Zur Diskussion / A discuter

Schutzlücken, Wirkungen und Nebenwirkungen – Legal Monitoring im Urheberrecht

WOLFGANG STRAUB*

I. Die Anpassungsfähigkeit des Urheberrechts
II. Digitale Kopiervorgänge
III. Urheberrechtlicher Geheimnisschutz
IV. Hybride Digitale Werke
V. Digital Rights Management
VI. Bedeutung von Zieldefinitionen
VII. Monitoring

Technische und wirtschaftliche Entwicklungen verursachen nicht nur Schutzlücken. Sie können auch neue Schutzbereiche schaffen, welche neue Schrankenbestimmungen erfordern. Die Evaluation von Wirkungen und Nebenwirkungen geltender Rechtsakte ist mit praktischen und methodischen Schwierigkeiten verbunden. Dennoch dürfte das Monitoring von Erlassen in Zukunft an Bedeutung gewinnen.

Les développements techniques et économiques entraînent non seulement des lacunes dans la protection, mais créent également de nouveaux objets à protéger, qui nécessitent une nouvelle réglementation des exceptions à la protection. L'évaluation des effets principaux et secondaires de la législation en vigueur est liée à des difficultés pratiques et méthodiques. Toutefois, le monitoring des actes législatifs devrait gagner en importance à l'avenir.

I. Die Anpassungsfähigkeit des Urheberrechts

Gesetzesrevisionen sind sozusagen Meilensteine in der Entwicklung eines Rechtsgebietes und geben Anlass zu grundsätzlichen Überlegungen. Das Urheberrecht gleicht einem Gefäss, dessen Inhalt sich kontinuierlich wandelt. Motor dieser Veränderung sind vor allem *technische und wirtschaftliche Entwicklungen* (z. B. neue Nutzungsmöglichkeiten via Internet). Die Form des Gefässes passt sich dem Inhalt durch Gesetzesrevisionen sowie durch die Rechtspraxis nach und nach an. Dabei hat sich das Urheberrecht als sehr flexibel erwiesen.

In Zusammenhang mit neuen technischen Entwicklungen ist oft von *Schutzlücken* die Rede – d. h. von Konstellationen, in welchen das urheberrechtliche Äquivalent zu «casus sentit dominum» als unbefriedigend empfunden wird. Durch den aktuellen Revisionsvorschlag sollen vor allem Lücken im Bereich der verwandten Schutzrechte geschlossen werden[1]. Die ausdrückliche Erwähnung von On-Demand-Rechten in Art. 10 Abs. 2 E-URG ist hingegen nicht von grundsätzlicher Bedeutung, weil die Nutzung aufgrund der weiten Formulierung von Art. 10 URG (kopieren und wahrnehmbarmachen) generell die Zustimmung des Urheberrechtsinhabers erfordert[2].

In einem anderen Bereich wurde auf ein zusätzliches Einfügen von Inhalten in das Gefäss des Urheberrechts zu Recht verzichtet: Ein Schutz sui generis von nicht individuellen *Datenbanken* nach dem Vorbild der EU-Richtlinie 96/9 über den rechtlichen Schutz von Datenbanken hätte die Konturen des Urheberrechts nach der hier vertretenen Auffassung unnötig aufgeweicht.

Viel weniger als die Thematik der Schutzlücken wurde bisher das Phänomen neuer Schutzbereiche beachtet, welche *neue Schrankenbestimmungen*[3] erfordern. Immaterialgüterrechte lassen sich in diesem Punkt mit Medikamenten vergleichen, welche zur Erzielung eines bestimmten medizinischen Effekts entwickelt werden. Im Lauf der Zeit werden aber oft Nebenwirkungen entdeckt. Diesen kann mitunter durch eine verbesserte Zusammensetzung Rechnung getragen werden. Im Urheberrecht müssen solche unerwünschten Auswirkungen – so-

* Dr. iur., Fürsprecher, LL.M., Bern. Ich danke Frau Dr. Ursula Widmer und den Herren Dr. Christian Bock, Dr. Emanuel Meyer und Dr. Michael Ritscher für interessante Hinweise und Anregungen. Für die hier vertretenen Meinungen oder Irrmeinungen bleibe ich jedoch alleine verantwortlich.

weit sie sich nicht durch Auslegung vermeiden lassen – durch Gesetzesrevisionen beseitigt werden. Die Botschaft zur aktuellen Revisionsvorlage macht deutlich, dass es dabei um einen Ausgleich der Interessen geht – sozusagen um ein Neuaustarieren der *Checks and Balances* der urheberrechtlichen Mechanik[4].

