

Musikdownloads im MP3-Format zur Verfügung standen.<sup>308</sup> Weiterhin vertreiben die United-Internet-Töchter GMX.de und WEB.de seit Mai 2009 über ihre Musikplattformen ebenfalls etwa fünf Millionen Tonaufnahmen als DRM-freie Musikdownloads.<sup>309</sup>

## B. Hintergründe

Der Einsatz von DRM-Systemen im Bereich der Musikdownloads ist aus mehreren, nachfolgend dargestellten Gründen gescheitert.

### I. Fehlender Erfolg beim Kampf gegen die Internetpiraterie

Die Notwendigkeit des Einsatzes von DRM-Systemen im Zusammenhang mit dem Vertrieb von Musikdownloads hatte die Musikindustrie vor allem auch mit dem Kampf gegen die Internetpiraterie begründet. Jedoch zeigte der Einsatz von DRM-Systemen insoweit keine spürbaren Auswirkungen,<sup>310</sup> d.h. die Menge der über Filesharing-Netzwerke und P2P-Software im Internet illegal getauschten Musikdateien konnte dadurch nicht verringert werden.<sup>311</sup>

Der Hauptgrund hierfür ist darin zu sehen, dass CDs, die nach wie vor das dominierende Medium beim Vertrieb von Tonaufnahmen darstellen, seit einiger Zeit

308 Pressemitteilung von amazon.de v. 01.04.2009, [http://www.amazon.de/gp/press/pr/20090402/ref=amb\\_link\\_82934453\\_2?pf\\_rd\\_m=A3JWKAKR8XB7XF&pf\\_rd\\_s=center-1&pf\\_rd\\_r=0ZFCNQDAJQTMFJV2JS-S3&pf\\_rd\\_t=2701&pf\\_rd\\_p=467218133&pf\\_rd\\_i=home-2009](http://www.amazon.de/gp/press/pr/20090402/ref=amb_link_82934453_2?pf_rd_m=A3JWKAKR8XB7XF&pf_rd_s=center-1&pf_rd_r=0ZFCNQDAJQTMFJV2JS-S3&pf_rd_t=2701&pf_rd_p=467218133&pf_rd_i=home-2009) (zuletzt abgerufen am 01.07.2010); c't news, Amazon startet MP3-Downloads in Deutschland, 01.04.2009, <http://www.heise.de/ct/news/meldung/135554> (zuletzt abgerufen am 01.07.2010).

309 Heise Online, United Internet kooperiert mit Amazon MP3, 27.05.2009, <http://www.heise.de/newsticker/United-Internet-kooperiert-mit-Amazon-MP3--/meldung/139426> (zuletzt abgerufen am 01.07.2010).

310 Martin, 28 Loy. L.A. Ent. L. Rev. 265, 266, 288 (2008); Harvey, Single-mother digital pirate Jammie Thomas-Rasset must pay \$ 80,000 per song, Times Online, 19.06.2009, [http://technology.timesonline.co.uk/tol/news/tech\\_and\\_web/article6534542.ece](http://technology.timesonline.co.uk/tol/news/tech_and_web/article6534542.ece) (zuletzt abgerufen am 01.07.2010).

311 Martin, 28 Loy. L.A. Ent. L. Rev. 265, 266 (2008); vgl. hierzu auch den Kommentar eines Repräsentanten von Media Defender, einem Unternehmen, das Technologielösungen zum Schutz von Inhalten im Internet anbietet: „DRM is not an antipiracy tool ... What we've seen in P2P networks is that DRM hasn't slowed it down at all. It takes just one person to crack it and it spreads virally ... DRM and lawsuits haven't changed the population, throughput, or bandwidth that is being consumed“, zitiert bei Bangeman, DRM (on music) is dead. Long live DRM (on video)!, Ars Technica, 08.01.2008, <http://arstechnica.com/news.ars/post/20080108-drm-is-dead-for-music.html> (zuletzt abgerufen am 01.07.2010); sueddeutsche.de, Kleine Preise bei Apple, 17.10.2007, <http://www.sueddeutsche.de/computer/artikel/605/138322/print.html> (zuletzt abgerufen am 01.07.2010).

wieder überwiegend frei von DRM-Systemen, die die freie Vervielfältigung von digitalen Tonaufnahmen verhindern, vertrieben werden.<sup>312</sup> Die auf einer CD gespeicherten Tonaufnahmen können daher von jedem Nutzer ohne großen Aufwand „gerippt“, d.h. auf einen Computer übertragen und von dort aus über das Internet weiterverbreitet werden.<sup>313</sup> Es ist daher davon auszugehen, dass die im Internet illegal getauschten Dateien zum weit überwiegenden Teil von „gerippten“ CDs stammen. Auch bestehen laut dem kalifornischen Marktforschungsunternehmen BigChampagne LLC, das unter anderem Informationen über den Umfang getauschter Film- und Musikdateien im Internet sammelt, kaum Überschneidungen zwischen Nutzern, die ihre Musik auf Plattformen wie dem iTunes-Store in Form von Musikdownloads käuflich erwerben, und denjenigen, die Musikdateien in illegalen Internettauschbörsen zur Verfügung stellen.<sup>314</sup>

Andererseits gibt es mittlerweile konkrete Anhaltspunkte dafür, dass die Verfügbarkeit von Musiktiteln oder –alben im Internet frei vom Schutz durch DRM-Systeme nicht notwendigerweise einen Einbruch beim Verkauf der physischen Datenträger bedeutet. So stellte die Band „Radiohead“ ihr neues Album „In Rainbows“ ab Oktober 2007 zunächst für knapp zwei Monate auf ihrer Webseite zum Download als DRM-freie MP3-Datei ihren Fans zur Verfügung. Dabei wurde es den Fans überlassen zu entscheiden, wieviel sie für den Download bezahlen wollten (sogenanntes „tip jar“-Vergütungsmodell).<sup>315</sup> Ab 31. Dezember 2007 begann dann der reguläre Vertrieb des Albums als CD.<sup>316</sup> Mit der Vorabveröffentlichung im

312 Vgl. 4. Kapitel, B.III.1.

313 *Martin*, 28 Loy. L.A. Ent. L. Rev. 265, 292 (2008); *Perritt*, 16 Mich. St. J. Int'l Law 113, 143 (2007); *Rosenblatt*, Amazon Launches DRM-Free Music Service, DRM Watch, 27.09.2007, [www.drmwatch.com/ocr/article.php/3702096](http://www.drmwatch.com/ocr/article.php/3702096) (zuletzt abgerufen am 01.07.2010); vgl. insoweit auch *Jobs*, Thoughts on Music, 06.02.2007, <http://www.apple.com/hotnews/thoughtsonmusic/> (zuletzt abgerufen am 01.07.2010): „*Why would the Major Labels music companies agree to let Apple and others distribute their music without using DRM systems to protect it? The simplest answer is because DRMs haven't worked, and may never work, to halt music piracy. Though the Major Labels music companies require that all their music sold online be protected with DRMs, these same music companies continue to sell billions of CDs a year which contain completely unprotected music. That's right! No DRM system was ever developed for the CD, so all the music distributed on CDs can be easily uploaded to the Internet, then (illegally) downloaded and played on any computer or player. In 2006, under 2 billion DRM-protected songs were sold worldwide by online stores, while over 20 billion songs were sold completely DRM-free and unprotected on CDs by the music companies themselves. The music companies sell the vast majority of their music DRM-free, and show no signs of changing this behavior, since the overwhelming majority of their revenues depend on selling CDs which must play in CD players that support no DRM system.*“

314 *Rosenblatt*, Is EMI's DRM-Free Strategy Working?, DRM Watch, 08.08.2007, <http://www.drmwatch.com/ocr/article.php/3693316> (zuletzt abgerufen am 01.07.2010).

315 *Heise Online*, Fans bestimmen Preis des neuen Radiohead-Albums selbst, 01.10.2007, <http://www.heise.de/newsticker/meldung/96828> (zuletzt abgerufen am 01.07.2010).

316 *Heise Online*, Neues Radiohead-Album auf CD und vielleicht bald bei iTunes, 12.12.2007, <http://www.heise.de/newsticker/meldung/100481> (zuletzt abgerufen am 01.07.2010).

Internet setzte die Band vor allem auf die hierdurch erzeugten Marketingeffekte. Allerdings wurde die Aktion zunächst mit viel Skepsis betrachtet, die durch eine (von der Band nie bestätigte) Studie befördert wurde, wonach nur knapp 40 Prozent der Nutzer für das Herunterladen des Albums im Durchschnitt ca. US\$ 6 bezahlt hätten, hingegen die restlichen Nutzer das Downloadangebot ohne Entrichtung einer Gegenleistung genutzt hätten.<sup>317</sup> Anderen Meldungen zufolge verdiente die Band jedoch durch die ersten 1,2 Millionen Downloads zwischen US\$ 6-10 Millionen.<sup>318</sup> Weiterhin belegte das Album weniger als zwei Wochen nach seiner regulären Veröffentlichung den ersten Platz sowohl in den britischen als kurz später auch – mit 122.000 verkauften Tonträgern innerhalb von 11 Tagen – den US-amerikanischen Album-Charts.<sup>319</sup> Damit erreichte die Band zum zweiten Mal in ihrer Bandgeschichte den ersten Platz in den USA, den sie bisher nur mit dem Album „Kid A“ im Jahr 2000 erreicht hatte, von dem allerdings in der ersten Woche seiner Veröffentlichung 210.000 Stück verkauft worden waren.<sup>320</sup>

Zudem wird durch den Einsatz von DRM-Systemen das Problem der „analogen Lücke“ („analog hole“) nicht gelöst. Darunter versteht man das Phänomen, dass jedes Multimediawerk, selbst wenn es durch DRM-Systeme geschützt wird, zu irgendeinem Zeitpunkt für den Nutzer wahrnehmbar gemacht, d.h. auf einem Computermonitor gezeigt oder über Lautsprecher wiedergegeben werden muss.<sup>321</sup> Spätestens zu diesem Zeitpunkt ist es jedoch technisch möglich, eine analoge Kopie des auf diese Weise wahrnehmbar gemachten Multimediawerks herzustellen,<sup>322</sup> welche anschließend wiederum digitalisiert, gespeichert, vervielfältigt und über das Internet verbreitet werden kann. Dies bedeutet, dass, egal in welchem Umfang vorbeugende technische Maßnahmen gegen die nicht-autorisierte Verbreitung von Multimediawerken ergriffen werden, es früher oder später immer wieder zum Auftreten unerlaubt angefertigter digitaler Kopien dieser Werke kommen wird. Daran schließt sich das Problem, dass aufgrund der zunehmenden globalen Vernetzung, insbesondere durch das World Wide Web, eine einzige digitale Kopie eines Multimediawerks ausreicht, um das Werk weltweit zu verbreiten, da insbesondere mit Hilfe von Filesharing-Netzwerken und P2P-Software ein Schneeball-Effekt ausgelöst werden kann, wodurch die Vervielfältigung und Verbreitung einer digitalen

317 *Rosenblatt*, Radiohead Takes the Lead in Race to the Bottom, DRM Watch, 08.11.2007, [www.drmwatch.com/ocr/article.php/3710021](http://www.drmwatch.com/ocr/article.php/3710021) (zuletzt abgerufen am 01.07.2010).

318 *van Buskirk*, Estimates: Radiohead Made Up To \$10 Million on Initial Album Sales (Updated), WIRED, 19.10.2007, [http://www.wired.com/listening\\_post/2007/10/estimates-radio/](http://www.wired.com/listening_post/2007/10/estimates-radio/) (zuletzt abgerufen am 01.07.2010).

319 *Heise Online*, Radiohead-Album erobert auch Platz 1 der US-Charts, 11.01.2008, <http://www.heise.de/newsticker/meldung/101638> (zuletzt abgerufen am 01.07.2010).

320 *Lee*, 2008 U. Ill. L. Rev. 1459, 1503 (2008).

321 *Mittenzwei*, Informationen zur Rechtswahrnehmung, 2006, S. 22.

