002, Seite 497, 500.

¹⁴³ Grünbuch über Urheberrechte und die technologische Herausforderung – Urheberrechtsfragen, die sofortiges Handeln erfordern, KOM (88) 172 endgültig vom 23.08.1988.

¹⁴⁴ Grünbuch „Urheberrecht in der Informationsgesellschaft“, KOM (95) 382 endgültig vom 19.07.1995; Kommissionsmitteilung „Initiativen zum Grünbuch über Urheberrecht und verwandte Schutzrechte in der Informationsgesellschaft“, KOM (06) 568 endgültig vom 20.11.1996.

¹⁴⁵ KOM (97)628 endgültig vom 10.12.1997.

ses ein zweiter, abgeänderter Entwurf am 21. Mai 1999¹⁴⁶. Dazu legte der Rat im September 2000 einen gemeinsamen Standpunkt fest, der schließlich nach intensiven Diskussionen und daraufhin vorgenommenen Änderungen vom Europäischen Parlament in zweiter Lesung am 14. Februar 2001 angenommen wurde und schließlich sowohl die Zustimmung der Kommission als auch des Ministerrats erhielt.

So konnte am 22. Mai 2001 die „Richtlinie zur Harmonisierung bestimmter Aspekte des Urheberrechts und der verwandten Rechte in der Informationsgesellschaft“ der EU mit vier Kapiteln, 15 Artikeln und 61 Erwägungsgründen beschlossen werden.

Ziel dieser Richtlinie ist vor allem, das derzeitige Regelwerk des Urheberrechtsschutzes im Hinblick auf neue Produkte und Medien den technischen und daraus resultierenden sozialen Entwicklungen anzugleichen, um einen gemeinsamen Markt im urheberrechtlichen Bereich zu schaffen und gleichzeitig Kreativität und Innovation in der EU zu schützen¹⁴⁷. So sollen im weiteren Verlauf gemeinsame Informationsmärkte entstehen und im Zuge einer Stärkung des Warencharakters geistiger Erzeugnisse wird mit der Richtlinie auch ein rechtlicher Rahmen für DRM-Systeme geschaffen, weshalb nach einem zentralen Artikel der Richtlinie (Art. 6) vor allem die Umgehung von Kopierschutzmechanismen verboten ist¹⁴⁸.

Im Folgenden wird nun zunächst ein Überblick über die im Entstehungsprozess relevanten internationalen Abkommen gegeben (Teil A). Danach wird unter B näher das erweiterte Vervielfältigungsrecht und die dazu geschaffenen Ausnahmeregelungen, insbesondere natürlich die für die Privatkopie, beleuchtet (Teil C). Zu klären wird unter E vor allem sein, inwiefern die Richtlinie wirklich noch Raum für die Privatkopierfreiheit des Einzelnen lässt, wenn sie gleichzeitig einen starken Schutz gegen die Umgehung technischer (Kopier-) Schutzmaßnahmen postuliert (dazu Teil D), welche die tatsächliche Wahrnehmung der theoretisch bestehenden Privilegierung bedrohen.

¹⁴⁶ KOM(1999)250 endgültig vom 25.06.1999

¹⁴⁷ Laga, Rechtsprobleme im Internet, Seite 127.

¹⁴⁸ Sietmann, „Wissen ist Geld“ Unter: <http://www.heise.de/ct/02/24/108/>.

A. Einfluss anderer Regelwerke auf die Informationsrichtlinie

1. Die (revidierte) Berner Übereinkunft

Die RBÜ verpflichtet zum einen ihre Mitgliedstaaten dazu, den Urhebern aus anderen Verbandsstaaten den gleichen Schutz wie inländischen Urhebern zu gewähren und legt zum anderen bestimmte Mindestrechte fest, deren Katalog auf den Revisionskonferenzen ständig erweitert wurde. Zu diesen gehört auch das Recht zur Vervielfältigung eines Werkes aus Art. 9 RBÜ, das in Art. 2 der Informationsrichtlinie wiederzufinden ist.

2. Die WIPO-Verträge

Weiter diente die Informationsrichtlinie auch der Umsetzung der WIPO-Verträge¹⁴⁹, 1996 in Genf unterzeichnete Sonderabkommen im Sinne des Art. 20 RBÜ, welche die RBÜ ergänzen und ebenfalls die Rechte der Urheber stärken sollen. Zu beachten waren sowohl der WIPO Copyright Treaty (WCT)¹⁵⁰, der sich auf Werke der Literatur und Kunst bezieht, als auch der WIPO Performances and Phonograms Treaty (WPPT)¹⁵¹ mit seinem Rechtsschutz für ausübende Künstler und Hersteller von Tonträgern.

Nach Art. 11 WCT haben die Staaten einen "angemessenen Rechtsschutz und wirksame Rechtsbehelfe gegen die Umgehung wirksamer technologischer Maßnahmen" vorzusehen, "die von Urhebern in Zusammenhang mit der Ausübung ihrer Rechte" nach dem WCT oder der RBÜ "getroffen werden und die Handlungen in Bezug auf ihre Werke einschränken, die nicht von den betroffenen Urhebern gestattet oder gesetzlich erlaubt sind". Art. 18 WPPT enthält eine entsprechende Regelung zugunsten der ausübenden Künstler und Tonträgerhersteller. Daraus ergibt sich, dass nur eine Verpflichtung besteht, die Umgehungen solcher technischer Maßnahmen zu sanktionieren, die Handlungen verhindern, die auch nach dem Urheberrecht nicht erlaubt wären¹⁵². Die Informa-

¹⁴⁹ Siehe auch Erwägungsgrund 15 der Informationsrichtlinie.

¹⁵⁰ WIPO Dokument CRNR/DC/94 v. 23.12.1996; die deutsche Version ist zu finden im ABl. Nr. C 165 v. 30.5.1998, 9-12.

¹⁵¹ WIPO Dokument CRNR/DC/95 v. 23.12.1996; die deutsche Version ist zu finden im ABl. Nr. C 165 v. 30.5.1998; 13-16.

¹⁵² Vgl. ausdrücklich Art. 11 WCT: „ (...) Ausübung ihrer Rechte nach diesem Vertrag oder der Berner Übereinkunft (...)“; Gehring, Berliner Ansatz, Seite 7.

tionsrichtlinie geht hinsichtlich des Schutzzumfanges über diese Vorgaben der WIPO hinaus¹⁵³, wie der weitere Gang der Darstellung zeigen wird.

3. TRIPS

Ebenfalls zu berücksichtigen waren die Bestimmungen des TRIPS-Abkommens. In diesem verpflichteten sich am 15. April 1994 die Mitglieder der WTO (Welthandelsorganisation), das Schutzniveau auf dem Gebiet des geistigen Eigentums weltweit anzuheben, Verzerrungen im internationalen Handel mit Immaterialgütern so weit wie möglich auszuschließen und auch für eine effektive Durchsetzung der Rechte – besonders zur Bekämpfung der Immaterialgüterrechtspiraterie im internationalen Rahmen - zu sorgen¹⁵⁴. Mit Inkrafttreten des Abkommens am 1. Januar 1996 wurde der hohe Schutz der RBÜ auch für die WTO-Staaten gültig, die dem RBÜ bisher noch nicht beigetreten waren. Die Bestimmungen des TRIPS-Abkommens sind Mindestrechte, wobei laut Art. 1 I TRIPS jeder WTO-Staat auch weitergehenden Schutz gewähren kann. Bei Ausarbeitung der Richtlinie war insbesondere Art. 13 zu berücksichtigen, der auch in die Bestimmungen der Schrankenregelungen Eingang gefunden hat (Art. 5 V). Er schreibt vor, dass die Mitglieder des Abkommens Ausnahmen von ausschließlichen Rechten auf Sonderfälle begrenzen sollen, die weder die normale Auswertung des Werkes beeinträchtigen noch die berechtigten Interessen des Rechtsinhabers unzumutbar verletzen.

4. Bereits erlassene Richtlinien

Die Informationsrichtlinie ist schließlich auch im Zusammenhang mit bereits früher verabschiedeten Richtlinien zu sehen, die sie gem. Art. 1 II in keiner Weise beeinträchtigt. Im Einzelnen sind das: Die Softwareschutzrichtlinie (1991)¹⁵⁵, die Vermiet- und Verleihrichtlinie (1992)¹⁵⁶, die Richtlinie zum Satellitenrundfunk und zur Kabelweiterverbreitung (1993)¹⁵⁷, die Schutzdauer-

¹⁵³ Siehe auch Schippan, ZUM 2001, Seite 116, 118; Gehring, Berliner Ansatz, Seite 3.

¹⁵⁴ Püschel, Urheberrecht, 18.5, Seite 191.

¹⁵⁵ Richtlinie 91/250/EWG des Rates vom 14.05.1991 über den Rechtsschutz von Computerprogrammen, ABl. EG vom 17.05.1991, L 122, 42.

¹⁵⁶ Richtlinie 92/100/EWG des Rates vom 19.11.1992 über das Vermietrecht und Verleihrecht sowie bestimmte dem Urheberrecht verwandte Schutzrechte im Bereich des geistigen Eigentums, ABl. EG vom 27.11.1992, L 346, 61.

¹⁵⁷ Richtlinie 93/83/EWG des Rates vom 27.09.1993 zur Koordinierung bestimmter Urheber- und leistungsschutzrechtlicher Vorschriften betreffend Satellitenrundfunk und Kabelweiterverbreitung, ABl. EG vom 06.10.1993, L 248, 15.

richtlinie (1993)¹⁵⁸, die Datenbankrichtlinie (1996)¹⁵⁹ sowie auch die Folge-
rechtsrichtlinie (2001)¹⁶⁰. Alle sechs wurden durch die Informationsrichtlinie
um weitere Regelungen zur „digitalen Agenda“¹⁶¹ ergänzt.

Abgesehen von einigen wenigen Ausnahmen in Art. 11 lässt die Informations-
richtlinie die in diesen Richtlinien geregelten gemeinschaftsrechtlichen Be-
stimmungen unberührt (siehe Art. 1 II), ebenso wie andere, nicht urheber-
rechtsbezogenen Richtlinien (vgl. Art. 9).

5. Digital Millennium Copyright Act (DMCA)

Natürlich ist der DMCA kein international zu berücksichtigendes Abkommen,
jedoch spielt er für die Richtlinie insofern eine bedeutende Rolle, als der 1998
in den USA verabschiedete Gesetzesakt die Weichen zur Einführung des sog.
„Digital Rights Management“ stellte. Für technische Maßnahmen zur Rechte-
kontrolle ist dort nämlich gleich dreifacher Schutz vorgesehen: Erstens verbie-
tet es der DMCA, solche technischen Maßnahmen unwirksam zu machen, die
den Zugang zu einem Werk kontrollieren. Zweitens ist das Herstellen und Ver-
treiben von Geräten, die eine solche Neutralisation ermöglichen, sowie die
Werbung dafür untersagt. Untersagt ist schließlich drittens auch der Gebrauch
solcher Geräte, die zur Umgehung von Mechanismen (vor allem Kopier-
schutzmechanismen) dienen, welche die Ausübung von zustimmungspflichti-
gen Handlungen verhindern¹⁶². Diese Art von Regelung dürfte Vorbild für den
in Art. 6 der Informationsrichtlinie getroffenen Schutz von technischen Maß-
nahmen gewesen sein.

B. Vervielfältigungsrecht, Art. 2

Generell geht die Richtlinie von einem „hohen Schutzniveau“ für das Urheber-
recht und die verwandten Schutzrechte aus (siehe Erwägungsgrund 9) und er-
kennt das geistige Eigentum explizit als „Bestandteil des Eigentums“ an. Wich-

¹⁵⁸ Richtlinie 93/98/EWG des Rates vom 29.10.1993 zur Harmonisierung der Schutzdauer des
Urheberrechts und bestimmter verwandter Schutzrechte, ABl. EG vom 24.11.1993, L 290, 9.

¹⁵⁹ Richtlinie 96/9/EWG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 11.03.1996 über den
rechtlichen Schutz von Datenbanken, ABl. EG vom 27.03.1996, L 77, 20.

¹⁶⁰ Richtlinie 2001/84/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 27.09.2001 über
das Folgerecht des Urhebers des Originals eines Kunstwerks, ABl. EG vom 13.10.2001, L 272,
32.

¹⁶¹ Siehe Erwägungsgrund 15 der Informationsrichtlinie sowie Wittmann, MR 2001, Seite 143;
Flehsig, ZUM 2002, 1, 2.

¹⁶² Dusollier/ Pouillet/ Buydens, Infoethics 2000, Seite 28.

tig ist insbesondere, was alles unter das ausschließliche Vervielfältigungsrecht des Urhebers aus Art. 2 fällt, da die Schrankenregelungen aus Art. 5 Ausnahmen davon vorsehen.

Art. 2 gibt dem Urheber das ausschließliche Recht, „die unmittelbare oder mittelbare, vorübergehende oder dauerhafte Vervielfältigung auf jede Art und Weise und in jeder Form ganz oder teilweise zu erlauben oder zu verbieten“. Mit dieser Formulierung nimmt die Richtlinie endlich eine Präzisierung des umstrittenen Vervielfältigungsbegriffs vor (bereits oben am Beispiel der Internethandlungen dargestellt, I B 4.). Die aus Gründen der Rechtssicherheit im Binnenmarkt¹⁶³ allerdings sehr breit gefasste Definition macht nun keinen Unterschied mehr zwischen analoger und digitaler Vervielfältigung und umfasst sowohl die Online- als auch die Offline-Vervielfältigung („in jeder Form“). Damit werden erfreulicherweise die bisher bestehenden Unsicherheiten beseitigt und sowohl das „Browsen“ als auch bestimmte Formen des „Cachen“ fallen als „vorübergehende“ Vervielfältigungen „auf jede Art und Weise“ unter den Vervielfältigungsbegriff¹⁶⁴. Nach der neuen Regelung kommt es dafür jetzt nämlich nicht mehr auf eine körperliche Festlegung des Werkes wie nach § 16 UrhG an.

Diese weite Fassung des Vervielfältigungsbegriffs ist auch mit Art. 9 I RBÜ vereinbar¹⁶⁵, führt aber in ihrer Konsequenz dazu, dass nun jede einzelne Handlung in der Kette der Kopiervorgänge von der Zustimmung der Rechteinhaber abhängig ist. Davon ausgenommen ist nur, wer nach Art. 5 der Richtlinie privilegiert ist.

C. Ausnahmen vom Vervielfältigungsrecht, Art. 5

Artikel 5 enthält eine Liste von Ausnahmen und Beschränkungen des Vervielfältigungsrechts, welche die Mitgliedstaaten teils freiwillig umsetzen können, teils zwingend einführen bzw. beibehalten müssen. Zusätzliche Ausnahmen, die über diese im Katalog ausdrücklich aufgeführten hinausgehen, dürfen von den Mitgliedstaaten nicht eingeführt werden (sog. taxative Liste¹⁶⁶).

¹⁶³ Vgl. Erwägungsgrund 21 der Informationsrichtlinie.

¹⁶⁴ Linnenborn, K&R 2001, Seite 349, 349.

¹⁶⁵ Laga, Rechtsprobleme im Internet, Seite 130.

¹⁶⁶ Laga, Rechtsprobleme im Internet, Seite 134.

1. Vorübergehende Vervielfältigungshandlungen, Art. 5 I

Laut Sollvorschrift (in der englischen Version: „shall“) des Art. 5 I der Richtlinie sind Vervielfältigungshandlungen, die flüchtig oder begleitend sind und einen integralen und wesentlichen Teil eines technischen Verfahrens darstellen und die nur zum Zwecke der Übertragung in einem Netz oder zur rechtmäßigen Nutzung des Werkes stattfinden, vom Vervielfältigungsrecht ausgenommen. So fällt nach dieser Formulierung auch das von Art. 2 nun ebenfalls erfasste „Browsen“ sowie das „Cachen“ nicht unter das Vervielfältigungsrecht des Urhebers¹⁶⁷.

Damit bringt der Artikel für den Nutzer erheblich mehr Rechtssicherheit mit sich und es muss hier nicht mehr, wie zuvor überlegt, mit Konstrukten über eine konkludente Zustimmung des Rechtsinhabers gearbeitet werden. Allerdings gilt die Privilegierung nur insoweit, als die Vervielfältigungen „keine eigene wirtschaftliche Bedeutung haben“. Daher ist für die Einordnung derartiger Vorgänge in Zukunft eine wertende Betrachtung anzustellen¹⁶⁸. Maßgeblich wird dann sein, ob der zu beurteilende Vorgang derart wirtschaftlich bedeutend ist, dass das legitime Interesse des Werkschaffenden an einer Kontrolle der Nutzung und einer Beteiligung an deren wirtschaftlichen Vorteilen berührt ist¹⁶⁹.

2. Privatkopie, Art. 5 II lit. b

Gerade der Bereich der Privatkopie bedurfte schon seit längerem einer Harmonisierung, befürchtete man doch eine Beeinträchtigung des Binnenmarktes¹⁷⁰ durch die Unsicherheiten, die wegen der unterschiedlichen Schrankenregelungen in den mitgliedstaatlichen Rechtsvorschriften bestanden. Vor allem wegen dieser divergierenden nationalen Traditionen war eine Einigung auf ein Regelungsmodell nicht einfach¹⁷¹. Grundsätzlich hatte die Kommission zwei Modelle zur Auswahl¹⁷²: Einerseits hätte sie eine allgemein gehaltene, weit gefasste Schranke im Stile der anglo-amerikanischen „fair use“- Regel schaffen können. Die andere Möglichkeit war die, eine dem §53 UrhG vergleichbare Rege-

¹⁶⁷ Vgl. auch Erwägungsgrund 33 der Informationsrichtlinie.

¹⁶⁸ Haberstumpf, Handbuch des Urheberrechts, Rn. 246.

¹⁶⁹ Schricker, Urheberrecht auf dem Weg zur Informationsgesellschaft, Seite 111.

¹⁷⁰ Spindler, GRUR 2002, Seite 105, 110.

¹⁷¹ So stieg die Zahl der Schranken im Laufe der Zeit von 9 im ersten Entwurf auf 22 in der endgültigen Richtlinie an.

¹⁷² Kröger, CR 2001, Seite 316, 318.

lung zu schaffen, die alle einzelnen Sonderfälle erfasst und gesondert bewertet. Da viele Staaten nicht bereit waren, auf ihre traditionellen Ausnahmenvorschriften zu verzichten¹⁷³, folgt die in Art. 5 jetzt gefundene Lösung eher dem zweiten, kontinentaleuropäischen Ansatz und regelt die Schranken auch abschließend.

Daher findet man in Absatz II des Art. 5 einen abschließenden Katalog von Ausnahmen, die *nur* in Bezug auf das in Art. 2 vorgesehene *Vervielfältigungsrecht* zur Anwendung kommen. Auffällig ist allerdings, dass im Gegensatz zum verbindlich umzusetzenden Absatz I der zweite Absatz nur als Kann-Vorschrift („may“) formuliert ist: Die dort festgeschriebene Liste muss nicht im Ganzen umgesetzt werden, andererseits dürfen die Mitgliedstaaten aber auch nicht darüber hinausgehen¹⁷⁴. Dieser Umstand allein zeigt schon, welche Bedeutung den folgenden Ausnahmen zugemessen wird. Bereits hier wird deutlich, dass eine Wertverschiebung *zuungunsten* der privaten Nutzer stattfindet, da nicht alle Staaten obligatorisch verpflichtet sind, die ebenfalls in Absatz II geregelte Schranke der Privatkopierfreiheit gegenüber dem Vervielfältigungsrecht beizubehalten oder einzuführen. An sich wurde die Richtlinie mit dem Ziel erlassen, die Funktionsfähigkeit des Binnenmarktes durch eine Harmonisierung auch der Schrankenregelungen zu sichern. Doch nach Berücksichtigung der unterschiedlichen Rechtstraditionen der einzelnen Mitgliedstaaten¹⁷⁵ ist nun ein regelrechtes „Schrankenshopping“¹⁷⁶ möglich und die Harmonisierungswirkung ist eher als niedrig einzuschätzen¹⁷⁷.

Nachdem Art. 5 II lit. a eine Ausnahme für reprographische Vervielfältigungen¹⁷⁸, also solche, die in Papier oder ähnlicher Form vorgenommen werden (mit Ausnahme von Notenblättern), vorsieht, werden in Art. 5 II lit. b die engen Voraussetzungen für die zulässige private Vervielfältigung festgelegt.

Erlaubt ist danach das „Vervielfältigen auf beliebigen Trägern durch eine natürliche Person zum privaten Gebrauch (...) unter der Bedingung, dass die

¹⁷³ Erwägungsgrund 32 der Informationsrichtlinie: „Die Liste trägt den unterschiedlichen Rechtstraditionen in den Mitgliedstaaten Rechnung (...)“.

¹⁷⁴ Erwägungsgrund 32 der Informationsrichtlinie: „Die Ausnahmen und Beschränkungen in Bezug auf das Vervielfältigungsrecht (...) sind in dieser Richtlinie erschöpfend aufgeführt.“.

¹⁷⁵ Vgl. Erwägungsgrund 32 der Informationsrichtlinie Satz 3 und 4.

¹⁷⁶ Linnenborn, K&R 2001, Seite 394, 402.

¹⁷⁷ So auch Schippan, ZUM 2001, Seite 116, 119; Reinbothe sieht dagegen ein „bemerkenswertes Maß an Harmonisierung“ erreicht, ZUM 2002, Seite 43, 49.

¹⁷⁸ Reprographie ist die Ablichtung eines Werkstücks oder in einem Verfahren vergleichbarer Wirkung, siehe Reh binder, Urheberrecht, Rn. 264.

Rechtsinhaber einen gerechten Ausgleich erhalten“. Durch den Ausdruck „auf beliebigen Trägern“ wird erstmals eine Gleichstellung von analoger und digitaler Kopie getroffen. Sie war in den ersten beiden Vorentwürfen der Richtlinie noch nicht enthalten¹⁷⁹ und ist vielfach, insbesondere von der Musikindustrie¹⁸⁰, kritisiert worden¹⁸¹. Wie im deutschen UrhG gilt die Privilegierung nur für natürliche Personen, nicht aber für Firmen oder Organisationen und darf weder für direkte noch für indirekte kommerzielle Zwecke vorgenommen werden.

Dass die Privilegierung auch dann greift, wenn ein Dritter beim Kopiervorgang mitwirkt und als natürliche Person für eine andere die Kopie erstellt, ist vom Wortlaut der Vorschrift her nicht eindeutig, wird aber dahingehend von der wohl überwiegenden Meinung interpretiert¹⁸².

