

Berufsbegleitender Masterstudiengang
Informationsrecht (LL.M.)

Prof. Dr. Georg Borges

IT-Vertragsrecht

Inhaltsverzeichnis

| | | |
|------|--|----|
| I. | Einführung | 6 |
| 1. | IT-Vertragsrecht | 6 |
| 1.1 | Wirtschaftliche Vorüberlegungen | 6 |
| 1.2 | Vertragsarten und Inhalt des Kurses | 6 |
| 2. | Begriff und Rechtsnatur der Computerprogramme..... | 7 |
| II. | Schutz von Computerprogrammen..... | 10 |
| 1. | Urheberrechtlicher Schutz von Computerprogrammen..... | 10 |
| 1.1 | Rechtliche Grundlagen..... | 10 |
| 1.2 | Schutzgegenstand | 10 |
| 1.3 | Anforderungen an die Originalität (§ 69a Abs. 3 UrhG)..... | 13 |
| 1.4 | Urheberschaft | 14 |
| 1.5 | Rechte aus der Urheberschaft..... | 17 |
| 1.6 | Handel mit „gebrauchten“ Softwarelizenzen..... | 24 |
| 1.7 | Beschränkungen des Urheberrechts..... | 35 |
| 1.8 | Ansprüche des Urhebers | 40 |
| 1.9 | Insolvenz | 40 |
| 2. | Sonstiger rechtlicher Schutz von Computerprogrammen | 42 |
| 2.1 | Patentrecht..... | 42 |
| 2.2 | Titel- und Markenschutz..... | 44 |
| 2.3 | Wettbewerbsrecht..... | 45 |
| 2.4 | Sonstige Schutzrechte | 47 |
| 3. | Prozessuale Durchsetzung des Schutzes von Computerprogrammen | 47 |
| 3.1 | Unterlassungsansprüche..... | 47 |
| 3.2 | Schadensersatzansprüche | 49 |
| 3.3 | Beseitigungsansprüche..... | 50 |
| 3.4 | Einstweilige Verfügungen | 50 |
| III. | Herstellung von Computerprogrammen | 52 |
| 1. | Verträge über die Herstellung von Computerprogrammen | 52 |
| 1.1 | Ermittlung der Anforderungen an das Computerprogramm | 52 |
| 1.2 | Vertragstypologische Einordnung des Vertrags | 53 |
| 2. | Leistungsumfang | 59 |
| 2.1 | Hauptleistungspflichten..... | 59 |
| 2.2 | Nebenleistungspflichten..... | 64 |
| 2.3 | Abnahme..... | 65 |

| | | |
|-----|---|-----|
| 3. | Leistungsstörungen | 66 |
| 3.1 | Mängelgewährleistungsrechte..... | 67 |
| 3.2 | Verspätete Leistung (Verzug) | 72 |
| 3.3 | Nichterfüllung | 73 |
| 3.4 | Kündigungsmöglichkeiten..... | 73 |
| IV. | Verträge über die dauerhafte Überlassung von Computerprogrammen | 76 |
| 1. | Vertragstypologische Einordnung | 76 |
| 1.1 | Keine Anwendung des Werkvertragsrechts | 76 |
| 1.2 | Keine Anwendung des Pachtvertragsrechts..... | 77 |
| 1.3 | Anwendbarkeit des Kaufrechts..... | 77 |
| 1.4 | Vorvertragliche Aufklärungs- und Beratungspflichten..... | 78 |
| 2. | Leistungsumfang | 80 |
| 3. | Mängelgewährleistungsrechte | 81 |
| 3.1 | Mängel von Computerprogrammen | 81 |
| 3.2 | Rechte des Käufers..... | 85 |
| 3.3 | Verlust der Mängelgewährleistungsrechte | 87 |
| 3.4 | Regelung der Gewährleistung durch Allgemeine Geschäftsbedingungen | 89 |
| 4. | Verspätete Leistung (Verzug) und Nichterfüllung | 90 |
| 5. | Produkthaftung..... | 91 |
| V. | Verträge über Herstellung und Überlassung von EDV-Anlagen..... | 93 |
| 1. | Herstellung und Überlassung von EDV-Anlagen..... | 93 |
| 2. | Leistungsumfang | 93 |
| 3. | Leistungsstörungen | 94 |
| 3.1 | Gewährleistung | 94 |
| 3.2 | Nebenpflichten..... | 96 |
| 4. | Gemeinsamer Erwerb von Computerprogrammen und EDV-Anlagen..... | 96 |
| 4.1 | Einheitlichkeit des Vertrags und dessen Rechtsnatur..... | 96 |
| 4.2 | Mängelgewährleistungsrechte und sonstige Leistungsstörungen | 97 |
| VI. | Verträge über die Überlassung von Computerprogrammen und EDV-Anlagen auf Zeit..... | 99 |
| 1. | Anwendbarkeit des Mietrechts | 99 |
| 2. | Grundpflichten der Parteien..... | 100 |
| 3. | Leistungsstörungen | 101 |
| 3.1 | Mangelbegriff..... | 102 |
| 3.2 | Mangelbeseitigung..... | 102 |

| | | |
|-------|--|-----|
| 3.3 | Minderung..... | 102 |
| 3.4 | Schadensersatz | 103 |
| 4. | Beendigung des Mietvertrages | 104 |
| 5. | Leasing..... | 105 |
| 5.1 | Leasing und Urheberrecht..... | 106 |
| 5.2 | Beratungverschulden des Lieferanten..... | 106 |
| 5.3 | Lieferungsbestätigung und Abnahme der gelieferten Computerprogramme und EDV-Anlagen | 107 |
| VII. | Vertrieb von EDV-Anlagen und Computerprogrammen an Verbraucher | 109 |
| 1. | Verbraucherverträge..... | 109 |
| 2. | Fernabsatz von EDV-Anlagen und Computerprogrammen..... | 111 |
| 2.1 | Anwendungsbereich des Fernabsatzrechts..... | 111 |
| 2.2 | Informationspflichten des Anbieters im Fernabsatz..... | 112 |
| 2.3 | Das Widerrufsrecht des Verbrauchers..... | 113 |
| 3. | Verbrauchsgüterkauf..... | 118 |
| VIII. | Verträge über Wartung und Pflege von EDV-Anlagen..... | 120 |
| 1. | Servicevertrag | 120 |
| 1.1 | Rechtliche Einordnung | 120 |
| 1.2 | Bestehen einer Abschlusspflicht im Rahmen von Softwarepflege? | 121 |
| 1.3 | Bestehen einer Abschlusspflicht im Rahmen von Hardwarewartung?..... | 122 |
| 1.4 | Leistungsumfang..... | 123 |
| 1.5 | Leistungsstörungen..... | 127 |
| 1.6 | Beendigung | 127 |
| 2. | Update- bzw. Upgrade-Vertrag..... | 128 |
| 3. | Instandsetzungs- und Vollpflegeverträge | 130 |
| IX. | Besonderheiten von Open-Source- Computerprogrammen..... | 132 |
| 1. | Begriffsbestimmung und Bedeutung..... | 132 |
| 2. | Wesentlicher Inhalt der GPLv3-Lizenzbedingungen | 133 |
| 2.1 | Vervielfältigung und Verbreitung | 133 |
| 2.2 | Überlassen des Quellcodes..... | 133 |
| 2.3 | Veränderung und Weiterentwicklung | 133 |
| 2.4 | Verbreitung veränderten Quellcodes..... | 134 |
| 2.5 | Diskriminierung und Einschränkungen des Einsatzbereichs | 134 |
| 2.6 | Lizenzverknüpfung oder Bindung an bestimmtes Produkt..... | 134 |
| 2.7 | Einschränkung anderer Software / Technologieneutralität | 134 |

| | | |
|-----|---|-----|
| 3. | Urheberrechtlicher Schutz von Open Source Software | 135 |
| 3.1 | Kein wirksamer Verzicht auf das Urheberrecht..... | 135 |
| 3.2 | Urheberschaft | 136 |
| 4. | Vertriebsformen von Open-Source- Computerprogrammen..... | 137 |
| 5. | GPLs im Lichte des deutschen AGB-Rechts | 138 |
| 5.1 | Anwendbarkeit deutschen Rechts | 138 |
| 5.2 | Nutzungsrechtseinräumung | 139 |
| 5.3 | Bearbeitungsrecht..... | 140 |
| 5.4 | Vervielfältigungsrecht..... | 140 |
| 5.5 | Verbreitungsrecht | 141 |
| X. | Computerprogrammspezifische Problemstellungen..... | 143 |
| 1. | Ergänzende Vertragsbedingungen für die Beschaffung von IT-Leistungen (EVB-IT)..... | 143 |
| 1.1 | Bedeutung und Rechtscharakter der EVB-IT..... | 143 |
| 1.2 | Das gemeinsame Haftungsmodell der EVB-IT | 144 |
| 1.3 | Die Regelungen der EVB-IT..... | 144 |
| 1.4 | Fortgeltende Regelungen der BVB | 149 |
| 2. | Schutzhüllenverträge..... | 149 |
| 3. | Application Service Providing..... | 151 |
| 4. | IT-Outsourcing..... | 153 |
| XI. | Cloud Computing | 155 |
| 1. | Überblick | 155 |
| 1.1 | Begriff und Gegenstand des Cloud Computing | 155 |
| 1.2 | Anwendungsfelder und Beteiligte..... | 157 |
| 2. | Vertragsrecht..... | 158 |
| 2.1 | Anwendbares Recht..... | 159 |
| 2.2 | Vertragstyp..... | 159 |
| 2.3 | Vertragsinhalt | 159 |
| 2.4 | Verträge zwischen Cloud-Providern..... | 160 |
| 3. | Haftung des Cloud-Anbieters für Verletzung von Rechten Dritter..... | 161 |
| 3.1 | Anwendbares Recht..... | 161 |
| 3.2 | Materielle Voraussetzungen der Haftung..... | 162 |
| 3.3 | Datensicherheit..... | 162 |
| 4. | Urheberrechtliche Aspekte des Cloud Computing..... | 163 |
| 4.1 | Verwertungshandlungen des Cloud-Anbieters..... | 163 |
| 4.2 | Verwertungshandlungen des Cloud-Nutzers | 164 |