322 Beispielsweise durch Abfilmen der angezeigten Bilder mit einer Videokamera oder durch Aufzeichnung des über die Lautsprecher der Stereoanlage wiedergegebenen Tonaufnahme auf Tonband.

Kopie innerhalb kürzester Zeit „explodieren“, d.h. massenweise auftreten kann.<sup>323</sup> Ebenso bedarf es nur eines einzigen technisch versierten Nutzers, der sich das „Knacken“ eines DRM-Systems zur Aufgabe macht, um das DRM-System in seiner Wirksamkeit wesentlich zu beeinträchtigen, da auch dieser Nutzer die Möglichkeit hat, das von ihm entwickelte Werkzeug zur Außerkraftsetzung des DRM-Systems innerhalb kürzester Zeit über das Internet weltweit zu verbreiten.<sup>324</sup>

## II. Beeinträchtigung der Nutzerinteressen

Ein wesentlicher Faktor für das letztendliche Scheitern von DRM-Systemen im Zusammenhang mit Musikdownloads liegt darin, dass die Nutzung von DRM-geschützten Musikdateien mit mehreren erheblichen Nachteilen für deren Nutzer einhergeht, die nachfolgend unter den Stichworten Interoperabilität, Nachhaltigkeit sowie Daten- und Verbraucherschutz skizziert werden.<sup>325</sup>

### 1. Interoperabilität

Als einer der größten Nachteile des Vertriebs von digitalen Multimediawerken, die durch DRM-Systeme geschützt werden, hat sich die fehlende Kompatibilität zwischen diesen Systemen und den zu ihrer Nutzung verwendeten digitalen Endgeräten erwiesen (sogenannte „interoperability“, nachfolgend Interoperabilität).<sup>326</sup> Die Interoperabilität scheidet oftmals daran, dass die verschiedenen im Rahmen von Internetdiensten, auf physischen Datenträgern und in digitalen Endgeräten eingesetzten DRM-Systeme nicht miteinander kommunizieren und arbeiten können. Dieser Nebeneffekt von DRM-Systemen hat speziell im Musikbereich auf Seiten der Nutzer zu großer Frustration geführt.<sup>327</sup>

323 *Haber/Horne/Pato/Sander/Tarjan*, in: *Becker/Buhse/Günnewig/Rump* (Hrsg.), *DRM*, 2003, S. 224, 230; *Mittenzwei*, *Informationen zur Rechtswahrnehmung*, 2006, S. 22.

324 *Haber/Horne/Pato/Sander/Tarjan*., in: *Becker/Buhse/Günnewig/Rump* (Hrsg.), *DRM*, 2003, S. 224, 230; *Mittenzwei*, *Informationen zur Rechtswahrnehmung*, 2006, S. 22; vgl. zu diesem sog. „darknet effect“ auch *Biddle/England/Peinado/Willman*, *The Darknet and the Future of Content Distribution*, abrufbar unter <http://msl.mit.edu/ESD10/docs/darknet5.pdf> (zuletzt abgerufen am 01.07.2010.).

325 Vgl. *Rohleder*, *ZUM* 2003, 203, 204, der die Benutzerfreundlichkeit von DRM als „erfolgskritische[n] Faktor“ bezeichnet.

326 *Castro/Bennett/Andes*, *Steal These Policies*, ITIF, 2009, S. 8; *Reinke*, *Wertschöpfungsmöglichkeiten Musikindustrie*, 2009, S. 44.

327 *Samuelson/Schultz*, 6 *J. Telecom. & High Tech. L.* 41, 49 (2007); vgl. auch *Patalong*, *Kopierschutz ist tot. Amazon komplett DRM-frei*, *Spiegel Online*, 11.01.2008, [www.spiegel.de/netzwelt/web/0,1518,527992,00.html](http://www.spiegel.de/netzwelt/web/0,1518,527992,00.html) (zuletzt abgerufen am 01.07.2010); *Roth*, 18 *Fordham Intell. Prop. Media & Ent. L.J.* 515, 522 (2008).

Die Kompatibilität verschiedenster digitaler Endgeräte, Formate, Plattformen und Applikationen, der sogenannte „Netzwerkeffekt“, gilt als eine der größten Erregenschaften der Digitalisierung, die den Nutzern von Computern, digitalen Endgeräten und Internet eine Fülle neuer Möglichkeiten im Umgang mit digitalen Inhalten ermöglichen.<sup>328</sup> Die Nutzung dieses Netzwerkeffekts hängt jedoch maßgeblich davon ab, dass der Austausch von Daten zwischen den verschiedenen Geräten und Anwendungen möglichst reibungslos funktioniert<sup>329</sup> und in diesem Zusammenhang auch keine größeren Kosten beispielsweise für die Herstellung der notwendigen Kompatibilität entstehen („Transaktionskosten“). Der Einsatz nicht-interoperabler DRM-Systeme führt jedoch gerade zum gegenteiligen Effekt, nämlich der Einschränkung der Kompatibilität von Geräten und Anwendungen, und damit zu einer Beeinträchtigung des Netzwerkeffekts sowie zu einer Erhöhung der Transaktionskosten, da zusätzliche Maßnahmen erforderlich werden, um die durch DRM-Systeme hervorgerufenen Beeinträchtigungen des effizienten Datenaustausches wieder zu beseitigen.<sup>330</sup> Damit wird jedoch einer der größten Vorteile der Digitalisierung durch den Einsatz von DRM-Systemen konterkariert.<sup>331</sup>

Im Zusammenhang mit Musikdownloads wurde die fehlende Interoperabilität von DRM-Systemen bisher von den Anbietern von Onlineshops bewusst dazu eingesetzt, um die Kompatibilität von über das Internet erworbenen Tonaufnahmen mit Abspielgeräten und Internetangeboten konkurrierender Anbieter einzuschränken und hierdurch die Nutzer stärker an den eigenen Dienst und die zugehörigen Geräte zu binden.<sup>332</sup> So wurde durch das von Apple entwickelte DRM-System FairPlay sichergestellt, dass über den iTunes-Store erworbene digitale Tonaufnahmen nicht auf jedem MP3-Player, sondern nur auf dem von Apple entwickelten

328 *Samuelson/Schultz*, 6 J. Telecom. & High Tech. L. 41, 47 (2007).

329 *Vinje*, EIPR 1996, 431, 437.

330 *Samuelson/Schultz*, 6 J. Telecom. & High Tech. L. 41, 47 (2007); *Hansen*, *Gesprengte Ketten – Legale MP3-Downloads in Deutschland*, c't 2009, Heft 9, S. 136 ff. Konkret bedeutet die durch DRM-Systeme herbeigeführte Erhöhung der Transaktionskosten durch mangelnde Interoperabilität beispielsweise für den Online-Händler, dass sich sein Aufwand für die Beantwortung von Kundenanfragen wesentlich erhöht, wenn sich nach dem Erwerb digitaler Inhalte die Beschwerden der Erwerber über technische Schwierigkeiten bei deren Nutzung häufen; für den Nutzer stellt der Erwerb des digitalen Inhalts eine Fehlinvestition dar, wenn er diesen auf dem von ihm verwendeten Endgerät nicht nutzen kann; teilweise erhöht sich der Aufwand sogar auf Seiten derjenigen, die durch die DRM-Systeme eigentlich geschützt werden sollen, wenn beispielsweise dem Musiker die Vermarktung seiner Werke erschwert wird, indem die durch das DRM-System errichteten technischen Hürden das Einstellen von Werken auf eine Plattform erschweren.

331 *Fetscherin*, in: *Becker/Buhse/Günnewig/Rump* (Hrsg.), *DRM*, 2003, S. 305, 319, führt als Beispiel die Veröffentlichung des neuen Albums einer populären Musikkünstlerin (Natalie Imbruglia) auf CD mit einer Kopierschutztechnologie anführt, die zu einer Welle von Beschwerden seitens der Käufer führte, da diese die CD in einigen Endgeräten nicht nutzen konnten; BMG sah sich schließlich gezwungen, das Album nochmals ohne Kopierschutz herauszubringen und die defekten CDs zu ersetzen.

332 *Samuelson/Schultz*, 6 J. Telecom. & High Tech. L. 41, 47 (2007.).

iPod abgespielt werden konnten. Darüber hinaus wurde der iPod so gestaltet, dass Tonaufnahmen, die durch DRM-Systeme anderer Anbieter geschützt werden, hierüber nicht abgespielt werden konnten. Neben den durch die FairPlay-Technologie geschützten Musikdownloads konnten über das Gerät nur Tonaufnahmen in DRM-freien Formaten wie beispielsweise dem MP3-Format genutzt werden. Dies bedeutete jedoch, dass Nutzer, die sich für den iPod entschieden hatten, im Wesentlichen nur den iTunes-Store, nicht aber andere Onlineshops nutzen konnten, sofern diese ein anderes DRM-System als die Fair-Play-Technologien einsetzten. Andererseits blieb es Nutzern, die sich für einen anderen MP3-Player als den iPod entschieden hatten, verwehrt, den Musikkatalog des iTunes-Store, der über lange Zeit das attraktivste, da umfangreichste legale Angebot zum Erwerb von Musikdownloads über das Internet darstellte, mit ihrem Gerät zu nutzen.<sup>333</sup> DRM-Systeme wurden somit dazu instrumentalisiert, Kunden an bestimmte Vertriebswege und Produkte zu binden, um dadurch eine auch unter wettbewerbsrechtlichen Aspekten bedenkliche Abschottung von anderen, konkurrierenden Marktteilnehmern zu erreichen (sogenannter „digitaler lock-in“).<sup>334</sup>

Eine Initiative der Tonträgerunternehmen namens „Coral“, die darauf gerichtet war, eine bessere Interoperabilität durch die Standardisierung von den im Musikbereich eingesetzten DRM-Systemen zu erreichen, scheiterte im Jahr 2004.<sup>335</sup> Der

333 Vgl. zu dieser Problematik speziell im Hinblick auf das iTunes-iPod-Ecosystem *Sharp/Arewa*, 5 Nw. J. Tech. & Intell. Prop. 332 (2007); *Patalong*, Kopierschutz ist tot - Amazon komplett DRM-frei, Spiegel Online, 11.01.2008, [www.spiegel.de/netzwelt/web/0,1518,527992,00.html](http://www.spiegel.de/netzwelt/web/0,1518,527992,00.html) (zuletzt abgerufen am 01.07.2010); *Winkelhage*, Apple macht den Weg frei, Frankfurter Allgemeine Zeitung, 08.01.2009, S. 18; sowie *Berkman Center for Internet and Society at Harvard Law School*, iTunes: How Copyright, Contract, and Technology Shape the Business of Digital Media – a Case Study, 2004, S. 45, <http://cyber.law.harvard.edu/media/uploads/81/iTunesWhitePaper0604.pdf> (zuletzt abgerufen am 01.07.2010), worin es hierzu heißt: „*The increased protection that Apple’s DRM is able to enjoy as a consequence of the DMCA and the EUCD implementations allows today for the deployment of a market strategy based on excluding competition through restricted interoperability. Assuming for the moment that iTunes Store’s main purpose is to generate profits in iPod sales (even if operating at a loss), restricting interoperability is a sound business decision. In making this decision, Apple has to balance the trade-off between the possible increase in profits derived from expanding the iTunes Store’s consumer base, and removing the strategic advantage the iPod has by way of its exclusive relationship to the iTunes service. Making iTMS songs exclusively compatible with iPod allows for the generation of noticeable entry barriers in the market of portable players and some barriers in the market of music downloading services (iTMS) competitors.*”

334 *Einhorn*, Gorillas in Our Midst, 2007, S. 10: „... This may be termed digital “lock-in”, which is a critical example of a noncooperative market (or Nash) equilibrium where the “invisible hand” does not bring unalloyed private interests to the most efficient point. ...”; *Martin*, 28 Loy. L.A. Ent. L. Rev. 265, S. 266, 281ff. (2008); vgl. zusammenfassend zu der kartellrechtlichen Problematik *Roth*, 18 Fordham Intell. Prop. Media & Ent. L.J. 515, 525 (2008); *Perritt*, 16 Mich. St. J. Int’l Law, 113, 137 (2007); *Samuelson/Schultz*, 6 J. Telecom. & High Tech. L. 41, 46 (2007); *Mittenzwei*, Informationen zur Rechtswahrnehmung, 2006, S. 25 ff.