3. Vorbehalt der Ausgleichsregelung

Die Erlaubnis für die Herstellung von analogen und digitalen Kopien steht unter dem Vorbehalt, dass die Rechtsinhaber Kompensation in Form eines „gerechten Ausgleich(s)“ erhalten. Damit entspricht der von der Richtlinie gewählte Ansatz im wesentlichen demjenigen des deutschen UrhG, das die Privatkopie auch nur aufgrund der entsprechend bestehenden Vergütungspflichten erlaubt. Wie diese von der Richtlinie geforderte Ausgleichsregelung ausgestaltet wird, bleibt den Mitgliedstaaten überlassen. Daher können diese bestimmen, dass sich die Rechtsinhaber direkt an die einzelnen Berechtigten wenden und die konkret erfolgte Nutzung abrechnen müssen, genauso wie sie aber auch eine Abgabepflicht auf die in Frage kommenden technischen Geräte und deren Zubehör einführen können. Für diesen Anspruch könnte bestimmt werden, dass er von den Rechtsinhabern nur in Form einer Verwertungsgesellschaft geltend

¹⁷⁹ Nach dem ersten Richtlinienentwurf sollten elektronische Vervielfältigungen generell nicht zulässig sein, der zweite sah unterschiedliche Rechtsfolgen vor, je nachdem, welches Verfahren zur Herstellung der Kopien verwendet wurde.

¹⁸⁰ Zu den Streitigkeiten vgl. Metzger/Kreutzer, MMR 2002, Seite 139, 139; Kröger, CR 2001, Seite 316, 320; Linnenborn, K&R 2001, Seite 394, 395.

¹⁸¹ Schippan fordert beispielsweise, dass keine Schranke für eine digitale Privatkopie in Bezug auf das Vervielfältigungsrecht zuzulassen sei (ZUM 2001, Seite 116, 120).

¹⁸² Spindler, GRUR 2002, Seite 105, 112; Kröger, CR 2001, Seite 316, 320; Linnenborn, K&R Seite 394, 396 zustimmend; für eine höchstpersönliche Anfertigung: Bayreuther, ZUM 2001, Seite 828, 832; „unklar“ findet die Regelung diesbezüglich Goldmann/Liepe, ZUM 2002 Seite 362, 367.

gemacht werden kann¹⁸³, wie es auch in Deutschland bisher üblich ist. Der Freiraum, den die Richtlinie den Mitgliedstaaten hier lässt, und die daraus resultierenden unterschiedlichen Regelungen werden der Voraussicht nach das Funktionieren des Binnenmarktes nicht beeinträchtigen¹⁸⁴. Jedoch kann es nun unter Umständen dazu kommen, dass man als betroffener Urheber in jedem Land sein Recht anders durchsetzen muss.

Erwägungsgrund 35 der Informationsrichtlinie führt ergänzend an, dass bei der Berechnung der konkreten Höhe des zu zahlenden Ausgleichs die besonderen Umstände eines jeden Falls berücksichtigt werden sollen und hierbei das Kriterium eines etwaigen Schadens als brauchbar anzusehen ist, weshalb es bei nur geringfügigen Nachteilen für den Rechtsinhaber auch zu Situationen kommen kann, in denen dieser gar keinen Ersatz erhält.

Im Bezug auf den Ausgleich für erlaubte Privatkopien ist die Richtlinie bemerkenswerter Weise nicht so technologieneutral wie es zunächst scheinen mag, denn in diesem Punkt hält sie die Gleichbehandlung von analoger und digitaler Kopie nicht ein. Vielmehr wird der digitalen privaten Vervielfältigung eine weitere Verbreitung und damit eine größere wirtschaftliche Bedeutung zugesprochen, was laut Erwägungsgrund 38 eine Unterscheidung zwischen den beiden Arten des Vervielfältigens rechtfertigt. Die Mitgliedstaaten müssen daher darauf achten, dass bei der Ausgestaltung der Vergütungssysteme für die digitale Privatkopie „weder der Einsatz technischer Maßnahmen noch deren Durchsetzung im Falle einer Umgehung“ behindert werden (siehe Erwägungsgrund 39). Andererseits soll hinsichtlich der Höhe des gerechten Ausgleichs der Grad des Einsatzes technischer Schutzmaßnahmen auch in vollem Umfang berücksichtigt werden¹⁸⁵. Dies ist wohl dahingehend zu verstehen, dass die Kompensation umso niedriger ausfallen soll, je stärker geschützt ein betreffendes Werk durch solche technischen Maßnahmen gemäß Art. 6 ist und je weniger nutzbar es damit für den Einzelnen und die Allgemeinheit ist¹⁸⁷.

¹⁸³ Bayreuther, ZUM 2001, Seite 828, 831, der allerdings Schwierigkeiten sieht, eine solche Verpflichtung des Urhebers in Einklang mit Art. 5 II lit. b 2. Hs der Richtlinie und der daraus entstehenden Möglichkeit der Individualabrechnung zu bringen (Seite 833).

¹⁸⁴ Vgl. Erwägungsgrund 38 der Informationsrichtlinie.

¹⁸⁵ Erwägungsgrund 35 der Informationsrichtlinie.

¹⁸⁶ Laga, Rechtsprobleme im Internet, Seite 141.

¹⁸⁷ Dies vermutet auch Davies, Festschrift für Dietz, Seite 307, 316.

Allerdings ist der Rechtsinhaber trotz der Schranke der Privatkopierfreiheit berechtigt, durch technische Schutzmaßnahmen die Anzahl der möglichen Vervielfältigungen einzuschränken. In der Praxis ist eine Umsetzung dieser Möglichkeit dahingehend vorstellbar, dass dem Nutzer, der unter den Privilegierungstatbestand fällt, nur eine bestimmte Anzahl von Schlüsseln zum Decodieren des Kopierschutzmechanismus mitgeliefert werden wird. Hier würde sich erneut die Frage nach der Anzahl der zulässigen Privatkopien stellen, da sich danach auch die Anzahl der zu liefernden Schlüssel bestimmen müsste.

Sowohl die Schranke aus Art. 2 b, als auch die restlichen zulässigen Ausnahmen und Beschränkungen des Vervielfältigungsrechts in Art. 2c bis Art. 2e und die weiteren 14 Ausnahmen und Beschränkungen in Absatz III, die sowohl für das Vervielfältigungsrecht als auch für das Wiedergaberecht gelten, stehen schließlich noch unter dem in Art. 5 V umgesetzten Vorbehalt des sog. „Drei-Stufen-Tests“.

4. Einschränkung über den „Drei-Stufen-Test“, Art. 5 V

Der Drei-Stufen-Test als Grenze für die in den Absätzen IV genannten Privilegierungen ist eine Art „Wirtschaftlichkeitsprüfung“ der Informationsfreiheiten¹⁸⁸, der aus den Bestimmungen der RBÜ¹⁸⁹, der WIPO-Verträge¹⁹⁰ und des TRIPS¹⁹¹ übernommen wurde. Jede Anwendung der Ausnahmen der exklusiven Rechte muss an ihm gemessen werden¹⁹²: Demnach dürfen Ausnahmen und Beschränkungen nicht auf eine Weise angewandt werden, dass

- 1.) die berechtigten Interessen der Rechtsinhaber verletzt werden oder
- 2.) zweitens die normale Verwertung ihrer Werke oder
- 3.) sonstiger Schutzgegenstände beeinträchtigt wird.

Erwägungsgrund 44 führt als Grund für diese Prüfung die gesteigerte wirtschaftliche Bedeutung, die Ausnahmen im elektronischen Umfeld erlangen können an und weist darauf hin, dass daher der Umfang bestimmter Ausnahmen bei bestimmten neuen Nutzungsformen möglicherweise noch enger als bisher zu begrenzen sei.

¹⁸⁸ Grassmuck unter <http://www.heise.de/tp/deutsch/special/copy/11547/1.html>.

¹⁸⁹ Dort Art. 9 II.

¹⁹⁰ Dort Art. 10 I WCT und Art. 16 II WPPT.

¹⁹¹ Dort Art. 13, oben bereits unter II A 3 erwähnt.

¹⁹² Dusollier/ Pouillet/ Buydens, Infoethics 2000, Seite 11.

Insoweit ist es unter dem Blickwinkel des Drei-Stufen-Tests nach Art. 5 V möglich, dass Rechtsinhaber trotz bestehender Ausnahmen für Privatkopien durch den Einsatz technischer Schutzmaßnahmen nicht nur die Anzahl der möglichen Kopien beschränken, sondern auch etwa Kopien von Neuerscheinungen ganz verhindern¹⁹³.

Was an sich als sinnvolle Einschränkung der Schrankenregelung gedacht ist, könnte sich in der praktischen Durchsetzung aber als zu weitgehend erweisen, erlauben doch die Formulierungen einen großen Interpretationsspielraum: Beispielsweise ist bei näherer Betrachtung nicht eindeutig klar, was alles unter die Floskel der „normale(n) Verwertung des Werks“ zu subsumieren ist, kann man doch letztlich jeden Vorgang darunter fassen. Derart unbestimmte Begriffe könnten in einer weiten Auslegung letztendlich die effektive Wahrnehmung der Schrankenbestimmungen zusätzlich erschweren.

Außerdem könnte der Test nicht nur zu Lasten der Privatkopierer ausfallen, sondern zusätzlich auch zu einem gegenteiligen als dem gewünschten Harmonisierungseffekt führen: Denn den Mitgliedstaaten ist in der Richtlinie freigestellt, wie sie den gerechten Ausgleich zugunsten der Rechtsinhaber regeln möchten und ob sie beispielsweise eine allgemeine Geräte- und Trägermedienabgabe einführen wollen, wie die in Deutschland bestehende kombinierte Geräte- bzw. Leerkassettenabgabe. In Staaten mit einer solchen Abgabe wird auch nach Anwendung des Drei-Stufen-Tests eine Privatkopie noch zulässig sein, dagegen könnte es in den anderen Staaten zu einem Konflikt mit den normalen Verwertungsrechten kommen¹⁹⁴.

D. Antipirateriemaßnahmen, Art. 6

Der Schutz technischer Maßnahmen ist Kernstück der Richtlinie, die sogenannte „Digital Rights Management Systeme“ (DRMS¹⁹⁵) unter besonderen Schutz stellt, indem sie einen „angemessenen Rechtsschutz“ gegen deren Umgehung

¹⁹³ Reinbothe, ZUM 2002, Seite 43, 47.

¹⁹⁴ In solchen Staaten könnte beispielsweise der Verkauf von Kopierschutzdecodern zum Überspielen geschützter Videofilme für private Zwecke verboten sein (Laga, Rechtsprobleme im Internet, Seite 138).

¹⁹⁵ Andere sprechen auch von Rechtekontrollsystemen („RKS“, so Grassmuck unter <http://www.heise.de/tp/deutsch/special/copy/11547/1.html>), Electronic Copyright Management Systems (Boehme-Neßler, CyberLaw, Seite 275) oder Electronic Rights Management Systems (Dusollier/ Pouillet/ Buydens, Infoethics 2000, Seite 24); hier wird im Folgenden als Sammelbegriff für derartige Systeme bzw. für deren Kombination der des „DRMS“ (Digital Rights Management System) verwendet, siehe auch: Hoeren/Sieber/Bechtold, Kapitel 7.11, Rn. 18 ff.

vorsieht. Dabei ist unter DRMS nicht nur eine bloße Kopierschutztechnik zu verstehen, die eingesetzt wird, um Kopien jeglicher Art zu verhindern oder einzuschränken, sondern ein DRMS ermöglicht es den Urhebern vor allem, den Zugriff auf ein digitales Werk festzustellen, den Nutzer zu identifizieren und diesem dann die Nutzung individuell anzurechnen. Außerdem können durch solche Systeme auch Handlungen wie Drucken, Bearbeiten des Werkes oder eben der Umfang des digitalen Vervielfältigens kontrolliert und gegebenenfalls unterbunden werden. Beispiele für solche Systeme sind Kopierschutzmechanismen (oder auch: Copyright Management Systeme) wie SCMS, das Serial Copy Management System, das die Verwendung kopierter CDs verhindert, indem es nur eine digitale Kopie pro Original zulässt¹⁹⁶ oder auch das RPS (Rights Protection System) der IFPI¹⁹⁷, ein System zur Sperrung des Zugriffs auf urheberrechtsverletzende Websites¹⁹⁸.

Wie man sich anhand dieser zwei Beispiele leicht ausmalen kann, haben solche Systeme das Potential, die bisher dem Privaten gewährten Freiheiten erheblich einzuschränken, beispielsweise indem sie statt der nach deutschem Recht erlaubten sieben Vervielfältigungsstücke zum privaten Gebrauch wie SCMS nur noch eine Kopie zulassen.

In den nachfolgenden Abschnitten sollen deswegen die einzelnen Absätze der Bestimmung zum Schutz derartiger DRMS näher untersucht werden, um im Ergebnis Sinn und Gefahren dieser speziellen Regelung (vor allem für die Privatkopierfreiheit) beurteilen zu können.

1. Schutzbereich, Art. 6 I und II

Mit der Forderung nach angemessenem Rechtsschutz gegen die Umgehung wirksamer technischer Maßnahmen sowie Handlungen, die dasselbe Ziel fördern (Art. 6 II u.A.: Einfuhr, Verbreitung, Verkauf, Vermietung etc. von Vorrichtungen zu diesem Zweck) ändert sich das bisherige Urheberrechtssystem grundlegend, denn der bisherige Urheberrechtsschutz setzte stets am geschützten Werk selbst an. Mit Einführung des Art. 6 I aber werden nun auch bereits Handlungen, die im *Vorfeld* eines Zugriffs auf geschützte Inhalte liegen,

¹⁹⁶ Dusollier/ Pouillet/ Buydens, Infoethics 2000, Seite 22.

¹⁹⁷ International Federation of the Phonographic Industry; Deutsche Landesgruppe, <http://www.ifpi.de>.

¹⁹⁸ Mehr Beispiele dazu bei Hoeren, Grundzüge des Internetrechts, Seite 138.

verboten¹⁹⁹. Dadurch wird ein zusätzlicher, mittelbarer Urheberrechtsschutz geschaffen, der neben den Schutz, den das Werk ohnehin als Schöpfung des Urhebers genießt, tritt. Ferner ist Bösgläubigkeit der Person, die eine Umgehungshandlung vornimmt, erforderliche Tatbestandsvoraussetzung, d.h. dem Umgehenden muss, zumindest den Umständen nach, bekannt sein, dass er eine verbotene Umgehung wirksamer technischer Maßnahmen vornimmt. Damit erstreckt sich der Schutz der Richtlinie nicht nur auf vorsätzlich, sondern auch auf fahrlässig handelnde Personen²⁰⁰.

2. Definition der „technischen Maßnahmen“, Art. 6 III

Die Richtlinie versteht unter einer zu schützenden technischen Maßnahme „alle Technologien, Vorrichtungen oder Bestandteile, die im normalen Betrieb dazu bestimmt sind, Werke oder sonstige Schutzgegenstände betreffende Handlungen zu verhindern oder einzuschränken“, die nicht vom Rechtsinhaber genehmigt worden sind. Im Vergleich mit den Vorgaben aus Art. 11 WCT und Art. 18 WPPT, die einen Umgehungsschutz nur gegen solche Handlungen vorsehen, „die nicht von den betroffenen Urhebern gestattet oder gesetzlich erlaubt sind“, geht die Richtlinie einen Schritt weiter und lässt die letztere Einschränkung in der Formulierung des Art. 6 III Satz 1 weg. Da aber die private Vervielfältigung gesetzlich erlaubt ist, besteht eine Verpflichtung zur Schaffung von Umgehungsschutz aus den WIPO-Bestimmungen nicht²⁰¹, aus der Richtlinie jetzt aber schon. Diese Diskrepanz zu WCT und WPPT erscheint unnötig, und es ist nicht klar, warum die Richtlinie meint, hier weiter gehen zu müssen.

Weiter unterteilt sie die Maßnahmen in einerseits Kopierschutzmechanismen („Kontrolle der Vervielfältigung“) und andererseits Zugangsschutzmechanismen („Zugangskontrolle“).

¹⁹⁹ Metzger veranschaulicht die neue Regelung anhand eines Vergleiches von geistigem Eigentum mit dem Eigentum an einem Grundstück: Dem Grundstücksinhaber wäre es nach der neuen Regelung erlaubt, auch Mauern *außerhalb* seines Grundstücks zu errichten, deren Überschreitung selbst dann verboten ist, wenn sich dahinter Gemeingrund befindet. Siehe: „Der Euro-DMCA kommt!“ unter: <http://www.ifross.de/ifross.html/art.17.htm>

²⁰⁰ Spindler, GRUR 2002, Seite 105, 116.

²⁰¹ Diemar, GRUR 2002, Seite 587, 593.

²⁰² Eines der bekanntesten Rechtemanagementsysteme, das DRM-2 von Microsoft, wurde beispielsweise im Oktober 2001 Opfer eines Crackers, siehe Heise-Meldung vom 11.12.2001 „IT-Branche verschärft Lobbying für Kopierschutzsysteme“ Unter: <http://www.heise.de/newsticker/data/jk-11.12.01-001/>.

Zur Beurteilung, wann man bei einem Kopiervorgang gegen Art. 6 verstößt, muss zuerst geklärt werden, in welchem Fall von einer geschützten „wirksamen“ technische Maßnahme, die man umgeht, die Rede sein kann. Weiter stellt sich die Frage, da die vom Richtlinienersteller gegebene Definition nicht sonderlich klar formuliert ist, was mit einem Vorgang gemeint ist, der „im normalen Betrieb“ dazu bestimmt ist, urheberrechtsrelevante Handlungen zu kontrollieren.

a) „Wirksamkeit“ einer technischen Maßnahme

Eine technische Maßnahme gilt nach Art. 6 III der Informationsrichtlinie als „wirksam“, „soweit die Nutzung eines geschützten Werks oder eines sonstigen Schutzgegenstands von den Rechtsinhabern durch eine Zugangskontrolle“, einen Kopierschutzmechanismus oder einen „Schutzmechanismus wie Verschlüsselung, Verzerrung oder sonstige Umwandlung des Werks“, der die Erreichung des Schutzziels sicherstellt, kontrolliert wird. Die genannten Kriterien sind aber weniger eine genaue Beschreibung, wann eine Maßnahme „wirksam“ ist, als vielmehr eine Darstellung der verschiedenen möglichen Funktionen eines DRMS²⁰³.

„Wirksam“ kann jedenfalls nicht meinen, dass das eingesetzte System hundertprozentig sicher gegen Umgehung sein muss. Zum einen gibt es so etwas wie ein unknackbares System nicht (schließlich wurden auch die Wasserzeichen der SDMI²⁰⁴ und das CSS²⁰⁵ gehackt). Zu diesem Ergebnis kommt auch ein Gutachten des Deutschen Multimedia Verbandes (DMMV), das besagt, es gäbe derzeit keine technischen Schutzmaßnahmen, die den gesetzlichen Erfordernissen an „wirksame technische Schutzmaßnahmen“ entsprechen²⁰⁶. Zum anderen wäre für ein System, das praktisch nicht umgehbar ist, auch kein rechtlicher Umgehungsschutz mehr vonnöten.

In Ermangelung einer Definition, die auch qualitative Kriterien enthält, wurde beispielsweise vorgeschlagen²⁰⁷, eine Regelung zu treffen, die auf den Kenntnisstand desjenigen abstellt, dem die Umgehung der Maßnahme gelingt. Da-

²⁰³ A.a. dagegen Gehring, Berliner Ansatz, Seite 9, der die Formulierung gar als „präzise“ ansieht, und auch keinen Raum für weitergehende Auslegungen sieht.

²⁰⁴ Secure Digital Music Initiative, siehe auch <http://www.heise.de/tp/deutsch/inhalt/musik/3578/1.html>.

²⁰⁵ Content Scramble System.

²⁰⁶ Information von Hölzer, „Vom Copyright zum Urheberrecht“ unter <http://www.politik-digital.de/netzpolitik/netzrecht/urh2.shtml>.

²⁰⁷ Metzger, „Der Euro-DMCA kommt!“ unter http://www.ifross.de/ifross_html/art.17.htm

nach ist dann nicht das „wirksam“, was der Durchschnittsbenutzer ohne größere Schwierigkeiten umgehen kann²⁰⁸. Auf der anderen Seite darf als Grenze nach oben hin aber auch nicht der Fachmann als Maßstab eines wirksamen Umgehungsschutzes angesetzt werden. Derartige Klarstellungen wären daher bei der Umsetzung der Richtlinie in nationales Recht sicherlich sinnvoll und wünschenswert.

b) Funktionsweise „im normalen Betrieb“

Eine weitere problematische Formulierung in Art. 6 III ist die Aussage, technische Maßnahmen seien solche, die urheberrechtsverletzende Handlungen „im normalen Betrieb“ unterbinden oder einschränken. Hier besteht die Gefahr, dass neben den Funktionen für den „normalen Betrieb“ auch andere Funktionen miteerfüllt werden, wie beispielsweise die, dass eine technische Maßnahme nicht nur als Kopierschutz, sondern gleichzeitig auch als Marktzugangsbeschränkung wirkt, und damit eine Marktabschottung²⁰⁹ erzielt, ohne dabei aber den von Art. 6 gewährten Schutz zu verlieren. Daher wäre auch an dieser Stelle eine Präzisierung wünschenswert gewesen, die klarstellt, dass nur urheberrechtsrelevante Handlungen unter den von Art. 6 geschützten „normalen Betrieb“ fallen.

E. Verhältnis von Privatkopierfreiheit und Schutz technischer Maßnahmen

Für weitreichende Diskussionen hat Art. 6 IV der Richtlinie gesorgt, der das Verhältnis zwischen technischen Schutzmaßnahmen und erlaubter privater Vervielfältigung regelt. Angesichts der durch die Richtlinie (nicht explizit, aber doch vom Ergebnis her) angestrebten Werteverchiebung zugunsten der Rechtsinhaber und deren Schutzmechanismen, muss man sich fragen, ob nach einem solchen Paradigmenwechsel, der die Verwertungsansprüche an die Spitze der Wertehierarchie stellt, die Privatkopierfreiheit überhaupt noch eine Ü-

²⁰⁸ Kröger, CR 2001, Seite 316, 322.

²⁰⁹ Beispielsweise um den Ausschluss freier Betriebssysteme als Nebeneffekt zu erzielen, wie dies bei dem Rechtsstreit um das Content Scramble System (CSS) der Fall war, das nicht etwa das nur Kopieren von DVDs verhinderte, sondern auch das Abspielen auf Geräten mit nicht-zertifiziertem CSS-Modul, weshalb die Nutzung derartig geschützter DVDs für Anwender freier Betriebssysteme unmöglich war. Siehe dazu auch bei Gottschalk, MMR 2003, Seite 148, 153.

berlebenschance im Informationszeitalter hat²¹⁰. Bestärkt werden solche Befürchtungen durch die Erwägungsgründe der Richtlinie. So propagiert Erwägungsgrund 39, dass technologische und wirtschaftliche Entwicklungen bei der Anwendung der Ausnahme für Privatkopien berücksichtigt werden sollen, und dass die gewährten Ausnahmenbestimmungen „weder den Einsatz technischer Maßnahmen noch deren Durchsetzung im Fall einer Umgehung dieser Maßnahmen behindern“ sollen.

