

# RECHTSGUTACHTEN

---

im Auftrag der:

SlySoft Inc.  
Dickenson Bay Street  
John Henry Bldg.  
Saint John's  
Antigua (West Indies)

## **Themenstellung:**

Umgehung wirksamer technischer Maßnahmen  
zum Kopierschutz von Audio-CDs/DVDs und  
Video-DVDs im Sinne des § 95 a Abs. 2  
Urheberrechtsgesetz (UrhG) durch die Software  
CloneCD

Verfasser:

WOLF Rechtsanwaltskanzlei  
Rechtsanwalt Michael Wolf  
Untertaxetweg 89  
82131 Gauting

## **Inhalt:**

### 1. Vorbemerkungen

- a) Allgemeines Seite 3
- b) Fragestellung Seite 4

### 2. Technische Erläuterungen zur fehlenden Umgehung von Kopierschutzmaßnahmen Seite 5

### 3. Rechtliche Würdigung Seite 8

- a) Keine Umgehung wirksamer technischer  
Maßnahmen Seite 10

- b) Zustimmung des Rechtsinhabers Seite 11

- c) Umgehung zwecks Erreichung des Zugangs  
oder der Nutzungsmöglichkeit Seite 12

- d) Kenntnis des Handelnden über die Umgehung  
zwecks Zugang zum geschützten Werk Seite 13

- e) Subjektiver Tatbestand Seite 13

- f) Anspruch auf Archivkopie Seite 15

### 4. Zusammenfassung Seite 16

## **1. Vorbemerkungen:**

Der Verfasser ist Anwalt aus München.

Im Rahmen eines unverbindlichen Parteigutachtens ist er mit der Prüfung der umstrittenen Frage beauftragt, wann eine Umgehung einer wirksamen technischen Maßnahme zum Schutz einer Audio-CD/DVD oder Video-DVD (Kopierschutz) im Sinne des § 95 a Abs. 2 UrhG vorliegt und ob dies bei Benutzung des Programms CloneCD angenommen werden kann.

Das Gutachten erhebt keinen Anspruch auf rechtlichen Bestand und dient rein internen Zwecken. Insbesondere wird ausdrücklich eine Haftung für seine Richtigkeit ausgeschlossen. Veröffentlichung und Weitergabe an Dritte bedürfen des schriftlichen Einverständnisses des Autors.

### **a) Allgemeines:**

SlySoft Inc. ist Hersteller der Software CloneCD. SlySoft Inc. wurde im Jahr 2003 von Giancarlo Bettini gegründet. Geschäftszweck ist die Entwicklung und Produktion hochqualitativer benutzerfreundlicher Software-Tools und Treibern für Multimedia-Applikationen und -Hardware.

Die Gesellschaft hat ihren Sitz außerhalb des unmittelbaren Geltungsbereiches des Deutschen Urheberrechtsgesetzes auf der Karibikinsel Antigua.

Das Urheberrecht ist aus der Gesetzgebungskompetenz eines Landes grundsätzlich beschränkt auf das nationale Recht und kann zunächst nur für das eigene Staatsgebiet direkte Geltung erlangen (sog. Territorialitätsprinzip). Die Frage, inwieweit das Deutsche Urheberrecht in Fällen mit Auslandsberührung überhaupt Geltung erlangt, ist Teil des internationalen Privatrechts (IPR) und soll nicht Gegenstand der Begutachtung sein.

Für die vorliegende Untersuchung soll unterstellt werden, dass ein Anwender in Deutschland die Software dafür benutzt, um sich von einer Audio-CD/DVD oder Video-DVD eine private Kopie zu erstellen.

CloneCD ist ein Software-Programm, das in der Lage ist, 1 : 1 Kopien von Audio-CDs/DVDs oder Video-DVDs zu erstellen, indem es die darauf befindlichen Daten (Audio + Video) speichert und auf Festplatte oder ein anderes Speichermedium ausliest.

CloneCD unterliegt als geschütztes Werk in Form des Computerprogramms dem Schutz des Deutschen Urheberrechtsgesetzes im Sinne des § 2 Abs. 1 Nr. 1 UrhG.

Eine Umgehung von Kopierschutzmaßnahmen findet beim bestimmungsgemäßen Gebrauch des Programms in Form des Kopierens von Daten weder durch das Programm selbst, noch durch das Programm beeinflusste Software bzw. Hardware-Komponenten statt (zu technischen Details siehe nachfolgend unter Ziffer 2).

**b) Fragestellung:**

Im folgenden soll geklärt werden, wann eine Umgehung einer wirksamen technischen Maßnahme zum Schutz einer Audio-CD/DVD oder Video-DVD im Sinne des § 95 a Abs. 2 UrhG vorliegt?

Kann dies insbesondere dann angenommen werden, wenn ein Softwareprogramm (wie nach Auffassung von SlySoft Inc. das bei CloneCD der Fall sein soll) gar nicht darauf ausgerichtet oder in der Lage ist, Kopierschutzmaßnahmen von Audio-CDs/DVDs oder Video-DVDs zu umgehen, sondern lediglich das Vorliegen einer unwirksamen technische Maßnahme zum Kopierschutz ausnutzt?