II. Digitale Kopiervorgänge

Zu den Kernbefugnissen der Urheberrechtsinhaber gehört das Recht zum Kopieren und Ändern ihrer Werke. In der analogen Welt ist das *Lesen* einmal veröffentlichter Werke frei, denn der Werkgenuss erfordert keine Nutzungshandlungen. Mit dem Aufkommen digitaler Werke – die zur Wahrnehmbarmachung technisch gesehen zuerst kopiert werden müssen (z. B. Übertragung in den Arbeitsspeicher eines Computers) – hat das gesetzliche Kopierverbot, welches den Autor primär vor Raubdrucken schützen sollte, neue Wirkungen entfaltet. Das Wahrnehmbarmachen digitaler Werke erfordert somit grundsätzlich die Zustimmung des Rechtsinhabers[5].

Gegenüber dem Erwerber eines digitalen Werks dürfte sich eine entsprechende Zustimmung zur Nutzung aus der Veräusserung ableiten lassen. Dabei handelt es sich nicht um eine Erschöpfung des Rechts in Bezug auf ein bestimmtes Werkexemplar, denn technisch gesehen entstehen mit jeder Nutzung neue Werkexemplare. Auch die Bestimmungen über den Eigengebrauch passen nicht ganz auf solche Kopiervorgänge, weil die Kopien oft auf Servern von Unternehmen entstehen, welche mit dem Nutzer keineswegs eng verbunden sind. In Analogie zu Art. 12 Abs. 2 URG könnte von einer *Implied License* ausgegangen werden: Wer einen Inhalt anbietet – sei es dass er ihn auf Datenträger verkauft oder im Internet zum legalen Download anbietet – muss dem Erwerber auch die Gelegenheit zur vorausgesetzten Nutzung geben. Art. 19 Abs. 5 E-URG – welcher der InfoRL nachempfunden ist[6] – führt zu einem ähnlichen Ergebnis. Im Gegensatz zur Rechtsfigur der *Implied License,* die an die Umstände der konkreten Erwerbshandlung anknüpft, hat eine Regelung im Rahmen der Schrankenbestimmungen den Vorteil, dass sie auch zugunsten von späteren Erwerbern gilt: Der Urheberrechtsinhaber kann eine Veräusserung nicht verhindern. Falls sich der Ersterwerber vertraglich zur Nichtweitergabe verpflichtet hat, kann der Rechtsinhaber zwar gegenüber diesem mit obligatorischen Ansprüchen vorgehen. Er hat aber keine urheberrechtlichen Unterlassungsansprüche gegenüber dem Zweiterwerber.

Wenn *Kopien bei Dritten* entstehen (z. B. Caching auf Proxy-Servern bei der Online-Übertragung), können diese sich nicht direkt auf eine in der Werkveräusserung implizierte Gebrauchlizenz berufen. Soweit sie eigenständige Zugriffsmöglichkeiten haben, lässt sich der Kopiervorgang via Auslegung allenfalls dem Nutzer zuordnen. Art. 24a E-URG will die Rechtsanwendenden aber vor allzu beschwerlichen dogmatischen Verrenkungen bewahren, indem er auch die im Rahmen einer rechtmässigen Nutzung stattfindenden, technisch bedingten, vorübergehenden Vervielfältigungshandlungen ohne eigenständige wirtschaftliche Bedeutung als zulässig erklärt.