Im Folgenden wird daher zunächst die von der Richtlinie vorgegebene Lösung in Art. 6 IV erklärt, die vorsieht, den Konflikt zwischen privater Vervielfältigung und Verwertungsinteressen über Individualvereinbarungen, die von Seiten der Rechtsinhaber ausgehen, zu lösen. Erst wenn freiwillige Maßnahmen ausbleiben, kann der Staat eingreifen und die Durchsetzbarkeit der Schrankenregelungen erzwingen. Ein Recht zur Selbsthilfe wird dem Nutzer aber in keinem Fall zugestanden, der Schutz von durch technische Maßnahmen geschützten Werken dagegen noch weiter als bisher ausgebaut.

Ob dieser Vorrang von Individualvereinbarungen vor einer gesetzlichen Lizenz gerechtfertigt ist und ob die Vorteile der unter solch starkem Schutz gestellten DRMS dessen Nachteile soweit überwiegen, dass eine Einschränkung der Privatkopierfreiheit gerechtfertigt erscheint, soll im Folgenden untersucht werden.

1. Freiwillige Maßnahmen der Rechtsinhaber, Art. 6 IV

Art. 6 IV Unterabs. 2 ist wieder nur als Kannbestimmung ausgestaltet, so dass auch hier wie in Art. 5 II die Mitgliedstaaten tätig werden können („may“), es aber nicht müssen. Dabei ist besonders dieser Absatz über das Spannungsverhältnis zwischen wirksamem Schutz technischer Maßnahmen und dabei noch real verbleibendem Raum für die Ausübung der Privatkopierfreiheit extrem bedeutsam. Da nach dem Wortlaut eine solche Regelung aber nicht zwingend einzuführen ist, kann es in Zukunft soweit kommen, dass in einigen EU-Ländern technische Sperren zur Rechtekontrolle eingesetzt werden, ohne dass diese Staaten gleichzeitig die Privatkopierfreiheit des Endnutzers schützen.

²¹⁰ Dazu neben anderen auch Dusollier, EIPR 1999, Seite 285, 294: “This amendment would mean the death of copyright exemptions in a digital world.”.

a) Grundsätzlicher Vorrang vertraglicher Vereinbarungen

Art. 6 IV verweist denjenigen, der sich durch eine technische Maßnahme an der Wahrnehmung seiner Privilegierung gehindert sieht, zuerst an den Rechtsinhaber. Seitens der Rechtsinhaber sollen dann – am besten natürlich schon im Vorfeld und nicht erst bei Auftreten eines Konfliktes – „freiwillige Maßnahmen, einschließlich Vereinbarungen zwischen den Rechtsinhabern und anderen betroffenen Parteien“ ergriffen werden, um so auf diese Weise dem Nutzer die notwendigen Rechte zu verschaffen. Nur wenn diese Maßnahmen das „erforderliche Maß“ gemäß Art. 5 II lit. b unterschreiten oder überhaupt nicht vom Rechtsinhaber ergriffen werden, werden die Mitgliedstaaten tätig und treffen ungeachtet des eigentlich in Absatz I gewährten Rechtsschutzes ihrerseits „geeignete Maßnahmen“, um dem Begünstigten die Mittel zur Nutzung der betreffenden Ausnahme zur Verfügung zu stellen und seinen rechtmäßigen Zugang zum geschützten Werk zu ermöglichen.

Um die von Art. 6 IV getroffene Regelung beurteilen zu können, sollte man sich zunächst auch noch einmal die Funktion von Schrankenregelungen als solchen vor Augen halten: In der physischen bzw. analogen Welt wirken Schrankenregelungen als Verteidigungsmittel bei erfolgter Klage wegen begangener Urheberrechtsverletzung²¹¹. Durch Art. 6 IV erhält die Schrankenregelung in der digitalen Welt plötzlich eine völlig andere Aufgabe.

Nun, da jede Vervielfältigung oder Verbreitung eines urheberrechtlich geschützten Werkes durch ebenso geschützte technische Maßnahmen verhindert wird, verbleiben dem Nutzer drei Alternativen:

b) Individualvereinbarungen, Einschränkungen für interaktive Dienste

Erstens kann er darauf hoffen, einen einsichtigen Rechtsinhaber als Gegenüber zu haben, der sich mit ihm durch eine freiwillig getroffene Vereinbarung auf eine für beide Seiten akzeptable Nutzung einigt. Der Richtliniengeber lässt dabei offen, was unter zu ergreifenden "freiwilligen Maßnahmen" zu verstehen

²¹¹ Sie werden traditionell als Einwendungen verstanden, die einen Eingriff nach § 97 ff ausschließen, aber keine Mindestrechte der Nutzer begründen (Schack, ZUM 2002 Seite 497, 504).

ist. Aus der Formulierung in Erwägungsgrund 51²¹² kann lediglich geschlussfolgert werden, dass es verschiedene freiwillige Maßnahmen für verschiedene Schrankenbestimmungen geben kann. An sich ist es verständlich, dass der Richtliniengeber zunächst den Ansatz bei Individualvereinbarungen wählt, kann er doch in technischer Hinsicht keine eigenen Standards setzen²¹³. Ob allerdings die Industrie dieser Aufforderung zur Selbstregulierung nachkommen wird, ist zweifelhaft. Schließlich wäre das für sie auch mit zusätzlichen Kosten und zusätzlichem Verwaltungsaufwand verbunden. Zudem erscheint es unwahrscheinlich, dass sich der einzelne Nutzer bei individuellem Aushandeln der Bedingungen tatsächlich gegen die in der stärkeren Position befindlichen Rechtsinhaber durchsetzen können wird. Insofern erscheint die Lösung, den Individualvereinbarungen Vorrang zu geben, als kein guter Kompromissvorschlag in einer Situation, in der die Rechtsinhaber, die technische Schutzsysteme einsetzen, ohnehin schon im Vorteil sind, da sie die vollständige Kontrolle über die gewünschten Werke haben und der Nutzer, möchte er legal eine Kopie anfertigen, sich mit ihnen als einzig in Frage kommender Instanz einigen *mus*s, und sei es zu seinem Nachteil. Entstehen könnten aus solch einem Machtungleichgewicht dann nämlich Lizenzierungsmodelle, nach denen beispielsweise eine Privatkopie nur erstellt werden kann, wenn eine Online-Verbindung zum Server des Rechtsinhabers besteht²¹⁴. Bei einem solchen Modell hätte der DRMS-Verwender den Auflagen aus Art. 6 IV genüge getan, hätte die ihm meist unliebsamere kollektive Rechtswahrnehmung durch Abschluss der Individualvereinbarung ausgeschaltet und erhielte außerdem noch im Gegenzug ständig wertvolle Marketinginformationen von Nutzerseite übermittelt. Dank eines solchen Systems könnte er genaustens überprüfen, auf welche Werke die Nutzer zugreifen und wüsste damit, was sie lesen, sehen und hören. Die Daten-

²¹² Erwägungsgrund 51 der Informationsrichtlinie: „Die Mitgliedstaaten sollten freiwillige Maßnahmen der Rechtsinhaber (...) fördern, mit denen dafür Sorge getragen wird, dass die Ziele bestimmter Ausnahmen oder Beschränkungen, die im Einklang mit dieser Richtlinie in einzelstaatlichen Rechtsvorschriften vorgesehen sind, erreicht werden können.“

²¹³ Kröger, CR 2001, Seite 316, 322.

²¹⁴ Grassmuck unter <http://www.heise.de/tp/deutsch/special/copy/11547/1.html>.

schutzinteressen der Privaten²¹⁵ blieben hier genauso wie ihre Kopierfreiheit letztendlich auf der Strecke²¹⁶.

Noch günstiger sieht es für den Rechtsinhaber aus, wenn er seine durch technische Maßnahmen geschützten Werke *Online* auf der Grundlage vertraglicher Vereinbarungen zum Abruf bereit stellt (ein Beispiel hierfür wären sog. „Music-on-demand-Dienste“). Dann nämlich ist er gemäß Art. 6 IV Unterabs. 4 sogar ganz von den Verpflichtungen aus Unterabsatz 2 befreit und kann seine technischen Schutzmaßnahmen ohne Einschränkungen einsetzen. So kann bei einem Erwerb des Originals mittels Download im Endeffekt im Wege der Individualvereinbarung die Anwendung der Schrankenbestimmungen und damit eine private Vervielfältigungsmöglichkeit ausgeschlossen werden²¹⁷.

Diese „Ausnahme von der Ausnahme“²¹⁸ erscheint bedenklich, bietet sie doch für die Rechtsinhaber eine bequeme Umgehungsmöglichkeit der Verpflichtungen aus Unterabsatz 1 und 2 in einer Zeit, in der ohnehin immer mehr Angebote *Online*²¹⁹, meist durch Bereitstellung einer Datenbank, verfügbar gemacht werden²²⁰.

Insofern wäre es sinnvoll zu fordern, dass wenn die fakultativen Schranken aus Art. 5 II und III umgesetzt werden, der Mitgliedstaat auch deren Vertragsfestigkeit sicherstellen muss, damit das Schrankensystem überhaupt Sinn

²¹⁵ Günnewig/Hauser/Himmelein weisen darauf hin, dass keine aktuelle DRM-Lösung einen anonymen oder pseudonymen Einkauf bietet, c't 17/2002, S. 18 unter <http://www.heise.de/ct/02/17/018/>.

²¹⁶ Blume sieht gar die Gefahr einer „mind control“ der Nutzer durch die Verwender solcher Systeme, CRi, Seite 73, 76; auch Thomaschki warnt davor, dass eine nutzungsabhängige Abrechnungsmethode eine Erfassung und Speicherung sämtlicher privater Werknutzungen voraussetzen würde aus der sich dann umfassende persönliche Nutzerprofile erstellen ließen (DuD 1998, Seite 265, 268).

²¹⁷ So die wohl überwiegende Ansicht in der Literatur, als einer von vielen auch: Hören/Sieber/Bechtold, Kapitel 7.11, Rn. 43; Anders dagegen legt Linnenborn die Bestimmung aus: Er sieht nur das Recht aus Art. 3 der Richtlinie (Übertragung auf Abruf) als Gegenstand der Regelung aus Art. 6 IV Unterabsatz 4, weshalb auf das Vervielfältigungsrecht weiterhin die Unterabsätze 2 und 3 anwendbar wären und die digitale Privatkopie mittels Downloaden zwar eingeschränkt, aber dennoch in den Grenzen der nach den Schranken erlaubten Nutzung zu gewährleisten wäre (Linnenborn, ZUM 2001, Seite 394, 401); ähnlich sehen das wohl auch Metzger/Kreutzer, MMR 2003, Seite 139, 141, 142.

²¹⁸ Flechsig, ZUM 2002, Seite 1, 16.

²¹⁹ Zu beachten ist nach Erwägungsgrund 53 der Informationsrichtlinie, dass nicht alle *Online*-Nutzungen, sondern nur die „Erbringung interaktiver Dienste auf Abruf“ von Unterabs. 4 erfasst werden sollen.

²²⁰ Linnenborn, ZUM 2001, Seite 394, 400.

macht²²¹. Schließlich verlangt auch Erwägungsgrund 45 nur, dass vertragliche Beziehungen zur Sicherung eines gerechten Ausgleichs möglich sein müssen. Er verlangt aber nicht, dass sie möglich sein müssen, um über einen solchen Vertrag eine Beschränkung der Nutzung der Schranken herbeizuführen. Denkbar wäre hier ein zusätzlicher Satz im Gesetzestext, der klarstellt, dass auch bei derartigen Online-Individualvereinbarungen der Verzicht auf Schrankenprivilegien nicht verlangt werden kann, sondern dass der Verwender vielmehr verpflichtet ist, auch hier die schrankenmäßig erlaubte Nutzung zu ermöglichen. Dies hätte den entscheidenden Vorteil, dass man nicht auf ein freiwilliges Tätigwerden der Rechtsinhaber angewiesen wäre, sondern diese von vornherein in die Pflicht genommen hätte.

2. Voraussetzungen für einen staatlichen Eingriff

Sollte der Schrankenbegünstigte nicht das Glück haben, einen kooperativen Rechtsinhaber vorzufinden, bleibt dem Nutzer als zweites der Weg vor die Gerichte: Er muss den Rechtsinhaber verklagen, um die für ihn geltende Privilegierung durchzusetzen. Das bedeutet wiederum, dass im jeweiligen Mitgliedstaat eine entsprechende gesetzliche Regelungen vorgesehen sein muss.

Jedoch sieht die Richtlinie nur in Art. 6 IV Unterabs. 1 hinsichtlich der aufgezählten Schrankenbestimmungen eine Eingriffsverpflichtung der Mitgliedstaaten vor, wogegen nach Unterabs. 2 die Mitgliedstaaten bezüglich der Privatkopierschranke im Sinne von Art. 5 II lit. b zwar *berechtigt* sind, mit geeigneten Maßnahmen einzugreifen, sofern keine freiwilligen Maßnahmen der Rechtsinhaber getroffen werden, jedoch keine Verpflichtung hierfür besteht²²².

Wie solch eine „geeignete Maßnahme“ aussehen könnte, die der Staat ergreifen kann, geht aus Erwägungsgrund 51 der Richtlinie hervor, wonach eine direkte Einwirkung auf die Ausgestaltung technischer Maßnahmen eine "geeignete Maßnahme" darstellen kann. Der Rechtsinhaber kann auf diese Weise zur „Änderung einer schon angewandten technischen Maßnahme“ verpflichtet werden oder auch zur Bereitstellung „andere(r) Mittel“, welche die Inanspruchnahme der Schrankenregelung sichern. Diese Verpflichtungen hindern

²²¹ Linnenborn, ZUM 2001, Seite 394, 401; er sieht die in Art. 6 IV Unterabsatz 1 und 2 aufgelisteten Schranken als eingeschränkt vertragsfest an.

²²² Art. 6 IV Unterabs. 2, 1. Hs: „... Mitgliedstaat *kann* derartige Maßnahmen (...) treffen...“.

ihn laut Absatz IV Unterabs. 2 jedoch nicht daran, weiterhin Maßnahmen zur Limitierung der Anzahl der Kopien zu ergreifen und so gegebenenfalls immer noch die bisher erlaubte Reichweite der Privatkopierfreiheit (die laut deutscher Rechtsprechung bereits erwähnten sieben Vervielfältigungsstücke) einzuschränken.

Außerdem ist fragwürdig, welcher Private sich zur Durchsetzung der Verpflichtung gegenüber dem Verwerter auf eine langwierige und zunächst kostenintensive Klage einlassen wird, nur um sich z.B. eine Kopie seiner Lieblings-CD für seinen Auto-CD-Player oder eine private Zusammenstellung von Musikstücken erstellen zu dürfen. Dagegen ist für die Rechtsinhaber ein Verstoß gegen eine gegebenenfalls existierende gesetzliche Regelung nur mit geringen Risiken verbunden. Dem Privilegierten einen solchen Anspruch gegen den Rechtsinhaber zu geben wäre demnach eine Lösung, die für den Nutzer praktisch ins Leere liefe, weshalb man in der Gesamtschau diesen Weg nicht als „geeignete Maßnahme“ im Sinne der Richtlinie ansehen kann²²³.

Man könnte daher auf den Gedanken kommen, eine „geeignete Maßnahme“ könnte in einer Verpflichtung der Rechtsinhaber bestehen, die nötigen Mittel zur Inanspruchnahme der Privilegierung bei einer öffentlichen Stelle zu hinterlegen²²⁴. Dazu wäre aber ein verwaltungstechnisch immenser Aufwand erforderlich, schließlich müsste zunächst ein entsprechendes Verwaltungsverfahren eingeführt werden und dann auch eine entsprechende Stelle geschaffen werden, die sich um die Schlüsselverwaltung und -weitergabe kümmert. Sowohl auf den Staat als auch auf den Nutzer kämen hier hohe Zusatzkosten zu, ganz abgesehen von dem Zeitfaktor, den der Nutzer noch in Kauf nehmen müsste, dauern doch Verwaltungsverfahren oft so lange, dass sich mit Abschluss des Verfahrens auch das Interesse des begünstigten an der Vervielfältigung erübrigt hat. Außerdem müssten weitere Rechte der begünstigten gegen die Rechtsinhaber geschaffen werden für den Fall, dass diese die Schlüssel nicht ordnungsgemäß bei der Verwaltungsstelle hinterlegt haben. Alles in allem ist auch diese Lösung als unpraktikabel und als nicht geeignete Maßnahme abzulehnen.

²²³ Metzger/Kreuzer, MMR 2002, Seite 139, 140.

²²⁴ So Metzger/Kreuzer, IfrOSS, Stellungnahme zur Umsetzung von Art. 6 IV Unterabs. 4 der Richtlinie 2001/29/EG 23.11.2001 unter: http://www.ifross.de/ifross_html/art14.pdf, Seite 4.

3. Kein Selbsthilferecht („erlaubte Umgehung“)

Demjenigen, der nicht gleich klagen möchte (sofern eine entsprechende Regelung seines nationalen Gesetzgebers überhaupt getroffen wurde) bleibt als dritte Möglichkeit nur noch der Versuch, die technische Maßnahme unter einigen Mühen zu umgehen. Jedoch ist derartige „technologische Selbsthilfe“, die den Rechtsinhabern zugestanden wird, um ihre Interessen im digitalen Raum durchsetzen zu können, strafbar, wird sie von Seiten der Nutzer ergriffen, um die eingesetzten technischen Schutzmaßnahmen zu überwinden, denn genau dies ist Ziel von Art. 6 der Richtlinie. Man könnte aber eine solche Umgehung dann als gerechtfertigt ansehen, wenn sie durch den Privilegierten erfolgt, um eine durch Privilegierung erlaubte Vervielfältigung zu erzielen.

Jedoch könnte eine derartige „legale Umgehung“ leicht weitere illegale nach sich ziehen, denn sobald ein Weg zur Umgehung gefunden und publik gemacht worden ist, ist damit zu rechnen, dass nicht nur Schrankenbegünstigte ihn nutzen werden. Außerdem würde ein solcher Kompromiss nur den technisch kundigen Nutzern zugute kommen. Als Nichtversierter müsste man sich für die Inanspruchnahme seiner Privilegierung erst Umgehungstools beschaffen, die aber selbst auch verboten sind. Und wären sie erlaubt, um sie in derartigen Fällen einzusetzen, stünde man wieder vor dem Problem, dass auch diese Tools nicht zwischen erlaubten und urheberrechtswidrig vorgenommenen Kopien unterscheiden können und so eine Missbrauchsgefahr besteht. Insofern kann eine gerechtfertigtes Selbsthilferecht bei zu legalen Zwecken erfolgter Vervielfältigung auch nicht im Interesse der Verwerter sein²²⁵.

Letztlich spricht auch der Wortlaut des Artikels selbst gegen eine solche Lösung des Konflikts, denn ein selbständiges Tätigwerden des Begünstigten entspricht nicht der Vorgabe des Art. 6 IV Unterabsätze 1 und 2, wonach die Rechtsinhaber „die Mittel zur Nutzung der betreffenden Ausnahme (...) zur Verfügung“ zu stellen haben²²⁶. Ein eigenmächtiger Einsatz seitens des Schrankenbegünstigten ist aber kein Zurverfügungstellen.

Insofern bietet auch ein dem Nutzer zugestandenes Selbsthilferecht keine befriedigende Lösung des Problems, bürdet es doch dem Nutzer ebenso wie die

²²⁵ Metzger/Kreutzer, MMR 2002, Seite 139, 140.

²²⁶ Spindler, GRUR 2002, Seite 105, 117; Metzger/Kreutzer, MMR 2002, Seite 139, 140.

Privatklagemöglichkeit eine unverhältnismäßig hohe Last zur Durchsetzung seines Privilegs auf. Ihre ursprüngliche Verteidigungsfunktion aber nehmen die Ausnahmereglungen in diesem Regelsystem nur noch wahr, wenn ein Nutzer, der das DRMS umgangen hat, daraufhin von einem Rechtsinhaber verklagt wird.

4. Notwendigkeit eines erweiterten Schutzes durch Kriminalisierung von Handlungen im Vorfeld?

Insofern muss man überlegen, ob der zusätzliche *rechtliche* Schutz für eine denehin schon bestehende *technische* Schutzmaßnahme wirklich unerlässlich ist (Teil a) und ob diese technischen Schutzmaßnahmen tatsächlich ausreichend Vorteile als Rechtfertigung für eine Verlagerung der Waagschalen im Urheberrecht bieten (Teil b). Da aber bereits die Umsetzung der Richtlinie in den Mitgliedstaaten begonnen hat, soll abschließend (unter 5.) überlegt werden, was getan werden kann, um den Bestand der digitalen Privatkopie auch nach Implementierung der Bestimmungen noch sicherzustellen.

a) Drittes Schutzlevel

Mit Art. 6 wird für die Urheber ein dreifacher Schutz kreiert: Erstens ist das Werk technisch geschützt, zweitens ist es auch rechtlich gegen Umgehung dieses technischen Schutzes abgesichert und schließlich tritt als drittes das „normale“ Urheberrecht neben die beiden ersten Schutzlevel, welches das Werk als solches ebenfalls vor unerlaubter Verwendung bewahren soll²²⁷. Das Werk ist nun geschützt durch Gesetz und Technologie *und* die Technologie ist selbst auch noch einmal durch das Gesetz geschützt.

Das hat zur Folge, dass der Nutzer nun durch *eine Vervielfältigungshandlung* gleich *zwei Verstöße* begehen kann, einmal gegen das Vervielfältigungsrecht und einmal gegen die Bestimmungen zum Schutz der technischen Maßnahmen, wenn er, bevor er vervielfältigen kann, den Zugangs- bzw. Kopierschutz überwindet. Hier findet eine Vorverlagerung des Schutzes statt, indem nicht die eigentliche Verletzung des Urheberrechts am Werk das Entscheidende ist, sondern nun auch schon das Handeln einen Schritt davor den Nutzer zum Rechtsverletzer macht²²⁸. Um noch einmal auf das Bild von Metzger zurückzugreifen

²²⁷ Dusollier/ Pouillet/ Buydens, Infoethics 2000, Seite 29.

²²⁸ Dusollier, EIPR 1999, Seite 285, 292.

(siehe Fn. 199): Nach der Neuen Regelung ist es jetzt der „Zaun“ um das zu Schützende, der selbst geschützt wird! Damit ist ein neues Vorrecht der Rechtsinhaber entstanden, ohne dass dies durch eine äquivalente Bestimmung zugunsten derjenigen, die bisher von der Privatkopierfreiheit profitieren konnten, ausgeglichen wurde.