| | | |
|-------|---|-----|
| 5. | Datenschutzrecht | 165 |
| 5.1 | Die Reform des EU-Datenschutzrechts | 165 |
| 5.2 | Auftragsdatenverarbeitung | 166 |
| 5.3 | Cloud Computing außerhalb der Auftragsdatenverarbeitung | 177 |
| XII. | Wiederholungsfragen und Musterlösungen | 182 |
| XIII. | Ausgewählte Entscheidungen | 197 |
| XIV. | Internetadressen | 202 |
| XV. | Literatur..... | 203 |

I. Einführung

EDV-Anlagen und Computerprogramme sind eine zentrale Grundlage der Informationsgesellschaft. Die Nutzung von EDV-Anlagen und Computerprogrammen ist meist sehr kostenintensiv und erfolgt oft auf unterschiedlichste Weise. Insbesondere im Zusammenhang mit Computerprogrammen ergibt sich dabei eine Reihe von rechtlichen Problemen, bei denen die Interessen von Herstellern, Programmierern, Nutzern und schließlich auch der Öffentlichkeit miteinander in Ausgleich gebracht werden müssen. Diese Fragen sind der Kern des IT-Vertragsrechts.

1. IT-Vertragsrecht

Unter IT-Vertragsrecht wird dasjenige Vertragsrecht verstanden, welches die Erbringung von Leistungen im Zusammenhang mit Computerprogrammen und EDV-Anlagen zum Inhalt hat.

1.1 Wirtschaftliche Vorüberlegungen

Die Entwicklung von Computerprogrammen und EDV-Anlagen oder einzelnen Komponenten stellt oftmals einen langwierigen Prozess dar, der mehrere Jahre dauern und dabei sehr kapitalintensiv sein kann. Das Endprodukt dieses kostenintensiven Herstellungsvorgangs ist aber ohne weiteres sehr leicht zu kopieren, so dass für den Entwickler das Risiko besteht, die getätigten Investitionen aufgrund der Verbreitung der Computerprogramme durch nicht lizenzierte Kopien nicht amortisieren zu können. Aus diesem Grund ist ein umfassender rechtlicher Schutz notwendig, dem auch die vertragliche Gestaltung bei Herstellung oder Erwerb von Computerprogrammen Rechnung tragen muss (siehe II.).

1.2 Vertragsarten und Inhalt des Kurses

Das IT-Vertragsrecht lässt sich dabei in verschiedene Unterabschnitte aufteilen, die den wirtschaftlichen Gegebenheiten bei der Vertragsgestaltung über die Nutzung und Überlassung von Computerprogrammen und EDV-Anlagen entsprechen.

Dabei handelt es sich zunächst um Verträge zur Erstellung von Computerprogrammen (siehe III.). Diese haben vor allem bei umfangreicher gewerblicher Nutzung von EDV-Anlagen Bedeutung. Insbesondere industrielle Produktionsanlagen sind oftmals einmalig, so dass ihre Steuerungsprogramme und die entsprechenden EDV-Anlagen individuell erstellt werden müssen und oftmals in einem anderen Zusammenhang nicht verwendet werden können. Aber auch kleinere Unternehmen benötigen oftmals individuelle Lösungen für bestimmte betriebsinterne Abläufe.

Neben den Verträgen über die Erstellung individueller Computerprogramme stellen Verträge über den dauerhaften Erwerb von Computerprogrammen ein wichtiges Gebiet des IT-Vertragsrechts dar (siehe IV.). Auch wenn in diesen Fällen die Parteien gerade keine individuelle Anpassung des jeweiligen Produkts vornehmen, kann sich auch in diesem Zusammenhang eine Reihe von Problemen bei der Vertragsgestaltung und -durchführung ergeben.

I. Einführung

Genauso wie bei Computerprogrammen sind Verträge über die Herstellung und zur Überlassung von EDV-Anlagen zu unterscheiden, bei denen sich jeweils spezifische Fragen ergeben (siehe V.)

Bei den Verträgen über die Überlassung von EDV-Anlagen und Computerprogrammen muss dabei zwischen einer dauerhaften und einer nur vorübergehenden Überlassung unterschieden werden. Gerade im gewerblichen Bereich werden EDV-Anlagen und Computerprogramme oftmals nur für einen bestimmten Zeitraum genutzt und aus Finanzierungsgründen nicht dauerhaft erworben. Hier werden Verträge über die Überlassung von EDV-Anlagen und Computerprogrammen auf Zeit geschlossen (siehe VI.)

Besonderheiten bestehen beim Vertrieb von EDV-Anlagen und Computerprogrammen an Verbraucher (siehe VII.)

Eine weitere Gruppe bilden die Verträge über die Wartung und Pflege von EDV-Anlagen und Computerprogrammen (siehe VIII.), die ebenfalls vor allem im gewerblichen Bereich von großer wirtschaftlicher Bedeutung sind. Insbesondere kleine und mittelständische Unternehmen sind oftmals auf umfangreiche EDV-Anlagen angewiesen, ohne gleichzeitig das Personal und die Ressourcen für die Wartung und Pflege zur Verfügung zu haben. Ein Outsourcing dieser Tätigkeiten ist daher oft unvermeidlich.

Eine besondere Gruppe bilden schließlich die Verträge im Rahmen der so genannten Open-Source-Computerprogramme (siehe IX.), die in den letzten Jahren aufgrund der Dominanz einzelner Hersteller für den Endverbrauchermarkt einen enormen Zuwachs erfahren haben.

Besonderheiten ergeben sich auch bei Verträgen, die den EVB-IT unterliegen, sowie bei einer Reihe aktueller Entwicklungen wie ASP und Outsourcing (siehe X.)

Auch die Auslagerung von Daten in dezentral organisierte IT-Infrastruktur im Rahmen des Cloud-Computing gewinnt in der Praxis an Bedeutung (siehe XI.). Vor allem im Bereich des Datenschutzes stellen sich dort vielfältige Probleme, die bei der Vertragsgestaltung bedacht werden müssen.

Schlüsselwörter:

Verträge über die Herstellung und Überlassung von EDV-Anlagen, Verträge zur Herstellung und Überlassung von Computerprogrammen, Verträge über die Überlassung von EDV-Anlagen und Computerprogrammen auf Zeit, Open-Source-Computerprogramme, Verträge über die Wartung und Pflege von EDV-Anlagen

2. Begriff und Rechtsnatur der Computerprogramme

Eine Legaldefinition des Begriffs der Computerprogramme existiert nicht. Auch die (wenigen) spezialgesetzlichen Regelungen über Computerprogramme in den §§ 69a ff. UrhG enthalten keine abschließende Definition des Begriffs. Der Gesetzgeber hat von derartigen Definitionsversuchen Abstand genommen, um sich bei der technischen Entwicklung nicht verfrüht auf ein bestimmtes Modell festzulegen und damit bei künftigen Entwicklungen das Regelungsziel des Schutzes von Computerprogrammen nicht zu erreichen.¹ Ein Computerprogramm wird aber gemeinhin als eine Folge von Befehlen definiert, die der Steuerung von informati-

¹ Begr. RegE zu § 69a Abs. 1 UrhG, BT-Drucks. 12/4022, S. 9.

I. Einführung

onsverarbeitenden Maschinen dienen.² Nach richtiger Ansicht meinen die Begriffe „Computerprogramm“ und „Software“ im Übrigen dasselbe,³ daher werden sie im Folgenden synonym verwendet. Unter diese Begriffe fallen auch die die Steuerung ergänzenden Daten, mithin also all die immateriellen Komponenten, die typischerweise (mit) auf einem Datenträger verkörpert werden (z. B. Bilder oder der Inhalt von Datenbanken).⁴ Es ist unerheblich, in welcher Form das Computerprogramm dabei vorliegt, sodass auch alle Arten von Programmiersprachen erfasst sind. Ebenso ist es unbeachtlich, ob das Computerprogramm in einem Quell- oder einem Objektcode vorliegt.