Ist ferner zur Tatbestandsverwirklichung des § 95 a Abs. 2 UrhG auch die Bösgläubigkeit des Anwenders erforderlich, in Kenntnis des Bestehens einer wirksamen technischen Maßnahme zum Schutz vor unberechtigten Kopierens absichtlich zu handeln?

Was aber ist, wenn dem Anwender mangels wirksamer technischer Maßnahme zum Kopierschutz gerade dieses Unrechtsbewusstsein fehlt, weil beispielsweise technische Abläufe der Hardware-Komponenten seines Computers das Vorliegen einer technischen Maßnahme zum Kopierschutz gar nicht erst offenbaren und deshalb keine Kenntnisnahmemöglichkeit vom Vorliegen von Kopierschutz besteht?

Um diese Fragen zu beantworten und insbesondere die Bewertung des Programms CloneCD als rechtmäßig einzustufen, ist zunächst in der gebotenen Kürze auf die technischen Möglichkeiten des Programms einzugehen und ein Vergleich mit anderen Kopierprogrammen zu ziehen, welche keinesfalls als rechtswidrig eingestuft werden.

## **2. Technische Details fehlender Umgehung von Kopierschutzmaßnahmen:**

Die folgenden Ausführungen beruhen auf verbindlichen Erklärungen der für das Programm CloneCD zuständigen Software-Entwickler der Firma SlySoft Inc., deren Bestand und Richtigkeit vom Verfasser unterstellt wird.

### **2.1 Audio-CD**

Wenn der Nutzer eine mit Kopierschutz versehene und vermeintlich geschützte Audio-CD in ein Laufwerk einlegt, gibt es grundsätzlich zwei Möglichkeiten:

- **Variante a):**

das Computerlaufwerk kann mit der kopiergeschützten CD, die nicht mit dem „Red-Book“ Standard (IEC/DIN EN 60908) übereinstimmt, nichts anfangen und spielt die CD nicht ab bzw. lässt ein Auslesen der Daten nicht zu (kein Lesezugriff).

- **Variante b):**

das Computerlaufwerk kann trotz der Abweichung vom „Red-Book“ Standard (IEC/DIN EN 60908) die CD abspielen bzw. lässt ein Auslesen der Daten zu.

**Das Programm CloneCD hat nach Angaben des Herstellers keine Einflussmöglichkeit auf das Laufwerk und dessen Fähigkeit, kopiergeschützte Audio-CDs einzulesen und abzuspielen. CloneCD arbeitet vielmehr wie ein modernes CD Abspielprogramm (z.B. Windows Media Player): es liest die Audio Daten über den Datenanschluss des CD/DVD-ROM Computerlaufwerks aus.**

Sofern in der **Variante a)** das Laufwerk durch den Kopierschutz des Rechtsinhabers (Abweichung vom „Red-Book“ Standard) die CD nicht abspielt, übt CloneCD keinen weiteren Einfluss auf das Laufwerk oder Betriebssystem des Rechners aus. Die Software kann schlichtweg ein Kopieren der Daten mangels Auslesevorgang des Laufwerks nicht bewerkstelligen. Als Hinweis darauf werden dem Anwender im „Logbuch“ der Software CloneCD Lesefehler als Warnmeldung angezeigt. Insbesondere ist CloneCD nicht in der Lage, den Kopierschutz zu umgehen oder dem Laufwerk das Ein- oder Auslesen der Audio-Daten zu ermöglichen. Das Programm kann auch nicht um das Laufwerk herum auf andere Weise ein Speichern oder Kopieren ermöglichen.

Die Hersteller der Audio-CDs haben somit die technische Möglichkeit, den Kopierschutz so zu gestalten, dass das Laufwerk wegen auftretender Lesefehler nicht in der Lage ist, die Audio-CD abzuspielen. Dies kann beispielsweise dadurch geschehen, dass dem Laufwerk „vorgespielt“ wird, es seien keine Audio-Daten enthalten, sondern lediglich andere Daten-Formate.

Die logische Folge und Kehrseite dieses Kopierschutzes ist allerdings, dass der Käufer die Audio-CD in den Laden zurückbringt, weil er sie nicht uneingeschränkt nach seinen Vorstellungen am Multimedia Computer nutzen bzw. hören kann. Er kann die Audio-Daten auch nicht sichern oder gewandelt für andere Geräte etwa im mpeg-Format nutzbar machen. Um die Rückgabe und Umsatzeinbuße zu vermeiden, wird der Kopierschutz durch die Rechtsinhaber also derart gelockert, dass das Laufwerk in die Lage versetzt wird, die Audio-Daten einzulesen und zum Abspielen über beispielsweise das Programm Windows Media Player wieder auszulesen.