Ist es aber wirklich nötig, bereits solche Handlungen im Vorfeld der eigentlichen Vervielfältigung zu kriminalisieren? Besonders deutlich wird das Problem in den Fällen, in denen technische Schutzsysteme die gesetzlichen Vorgaben unterwandern²²⁹, wenn also das eigentlich gesetzlich erlaubte Erstellen privater Kopien technisch unmöglich gemacht wird. Denn auch hier gilt: Unabhängig davon, ob der Zugriff auf das geschützte Werk legal stattfindet, ist bereits schon das Umgehen selbst illegal. Wieder wird evident, dass die Richtlinie hier auch über die Vorgaben des WCT unnötigerweise hinauschießt, denn wie zuvor gezeigt (II A 2) sind nach Art. 11 WCT eigentlich nur solche Maßnahmen schützenswert, die in Zusammenhang mit der Ausübung der Urheberrechte stehen. Verbotene Handlungen sind also nur solche, die vom Urheber nicht erlaubt oder gesetzlich nicht zulässig sind, was im Umkehrschluss bedeutet, dass technische Maßnahmen gerade *nicht* eingesetzt werden dürfen, um rechtlich zulässige Handlungen zu unterbinden. Gerade aber diese Klarstellung fehlt in der Formulierung der Richtlinie und ihrer Begründung.

Ähnlich fragwürdig erscheint der zusätzliche Schutz in Fällen, in denen nicht nur eine Privilegierung den Zugang zu einem an sich geschützten Werk erlauben würde, sondern auch in Fällen, in denen der technisch geschützte Inhalt an sich gar nicht urheberrechtlich geschützt ist, beispielsweise weil ihm der Werkcharakter fehlt. Auch hier läge eigentlich eine Rechtfertigung für die Umgehung vor, allein aber der schlichte Zugang als Ergebnis einer Umgehungsmaßnahme wird hier ebenfalls als unzulässig angesehen.

Das ist insofern erwähnenswert, als nach herkömmlichem Verständnis der Zugang zum Werk und sein Genuss gerade nicht der Zustimmung des Urhebers bedürfen²³⁰. Sei es nun das Buch, das man liest, der Film, den man sieht oder das Kunstwerk, das man betrachtet: Die Zugangskontrolle in Form des Kauf- oder Eintrittspreises ist kein ausschließliches Recht des Urhebers.

²²⁹ Dazu auch Hoeren, Grundzüge des Internetrechts, Seite 138, 139.

²³⁰ Leupold/Demisch, ZUM 2000, Seite 379, 384.

Sowieso sollte man sich einmal grundsätzlich fragen, ob es wünschenswert ist, Umgehungsmaßnahmen zu verbieten. Sicher ist: Jeder technische Schutz ist bisher noch von findigen Hackern geknackt worden. Um dem etwas entgegenzusetzen, beginnt ein Wettlauf der Technologien, im Zuge dessen auf der einen Seite die technischen Maßnahmen immer ausgefeilter werden, auf der anderen Seite aber auch die Hacker immer neue Methoden entwickeln, um diese wieder zu umgehen. Eine solche Entwicklung geht natürlich zu Lasten der Praktikabilität derartiger Systeme, weswegen von Verwerterseite der Ruf nach rechtllichem Schutz zur Unterstützung laut wurde, denn ohne harmonisierten Schutz wäre der Einsatz technischer Maßnahmen nur extrem schwer durchzusetzen²³¹.

Allerdings kann gerade der Gebrauch derartiger technischer Maßnahmen den Nutzer dazu verleiten, sie zu umgehen, vor allem, wenn er nur so seine ihm zustehende Privilegierung ausüben kann. Ohne technische Maßnahmen dagegen könnte er sie unproblematisch wahrnehmen und für den Fall, dass er nicht dazu berechtigt wäre, bliebe dem Urheber der auch schon bisher vorhandene Schutz für sein Werk, im deutschen Recht eben über das UrhG. Natürlich würde dies eine irgendwie ausgestaltete Kontrolle der digitalen Vervielfältigungshandlungen voraussetzen und derartige Kontrollmechanismen müssten auch dann unter Schutz stehen. Aber wieder sollte man sich überlegen, ob das nationale Recht nicht ausreichende Mittel zur Verfügung stellt. Beispielsweise käme in Deutschland das Computerstrafrecht oder das Verbot unlauteren Wettbewerbs (§ 1 UWG) für einen effektiven Schutz i.S.d. WIPO-Bestimmungen in Frage. So hätte das sehr komplexe Regel-Ausnahme-System, das die Richtlinie aufstellt, vielleicht vermieden werden können, und eine zusätzliche Kriminalisierung von auch an sich legalen Handlungen wäre nicht nötig gewesen.

Schließlich ist es zum jetzigen Zeitpunkt auch noch sehr früh, einen derart ausgeprägten Rechtsschutz für technische Schutzsysteme zu gewähren, ohne deren zukünftige Bedeutung in der Informationsgesellschaft wirklich abschätzen zu können. Je nach Entwicklung auf dem Markt wird hier ein Schutzniveau errichtet, das im weiteren Verlauf vielleicht gar nicht mehr nötig ist. Dusollier²³² mutmaßt in diesem Zusammenhang über die wahren Gründe für den Schutz von technischen Maßnahmen und kommt zu dem Schluss, dass nicht etwa der

²³¹ Davies, Festschrift für Dietz, Seite 307, 317.

²³² Dusollier/ Pouillet/ Buydens, Infoethics 2000, Seite 30.

Wunsch nach einem verstärkten Urheberschutz treibende Kraft hinter der neuen Regelung ist, sondern dass sie wohl eher getroffen wurde, um die Investitionen zu schützen, die von den Verwertern in die Entwicklung und den Gebrauch solcher Schutzmechanismen gesteckt wurden. Ob aber - gesetzt den Fall, dass dem so ist - ein aus dieser Richtung motivierter Schutz einfach unter dem Deckmäntelchen des Schutzes geistigen Eigentums laufen kann, ist mehr als fragwürdig.

Daher kann die Frage, ob ein drittes Schutzlevel, wie es hier geschaffen wurde, wirklich nötig war, negativ beantwortet werden. Vielmehr wurde hier eine Regelung übereilt eingeführt, die einen echten Interessenausgleich vermissen lässt.

b) Vor- und Nachteile technischer Schutzmaßnahmen

Wenn aber nun schon ein solch ausgeprägter Schutz technischer Maßnahmen (bzw. DRMS) geschaffen wurde, so sollte man sich auch mit Nutzen und Gefahren, die derlei Systeme bringen, auseinandersetzen.

Die *Vorteile*, die der Einsatz von technischen Maßnahmen bietet, sind hauptsächlich solche zugunsten der Verwertungsindustrie: DRMS erlauben ihnen nämlich, ihr jeweiliges Geschäftsmodell flexibel zu handhaben und sich dabei wenn nötig schnell auf neue technische Herausforderungen einzustellen. Für sie ist der vorbeugende Schutz, den ein DRMS bietet, natürlich ein wesentlicher Gesichtspunkt für den Einsatz des Systems, denn wozu nur auf die Wirksamkeit der Gesetze vertrauen, wenn die Technik ebenso gut all das verhindern kann, was vom Gesetz vielleicht nur in bestimmten Fällen nicht erlaubt oder nachträglich gerechtfertigt ist? Darüber hinaus bietet der Einsatz technischer Maßnahmen weltweiten gleichbleibenden Schutz, da er nicht an das Territorialitätsprinzip gebunden ist.

Der größte und inzwischen auch mehrfach erwähnte *Nachteil* der DRMS ist die Tatsache, dass sie keinen Unterschied zwischen legalen Kopien für den Privatgebrauch und illegalen Kopien machen können, mit den oben dargestellten daraus resultierenden Konfliktsituationen. Des weiteren beachtet auch bis jetzt kein im Einsatz befindliches DRMS die gesetzlich vorgegebenen Schutzfristen (in Deutschland: 70 Jahre), weshalb Werke so noch *technisch* geschützt werden, denen *rechtlich* dieser Schutz längst nicht mehr zugestanden wird. Auch auf diese Weise wird der bisherige Schutzrahmen erheblich erweitert.

Bedroht sein könnte auf langfristige Sicht auch die Entwicklung der Technologie selbst durch die von ihr hervorgebrachten Maßnahmen: Moderne DRMS könnten bald das Abspielen „alter“ CDs, DVDs etc. auf den mit dem technischen Schutz ausgestatteten Geräten unmöglich machen. Auch der umgekehrte Fall, in dem es nicht mehr möglich ist, kopiergeschützte neue CDs mit älteren Abspielgeräten oder dem PC problemlos zu hören, ist bereits heute schon mit Erscheinen der sog. „Un-CDs“²³³ störende Realität. Dies ist nicht nur für die Verbraucher eine nicht hinzunehmende Beschränkung, sondern dadurch besteht auch die Gefahr, dass so zukünftig Informationslücken in der Dokumentation unserer Gesellschaft entstehen. Denn angenommen, die DRM-Technologie hat sich irgendwann in den kommenden Jahren überholt, wer wird dann noch Lust haben, sich mit den kryptisch verschlüsselten Inhalten aus diesen Jahren auseinanderzusetzen?

Schließlich ist fraglich, ob die Gesellschaft überhaupt ein Interesse daran hat, im Zuge des vermehrten Einsatzes von technischen Schutz- und Abrechnungsmechanismen Information wie Ware zu behandeln. Bisher war der Verwertungsschutz ein von der *Gesellschaft* unter einschränkenden Auflagen gewährtes Recht. Mit Vormarsch der DRMS sind es nun die *Verwerter*, die festlegen, unter welchen Bedingungen sie die Ausnahmen vom generellen Nutzungsausschluss gestatten²³⁴. Hier wird, um es mit Lessig zu sagen, „Code as Code“ verwendet²³⁵, und nicht mehr das Gesetz bestimmt die Reichweite des Schutzes, sondern die Anwender technischen Maßnahmen tun dies mithilfe ebendieser Maßnahmen selbst²³⁶. Technischer Schutz ist im Gegensatz zu rechtlichem aber immer einseitig ausgestaltet und insbesondere hier fehlt ein Ausbalancieren der verschiedenen Interessen, um das gerade auch der deutsche Gesetzgeber in einer Vorreiterrolle immer bemüht war. Hier setzen sich die Interessen desjenigen durch, der das Geld, die Macht und den Einfluss hat, um die neuen Technologien in der für ihn günstigsten Form und zu seinen Bedingungen durchzusetzen. Hängt aber die Verfügbarkeit von Inhalten davon ab, ob man beispielsweise das richtige Betriebssystem auf seinem Rechner installiert

²³³ Mehr dazu bei Hansen, c't 9/2003, Seite 112 „Un-CDs, nein danke!“ unter <http://www.heise.de/ct/03/09/112/>.

²³⁴ Sietmann unter <http://www.heise.de/ct/02/24/108/>.

²³⁵ Gemeint ist damit vereinfacht Schutz der Technik durch die Technik selbst, siehe: Lessig, Code, Seite 130.

²³⁶ Lehmann dagegen sah dies bereits 1997 als erfolgversprechender Ansatz, beispielsweise bzgl. des Einsatzes digitaler Wasserzeichen (Cyberlaw, Seite 29).

hat oder ob man sie sich schlicht überhaupt leisten kann, könnte eine solche Entwicklung leicht zu einer Zwei-Klassen-Informationsgesellschaft führen²³⁷.

Aus Sicht der Nutzer überwiegen damit die Nachteile, die technische Schutzmaßnahmen für den Nicht-Verwerter mit sich bringen, weshalb der für diese Maßnahmen geschaffene, zu Lasten der Privatkopierfreiheit gehende Schutz als nicht durch entsprechende Vorteile für alle Seiten gerechtfertigt angesehen werden kann.

5. Wie kann die notwendige Balance im digitalen Kontext doch noch aufrechterhalten werden?

Die Antwort auf die Frage, wie weit rechtlicher Schutz für technischen Schutz gehen darf und wie viel Raum dann noch für eine tatsächliche Ausübung der Privatkopierfreiheit bleibt, entscheidet sich nach dem zuvor Dargestellten an der Entscheidung des Gesetzgebers, welche „geeigneten Maßnahmen“ er letztendlich trifft, um die Durchsetzung der Privilegierung zu gewährleisten. Da Individualvereinbarungen, Privatklage und Selbsthilferecht nur in eingeschränktem Masse dazu tauglich sind, ist zu überlegen, welche alternativen Lösungsmöglichkeiten noch praktikabel bei Umsetzung der Richtlinie in nationales Recht wären.

Jaeger²³⁸ betont, dass bei derlei Überlegungen beachtet werden muss, dass jedermann und nicht nur der technisch Kundige geschützt wird. Er sieht zwei verschiedene, zusätzliche Auswege aus dem Konflikt: Zum einen durch die Einführung einer Verbandsklagemöglichkeit durch Verbraucherverbände oder aber zum anderen durch Ausnutzung des Ordnungswidrigkeitenwegs, also eines staatliches Vorgehens mit Bußgeldern bei Verstoß gegen das Gebot, Werke gemäß den Schranken zugänglich zu machen. Beides setzt natürlich immer voraus, dass überhaupt eine gesetzliche Verpflichtung der Verwerter besteht, bei Einsatz technischer Schutzmaßnahmen auch die Wahrnehmung der Schranken durch Bereitstellung der erforderlichen Mittel zu ermöglichen.

²³⁷ Befürchtet Schmid, „Weggesperrt in Krypto-Flaschen“, telepolis -Artikel vom 24.01.2003 unter <http://www.heise.de/tp/deutsch/special/copy/14035/1.html>.

²³⁸ Vom Institut für Rechtsfragen der Freien und Open Source Software (<http://www.ifross.de>), laut Grassmuck unter <http://www.heise.de/tp/deutsch/special/copy/11547/1.html>.

a) Verbandsklage

Zu überlegen ist im Falle der Schaffung einer Verbandsklage, in welchem Gesetz diese im deutschen Recht unterzubringen wäre: Zum einen wird überlegt, die Zuwiderhandlung als Wettbewerbsverstoß gegen § 1 UWG anzusehen, unter der Fallgruppe des „Vorsprungs durch Rechtsbruch“, womit gem. § 13 II Nr. 2 UWG der Weg für eine Verbandsklage offenstünde²³⁹. Obwohl die Sachnähe von Urheber- und Wettbewerbsrecht für eine solche Verortung sprechen würde, erscheint es fraglich, ob sich die Wettbewerbsrichter durch einen entsprechenden Hinweis in der Gesetzesbegründung ausreichend gebunden fühlen würden und sich so das Ergebnis der Interessenabwägungen aus § 1 UWG quasi diktieren lassen würden²⁴⁰.

Daher wird als zweite Alternative die Unterbringung eines Verweises auf das Gebot in § 2 II UklG²⁴¹ vorgeschlagen²⁴². Verbraucherschutzverbände i.S.v. §§ 3, 4 UklG könnten dann ohne weiteres auf Unterlassen der technischen Schutzmaßnahme klagen. Weil aber bei Erfolg einer Verbandsklage beispielsweise gegen kopiergeschützte CDs gleich die gesamte Auflage vom Markt zu nehmen wäre, bestünde ein großer wirtschaftlicher Druck für die Verwerter, sich an das Gebot zu halten, was einen wirksamen Schutz der Privatkopierfreiheit gewährleisten würde.

b) Bußgeld

Die zweite laut Jaeger in Betracht zu ziehende Möglichkeit wäre, in Anlehnung an die entsprechenden Paragraphen im Kartellrecht, § 19 I i.V.m. § 81 I Ziff. 1 GWB, auch im Urheberrecht die Verstöße als Ordnungswidrigkeit zu qualifizieren, um sie dann von den Kartellbehörden (wie nach §§ 81 IV, 48 GWB) verfolgen und mit Bußgeldern ahnden zu lassen²⁴³.

Auch hier wäre für die Rechtsinhaber ein Verstoß gegen die gesetzliche Regelung mit großen finanziellen und publicityverlustträchtigen Gefahren verbunden. Eine solche Regelung hätte daher ebenfalls präventive Wirkung und zudem den Vorteil, sowohl mit dem Wortlaut des Art. 6 IV der Richtlinie verein-

²³⁹ Metzger/Kreutzer, MMR 2002, Seite 139, 140.

²⁴⁰ Metzger/Kreutzer, MMR 2002, Seite 139, 141.

²⁴¹ „Gesetz über Unterlassungsklagen bei Verbraucherrechts- und anderen Verstößen“ oder auch: Unterlassungsklagengesetz.

²⁴² Metzger/Kreutzer, MMR 2002, Seite 139, 141.

²⁴³ So auch zustimmend Metzger/Kreutzer, MMR 2002, Seite 139, 140.

bar zu sein, als auch bei Verhängung des Bußgeldes flexibler zu sein, weil dem Verhältnismäßigkeitsgrundsatz im Einzelfall besser Rechnung getragen werden kann²⁴⁴.

Die Umsetzung einer der beiden oder gar eine Kombination von beiden aufgezeigten Alternativlösungen wäre in jedem Fall geeignet, die Durchsetzung der Schrankenbestimmungen zu sichern und können als geeignete und empfehlenswerte Maßnahmen qualifiziert werden.

6. Ergebnis zu E

Festzustellen bleibt: Technische Maßnahmen können nach der neuen Richtlinie auch dort eingesetzt werden, wo eigentlich Schrankenbestimmungen greifen würden. Zusätzlich ist das Eingreifen der Schrankenbestimmungen durch die Möglichkeit des Rechtsinhabers beschränkt, die Zahl der Kopien auch weiterhin einzugrenzen (Art. 6 IV Unterabs. 2, 2. Hs) und sich dem Ganzen durch Online-Zurverfügungstellung seiner Inhalte zu entziehen. So helfen gegebenenfalls umgesetzte Privilegierungen dem Nutzer nicht, wenn er sie aus diesen Gründen *tatsächlich* nicht durchsetzen kann.

Die Richtlinie setzt als Heilmittel dieses Ungleichgewichts zunächst vorrangig auf freiwillige Vereinbarungen zwischen Schrankenbegünstigten und Verwertern. Die Praxisnähe einer solchen Annahme muss jedoch stark bezweifelt werden, abgesehen davon, dass derartige Vereinbarungen aus einem Machtungleichgewicht und höchstwahrscheinlich zu Lasten des Nutzers getroffen werden. Weiter bleibt dem Nutzer, möchte er eine private Vervielfältigung vornehmen, noch die Möglichkeit einer Umgehung der Schutzmaßnahmen, die ihm aber vom Gesetz ja gerade verboten ist, auch zur Umgehung zu durch Schrankenbestimmung gerechtfertigten Zwecken oder der mühselige Klageweg, sollte sein Land eine derartige Regelung zur Durchsetzung seines Privilegs eingeführt haben. Gerade aber für die Privatkopie besteht eine solche Verpflichtung der Mitgliedstaaten nicht.

Stattdessen findet eine nicht eindeutig durch klar ersichtliche Vorteile eines vermehrten Einsatzes von DRMS gerechtfertigte Ausweitung des Schutzbereichs statt (Stichwort: Drittes Schutzlevel). Diese Ausweitung kriminalisiert in

²⁴⁴ Metzger/Kreutzer, MMR 2002, Seite 139, 140, 141.

letzter Konsequenz dann auch den Nutzer, der die technische Maßnahme zur berechtigten Wahrnehmung seiner Privatkopierfreiheit umgeht. Daher bleibt bei einem wie nun vorgeschriebenen Schutz technischer Maßnahmen für eine wirkliche Durchsetzung der privaten Vervielfältigungsfreiheit nicht mehr viel Raum²⁴⁵. Setzt ein Staat die Richtlinie so wie vorgeschrieben um, ohne die darin eröffneten Spielräume in der Ausgestaltung zu nutzen und ohne selbst Ergänzungen wie unter 5. vorgestellt einzufügen, ist eine private Vervielfältigung in Zukunft de facto nicht mehr möglich, sobald ein Werkschaffender technische Maßnahmen einsetzt, die eine solche Kopie verhindern. Gerade auch im deutschen Recht wäre in einem solchen Fall die Balance, die dem bisherigen Urheberrecht innewohnte²⁴⁶, stark gefährdet.

Alles in allem wird hier von der Richtlinie kein ausgewogenes Verhältnis von Privatkopierfreiheit und Schutz technischer Maßnahmen geschaffen. Das ist eine nicht hinzunehmende Beschränkung sowohl für die Nutzer als auch für die Informationsgesellschaft selbst, die Gefahr läuft, dadurch langfristig gesehen ihre „public domain“ auszutrocknen.

F. Sanktionen

Nach Art. 6 Abs. I und II in Verbindung mit Art. 8 I der Richtlinie sind angemessene Sanktionen und Rechtsbehelfe bei Zuwiderhandlungen gegen die in der Richtlinie festgelegten Rechte und Pflichten zu schaffen. Die Sanktionen müssen dabei auch noch wirksam, verhältnismäßig und abschreckend sein²⁴⁷. Dieser neu in das harmonisierte Sanktionenrecht aufgenommene Aspekt der Prävention²⁴⁸ geht auf Art. 41 I TRIPS zurück. Ob es der deutsche Gesetzgeber bei Ausbalancierung der verschiedenen Interessen geschafft hat, sowohl die Abschreckungswirkung zu erzielen, als auch die Verhältnismäßigkeit zu wahren, wird in Teil III näher zu untersuchen sein.

²⁴⁵ Genau entgegengesetzter Meinung ist Davies, der es gar als „zweifelhaft“ ansieht, ob der rechtliche Schutz technischer Schutzmaßnahmen gegenüber erlaubten Ausnahmen die Oberhand behalten kann (GRUR Int., 2001, Seite 915, 917); dem kann nach den vorangegangenen Überlegungen nicht gefolgt werden.

²⁴⁶ Dusollier, EIPR 1999, Seite 285, 292 und 293.

²⁴⁷ Siehe Erwägungsgrund 48 der Informationsrichtlinie.

²⁴⁸ Dreier, ZUM 2002, Seite 28, 40.

G. Ergebnis zu Teil II: Zusammenfassung und Bewertung der wichtigsten Veränderungen

Nachdem lange Zeit Unklarheiten herrschten, wie der Vervielfältigungsbegriff zu verstehen sei, liefert die Richtlinie nun einen zwar immer noch recht weiten, dafür aber zumindest im Hinblick auf die Erfassung auch digitaler Vervielfältigungsstücke präzisierten Vervielfältigungsbegriff und trennt nun nicht mehr zwischen analoger und digitaler sowie zwischen On- und Offline-Vervielfältigung.

Hinsichtlich der in Art. 5 II und III geregelten Schrankenregelungen wurde letztendlich nur eine eingeschränkte Harmonisierungswirkung erzielt²⁴⁹, da sich durch ihre Ausgestaltung die Mitgliedstaaten die ihnen genehmen Schranken aussuchen können. Ähnliches gilt für die Ausgleichsregelungen zugunsten der Rechtsinhaber: auch hier wird den Mitgliedstaaten ein großer Gestaltungsspielraum eingeräumt. So erreicht die Richtlinie gerade dort, wo sie Ungleichgewichte zwischen den einzelnen Staaten und Unsicherheiten für den Binnenmarkt eigentlich beseitigen wollte, ihr Ziel leider nicht.