Eine besondere Schwierigkeit des IT-Vertragsrechts ist die Bestimmung der Rechtsnatur eines Computerprogramms. Teilweise werden Computerprogramme als Sachen i. S. des § 90 BGB bezeichnet.⁵ Auch die Rechtsprechung hat Software mehrfach als Sache qualifiziert.⁶ Hintergrund dieser Entscheidung bzw. Vorgehensweise ist wohl die Absicht, Computerprogramme den allgemeinen kaufrechtlichen Vorschriften zu unterstellen.⁷ Auch wenn dies im Ergebnis der richtige Ansatz ist, muss ein Computerprogramm dafür nicht zwingend als Sache definiert werden, da Kaufverträge auch über andere Rechte und auch über immaterielle Güter möglich sind (vgl. § 453 BGB).⁸ In diesem Sinne hat auch der BGH in anderen Urteilen zurückhaltender formuliert und lediglich im Ergebnis die Anwendbarkeit von Kaufrecht bejaht.⁹

Die Zweifelhafteigkeit des Ansatzes, Computerprogramme schlechthin oder bei Lieferung auf einem Datenträger als Sache zu bezeichnen, zeigt sich vor allem bei einer näheren Betrachtung eines Vertrags über die Herstellung oder den Erwerb eines Computerprogramms. In beiden Fällen erfolgt zwar meist eine Lieferung des Computerprogramms auf einem Datenträger, an dem der jeweilige Vertragspartner auch Eigentum erwirbt. Zentraler Gegenstand des Vertrags ist aber die Einräumung bzw. der Erwerb eines Nutzungsrechts an dem Computerprogramm. Darüber hinaus würde die Annahme einer Sache auch das Vollstreckungsrecht vor große Schwierigkeiten stellen, da dann im Falle einer Zwangsvollstreckung conse-

² Siehe statt vieler Moritz in Taeger/Pohle, Computerrechts-Handbuch, Nr. 31 Rn. 2, m. w. N.

³ Schneider in Schneider, Handbuch des EDV-Rechts, G, Rn. 20; a. A. Gennen in Schwartmann, Praxishandbuch Medien-, IT- und Urheberrecht, Kapitel 21, Rn. 10 ff. (Software als Oberbegriff für Computerprogramme und deren Dokumentation); Harte-Bavendamm/Wiebe in Taeger/Pohle, Computerrechts-Handbuch, Nr. 51, Rn. 6.

⁴ Im Ansatz ähnlich von dem Bussche/Schelinski in Leupold/Glossner, Münchener Anwaltshandbuch IT-Recht, Teil 1, Rn. 47.

⁵ Härting, ITRB 2002, 218, 219; Hoffmann, MMR 2010, 25; Maume/Wilser, CR 2010, 209; Schweinoch, CR 2010, 1, 2; Sedlmeier/Kolk, MMR 2002, 75, 77; von dem Bussche/Schelinski in Leupold/Glossner, Münchener Anwaltshandbuch IT-Recht, Teil 1, Rn. 47 f.; wohl auch Bauer/Witzel, ITRB 2003, 62, 63; Bräutigam/Rücker, CR 2006, 361, 365; Thewalt, CR 2002, 1, 4.

⁶ BGH, Urt. v. 15.11.2006 – Az. XII ZR 120/04, NJW 2007, 2394; BGH, Urt. v. 14.7.1993 – Az. VIII ZR 147/92, NJW 1993, 2436, 2437 f.; BGH, Beschl. V. 2.5.1985 – Az. I ZB 8/84, NJW-RR 1986, 219; LG Siegen, Urt. v. 26.2.2014 – Az. I-12 U 112/13, NJW-RR 2014, 878. Anders hingegen BGH, Urt. v. 18.10.1989 – Az. VIII ZR 325/88, BGHZ 109, 97, 100: Hier werden ausdrücklich nur die Datenträger als Sachen bezeichnet.

⁷ Vgl. Fritzsche in Bamberger/Roth, BeckOK BGB, § 90, Rn. 26; Heydn, CR 2010, 765, 772 f.; Müller-Hengstenberg, NJW 1994, 3128, 3131 f.; Redeker, IT-Recht, Rn. 279.

⁸ So ausdrücklich Begr. des Entwurfs zum Schuldrechtsmodernisierungsgesetz (dort zu § 453 Abs. 1 BGB), BT-Drucks. 14/6040, S. 242; siehe auch Fritzsche in Bamberger/Roth, BeckOK BGB, § 90, Rn. 26; Redeker, IT-Recht, Rn. 279.

⁹ BGH, Urt. v. 4.11.1987 – Az. VIII ZR 314/86, BGHZ 102, 135, 141 („Annahme eines Kaufvertrags liegt nahe“); BGH, Urt. v. 24.1.1990 – Az. VIII ZR 22/89, NJW 1990, 1290, 1291; BGH, Urt. v. 7.3.1990 – Az. VIII ZR 56/89, NJW 1990, 3011, 3012; BGH, Urt. v. 22. 12. 1999 – Az. VIII ZR 299/98, NJW 2000, 1415 („jedenfalls entsprechend anwendbar“).

I. Einführung

quenterweise eine Sachpfändung und keine Pfändung von Rechten durchgeführt werden müsste. Die bloße Pfändung des Datenträgers mit dem Computerprogramm gestattet aber gerade nicht immer dessen Nutzung. Richtigerweise sind daher in der Zwangsvollstreckung sowohl eine Sachpfändung des Datenträgers (§§ 808 ff. ZPO) als auch eine Pfändung der Nutzungsrechte (§ 857 ZPO).¹⁰ Bei Computerprogrammen handelt es sich daher nach richtiger Auffassung nicht um Sachen i.S. von § 90 BGB.¹¹ Davon unabhängig ist aber die Frage, welcher Vertragstyp bei den Verträgen über die Herstellung oder den Erwerb eines Computerprogramms vorliegt (siehe dazu ausführlich unten 1.2. und 1.).

In europarechtlicher Hinsicht fällt Software unter den Begriff der digitalen Inhalte, der in zahlreichen Gesetzgebungsakten verwendet wird. Der europäische Gesetzgeber strebt in zahlreichen Bereichen eine Gleichstellung digitaler Inhalte mit sonstigen Gegenständen an. Jüngst hat die Europäische Kommission einen Entwurf für eine Richtlinie über bestimmte vertragsrechtliche Aspekte der Bereitstellung digitaler Güter vorgelegt.¹² Dieser Entwurf betrifft die dauerhafte Überlassung von Software an Verbraucher und ist – da sowohl die individuelle Herstellung von Software als auch die Überlassung von Standardsoftware erfasst wird – für die hiesige Darstellung gleich mehrfach von Bedeutung (insbesondere unten III. und IV.).

Schlüsselwörter:

Sache, Computerprogramm, Rechtsnatur des Computerprogramms

Fragen zur Lernkontrolle

1. Welche Arten von Verträgen kennt das IT-Vertragsrecht?
2. Welche Rechtsnatur haben Computerprogramme?

¹⁰ Koch in Kindl/Meller-Hannich/Wolf, Zwangsvollstreckung, § 857 ZPO, Rn. 30.

¹¹ Diedrich, CR 2002, 473, 475; Dörner/Jersch, iur 1988, 137, 142; Ellenberger in Palandt, BGB, § 90, Rn. 2; Stresemann in MünchKommBGB, § 90, Rn. 25; Moritz in Kilian/Heussen, Nr. 31, Rn. 16 ff.; Müller-Hengstenberg, CR 2004, 161, 164; Redeker, IT-Recht, Rn. 286; Vieweg in jurisPK-BGB, § 90, Rn. 11.

¹² Entwurf der Kommission 2015/0287 (COD) vom 9.12.2015.

II. Schutz von Computerprogrammen

Die Regelungen zum Schutz von Computerprogrammen schaffen die rechtlichen Rahmenbedingungen des IT-Vertragsrechts, da sich aus ihnen ergibt, in welchem Umfang eine vertragliche Vereinbarung über Computerprogramme getroffen werden kann. Der Schutz von Computerprogrammen wird vor allem durch das Urheberrecht (sogleich 1.), in geringerem Maße auch durch das Patentrecht und das Markenrecht geprägt (unten 2.).

1. Urheberrechtlicher Schutz von Computerprogrammen

1.1 Rechtliche Grundlagen

Computerprogramme sind durch das Urheberrecht umfassend rechtlich geschützt. § 2 Abs. 1 Nr. 1 UrhG nennt Computerprogramme ausdrücklich als tauglichen Schutzgegenstand des Urheberrechts. Dabei werden Computerprogramme als Sprachwerke eingeordnet.

Die §§ 69a ff. UrhG enthalten besondere Regelungen zum urheberrechtlichen Schutz von Software. Diese Regelungen wurden ursprünglich zur Umsetzung der sog. Computerprogramm-Richtlinie¹³ geschaffen. Die Computerprogramm-Richtlinie wurde durch eine neue Computerprogramm-Richtlinie (auch: Software-Richtlinie)¹⁴ aufgehoben (vgl. dort Art. 10). Eine weitere Anpassung der §§ 69a ff. UrhG aufgrund der Software-Richtlinie ist nicht erfolgt. Aufgrund der Richtlinien besteht innerhalb der Europäischen Union weitestgehend ein vergleichbarer Schutzzumfang für Computerprogramme.

Beim urheberrechtlichen Schutz von Computerprogrammen gelten wichtige Besonderheiten gegenüber anderen Werken. Die allgemeinen Regeln des Urheberrechts gelten gemäß § 69a Abs. 4 UrhG nur, soweit die §§ 69a–69g UrhG keine abweichenden Regelungen enthalten.