Aber auch ohne „Lockerung“ des Kopierschutzes sind viele Laufwerke in der Lage, die Audio-/DVD-Daten trotz technischer Schutzmaßnahmen ein- und auszulesen (vgl.: Zeitschrift CHIP, Ausgabe 09/2004, S. 118).

Wenn das Laufwerk also wie in **Variante b)** die Audio-Daten trotz vermeintlichem Kopierschutzes einliest und über den Windows Media Player wieder ausliest, dann sind die Audio-Daten im Windows Media Player gespeichert und können von diesem Programm oder anderen marktüblichen Kopierprogrammen (Nero etc.) kopiert werden. Auch CloneCD ist dann in der Lage, die freigegebenen Daten zu speichern und zu kopieren. Es arbeitet beim Kopiervorgang wie der Windows Media Player mit den vom

Laufwerk ausgelesenen Audio-Daten (siehe obige Ausführungen), ohne dass es zum Einsatz von Umgehungsmechanismen des Kopierschutzes kommt oder diese gar erforderlich wären.

Der Kopierschutz von Audio-CDs wird demnach nicht durch Software, insbesondere nicht in Gestalt von CloneCD, sondern nach dem Einlegen der CD vom Laufwerk des Computers und damit von der Hardware „umgangen“ (trotz der Abweichungen vom sog. „Red-Book“-Standard). Wie im PC Magazin Ausgabe 02/2004 ab Seite 14 nachzulesen war, gibt es nicht nur PC-Laufwerke, sondern auch HiFi-Geräte, die den Kopierschutz von Audio-CDs ignorieren.

Auf den Ein- und Auslesevorgang der Laufwerke und HiFi-Geräte hat das Programm CloneCD jedoch keinerlei Einfluss und ist auch nicht dafür konzipiert, darauf Einfluss zu nehmen.

Es steht also fest, dass jeder Microsoft PC oder Apple Rechner bereits durch die installierten Betriebssysteme (Windows, Linux etc.) sowie zusätzlich durch die allgemein üblichen und vorinstallierten Windows-Programme über zahlreiche Kopierschutz nicht umgehende Sicherungs-, Speicher- und Kopierprogramme (wie beispielsweise Windows Media Player, Real Player, Nero Burning ROM etc.) verfügt. Zu diesen Kopierschutz nicht umgehenden Speicherprogrammen zählt auch das Programm CloneCD.

Aus technischer Sicht ist es nicht überraschend, dass der Kopierschutz auf Audio-CDs unwirksam ist. Ein wirksamer Kopierschutz wie z.B. Verschlüsselung der Daten (wie bei Audio-DVDs und Video-DVDs praktiziert, s.u.) kann deshalb nicht zur Anwendung kommen, weil bestehende CD Abspielgeräte diese Daten nicht entschlüsseln können, und deshalb den Inhalt nicht wiedergeben könnten.

## **2.2 Audio- und Video-DVDs**

Sowohl auf kopiergeschützten Audio-, als auch auf Video-DVDs sind die Daten verschlüsselt gespeichert. Um eine funktionierende Kopie herstellen zu können, müssen die Daten entschlüsselt werden (eine 1:1 Kopie ist nicht möglich bzw. wäre nicht abspielbar).

Da CloneCD keine Entschlüsselung der Daten durchführt, kann CloneCD weder von kopiergeschützten Audio-DVDs, noch von kopiergeschützten Video-DVDs lauffähige Kopien herstellen.

Daher stellt sich die Frage erst gar nicht, ob CloneCD bei Audio-DVDs oder Video-DVDs eine wirksame technische Maßnahme zum Kopierschutz umgeht.

### **3. Rechtliche Würdigung:**

Da das Programm CloneCD bei bestimmungsgemäßem Gebrauch von kopiergeschützten Audio-DVDs oder Video-DVDs keine lauffähige Kopie erstellen kann, bezieht sich die folgende rechtliche Würdigung ausschließlich auf kopiergeschützte Audio-CDs.

Grundsätzlich erwirbt der Anwender/Käufer die Rechte, welche ihm per Nutzungsbedingungen der Rechtsinhaber eingeräumt werden. Regelmäßig werden die Rechte der Anwender aber durch allgemeine Geschäfts- und Nutzungsbedingungen beschränkt.

Allerdings ist das Recht auf Erstellung einer Sicherungskopie nach § 69 d Abs. 2 UrhG im Bereich der Computerprogramme nach § 69 g Abs. 2 UrhG unabdingbares Recht des berechtigten Anwenders. Als Sicherungskopie wird dabei die 1 : 1-Kopie eines Programms, die dessen Neuinstallation ermöglichen soll, angesehen.

Die §§ 95 a ff UrhG mit den Sonderregelungen und dem Verbot für die Umgehung technischer (Kopier- oder) Programmschutzmaßnahmen sind gemäß der Regelung in § 69 a Abs. 5 UrhG für Computerprogramme ausdrücklich nicht anwendbar.