Positiv zu vermerken bleibt, dass nach den neuen Schrankenregelungen ephemere Vervielfältigungen nun ausdrücklich vom Vervielfältigungsrecht ausgenommen sind. Tendenziell werden aber trotz einer Gleichstellung von analogen und digitalen Vervielfältigungen durch die Richtlinie die Schranken für eine digitale Nutzung enger gefasst. Dies geschieht durch eine Erweiterung des Schutzbereichs für den Einsatz technischer Maßnahmen. Zusätzliche Unklarheiten werden in diesem Teil durch zu unbestimmte Formulierungen („wirksame“ technische Maßnahmen, „im normalen Betrieb“) erzeugt, so dass hier seitens des nationalen Gesetzgebers Klarstellungen erforderlich sein werden.

Er wird die Art der Handlungen, die mit technischen Maßnahmen verhindert werden dürfen, spezifizieren müssen und sollte ihn auf den Schutz beschränken, der eine Schrankennutzung nicht verhindert. Auch sollte ein Verzicht auf vom Gesetz gewährte Privilegien durch Individualverträge explizit ausgeschlossen werden.

Da schließlich das Verhältnis von Privatkopierfreiheit und technischen Maßnahmen nach der vorliegenden Ausgestaltung nur noch wenig Raum für die praktische Durchsetzbarkeit von privaten Vervielfältigungsbedürfnissen lässt,

²⁴⁹ Davies, GRUR Int. 2001, Seite 915, 919; Kröger, CR 2001, Seite 316, 319.

sollten zusätzliche Maßnahmen, wie beispielsweise die Schaffung einer Verbandsklage ins Auge gefasst werden.

Letztlich ist es gut, dass der Kommission gewisse Berichts- und Prüfungspflichten gerade auch im Hinblick auf Art. 5 und 6 der Richtlinie auferlegt wurden (siehe Art. 12 I). Danach soll die Anwendung von Art. 5 anhand der Entwicklung des digitalen Marktes beobachtet werden und außerdem festgestellt werden, ob Art. 6 ein ausreichendes Schutzniveau sicherstellt und ob sich der Einsatz wirksamer technischer Maßnahmen nachteilig auf gesetzlich erlaubte Handlungen auswirkt. Erforderlichenfalls kann sie dann entsprechende Änderungsvorschläge vorlegen, wobei die Wahrscheinlichkeit für derartige Ergänzungen sehr hoch ist, schließlich zeichnen sich schon in der ex ante - Betrachtung erhebliche Problemfelder ab.

III: Implementierung der Richtlinie: Der deutsche Regierungsentwurf

Angesichts der inzwischen stattgefundenen Umsetzung der Informationsrichtlinie widmet sich der dritte Teil den Fragen, ob und wenn ja welche bestehenden Normen in Zusammenhang mit den Regelungen rund um die Privatkopierfreiheit geändert werden mussten. Begutachtet wird auch werden, was neu hinzugekommen ist und anhand des im zweiten Teil Dargestellten wird die Kernfrage sein, ob der deutsche Gesetzgeber seinen ihm von der Richtlinie eröffneten Spielraum genutzt hat und wenn ja, ob die gewählte Lösung zufriedenstellend für alle Beteiligten ist. Hier wird natürlich insbesondere zu bewerten sein, wie der Gesetzgeber dem Gebot einer Ermöglichung der Privatkopie zur Geltung verholfen hat.

Zum Werdegang des Gesetzesentwurfs ist zu sagen, dass das Bundesministerium der Justiz (BMJ) erst am 18. März 2002 seinen Referentenentwurf zur Umsetzung der Informationsrichtlinie vorlegte (im folgenden „UrhGE“). Damit wurde natürlich ebenfalls die Umsetzung der oben genannten WIPO-Verträge

vorbereitet²⁵⁰. Die erste Anhörung im Bundestag erfolgte am 22. April 2002, vier Monate später am 16. August 2002 lag der Regierungsentwurf vor²⁵¹. Zu diesem gab der Bundesrat seine Stellungnahme am 27. September 2002 ab. Weil aber eine Umsetzung vor der Bundestagswahl nicht mehr zeitlich fertiggestellt werden konnte, musste der Entwurf am 06. November 2002 nochmals vorgelegt werden²⁵². Eigentlich war eine Umsetzung der Richtlinie in nationales Recht schon bis zum 22. Dezember 2002 erforderlich, eine Frist, die Deutschland – neben anderen Ländern²⁵³ – letztlich aber nicht einzuhalten vermochte.

Nach Gegenäußerung der Bundesregierung zu der Stellungnahme des Bundesrats vom 27. September 2002 beriet der Bundestag erneut über den nochmals eingebrachten Entwurf, dann wurde der Entwurf zur weiteren Beratung in die Ausschüsse gegeben. Schließlich gab am 18. April 2003 der federführende Rechtsausschuss des Bundestages seine Beschlussempfehlung²⁵⁴ ab, woraufhin am 11. April nach der 2. und 3. Lesung die Verabschiedung des Gesetzes zum Urheberrecht in der Informationsgesellschaft im Bundestag mit den Stimmen von Regierung und CDU erfolgte.

Am 7. Mai 2003 beschloss der Rechtsausschuss des Bundesrates, in §53 UrhG ergänzend einzufügen, dass 1.) nur die Verwendung einer legalen Vorlage auch zu einer legalen Vervielfältigung führt und dass 2.) das Herstellenlassen durch Dritte nicht für digitale Vervielfältigungsstücke gilt. Nur sechs Tage später wird dem Bundesrat vom federführenden Rechtsausschuss und vom Wirtschaftsausschuss empfohlen, den Vermittlungsausschuss einzuberufen²⁵⁵, der daraufhin eine Kompromissformulierung erarbeitet. Nachdem diese vom Bundestag angenommen wurde, muss das Gesetz nun erneut den Bundesrat passieren, der zwar nicht zustimmen muss, aber einspruchsberechtigt ist. Nach Verabschiedung des Gesetzes soll dann unmittelbar mit einer zweiten Gesetzgebungsstufe begonnen werden, die sich den im ersten Teil ausgeklammerten Problemen widmet.

²⁵⁰ Den Entstehungsprozess dokumentiert ausführlich das Münchner Institut für Urheber- und Medienrecht: <http://www.urheberrecht.org/topic/Info-RiLi/>.

²⁵¹ BR-Drucks. 684/02.

²⁵² BT-Drucks. 15/38.

²⁵³ Über den aktuellen Stand der Umsetzung informiert <http://wiki.ael.be/index.php/EUCD-Status>.

²⁵⁴ BT-Drucks. 15/837.

²⁵⁵ BR-Drucks. 271/1/03.

A. Die wichtigsten Neuregelungen im Einzelnen

1. Ausnahmen vom Vervielfältigungsrecht für ephemere Vervielfältigungen, § 44a UrhGE

Mit § 44a UrhGE wird wortgetreu Art. 5 I der Richtlinie umgesetzt. Aus den bereits oben aufgezeigten Gründen ist eine derartige Klarstellung auch im deutschen Recht angesichts der wachsenden Bedeutung der Internetnutzung und der damit einhergehenden notwendigen vorübergehenden Vervielfältigungshandlungen notwendig und wünschenswert. Nach Verabschiedung dieses Artikels werden sich die privaten Nutzer jedenfalls keine Gedanken mehr machen müssen, ob und inwieweit solche Handlungen Urheberrechte verletzen und dann ggf. wieder von der Ausnahme des § 53 I Satz 1 UrhG gedeckt sind.

2. Eingeschränkte Privatkopierfreiheit, § 53 UrhGE

Auch nach Einarbeitung von Art 5 II lit. b der Richtlinie wird die Schrankenregelung, wie sie bis jetzt in § 53 UrhG besteht, beibehalten werden. Selbst wenn die Tonträgerindustrie das gerne anders gesehen und sich eine Einschränkung der Privatkopie gewünscht hätte, finden durch die Umsetzung keine inhaltlichen Änderungen statt²⁵⁶. Ausdrücklich aufgenommen wird die Formulierung, dass die Vervielfältigung nur durch „eine natürliche Person“ zulässig ist, was dem Verständnis des bisherigen Rechts entspricht, ebenso wie der Zusatz, die Vervielfältigung dürfe nicht kommerziellen Zwecken dienen. Weiter wird in Umsetzung von Art. 5 II lit. a der Richtlinie § 53 I UrhG in einem zweiten Satz die Reprographieschranke hinzugefügt. Zu den problematischeren Punkten im Einzelnen:

a) Unveränderter Begriff der einzelnen Vervielfältigungsstücke

Wie zuvor wird auch die neue Fassung den Begriff der „einzelnen Vervielfältigungen“ ohne nähere Ausgestaltung beibehalten, weshalb auch die bereits oben aufgezeigten²⁵⁷ damit verbundenen Unsicherheiten bestehen bleiben werden. Daher wurde vereinzelt vorgeschlagen, den Begriff „einzelne“ als überflüssig

²⁵⁶ Dazu ausdrücklich der Referentenentwurf auf Seite 33: „Die vorgeschlagenen Änderungen in § 53 dienen lediglich der Klarstellung (...). Eine inhaltliche Änderung gegenüber dem geltenden Recht ergibt sich daraus nicht.“

²⁵⁷ I A 4. a.

entfallen zu lassen²⁵⁸: Aus § 53 UrhG ergebe sich, dass Vervielfältigungen nur zum Privatgebrauch erfolgen dürften, daher sei Obergrenze die im jeweiligen Einzelfall erforderliche Anzahl der Kopien und ließe sich auch nur für diesen Einzelfall bestimmen. Tatsächlich spricht auch die Richtlinie in Art. 5 II lit. b nur unbestimmt von Vervielfältigungen zum privaten Gebrauch und auch Art. 6 IV, der sich darauf bezieht, spricht nur von „dem für die Nutzung der betreffenden Ausnahme (...) erforderlichen Maße“. Insofern wäre die Bundesregierung durch den Wortlaut der Richtlinie nicht an einer Änderung gehindert.

Angesichts der bereits oben unter I B 5 angeführten Argumente und des Umstandes, dass nunmehr durch § 44 a UrhGE das Problem der vorübergehenden Vervielfältigungen gelöst ist, besteht ein wirklich dringender Änderungsbedarf nicht. Ließe man den Begriff der „einzelnen“ Stücke entfallen, würde man eine vage Formulierung durch eine ebenso vage Einzelfallrechtsprechung ersetzen, die zwar den Vorteil der Flexibilität für sich beanspruchen könnte, nicht aber für unbedingt mehr Rechtsklarheit beim Nutzer sorgen würde und die durch „einzelne“ gesetzte Betonung des Umstandes, dass wirklich nur wenige, eben nur die für den Privatgebrauch unerlässlichen Kopien vom Ausschließlichkeitsrecht des Urhebers ausgenommen sind, entfielen.

b) Keine Differenzierung nach analoger oder digitaler Kopie

Aus Art. 5 II lit. b wurde die Formulierung übernommen, dass die erlaubten Kopien „auf beliebigen Trägern“ zulässig sind. An dieser Stelle nutzte der deutsche Gesetzgeber den Spielraum, den die Richtlinie bei der Umsetzung von Art. 5 II lit. b gibt und verdeutlicht, dass eine Differenzierung nach der verwendeten Technik (analog oder digital) nicht stattfindet. Damit wird die bisher geltende Schranke unter Beibehaltung ihrer Struktur erweitert, und es sind nun auch grundsätzlich Privatkopien digitaler Art zugelassen. Diese Gleichstellung ist in Anbetracht der Häufigkeit, mit der heutzutage Vervielfältigungen digitaler Werke erforderlich sind, sehr erfreulich. Schließlich sollte man, gesteht man der Verwerterseite die Vorteile der technischen Entwicklung zu (Stichwort: Schutz des Einsatzes technischer Maßnahmen), auch die Privaten nicht im prädigitalen Zeitalter zurücklassen.

²⁵⁸ Hoeren, Urheberrecht und Verbraucherschutz, Seite 14.

Der Verwerterseite ist diese Entwicklung dagegen unlieb, wie man beispielsweise an einer Stellungnahme der SPIO²⁵⁹ sehen kann: Diese sieht die Kopierfreiheit als zu stark zu Gunsten der Verbraucher ausgeweitet an und befürchtet infolgedessen „existenzgefährdende Verluste“ für die Rechtsinhaber. Unter Hinweis darauf, dass Schranken eng auszulegen seien, argumentiert die SPIO, § 53 UrhG sei nur für die analoge Technik geschaffen worden, weshalb man sich gegen eine Gleichstellung von analog und digital hätte entscheiden müssen.

Auch die Richtlinie sieht, dass "kein Bedarf an neuen Konzepten für den Schutz des geistigen Eigentums" besteht²⁶⁰, fordert aber, dass das Urheberrecht insoweit angepasst und ergänzt werden soll, dass es den neuen Gegebenheiten Rechnung trägt. Neue, revolutionäre Techniken gehören schließlich seit jeher zu den Herausforderungen des Urheberrechts und ein Prozess rechtlicher Reaktion auf diese Weiterentwicklungen in der Technik fand schon mehrmals erfolgreich statt²⁶¹. Daher ist auch diese Erweiterung in einem Gesetz, das für die „Informationsgesellschaft“ geschaffen werden soll, die nunmal geprägt von Digitalisierungsvorgängen ist, gerechtfertigt.

c) Vereinbarkeit von § 53 UrhGE mit dem Drei-Stufen-Test

Trotzdem wird auch im Folgenden der zuvor behandelte Gesichtspunkt der Regelung für weitere Diskussionen sorgen, hat es doch der deutsche Entwurf aus Zeitgründen versäumt, sich auch um eine differenzierte Vergütungsregelung danach, ob es sich um eine analoge oder digitale private Vervielfältigung handelt, zu bemühen, wie es Erwägungsgrund 38 der Richtlinie gestattet. Da die „digitale private Vervielfältigung (...) eine weitere Verbreitung finden und größere wirtschaftliche Bedeutung erlangen“ dürfte, solle man im Interesse eines funktionierenden Binnenmarktes den Unterschieden auch bei der Einführung oder Beibehaltung von Vergütungsregeln Rechnung tragen. Im Bereich der analogen Vervielfältigung war eine derartige Harmonisierung nie vorangetrieben worden, ging man doch davon aus, die analoge Vervielfältigung würde sich ohnehin mit der Zeit überholen und bis dahin würden die unterschiedli-

²⁵⁹ Spitzenorganisation der Filmwirtschaft e.V.; Stellungnahme zum Regierungsentwurf vom 31. Juli 2002 unter http://www.urheberrecht.org/topic/Info-RiLi/st/st_film_regentw_28_08_02.pdf.

²⁶⁰ Erwägungsgrund 5 der Informationsrichtlinie.

²⁶¹ Reinbothe, ZUM 2002, 43, 43; Schack, JZ 1998, Seite 753, 754; Schricker/Schricker, Einleitung, Rn. 1.

chen Vergütungssysteme, die in den Mitgliedstaaten existierten, das Funktionieren des Binnenmarktes nicht beeinträchtigen²⁶².

Ohne eine Vergütungsregelung, welche die Unterschiede von analog und digital beachtet, wird nun vielfach das Verhältnis von §53 UrhG zum Drei-Stufen-Test aus TRIPS und RBÜ, zukünftig aus WPPT und WCT und jetzt eben auch aus der Richtlinie als problematisch angesehen²⁶³. Es wird beanstandet, dass die berechtigten Interessen der Rechtsinhaber ohne eine Regelung für die Vergütung bei einer Gleichstellung von analoger und digitaler erlaubter Privatkopie ungebührlich verletzt werden würden. Explizit ist der Drei-Stufen-Test bei Umsetzung der Richtlinie nicht ins deutsche Recht aufgenommen worden. Allerdings ist zu beachten, dass der Test eine Doppelfunktion hat: Zum einen ist er Auftrag an den nationalen Gesetzgeber, zum anderen fungiert er als Auslegungsregel²⁶⁴. Daher hält das BMJ den Kritikern entgegen, man habe sich gegen eine ausdrückliche Umsetzung entschlossen, weil der Test bereits jetzt schon unmittelbar gelte und das UrhG im Wesentlichen seine Anforderungen erfüllen würde²⁶⁵. Er sei in erster Linie eine Gestaltungsanordnung gegenüber dem nationalen Gesetzgeber, der die Schrankenregelung in diesem Sinne zu konkretisieren habe. Man habe sich dagegen entschlossen, den Test als Schranken-Schranke aufzunehmen, weil bereits die jetzige Formulierung der Schranken ihm entspreche²⁶⁶.

Dagegen wird angeführt, dass eine unmittelbare Geltung des Tests über das Völkerrecht eine Umsetzung nicht obsolet mache, schließlich würden trotz internationaler Verträge weiterhin Regelungslücken bestehen, z.B. sei in der RBÜ nur das Vervielfältigungsrecht geregelt und das TRIPS gelte nur bei Sachverhalten, die internationale Bezüge aufweisen²⁶⁷.

Auch ohne den Test gesondert ins UrhG aufnehmen zu müssen, wird sich die Bundesregierung letztlich auf jeden Fall noch mit dem Vergütungsthema aus-

²⁶² Davies, GRUR Int. 2001, Seite 915, 915, 916.

²⁶³ So beispielsweise von Reinbothe laut Zecher, ZUM 2002, Seite 52, 53.

²⁶⁴ So auch Kröger, CR 2001, Seite 316, 319.

²⁶⁵ Vgl. Zecher, ZUM 2002, Seite 451, 453; Püschel, Urheberrecht, 18.5, Seite 193.

²⁶⁶ Aussage von Pakuscher (BMJ) auf der Arbeitssitzung des Instituts für Urheber- und Medienrecht am 29.11.2002, laut Rom, ZUM 2003, Seite 128, 129.

²⁶⁷ Zecher, ZUM 2002, Seite 451, 453.

einandersetzen müssen (spätestens im zweiten Korb der Umsetzung²⁶⁸) und sich entscheiden müssen, ob sie beispielsweise eine Individualabrechnung zulässt, die pauschalen Vergütungssätze anhebt oder eine zusätzliche Geräteabgabe einführt und ob sie die Kompensation wie bisher über Verwertungsgesellschaften wahrnehmen lässt oder aber wie in anderen Ländern über das Staatsbudget regelt (wobei sich das System der Verwertungsgesellschaften bewährt hat und daher wohl auch gegen den Widerstand der Verwerterlobby beibehalten werden wird; zudem würde einer Vergütung, die über das Staatsbudget läuft, entgegenstehen, dass dann alle zahlen müssten und nicht nur derjenige, der kopiert, wie es ursprünglich vorgesehen war).

Je nach Entscheidung wäre der Private stärker oder schwächer betroffen. Entschiede sich die Regierung z.B. für eine Urheberrechtsabgabe auf Geräte, ergäbe sich ein Wertungswiderspruch: Einerseits wäre die Umgehung von Kopierschutzmassnahmen gesetzlich verboten, andererseits würden gleichzeitig steigende Abgaben für Geräte eingeführt werden, mit denen man zwar theoretisch kopieren könnte, es aber rechtlich nicht dürfte. Müsste man aber auf diese Weise mehrfach für die selbe Sache zahlen, würde dies die Gesetzssystematik der §§ 53 ff UrhG umgehen²⁶⁹. Letztlich wird aber eine direkte Umstellung ohnehin nicht möglich sein, sondern ein Nebeneinander von pauschalem Vergütungssystem und individuellem System wird erforderlich sein, denn schließlich werden noch für eine lange Zeit ungeschützte und geschützte Verwertungsformen nebeneinander bestehen und bis jetzt konnte sich in Europa bislang auch noch kein marktreifes DRM-System durchsetzen²⁷⁰. Der Ausgang dieser Diskussionen wird auch für die Privatkopierenden Folgen haben, denn egal, ob das bisherige Pauschalvergütungssystem beibehalten wird, oder neue Geräteabgaben eingeführt werden, die Nutzer werden die neu gewonnene digitale Privatkopierfreiheit wohl auf irgendeine Weise bezahlen müssen²⁷¹. Bis dahin aber bleibt vorerst die bisherige Regelung aus den §§ 53, 54 UrhG bestehen.

²⁶⁸ So Pakuscher (BMJ) auf der Arbeitssitzung des Instituts für Urheber- und Medienrecht am 29.11.2002, laut Rom, ZUM 2003, Seite 128, 129.

²⁶⁹ Winghardt, ZUM 2002, Seite 349, 359.

²⁷⁰ Günnewig/Hauser/Himmelein, c't 17/2002, S. 18 unter <http://www.heise.de/ct/02/17/018/>.

²⁷¹ So wünscht sich die GEMA für ihren Teil im zweitem Teil der Reform eine Anhebung der Vergütung für das private Kopieren, siehe Heise-Meldung vom 14.04.2003 „GEMA begrüßt neues Urheberrecht“ Unter <http://www.ix.heise.de/newsticker/data/anw-15.04.03-003/>.

d) Herstellung durch Dritte

Der mit der zur Kopie Befugte darf die Vervielfältigung auch nach dem neuen § 53 UrhG "durch einen anderen herstellen lassen, sofern dies unentgeltlich geschieht". Im Vergleich zu vorher wird nun das Erfordernis der Unentgeltlichkeit über den Bereich der Bild- oder Tonträger sowie der bildenden Künste auf jegliche Art der digitalen Vervielfältigung ausgedehnt. Entgeltliche Kopien können ab jetzt nur noch auf Papier oder einem ähnlichen Träger mittels der genannten Verfahren angefertigt werden.

Die Möglichkeit der Herstellung durch Dritte wird hier aus Gründen beibehalten, die auch schon bei Schaffung des UrhG 1965 ins Feld geführt wurden: Einerseits soll die Privatkopie auch denjenigen offenstehen, die sich entsprechende Kopiereinheiten nicht leisten und sie auch nicht bedienen können. Andererseits wäre es praktisch unmöglich, eine Beschränkung auf nur den durch die Ausnahme Begünstigten zu überwachen²⁷². Mit der jetzt getroffenen Regelung besteht für die Regierung die Möglichkeit der Vervielfältigung durch Dritte zumindest insoweit einzuschränken, als sie zumindest den besser kontrollierbaren Bereich der gewerblichen Vervielfältigungen (mit Ausnahme der Reprographie) von der Privilegierung ausnimmt.

Gegenstimmen sehen diese Regelung als nicht angemessen an, erhöht sich doch zunehmend die Zahl der Haushalte, die über private Vervielfältigungseinrichtungen wie einen CD- oder DVD-Brenner verfügen. Im digitalen Kontext sei es sinnvoll, so argumentieren sie, die Möglichkeit der Herstellung durch Dritte ganz zu streichen. Ansonsten bestünde die Gefahr, dass Dritte über die bloße Kopiertätigkeit hinaus eine eigene Vertriebstätigkeit entwickeln. Dann aber käme es zu einer massenhaften Nutzung des Werkes und nicht nur zu einer vom Gesetz ursprünglich angenommenen marginalen Nutzung durch einen individuell vorgenommenen Kopiervorgang, der kaum ins Gewicht fällt²⁷³. Dieses Argument kann jedoch nur insoweit gelten, als eine solche Vertriebstätigkeit unentgeltlich erfolgt. Wird jedoch eine Gegenleistung für die Kopiertätigkeit erbracht, fällt der Vorgang nach der Gesetzesänderung gerade nicht mehr unter den Privilegierungstatbestand des § 53 I UrhG.