Dagegen sind die allgemeinen Vorschriften des Urheberrechts neben den §§ 69a ff. UrhG auf sog. Hybridwerke parallel anwendbar (hierzu sogleich 1.2.). Bei Hybridwerken handelt es sich um Kombinationen von Computerprogrammen mit weiteren schöpferischen Elementen (z. B. grafischer oder klanglicher Natur).

1.2 Schutzgegenstand

Das Computerprogramm als Schutzgegenstand des Urheberrechts wird in § 69a UrhG genauer beschrieben. Danach sind neben Computerprogrammen auch deren Entwürfe geschützt. Zum Entwurfsmaterial zählen sämtliche Vor- und Zwischenstufen, wie etwa der Datenflussplan, sofern die vorbereitende Arbeit die spätere Entstehung eines Computerprogramms zulässt,¹⁵ nicht dagegen rein konzeptionelle Vorgaben, etwa kaufmännischer oder betriebswirtschaftlicher Art.¹⁶

¹³ Richtlinie 91/250/EWG des Rates vom 14. Mai 1991 über den Rechtsschutz von Computerprogrammen, ABl. EG Nr. L 122 vom 17.5.1991.

¹⁴ Richtlinie 2009/24/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 23. April 2009 über den Rechtsschutz von Computerprogrammen, ABl. EG Nr. L 111/16 vom 5.5.2009.

¹⁵ Dreier in Dreier/Schulze, Urheberrechtsgesetz, § 69a, Rn. 14.

¹⁶ OLG Köln, Urt. v. 08.04. 2005 – Az. 6 U 194/04, GRUR-RR 2005, 303, 305.

II. Schutz von Computerprogrammen

Dabei ist unerheblich, in welcher Form diese Entwürfe oder das Computerprogramm niedergelegt sind. Der Schutz erstreckt sich somit auch auf eine Niederlegung des Computerprogramms in gedruckter, digitaler oder grafischer Form. Keine Bedeutung für die Erfassung von Computerprogrammen hat auch deren Zweck oder Einsatzmöglichkeit. Daher ist es unerheblich, ob es sich bei einem Computerprogramm etwa um ein Textverarbeitungs-, Grafik- oder Betriebsprogramm handelt.¹⁷

Der urheberrechtliche Schutz von Computerprogrammen findet seine Begrenzung in bloßen Ideen und Grundsätzen, die einem Computerprogramm zugrunde liegen (§ 69a Abs. 2 UrhG). Das Urheberrecht dient lediglich dem Schutz des geistigen Werkes des Urhebers und soll dabei nicht zu einer Monopolisierung von neuen und abstrakten Gedanken genutzt werden, da dies zu einer äußerst gravierenden Beschränkung der Weiterentwicklung der Technik führen würde. Dementsprechend nehmen etwa zum Allgemeingut zählende Algorithmen, also allgemein bekannte Rechenregeln, am Schutz des Computerprogramms nicht teil,¹⁸ auch wenn diese für die Lösung bestimmter Aufgaben grundsätzlich geeignet sind; sie stellen jedoch lediglich wissenschaftliche Lehren dar. Sie können jedoch Schutz erfahren, wenn in einer nicht zum Allgemeingut zählenden Aneinanderreihung verschiedener Rechenschritte mitunter schon ein schutzfähiger Programmbestandteil gesehen werden kann,¹⁹ sodass aufgrund der Art und Weise der Implementierung sowie der Zuordnung der Rechenschritte zueinander eine Schutzfähigkeit bejaht werden kann.²⁰ Aber auch Programmiersprachen sind insofern nicht schutzfähig, als sie nur allgemeine Grundsätze verkörpern.²¹ Die genaue Abgrenzung der Schutzfähigkeit von Computerprogrammen ist äußerst schwierig und kann abstrakt nur begrenzt durchgeführt werden. Vielmehr muss eine Betrachtung im Einzelfall erfolgen, bei der die Interessen der Allgemeinheit und die Interessen des Programmierers bzw. Herstellers der Computerprogramme gegeneinander abgewogen werden müssen.

Schutzfähig ist aber nicht nur das Programm im Ganzen, sondern auch einzelne Unterprogramme, Module und sonstige Programmteile, sofern sie die Voraussetzungen von § 69a UrhG erfüllen, nicht von untergeordneter Bedeutung sind und eine eigene Befehlsstruktur besitzen.²² Dass sie ihrerseits autonom funktionsfähig sind, ist dabei nicht erforderlich.²³

In manchen Fällen, insbesondere bei Computerspielen, sind Computerprogramme mit weiteren Elementen grafischer und klanglicher Art zu einem eigenständigen Gesamtwerk, einem sog. Hybridwerk, zusammengefügt. In diesen Fällen sind die Programmbestandteile als Computerprogramm gemäß § 69a ff. UrhG geschützt (siehe II.1.1.). Das Gesamtwerk insgesamt ist nach allgemeinem Urheberrecht geschützt, wenn die über die Programmfunktion hinausgehenden Inhalte einen eigenen schöpferischen Gehalt aufweisen.²⁴ Dem steht nicht

¹⁷ Redeker, IT-Recht, Rn. 5; Wiebe in Leupold/Glossner, Münchener Anwaltshandbuch IT-Recht, Teil 3, Rn. 13.

¹⁸ BGH, GRUR 1991, 449, 453; Ensthaler/Möllenkamp, GRUR 1994, 151 f.; Grützmaker in Wandtke/Bullinger, Urheberrecht, § 69a, Rn. 28.

¹⁹ Dreier, GRUR 1993, 781, 786; Haberstumpf, GRUR 1986, 222, 227 f.; ähnlich Grützmaker in Wandtke/Bullinger, Urheberrecht, § 69a, Rn. 28 (Schutzfähigkeit bei Einbeziehung in ein komplexeres Programm).

²⁰ BGH, GRUR 1991, 449, 453; Lehmann, NJW 1991, 2112, 2113.

²¹ Vgl. EuGH, Urt. v. 2.5.2012 – Rs. C-406/10, MMR 2012, 468, 469 f. (Rn. 42 ff.); Czychowski in Fromm/Nordemann, Urheberrecht, § 69a, Rn. 31.

²² OLG Hamburg, Urt. v. 11.01.2001 – Az. 3 U 120/00, GRUR-RR 2001, 289, 290.

²³ Grützmaker in Wandtke/Bullinger, Urheberrecht, § 69a, Rn. 12.

²⁴ EuGH, Urt. v. 23.1.2014 – Rs. C-355/12, GRUR 2014, 255, 257 (Rn. 21); vgl. auch BGH, Urt. v. 6.10.2016 – Az. I ZR 25/15, GRUR 2017, 266, 273 (Rn. 65 ff.).

II. Schutz von Computerprogrammen

entgegen, dass die Software-Richtlinie gegenüber der InfoSoc-Richtlinie²⁵ generell die speziellere Regelung darstellt.²⁶ In der Literatur ist umstritten, ob sich der Schutz von sog. Hybridwerken ausschließlich nach den Vorschriften über Computerprogramme,²⁷ nach einer Schwerpunktbetrachtung²⁸ oder nach beiden Regelungsregimes nebeneinander²⁹ bestimmt. Der EuGH hat diese Frage nunmehr für die Praxis im Sinne der letztgenannten Auffassung entschieden.

Der BGH hat sich dieser Auffassung angeschlossen und die Regelung des § 95a Abs. 3 UrhG auch auf Maßnahmen zum Schutz eines Videospiele angewendet.³⁰ Die Anwendung war deshalb zweifelhaft, weil § 69a Abs. 5 UrhG die Anwendung der §§ 95a–95d UrhG auf Computerprogramme ausdrücklich ausschließt. Auch in einer weiteren Entscheidung des BGH wurde dieses gespaltene Schutzregime deutlich: Im Oktober 2016 hat der BGH entschieden, dass zwar das Ablaufenlassen eines Computerspiels unter Überschreitung der vertraglich gestatteten Nutzung³¹ zum Zwecke der Software-Beobachtung zwar nach § 69d Abs. 3 UrhG (zu dieser Schranke noch unten II.1.7.3.) gestattet sei, diese Befugnis sich jedoch nicht auf solche Handlungen erstreckt, mit denen andere, im Computerspiel enthaltene audiovisuelle – nach allgemeinen Regeln des UrhG geschützte – Inhalte vervielfältigt werden.³²

Einen gesonderten Schutz erfahren schließlich die den Computerprogrammen meist beigelegten Handbücher oder Bedienungsanleitungen. Für diese gelten die allgemeinen Schutzbedingungen für Sprachwerke (§ 2 Abs.1 Nr. 7 UrhG),³³ wobei zu bedenken ist, dass sie in der Praxis ohnehin regelmäßig von Dritten verfasst werden.³⁴

Bloße Datensammlungen, welche keinerlei programmierte Befehle oder sonstige Anweisungen zur Steuerung des Computers enthalten, werden nicht als Computerprogramm, sondern allenfalls als Datenbank (§§ 87 a ff. UrhG) oder Datenbankwerk (§ 4 Abs. 2 UrhG) geschützt.³⁵ Auch grafische Benutzeroberflächen genießen keinen Schutz nach den §§ 69a ff. UrhG, können aber als Werk bei entsprechender Schöpfungshöhe schutzfähig sein.³⁶ Hyperlinks und Websites sind ebenfalls keine Computerprogramme i.S.d. § 69a Abs. 1 UrhG,³⁷ da sie in der Regel keinen Steuerungskern enthalten. Links enthalten lediglich Verweise, welche

²⁵ Richtlinie 2001/29/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 22. Mai 2001 zur Harmonisierung bestimmter Aspekte des Urheberrechts und der verwandten Schutzrechte in der Informationsgesellschaft, ABl. EG Nr. L 167/10 vom 22.6.2001.