335 Coral Consortium, <http://www.coral-interop.org> (zuletzt abgerufen am 01.07.2010).

Grund des Scheiterns lag in den Partikularinteressen der einzelnen Marktteilnehmer, d.h. den gegenläufigen Zielen und Erwartungen von Internetanbietern, Softwareproduzenten und den Herstellern von digitalen Endgeräten. Denn die Motivation, einem einheitlichen Standard für DRM-Systeme zuzustimmen, ist abhängig von der Marktposition des jeweiligen Unternehmens.<sup>336</sup> Verfügt das Unternehmen über einen großen Marktanteil und eine proprietäre DRM-Technologie, so bestehen in der Regel kaum Anreize für die Entwicklung einer interoperablen Technologie, die dazu führen würde, dass seine Kunden leichter zum vergleichbaren Angebot eines Wettbewerbers wechseln könnten. Ein neuer Marktteilnehmer hingegen hat regelmäßig ein hohes Interesse an einheitlichen technologischen Standards, da dies den Markteintritt und den Wettbewerb mit bereits etablierten Marktteilnehmern wesentlich erleichtert.<sup>337</sup>

## 2. Nachhaltigkeit

Zudem laufen die Nutzer von DRM-geschützten digitalen Multimediawerken, die von einem DRM-System extern betreut werden, das Risiko, dass die Nutzbarkeit dieser Werke nachträglich beschränkt oder gar gänzlich unmöglich wird. Denn solche nachträglichen Änderungen wirken sich über das jeweilige DRM-System, das die in Bezug auf die geschützte Datei vorgenommenen Handlungen fortlaufend verifizieren und autorisieren muss,<sup>338</sup> in der Regel auch auf bereits erworbene digitale Multimediawerke aus.<sup>339</sup>

Dass der Erwerb von durch DRM-Systeme geschützten Musikdateien mit solch gravierenden Nachteilen für die Nutzer einhergehen kann, zeigte sich sehr anschaulich im Jahr 2008, als kurz hintereinander Microsoft, Yahoo und Wal-Mart die Einstellung einiger der von ihnen betriebenen Musikdownload-Angebote ankündigten. Dies bedeutete gleichzeitig, dass die in diesem Zusammenhang eingesetzten DRM-Systeme nicht länger unterstützt werden würden. Damit hätten jedoch die Nutzer ihre über diese Dienste erworbenen Tonaufnahmen ab dem Zeitpunkt ihrer Einstellung nicht mehr auf neue Computer oder andere digitale Endgerät übertragen können, da die zur Autorisierung einer solchen Übertragung erforderlichen Codes durch die jeweiligen DRM-Systeme nicht mehr ausgestellt

336 *Mittenzwei*, Informationen zur Rechtswahrnehmung, 2006, S. 26; *Perritt*, 16 Mich. St. J. Int'l Law 113, 139-40 (2007).

337 *Perritt*, 16 Mich. St. J. Int'l Law 113, 139 (2007).

338 Vgl. 4. Kapitel, Teil B.I.

339 *Samuelson/Schultz*, 6 J. Telecom. & High Tech. L. 41, 58 (2007).

werden würden.<sup>340</sup> Somit hätten die betroffenen Nutzer die Musikdateien auf legalem Weg zwar wie bisher auf den bereits durch das jeweilige DRM-System autorisierten Geräten abspielen können, nicht hingegen auf nach der Einstellung der DRM-Systeme neu erworbenen Geräten.

Aufgrund der daraufhin einsetzenden massiven Proteste der Nutzer entschieden sich alle Anbieter sukzessive, den Zeitraum, während dessen die DRM-Systeme weiterhin unterstützt werden würden, zu verlängern.<sup>341</sup> Damit wurden die negativen Folgen für die Nutzer zwar nicht beseitigt, jedoch ihr Eintreten zumindest auf einen späteren Zeitpunkt verschoben. Anders im Falle des Internetdienstes SpiralFrog, der seinen Dienst im März 2009 einstellte und dessen Nutzer die über diesen Dienst erworbenen DRM-geschützte Tonaufnahmen bereits kurze Zeit später nicht mehr nutzen konnten.<sup>342</sup>

Als ein weiteres Beispiel für das Problem der Nachhaltigkeit DRM-geschützter Inhalte kann auch Apples iTunes-Store angeführt werden. In seiner kurzen Geschichte hat dieser Dienst bereits mehrere Male seine Nutzungsbedingungen und damit auch die Autorisierung von Nutzerhandlungen durch das DRM-System „Fair Play“ geändert, beispielsweise bezüglich der Anzahl erlaubter Kopien oder der Häufigkeit der Übertragung auf weitere digitale Endgeräte.<sup>343</sup>

Im Falle eines digitalisierten Multimediawerks, das ein Nutzer in Form einer DRM-geschützten Datei erwirbt, ist deren dauerhafte Nutzbarkeit von der fortlaufenden Unterstützung durch das DRM-System abhängig. Das funktionsfähige DRM-System ist somit gleichsam die Lebensader des digitalen Multimediawerks. Damit steht und fällt dessen Nutzbarkeit jedoch mit dem Geschäftserfolg und der Geschäftsstrategie des jeweiligen Anbieters, über den das Multimediawerk erworben wird. Denn nur solange der Internetdienst des Anbieters „läuft“, wird dieser das von ihm ursprünglich eingesetzte DRM-System technisch unterstützen. Sobald

340 Vgl. zudem die bei *Samuelson/Schultz*, 6 J. Telecom. & High Tech. L. 41, 58-59 (2007) genannten Beispiele für ähnliche Probleme bei der Einstellung des DivX-Systems für Filme sowie sowie des sog. „Sony Connect“ Service.

341 *Müller*, Microsoft verlängert DRM für MSN-Music-Songs, iPhone-Welt News, 22.06.2008, [http://www.macwelt.de/artikel/\\_News/356844/microsoft\\_verlaengert\\_drm\\_fuer\\_msn\\_music\\_songs/1](http://www.macwelt.de/artikel/_News/356844/microsoft_verlaengert_drm_fuer_msn_music_songs/1) (zuletzt abgerufen am 01.07.2010); *Kane*, Wal-Mart reverses policy on DRM?, CNET News, 10.10.2008, [http://news.cnet.com/8301-1023\\_3-10063168-93.html?tag=mncol;txt](http://news.cnet.com/8301-1023_3-10063168-93.html?tag=mncol;txt) (zuletzt abgerufen am 01.07.2010); *Sandoval*, Dear Steve Jobs: Set the music free, CNET News, 20.11.2008, [http://news.cnet.com/8301-1023\\_3-10103484-93.html?part=rss&tag=feed&subj=News-DigitalMedia](http://news.cnet.com/8301-1023_3-10103484-93.html?part=rss&tag=feed&subj=News-DigitalMedia) (zuletzt abgerufen am 01.07.2010).

342 *Sandoval*, SpiralFrog DRM music to play 60 Days, then vanish, CNET News, 20.03.2009, [http://news.cnet.com/8301-1023\\_3-10201355-93.html?part=rss&tag=feed&subj=News-DigitalMedia](http://news.cnet.com/8301-1023_3-10201355-93.html?part=rss&tag=feed&subj=News-DigitalMedia) (zuletzt abgerufen am 01.07.2010).

343 *Samuelson/Schultz*, 6 J. Telecom. & High Tech. L. 41, 58 (2007).

jedoch die Geschäftsstrategie geändert oder der Dienst eingestellt wird, kann dies für den Nutzer bedeuten, dass die von ihm erworbenen Dateien nutzlos werden.<sup>344</sup>

### 3. Daten- und Verbraucherschutz

Im analogen Zeitalter war es den Rechteinhabern schlicht nicht möglich, die konkrete Verwendung eines in Form eines physischen Datenträgers durch einen Nutzer erworbenen Multimediawerks nachzuverfolgen.<sup>345</sup> Hingegen ermöglichen es DRM-Systeme, jede Handlung, die ein Nutzer in Bezug auf eine DRM-geschützte Datei vornimmt, zu registrieren und an den das DRM-System betreuenden Server zu kommunizieren, worüber die auf diese Weise erhobenen Daten gespeichert und an Dritte, beispielsweise den Rechteinhaber, weitergegeben werden können.<sup>346</sup> Dies dient zwar einerseits dem legitimen Interesse des Rechteinhabers, zu verifizieren, ob ein Nutzer die in Bezug auf ein Multimediawerk geltenden Nutzungsbedingungen einhält. Andererseits können diese Daten auch zu anderen Zwecken genutzt werden, beispielsweise zur Erstellung eines Nutzerprofils, um Werbung individuell auf einzelne Nutzer abzustimmen, oder zum Verkauf an andere Firmen, die an solchen Daten zumeist ebenfalls zu Werbezwecken interessiert sind.<sup>347</sup> Auch besteht zumeist wenig Transparenz darüber, in welchem Umfang und zu welchen Zwecken im Zusammenhang mit der Nutzung eines DRM-geschützten Multimediawerks Daten über den jeweiligen Nutzer erhoben und genutzt werden. Es besteht somit die Gefahr, dass durch den Einsatz von DRM-Systemen die Nutzer zunehmend zu „gläsernen Kunden“ werden, deren Konsumverhalten in Bezug auf den Umgang mit digitalen Multimediawerken durch die Anbieter DRM-gestützter Dienste minutiös nachverfolgt werden kann.<sup>348</sup> Der Einsatz von DRM-Systemen weckt daher auch datenschutzrechtliche Bedenken, wegen der Gefahr des Eingriffs in das Grundrecht auf informationelle Selbstbestimmung.<sup>349</sup>

344 *Patalong*, DRM – Musik mit Ablaufdatum, Spiegel Online, 24.04.2008, [www.spiegel.de/netzwelt/tech/0,1518,549385,00.html](http://www.spiegel.de/netzwelt/tech/0,1518,549385,00.html) (zuletzt abgerufen am 01.07.2010); s.a. *Mittenzwei*, Informationen zur Rechtswahrnehmung, 2006, S. 29.

345 *Samuelson/Schultz*, 6 J. Telecom. & High Tech. L. 41, 46 (2007).

346 *Samuelson/Schultz*, s.o.

347 *Samuelson/Schultz*, 6 J. Telecom. & High Tech. L. 41, 51 (2007).

348 Vgl. zu dieser Problematik insbesondere die Studie im Auftrag des Bundesministeriums für Bildung und Forschung „privacy4DRM“, an der u.a. das Fraunhofer Institut für Digitale Medientechnologie beteiligt ist, abrufbar unter <https://www.datenschutzzentrum.de/drm/privacy4drm.pdf> (zuletzt abgerufen am 01.07.2010); weiterhin *Schaar*, Datenschutz im Internet, 2002, Rn. 32 ff.; *Mittenzwei*, Informationen zur Rechtswahrnehmung, 2006, S. 30; sowie zu den vielfältigen Möglichkeiten zur Datenauswertung und –verwendung im E-Commerce (allerdings ohne spezielle Berücksichtigung von DRM-Systemen) *Rofsnagel/Banzhaf/Grimm*, Datenschutz im Electronic Commerce, 2003, S. 55 ff.