²⁷² Siehe BMJ-Referentenentwurf, Seite 34.

²⁷³ So u.A. Schack, ZUM 2002, Seite 497, 501.

Schack sieht außerdem bei einer erlaubten Herstellung durch Dritte die Gefahr, dass bei Online übermittelten Werken ein hilfsbereiter Dritter den Kopierschutz von z.B. Musikdateien umgeht, was der privilegierte Nutzer selbst nicht darf und sie anschließend als E-Mails an den Nutzer zurückschickt. Daher solle in einem solchen Fall eine teleologische Reduktion des § 53 UrhG stattfinden, und § 16 UrhG wieder voll greifen, auch um im Einklang mit dem Drei-Stufen-Test zu stehen.

Jedoch wurde der Drei-Stufen-Test aus den angeführten Normen bereits bei der Gestaltung der neuen Normen vom Gesetzgeber beachtet, der die Ausdehnung des Erfordernisses der Unentgeltlichkeit der Herstellung über den bisher betroffenen Bereich der Übertragung auf Bild- und Tonträger und von Werken der bildenden Kunst hinaus auf alle in Frage kommenden Handlungen in diesem Bereich als „notwendig aber auch ausreichend“²⁷⁴ erachtet hat. Außerdem würde eine derartige Einschränkung nicht nur die technisch nicht so fähigen oder finanziell nicht so gut ausgestatteten Nutzer benachteiligen, sondern auch, wie Schack selber einräumt, den Kopienversand von Bibliotheken erschweren, da diese sich vor jedem Versenden eines Werks die Zustimmung des Rechtsinhabers einholen müssten. Letztlich würde ein komplettes Verbot der Herstellung durch Dritte auch an der Realität vorbeigehen, würde so die oft auch von einem Freund oder einem Familienmitglied angefertigte Kopie Schadensersatzansprüche des Urhebers auslösen können. Einer derartigen Lösung würden wohl die wenigsten Nutzer Verständnis entgegenbringen können.

Daher ist die im Gesetzesentwurf getroffene Lösung, auch wenn sie die Voraussetzungen für eine Herstellung von Vervielfältigungsstücken durch Dritte verschärft, vorzuziehen.

e) Erfordernis einer legalen Quelle

Bereits im bisherigen UrhG war die ungeschriebene Voraussetzung, die Kopiervorlage müsse rechtmäßig erworben worden sein, umstritten (s.o. unter I A 4 b). Diese Diskussion entspann sich auch bei den Gesprächen darüber, wie der neue § 53 UrhG nach Umsetzung der Richtlinie auszusehen habe. Hierbei sprach sich vor allem der CDU-Wirtschaftsrat dafür aus, nur noch Vervielfälti-

²⁷⁴ BMJ-Referentenentwurf, Seite 34.

gungen aus legalen Quellen als zulässig anzusehen²⁷⁵. Unterstützt wurde er von Seiten der Verwertungsindustrie. So propagierte beispielsweise die SPIO²⁷⁶, Privatkopien dürften nur noch von rechtmäßig hergestellten Werkexemplaren angefertigt werden und anschließend auch nicht an Dritte übertragen werden²⁷⁷. Dadurch könne man verhindern, dass Kopien aus illegalen Quellen als anschließend legale Privatkopien im Umlauf sind. Schließlich hätte die Richtlinie ausreichend Spielraum für eine solche Ergänzung gelassen. Andernfalls sei ein „massiver Schaden“ für die Rechtsinhaber zu erwarten.

Die Bundesregierung ist diesem Vorschlag zunächst nicht gefolgt, da sie der Überzeugung war, dass im digitalen Bereich die Legalität einer Quelle nicht festgestellt werden könne²⁷⁸. Nutzer könnten die Rechtmäßigkeit einer Kopiervorlage, insbesondere beim Online-Download, im Regelfall nicht beurteilen, so dass das Erfordernis einer legalen Quelle aufgrund der Beweislastverteilung auf ein de-facto-Verbot der Privatkopierfreiheit hinauslaufen würde²⁷⁹, das zudem nicht kontrollierbar sei. Außerdem führt das BMJ an, die Privatkopierfreiheit sei als gesetzliche Lizenz ausgestaltet, weswegen es schlecht sei, eine Einschränkung zu treffen, nach der diese gesetzliche Lizenz nicht bei einer Vorlage aus illegalen Quellen gelte²⁸⁰. Würde man die Schranken dergestalt einschränken, dass eine Privatkopie bei illegaler Vorlage ausgeschlossen sei, müsse auch der an die gesetzliche Lizenz geknüpfte pauschale Vergütungsanspruch entfallen²⁸¹.

Nachdem die Länderkammer aber auf einem expliziten Verbot bestanden hatte und die Erlaubnis für Kopien digitaler Medien zu privaten Zwecken auf Vorlagen aus "legalen Quellen" einschränken wollte, um eine Vervielfältigung von Raubkopien zum privaten Gebrauch auszuschließen, musste der Vermittlungsausschuss am 23. Mai 2003 angerufen werden²⁸². Dessen Arbeitsgruppe be-

²⁷⁵ Heise-Meldung vom 17.03.2003 „CDU fordert Verschärfung des Urheberrechts“ Unter: <http://www.heise.de/newsticker/data/pmz-17.03.03-000/>.

²⁷⁶ Aber auch Goldmann/Liepe, ZUM 2002, Seite 362, 369.

²⁷⁷ Stellungnahme zum Regierungsentwurf vom 31. Juli 2002 unter

http://www.urheberrecht.org/topic/Info-RiLi/st/st_film_regentw_28_08_02.pdf, Seite 6.

²⁷⁸ Aussage von Pakuscher (BMJ) auf der Arbeitssitzung des Instituts für Urheber- und Medienrecht am 29.11.2002, laut Rom, ZUM 2003, Seite 128, 129.

²⁷⁹ Heise-Meldung vom 06.11.2002 „Regierung will vorerst an Pauschalvergütung bei Privatkopien festhalten“ Unter: <http://www.heise.de/newsticker/data/jk-06.11.02-005/>.

²⁸⁰ Vgl. Zecher, ZUM 2002, Seite 451, 456.

²⁸¹ Aussage von Pakuscher (BMJ) auf der Arbeitssitzung des Instituts für Urheber- und Medienrecht am 29.11.2002, laut Rom, ZUM 2003, Seite 128, 129.

²⁸² Siehe auch Heise-Meldung vom 23.05.2003 „Bundesrat ruft Vermittlungsausschuss zum Urheberrecht an“ Unter: <http://www.heise.de/newsticker/data/anw-23.05.03-001/>.

schloss am 18.06.2003 folgenden Kompromiss für eine Änderung des § 53 I UrhG: Demnach ist nun vorgesehen, dass nur die Vervielfältigung aus "offensichtlich rechtswidrigen Quellen" untersagt ist²⁸³. Damit wurde den Bedenken der Bundesregierung Rechnung getragen, die meinte, es könne im Interesse der Nutzer nur ein Verbot geben, wenn die Rechtswidrigkeit der Vorlage offensichtlich sei²⁸⁴. Damit gilt: Ist die Illegalität der Vorlage für den Kopierenden nicht offensichtlich, bleibt alles wie gehabt. Die vom Vermittlungsausschuss getroffene Empfehlung muss jetzt noch in den Bundestag zur Abstimmung gehen. Entscheidet der sich für die Änderung, muss auch der Bundesrat erneut zustimmen.

Grundsätzlich ist der Kompromiss eine gute Lösung, wird doch auf diese Weise ein Zeichen gegen das oft als Kavaliersdelikt angesehene Raubkopieren gesetzt, ohne die Probleme zu schaffen, die ein Kompletterbot mit sich gebracht hätte. Wann allerdings eine Vorlage als „offensichtlich rechtswidrig“ zu qualifizieren ist, wird schwierig zu beurteilen sein. Muss beispielsweise der Nutzer bereits bei jeder Datei, die er sich aus einer unentgeltlichen Online-Tauschbörse downloadet, davon ausgehen, dass sie rechtswidrig ist? Im Zuge dieser Regelung könnte so den digitalen Wasserzeichen eine verstärkte Bedeutung zukommen, die genauso wie das oftmals in Videofilme integrierte Sicherheitshologramm dem Nutzer Aufschluss über Ursprung der Datei geben können, und sich damit relativ einfach die Frage nach der offensichtlichen Rechtswidrigkeit klären ließe.

3. Schutz technischer Maßnahmen, § 95a UrhGE

Ob es klug war, den rechtlichen Schutz technischer Maßnahmen im UrhG zu regeln, statt ihn allgemeiner, etwa im Strafrecht anzusiedeln, kann nun, da der Gesetzgeber seine Entscheidung getroffen hat, dahinstehen²⁸⁵. § 95a UrhGE setzt, wie auch der folgende § 95b UrhGE, Art. 6 der Richtlinie (sowie die Vorgaben aus Art. 11 und 12 WTC und Art. 18 und 19 WPPT²⁸⁶) in enger An-

²⁸³ Der genau Wortlaut der Änderung ist: „Zulässig sind einzelne Vervielfältigungen eines Werkes durch eine natürliche Person zum privaten Gebrauch auf beliebigen Trägern, sofern sie weder unmittelbar noch mittelbar Erwerbszwecken dienen, und soweit nicht zur Vervielfältigung eine offensichtlich rechtswidrig hergestellte Vorlage verwendet wird.“

²⁸⁴ Heise-Meldung vom 03.07.2003 „Neues Urheberrecht in trockenen Tüchern“ Unter: <http://www.heise.de/newsticker/data/jk-03.07.03-001/>.

²⁸⁵ Dusollier, EIPR 1999, Seite 285, 295; Schack, ZUM 2002, Seite 497, 505.

²⁸⁶ BMJ – Referentenentwurf, Seite 45.

lehnung an den Richtlinienwortlaut um und regelt wie dieser den Schutz wirksamer technischer Maßnahmen.

a) Schutzgegenstand, subjektive Kenntnis der unerlaubten Umgehung (Absatz I)

Hinsichtlich des Schutzgegenstandes bietet § 95a I UrhGE im Vergleich zu Art. 6 der Richtlinie nichts Neues. Auch er sieht den Schutz technischer Maßnahmen vor, präzisiert dies aber noch dahingehend, dass die eingesetzten Maßnahmen solche zum „Schutz eines nach diesem Gesetz geschützten Werkes oder eines anderen nach diesem Gesetz geschützten Schutzgegenstandes“ sein müssen. Diese Beschränkung ist erfreulich, da so das Umgehungsverbot nur, greift, wenn auch tatsächlich Schutz von urheberrechtlichen Werken bezweckt wird, nicht aber, wenn der Schutzmechanismus auf gemeinfreie Werke angewendet wird.

Umgesetzt wurde ebenfalls das subjektive Element der Bösgläubigkeit aus Art. 6 I, wonach, dem Handelnden zumindest den Umständen nach bekannt sein muss, dass die Umgehung erfolgt, um den Zugang zu einem solchermaßen geschützten Werk oder Schutzgegenstand oder deren Nutzung zu ermöglichen. Das Einfügen dieses Halbsatzes ist insoweit erwähnenswert, als das subjektive Element im ersten Entwurf vom 18. März 2002 noch nicht berücksichtigt worden war, und mit seinem Einfügen das Verbot auch auf fahrlässig vorgenommene Handlungen ausgedehnt wird.

b) Wirksamkeit technischer Maßnahmen (Absatz II)

Wieder fast wortgetreu dem Richtlinienwortlaut folgend wird im zweiten Absatz definiert, was technische Maßnahmen sind und wann diese als „wirksam“ anzusehen sind. Hier wird ebenfalls zwischen Zugangskontrolle und Vervielfältigungskontrolle unterschieden, doch auch der deutsche Gesetzgeber hat es versäumt, eine wirklich konkrete Regelung zu schaffen, nach der klar ersichtlich ist, was denn nun unter wirksamen technischen Maßnahmen zu verstehen ist. Stattdessen wird Art. 6 II übernommen, mit der Begründung, man habe keine „sprachliche Verdichtung“ vorgenommen oder zusätzliche Elemente aufgenommen, um durch möglichst präzise Übernahme der Richtlinie einen optimalen Ausgangspunkt für eine einheitliche Auslegung in allen Mitgliedstaaten zu

schaffen²⁸⁷. Dabei hätte gerade hier Klärungsbedarf bestanden, ob eine gewisse Schutzhöhe vorausgesetzt ist und wenn ja, wo die Grenze liegt, um zu vermeiden, dass sonst auch „schwache“ Technologie geschützt wird. Hier wäre es erfreulich gewesen, wäre man oben aufgezeigtem Vorschlag²⁸⁸ gefolgt und hätte an dieser Stelle eingefügt, dass ein wirksamer Schutz nur dann vorliegt, wenn ein Nutzer mit durchschnittlichen technischen Kenntnissen nicht in der Lage ist, alleine die technische Maßnahme zu umgehen. Damit hätte man eine Beschränkung vorgenommen, ohne sich gleichzeitig auf einen bestimmten technischen Standart festzulegen, was vermieden werden sollte. So bleibt zu hoffen, dass diese Verdeutlichung im Interesse der Rechtssicherheit und Rechtsklarheit dann im Rahmen des „zweiten Korbes“ der Umsetzung eingearbeitet werden wird.

Auch in Absatz II wird wieder betont, dass nur der Schutz urheberrechtlich geschützter Werke erwünscht ist²⁸⁹. Gleichzeitig wurde aber auch die von der Richtlinie in der Definition der technischen Maßnahme gewählte Formulierung beibehalten, dass technische Maßnahmen solche Vorrichtungen sind, die im „normalen Betrieb“ dazu bestimmt sind, nichtgenehmigte Handlungen betreffend geschützter Werke zu verhindern.

Insofern ist jetzt nicht ganz klar, ob nun auch im deutschen Recht technische Maßnahmen geschützt sind, die nicht nur einen Kopierschutz oder eine Zugangskontrolle errichten, sondern durchaus auch andere Funktionen erfüllen, wie z.B. die bereits genannte Marktzugangsbeschränkung.

In Anbetracht der mehrfach verwendeten Klausel, die auf nach „diesem“ Gesetz, also dem UrhG, geschützte Werke abstellt, ist aber anzunehmen, dass die Formulierung nicht in diesem weiten Sinn zu verstehen ist, und anderweitige Funktionen nicht mit unter den Schutz fallen sollen. Warum diese ansonsten nicht besonders aussagekräftige Floskel des „normalen Betriebs“ allerdings dann überhaupt noch in den deutschen Text mit eingearbeitet wurde, ist nicht verständlich.

²⁸⁷ BMJ – Referentenentwurf, Seite 45.

²⁸⁸ Siehe unter II D 2. a.

²⁸⁹ „Technische Maßnahmen im Sinne dieses Gesetzes sind Technologien, (...), die im normalen Betrieb dazu bestimmt sind, *geschützte Werke oder andere nach diesem Gesetz geschützte Schutzgegenstände* betreffende Handlungen, die vom Rechtsinhaber nicht genehmigt sind, zu verhindern oder einzuschränken.“

4. Durchsetzbarkeit der Schrankenbestimmungen, § 95b UrhGE

Hinsichtlich der Verpflichtung, für die Begünstigten bestimmter Schranken deren tatsächliche Nutzung sicherzustellen, hatte die Informationsrichtlinie ja dem nationalen Gesetzgeber bei der Umsetzung freie Hand gelassen. Schon der Entwurf vom März 2002 erkannte, dass „das bestehende und bewährte System urheberrechtlicher Schranken“ für den analogen Bereich ein „ausgewogenes Verhältnis zwischen den berechtigten Ansprüchen der Urheber und derjenigen der Nutzer“ darstellt²⁹⁰. Daher müsse als Äquivalent zu dem weit in das Vorfeld verlagerten Schutz, der den Rechtsinhabern bei Verwendung technischer Schutzmassnahmen gewährt wird, den Nutzern ein wirksames Instrumentarium zur Durchsetzung ihrer Privilegien an die Hand gegeben werden.

a) Begünstigte (Absatz I)

§ 95b I UrhGE setzt Art. 6 IV Unterabs. 1 der Richtlinie insoweit um, als er den Anwender technischer Maßnahmen dazu verpflichtet, den anschließend aufgezählten Begünstigten von Schrankenregelungen die notwendigen Mittel für einen rechtmäßigen Zugang zum Werk zur Verfügung zu stellen.

Leider wird hinsichtlich der Vervielfältigung zum privaten und sonstigen eigenen Gebrauch in §95b I Nr. 6 a UrhGE nur die analoge (reprographische) Vervielfältigung von dieser Verpflichtung umfasst. Nicht umgesetzt wird dagegen Art. 6 IV Unterabs. 2 bzgl. der *digitalen* Vervielfältigung zum privaten Gebrauch. Zur Begründung wird im Referentenentwurf angeführt, man habe die Kann-Vorschrift zur Durchsetzung der Privatkopierschranke bei Anwendung technischer Schutzmassnahmen nicht ausgefüllt, da diese Frage einer weiteren Prüfung bedürfe und gesondert „mit allen Betroffenen, den Ländern, der Rechtswissenschaft sowie der Rechtspraxis“ intensiv und ohne Zeitdruck erörtert werden solle²⁹¹.

Diese zweistufige Umsetzung, bei der erst ein Teil der Bestimmungen implementiert wird und dann ggf. in einem zweiten Schritt wieder geändert wird, führt jedoch wie bereits dargestellt durch das absolute Umgehungsverbot technischer Schutzmaßnahmen zunächst zu einer faktischen Beschränkung der Privatkopie auf die Reprographie und zusätzlich auch zu einer Rechtsunsicherheit

²⁹⁰ BMJ – Referentenentwurf, Seite 46.

²⁹¹ BMJ – Referentenentwurf, Seite 25.

für die Nutzer. Außerdem besteht bei einer zweistufigen Umsetzung die Gefahr, dass beim Befassen mit dem „zweiten Korb“ die Verwerter Bestandsgarantien wegen jetzt aufgrund des beschlossenen „ersten Korbes“ getätigter Investitionen fordern. Insofern wäre es vielleicht besser gewesen, sich noch etwas mehr Zeit zu nehmen, und eventuelle Sanktionen wegen zu spät erfolgter Umsetzung in Kauf zu nehmen.

Außerdem muss weiterhin die Pauschalvergütung aus §§ 53, 54 UrhG gezahlt werden, ohne dass dem ein Anspruch des Verbrauchers auf ein digitales Vervielfältigungsstück gegenübersteht²⁹².

Festzuhalten ist schließlich noch, dass der deutsche Gesetzgeber was die analoge Privatkopie angeht, in § 95b UrhGE weiter als von der Richtlinie gefordert geht: Dort ist vorgesehen, dass vor einem Einschreiten des Gesetzgebers zunächst freiwillige Maßnahmen der Rechtsinhaber zum Tragen kommen sollen. Hier dagegen besteht direkt eine Verpflichtung des Verwenders, im Rahmen des genannten Kataloges (aber eben nur bei Privatkopien auf Papier) dem Schrankennutzer durch Bereitstellen der notwendigen Mittel die Schrankennutzung zu ermöglichen. Allerdings wird der Umfang der zu gewährenden Nutzung nicht näher festgelegt, sondern abstrakt beschrieben, um dessen Bestimmung „vor dem Hintergrund eines sich wandelnden technischen Umfeldes flexibel“ zu halten²⁹³. Schließlich ist auch erfreulich, dass §95b UrhGE ausdrücklich den Ausschluss zulässiger Privatkopiervorgänge durch Endnutzerverträge verhindert²⁹⁴.

b) Anspruchslösung (Absatz II)

So wie Absatz II ausgestaltet ist, wird dem Schrankenbegünstigten kein Selbsthilferecht gewährt²⁹⁵, sondern ein Anspruch zur Verfügung gestellt. Zur Begründung wird im Entwurf angeführt, man habe ein solches Selbsthilferecht aus „Gründen der Sicherung der Schutzsysteme“ nicht gewährt. Das ist soweit auch sinnvoll, würde dies doch den in § 95a UrhGE zuvor geschaffenen Schutz Makulatur werden lassen, da Umgehungsmaßnahmen, wären sie erst einmal im

²⁹² Hoeren, Urheberrecht und Verbraucherschutz, Seite 10.

²⁹³ BMJ – Referentenentwurf, Seite 46.

²⁹⁴ Gälte eine solche Regelung bei einer Aufnahme von digitalen Privatkopien in den Katalog des Paragraphen, hätte dies insbesondere Bedeutung für sog. Click-Wrap-Licenses, bei denen der Käufer erst bei der Installation des Produkts die Lizenzbedingungen (samt Ausschlussvereinbarung) zu lesen bekommt, und dies dann nur so wie angezeigt als Ganzes akzeptieren kann.

²⁹⁵ Gottschalk, MMR 2003, Seite 148, 155.

Wege der Selbsthilfe gefunden, getestet und publiziert, sicherlich auch für illegale Zwecke verwendet werden würden. Auch erkennt der Entwurf die Problematik, dass die reine Gewährung eines Individualanspruchs nicht genügt, um eine effektive Durchsetzung der Schranken zu gewährleisten, vor allem aufgrund des damit für den Begünstigten verbundenen Prozessrisikos und des – auch zeitlichen - Aufwandes²⁹⁶. Daher soll die Durchsetzung der Verpflichtungen aus § 95b UrhGE durch Anwendung der Regeln im Unterlassungsklagengesetz auch im Wege der Verbandsklage möglich sein²⁹⁷. Bei dieser entfällt die hohe Belastung für den Einzelnen, eine einheitliche Rechtspraxis wird gefördert und eine „über den Einzelfall hinausgehende Verbindlichkeit von Entscheidungen“ wird erreicht. Nachdem die Verbandsklage bereits unter II E 5. a als geeignetes Mittel zur Aufrechterhaltung der Privatkopierfreiheit angeführt wurde, ist diese Regelung sehr willkommen.

Einen Anspruch auf ein bestimmtes Mittel hat der Schrankenbegünstigte allerdings nicht. Das BMJ erklärte dazu, man habe bewusst keine technischen Vorgaben gemacht, um den Beteiligten einen möglichst weiten Gestaltungsspielraum zu erhalten. Denkbar sei die Übergabe von Schlüsselinformationen vom Rechtsinhaber an Werknutzer direkt, aber auch eine Schlüsselverwaltung oder Speicherung unverschlüsselter Werkstücke durch Verbände von Schrankenbegünstigten²⁹⁸. Dazu regelt Satz 2, dass wenn das angebotene Mittel einer Vereinbarung zwischen Vereinigungen der Rechtsinhaber und der durch die Schrankenregelung Begünstigten entspricht, vermutet wird, dass das Mittel ausreicht. Dem ist nichts entgegenzuhalten, schließlich kann man davon ausgehen, dass die Interessenverbände der Privaten auf ein Zurverfügungstellen eines effektiven Mittels achten werden.

c) **Online-Ausnahme (Absatz III)**

Absatz III dient der Umsetzung von Art. 6 IV Unterabs. 5 der Informationsrichtlinie und schließt die Anwendbarkeit der ersten beiden Absätze für online angebotene Werke aus. Damit entfällt auch die Bestimmung aus Abs. I Satz 2, die einen freiwilligen Verzicht auf Schrankennutzung ausschließt. Gerade ein solches Verbot wäre aber nach dem unter II E 1. b Erläuterten zum Schutz der

²⁹⁶ BMJ – Referentenentwurf, Seite 47.