²⁶ So EuGH, Urt. v. 3.7.2012 – Rs. C-128/11, GRUR 2012, 904, 906 (Rn. 56); BGH, Urt. v. 6.10.2016 – Az. I ZR 25/15, GRUR 2017, 266, 273 (Rn. 66).

²⁷ So wohl nur Götting in Schricker/Loewenheim, Urheberrecht, § 95a Rn. 4.

²⁸ So – wenngleich mit unterschiedlichen Ansätzen zur Bestimmung des Schwerpunkts im Hinblick auf Computerspiele – etwa Bullinger/Czychowski, GRUR 2011, 19, 21; Czychowski in Fromm/Nordemann, Urheberrecht, § 69a, Rn. 10, 45; Grützmaker in Wandtke/Bullinger, Urheberrecht, § 69 a, Rn. 83; Kreutzer, CR 2007, 1, 6 f.

²⁹ Hierfür schon BGH, Beschl. v. 6.2.2013 – Az. I ZR 124/11, GRUR 2013, 1035, 1036 (Rn. 24); Arnold/Timmann, MMR 2008, 286, 287 (dort m.w.N. in Fn. 7).

³⁰ BGH, Urt. v. 27.11.2014 – Az. I ZR 124/11, MMR 2015, 460, 462 (Rn. 44).

³¹ Im Streitfall erfolgte eine Rechteeinräumung für die Nutzung zu privaten Zwecken, eine gewerbliche Nutzung war indes nicht vom Lizenzvertrag umfasst.

³² BGH, Urt. v. 6.10.2016 – Az. I ZR 25/15, GRUR 2017, 266, 273 (Rn. 67).

³³ Grützmaker in Wandtke/Bullinger, Urheberrecht, § 69a, Rn. 13.

³⁴ Dreier in Dreier/Schulze, Urheberrechtsgesetz, § 69a, Rn. 15.

³⁵ Dreier in Dreier/Schulze, Urheberrechtsgesetz, § 69a, Rn. 12.

³⁶ EuGH, Urt. v. 22.12.2010 – Rs. C-393/09, CR 2011, 221.

³⁷ Dreier in Dreier/Schulze, Urheberrechtsgesetz, § 69a, Rn. 12.

den Internet-Browser zu einem bestimmten Webinhalt führen. Websites, die gewöhnlich auf einer HTML-Datei (Hyper Text Markup Language) basieren, enthalten in aller Regel lediglich Darstellungshinweise für bestimmte Inhalte.³⁸

Das Webdesign hingegen kann – die erforderliche Schöpfungshöhe vorausgesetzt – als Werk der angewandten Kunst (§ 2 I Nr. 4 UrhG) oder als Multimediawerk (§ 2 I Nr. 6 Alt. 2 UrhG) geschützt sein.³⁹ Auch einzeln abrufbaren Bilddateien oder eingebundene Daten (bzw. Teilen eines Softwareprogramms) kann urheberrechtlicher Schutz zuteilwerden.⁴⁰

Schlüsselwörter:

Urheberrecht, Algorithmen, Handbücher, Bedienungsanleitungen, Websites

1.3 Anforderungen an die Originalität (§ 69a Abs. 3 UrhG)

Ebenso wie die übrigen vom Urheberrecht geschützten Werke müssen auch Computerprogramme individuell sein, das heißt eine eigenschöpferische Gestaltung (sogenannte Schöpfungshöhe) aufweisen. Hintergrund dieses Kriteriums ist die Beschränkung des urheberrechtlichen Schutzes auf innovative Vorgänge und somit die Förderung der technischen Fortentwicklung. An das Kriterium der eigenen geistigen Schöpfung dürfen allerdings keine überzogenen Anforderungen gestellt werden. Die Rechtsprechung hatte zwar ursprünglich eine Schutzfähigkeit von Computerprogrammen nur angenommen, wenn das Computerprogramm in seiner Formgestaltung so ausgeprägt ist, dass es weit oberhalb des Könnens eines Durchschnittsprogrammierers liegt.⁴¹ Dieser Ansatz ist allerdings durch die Einführung von § 69a Abs. 3 UrhG obsolet und auch von der Rechtsprechung weitestgehend aufgegeben worden.⁴² Es ist vielmehr ausreichend, wenn ein Computerprogramm gegenüber den bekannten und bereits bestehenden Gestaltungen eine individuelle Eigenart aufweist.⁴³ Somit wird auch die so genannte „Kleine Münze“ – also schon geringfügige Weiterentwicklungen (siehe hierzu noch unten II.1.5.1. und II.1.5.2.2.) von bestehenden Computerprogrammen – urheberrechtlich geschützt.⁴⁴ Ihre Schranken finden diese Anforderungen allerdings dann, wenn ein Computerprogramm lediglich ein anderes Werk nachahmt oder das Produkt einer völlig banalen, routinemäßigen Entwicklungsprozedur ist.

Im Falle eines komplexen Computerprogramms spricht nach Ansicht der Rechtsprechung eine tatsächliche Vermutung für die erforderliche Individualität,⁴⁵ die durch den Nachweis von Übereinstimmungen mit bekannten Programmierungen entkräftet werden kann.⁴⁶ Im Übrigen fehlt es für eine genaue Abgrenzung weitgehend an (höchstrichterlicher) Rechtsprechung, was vor allem darauf zurückzuführen ist, dass die Schutzfähigkeit von Computerpro-

³⁸ OLG Rostock, Beschl. v. 27.06.2007 – Az. 2 W 12/07, GRUR-RR 2008, 1.

³⁹ OLG Rostock, Beschl. v. 27.06.2007 – Az. 2 W 12/07, GRUR-RR 2008, 1, 2.

⁴⁰ OLG Hamburg, Urt. v. 12.03.1998 – Az. 3 U 226/97, CR 1998, 332, 333.

⁴¹ BGH, Urt. v. 9.5.1985 – Az. I ZR 52/83, BGHZ 94, 276, 287 (zur alten Rechtslage).

⁴² Czychowski in Fromm/Nordemann, Urheberrecht, § 69a, Rn. 14.

⁴³ BGH, Urt. v. 14.7.1993 – Az. I ZR 47/91, BGHZ 123, 208, 211.

⁴⁴ OLG München, Urt. v. 27.5.1999 – Az. 6 U 5497/98; Czychowski in Fromm/Nordemann, Urheberrecht, § 69a, Rn. 18; Haberstumpf in Lehmann, S. 199, Rn. 88 ff.

⁴⁵ BGH, Urt. v. 3.3.2005 – Az. I ZR 111/02, GRUR 2005, 860, 861; OLG Frankfurt, Urt. v. 27.1.2015 – Az. 11 U 94/13, GRUR 2015, 784; zustimmend Czychowski in Fromm/Nordemann, Urheberrecht, § 69a Rn. 20.

⁴⁶ Erdmann/Bornkamm, GRUR 1991, 877, 879.

grammen, aufgrund der im Vergleich zur alten Rechtsprechung deutlich zurückgenommenen Anforderungen, meist nicht mehr in Frage gestellt wird. Lediglich eine Indizwirkung für die Feststellung des urheberrechtlichen Schutzes eines Computerprogramms haben die Kosten für die Entwicklung, Auszeichnungen und Preise oder Verkaufszahlen, auch wenn diese Kriterien dem Urheberrecht bei der Bestimmung der Schöpfungshöhe an sich fremd sind. Da diese Kriterien jedoch meist eine Schutzfähigkeit indizieren, ist diese in jedem Fall für solche Computerprogramme anzunehmen, die regulär kommerziell vertrieben werden. Nicht unter den urheberrechtlichen Schutz fallen hingegen Programme, die lediglich einfachste und weitverbreitete, mithin also allgemein übliche, jedermann bekannte Befehlsketten verwenden und an deren Vertrieb ohnehin kaum ein ökonomisches Interesse besteht.

Einen Sonderfall bilden schließlich künstlich generierte Programme. Diese erfahren keinen urheberrechtlichen Schutz, da sie keine eigene geistige Schöpfung (eines Menschen) darstellen. Dies gilt grundsätzlich auch für Computerprogramme, die von so genannten Software-Generatorprogrammen erstellt werden, wobei das Software-Generatorprogramm als eigene geistige Schöpfung selbst unter den urheberrechtlichen Schutz fällt. Ein urheberrechtlicher Schutz dieser automatisch generierten Computerprogramme kommt nur dann in Betracht, wenn die ursprünglich vom Bediener getroffenen Parameter für die Generierung des Programms selbst dem urheberrechtlichen Schutz unterfallen können, was meist allerdings nicht der Fall ist. Angesichts zunehmender Möglichkeiten der Erzeugung von Inhalten und Werten durch Systeme, die mit „künstlicher Intelligenz“ ausgestattet sind, wird die Bedeutung dieses Aspekts in absehbarer Zukunft zunehmen; bislang geht die überwiegende Ansicht der Literatur allerdings weiterhin davon aus, dass von Maschinen erzeugte Inhalte keinen urheberrechtlichen Schutz genießen.⁴⁷

Schlüsselwörter:

Schöpfungshöhe, „Kleine Münze“, künstlich generierte Programme

1.4 Urheberschaft

Für die Urheberschaft an Computerprogrammen gelten gemäß § 69a Abs. 4 UrhG die allgemeinen Regeln der §§ 7 ff. UrhG. Schutzgegenstand des Urheberrechts ist eine persönliche geistige Schöpfung (§ 1 Abs. 2 UrhG). Daher können auch nur natürliche Personen Urheber im Sinne des Urheberrechts sein. Der Urheber ist gemäß § 7 UrhG nur die (natürliche) Person, die Schöpfer des Werkes ist (§ 7 UrhG), also das Computerprogramm selbst erstellt hat.