III. Urheberrechtlicher Geheimnisschutz

Das traditionelle Urheberrecht gibt den Urhebern das alleinige Recht zu bestimmen, ob und wann sie ihr Werk als reif zur Veröffentlichung erachten[7]. Ist ein Roman aber einmal publiziert, kann jeder Leser seinen Aufbau und die Kunstgriffe des Autors studieren.

Anders in der digitalen Welt: Durch die Installation und Benutzung eines Computerprogramms erfahren die Nutzer wenig über seinen inneren Aufbau. Die entsprechenden Informationen sind in der Regel im Sourcecode enthalten, welcher – ausser bei Open Source Software – meist nicht offen gelegt wird. Über *Reverse Engineering* könnten die darin enthaltenen Informationen zwar bis zu einem gewissen Grad rekonstruiert werden. Ein solches Vorgehen erfordert aber technisch gesehen Kopier- und Änderungsvorgänge, welche die Zustimmung der Urheberrechtsinhaber voraussetzen[8]. Das aus der analogen Welt stammende Änderungsverbot entfaltet in der digitalen somit die Wirkung eines *Geheimnisschutzes.* Dieser lässt sich durch die Interessen der Softwareindustrie zwar grundsätzlich rechtfertigen, doch gibt es gewisse Konstellationen, in welchen auch die Nutzer ein legitimes Interesse an der Kenntnis von im Programmcode verborgenen Informationen haben (z. B. zur Fehlerkorrektur oder zu Sicherheitsanalysen)[9]. An dem nach intensivem politischem Ringen gefundenen Kompromiss zugunsten interoperabler Programme[10] wird die Revisionsvorlage nichts ändern, da Art. 24a E-URG sich grundsätzlich nur auf Kopier- und nicht auch auf Änderungsvorgänge bezieht.

IV. Hybride Digitale Werke

In der digitalen Welt verwischen sich die Grenzen zwischen Computerprogrammen und Werken der Literatur und Kunst. Text- und Bilddateien enthalten mitunter selbst Programmcodes (z. B. Steuerungssoftware für Multimedia-DVDs, Visual Basic Scripts in Office-Dokumenten oder Javascripts in HTML-Dateien).

Hybride digitale Werke können auf *verschiedenen Ebenen* urheberrechtlichen Schutz erlangen:

- Konventioneller Werkschutz der *inhaltlichen Ebene* (z. B. Texte und Bilder)
- Programmschutz an *integrierten Computerprogrammen*
- Konventioneller Werkschutz für *Anweisungen an Programme,* mit welchen die Dokumente geöffnet oder bearbeitet werden (z. B. Formatierungen). Eine analoge Anwendung der Bestimmungen über Computerprogramme kommt nach der hier vertretenen Auffassung nur in Frage, wenn die Individualität nicht im erzielten Effekt, sondern in der Art der technischen Umsetzung liegt.

Auch traditionelle Werke weisen mitunter verschiedene Schutzebenen auf (z. B. Struktur und konkrete Ausformulierung eines Buches). Die urheberrechtlichen Befugnisse der einzelnen *Ebenen sind bei hybriden digitalen Werken indessen unterschiedlich.* Bedeutet dies nun, dass z. B. Privatkopieren, Vermieten und Dekompilieren unzulässig sind? Solange die Programmbestandteile nur untergeordnete Bedeutung haben, könnte auch hier im Sinn einer *Implied License* angenommen werden, der Urheberrechtsinhaber stimme den typischen Nutzungshandlungen zu. Eine Multimedia-DVD zum Eigengebrauch zu kopieren, ist nicht schon deshalb verboten, weil diese auch Programmcodes zum Wahrnehmbarmachen enthält. Hingegen ist ein *Reverse Engineering* solcher Programme grundsätzlich auch dann unzulässig, wenn sie in einem Werk der Literatur und Kunst enthalten sind.