Dem Rechteinhaber von Computerprogrammen ist es deshalb verwehrt, Kopierschutzmechanismen einzusetzen, wenn er dem Nutzer nicht auch die (schnelle) Möglichkeit des Erhalts einer Sicherungskopie gewährt.

In der Literatur werden deshalb Maßnahmen zur Selbsthilfe und Umgehung des unzulässigen Kopierschutzes von Computerprogrammen zur Erstellung einer Sicherungskopie als zulässig angesehen (vgl. Kommentar



Wandtke/Bullinger/Grützmaker, § 69 f Rdnr. 19). Sofern der Kopierschutz gar durch technische Maßnahmen bewerkstelligt wird, hat der rechtmäßige Programmnutzer einen Anspruch auf Entfernung des Kopierschutzes in dem Umfang, in dem die technische Sperre die Anfertigung einer an sich zulässigen Sicherungskopie verhindert (vgl. statt vieler: Kommentar Dreier/Schulze, § 69 d Rdnr. 19).

Dieser Anspruch ist wegen der Schutzintention des § 69 g Abs. 2 UrhG (Recht auf Sicherungskopie) unabhängig vom in § 69 f Abs. 2 UrhG vorgesehenen Vernichtungsanspruch des Rechtsinhabers gegen Mittel, die allein dazu bestimmt sind, die unerlaubte Beseitigung oder Umgehung technischer Programmschutzmechanismen zu erleichtern.

Aber wie sieht es mit der Vervielfältigung von Audio-CDs zum eigenen Gebrauch aus?

Hier ist vorgreiflich auf die Schranken des Urheberrechts hinzuweisen, die dem Ausgleich der Interessen der Urheber und Rechtsinhaber einerseits und denen der Endnutzer andererseits dienen. Das Urheberrecht unterliegt der Sozialgebundenheit des Eigentums, welchem durch den Gesetzgeber gemäß Art. 14 Abs. 2 Grundgesetz (GG) Rechnung zu tragen ist. Eine Ausprägung dieser Schranke ist das Recht des Endnutzers auf Herstellung privater Kopien von geschützten Werken, zu welchen auch die Musik auf der Audio-CD zählt.

Die Vervielfältigung zum privaten Gebrauch ist deshalb grundsätzlich nach § 53 Abs. 1 UrhG gesetzlich für zulässig erklärt. Allerdings müssen dabei die §§ 95 a ff UrhG mit den Sonderregelungen und dem Verbot für die Umgehung technischer Kopierschutzmaßnahmen beachtet werden.

Für die Erfüllung des Tatbestandes der verbotenen Umgehung wirksamer technischer Maßnahmen nach § 95 a Abs. 1 UrhG müssen insbesondere folgende Umstände erfüllt sein:

- Umgehung einer wirksamen technischen Maßnahme (Kopierschutz)
- fehlende Zustimmung des Rechtsinhabers
- Umgehung zwecks Erreichung des Zugangs oder der Nutzungsmöglichkeit
- Kenntnis des Handelnden über die Umgehung zwecks Zugangs zum geschützten Werk

Nach Meinung des Verfassers ist keine der vorgenannten Tatbestandsvoraussetzungen bei Verwendung von CloneCD zur Erstellung von Kopien von Audio-CDs erfüllt. Ganz im Gegenteil steht ihm sogar ein Recht auf Erstellung einer Kopie zu.

**a) Keine Umgehung wirksamer technischer Maßnahmen:**

Wann eine Umgehung anzunehmen ist, wird durch das Gesetz nicht näher definiert. Aus dem Sachzusammenhang mit den Definitionen einer wirksamen technischen Maßnahme ist allerdings zu schließen, dass eine Handlung erforderlich ist, die den Zugang oder die Nutzung des geschützten Werkes ermöglichen und der Kontrolle durch den Rechtsinhaber entziehen soll.

Wie bereits oben im technischen Teil dargelegt, ist CloneCD nicht in der Lage, den Kopierschutz von Audio-CDs aufzuheben oder sonst wie zu umgehen.

Wenn das Laufwerk die Audio-Daten nicht freigibt, kann und will auch das Programm CloneCD daran nichts ändern. Wenn allerdings bereits das Laufwerk die Audio-Daten unabhängig vom Programm CloneCD einlesen und abspielen kann, stellt die vom Rechtsinhaber verwendete Kopierschutzmaßnahme m. E. keine wirksame technische Maßnahme im Sinne des § 95 a Abs. 2 UrhG dar.

Die Kopierschutzmaßnahme ist rechtlich nur dann geschützt, wenn sie entsprechend § 95 a Abs. 2 S. 2 UrhG wirksam ist und etwa durch Verwendung von CloneCD umgangen werden soll.

Wirksam ist eine Maßnahme allerdings nur, soweit durch sie die Nutzung des geschützten Musikwerks durch eine Zugangskontrolle, einen Schutzmechanismus oder einen Mechanismus zur Kontrolle der Vervielfältigung auch tatsächlich unter Kontrolle gehalten wird.