349 BVerfG vom 15.12.1983, BVerfGE 65, 1.

Auch aus Sicht des Verbraucherschutzes ist der Einsatz von DRM-Systemen nicht unbedenklich, da die an den Computern der Nutzer durch DRM-Technologien herbeigeführten Änderungen auch negative Folgeeffekte nach sich ziehen und schlimmstenfalls sogar zu Schäden an absoluten Rechtsgütern der Nutzer führen können. Bestes Beispiel hierfür ist der Rootkit-Skandal, der eine von Sony (damals noch SonyBMG) im Zusammenhang mit CDs verwendete DRM-Technologie betraf. Mit Hilfe der von Sonys DRM-System verwendeten Software wurde die Nutzbarkeit von auf CD gespeicherten Musikdateien dahingehend eingeschränkt, dass von ihnen nur eine bestimmte Anzahl an Kopien in einem bestimmten, geschützten Format erstellt werden konnten, die wiederum nur auf bestimmten digitalen Endgeräten abgespielt werden konnten.<sup>350</sup> Zu diesem Zweck wurde die Software von den erworbenen CDs automatisch auf die Computer der Käufer aufgespielt und mit Hilfe einer sogenannten „root kit“-Funktion sichergestellt, dass sie nicht mehr von den Computern entfernt werden konnte. Allerdings führte diese Funktion auch zu dem unerwünschten Nebeneffekt, dass die Computer für externe Angriffe auf die darauf gespeicherten Daten anfällig, d.h. leichter zugänglich für Hacker wurden.<sup>351</sup>

Der Rootkit-Skandal zeigt deutlich, dass der Einsatz von DRM-Systemen für die Nutzer in der Regel nicht nur zu erheblichen Nutzungseinschränkungen führt und aus datenschutzrechtlichen Gründen bedenklich ist, sondern darüber hinaus sogar eine Gefahr für sonstige geschützte Interessen des Nutzers, wie beispielsweise die Unversehrtheit des Eigentums darstellen kann.

### III. DRM-Systeme als „Paracopyright“

Der Einsatz von DRM-Systemen, gekoppelt mit dem gesetzlichen Schutz vor Umgehung dieser Systeme, versetzt die Rechtsinhaber faktisch in die Lage, die Nutzung digitaler Multimediawerke in einem Maß zu kontrollieren, wie dies weder vom US-amerikanischen noch vom deutsch-europäischen Urheberrecht vorgesehen ist.

350 *Rosch*, 22 Berkeley Tech. L.J. 971, 972 (2007).

351 *Rosch*, s.o. Nach dem Bekanntwerden dieser Sicherheitslücke reichten die betroffenen Käufer Sammelklagen gegen SonyBMG ein. Für eine ausführliche Darstellung des Rootkit-Skandals und seiner Folgen vgl. *Mulligan/Perzanowski*, 22 Berkeley Tech. L. J. 1157 (2007). Eine deutsche Klage im Zusammenhang mit diesem Vorfall wurde noch im September 2009 entschieden, vgl. AG Hamburg-Wandsbek, Az. 712 C 113/08.

# 1. Grundstrukturen des US-amerikanischen und deutsch-europäischen Urheberrechts

## a. USA

Das US-amerikanische *copyright law* ist im 17. Titel des United States Code geregelt.<sup>352</sup> Basierend auf der sogenannten „IP clause“ der US-amerikanischen Verfassung<sup>353</sup> erließ im Jahr 1790 der Kongress ein für alle Bundesstaaten einheitliches, nationales Urheberrechtsgesetz in Form des *Copyright Act of 1790* („Copyright Act“).<sup>354</sup> Dieses Gesetz führte ein zunächst auf vierzehn Jahre begrenztes, um weitere vierzehn Jahre verlängerbares sogenanntes „copyright“ für Bücher<sup>355</sup> ein, für dessen Wirksamkeit eine Registrierung beim örtlichen District Court erforderlich war.<sup>356</sup> Dieses *copyright* wurde sukzessive auch bezüglich Druckwerken, musikalischen Kompositionen, Theaterstücken, Fotografien, Kunstwerken und Skulpturen gewährt.<sup>357</sup> Im Rahmen einer grundlegenden Reform des *Copyright Act* im Jahre 1909 wurde das *copyright* für Bücher allgemein auf Schriftwerke erweitert, die Schutzfrist verdoppelt<sup>358</sup> und ein begrenzter Schutz auch für Werke ausländischer Herkunft eingeführt.<sup>359</sup> Im Jahre 1976 wurde der *Copyright Act* wiederum

352 Daher werden einzelne Vorschriften *des Copyright Act* nachfolgend wie folgt zitiert: 17 U.S.C. § 106.

353 Art. 1 § 8 Clause 8: „Congress shall have the power ... to promote the progress of science and useful arts, by securing for limited times to authors and inventors the exclusive right to their respective writings and discoveries“.

354 1 Stat. 124 (1790). Aufgrund ihrer Rechtstradition als common law Staaten basierten die meisten der ersten Urheberrechtsgesetze der einzelnen U.S. Bundesstaaten auf dem englischen „Statute of Anne“, das vom englischen Parlament im Jahre 1710 verabschiedet worden war. Die Schwierigkeit, diese zum Teil widersprüchlichen Gesetze in grenzüberschreitenden Fällen anzuwenden, führte zu der allgemeinen Überzeugung, dass zur Vereinheitlichung der Rechtsmaterie ein für alle Bundesstaaten gleichermaßen geltendes, nationales Gesetz erlassen werden müsse, vgl. *Merges/Menell/Lemley*, Intellectual Property, 2003, S. 321.

355 Darüber hinaus erstreckte sich der Urheberrechtsschutz auf Landkarten und grafische Darstellungen.

356 *Merges/Menell/Lemley*, Intellectual Property, 2003, S. 321.

357 *Merges/Menell/Lemley*, s.o.

358 Mittlerweile dauert die Schutzfrist des copyright in Bezug auf Werke, die am 01.01.1978 oder später erschaffen wurden, vom Zeitpunkt der Erschaffung des Werks über die gesamte Lebenszeit des Urhebers bis siebenzig Jahre über dessen Tod hinaus, vgl. 17 U.S.C. § 302(a); im Falle einer *work made for hire* läuft die Schutzfrist für fünfundneunzig Jahre ab dem Zeitpunkt der ersten Veröffentlichung des Werkes bzw. einhunderzwanzig Jahre ab Erschaffung des Werks, je nachdem, welches dieser beiden Ereignisse zuerst eintritt, vgl. 17 U.S.C. § 302(c).

359 *Merges/Menell/Lemley*, Intellectual Property, 2003, S. 322.

reformiert, wodurch das Gesetz weitgehend seine gegenwärtige Form fand,<sup>360</sup> auch wenn es seither noch etliche Male geändert wurde.<sup>361</sup>

Ein *copyright* wird in Bezug auf „original works of authorship“ gewährt, d.h. in Bezug auf ein durch einen Urheber unabhängig erschaffenes Werk, das ein Mindestmaß an Kreativität aufweist und von dem Urheber auf eine Weise fixiert wurde, die eine längere als bloß vorübergehende Wahrnehmung, Wiedergabe oder anderweitige Kommunikation dieses Werks ermöglicht.<sup>362</sup> Die einem Werk unterliegende Idee ist im Gegensatz zu der konkreten Ausdrucksform, die diese Idee in dem Werk des Urhebers gefunden hat, nicht schutzfähig („idea-expression dichotomy“).<sup>363</sup> Als originärer Urheber („author“) gilt grundsätzlich derjenige, der das betreffende Werk selbst erschaffen hat.<sup>364</sup> Eine Ausnahme gilt im Falle sogenannter „works made for hire“, bei denen nicht der Erschaffer des Werks, sondern der Arbeitgeber, in dessen Auftrag und auf dessen Kosten das Werk angefertigt wurde, als dessen Urheber gilt. Daher können auch Unternehmen Inhaber eines *copyright* sein.

Eine Besonderheit des US-amerikanischen Urheberrechts ist die freie Übertragbarkeit des *copyright* in seiner Gesamtheit. Daneben ist auch eine teilweise Übertragung einzelner durch das *copyright* in Bezug auf ein Werk gewährte Rechtspositionen möglich.<sup>365</sup> Dem Inhaber eines *copyright* wird anders als im deutschen Recht<sup>366</sup> kein subjektives Ausschließlichkeitsrecht,<sup>367</sup> sondern lediglich ein Bündel bestimmter Verwertungsrechte gewährt,<sup>368</sup> die allein der Urheber oder ein durch

360 Copyright Act of 1976, Pub. L. No. 94-553, 90 Stat. 2541.

361 1980 wurden aufgrund der im Bericht der „National Commission on New Technological Uses of Copyright“ (CONTU) ausgesprochenen Empfehlungen Computerprogramme ausdrücklich in den Geltungsbereich des Gesetzes einbezogen (vgl. 17 U.S.C. §§ 101, 117). Aufgrund des Beitritts der USA zur RBÜ folgte 1988 die Abschaffung einiger Formvorschriften, insbesondere der Kennzeichnungspflicht („notice“), sowie 1990 die Einführung des sogenannten *Architectural Works Copyright Protection Act*. 1998 wurde durch den sogenannten *Sonny Bono Copyright Term Extension Act* die Schutzfrist für Urheberrechte um 20 Jahre verlängert. Durch den sogenannten *Audio Home Recording Act* von 1992 („AHRA“) sowie den DMCA (vgl. 4. Kapitel, Teil D.II.1) 1998 wurde das Gesetz an die Herausforderungen durch technische Neuentwicklungen im Bereich der Unterhaltungselektronik (AHRA) sowie die Digitalisierung und das Internet (DMCA) angepasst.

362 Vgl. 17 U.S.C. § 102(a).

363 Vgl. 17 U.S.C. § 102(b). Alle Werke, die vor dem Jahr 1989 erschaffen wurden, müssen zudem mit einem Hinweis auf ihren urheberrechtlichen Schutz gekennzeichnet sein; diese sog. „copyright notice“ ist weithin bekannt in Form des ©-Symbols. Darüber hinaus ist eine Eintragung des Urheberrechts beim U.S. Copyright Office keine Wirksamkeitsvoraussetzung mehr für die Entstehung des *copyright*. Jedoch ist eine Registrierung weiterhin erforderlich, wenn ein Rechtsinhaber vor Gericht eine Klage wegen Verletzung eines *copyright* erheben will (vgl. 17 U.S.C. § 411).

364 Vgl. 17 U.S.C. § 201.

365 Vgl. 17 U.S.C. § 201(d).

366 Vgl. 5. Kapitel, Teil B.III.1.b.

367 *Wand*, Technische Schutzmaßnahmen, 2001, S. 230.

368 *Reese*, 34 Sw. U. L. Rev. 287, 289 (2004).

Rechtsübertragung oder Bevollmächtigung legitimer Dritter auszuüben berechtigt ist. Diese Verwertungsrechte bestehen in der exklusiven Berechtigung, ein Werk zu vervielfältigen, zu bearbeiten, zu verbreiten, öffentlich auszustellen oder öffentlich aufzuführen.<sup>369</sup>

Wird eines dieser Rechte ohne die Erlaubnis des Rechtsinhabers ausgeübt, so liegt eine Urheberrechtsverletzung („copyright infringement“) gemäß 17 U.S.C. § 501(a) vor. Da es sich bei der Haftung für Urheberrechtsverletzungen um eine Gefährdungshaftung („strict liability“) handelt, ist nicht erforderlich, dass die ein *copyright* verletzende Handlung fahrlässig oder vorsätzlich begangen wurde.<sup>370</sup> Im Falle eines *copyright infringement* gewährt der *Copyright Act* drei Arten von Entschädigungen: Ersatz des tatsächlichen Schadens, Herausgabe des zusätzlich erzielten Verletzergewinns sowie unter bestimmten Voraussetzungen eine gesetzliche Entschädigung, die sogenannten „statutory damages“.<sup>371</sup>

Eine wesentliche Einschränkung erfahren die dem Rechtsinhaber durch das *copyright* zugewiesenen Verwertungsrechte durch die im *common law* entwickelte sogenannte „fair use doctrine“ (nachfolgend „Fair-Use-Doktrin“),<sup>372</sup> die unter bestimmten Voraussetzungen die Nutzung von urheberrechtlich geschützten Werken durch Dritte auch ohne Zustimmung des Rechtsinhabers in gewissen Grenzen zulässt, da in diesen, die Voraussetzungen der Fair-Use-Doktrin erfüllenden Fällen davon ausgegangen wird, dass das Allgemeinwohl („public benefit“) an bestimmten freien Werknutzungen gegenüber den Interessen des Rechtsinhabers überwiegt.<sup>373</sup> In der Fair-Use-Doktrin kommt das dem *Copyright Act* unterliegende utilitaristische Grundprinzip zum Ausdruck, wonach das dem Rechtsinhaber durch das *copyright* zeitlich begrenzt gewährte Monopol auf die wirtschaftliche Verwertung eines Werks dem Zweck der Beförderung des allgemeinen Wohlstands der Gesellschaft verpflichtet und diesem gegebenenfalls unterzuordnen ist.<sup>374</sup> Die Einräumung des *copyright* verfolgt somit keinen Selbstzweck zugunsten des Rechtsinhabers, sondern dient einem ökonomischen Ziel: demjenigen, der durch die Investition von Zeit und Geld das wirtschaftliche Risiko der Erschaffung eines kreativen Produkts oder einer kreativen Leistung übernimmt, soll hierfür eine Belohnung und damit ein Anreiz zur Schaffung weiterer Werke gewährt werden. Nach Ablauf des zeitlich befristeten Monopols wird das Werk jedoch wieder ausschließlich in den Dienst des Allgemeinwohls gestellt, d.h. der Öffentlichkeit zur

369 Vgl. 17 U.S.C. § 106.

370 Vgl. *Religious Technology Center v. Netcom Online Communications Services*, 907 F. Supp. 1361, 1367 (N.D. Cal. 1995); *Kim*, 17 S. Cal. Interdis. L. J. 139, 147-48; *Patry*, in: *Patry on Copyright*, 2010, § 9:5, 9-19 – 9/20.