V. Digital Rights Management

Grosse Aufmerksamkeit hat die Revisionsvorlage einer weiteren Quelle potenzieller Nebenwirkungen geschenkt: Bei der Implementierung von Art. 18 WPPT und Art. 11 WCT hätte die Gefahr bestanden, dass nicht urheberrechtlich geschützte Inhalte (z. B. nicht individuelle Werke oder solche, deren Schutzdauer bereits abgelaufen ist) über den Umweg der Kopierschutzmechanismen doch noch zu einem *faktischen Urheberschutz* gekommen wären. Das Risiko urheberrechtlicher Nebenwirkungen wurde aufgrund der Erfahrungen der Nachbarländer bei der Umsetzung der InfoRL in der Schweiz bereits früh erkannt[11] und dürfte durch die Formulierungen des heutigen Entwurfs weitgehend vermieden werden. Kopierschutzmechanismen werfen allerdings auch datenschutzrechtliche, wettbewerbsrechtliche[12] und grundrechtliche[13] Fragen auf. Nebenwirkungen in diesen Gebieten können nicht alleine durch das Urheberrecht vermieden werden.

Offen bleibt allerdings, ob das *Entfernen von Informationen für die Wahrnehmung von Rechten*[14] künftig auch dann unter Strafe steht, wenn derartige Handlungen einer erlaubten Verwendung dienen. In Art. 39c E-URG fehlt eine analoge Formulierung zu Art. 39a Abs. 4 E-URG, welche Handlungen zum Zweck gesetzlich erlaubter Verwendungen privilegieren würde[15]. Ein praktisches Bedürfnis könnte etwa am Wegretouchieren von Urheberrechtsvermerken im Rahmen des Eigengebrauchs bestehen. Ob reine Bilddateien unter Art. 39c E-URG fallen, ist allerdings fraglich, da dort nur von Ton-, Tonbild- und Datenträgern die Rede ist. Bei diesen ist derzeit kaum ein legitimes Interesse zur Entfernung im Rahmen des Eigengebrauches ersichtlich. Allerdings ist auch hier die technische und wirtschaftliche Entwicklung im Auge zu behalten.

VI. Bedeutung von Zieldefinitionen

Werden Medikamente über lange Zeit hinweg unverändert produziert, können sie ihre *Wirksamkeit* verlieren (z. B. Resistenzbildung von Virenstämmen gegenüber gewissen antiviralen Mitteln). Ähnliches ist bei gesetzlichen Regelungen im Bereich der Technik zu beobachten (z. B. Änderungen der Struktur von Netzwerken zum freien Musikdownload nach den Napster-Verfahren). Die Verfasser der Revisionsvorlage haben zu Recht durch möglichst technikneutrale Formulierungen eine lange Haltbarkeit der aktuellen Gesetzesvorlage zu erreichen versucht[16]. Allerdings erfolgen auch «neutrale» Regelungen stets vor dem Hintergrund der bekannten oder zumindest absehbaren Technologien. Die Wirksamkeit rechtlicher Normen im technischen Umfeld bleibt daher auf längere Sicht schwer vorhersehbar.

Gesetze treffen letztlich Wertungsentscheidungen in potenziellen Interessenkonflikten. Je nachdem, ob man Geschädigter oder Schadensverursacher ist, bevorzugt man das Verursacherprinzip oder *«casus sentit dominum».* Eine urheberrechtliche Regelung kann aus Sicht der Urheber, der Verwerter oder der Nutzer erwünschte Wirkungen oder unerwünschte Nebenwirkungen zeitigen[17]. Um Wirkungen von Nebenwirkungen aus der Optik des Gesetzgebers unterscheiden zu können, sind *Zieldefinitionen* erforderlich. Diese kommen bis zu einem gewissen Grad in den Grundwertungen des Gesetzes zum Ausdruck[18]. In der EU werden Erlasstexte zudem durch ausführliche Erwägungen eingeleitet. Im schweizerischen Recht geben allenfalls die Gesetzesmaterialien weiteren Aufschluss über die mit der Gesetzgebung verfolgten Ziele. Aus der Botschaft zum aktuellen Revisionsvorschlag geht hervor, dass die Verfasser versucht haben, die bisherigen Grundwertungen des Urheberrechts beizubehalten und auf neue Sachverhalte zu übertragen. Sie haben daher zahlreiche Anregungen für Gesetzesänderungen daraufhin

überprüft, ob sich seit den im Gesetz bereits verankerten Grundsatzentscheidungen wesentliche Aspekte für eine Neuregelung ergeben haben[19]. Somit dürfte weiterhin auf die dem derzeit geltenden Gesetz zugrunde liegenden Wertungen abzustellen sein.