Nicht wirksam und daher vom Umgehungsverbot nicht erfasst, sind solche technischen Mittel, die in der Praxis keinen nennenswerten wirksamen Schutz erzielen, weil sie schon mit den allgemein verfügbaren Programmwerkzeugen umgangen werden können. Entscheidend für die Erfüllung des Tatbestands des § 95 a UrhG ist deshalb der Grad der Kontrolle (vgl. Dreier/Schulze, Komm. zum UrhG, Rdnrn. 15 a.E., 16 zu § 95 a). Dies gilt erst Recht, wenn die Umgehung nicht durch allgemein verfügbare

Programmwerkzeuge, sondern durch die Hardware des Computers selbst bewerkstelligt wird.

Unwirksam sind ferner auch fehlerhaft funktionierende Zugangs- und Nutzungskontrollen, die den normalen Betrieb elektronischer Geräte behindern (vgl. Loewenheim, Handbuch des Urheberrechts, § 34 Rdnr. 12 unter Hinweis auf Erw-Grd. 48 Info-RL). Dies ist anzunehmen, wenn die Hardware bereits den Zugang zu vermeintlich kopiergeschützten Werken gewährt.

Ferner ist eine technische Maßnahme auch nur dann wirksam, wenn zur Umgehung ein aktives Handeln in dieser Hinsicht (also Entschlüsseln, Entzerren etc.) überhaupt erforderlich ist (vgl. Loewenheim, Handbuch des Urheberrechts, § 34 Rdnr. 12 mit weiteren Verweisen). Bei automatischer Freigabe der Daten durch das Laufwerk ist kein aktives Handeln zur Umgehung der Kopierschutzmaßnahme erforderlich, so dass die Maßnahme zum Kopierschutz auch gar nicht wirksam sein kann.

Wegen Fehlens eines Lesezugriffschutzes liegt im Fall der Zugriffsmöglichkeit durch das Laufwerk hinsichtlich des Kopierschutzes im Ergebnis keine wirksame technische Maßnahme vor.

CloneCD hat zudem weder Einfluss auf Lesezugriff, noch bewerkstelligt es in diesem Fall eine Umgehung des Kopierschutzes.

#### **b) Zustimmung des Rechtsinhabers:**

Durch die programmunabhängig Möglichkeit des Einlesens und die entsprechende Duldung seitens des Rechtsinhabers liegt nicht nur keine wirksame Kopierschutzmaßnahme vor, sondern kann andererseits eine konkludente Zustimmung des Rechtsinhabers hinsichtlich des Einlese- und Abspielvorgangs und damit vor allem betreffend der erforderlichen Aufhebung bzw. Umgehung des Kopierschutzes angenommen werden.

In Kenntnis der Umstände, dass die Audio-CDs andernfalls reklamiert und zurückgegeben würden, werden die Audio-Daten durch die Rechtsinhaber auf CDs mittlerweile fehlerfrei zur Verfügung gestellt, beim Einlegen unter Windows wird jedoch automatisch über den Windows-Autostart ein „Stör“-Treiber installiert, der das

korrekte Auslesen der Audio-CD am Computer durch das Laufwerk verhindern soll. Unter Windows XP liegt der Treiber im Verzeichnis (Username)\Lokale Einstellungen\Temp und heißt cdrmkaun.sys, unter Windows 98 im Ordner Windows\Temp mit dem Namen nsysaudm.vxd.

Sofern allerdings diese Störtreiber fehlen, bringt der Rechtsinhaber damit unmissverständlich zum Ausdruck, in Kenntnis der Umgehungsmöglichkeit von Computerlaufwerken mit der Nutzung der durch die Laufwerke (unter Umgehung des Kopierschutzes) freigegebenen Daten einverstanden zu sein. Andernfalls hätte er ja die Möglichkeit, die Nutzung der Audio-Daten entsprechend zu verhindern.

Die Rechtsinhaber legen also für den Anwender erkennbar keinen Wert auf wirksame Schutzmaßnahmen vor möglichen Lesezugriffen von CD-ROM Laufwerken und können deshalb denklösig auch keinen Schutz durch § 95 a UrhG beanspruchen. Eine konkludente Zustimmung des Rechtsinhaber ist auch ausreichend, um die Tatbestandsverwirklichung des § 95 a UrhG auszuschließen (vgl. Kommentar Dreher/Schulze § 95 a Rdnr. 11).

Aufgrund der von CloneCD nicht beeinflussbaren und vom Rechtsinhaber gewährten Möglichkeit des Lesezugriffs, handelt der Verwender von CloneCD bei der nachfolgenden Datennutzung nicht mehr ohne Zustimmung des Rechtsinhabers.

**c) Keine Umgehung zwecks Erreichung des Zugangs oder der Nutzungsmöglichkeit:**

Wie bereits dargelegt erfolgt seitens des Anwenders mangels dahingehender Handlung und mangels zielgerichteten Einsatzes des Programms CloneCD schon keine Umgehung der Kopierschutzmaßnahme. Es liegt ein rein technischer Vorgang vor, der mangels willentlicher Steuerungsmöglichkeit keine Zweckrichtung entfalten kann.