371 Vgl. 17 U.S.C. § 504(a); *Huster*, *Gewinnhaftung*, 2009, S. 258, 259.

372 Die Doktrin wurde zum ersten Mal in der Entscheidung *Folsom v. Marsh*, 9 F. Cas. 342 (C.C. Mass. 1841) erwähnt.

373 *Merges/Menell/Lemley*, *Intellectual Property*, 2003, S. 451.

374 *Merges/Menell/Lemley*, *Intellectual Property*, 2003, S. 325.

freien Nutzung zur Verfügung gestellt – das Werk wird Teil der „public domain“.<sup>375</sup>

Durch die Fair-Use-Doktrin wird sichergestellt, dass auch während der Dauer des Monopols des Rechtsinhabers der Allgemeinheit ein gewisser „kreativer Freiraum“ erhalten bleibt,<sup>376</sup> innerhalb dessen bestimmte, sozialadäquaten Zwecken dienende Handlungen, die die wirtschaftlichen Interessen des Rechtsinhabers nicht wesentlich beeinträchtigen, zulässig bleiben. Im Rahmen der Beurteilung, ob die Fair-Use-Doktrin gemäß 17 U.S.C. § 107<sup>377</sup> in einem konkreten Fall eingreift, müssen mehrere Faktoren berücksichtigt werden, darunter insbesondere, ob die fragliche Nutzung des Werks Auswirkungen auf dessen wirtschaftlichen (Markt-) Wert hat.

Eine weitere Einschränkung der durch das *copyright* gewährten Rechte sieht die in 17 U.S.C. § 109(a) niedergelegte sogenannte „first sale doctrine“ vor, wonach der Inhaber des *copyright* keinen Einfluss darauf hat, wie derjenige, der eine rechtmäßige Kopie eines urheberrechtlich geschützten Werks auf rechtmäßigem Wege erworben hat, nach dem Erwerb mit der Kopie weiter verfährt. Der Käufer ist demnach insbesondere auch berechtigt, die Kopie an Dritte weiterzueräußern.<sup>378</sup>

375 Vgl. hierzu die Entscheidung des Supreme Court in *Twentieth Century Music Corp. v. Aiken*, 422 U.S. 151, 156 (1975): „*The limited scope of the copyright holder’s statutory monopoly, like the limited duration required by the Constitution, reflects a balance of competing claims upon the public interest: Creative work is to be encouraged and rewarded, but private motivation must ultimately serve the cause of promoting broad public availability of literature, music, and the other arts. The immediate effect of our copyright law is to secure a fair return to an „author’s“ creative labor. But the ultimate aim is, by this incentive, to stimulate artistic creativity for the general public good. „The sole interest of the United States and the primary object in conferring the monopoly,‘ this court has said, ‚lie in the general benefits derived by the public from the labors of authors.‘*“; sowie in *Sony Corp. of America v. Universal City Studios*, 464 U.S. 417, 429 (1984): „*The monopoly privileges that Congress may authorize are neither unlimited nor primarily designed to provide a special private benefit. Rather, the limited grant is a means by which an important public purpose may be achieved. It is intended to motivate the creative activity of authors and inventors by the provision of a special reward, and to allow the public access to the products of this genius after the limited period of exclusive control has expired.*“.

376 *Perritt*, 16 Mich. St. J. Int’l Law 113, 129 (2007).

377 Vgl. 17 U.S.C. § 107: „*Limitations on exclusive rights: Fair use – Notwithstanding the provisions of sections 106 and 106A, the fair use of a copyrighted work, including such use by reproduction in copies or phonorecords or by any other means specified by that section, for purposes such as criticism, comment, news reporting, teaching (including multiple copies for classroom use), scholarship, or research, is not an infringement of copyright. In determining whether the use made of a work in any particular case is a fair use the factors to be considered shall include – (1) the purpose and character of the use, including whether such use is of a commercial nature or is for nonprofit educational purposes; (2) the nature of the copyrighted work; (3) the amount and substantiality of the portion used in relation to the copyrighted work as a whole; and (4) the effect of the use upon the potential market for or value of the copyrighted work. The fact that a work is unpublished shall not itself bar a finding of fair use if such finding is made upon consideration of all the above factors.*“.

378 *Merges/Menell/Lemley*, Intellectual Property, 2003, S. 436.

## b. Deutschland

Das Gesetz über das Urheberrecht („UrhG“)<sup>379</sup> wurde am 13. September 1965 erlassen. Wie insbesondere aus § 11 UrhG hervorgeht, basiert es auf der Lehre der sogenannten monistischen Theorie, wonach das Urheberrecht als ein einheitliches Recht zu deuten ist, das sich sowohl aus materiellen, vermögensrechtlichen als auch ideellen, persönlichkeitsrechtlichen Elementen zusammensetzt.<sup>380</sup> Nach dem UrhG ist das subjektive Urheberrecht ein absolutes, „quasi-dingliches“ Ausschließlichkeitsrecht, das auf einen Gegenstand, das Werk, bezogen ist und diesen Gegenstand dem Rechtsinhaber zuordnet und seiner Herrschaft unterstellt.<sup>381</sup> Greift ein Dritter unbefugt in dieses Herrschaftsrecht ein, erwachsen hieraus Abwehr- und Schadensersatzansprüche gemäß §§ 97 ff. UrhG sowie ergänzend gemäß § 823 Abs. 1 BGB, da ein Urheberrecht in seiner Eigenschaft als absolutes Ausschließlichkeitsrecht auch ein sonstiges Recht im Sinne dieser Norm darstellt.

Durch den Werkbegriff werden Gegenstand und Umfang des Urheberrechtsschutzes bestimmt.<sup>382</sup> Das Werk ist eine „immaterielle Wesenheit“, die entweder durch unkörperliche Wiedergabe oder durch Verkörperung in einem Werkstück sinnlich wahrnehmbar wird.<sup>383</sup> Trotz der zentralen Bedeutung des Werkbegriffs besteht der Zweck des UrhG nicht im Schutz des Werks an sich, sondern im Schutz des Urhebers. Das Werk wird somit nur aufgrund seiner Eigenschaft als Ausdruck des individuellen schöpferischen Schaffens des Urhebers geschützt.<sup>384</sup> Dementsprechend wird der Begriff des Werks in § 2 Abs. 2 UrhG als „persönliche geistige Schöpfung“ definiert. Hieraus ergeben sich mehrere Elemente, die in Bezug auf das Werk vorliegen müssen, damit der Urheber hierfür Urheberrechtsschutz beanspruchen kann.<sup>385</sup> Es muss sich um eine persönliche Schöpfung des Urhebers handeln, die einen geistigen Gehalt aufweist und eine wahrnehmbare Formgestaltung gefunden hat, in der die Individualität des Urhebers zum Ausdruck kommt.<sup>386</sup> Ur-

379 Gesetz vom 09.09.1965 (BGBl. I S. 1273), zuletzt geändert durch Artikel 83 des Gesetzes v. 17.12.2008 (BGBl. I S. 2586). Das UrhG löste das Gesetz betreffend das Urheberrecht an Werken der Literatur und der Tonkunst vom 19.06.1901 ab, welches zuvor an die Stelle des Gesetzes betreffend das Urheberrecht an Schriftwerken, Abbildungen, musikalischen Kompositionen und dramatischen Werken getreten war, das der Norddeutsche Bund am 11.06.1870 erlassen hatte.

380 Dreier/Schulze, UrhG, 2008, § 11 Rn. 2; Czychowski, in: *Fromm/Nordemann* (Hrsg.), UrhR, 2008, § 11, Rn. 1.

381 Schrickler, in: *Schricker* (Hrsg.), UrhR, 2006, Einl., Rn. 19.

382 Schrickler, in: *Schricker* (Hrsg.), UrhR, 2006, § 2 Rn. 2.

383 Schrickler, in: *Schricker* (Hrsg.), UrhR, 2006, Einl., Rn. 22; Schulze, in: *Dreier/Schulze*, UrhG, 2008, Einl. Rn. 7 sowie § 2, Rn. 11.

384 Schrickler, in: *Schricker* (Hrsg.), UrhR, 2006, § 2 Rn. 2.

385 Schulze, in: *Dreier/Schulze*, UrhG, 2008, § 2, Rn. 7; A. Nordemann, in: *Fromm/Nordemann* (Hrsg.), UrhR, 2008, § 2, Rn. 20.

386 Schrickler, in: *Schricker* (Hrsg.), UrhR, 2006, § 2 Rn. 9; Dreier/Schulze, UrhG, 2008, § 2 Rn. 6ff; A. Nordemann, in: *Fromm/Nordemann* (Hrsg.), UrhR, 2008, § 2, Rn. 20 ff.

heber ist gemäß § 7 UrhG derjenige, der das Werk geschaffen hat. Urheber können nach deutschem Urheberrecht nur natürliche Personen sein, nicht aber juristische Personen oder Personengesellschaften.<sup>387</sup>

Durch das urheberrechtliche Urheberpersönlichkeitsrecht wird die persönliche Beziehung zwischen Urheber und Werk als rechtlich selbständige Ausformung des Persönlichkeitsrechts geschützt.<sup>388</sup> Über die insoweit ausdrücklich getroffenen Regelungen der §§ 12-14 UrhG hinaus kommt das Urheberpersönlichkeitsrecht über den persönlichkeitsrechtlichen Kern,<sup>389</sup> der allen durch das Urheberrecht eingeräumten Rechtspositionen zugrunde liegt, immer dann zum Tragen, wenn dies zum Schutz der geistigen und persönlichen Interessen des Urhebers erforderlich ist.<sup>390</sup> Weiterhin werden durch das Urheberrecht auch die wirtschaftlichen Interessen des Urhebers geschützt, entsprechend dem in § 11 S. 2 UrhG ausdrücklich festgehaltenen Grundsatz, dass der Urheber grundsätzlich an dem wirtschaftlichen Nutzen, der aus seinem Werk gezogen wird, angemessen zu beteiligen ist. Dies geht bereits aus der Eigenschaft des Urheberrechts als Herrschaftsrecht hervor, wonach der Urheber mit seinem Werk nach freiem Belieben verfahren und es damit auch zu wirtschaftlichen Zwecken nutzen kann.<sup>391</sup> Darüber hinaus werden dem Urheber gemäß §§ 15 ff. UrhG jedoch spezielle Verwertungsrechte wie beispielsweise das Vervielfältigungsrecht gemäß § 16 UrhG oder das Recht der öffentlichen Zugänglichmachung gemäß § 19 a UrhG eingeräumt.<sup>392</sup> Weiterhin kann der Urheber Dritten an seinem Werk gemäß §§ 31, 32 UrhG bestimmte einfache oder ausschließliche Nutzungsrechte einräumen.<sup>393</sup> Darüber hinaus ist das Urheberrecht in seiner Gesamtheit zwar vererbbar, jedoch nicht unter Lebenden übertragbar.