VII. Monitoring

Heilmittel unterstehen nach der Markteinführung einem *Monitoring,* um Nebenwirkungen systematisch zu erfassen und gegebenenfalls schadensverhindernde Massnahmen zu ergreifen. Ein Monitoring ist nicht nur für Produkte, sondern auch für Erlasse möglich. In der EU werden viele Erlasse zunächst zeitlich befristet in Kraft gesetzt. Die Wirkungen und Nebenwirkungen bestimmter Normen werden periodisch untersucht und gestützt darauf allenfalls Anpassungen vorgeschlagen[20]. Im schweizerischen Immaterialgüterrecht gibt es dazu bisher kaum Parallelen[21]. Die vorgeschlagene *Beobachtungsstelle* für technische Massnahmen kann daher als Schritt in eine neue Richtung betrachtet werden[22]. Ihr sachlicher Wirkungsbereich erscheint allerdings als stark eingeschränkt.

Ein weiteres potenzielles Anwendungsfeld für Legal Monitoring könnte sich z. B. in Zusammenhang mit den *Grandfather-Clauses*[23] ergeben: Damit werden bestimmte bereits geltende Gesetzgebungen als weiterhin zulässig erklärt, sofern sie die Interessen der Urheberrechtsinhaber nicht übermässig beeinträchtigen. Im Zeitpunkt der Unterzeichnung der Abkommen war man sich offenbar nicht sicher, ob die betreffenden nationalen Bestimmungen in Zukunft unerwünschte Nebenwirkungen entfalten könnten. Zur Beantwortung solcher und ähnlicher Fragen könnte ein systematisches Monitoring wertvolle Anhaltspunkte liefern.

Die Evaluation geltender Rechtsakte ist mit erheblichen praktischen und methodischen Schwierigkeiten verbunden – insbesondere, wenn es an klaren Zielformulierungen fehlt oder wenn die Auswirkungen nicht statistisch erfassbar sind. Dennoch sollte das *Instrumentarium* zur Analyse des Rechtsvollzugs nach der hier vertretenen Auffassung in Zukunft vermehrt in Betracht gezogen werden. Solange eine systematische Erfassung der Wirkungen und Nebenwirkungen fehlt, geben immerhin Literatur und Rechtsprechung gewisse Anhaltspunkte für die Effizienz bestimmter Regelungen – frei nach dem Grundsatz «wo Rauch ist, ist auch Feuer»[24].

---

1 Es handelt sich im Einzelnen um das Online-Recht für ausübende Künstler, Produzenten und Sendeunternehmen (Art. 33 Abs. 2, Art. 36 lit. b und Art. 37 lit. e E-URG), um die Ausdehnung des Interpretenschutzes auf Darbietungen der Volkskunst (Art. 33 Abs. 1 E-URG) und um die Anerkennung des Persönlichkeitsrechts für ausübende Künstler (Art. 33a E-URG).

2 Vgl. dazu auch R. M. Hilty, Urheberrecht in der Informationsgesellschaft – Schweizer Modell vs. Europäische Vorgaben, sic! 2004, 966 ff., 970 f.

3 Die Revisionsvorlage enthält weitere Schrankenbestimmungen im Bereich der Archivkopien (Art. 24 Abs. 1bis E-URG) und zugunsten von Menschen mit Behinderungen (Art. 24c E-URG) auf welche hier nicht näher eingegangen wird.

4 Vgl. dazu Botschaft zum Bundesbeschluss über die Genehmigung von zwei Abkommen der Weltorganisation für geistiges Eigentum und zur Änderung des Urheberrechtsgesetzes, BBl 2006, 3389 ff., 3395.