1.4.1 Miturheberschaft (§ 8 UrhG)

Aufgrund der Komplexität und Arbeitsintensität der Herstellung von Computerprogrammen werden diese meist durch mehrere Personen erstellt. Bei gemeinsamer inhaltlicher Arbeit an einem Computerprogramm sind diese Personen regelmäßig Miturheber (§ 8 UrhG).⁴⁸ Eine Miturheberschaft ist aber dann ausgeschlossen, wenn das Computerprogramm aus mehreren einzelnen und getrennt verwertbaren Bestandteilen zusammengesetzt ist,⁴⁹ die jeweils

⁴⁷ Hierzu etwa Samuelson, 47 U. Pitt. L. Rev. (1985-1986), 1185 ff.; Schaub, JZ 2017, 342, 346 ff.; im Ansatz auch Solum, 70 N.C. L. Rev. (1992), 1231, 1257 (mit Fn. 88); zu Folgefragen dieser Entwicklung im Überblick auch Borges, NJW 2018, 977.

⁴⁸ Czychowski in Fromm/Nordemann, Urheberrecht, § 69a, Rn. 3; Redeker, IT-Recht, Rn. 19.

⁴⁹ Gennen/Völkel, Recht der IT-Verträge, Rn. 286.

einzelnen von einem Urheber erstellt wurden. Wenn ein Computerprogramm, wie häufig, aus mehreren Modulen besteht, liegt in der Regel gleichwohl Miturheberschaft vor, da sich die einzelnen Module in der Regel nicht getrennt verwerten lassen. Soweit aber eine solche getrennte Verwertbarkeit vorliegt, handelt es sich lediglich um einen Fall der Werkverbindung nach § 9 UrhG, bei dem die einzelnen Urheber ihre Rechte leichter getrennt voneinander ausüben können.⁵⁰

Weitere Voraussetzung der Miturheberschaft ist, dass sich die einzelnen Urheber einer Gesamtidee unterwerfen⁵¹ und ihre Einzelbeiträge insofern aufeinander bzw. auf die Gesamtidee abstimmen. Diese Abstimmung ist bei Computerprogrammen zwingend notwendig, so dass bei einer Erstellung von Computerprogrammen durch mehrere Programmierer regelmäßig eine Miturheberschaft vorliegt. Keine Bedeutung für die Miturheberschaft hat zudem, ob die einzelnen Miturheber während des gesamten Entwicklungsvorgangs des Computerprogramms oder nur während einzelner Zeitabschnitte mitgewirkt haben, sofern jeweils eine Unterordnung unter eine gemeinsame Gesamtidee erfolgt.⁵² Es ist demnach sowohl eine vertikale Arbeitsteilung, bei der verschiedene Urheber auf der jeweiligen Entstehungsstufe nacheinander tätig werden, als auch eine horizontale Arbeitsteilung möglich, bei der die einzelnen Miturheber gleichzeitig verschiedene Abschnitte des Werkes erschaffen, die dann in einem einheitlichen Ganzen aufgehen.⁵³ Eine Schwierigkeit bei der Feststellung einer Miturheberschaft kann aber in der Bestimmung der jeweiligen schöpferischen Leistung eines jeden Miturhebers liegen.

Bei der Überarbeitung einer älteren Version eines Computerprogramms oder der Anpassung eines solchen etwa an konkrete Kundenvorgaben handelt es sich um Umarbeitungen eines bestehenden Werkes (dazu unten II.1.5.2.2.). Ein Urheberrecht kann an den hierdurch hervorgebrachten Umarbeitungen zunächst überhaupt nur entstehen, wenn die neuen bzw. späteren Programmierer das Computerprogramm tatsächlich soweit verändern bzw. fortentwickeln, dass dieses dadurch selbst eine schöpferische Leistung darstellt.⁵⁴ Hierdurch kann entweder eine vom ursprünglichen Programm abhängige Bearbeitung oder eine unabhängige Bearbeitung im Sinne einer freien Nutzung (§ 24 UrhG) entstehen. In beiden Fällen kommt jeweils eine Miturheberschaft zwischen dem ursprünglichen und dem neuen Programmierer in Betracht, wenn die neuen schöpferischen Beiträge in Unterordnung unter eine gemeinsame Gesamtidee erbracht werden.⁵⁵ Regelmäßig handelt es sich aber bei Aktualisierungen oder individuellen Anpassungen bloß um abhängige Bearbeitungen des bestehenden Programms, da dieses zumeist nicht seinem Wesen nach verändert wird.⁵⁶

Soweit eine Miturheberschaft nach § 8 UrhG vorliegt, können die Rechte aus der Urheberschaft auch nur von den Miturhebern gemeinsam ausgeübt werden. Die Miturheber bilden insofern eine Gesamthand (§ 8 Abs. 1 S. 1 UrhG), auf welche die Vorschriften der §§ 705 ff. BGB ergänzend Anwendung finden.⁵⁷ Die Bindung der Miturheber reicht dabei soweit, dass

⁵⁰ Schulze in Dreier/Schulze, Urheberrechtsgesetz, § 9, Rn. 2.

⁵¹ Redeker, IT-Recht, Rn. 19; Schulze in Dreier/Schulze, Urheberrechtsgesetz, § 8, Rn. 1 f.

⁵² BGH, Urt. v. 3.3.2005 – Az. I ZR 111/02, GRUR 2005, 860, 863; Czychowski in Fromm/Nordemann, Urheberrecht, § 69a, Rn. 3.

⁵³ Schulze in Dreier/Schulze, Urheberrechtsgesetz, § 8, Rn. 3.

⁵⁴ Schulze in Dreier/Schulze, Urheberrechtsgesetz, § 3, Rn. 11.

⁵⁵ BGH, Urt. v. 3.3.2005 – Az. I ZR 111/02, GRUR 2005, 860, 863.

⁵⁶ Vgl. Schulze in Dreier/Schulze, Urheberrechtsgesetz, § 8, Rn. 2.

⁵⁷ Schulze in Dreier/Schulze, Urheberrechtsgesetz, § 8, Rn. 12.

Änderungen an dem gemeinsam erstellten Computerprogramm auch nur mit Zustimmung aller Miturheber vorgenommen werden können (§ 8 Abs. 1 S. 1 Halbsatz 2 UrhG). Allerdings darf die Zustimmung dann nicht verweigert werden, wenn dies gegen Treu und Glauben verstoßen würde (§ 8 Abs. 1 S. 2 UrhG).

Ein besonderes Problem stellt in diesem Zusammenhang schließlich die Open Source Software dar. Bei dieser fügen einzelne Programmierer regelmäßig einzelne unabhängig voneinander entwickelte Softwaremodule zusammen. Dabei handelt es sich meist jedoch nicht um eine Miturheberschaft, sondern lediglich um eine Werkverbindung nach § 9 UrhG, da nicht ein, sondern vielmehr mehrere Werke entstehen und zusammengefügt werden.⁵⁸ Die Abgrenzung zur Miturheberschaft ist dabei schwierig und oftmals fließend. Soweit sich die Programmierer ständig bei der Entwicklung der gemeinsamen Computerprogramme austauschen und hierüber beraten, wird eher von einer Miturheberschaft auszugehen sein (zur Problematik der Open-Source-Computerprogramme siehe auch VIII.)