Aufgrund der grundrechtlichen Sozialbindung des Eigentums, das auch für „geistiges Eigentum“ gilt,<sup>394</sup> unterliegt das Urheberrecht bestimmten Schranken, die in §§ 44 a ff. UrhG positivgesetzlich geregelt sind.<sup>395</sup> Diese Schrankenbestimmungen stellen Ausnahmen von dem ansonsten gemäß § 15 UrhG geltenden Grundsatz des umfassenden Urheberrechts dar und dienen jeweils dem Schutz ei-

387 *W. Nordemann*, in: *Fromm/Nordemann* (Hrsg.), UrhR, 2008, § 7, Rn. 12.

388 *Schricker*, in: *Schricker* (Hrsg.), UrhR, 2006, Vor §§ 12ff., Rn. 14; *Schulze*, in: *Dreier/Schulze*, UrhG, 2008, Einl. Rn. 3; *Dustmann*, in: *Fromm/Nordemann* (Hrsg.), UrhR, 2008, § 12, Rn. 2 ff.

389 *Schulze*, in: *Dreier/Schulze*, UrhG, 2008, Vor § 12 Rn. 3.

390 *Schricker*, in: *Schricker* (Hrsg.), UrhR, 2006, Vor §§ 12ff., Rn. 8.

391 Ausprägung des Urheberrechts als „positives Nutzungsrecht“, vgl. *Schricker*, in: *Schricker* (Hrsg.), UrhR, 2006, Einl., Rn. 19; *Dustmann*, in: *Fromm/Nordemann* (Hrsg.), UrhR, 2008, § 15, Rn. 1.

392 *Schulze*, in: *Dreier/Schulze*, UrhG, 2008, § 15 Rn. 1.

393 *Schulze*, in: *Dreier/Schulze*, UrhG, 2008, Einl. Rn. 4.

394 „Sozialbindung des Urheberrechts“, vgl. *Götting*, in: *Loewenheim* (Hrsg.), HdB UrhR, 2010, § 30, Rn. 1; *Schricker*, in: *Schricker* (Hrsg.), UrhR, 2006, Vor §§ 44 a ff., Rn. 1; *Dreier*, in: *Dreier/Schulze*, UrhG, 2008, Vor. §§ 44 a ff. Rn. 1.

395 *J.B. Nordemann*, in: *Fromm/Nordemann* (Hrsg.), UrhR, 2008, Vor §§ 44 a ff. Rn. 1.

nes spezifischen Interesses der Allgemeinheit.<sup>396</sup> So dient beispielsweise die Schrankenbestimmung betreffend Privatkopien gemäß § 53 UrhG dem Schutz des Interesses am privaten oder sonstigen eigenen Gebrauch von urheberrechtlich geschützten Werken. Das Zitatrecht gemäß § 51 UrhG dient dem Schutz der Freiheit des geistigen Schaffens.<sup>397</sup> Im Gegensatz zum US-amerikanischen Urheberrecht existiert darüber hinaus jedoch keine der Fair-Use-Doktrin vergleichbare Generalklausel, die die Nutzung urheberrechtlich geschützter Werke allgemein zu bestimmten, dem Gemeinwohl dienenden Zwecken erlauben würde. Es ist somit nach deutschem Recht nicht möglich, einen Eingriff in ein Urheberrecht beispielsweise durch den allgemeinen Verweis auf die Freiheit des Informationszugangs<sup>398</sup> zu rechtfertigen, wenn die Voraussetzungen keiner der gesetzlich normierten Schrankenbestimmungen erfüllt sind.

Speziell für die regelmäßige im Zusammenhang mit der Übertragung digitaler Werke über das Internet stattfindenden, urheberrechtsrelevanten Vorgänge wurde durch den Ersten Korb der Reform des Urheberrechts<sup>399</sup> die Schrankenbestimmung gemäß § 44 a UrhG eingeführt.<sup>400</sup> Durch diese Regelung werden vorübergehende Vervielfältigungshandlungen, die grundsätzlich auch von § 16 UrhG erfasst werden, unter der Voraussetzung urheberrechtlich legitimiert, dass ihnen keine „eigenständige wirtschaftliche Bedeutung“ zukommt und sie „einen integralen und wesentlichen Bestandteil eines technischen Verfahrens“ darstellen.<sup>401</sup> Weiterhin müssen solche Handlungen allein zu dem Zweck erfolgen, ein Werk innerhalb eines Netzes zwischen Dritten durch einen Vermittler zu übertragen oder eine rechtmäßige Nutzung zu ermöglichen.<sup>402</sup> § 44 a UrhG entzieht dem urheberrechtlichen Ausschließlichkeitsrecht somit Vervielfältigungshandlungen, die für die Übermittlung von Daten technisch erforderlich sind, die aber keine weitere wirtschaftliche Verwertung des Werks ermöglichen.<sup>403</sup> Dabei hatte der Gesetzgeber vor allem kurzzeitige Zwischenspeicherungen von digitalen Multimediawerken im Blick, die in Netzen, Routern oder Zwischenspeichern erfolgen oder die zur Nutzung eines urheberrechtlich geschützten Werks auf dem Computer eines Nutzers erforderlich sind, wie beispielsweise das „Routing“ und „Caching“.<sup>404</sup> Allerdings ist § 44 a UrhG insbesondere auf das „Hosting“, d.h. die dauerhafte Speicherung von Infor-

396 *Schricker*, in: *Schricker* (Hrsg.), *UrhR*, 2006, Vor §§ 44 a ff., Rn. 4; *Götting*, in: *Loewenheim* (Hrsg.), *HdB UrhR*, 2010, § 30, Rn. 1.

397 *Dreier*, in: *Dreier/Schulze*, *UrhG*, 2008, Vor §§ 44 a ff. Rn. 3.

398 Vgl. hierzu *Schulze*, in: *Dreier/Schulze*, *UrhG*, 2008, Einl. Rn. 25.

399 Vgl. 8. Kapitel, Teil C.I.1.b.aa.(3).

400 *Lauber/Schwipps*, *GRUR* 2004, 293, 295; *Schippan*, *ZUM* 2003, 378, 380.

401 *Götting*, in: *Loewenheim* (Hrsg.), *HdB UrhR*, 2010, § 31, Rn. 206.

402 *W. Nordemann*, in: *Fromm/Nordemann* (Hrsg.), *UrhR*, 2008, § 44 a UrhG, Rn. 4.

403 *Schippan*, *ZUM* 2003, 378, 380.

404 Vgl. Erwägungsgrund 33 der Mediarichtlinie; *Dreier*, in: *Dreier/Schulze*, *UrhG*, 2008, § 44 a, Rn. 4; *Dustmann*, in: *Fromm/Nordemann* (Hrsg.), *UrhR*, 2008, § 16, Rn. 25 a; *Loewenheim*, in: *Schricker* (Hrsg.), *UrhR*, 2006, § 16, Rn. 21.

mationen, nicht anwendbar, da in diesem Fall der dauerhaft gespeicherten Information durchaus eine wirtschaftliche Relevanz zukommt.<sup>405</sup> Insoweit ergänzt § 44 a UrhG die Haftungsbeschränkungen zugunsten von ISPs gemäß §§ 7-10 TMG, da hierdurch in Bezug auf bestimmte Tätigkeiten von ISPs, die typischerweise im Rahmen der Erbringung ihrer Dienstleistungen anfallen, die Rechte der Inhaber von Urheberrechten beschränkt werden.<sup>406</sup>

## 2. DRM-Systeme plus gesetzlicher Umgehungsschutz ist gleich Paracopyright

Sowohl im U.S.-amerikanischen *copyright law* als auch im deutschen Urheberrecht unterliegen die durch das *copyright law* bzw. das UrhG eingeräumten Rechtspositionen bestimmten Schranken. Ziel dieser Schranken ist, das Interesse des Rechtsinhabers an der Nutzung und Verwertung des Werks zu wirtschaftlichen Zwecken einerseits sowie die berechtigten Interessen der Öffentlichkeit an der Nutzung der Früchte kreativen Schaffens andererseits in Einklang zu bringen. Dieser durch das Urheberrecht geschaffene Interessenausgleich kann jedoch durch die Rechtsinhaber durch den Einsatz von DRM-Systemen einseitig außer Kraft gesetzt werden. Denn hierdurch ist es möglich, bestimmte Handlungen auf technischem Wege von vornherein auszuschließen, unabhängig davon, ob die beabsichtigte Handlung urheberrechtlich legitim ist. Denn die technische Ausgestaltung der jeweils eingesetzten DRM-Systeme, d.h. die Entscheidung darüber, welche Handlungen den Nutzern in Bezug auf das geschützte Multimediawerk erlaubt werden, können einseitig durch diejenigen festgelegt werden, die das DRM-System im Zusammenhang mit ihren Dienstleistungen einsetzen. Damit besteht jedoch die Gefahr, dass die gesetzlich vorgesehenen Schranken des Urheberrechts augehöhlt werden, da sie nur noch abstrakte Gültigkeit besitzen, jedoch von denjenigen, die davon begünstigt werden, faktisch nicht mehr genutzt werden können.

Darüber hinaus wird durch den Einsatz von DRM-Systemen das bislang geltende Prinzip in Bezug auf die Durchsetzung von Urheberrechten mit Hilfe von DRM-Systemen zulasten der Nutzer umgekehrt. War es bisher der Rechtsinhaber, der eine urheberrechtswidrige Handlung *nach* deren Eintritt beanstanden und gegebenenfalls durch Einleitung rechtlicher Schritte, einschließlich Unterlassungs-, Beseitigungs- und Schadensersatzklagen, gegen den Rechtsverletzer durchsetzen musste,<sup>407</sup> kann nunmehr durch DRM-Systeme eine Rechtsverletzung noch *vor*

405 W. Nordemann, in: *Fromm/Nordemann* (Hrsg.), UrhR, 2008, § 44 a, Rn. 6; *Loewenheim*, in: *Schricker* (Hrsg.), UrhR, 2006, § 44 a, Rn. 10.

406 *Dreier/Schulze*, UrhG, 2008, § 44 a, Rn. 3. Zu §§ 7-10 TMG vgl. 8. Kapitel, Teil C.I.1.b.

407 Eine Ausnahme von diesem Rechtsschutz *ex post* stellt nur die Möglichkeit der Beantragung einer vorbeugenden einstweiligen Verfügung gemäß 17 U.S.C. § 502 bzw. § 97 Abs. 2 UrhG dar.

deren Eintritt verhindert werden. Es obliegt somit nunmehr dem Nutzer, sich gegebenenfalls gegen die Hindernisse, die ihm DRM-Systeme in Bezug auf die Ausübung einer urheberrechtlich legitimerter Handlungen in den Weg legen, zur Wehr zu setzen.<sup>408</sup> Diese Umkehrung in der Durchsetzung urheberrechtlicher Rechtspositionen sehen auch die Regelungen betreffend die Geltendmachung der Ausübung von Schrankenbestimmungen gemäß Art. 6 Abs. 4 Multimediariichtlinie bzw. § 95 b UrhG vor.