Darüber hinaus ist die zweckgerichtete Handlung zur Zugangserreichung bzw. Nutzungsmöglichkeit gar nicht erforderlich. Der Anwender muss keine Umgehungsmaßnahme ergreifen, um sich Zugang zur Musik/Daten zu verschaffen oder das Medium (Audio-CD) nutzen zu können. Mangels ausreichendem Leseschutz wird der Kopierschutz nicht erkannt und besteht seitens der Rechtsinhaber durch Verzicht auf Leseschutz bereits freier Zugang zu den Daten bzw. freie Nutzungsmöglichkeit.

CloneCD und dessen Einsatz durch den Verwender dient nicht der Umgehung zwecks Erreichung des Zugangs oder der Nutzungsmöglichkeit.

**d) Keine Kenntnis des Handelnden über die Umgehung zwecks Zugang zum geschützten Werk**

Der Handelnde muss in der Absicht handeln, die technische Maßnahme zu umgehen, um Zugang zum geschützten Werk zu erhalten.

Aufgrund der automatisch und vom Handelnden nicht beeinflussbaren technischen Vorgänge beim Ein- und Auslesevorgang des Laufwerks ermangelt es schon an der Kenntnis oder gar Absicht des Handelnden, dass eine Umgehung einer Kopierschutzmaßnahme erfolgt, zu welcher der jeweilige Rechteinhaber keine Zustimmung erteilt hat.

Diese subjektive Voraussetzung der Umgehungsabsicht zwecks Zugangs zu einem geschützten Werk ist allerdings für die Tatbestandsverwirklichung des § 95 a UrhG erforderlich. Die ansonsten für den Unterlassungsanspruch ausreichende objektive Störereigenschaft genügt hier eben nicht (vgl. Dreier/Schulze, Komm. zum UrhG, § 95a Rdn. 12).

Die Bösgläubigkeit fehlt, wenn zur Erlangung des Zugangs der Daten gar keine Umgehung von Kopierschutz und auch kein Einsatz des Programms CloneCD erforderlich sind. Da CloneCD erst dann zum Einsatz kommt, wenn der Lese- oder Kopierschutz bereits aufgehoben wurde, fehlt jede Kenntnis des Handelnden über die Umgehung zwecks Zugang oder Nutzung der Daten.

**e) Subjektiver Tatbestand:**

Neben dem namentlich benannten objektiven Tatbestandsmerkmal der Kenntnis des Handelnden über die Umgehung zwecks Zugang zum geschützten Werk ist allerdings auch die Verwirklichung des subjektiven Tatbestandes erforderlich.

Nach Auffassung des Verfassers ist der subjektive Tatbestand der Norm neben der ausdrücklich erwähnten Kenntnis oder dem Bewusstsein bezüglich der Umgehung

zwecks Zugangserreichung bzw. Nutzungsmöglichkeit um die weitere subjektive Komponente bezüglich der anderen objektiven Tatbestandsmerkmale auszudehnen.

Der Handelnde muss deshalb auch im Bewusstsein handeln, dass:

- an sich eine wirksame technische Maßnahme vorliegt
- diese technische Maßnahme durch sein Handeln umgangen werden soll und
- die Zustimmung des Rechtsinhabers fehlt

Das Erfordernis der Absicht bezogen auf die übrigen objektiven Tatbestandsmerkmale findet sich auch in der Regelung der Strafbarkeit eines Verstoßes gegen das Umgehungsverbot wieder. Nach dem hierfür geltenden § 108 b UrhG ist unter Strafe gestellt, die entgegen § 95 a Abs. 1 UrhG absichtsvoll ohne Zustimmung des Rechtsinhabers verfolgte Umgehung einer wirksamen technischen Maßnahme.

Der Täter muss also im Bewusstsein seiner Absicht handeln, eine wirksame technische Maßnahme ohne Zustimmung des Rechtsinhabers zu umgehen. Da die fehlende Zustimmung des Rechtsinhabers Tatbestandsmerkmal und Voraussetzung der Strafbarkeit ist, muss sich die Absicht des Handelnden gerade auch auf die fehlende Zustimmung des Rechtsinhabers beziehen.

Weil der Rechtsinhaber aber einerseits in der Lage wäre, technische Maßnahmen zu ergreifen, welche das Abspielen von Audio-CDs auf Computern verhindern, diese aber andererseits aus erwerbswirtschaftlichen Gründen bewusst nicht installiert, fehlt einem Audio-CD-Nutzer am Computer regelmäßig dann der auf die fehlende Zustimmung des Rechtsinhabers bezogene Vorsatz, wenn das Laufwerk die Musikdaten automatisch einlesen und abspielen kann.