²⁹⁷ Siehe § 2a UklGE

²⁹⁸ Zecher, ZUM 2002, Seite 451, 452.

Schrankenbegünstigten notwendig gewesen. § 95b I UrhGE erklärt Reprographieervielfältigungen für zulässig, und gibt dem Nutzer einen Anspruch darauf, auf den er nicht verzichten kann. Doch ist fraglich, ob ein solcher Verzicht bei einem aufgrund eines via Online-Download erworbenen Werkstückes überhaupt vom Verwerter verlangt werden würde. Hauptsächlich wäre das wohl der Fall bei den sog. EBooks. Lädt sich der Nutzer ein solches aus dem Internet auf seinen privaten PC aufgrund einer Vereinbarung mit dem Verwerter, so wird dieser nach der neuen Regelung verlangen können, dass der Nutzer auf sein Reprographierecht, also mithin seine Möglichkeit, sich das E-Book nach Erwerb auch ausdrucken zu dürfen, verzichtet.

d) Schutz der zur Verfügung gestellten Mittel (Absatz IV)

Schließlich wurde auch Art. 6 IV Unterabs. 3 ins deutsche Recht aufgenommen und sieht einen Schutz der technischen Maßnahmen vor, die der Rechtsinhaber zur Erfüllung seiner Verpflichtung aus Absatz I dem Begünstigten zur Verfügung stellt. Da der Begünstigte sein Ziel, die Vornahme der Privatkopie, nach Durchsetzung seines Anspruchs erreicht hat, besteht an sich kein ersichtlicher Grund, ihm eine Umgehung der Maßnahme, die ihm die Kopie ermöglicht, zu erlauben. Problematisch wäre der Fall, in dem die zur Verfügung gestellte Maßnahme die nationalen Regelungen zur Schranke unterläuft, also wenn das Mittel nur weniger als die in Deutschland zulässigen sieben Kopien ermöglicht.

Da jedoch der Gesetzestext in §95b II UrhGE davon spricht, dass der Rechtsinhaber vom Begünstigten darauf in Anspruch genommen werden kann, „die zur Verwirklichung der jeweiligen Befugnis benötigten Mittel“ zu liefern, wird sich ein solcher Anspruch auch darauf erstrecken, dass durch das Mittel die Ausübung der Schranke in vollem Umfang (also auch in voller Zahl der Kopien) möglich sein muss. So muss dem Nutzer auch hier kein Selbsthilferecht gestattet werden, vielmehr ist der Schutz der zur Verfügung gestellten Mittel gerechtfertigt.

5. Änderung des Urheberrechtswahrnehmungsgesetzes

Wichtig ist auch, dass mit dem Urheberrechtsgesetz auch das Urheberrechtswahrnehmungsgesetz geändert wurde. Unter Berücksichtigung von Art. 5 II lit. b 2. Hs der Richtlinie soll nach dem bestehenden § 13 Abs. II WahrnG ein neuer Absatz IV eingefügt werden. Dieser §13 IV WahrnGE schreibt vor, dass

bei der Gestaltung von Tarifen nach den §§ 54 und 54 a UrhG zu berücksichtigen ist, „inwieweit technische Schutzmaßnahmen nach § 95a des UrhRG auf die betreffenden Werke oder die betreffenden Schutzgegenstände angewendet werden.“ Dies ist insoweit für die Nutzer interessant, da mit verstärktem Einsatz technischer Schutzmassnahmen wohl die Abgaben sinken werden müssen²⁹⁹.

6. Sanktionenregelungen

Bei der Ausgestaltung der Strafbestimmungen musste vor allem berücksichtigt werden, dass diese wirksam, verhältnismäßig und abschreckend sein sollten. Daher wurden zwei neue Paragraphen im UrhG vorgesehen, wobei man sich laut BMJ durch die Kombination von zivilrechtlichen Schadensersatz- und Unterlassungsansprüchen einerseits und Ordnungswidrigkeits- und Straftatbeständen andererseits um eine Abstufung der Folgen von Rechtsverstößen bemüht hat³⁰⁰.

a) Unerlaubte Eingriffe in technische Schutzmassnahmen, § 108b I UrhGE

Nach §108b I UrhGE soll derjenige, der entgegen §95a eine wirksame technische Maßnahme umgeht, mit Freiheitsstrafe bis zu einem Jahr oder Geldstrafe bestraft werden. Dies gilt allerdings nur, wenn die Tat „nicht ausschließlich zum eigenen privaten Gebrauch des Täters oder mit dem Täter persönlich verbundener Personen erfolgt oder sich auf einen derartigen Gebrauch bezieht. Insofern bleibt derjenige, der eine wirksame technische Maßnahme zum *privaten* Gebrauch umgeht, straflos nach § 108b I UrhGE, kann aber weiterhin vom Rechtsinhaber *zivilrechtlich* aus § 97 I UrhG auf Schadenersatz in Anspruch genommen werden.

b) Bußgeldvorschriften, § 111a UrhGE

§ 111a UrhGE sieht eine Bußgeld vor bei Zuwiderhandlungen gegen § 95a Abs. III UrhGE und vor allem auch für denjenigen, der entgegen §95b Abs. I Satz 1 UrhGE ein technisches Mittel nicht dem Schrankenbegünstigten zur

²⁹⁹ Das schlägt auch der FFII (Förderverein für eine Freie Informationelle Infrastruktur) vor: Das Digitale Dilemma, Digitale Rationierung (DRM) und die Umsetzung der EU-Kopierschutzrichtlinie unter: <http://www.ffii.org/proj/kopie/index.de.html>.

³⁰⁰ Laut Zecher, ZUM 2002, Seite 451, 452.

Verfügung stellt. Die Bußgeldvorschrift vervollständigt den Anspruch aus § 96 b UrhGE zur wirksamen Durchsetzung der Schrankenbegünstigung und sorgt für die Aufrechterhaltung der Ausgewogenheit zwischen urheberrechtlichen Interessen und denen der Privatkopierer. Schließlich wäre der durch den Schutz technischer Maßnahmen nun weit vorgelagerte Schutz bei Anwendung technischer Maßnahmen nicht zu rechtfertigen, würde man nicht gleichzeitig ein Äquivalent für die Schrankenbegünstigten schaffen, mit Hilfe dessen sie ihre Nutzungsmöglichkeiten auch durchsetzen können, weshalb § 96b UrhGE geschaffen wurde. Dieser kann seine Wirkung aber nur entfalten, wenn bei Nichtbeachtung auch entsprechend empfindliche Bußgelder dem Rechtsinhaber drohen. Die hier anfallenden Bußgelder von bis zu immerhin 50.000 Euro sind sicherlich geeignet, die von der Richtlinie geforderte Abschreckungswirkung zu erzielen. Außerdem stellt die Verfolgung als Ordnungswidrigkeit eine hoheitliche Maßnahme dar und wirkt als solche nach Ansicht des BMJ „deutlich intensiver“³⁰¹ als zivilrechtliche Verfahren auf die öffentliche Meinungsbildung ein.

B. Ergebnis zu Teil III: Bewertung der Umsetzung

Negativ bewertet werden muss, dass das Recht auf die Privatkopie in Zukunft nur noch im Bereich der Reprographie und nur dann, wenn keine technischen Sicherungsmaßnahmen zur Anwendung kommen, Geltung haben wird. Ein Anspruch gegen den Verwerter auf Ermöglichung des Rechts aus § 53 I UrhG für digitale Vervielfältigungen wurde nicht geschaffen. Dafür wurde aber der Anspruch zugunsten der reprographischen Vervielfältigung durch die Möglichkeit einer Verbandsklage gestärkt.

Insgesamt sind die Regelungen sprachlich sehr unklar ausgestaltet³⁰² und man hätte sich im Hinblick auf das Bestimmtheitsgebot Paragraphen gewünscht, aus denen klar ersichtlich ist, was im Einzelfall erlaubt und was verboten ist.

Zudem erscheint auch die Interessenabwägung im deutschen Gesetzesentwurf wie bei der Richtlinie eindeutig zugunsten der Industrie auszufallen: Ein Ausgleich zwischen den Interessen der Privatnutzer einerseits und den Interessen

³⁰¹ BMJ – Referentenentwurf, Seite 47.

³⁰² Flehsig spricht gar in Zusammenhang mit Art. 6 IV von einer „schier unverständlichen Beschreibung“ (ZUM 2002, Seite 1, 15).

der Urheber an einem wirksamen Schutz technischer Sicherungsmaßnahmen andererseits hat nicht wirklich stattgefunden³⁰³.

Auch die Strafvorschriften sind nicht wirklich sinnvoll, denn nach ihnen wird derjenige, der einen Kopierschutz zum persönlichen Gebrauch umgeht, nicht bestraft, sondern nur zivilrechtlich verfolgt, dennoch bleibt aber die Umgehungshandlung an sich verboten.

Die zweite große gesellschaftspolitische Frage neben der Nachbearbeitung der digitalen Privatkopierfreiheit wird die Frage nach dem Ausgleichssystem im nächsten Teil der Umsetzung werden, wobei in diese Überlegungen mit einfließen muss, ob ein Festhalten an der Pauschalvergütung in Europa noch möglich ist, wenn sich in den Vereinigten Staaten DRMS und Individualabrechnung mit der Zeit durchsetzen.

Wie lange aber überhaupt allein der erste Teil der Umsetzung Bestand haben wird, muss abgewartet werden, da die S.A.D. GmbH (Hersteller von Kopierprogrammen) eine Klage gegen das neue UrhG vor dem BVerfG einreichen will³⁰⁴, mit der sie ein eindeutige gesetzliche Regelung hinsichtlich § 95a III UrhGE erzwingen möchte.

IV: Gibt es ein „Recht“ auf Privatkopierfreiheit?

Am 28.08.2001 war in einer Heise-Meldung zu lesen: „Justizministerium hält am *Recht* auf die Privatkopie fest“³⁰⁵. Dies führt zu der generellen Frage, wie letztlich die Privatkopierfreiheit und damit auch ihre Wertung in der Gesamtschau der Reform zu beurteilen ist: Ist sie „nur“ eine vom Gesetzgeber geschaffene Erlaubnis vom ausschließlichen Vervielfältigungsrecht oder kommt ihr aber doch mehr und mehr die Bedeutung eines wirklichen „Rechts“ zu?

Dem Wortlaut des § 53 UrhG ist jedenfalls nicht zu entnehmen, ob er nur eine Erlaubnis zur Herstellung einer Privatkopie gibt oder aber damit ein regelrechter Anspruch begründet werden soll und weder Rechtsprechung noch Kommentare bieten eine handfeste Lösung.

³⁰³ Findet auch Hoeren, Urheberrecht und Verbraucherschutz, Seite 11.

³⁰⁴ Siehe Heise-Meldung vom 06.05.2003 „Ist das neue Urheberrecht verfassungswidrig“, Unter: <http://www.heise.de/newsticker/data/nij-06.05.03-000/>.

³⁰⁵ Unter: <http://www.heise.de/newsticker/data/jk-28.08.01-00/>.

Das Problem besteht darin, dass das Urheberrecht begonnen hat, vermehrt Informationen zu schützen³⁰⁶. Insbesondere die Möglichkeit auf Seiten der Verwerter, technische Schutzmaßnahmen zum Schutz von Werken einzusetzen, muss hier genannt werden, aber auch die Möglichkeit der Nutzer, immer einfacher „Klone“ von (digitalen) Werken herzustellen darf nicht außer Acht gelassen werden³⁰⁷. In welche Richtung weisen diese Veränderungen in Gesellschaft und Technik dem Urheberrecht der Informationsgesellschaft den Weg und rechtfertigen sie tatsächlich gravierende rechtliche Umschwünge und wenn ja, zu wessen Lasten? Festzustellen ist jedenfalls, dass die Öffentlichkeit, so wie sie handelt, schon längst einen solchen Anspruch auf ungehindertes - vor allem digitales - Vervielfältigen für sich in Anspruch nimmt, ist doch das Kopieren und Brennen von CDs jeglicher Art, sowie das Beschaffen urheberrechtlich geschützten Materials aus dem Internet inzwischen gang und gäbe.

So scheint es zwar, als seien die Schranken des UrhG reine Zugeständnisse, welche die Autoren hinsichtlich bestimmter Nutzungen an die Anwender machen. Jedoch wird von einigen Stimmen überlegt, ob man diese Ausnahmeregelungen im Lichte des GG inzwischen nicht als eigenständige „Rechte“ der Nutzer betrachten sollte³⁰⁸. In der Konsequenz würde eine solche Auslegung beispielsweise dazu führen, dass der Verkauf sogenannter „Un-CDs“³⁰⁹, also CDs mit integriertem Kopierschutz, der eine private Kopie durch den Verbraucher verhindert, gegen Art. 53 I Satz 1 UrhG verstoßen würde³¹⁰.

Auch für die neuen Paragraphen im UrhG hätte eine veränderte Bewertung der Privatkopierfreiheit Bedeutung: Schließlich wird nach dem UrhGE nur die reprographisch erfolgte Privatkopie privilegiert, eine Durchsetzungsmöglichkeit für die digitale Kopie ist hingegen nicht vorgesehen. Diese Einschränkung auf nur eine Vervielfältigungsart, nämlich die analoge, vermindert jedoch die Informationsfreiheit faktisch und in nicht zu unterschätzendem Maße.

³⁰⁶ Vgl. auch Dreier in Schricker, Urheberrecht auf dem Weg zur Informationsgesellschaft, Seite 142: „Der Akzent des Urheberrechts verschiebt sich von einem Kultur- zu einem Industrie-recht“.

³⁰⁷ So stellte das BVerfG fest: „Die technischen Errungenschaften des akustischen „Klonens“ sind geeignet, die Belange aller am Schöpfungsprozess Beteiligten unmittelbar oder mittelbar nachteilig zu beeinflussen“ (BVerfGE 81, 12, 18).

³⁰⁸ Dahingehend überlegend auch Dusollier/ Pouillet/ Buydens, Infoethics 2000, Seite 19.

³⁰⁹ Siehe dazu Hansen, c't 9/2003, Seite 112 „Un-CDs, nein danke!“ unter <http://www.heise.de/ct/03/09/112/>.

³¹⁰ Goldmann/Liepe, ZUM 2002 Seite 362, 364.

Daher sollen nachstehend die Argumente der Befürworter (Teil A) sowie der Gegner einer solchen Auslegung (Teil B) aufgeführt werden, die entgegenhalten, ein Anspruch auf Privatkopien würde dem Sinn der Erwerbsbeteiligung des Urhebers widersprechen³¹¹. Diese Gegenüberstellung ist auch immer auch im Licht des Spannungsverhältnisses von Art. 5 GG (Informationsfreiheit) und Art. 14 GG (Schutz des Eigentums) zu sehen.

A. Pro Anspruch

Weder durch die Richtlinie noch durch die deutsche Umsetzung, die als Zulässigkeitsstatbestand formuliert ist, wird explizit ein Anspruch auf die Privatkopie begründet. Art. 6 IV der Richtlinie und § 95b II UrhGE sind aber zumindest vom Ansatz her ein Schritt in diese Richtung. Für einen Anspruch auf die Privatkopie wird wie folgt argumentiert³¹²:

Die von § 53 I UrhG i.V.m. §§ 54, 54a UrhG gewährte gesetzliche Lizenz zugunsten des Privatnutzers ist zweiseitig ausgestaltet. Das Reproduktionsrecht ist als Nutzungsart des Vervielfältigungsrechts anzusehen und kann daher ähnlich einem einfachen Nutzungsrecht nach § 31 II UrhG von Gesetzes wegen dem Nutzer eingeräumt werden. Zum Ausgleich erhält der Urheber den Vergütungsanspruch aus den §§ 54, 54a UrhG.

Durch die Schaffung einer Anspruchsgrundlage für den Einzelnen in § 95b UrhGE, so die Befürworter eines Anspruchs, gehe der Gesetzgeber selbst davon aus, dass aus den Schrankenregelungen ein Anspruch folge. Eine entgegengesetzte Annahme ließe ja bereits die Aktivlegitimation des daraus zur Klage Berechtigten entfallen, könne also nicht gedacht sein. Gleiches ließe sich aus Art. 6 IV Unterabs. 2 der Richtlinie schlussfolgern, der für die Mitgliedstaaten ebendiese Möglichkeit vorsieht, bei Fehlen freiwilliger Maßnahmen seitens des Verwenders technischer Schutzmechanismen geeignete Maßnahmen gegen ihn zur Ermöglichung der Wahrnehmung der Begünstigung zu ergreifen. Demnach soll § 53 I UrhG eine subjektivrechtliche Befugnis zur Erstellung von Privatkopien enthalten, der eine Duldungspflicht auf Seiten des Urhebers entspricht. Durch die geplanten Änderungen des UrhG, insbesondere durch die §§ 95a und 95b UrhGE wird dieser Anspruch eingeschränkt, setzt der Rechtsinhaber technische Schutzmaßnahmen ein.

³¹¹ Goldmann/Liepe, ZUM 2002, Seite 362, 366 m.w.N.

³¹² In Hoeren, Urheberrecht und Verbraucherschutz, Seite 23 ff.

Fraglich ist, ob dies noch mit Verfassungsrecht vereinbar ist, könnte doch eine zu weitgehende Einschränkung des § 53 UrhG die Informationsfreiheit aus Art. 5 GG unverhältnismäßig beeinträchtigen.

1. Spannungsfeld von Art. 5 GG und Art. 14 GG

Das Verhältnis von urheberrechtlich zu setzenden Grenzen und verfassungsrechtlichen Vorgaben ist problematisch, hat doch die technische Entwicklung hier zu einem Wertekonflikt in der Rechtsordnung geführt:

Auf der einen Seite steht der Schutz des Eigentums (Art.14 GG) zugunsten des Urhebers und seines Interesses, seine Werke als sein Eigentum vor unerlaubtem Zugriff und unerwünschter Verwertung ohne seine Beteiligung am Gewinn zu schützen. So bemerkte das BVerfG in einer Entscheidung: „Wer einen Tonträger kopiert, wird ihn schwerlich erwerben“³¹³. Auf der Seite des Privaten ist Art. 5 GG einschlägig, der ihm eine „informationelle Grundversorgung“³¹⁴ sichern soll und genereller noch der Allgemeinheit die Freiheit des geistigen Schaffens³¹⁵. Der Informationsfreiheit kommt damit Bedeutung für die individuelle Freiheitsentfaltung zu, aber auch für die demokratische Willensbildung.

Art. 27 der allgemeinen Menschenrechtserklärung der Vereinten Nationen umschreibt das angedeutete Spannungsfeld der Grundgesetzartikel mit der Formulierung, dass nach Absatz I jeder das Recht hat „am kulturellen Leben der Gemeinschaft frei teilzunehmen, sich an den Künsten zu erfreuen und am wissenschaftlichen Fortschritt und dessen Errungenschaften teilzuhaben.“ Gleichzeitig hat nach Absatz II aber auch jeder „das Recht auf Schutz der geistigen und materiellen Interessen, die ihm als Urheber von Werken der Wissenschaft, Literatur oder Kunst erwachsen“.

Diese beiden Aspekte muss der Gesetzgeber bei der Regelung der Ausschließlichkeitsrechte und deren Schranken beachten. Er ist daher in seiner Schrankenziehung nicht völlig frei, sondern muss unter Beachtung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes³¹⁶ für den jeweiligen Einzelfall eine Güterabwägung treffen, wobei die Gründe, welche eine Beschränkung des Urheberrechts rechtfertigen sollen, umso schwerwiegender sein müssen, je stärker eine gesetzliche

³¹³ BVerfGE 31, 229, 241, „Schulbuchprivileg“.

³¹⁴ Kröger, MMR 2002, Seite 18, 20.

³¹⁵ Schrickler, Urheberrecht auf dem Weg zur Informationsgesellschaft, Seite 139.

³¹⁶ Schrickler/Melichar, Urheberrecht, Vor §§ 45 ff Rn. 9.

Vorschrift den grundrechtlich geschützten Bereich berührt³¹⁷. Jedoch ist auch das Urheberrecht selbst nicht frei von Einschränkungen zugunsten Dritter und der Gesellschaft, sondern wie das Sacheigentum und wie die anderen subjektiven Rechte sozial gebunden³¹⁸ und muss durch Abstimmung zwischen den Beteiligten seinen Beitrag zur Aufrechterhaltung des „kulturellen Kommunikationskreislaufes“³¹⁹ leisten und einem Informationsungleichgewicht entgegenwirken³²⁰. Aus diesem Grund ist das dem Urheber gewährte Ausschließlichkeitsrecht zeitlich begrenzt worden, und nicht jede Ausnahme, die davon gemacht wird, ist gleich zwingend als Enteignung i.S.d. Art. 14 III GG anzusehen.

Wenn aber Informationen grundsätzlich aus sozioökonomischen Gründen frei sind³²¹, muss ein Eingriff in diese Freiheit durch urheberrechtliche Monopolrechte, die eine Ausnahme von diesem Grundsatz machen, gut gerechtfertigt werden. Wird die Möglichkeit, sich Informationen zu beschaffen und zu Vielfältigen durch den gesetzlich vor Umgehung geschützten Einsatz technischer Maßnahmen erschwert oder gar für den digitalen Bereich de facto verhindert, ist zu fragen, ob dies noch eine Verhältnismäßigkeit der beiden Grundrechte gewährleistet.

Das Grundgesetz unterscheidet aber nicht zwischen analogen und digitalen Medien. So umfasst zwar die Informationsfreiheit aus Art. 5 GG grundsätzlich die Anfertigung privater Kopien³²², aber auch eine analoge Kopie tut dem genüge. Dagegen wird nicht gefordert, dass dem Nutzer die einfachste und billigste Kopiervariante ermöglicht werden muss.

Der Einsatz technischer Maßnahmen zielt außerdem auf einen Wechsel weg vom pauschalen Vergütungssystem hin zu Individualvereinbarungen und damit auch Individualabrechnungen. Auch bezüglich dieses Gesichtspunktes wird vielfach gefordert, dass der Gesetzgeber eingreifen müsse, und den Einsatz von technischen Maßnahmen stärkeren Beschränkungen unterwerfen müsse.

Allerdings besteht nach dem Grundgesetz nur ein Recht auf Informationsfreiheit, also ein Recht des Bürgers, sich auf eigene Kosten aus allgemein zugäng-

³¹⁷ BVerfGE 49, 382, 400, „Kirchenmusik“.

³¹⁸ Ensthaler, Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht, 1.2.1., Seite 7; Haberstumpf, Handbuch des Urheberrechts, Rn. 315; Schricker/Melichar, Urheberrecht, Vor §§ 45 ff Rn. 1.

³¹⁹ Haberstumpf, Handbuch des Urheberrechts, Rn. 315.