Dies bedeutet jedoch im Ergebnis, dass die Rechtsinhaber mit Hilfe von gesetzlich protegierten DRM-Systemen den Schutzzumfang, den sie ihrem urheberrechtlich geschützten Multimediawerk gewähren wollen, nach ihren Vorstellungen selbst festlegen können („self-enforcing protection“<sup>409</sup> oder „Paracopyright“),<sup>410</sup> wodurch die insoweit geltenden urheberrechtlichen Regelungen weitgehend bedeutungslos werden.<sup>411</sup> Diese mit Hilfe von DRM-Systemen geschaffene *self-enforcing protection* kann zudem über die Ländergrenzen hinaus weltweit praktiziert werden, indem durch den durchgehenden Einsatz auf technischem Wege ein in allen Ländern einheitliches Schutzniveau geschaffen wird. Hingegen sind Art und Umfang des Schutzes, wie er einem Multimediawerk durch das Urheberrecht gewährt wird, von Land zu Land unterschiedlich. Denn nach den nationalen Urheberrechtsgesetzen werden dem Rechtsinhaber höchst unterschiedliche Rechtspositionen und –durchsetzungsmöglichkeiten eingeräumt abhängig von der Jurisdiktion, deren Recht nach dem Territorialitätsprinzip gerade Anwendung findet.<sup>412</sup>

Im US-amerikanischen Recht zeigen sich die Auswirkungen des Phänomens des durch DRM-Systeme geschaffenen Paracopyright besonders deutlich in Bezug auf die Fair-Use-Doktrin. Denn die Prüfung, ob seitens des Nutzers ein Verhalten vorliegt, dass die Faktoren der Fair-Use-Doktrin erfüllt und damit nach US-amerikanischem *copyright law* zulässig ist, erfordert eine detaillierte Einzelfallbetrachtung, die ein DRM-System regelmäßig nicht zu leisten in der Lage ist. Denn dies erfordert eine abschließende juristische Würdigung aller Umstände, die nur durch entspre-

408 Arlt, DRMS, 2006, S. 56; Bechtold, DRM, 2002, S. 279.

409 Arlt, s.o.; Bechtold, DRM, 2002, S. 280.

410 Vgl. Nimmer, in: Nimmer on Copyright, 2009, § 12A.18[B], 12A-186: “Starting with the Semiconductor Chip Protection Act of 1984, continuing with the Audio Home Recording Act of 1992, and moving through the Uruguay Round Agreements Act, Congress has accreted various chapters to the Copyright Act designed to serve allied interests. Chapter 12 continues that process. It enshrines legal doctrine that “more closely resembles historic protection under the telecommunications law, or even more pointedly, the ‘Jesse James Act’ forbidding armed postal robbery, than it does the balance of Title 17”. The interests that it vindicates may therefore be dubbed “paracopyright”, as contrasted with traditional copyright protection.”.

411 Bechtold, DRM, 2002, S. 370.

412 Arlt, DRMS, 2006, S. 56.

chend ausgebildetes menschliches Personal durchgeführt werden kann.<sup>413</sup> Der Umstand, dass DRM-Systeme durch die Fair-Use-Doktrin legitimierte Nutzerhandlungen als solche nicht erkennen können und damit zwangsläufig auch rechtmäßige und sozialadäquate Verhaltensweisen unterbinden, ist daher seit jeher einer der Hauptkritikpunkte der Gegner von DRM-Systemen. Dieses Argument ist von einigem Gewicht, wenn man berücksichtigt, dass in der Fair-Use-Doktrin unter anderem das im First Amendment der US-amerikanischen Verfassung niedergelegte Grundrecht auf freie Meinungsäußerung zum Ausdruck kommt.<sup>414</sup>

Auch nach deutschem Recht kann durch den Einsatz von DRM-Systemen ein Schutzniveau in Bezug auf Multimediawerke erzielt werden, das über den klassischen Schutzzumfang, den das UrhG gewährt, in mehrfacher Hinsicht hinausgeht.<sup>415</sup> Wie bereits erwähnt, ist die Ausübung der Handlungen, die durch die Schrankenbestimmungen gem. §§ 44 a ff. UrhG urheberrechtlich legitimiert sind, im Zusammenhang mit DRM-Systemen erheblich erschwert. Denn der gesetzliche Schutz dieser Systeme vor Umgehung, wird auch in Bezug auf diese Schrankenbestimmungen nicht relativiert. § 95 b UrhG gewährt insoweit nur ein Anspruch des betroffenen Nutzers gegen den Rechtsinhaber auf die Zurverfügungstellung von Mitteln, die die Ausübung einer Schrankenbestimmung ermöglichen. Damit wird jedoch die Last der Durchsetzung urheberrechtlich legitimer Handlungen auf die Nutzer übergewälzt. Zudem wird der einklagbare Rechtsanspruch gemäß

413 Die Anwendung der Fair-Use-Doktrin im konkreten Einzelfall stellt sogar die Gerichte aufgrund der Wägheit der insoweit zu berücksichtigenden Faktoren immer wieder vor Probleme, weswegen ein Richter diese Doktrin bereits als „*the most troublesome in the whole law of copyright*“ bezeichnete, *Dellar v. Samuel Goldwyn, Inc.*, 1104 F.2d 661 (2nd Cir. 1939). Der Vorwurf, dass Technologien die Fair-Use-Doktrin nicht zu berücksichtigen in der Lage sind, gilt freilich für jede Art von Technologie und damit auch für die nachfolgend im dritten Teil der vorliegenden Arbeit diskutierten Filtertechnologien, vgl. hierzu *Meyers*, 26 Cardozo Arts & Entertainment LJ 935, 951 (2009).

414 Vgl. die Ausführungen des Supreme Court hierzu in *Harper & Row, Publishers, Inc., et al. v. Nation Enterprises et al.*, 471 U.S. 539, 560 (1985): „*In view of the First Amendment protections already embodied in the Copyright Act’s distinction between copyrightable expression and uncopyrightable facts and ideas, and in the latitude for scholarship and comment traditionally afforded by fair use, we see no warrant for expanding the doctrine of fair use...*“ Diese Problematik tritt gerade auch im Zusammenhang mit den Funktionen, die den Nutzern im Rahmen von Web 2.0-Diensten (s.u. 7. Kapitel, Teil A.II, III) in Bezug auf Multimediawerke zur Verfügung gestellt werden, deutlich zutage. Dadurch wird den Nutzern die Möglichkeit eröffnet, schnell und einfach eigene Inhalte zu schaffen und diese über das Internet anderen Nutzern zugänglich zu machen. Dies hat insbesondere auch die Verbreitung sog. Mashups stark gefördert. Ein Mashup ist ein von einem Nutzer erstelltes Multimediawerk, zu dessen Herstellung der Nutzer Teile bereits existierender – gegebenenfalls urheberrechtlich geschützter – Multimediawerke verwendet hat, und der beispielsweise satirischen oder erzieherischen Zwecken dient. Mashups sind daher oftmals durch die Fair-Use-Doktrin geschützt, so dass sie ein Hauptanwendungsbeispiel für das Spannungsfeld zwischen technologischem Schutz urheberrechtlich geschützter Werke und durch die Fair-Use-Doktrin geschützte, legitime Verhaltensweisen der Nutzer darstellen.

415 *Dreyer*, in: *Pahlow/Eisfeld*, 2008, S. 221, 223.

§ 95 b UrhG nur bezüglich einiger bestimmter Schrankenbestimmungen gewährt, so dass die nicht durchsetzungsfähigen Schrankenbestimmungen im digitalen Kontext durch technische Schutzmaßnahmen faktisch ausgehebelt werden können. Dies bedeutet jedoch im Ergebnis, dass DRM-geschützte Multimediawerke vor dem Zugang der Nutzer geschützt sind, unabhängig davon, ob die vom Nutzer beabsichtigte Handlung über die bloße Umgehung der technischen Schutzmaßnahme hinaus von urheberrechtlicher Relevanz ist. Darüber hinaus können durch den Einsatz von DRM-Technologien auch Werke geschützt werden, die die gesetzlichen Voraussetzungen für den urheberrechtlichen Schutz von vornherein nicht erfüllen oder deren urheberrechtlicher Schutz wegen des Ablaufs der Schutzfrist bereits entfallen ist, da für die Anwendbarkeit des gesetzlichen Umgehungsverbots ausreicht, dass die technische Schutzmaßnahme auch, aber nicht nur, dem Schutz eines urheberrechtlich geschützten Werks dient.<sup>416</sup>

### 3. Bewertung

Durch den Einsatz von DRM-Systemen in Kombination mit den diesbezüglich eigens geschaffenen gesetzlichen Umgehungsverboten werden die Rechtsinhaber in die Lage versetzt, die Nutzung von digitalen Multimediawerken ihren eigenen Regeln zu unterwerfen und sich dabei auch über die Schranken hinwegzusetzen, die das klassische Urheberrecht zum Ausgleich der teilweise gegenläufigen Interessen der Rechtsinhaber und der Nutzer vorsieht.<sup>417</sup> Damit besteht die Gefahr der Schaffung eines Paracopyright, einer „private Gesetzgebung“ oder eines „Überrechts“<sup>418</sup> außerhalb der „checks and balances“ des eigentlichen Urheberrechts,<sup>419</sup> das den angemessenen urheberrechtlichen Interessenausgleich gefährdet.<sup>420</sup>

416 *Bechtold*, DRM, 2002, S. 279, 378; *Arlt*. DRMS, 2006, S. 57; *Dreyer*, in: *Pahlow/Eisfeld*, 2008, S. 221, 225.

417 *Mittenzwei*, Informationen zur Rechtswahrnehmung, 2006, S. 24.

418 *Flehsig*, in: *FS. Nordemann*, 2004, S. 313, 317; *Vinje*, EIPR 1996, 431, 437; *Schulz*, GRUR 2006, 270, 276; *Bechtold*, DRM, 2002, S. 278, 279: „DRM-Systeme bieten durch das Ineinandergreifen mehrerer Schutzmechanismen – Schutz durch Technik mit unterstützendem rechtlichem Umgehungsschutz, Schutz durch Vertrag mit unterstützendem technischem und darauf bezogenem rechtlichem Umgehungsschutz sowie Schutz durch Technologie-Lizenzverträge – neue Möglichkeiten, den Zugang zu digitalen Inhalten und deren Nutzung zu kontrollieren und unberechtigte Dritte von der Nutzung auszuschließen. Das besondere an DRM-Systemen ist das Ineinandergreifen dieser Schutzmechanismen; in ihrer Kombination schaffen sie ein Schutzniveau, das dem eines absolut wirkenden Rechts – dem Urheberrecht – ähnelt.“

419 *Martin*, 28 Loy. L.A. Ent. L. Rev. 265, 280 (2007): „... in addition to the bundle of rights that copyright holders have always enjoyed under traditional copyright statutes, the DMC A

Dieses durch DRM-Systeme errichtete Paracopyright schafft eine Situation, in der nicht mehr der *Copyright Act* bzw. das UrhG, sondern vielmehr die Rechtsinhaber einseitig darüber entscheiden können, welche Spielräume sie den Nutzern in Bezug auf die Nutzung eines urheberrechtlich geschützten Werks im Rahmen des jeweils eingesetzten DRM-Systems einräumen. Denn durch die Kombination technischer und gesetzlicher Mechanismen entsteht eine effektive, umfassende Zugangs- und Nutzungskontrolle zugunsten des Rechtsinhabers in Bezug auf das auf diese Weise gesicherte Multimediawerk:<sup>421</sup> einerseits wird durch die im Rahmen des DRM-Systems eingesetzten Technologien faktisch sichergestellt, dass nur Nutzer, deren Berechtigung, bestimmte Handlungen in Bezug auf das Multimediawerk vorzunehmen, durch das DRM-System positiv bestätigt wird, auf das Multimediawerk Zugriff erhalten; andererseits schneiden die gesetzlichen Umgehungsverbote den Nutzern die Möglichkeit der Selbsthilfe in Form der Umgehung technisch oktroyierter, zu weitgehender Einschränkungen der Nutzbarkeit des Multimediawerks ab und zwar unabhängig davon, ob der Nutzer mit der Umgehungsbehandlung einen urheberrechtlich legitimen Zweck verfolgt.