Wenn der Rechtsinhaber der Abspielmöglichkeit mangels technischer Schutzmaßnahmen konkludent zustimmt, kann der Nutzer denklogisch keine Kenntnis von der dahingehenden fehlenden Zustimmung des Rechtsinhabers haben.

Weiterführend gilt dann auch: Sofern der Rechtsinhaber zur Abspielmöglichkeit seine Zustimmung erteilt hat, ist die Fertigung einer zulässigen Privatkopie keine Umgehung einer wirksamen technischen Schutzmaßnahme, da letztere wiederum für den Handelnden erkennbar nicht existiert.

**f) Anspruch auf Kopie für das eigene Archiv:**

Wie bereits oben dargestellt, hat der Anwender nach § 53 Abs. 1 UrhG ein Recht auf eine Kopie zum privaten Gebrauch.

Darüber hinaus hat er auch das Recht, sich für den eigenen Gebrauch eine Kopie anzufertigen, wenn nach § 53 Abs. 2 Satz 1 Nr. 2 in Verbindung mit Satz 2 Nr. 1 UrhG die Kopie:

- zur Aufnahme in ein eigenes Archiv dient,
- dafür geboten ist,
- von einer eigenen Vorlage stammt und
- das Archiv keinen wirtschaftlichen oder Erwerbszweck verfolgt.

Das Recht einer Kopie zur Aufnahme in ein eigene Archiv ist nach dem Gesetz höher zu bewerten, als das Bedürfnis der Rechtsinhaber auf Kopierschutz (sog. Schrankenbestimmung des Urheberrechts).

**Soweit ein Rechtsinhaber Kopierschutzmaßnahmen im Sinnes des § 95 a UrhG anwendet, ist er nach § 95 b Abs. 1 Nr. 6 UrhG verpflichtet, dem Anwender die notwendigen Mittel zur Verfügung zu stellen, um sich zumindest eine Kopie zum sonstigen eigenen Gebrauch in Form der Aufnahme in ein eigenes digitales Archiv anfertigen zu können.**

Nach § 95 b Abs. 2 UrhG hätte der Anwender gar einen Anspruch auf Mittel zur Umgehung wirksamer technischer Maßnahmen und damit auf Überlassung von Kopierschutz aufhebender Mittel, welche nach Abs. 4 wiederum den Schutz nach § 95 a UrhG genießen.

Es kann mit Recht bezweifelt werden, dass die Hersteller der CDs oder der jeweiligen Kopierschutzmaßnahme bereit sind, dem berechtigten Anwender zur Archivierung die Werkzeuge zur Umgehung ihrer Kopierschutzmaßnahmen zur Verfügung zu stellen. Ferner kann es dem Anwender – wie regelmäßig – nicht zugemutet werden, alle Hersteller von Kopierschutzmaßnahmen der von ihm erworbenen Audio-CDs zu kontaktieren, um sich von dort die Werkzeuge zur Umgehung des Kopierschutzes zur

Verfügung stelle zu lassen. Man wird ihm ein entsprechendes Selbsthilferecht zusprechen müssen.

CloneCD ist allerdings kein geeignetes Selbsthilfemittel, da es wie bereits dargelegt, nicht in der Lage ist, Kopierschutz zu umgehen.

#### **4. Zusammenfassung:**

Die vorgenannten Aspekte haben ergeben, dass CloneCD oder dessen Einsatz durch den Verwender:

- weder Einfluss auf den Lesezugriff des Laufwerks hat, noch in diesem Fall eine nicht mehr erforderliche Umgehung des Kopierschutzes bewerkstelligt. Wegen Fehlens eines Lesezugriffsschutzes liegt im Fall der Zugriffsmöglichkeit durch das Laufwerk in Bezug auf den Kopierschutz zudem auch keine wirksame technische Maßnahme vor, welche umgangen werden könnte (vgl. Ausführungen unter Ziffer 3 a);
- keinen Einfluss auf die vom Rechtsinhaber gewährte Möglichkeit des Lesezugriffs hat, weshalb der Verwender von CloneCD bei der nachfolgenden Datennutzung auch nicht mehr ohne Zustimmung des Rechtsinhabers handelt (vgl. Ausführungen unter Ziffer 3 b);
- nicht der Umgehung zwecks Erreichung des Zugangs zu oder der Nutzungsmöglichkeit der geschützten Werke dient, welche bereits einen Schritt zuvor und unabhängig vom Programm CloneCD preisgegeben wurden (vgl. Ausführungen unter Ziffer 3 c);
- nicht mit der Absicht erfolgen kann, den Lese- oder Kopierschutz aufzuheben, da jede Kenntnis des Handelnden über die Umgehung von technischen Maßnahmen zwecks Zugang oder Nutzung der Daten fehlt, wenn das Programm erst in einem Schritt nach Freigabe der Daten zum Einsatz kommt (vgl. Ausführungen unter Ziffer 3 d);
- auch nicht mit der weiter erforderlichen Kenntnis erfolgen kann, dass eine wirksame technische Maßnahme vorliegt, diese technische Maßnahme durch Einsatz von



CloneCD umgangen werden soll und die Zustimmung des Rechtsinhabers zur Datenfreigabe fehlt (vgl. Ausführungen unter Ziffer 3 e);

- unter dem Gesichtspunkt der Selbsthilfe zur Anfertigung einer eigenen Archivkopie zulässig sein könnte, wenn es Kopierschutz umgehen würde (vgl. Ausführungen unter Ziffer 3 f).