1.4.2 Urhebererschaft in Dienst- und Arbeitsverhältnissen (§ 69b UrhG)

Die rechtliche Zuordnung des Urheberrechts an den geistigen Schöpfer entspricht oftmals nicht den wirtschaftlichen Bedürfnissen, da Computerprogramme meist nicht von einzelnen oder sich zusammenschließenden Personen erstellt werden. Der Regelfall ist vielmehr die Erstellung von Computerprogrammen durch Arbeitnehmer in Unternehmen. § 69b UrhG trägt diesem Umstand dadurch Rechnung, dass ein Arbeitgeber, der Computerprogramme durch seine Arbeitnehmer erstellen lässt, ausschließlich zur Ausübung aller vermögensrechtlichen Befugnisse berechtigt ist und dem Arbeitnehmer soweit keine Rechte zukommen. Der Arbeitgeber erwirbt dabei aber lediglich die vermögensrechtlichen Befugnisse im Hinblick auf das Computerprogramm, da die Übertragung des Urheberrechts im Ganzen nicht möglich ist, vgl. § 29 UrhG. Er erhält somit eine gesetzliche Lizenz zur allumfassenden Nutzung des vom Arbeitnehmer entwickelten Computerprogramms. Die persönlichkeitsrechtlichen Befugnisse verbleiben hingegen bei dem jeweiligen Arbeitnehmer,⁵⁹ sodass bei diesem das Recht auf Anerkennung seiner Urhebererschaft (§ 13 UrhG) verbleibt. Diese Regelung findet auch auf Dienstverhältnisse Anwendung (§ 69b Abs. 2 UrhG), so dass auch sämtliche Personen erfasst sind, die in einem öffentlich-rechtlichen Dienstverhältnis stehen.⁶⁰ Eine abweichende Vereinbarung zwischen Arbeitnehmer und Arbeitgeber ist allerdings möglich, da es sich bei § 69b UrhG um eine dispositive Vorschrift handelt.⁶¹

Die Regelung des § 69b UrhG findet nur Anwendung, wenn das Computerprogramm tatsächlich von einem Arbeitnehmer im Rahmen seiner arbeitsvertragsrechtlichen Pflichten erstellt wurde. Somit ist es unerheblich, ob der Arbeitnehmer das Computerprogramm vollständig oder teilweise in seiner Freizeit erstellt, sofern feststeht, dass er dabei nur in Erfüllung seiner dienstlichen Aufgaben und Weisungen handelt.⁶² Soweit der Arbeitnehmer aber das Computerprogramm vor oder nach seiner Beschäftigung bei dem jeweiligen Arbeitgeber erstellt hat, kommt eine Anwendung von § 69b UrhG nicht mehr in Betracht.

⁵⁸ Redeker, IT-Recht, Rn. 22.

⁵⁹ Gennen/Völkel, Recht der IT-Verträge, Rn. 267.

⁶⁰ Grützmacher in Wandtke/Bullinger, Urheberrecht, § 69b, Rn. 3.

⁶¹ Czychowski in Fromm/Nordemann, Urheberrecht, § 69b, Rn. 17.

⁶² OLG Köln, Urt. v. 25.2.2005 – Az. 6 U 132/04, CR 2005, 557.

Keine Anwendung findet § 69b UrhG auf freie Mitarbeiter,⁶³ die also nicht dauerhaft in einem Abhängigkeitsverhältnis zu dem Besteller des Computerprogramms für die Erstellung des Computerprogramms stehen. Soweit im Rahmen dieses Verhältnisses keine ausdrückliche Regelung getroffen wird, bleiben auch die außerhalb der vertraglich vereinbarten Verwertung liegenden Rechte bei dem freien Mitarbeiter. Der Urheber räumt dem Besteller des Computerprogramms nach allgemeinen Grundsätzen (vgl. insbesondere § 31 Abs. 5 UrhG) – sofern die Rechte nicht explizit vertraglich geregelt werden – nur soweit Rechte an dem Computerprogramm ein, wie dies zur Erreichung des Vertragszwecks notwendig ist (Zweckübertragungslehre).⁶⁴ Dabei ist aber von besonderer Bedeutung, ob der freie Mitarbeiter das Computerprogramm für den Besteller des Computerprogramms zur Eigenverwendung oder etwa für ein Softwarehaus erstellt hat. Im letzteren Fall ist im Zweifel davon auszugehen, dass alle vermögensrechtlichen Befugnisse auf den Besteller des Computerprogramms übertragen werden sollen.⁶⁵ Bei der Erstellung von Individualsoftware hingegen ist im Zweifel davon auszugehen, dass der Besteller des Computerprogramms nur ein einfaches Nutzungsrecht sowie ggf. eine Bearbeitungserlaubnis erhalten soll.⁶⁶ Soweit der Besteller des Computerprogramms daher an einer exklusiven Nutzung des Computerprogramms interessiert ist, muss eine solche zusätzlich vertraglich vereinbart werden.

1.4.3 Übertragung der Urheberschaft

Das Urheberrecht ist als Ganzes gemäß § 29 UrhG nicht übertragbar, da es wegen seines persönlichkeitsrechtlichen Gehalts untrennbar mit der Person des Urhebers verbunden ist. Dies gilt auch für Computerprogramme. Es kann daher immer nur zur Einräumung von Nutzungsrechten an dem Computerprogramm kommen.

Schlüsselwörter:

Miturheberschaft, Open Source Software, Gesamthand, Arbeitnehmer, Dienstverträge, Zweckerreicherlehre, Übertragung der Urheberschaft

1.5 Rechte aus der Urheberschaft

Dem Urheber erwachsen aus der Urheberschaft verschiedene Rechte. Dabei handelt es sich zum einen um die so genannten Urheberpersönlichkeitsrechte (hierzu II.1.5.1) und zum anderen um die Verwertungsrechte (hierzu II.1.5.2).

1.5.1 Urheberpersönlichkeitsrechte

Das Urheberrecht räumt dem Urheber eines Werkes umfangreiche Rechte ein, die sein Persönlichkeitsrecht weitgehend schützen sollen. Dabei handelt es sich aber meist um Rechte, die im Zusammenhang mit den klassischen Werkformen des Urheberrechts (vgl. etwa die Aufzählung in § 2 UrhG) entwickelt worden sind. Für Computerprogramme besteht dieser urheberpersönlichkeitsrechtliche Schutz allerdings nicht in vollem Umfang.⁶⁷ Zum Teil wer-

⁶³ Grützmaker in Wandtke/Bullinger, Urheberrecht, § 69b, Rn. 3.

⁶⁴ Redeker, IT-Recht, Rn. 33 f. (dort: „Zweckübertragungslehre“).

⁶⁵ Redeker, IT-Recht, Rn. 34.

⁶⁶ Redeker, IT-Recht, Rn. 35.

⁶⁷ Grützmaker in Wandtke/Bullinger, Urheberrecht, § 69a, Rn. 48.

den die §§ 12–14, 39 Abs. 2 UrhG zwar als grundsätzlich anwendbar angesehen, wobei es in jedem Einzelfall auf eine Abwägung der widerstreitenden ideellen Interessen des Schöpfers auf der einen Seite und der Interessen des Werkverwerters an möglichst ungehinderter Werkverwertung auf der anderen Seite ankommt.⁶⁸ Andere sprechen sich dafür aus, die §§ 11 ff. UrhG schon im Grundsatz teleologisch zu reduzieren und bestenfalls teilweise anzuwenden, da das geistige Band zwischen Schöpfer und Werk bei Computerprogrammen nur äußerst schwach sei und Computerprogramme regelmäßig von einer Vielzahl von Personen entwickelt werden.⁶⁹

Das zentrale Urheberpersönlichkeitsrecht ist das Veröffentlichungsrecht (§ 12 UrhG), wonach der Urheber selbst bestimmen kann, ob und wie sein Werk überhaupt veröffentlicht werden kann. Zudem hat der Urheber nach § 13 UrhG das Recht auf Anerkennung seiner Urheberschaft. Von diesem Recht wird bei Computerprogrammen branchenweit meist jedoch kein Gebrauch gemacht. Der Urheber kann weiterhin auch einen Hinweis auf seine Urheberschaft (sog. Copyrightvermerk) verlangen.⁷⁰ Auch dies ist im Bereich von Software nicht üblich, sodass die Namen der Urheber regelmäßig nicht beim Programmaufruf oder in den beiliegenden Handbüchern genannt werden.⁷¹ Außerdem kann sich der Urheber auf das Entstellungsverbot (§ 14 UrhG) berufen. Dieses Recht dürfte bei Programmschöpfern jedoch allenfalls in Ausnahmefällen gefährdet sein, da die bei der Softwareentwicklung fortwährenden Änderungen des einmal geschaffenen Produkts regelmäßig noch keine Entstellung darstellen.⁷² Teilweise wird § 14 UrhG bei Computerprogrammen sogar für unanwendbar erachtet.⁷³

Bei einer Urheberschaft in Form eines Arbeitnehmers verbleiben diese Rechte zwar beim Arbeitnehmer, da nach § 69b UrhG der Arbeitgeber nur zur Ausübung der vermögensrechtlichen Ansprüche berechtigt ist. Dabei ist aber zu beachten, dass der Arbeitnehmer diese Urheberpersönlichkeitsrechte nur soweit ausüben kann, als dadurch nicht der Zweck der vollständigen Zuordnung der vermögensrechtlichen Befugnisse an den Arbeitgeber vereitelt wird.⁷⁴

Wenig Bedeutung hat bei Computerprogrammen das Rückrufrecht nach § 42 UrhG wegen gewandelter Überzeugungen des Urhebers. Da ein solcher Wandel von politischen, religiösen oder künstlerischen Überzeugungen bei Urhebern von Computerprogrammen in Bezug auf das erstellte Programm als Werk nur sehr schwer vorstellbar ist, verbleibt hier nur ein sehr begrenzter Anwendungsbereich. Dabei ist insbesondere zu beachten, dass Computerprogramme oftmals losgelöst von einer bestimmten Verwendung entwickelt werden und der Urheber dem Computerprogramm somit ohnehin neutral gegenübersteht. Daher kann sich der Programmierer bzw. Ersteller eines Computerprogramms zur Steuerung von Flugzeugtriebwerken beispielsweise nicht darauf berufen,

⁶⁸ Dreier in Dreier/Schulze, Urheberrechtsgesetz, § 69a, Rn. 34; Dreier, GRUR 1993, 781, 783; Loewenheim in Schricker/Loewenheim, Urheberrecht, § 69a, Rn. 24.