#### IV. Fehlende Akzeptanz von DRM-Systemen durch die Nutzer

„The disparity between consumer expectations about flexible uses of digital media and limitations imposed by TPMs [technological protection measures] gives rise to significant tensions for the technology and entertainment market-places to mediate.”<sup>422</sup>

Weiterhin stoßen DRM-Systeme auf überwiegende Ablehnung bei den Nutzern.<sup>423</sup> Die in der Literatur kaum behandelte<sup>424</sup> Frage der sozialen Akzeptanz von DRM-Systemen hat jedoch einen entscheidenden Einfluss auf den Erfolg dieses

*expands copyright protections. By imposing liability for unauthorized circumvention of protection technologies, the DMCA creates entirely new rights and remedies pertaining to copyright infringement. The anti-circumvention provisions of the DMCA represent a significant change in American copyright tradition because it shifts the balance of competing interests away from the public to the copyright holder.*“

420 Schack, in: FS. Schricker, 2005, S. 511, 519.

421 Bechtold, DRM, 2002, S. 277.

422 Samuelson/Schultz, 6 J. Telecom. & High Tech. L. 41, 47 (2007.).

423 Samuelson/Schultz, 6 J. Telecom. & High Tech. L. 41, 42 (2007): „Consumers of digital products ... often find TPMs [technical protection measures] frustrating, annoying, and harmful“; Fetscherin, in: Becker/Buhse/Günnewig/Rump (Hrsg.), DRM, 2003, S. 305, 319; Lehmann, in: Lehmann/Meents (Hrsg.), FA IT-Recht, Kap. 10, Rn. 18; Lehmann, in: FS. Pagenberg, 2006, S. 413.

424 Lediglich Frenzel hat bereits im Jahr 2003 eine Arbeit betreffend die Akzeptanz von Systemen der digitalen Distribution von Musikprodukten in der Marketingforschung Arbeit verfasst, vgl. Frenzel, Akzeptanz im E-Commerce, 2003.

Geschäftsmodells. Denn wie bereits dargestellt wurde, hat der digitale Vertrieb von Multimediawerken bis auf weiteres einen natürlichen Konkurrenten in Form der Internetpiraterie.<sup>425</sup> Dies bedeutet, dass ein Nutzer gegenwärtig jederzeit die Wahl hat, ein digitales Multimediawerk anstatt über ein legales Angebot der Multimediaindustrie über eine illegale Quelle im Internet zu beziehen. Da ein in dieser Weise bezogenes digitales Multimediawerk in der Regel frei von Kosten ist sowie in seiner Nutzbarkeit keinerlei Einschränkungen durch DRM-Systeme unterworfen ist, steht die Multimediaindustrie damit vor der Herausforderung, die Nutzer davon zu überzeugen, Multimediawerke trotz der Notwendigkeit, hierfür zu zahlen und trotz der Einschränkung der Nutzbarkeit, die mit dem Einsatz von DRM-Systemen einhergehen, dennoch über das legale Angebot der Multimediaindustrie zu erwerben. Das Angebot der Multimediaindustrie muss dem Nutzer daher einen sogenannten „added value“ bieten, um im Wettbewerb mit illegalen Angeboten zu bestehen.<sup>426</sup> Gelingt diese Überzeugungsarbeit nicht, sind auf DRM-Systemen basierende Geschäftsmodelle zum Scheitern verurteilt, da folglich die Nutzer die legalen Angebote nicht akzeptieren und anstattdessen in illegale Angebote abwandern werden.<sup>427</sup> Weiterhin spielt die Nutzerakzeptanz auch deswegen eine wichtige Rolle, da es im Rahmen internetbasierter Dienstleistungen in der Regel nicht um den einmaligen Verkauf eines Produkts geht, sondern um die möglichst dauerhafte Bindung der Nutzer an ein bestimmtes Dienstleistungsangebot.<sup>428</sup>

Um vom Nutzer als eine vorzugswürdigen Alternative gegenüber illegalen Bezugsquellen wahrgenommen zu werden, dürfen DRM-gestützte Angebote vor allem die Erwartungen, die ein Nutzer mit dessen Inanspruchnahme verbindet, nicht enttäuschen. Die Erwartungshaltung der Nutzer in Bezug auf die Nutzbarkeit von digitalen Multimediawerken und den damit im Zusammenhang stehenden Dienstleistungen und Produkten ist vor allem durch die Erfahrungen aus der Vergangenheit beim Umgang mit traditionellen analogen Medien geprägt.<sup>429</sup> Dazu gehört insbesondere die Möglichkeit, von einem rechtmäßig erworbenen Multimediawerk Kopien erstellen zu können, entweder zu dem Zweck, um sich damit vor dem Verlust oder der Beschädigung des Originals zu schützen, oder aber, um das Multimediawerk auch über andere Endgeräte konsumieren zu können.<sup>430</sup> Auch besteht insbesondere im Filmbereich seit Einführung des Videorekorders seitens der Nutzer ein Interesse daran, einmal öffentlich übertragene Filmwerke aufzuzeichnen

425 Vgl. 3. Kapitel, Teil B.I sowie 5. Kapitel, Teil B.I.

426 Rump, in: Becker/Buhse/Günnewig/Rump (Hrsg.), DRM, 2003, S. 3, 5.

427 Biddle/England/Peinado/Willman, The Darknet and the Future of Content Distribution, S. 1, 11, abrufbar unter <http://msl1.mit.edu/ESD10/docs/darknet5.pdf> (zuletzt abgerufen am 01.07.2010).

428 Frenzel, Akzeptanz im E-Commerce, 2003, S. 94.

429 Samuelson/Schultz, 6 J. Telecom. & High Tech. L. 41, 44 (2007).

430 Samuelson/Schultz, s.o.

und zu einem späteren Zeitpunkt zu konsumieren (sogenanntes „time-shifting“). Dieses Interesse am *time shifting*, dessen rechtliche Zulässigkeit im US-amerikanischen *copyright law* als rechtlich legitim anerkannt ist,<sup>431</sup> hat sich in der Zwischenzeit auch auf andere Bereiche übertragen, indem Nutzer beispielsweise auch Radiosendungen zum Zeitpunkt ihrer Wahl anhören wollen und zu diesem Zweck solche Sendungen in Form von Podcasts im Internet abrufen und herunterladen und nach Belieben abspielen können wollen. Da die Nutzer daher bereits aus der Vergangenheit in gewissem Umfang daran gewöhnt sind, zu vielfältigen Zwecken Kopien von Multimediawerken erstellen zu können, erwarten sie, dass ihnen diese Möglichkeit auch im Zeitalter der Digitalisierung offen steht: Zusätzlich erwarten sie jedoch, von der Flexibilität, die mit der Digitalisierung von Inhalten einhergeht, zu profitieren.<sup>432</sup> Konkret bedeutet dies, dass die Nutzer ein rechtmäßig erworbenes digitales Multimediawerk jederzeit, über jegliche digitale Endgeräte und überall, d.h. sowohl zuhause, in der Familie und bei der Arbeit konsumieren sowie in gewissem Umfang diesen Konsum mit anderen teilen und von dem Multimediawerk Kopien für nicht-kommerzielle Zwecke anfertigen können wollen.<sup>433</sup>

Zu dieser Erwartungshaltung gesellt sich eine sehr niedrige Toleranzschwelle der Nutzer in Bezug auf technologische Beschränkungen der Nutzbarkeit von digitalen Inhalten.<sup>434</sup> Beschränkungen der Möglichkeit, Inhalte zu vervielfältigen und an Dritte zu übermitteln sowie der Zwang, vor der Nutzung eines Inhalts eine bestimmte Software herunterladen oder sich registrieren zu müssen, werden überwiegend abgelehnt.<sup>435</sup> Noch unbeliebter sind Beschränkungen der Interoperabilität zwischen Inhalten und digitalen Endgeräten, die zeitliche Begrenzung der Nutzbarkeit von Inhalten sowie die Überwachung und Nachverfolgung der Handlungen der Nutzer durch DRM-Systeme.<sup>436</sup> Dies bedeutet im Umkehrschluss, dass der Nutzer vor allem an einem Angebot zum Konsum digitaler Inhalte interessiert ist, durch das ihm flexible Verwendungsmöglichkeiten eingeräumt werden, die dauerhafte Nutzbarkeit des Inhalts sichergestellt ist und zudem sein Interesse an der

431 Vgl. *Sony Corp. of America v. Universal City Studios.*, 464 U.S. 417 (1984).

432 *Samuelson/Schultz*, 6 J. Telecom. & High Tech. L. 41, 45 (2007): „Consumers may, for example, expect to be able to link works together, format-shift, annotate them, tinker with them, remix and mashup existing digital content, and share their new creations with others“; vgl. auch den Bericht des INDICARE-Projekts von *Helberger* (Hrsg.), *DRM and Consumer Acceptability*, 2005, S. 3-5, abrufbar unter [http://www.indicare.org/tiki-download\\_file.php?fileId=111](http://www.indicare.org/tiki-download_file.php?fileId=111) (zuletzt abgerufen am 01.07.2010) worin die von den Nutzern gewünschte neue Flexibilität bei der Nutzung digitalisierter Inhalte unter dem Stichwort „Authorized Domain“ beschrieben wird.

433 *CDT*, *Evaluating DRM*, 2006, S. 14; vgl. auch *Lincoff*, 2 J. Int'l Media & Ent. L. 1, 27 (2008-2009): „People develop an ownership interest in the music they most like to hear.“

434 *Fetscherin*, in: *Becker/Buhse/Günnewig/Rump* (Hrsg.), *DRM*, 2003, S. 305, 315.

435 *Fetscherin*, in: *Becker/Buhse/Günnewig/Rump* (Hrsg.), *DRM*, 2003, S. 305, 316.

436 *Fetscherin*, s.o.

Respektierung der Privatsphäre und der Vertraulichkeit seiner persönlichen Daten angemessen berücksichtigt wird.

DRM-gestützte Geschäftsmodelle stehen daher vor einer zweifachen Herausforderung: zum einen müssen sie der aufgezeigten Erwartungshaltung der Nutzer möglichst gerecht werden; zum anderen müssen sie die bereits bestehenden Vorbehalte der Nutzer gegenüber dem Einsatz von DRM-Systemen begegnen und abbauen. Diese Herausforderungen haben DRM-Systeme jedoch bisher noch nicht gemeistert,<sup>437</sup> worin einer der hauptsächlichen Gründe für ihr Scheitern im Zusammenhang mit Musikdownloads liegt. Denn die aufgezeigten Nachteile der mittlerweile aufgegebenen DRM-Systeme im Bereich der Musikdownloads<sup>438</sup> stellen gleichzeitig die größten Hindernisse für die Akzeptanz solcher Systeme durch die Nutzer dar: mangelnde Interoperabilität, fehlende Nachhaltigkeit und Beeinträchtigung des Daten- und Verbraucherschutzes. Die Multimediaindustrie muss sich daher vorwerfen lassen, dass sie es versäumt hat, DRM-Systeme so zu gestalten, dass die dagegen seitens der Nutzer bestehenden begründeten Vorbehalte entkräftet wurden.<sup>439</sup> Denn bisher wurden DRM-Systeme vor allem auf einen möglichst umfassenden Schutz für digitale Multimediawerke ausgerichtet und darüber die technische Akkommodierung legitimer, durch die Urheberrechtsgesetze ausdrücklich zugelassener Handlungen der Nutzer weitgehend vernachlässigt.<sup>440</sup> Infolgedessen steht jedoch aus Sicht der Nutzer beim Einsatz von DRM-Systemen nicht der Schutz der sich aus dem Urheberrecht ergebenden, berechtigten Interessen der Rechtsinhaber, sondern vielmehr die Erosion der ebenfalls durch das Urheberrecht garantierten Rechte der Nutzer im Vordergrund. Dieser Umstand und die daraus folgende Ablehnung DRM-gestützter Angebote verhindert jedoch, dass sich die Angebote aus Sicht der Nutzer langfristig als echte Alternativen gegenüber illegalen Angeboten etablieren können.

### *C. Neue Geschäftsmodelle der Musikindustrie nach dem Scheitern des DRM-gestützten Download-Vertriebs*

„Music and technology share a long, intimate history. Technology is the magic that allows us to capture the ephemeral and elusive experience of music in a form that may be shared with others. ... New technologies, and those that create

437 CDT, Evaluating DRM, 2006, S. 17: „As much as possible, DRM solutions should seek to allow users to interact with, excerpt, and expand on existing works in ways that are consistent with copyright law. ... DRM is currently not well adapted to the task of facilitating end user creation“.

438 Vgl. 5. Kapitel, Teil B.II.

439 Rump, in: Becker/Buhse/Günnewig/Rump (Hrsg.), DRM, 2003, S. 3, 5.

440 Fetscherin, in: Becker/Buhse/Günnewig/Rump (Hrsg.), DRM, 2003, S. 305, 315.