5 Vgl. dazu differenzierend M. Häuptli, Vorübergehende Vervielfältigungen im schweizerischen, europäischen und amerikanischen Urheberrecht, Diss. Basel 2004, 67 ff. und 165 ff., m.w.H.

6 Vgl. Art. 5 Abs. 1 der Richtlinie 2001/29/EG.

7 Art. 9 Abs. 2 URG.

8 Das geltende URG spricht anders als die EU-Richtlinie 91/250 über den Rechtsschutz von Computerprogrammen nicht von «Dekompilierung», sondern von «Entschlüsselung» (décryptage). Allein durch Dekompilierung kann nicht unbedingt ein brauchbarer Sourcecode gewonnen werden. In der Regel sind weitere Arbeitsschritte zur Rekonstruktion nötig. Einige Hersteller setzen zudem kryptografische Techniken ein, um die Dekompilierung zu erschweren. Nach der hier vertretenen Auffassung dürfen über die eigentliche Dekompilierung hinaus auch nach neuem Recht Kopierschutzmechanismen umgangen werden, soweit dies zur Gewinnung der Schnittstelleninformationen im Rahmen von Art. 21 URG notwendig ist.

9 Vgl. dazu im Einzelnen O. Staffelbach, Die Dekompilierung von Computerprogrammen gemäss Art. 21 URG, Diss. Zürich 2003, 111 f. und 155 f., sowie W. Straub, L'ingénierie inverse et la propriété intellectuelle, ZSR 2003 I 1 ff., m.w.H.

10 Art. 21 URG/17 URV.

11 Vgl. dazu im Einzelnen U. Gasser / M. Girsberger, Transposing the Copyright Directive: Legal Protection of Technological Measures in EU Member States: A Genie Stuck in the Bottle? in: C. B. Graber / C. Govoni/M. Girsberger / M. Nonova (Hg.), Digital Rights Management: The End of Collecting Societies, Bern / New York etc. 2005, 149 ff., sowie Reto M. Hilty (Fn. 2), 978 f.

12 Vgl. dazu D. Senn, Competition Law Aspects of Digital and Collective Rights Management Systems, in: C. B. Graber / C. Govoni / M. Girsberger / M. Nonova (Hg.), Digital Rights Management: The End of Collecting Societies, Bern/New York etc. 2005, 123 ff.

13 Vgl. dazu C. B. Graber, Copyright and Access – a Human Rights Perspective, in: C. B. Graber / C. Govoni / M. Girsberger / M. Nonova (Hg.), Digital Rights Management: The End of Collecting Societies, Bern / New York etc. 2005, 71 ff.

14 Art. 39c E-URG.

15 Art. 69a lit. d E-URG.

16 Vgl. z. B. Art. 39a E-URG, welcher den Schutz von Kopiersperren von deren technischen Wirksamkeit abhängig macht. Diese Voraussetzung dürfte in der Praxis allerdings Auslegungsschwierigkeiten mit sich bringen. Es besteht eine gewisse Ähnlichkeit zum Kriterium des gegen Zugriff besonders gesicherten Datenverarbeitungssystems in Art. 143bis StGB.

17 Vgl. zur analogen Fragestellung für Schutzlücken weiter vorne I.

[18] Vgl. z. B. Art. 2 URG.
[19] Vgl. dazu Botschaft, 3403 ff.
[20] Vgl. z. B. Art. 12 der InfoRL 2001/29.
[21] Als Monitoring-Element kann aber auch der auf das TRIPS anwendbare Trade Review Mechanism betrachtet werden.
[22] Art. 39b E-URG.
[23] Art. 7 Abs. 3 WCT und Art. 9 Abs. 2 und Art. 13 Abs. 2 WPPT.
[24] Vgl. dazu auch P. GAUCH, Zum Stand der Lehre und Rechtsprechung: Geschichten und Einsichten eines privaten Schuldrechtlers, ZSR 2000 I 10.