Da die Strafbarkeit einer Umgehungsmaßnahme nach § 108 b Abs. 1 UrhG ausgeschlossen ist, wenn der Täter ausschließlich zum eigenen privaten Gebrauch handelt, schließt sich an dieser Stelle auch der Kreis zur zulässigen Privatkopie, welche ausschließliches Ziel des Einsatzes von CloneCD ist.

Maßnahmen zur Selbsthilfe und Umgehung des unzulässigen Kopierschutzes von Computerprogrammen werden zur Erstellung einer Sicherungskopie als zulässig angesehen und hat, sofern der Kopierschutz durch technische Maßnahmen bewerkstelligt wird, der rechtmäßige Programmnutzer einen Anspruch auf Entfernung des Kopierschutzes in dem Umfang, in dem die technische Sperre die Anfertigung einer an sich zulässigen Sicherungskopie verhindert. Es kann deshalb auch im Bereich von Kopierschutzmaßnahmen im Sinne des § 95 a UrhG ein entsprechendes Selbsthilferecht zugunsten des Anwenders angenommen werden.

Dafür spricht einerseits die Regelung in § 95 b UrhG, wonach der Verwender von Kopierschutzmaßnahmen Werkzeuge zur Aufhebung liefern muss, sofern der Anwender seine CDs archivieren möchte. Andererseits spricht dafür auch die Regelung des § 108 b Abs. 1 UrhG zur Straflosigkeit des Handelns ausschließlich zum eigenen privaten Gebrauch.

Selbst wenn CloneCD Kopierschutz von Audio-CDs/DVDs oder Video-DVDs umgehen könnte – was aber nicht der Fall ist –, wäre es möglicherweise ein adäquates Selbsthilfemittel. Nichts anderes kann gelten, wenn CloneCD nur ein handelsübliches, als zulässig erachtetes Speicher- und Kopierprogramm ist.

Abschließend sei auch darauf verwiesen, dass die §§ 95 a ff UrhG nur solche Mechanismen schützen, die auf technischer Ebene urheberrechtliche Befugnisse abbilden (Beschränkung auf urheberrechtlich relevante Sachverhalte). Denn nur Handlungen, die von diesen Rechten erfasst sind, bedürfen überhaupt der Genehmigung des Rechtsinhabers. Schutzvorrichtungen, welche keine tatbestandsmäßige

urheberrechtliche Nutzung darstellen, erfahren keinen Rechtsschutz nach § 95 a UrhG. Es muss also im Einzelfall geprüft werden, ob unmittelbar durch die Umgehung der technischen Maßnahme eine dem Rechtsinhaber gesetzlich vorbehalten Nutzung ermöglicht wird (vgl. Loewenheim, Handbuch des Urheberrechts, § 34 Rdnr. 3). Dies ist zu verneinen, wenn etwa bereits eine Zustimmung des Rechtsinhaber anzunehmen ist oder der die Maßnahme umgehende selbst gerechtfertigt ist; letzteres kann insbesondere bei Erstellung einer Privat- oder Archivierungskopie angenommen werden.

Unter diesem Gesichtspunkt ist beispielsweise mangels ausreichender unmittelbarer Kontrolle einer urheberrechtlichen Nutzung der Anwendungsbereich des § 95 a UrhG nicht eröffnet, wenn der Code von Ton-/Bildträgern (Regional Code Playback Control) umgangen wird, der verhindert, dass in einer geografischen Region rechtmäßig erworbene Ton-/Bildträger auf Geräten anderer Teile der Erde abspielbar sind. In diesem Fall liegt lediglich eine technische Maßnahme vor, die den urheberrechtsfreien Werkgenuß reguliert. Die damit einhergehende Absicht des Verwenders, die rechtswidrige Vervielfältigung und Verbreitung zu verhindern, reicht nicht für die Annahme einer wirksamen Schutzmaßnahme im Sinne des § 95 a Abs. 2 UrhG aus (vgl. Loewenheim, Handbuch des Urheberrechts, § 34 Rdnr. 3).

Fehlen Lesezugriffsmaßnahmen, um dem Anwender den Werkgenuß zu ermöglichen, oder wollen und dürfen Kopierschutzmaßnahmen des Rechtsinhabers weder den Werkgenuß verhindern bzw. müssen sie die Archivierung zulassen, kann nichts anderes gelten.

Es spricht nach obigen Ausführungen demnach nichts dafür, dass CloneCD als Speicher- oder Kopierprogramm sowohl technisch, als auch rechtlich rechtswidrig wäre.

\* \* \*