³²⁰ Kröger, MMR 2002, Seite 18, 20.

³²¹ Kröger, MMR 2002, Seite 18, 20.

³²² Schack, ZUM 2002, Seite 497, 505.

lichen Quellen bedienen zu können³²³. Dagegen gibt es keine Rechtfertigung, dem Urheber nicht nur ein Verbotsrecht, sondern auch seinen Vergütungsanspruch zu verwehren³²⁴. Gerade auch die Medienabgabe wurde schon bei ihrer Festsetzung 1985 statt extrem hoch, um Kopierende abzuschrecken, sehr niedrig³²⁵ angesetzt. Solange aber dort keine drastische Erhöhung stattfindet, kann nicht von einer Verletzung der Informationsfreiheit durch die Vergütungspflicht gesprochen werden. Es besteht nunmal – auch für die Allgemeinheit – kein Recht auf kostenlosen Zugang zu Inhalten und Kulturgütern³²⁶. Solange der Zugang zur Information – wenngleich auch gegebenenfalls kostenpflichtig – gewährleistet ist, liegt keine Gefährdung der Informationsfreiheit vor und daher auch keine Verpflichtung für den Gesetzgeber, Einschränkungen der technischen Maßnahmen³²⁷ vorzunehmen.

Problematisch ist, dass dieser gesetzgeberische Spielraum über kurz oder lang zu einer „digital divide“ führen kann, also zu einer Ungleichverteilung von Information innerhalb der Gesellschaft, da nicht jeder sich in gleichem Maße die verfügbaren Inhalte leisten können wird. Damit ist aber auch zugleich die sog. public domain, also das Wissen, das allgemein innerhalb in einer Gesellschaft frei zugänglich besteht, gefährdet.

Die Gefahr geht aber von den privaten Verwertern aus, die die technischen Maßnahmen einsetzen, nicht dagegen vom Staat. Das Grundrecht der Informationsfreiheit wirkt aber staatsgerichtet und kann daher nicht als Abwehrrecht gegen den Einsatz von technischen Schutzmaßnahmen der Rechtsinhaber dienen³²⁸.

So lässt sich im Endergebnis aus dem Gesagten keine Verpflichtung des Gesetzgebers zu weiterer Einschränkung technischer Maßnahmen zugunsten der Privatkopierfreiheit aus Gründen der Informationsfreiheit ableiten. Ein Verstoß gegen Verfassungsrecht liegt nicht vor.

³²³ Diemar, GRUR 2002, Seite 587, 592.

³²⁴ Schack, ZUM 2002, Seite 497, 499.

³²⁵ Haedicke, JURA 2000, Seite 449, 452; Schack spricht gar von „skandalös“ niedrigen Abgabesätzen (ZUM 2002, Seite 497, 498).

³²⁶ So auch: Kröger, MMR 2002, Seite 18, 20; Diemar, GRUR 2002, Seite 587, 592.

³²⁷ Diemar, GRUR 2002, Seite 587, 592.

³²⁸ Diemar, GRUR 2002, Seite 587, 592.

2. Keine Vereinbarkeit mit Verfassungsrecht

Die Gegenmeinung sieht das anders³²⁹ und nimmt einen (zumindest mittelbaren) Eingriff in den Schutzbereich von Art. 5 I Satz 1 2. Hs. GG unter zwei Aspekten an: Zum einen in der faktischen Einschränkung der Privatkopierfreiheit auf reprographische Vervielfältigungen durch die Regelung des § 95b I UrhGE.

Zum anderen wird kritisiert, dass die Klagemöglichkeit aus § 95b II UrhGE ihr Ziel verfehle, da der aus der Schrankenbestimmung Privilegierte bei einer Klage meist derart lange auf eine Entscheidung warten müssen wird, dass bis dahin sein Interesse an der fraglichen Information nicht mehr besteht. Dies könne auch die geschaffene Möglichkeit der Verbandsklage nicht verhindern, die auf Grundsatzentscheidungen abziele, für den Einzelfall dagegen nicht ausreiche. Dem Eingriff fehle auch die erforderliche verfassungsmäßige Rechtfertigung: Die neue Regelung als einschränkendes Gesetz für die Informationsfreiheit habe den Verhältnismäßigkeitsgrundsatz beachten müssen. Der Gesetzgeber habe vor dem Hintergrund der Institutsgarantie aus Art. 14 GG Handlungsbedarf zugunsten der Urheber gesehen, deren Verwertungsrechte gegen Missbrauch des Rechts aus § 53 I UrhG im privaten Bereich geschützt werden müssten. Durch die fehlende Durchsetzbarkeit der digitalen Privatkopie werde die Gewährleistung der Verwertungsrechte nun vollständig in die Hand der Verwertungsindustrie gelegt, was ein geeignetes Mittel zum Schutz der Vergütungsinteressen sei, jedoch kein angemessenes und erforderliches. Es seien andere, den Verbraucher weniger belastende, mildere Maßnahmen denkbar gewesen, wie die Aufnahme der digitalen Privatkopie in den Schutzbereich des §95b UrhGE unter gleichzeitiger Anhebung der Pauschalvergütung.

Die jetzt gewählte Ausgestaltung durch die Ausklammerung der digitalen Privatkopie in § 95b UrhGE sei dagegen nicht geeignet, um die Informationsfreiheit zu gewährleisten und sei daher verfassungswidrig.

Der Vorschlag, die digitale Privatkopie unter gleichzeitiger Anhebung der Vergütungssätze zu privilegieren wurde bereits oben (I A 6 c) als positiv bewertet, ebenso wie die Schaffung einer Verbandsklage, da Einzelne vielleicht nicht den Weg vor die Gerichte beschreiten möchten, aber im Verbund mit anderen

³²⁹ Hoeren, Urheberrecht und Verbraucherschutz, Seite 26 ff.

eher versuchen würden, ihre Rechte durchzusetzen. Schließlich besteht auch aus dem Grundgesetz, wie schon unter A gezeigt, keine Verpflichtung des Gesetzgebers, dem Nutzer nach seinen Abwägungen jede (also auch eine digitale) und vor allem die einfachste und günstigste Vervielfältigungsmöglichkeit einzuräumen. Die Beschränkung auf den Reprographiebereich kann daher nicht als verfassungswidrig angesehen werden.

B. Contra Anspruch

Verneint man aber einen Verstoß gegen Verfassungsrecht, wird es schwierig, alleine aus § 53 I UrhG noch einen echten Anspruch auf Privatkopierfreiheit abzuleiten. Schließlich ist auch nach § 53 I UrhGE die Privatkopie nur „zulässig“, aber „zulässig“ bedeutet nach gängigem Verständnis *keinen Anspruch* auf die Ausführung eines Vorhabens unter allen Umständen³³⁰. Verhindert werden durch technische Schutzmaßnahmen nur digitale Kopien, auf die auch nach GG kein Anspruch besteht, die analoge Kopiermöglichkeit, im Musikbereich beispielsweise über CD-Player und Audiokassette, bleibt dagegen bestehen³³¹. Auch nach Sinn und Zweck des UrhG wird nicht gefordert, eine Ausübung der Privatkopierfreiheit unter allen Umständen zu gewährleisten, schließlich ist auch gar nicht jedes Werk für eine private Kopie geeignet, beispielsweise das in einem Museum ausgestellte Werk eines Künstlers kann nicht ohne weiteres mit einfachen Mitteln kopiert werden, sondern der Kopierende muss selbst künstlerisch tätig werden³³². In solchen Fällen auf der Bereitstellung einer Kopie des Werkes zu bestehen erschiene absurd.

C. Ergebnis

Im Ergebnis kann daher kein sich aus Art. 5 GG ergebendes „Recht“ auf eine Privatkopie angenommen werden.

V: Alternative Ansätze

Die vorangegangenen Ausführungen haben gezeigt, welchen Problemen sich die Informationsgesellschaft, die Technik und vor allem der Gesetzgeber stellen muss. Bleibt die Frage, ob hier im Hinblick auf die Privatkopierfreiheit

³³⁰ Goldmann/Liepe, ZUM 2002 Seite 362, 365.

³³¹ Goldmann/Liepe, ZUM 2002 Seite 362, 365.

³³² Goldmann/Liepe, ZUM 2002 Seite 362, 365.

grundsätzlich der richtige Weg eingeschlagen wurde, oder ob es vielleicht auch alternative Möglichkeiten gibt, den Konflikt zwischen Rechtsinhabern/Verwertern und Privatkopierenden/Nutzern unter Berücksichtigung der Bedingungen, die die heutige Gesellschaft stellt, zu lösen.

Abschließend sollen daher einige dieser Vorschläge vorgestellt werden:

A. Umstellung auf ein Reputationssystem

Sietmann³³³ überlegt in seinem Aufsatz, ob es nicht sinnvoller wäre, auf ein Reputationssystem umzustellen, also ein System, bei dem die Autoren ihre Vergütung vom Nutzer deswegen erhalten, weil er zufrieden mit dem von ihm in irgendeiner Form genutzten Werk ist. Bei einer solchen Umstellung würde die Bedeutung der traditionellen Verlage und großen Konzerne als Vermittlungsinstanz zwischen Urheber und Werknutzer abnehmen³³⁴. Stattdessen würden die Autoren selbst in direkten Kontakt mit den Anbietern von Internetdiensten und elektronischen Datenbanken³³⁵, aber auch mit dem jeweiligen Nutzer treten. Natürlich ginge ein derartiges System zu Lasten der bisherigen Verwerter, die bis dato die Funktion der Vermittler zwischen Urheber und Endabnehmer übernommen haben, also im wesentlichen zu Lasten der Musik- und Medienindustrie. Eine solche Zukunftsvision klingt zunächst reizvoll, entmachtet sie doch die ohnehin schon stark auf wenige Unternehmen monopolisierte Verwerterindustrie und gibt den Autoren ein großes Stück Souveränität zurück. Genau dies könnte sich aber als Kehrseite dieser Medaille erweisen, übernimmt doch gerade diese Industrie auch die Produktions-, Verwaltungs- und Werbekosten, ohne die so mancher Autor erst gar nicht bekannt worden wäre.

B. „Copy-Duty“ für alle Rechtsinhaber

Lawrence Lessig dagegen sieht die Lösung nicht in einem „copy-right“, sondern in einer gesetzlichen Verpflichtung (also einer „copy-duty“) für alle Rechtsinhaber, ihre Werke allen zugänglich zu machen³³⁶.

³³³ Sietmann, „Wissen ist Geld“ unter <http://www.heise.de/ct/02/24/108/>.

³³⁴ Boehme-Neßler, CyberLaw, Seite 275 führt als Beispiel dafür Stephen King an, der bereits 2000 einen seiner Romane selbst im Internet veröffentlicht hat und sich direkt von seinen Lesern bezahlen ließ.

³³⁵ Eine derartige Zukunftsvision sieht auch Bainbridge, Computer Law, Seite 90.

³³⁶ Lessig, Code, Seite 127: „But the lesson in the future will be that copyright is protected far too well. The problem will center not on copy-right but on copy-duty – the duty of owners of protected property to make that property accessible.“

Sicherlich sind rechtliche Regeln nicht allein dazu da, um vor allem wirtschaftlichen Profit für die Verwerter zu garantieren³³⁷, sondern auch, um dafür zu sorgen, dass keine ungleiche Belastung von Interessengruppen auftritt. Eine generelle Verpflichtung zu Gewährung des Zugangs zu den Werken für alle ohne auf der anderen Seite differenzierte Ausgleichsregelungen zu haben, würde aber dem Ansatz des kontinentaleuropäischen Urheberrechts widersprechen, denn so wäre zwar die Informationsfreiheit umfassend gewährleistet, eine angemessene Entlohnung der Autoren für ihre Arbeit aber nicht.

Trotzdem wäre es dieser Ansatz der Prinzipumkehrung sicherlich wert, für die Zukunft verfolgt und näher ausgestaltet zu werden, beispielsweise durch Schaffung eines Informationsfreiheitsgesetzes, das den bisherige Grundsatz von „Ausschließlichkeitsrecht und Schranke“ umkehrt: Die freie Nutzung wäre hier die Regel und die Verwertungsinteressen die Ausnahme (oder zumindest gleichwertig, aber die Verwertung wäre nicht vorrangig). Der damit gesetzte Akzent zum Vorteil der Nutzer und ihrer Informationsfreiheit wäre vielleicht in der Zukunft einer sog. Informationsgesellschaft angemessener.

C. Unrechtsbewusstsein der Nutzer wecken

Keine Lösung für sich, aber bestimmt auch hilfreich im gesamten Kontext wären Aufklärungskampagnen der Verwertungsgesellschaften, um das Unrechtsbewusstsein der Nutzer zu wecken³³⁸. Schließlich wird das unerlaubte Vervielfältigen, eben nicht immer nur zu rein privaten Zwecken, von den meisten als „Kavaliersdelikt“ angesehen. Kampagnen, die genau darüber informieren würden, was man darf, unter welchen Voraussetzungen und vor allem auch warum, würden vielleicht vielen Nutzern zum ersten Mal die wahre Wertigkeit ihrer Handlungen vor Augen führen. Ob damit allerdings ein spürbarer Erfolg erzielt werden kann, erscheint unsicher.

D. Umdenken der Verwerterindustrie

Vielleicht muss aber nicht nur der Nutzer umdenken, sondern auch die Rechteinhaber selber. Vergleicht man die Nutzung analoger und digitaler Medien, so fällt auf, dass man ein einmal gekauftes Buch lesen, ein nochmals kopiertes Tape hören oder ein Video sehen kann, wo und wann immer und so oft man

³³⁷ Blume, CRi 2003, Seite 73, 76.

³³⁸ Leupold/Demisch, ZUM 2000, Seite 379, 389; Cichon, K&R 1999, Seite 547, 552.

will³³⁹. Man ist frei von urheberrechtlicher Kontrolle und kann die Kopie immer und immer wieder benutzen, ohne nochmals dafür zahlen zu müssen. Daher wäre es im Bezug auf die digitale Nutzung und Vervielfältigung vielleicht ebenfalls nützlich, sich noch einmal vor Augen zu führen, worum es beim Urheberrecht geht, bei dem das zu schützende Objekt die *Werke* sind, nicht aber *Informationen*, und dass der reine Gebrauch eines Werkes eben nicht in den geschützten Bereich fällt³⁴⁰.

So sollten die Rechtsinhaber darüber nachdenken, ob sie nicht endlich ihren Vertrieb umstellen und an das faktische Konsumverhalten der Internetgemeinde anpassen sollten. Statt über Peer-to-Peer-Musiktauschbörsen zu schimpfen und die Weitergabe und Herstellung von E-Books anzuprangern, sollte sie lieber selbst die Initiative ergreifen und derartige Dienste über das Internet anbieten. Natürlich müsste dies zu wesentlich geringeren Preisen als bisher geschehen³⁴¹. Dass das jedoch kein Verlustgeschäft sein muss, zeigt der vor kurzem von Apple eröffnete Musikdownloaddienst, der innerhalb weniger Tage trotz relativ niedriger Gebühren pro Download Rekordumsätze erzielte³⁴². Sollten Rechtekontrollsysteme eingesetzt werden, die den Gebrauch des Werkes beschränken, müsste sich dies ebenfalls auf den Preis auswirken. Schließlich sollten die Rechtsinhaber hinsichtlich der Nutzung ihrer Werke in der digitalen Welt vielleicht auch nicht so sehr darauf erpicht sein, eine Zahlung für jede einzelne gemachte Kopie zu erhalten, sondern den Nutzern mehr Freiheiten lassen, beispielsweise in Form von Campus-licenses³⁴³, anstelle den Nutzer für jedes einzelne tatsächlich konsultierte Dokument zahlen zu lassen³⁴⁴.

Insbesondere die letzten beiden Vorschläge erscheinen, bieten sie auch keine grundsätzliche Lösung des Problems, umsetzenswert und praktikabel. Ein Umdenken von beiden Seiten würde nämlich das Spannungsfeld auf Dauer gesehen sicher einer schnelleren Lösung zuführen.

³³⁹ Spoor, *The future of copyright*, Seite 76: "Copies free the user from limits of time and place".

³⁴⁰ Blume, *CRi* 2003, Seite 73, 76, 77.

³⁴¹ Leupold/Demisch, *ZUM* 2000, Seite 379, 389.

³⁴² Heise-Meldung vom 24.06.2003 „WWDC: Apples Geschäft mit Musik brummt“

Unter: <http://www.heise.de/newsticker/result.xhtml?url=/newsticker/data/ola-24.06.03-000/default.shtml&words=iTunes>.

³⁴³ Erlauben bestimmten Nutzergruppen den Zugang zu ganzen Datenbanken.

³⁴⁴ Vorschlag von Spoor, *The future of copyright*, Seite 79.

VI: Endergebnis

Die Eingangs aufgeworfene Frage, ob der Einsatz technischer Maßnahmen die Lösung für die im digitalen Zeitalter auftretenden Konfliktfälle ist, kann eindeutig mit „nein“ beantwortet werden. Vielmehr wird klar, dass durch den für solche Maßnahmen geschaffenen Schutz in der Richtlinie und der deutschen Umsetzung das Spannungsverhältnis zur Privatkopie nicht aufgelöst, sondern eher noch verstärkt wird. Beunruhigenderweise ist ein Trend dahingehend zu erkennen, sowohl die Reichweite als auch die Anzahl der Schrankenbestimmungen zum Vervielfältigungsrecht in der digitalen Welt einzuschränken³⁴⁵. Dies stellt allerdings gerade im Hinblick auf die dadurch mehr und mehr gefährdete Informationsfreiheit keine wünschenswerte Entwicklung dar³⁴⁶, selbst wenn man von keinem echten Anspruch auf Privatkopien ausgeht. Besser wäre es daher gewesen, hätte man sich mit der Umsetzung in Deutschland noch etwas Zeit gelassen und die streitigen Punkte ausdiskutiert, um dann ein „Urheberrecht in der Informationsgesellschaft“ zu schaffen, dass dem Anspruch des Titels auch wirklich gerecht wird. So sollte der Gesetzgeber bei den Vorbereitungen zum zweiten Teil des Umsetzungsprozesses darauf achten, unter Berücksichtigung der oben aufgeführten Kritikpunkte an der bisherigen Umsetzung mehr Raum für die Privatkopie zu schaffen. Verhindert werden sollte auf jeden Fall, dass sich die Industrie unter Zuhilfenahme rechtlich stark geschützter technischer Schutzsysteme quasi ihr „eigenes Urheberrecht“³⁴⁷ schafft, in dem die Privatkopierfreiheit nur eine marginale bis gar keine Rolle spielt. Diese Gefahr haben inzwischen auch viele Nutzer erkannt, und sich zur Rettung der Privatkopie in einer Online-Initiative zusammengeschlossen³⁴⁸. Einen regelrechten „Krieg“ zwischen den Nutzern der Internetgemeinschaft und den Rechtsinhabern, wie von manchem befürchtet³⁴⁹, wird es dadurch nicht geben, doch müssen die Rechtsinhaber wohl nach wie vor damit rechnen, dass findige Nutzer, die eine Einschränkung für digitale Privatkopien nicht hinnehmen wol-

³⁴⁵ Dusollier/ Pouillet/ Buydens, Infoethics 2000, Seite 12.

³⁴⁶ Dusollier/ Pouillet/ Buydens, Infoethics 2000, Seite 17 dazu: „(...) they are not only expectations to the rights but express the acknowledgement within the area of copyright of fundamental rights and higher interests of the global community. Exemptions must be maintained in the digital environment in order to preserve the fundamental balance enshrined in copyright.”

³⁴⁷ Kröger, CR 2001, Seite 316, 321 m.w.N.

³⁴⁸ Siehe unter <http://www.privatkopie.net/>.

³⁴⁹ Blume, CRi, 2003, Seite 73, 75.

len, auch trotz entgegenstehender gesetzlicher Regelung versucht werden, technische Sperren zu knacken.

Doch auch auf gesetzgeberischer Ebene bleibt es spannend: 2005 wird die Kommission einen ersten Bericht zu den Folgen der Informationsrichtlinie abliefern (vgl. Art 12 I der Richtlinie). Ende dieses Jahres schon steht in Deutschland die "zweite Stufe" des Gesetzgebungsverfahrens zur Umsetzung der Richtlinie an, bei der es dann noch einmal grundsätzlich um das Thema Privatkopien und Kopierschutz gehen wird sowie um die Frage der Ausgleichsbestimmungen, insbesondere um Urheberrechtsabgaben auf entsprechende Geräte. Und wurde schon im Vorfeld der ersten Stufe heftig Lobbyarbeit von allen Betroffenen geleistet, so ist zu erwarten, dass der zweite Teil der Novellierung noch weit kontroversere Auseinandersetzungen mit sich bringen wird.

Die von Richtlinie und deutschem Umsetzungsentwurf vorgeschlagene Regelungweise ist ebenso wenig zufriedenstellend und austariert wie die aufgezeigten Alternativen. Eine solche Lösung muss aber gefunden werden, soll das Urheberrecht wie bisher im analogen auch im digitalen Bereich dafür sorgen, dass neben den Verwerterinteressen auch der private Gebrauch und die intellektuelle Entwicklung der Gesellschaft garantiert werden. Schließlich wäre es bedauerlich, würden die Möglichkeiten, die neue Technologien eröffnen, nicht dafür erkannt und genutzt werden, sondern stattdessen nur zum Nutzen einer Seite, nämlich zum Ausbau der dominanten Position derjenigen, die die Inhalte kontrollieren, verwendet werden.

Bei allem Abwägen und Ausgleichen der verschiedenen Interessen sollte aber im Auge behalten werden, dass letztlich eine zu starke Einschränkung der ungehinderten Möglichkeit des Zugangs zu Informationen auf lange Sicht auch den Gruppen, die jetzt zunächst davon profitieren würden, schaden wird. Denn kein Werkschöpfer beginnt aus dem Nichts heraus zu arbeiten, sondern bezieht seine Impulse und das Fundament seiner Arbeit immer aus der public domain des frei verfügbaren und frei zugänglichen Wissens. Alle Neuschöpfungen und neuen Erfindungen sind stets nur Rekombinationen oder Weiterentwicklungen

dessen, was schon Bekannt ist. Gerade diese Wissens-Allmende droht jedoch im Zuge der derzeitigen rechtlichen Entwicklung zu verschwinden oder zumindest erheblich eingeschränkt zu werden³⁵⁰, wenn mit zunehmendem Einsatz rechtlich geschützter technischer Schutzmaßnahmen eine „Kommerzialisierung der Kulturgüter“³⁵¹ stattfindet.

Eine „Informationsgesellschaft“ ohne Information entzöge sich damit aber selbst die Basis ihrer Existenz.

³⁵⁰ Stadler, “The excess of control” unter:

<http://www.heise.de/tp/english/inhalt/buch/11504/1.html>.

³⁵¹ Heise-Meldung vom 26.03.2002, „User Rights Management“ fürs digitale Kopieren gefordert unter: <http://www.heise.de/newsticker/data/jk-26.03.02-007/>.