⁶⁹ Grützmaker in Wandtke/Bullinger, Urheberrecht, § 69a, Rn. 48; Holländer, CR 1992, 279; Lehmann, CR 1990, 625, 630.

⁷⁰ OLG Hamm, Urt. v. 7.8.2007 – Az. 4 U 14/07, CR 2008, 280, 281; Dreier in Moritz/Dreier, § 69b, Rn. 3.

⁷¹ Redeker, IT-Recht, Rn. 40.

⁷² Dreier, GRUR 1993, 781, 783; Gennen/Völkel, Recht der IT-Verträge, Rn. 280.

⁷³ Grützmaker in Wandtke/Bullinger, Urheberrecht, § 69a, Rn. 52; Holländer, CR 1992, 279, 282.

⁷⁴ Grützmaker in Wandtke/Bullinger, Urheberrecht, § 69a, Rn. 48 ff., der aufgrund der für Computerprogramme geltenden kleinen Münze ohnehin ein nur sehr beschränktes Schutzbedürfnis im Hinblick auf die Urheberpersönlichkeitsrechte annimmt; vgl. dazu auch Dreier in Dreier/Schulze, Urheberrechtsgesetz, § 69a, Rn. 32 ff.

II. Schutz von Computerprogrammen

dass diese im Rahmen der übertragenen Nutzungsrechte nicht für militärische Zwecke eingesetzt werden.

Grundsätzlich anwendbar ist das Recht des Urhebers auf Zugang zu Werkstücken (§ 25 Abs. 1 UrhG). Danach kann der Urheber vom Besitzer des Originals oder eines Vervielfältigungsstückes seines Werkes verlangen, dass ihm dieser das Original oder ein entsprechendes Vervielfältigungsstück zugänglich macht, soweit dies zur Herstellung von Vervielfältigungsstücken oder der Bearbeitung des Werks erforderlich ist und keine berechtigten Interessen des Besitzers entgegenstehen. Ein solches berechtigtes Interesse kann insbesondere im Schutz von Betriebsgeheimnissen liegen, sodass etwa bei betriebsintern genutzten Programmen kein Zugang gewährt werden muss, es sei denn, es liegen konkrete Anhaltspunkte für einen Missbrauch vor.⁷⁵ Auch bei auf dem Markt erhältlicher Software kann dem Urheber zum Schutz von Betriebsgeheimnissen der Zugang regelmäßig versagt werden.⁷⁶

Ebenfalls eingeschränkt ist das Zugangsrecht für Arbeitnehmer, bei denen eine spätere Nutzung des Computerprogramms durch den Arbeitnehmer gerade ausgeschlossen sein soll. Sofern diesbezüglich allerdings eine ausdrücklich vertragliche Vereinbarung fehlt, kann ein entsprechender Ausschluss des Rechts auf Zugang zu Werkstücken nur anhand einer Interessenabwägung im Einzelfall erfolgen.

Schließlich gilt das Änderungsverbot (§ 39 UrhG) für Computerprogramme auch nur eingeschränkt, da nach § 69d Abs. 1 UrhG eine Fehlerberichtigung durch jeden zur Verwendung eines Vervielfältigungsstückes des Computerprogramms erfolgen kann, ohne dass der Urheber hierzu eine Zustimmung erteilen muss.⁷⁷ Darüber hinausgehende Bearbeitungen sind allerdings nicht gestattet. Etwas anderes gilt nur dann, wenn der Urheber ein ausschließliches Nutzungsrecht eingeräumt hat, da individuelle Anpassung und Weiterentwicklung von Computerprogrammen für den jeweiligen Nutzer unabdingbar sind. Ein Indiz dafür, inwieweit der Urheber eine Bearbeitung oder Veränderung der Computerprogramme zulassen will, ist insbesondere eine Überlassung des Quellcodes durch den Urheber, da damit jedenfalls eine Bearbeitungsmöglichkeit geschaffen wird und dieser an der Überlassung des Quellcodes ansonsten auch kein Interesse hat.⁷⁸

1.5.2 Verwertungsrechte

Während die Urheberpersönlichkeitsrechte den immateriellen Interessen des Urhebers dienen, wird der wirtschaftliche Wert des Computerprogramms durch die Verwertungsrechte geschützt. Im Grundsatz steht die Verwertung eines Computerprogramms daher in vollem Umfang dem Urheber zu.

Das UrhG unterscheidet zwischen der Verwertung in körperlicher Form (§ 15 Abs. 1 UrhG) und der Verwertung in unkörperlicher Form (§ 15 Abs. 2 UrhG). Die Verwertungsrechte sind in den §§ 16 ff. UrhG im Einzelnen geregelt. Diese Rechte sind aber nicht abschließend. Vielmehr stehen auch neue, im Gesetz – noch – nicht geregelte Verwertungsformen dem Urheber zu.

⁷⁵ Holländer, CR 1992, 279, 283.

⁷⁶ Grützmaker in Wandtke/Bullinger, Urheberrecht, § 69a, Rn. 54; Holländer, CR 1992, 279, 283.

⁷⁷ Redeker, IT-Recht, Rn. 38.

⁷⁸ Redeker, IT-Recht, Rn. 39.

1.5.2.1 Vervielfältigungsrecht

Das zentrale Verwertungsrecht ist das in § 16 UrhG i.V.m. § 69a Abs. 4 UrhG geregelte Vervielfältigungsrecht, wonach der Urheber berechtigt ist, das Computerprogramm dauerhaft oder vorübergehend und ganz oder teilweise mit jedem Mittel und in jeder Form zu vervielfältigen. Unter einer dauerhaften Vervielfältigung wird jegliches Kopieren auf einem Datenspeicher, etwa einer CD oder einer Festplatte sowie das Ablegen auf einem Server, verstanden. Auch das Ablegen auf dezentralen Speichermedien, etwa beim Cloud-Computing oder bei disseminierter Speicherung in RAID-Systemen, fällt damit unter das Vervielfältigungsrecht.⁷⁹ Bei einer Sicherheitskopie handelt es sich zwar ebenfalls um eine Vervielfältigung, diese bedarf jedoch gem. § 69d Abs. 2 UrhG keiner Erlaubnis des Rechteinhabers.⁸⁰

Auch das Laden, Anzeigen, Ablaufen, Übertragen oder Speichern des Computerprogramms kann eine vorübergehende Vervielfältigung erfordern und bedarf in diesem Fall der Zustimmung des Urhebers (§ 69c Nr. 1 S. 2 UrhG).⁸¹ Damit schränkt der urheberrechtliche Schutz von Computerprogrammen die Nutzung im Vergleich zu anderen Werken deutlich stärker ein. Aus diesem exklusiven Vervielfältigungsrecht folgt auch, dass jegliche Formen von Kopien – auch zu privaten Zwecken – verboten sind bzw. eine Verletzung der Rechte des Urhebers darstellen, soweit der Urheber dieser Rechte nicht auf andere übertragen bzw. diese Maßnahmen gestattet hat.⁸²

Ein besonderes Problem stellt in diesem Zusammenhang das Einlesen von Programmen in den Arbeitsspeicher dar. Lange Zeit war umstritten, ob hierin eine Vervielfältigung i.S.d. § 16 UrhG zu sehen ist. Überwiegend wurde dies bejaht.⁸³ Andernfalls könnte der Rechteinhaber nur gegen eine auf Speichermedien erstellte Raubkopie, nicht aber gegen die hiervon im Arbeitsspeicher vorhandene Kopie vorgehen.⁸⁴ Die Gegenauffassung verneint eine Vervielfältigung mit der Begründung, dass es sich um eine nicht transportfähige Speicherung handelt, die auf die ständige Stromversorgung durch den Computer angewiesen ist.⁸⁵ Vom BGH wurde diese Frage ausdrücklich offen gelassen.⁸⁶ Der Gesetzgeber hat mit dem Zusatz in § 16 Abs. 1. UrhG „ob vorübergehend oder dauerhaft“ sowie mit der Einführung des § 44a UrhG, der insbesondere die Speicherung im Arbeitsspeicher privilegieren soll, den Streit für die Praxis entschieden. Jegliche Speicherung ist somit eine Vervielfältigung i.S.d. § 16 UrhG, auch die Speicherung im Arbeitsspeicher oder im Cache.⁸⁷

⁷⁹ Vgl. Bisges, MMR 2012, 574, 575 f.; Müller, ZUM 2014, 11, 13; Nägele/Jacobs, ZUM 2010, 281, 286; Strittmatter in Auer-Reinsdorff/Conrad, Handbuch IT- und Datenschutzrecht, § 22 Rn. 52; Sesing in Schweighofer/Kummer/Saarenpää/Schafer, Datenschutz / LegalTech, Tagungsband des 21. Internationalen Rechtsinformatik Symposiums IRIS 2018, S. 575, 579; Szpunar, BeckRS 2017, 129519 Rn. 3.

⁸⁰ Dreier in Dreier/Schulze, Urheberrechtsgesetz, § 69c, Rn. 7.

⁸¹ § 69 c Nr. 1 UrhG ist *lex specialis* gegenüber den §§ 15 Abs. 1, 16 UrhG, sodass insbes. auch die Schranke des § 44a UrhG nicht anwendbar ist; siehe nur Grützmacher in Wandtke/Bullinger, § 69c, Rn. 15.

⁸² Redeker, IT-Recht, Rn. 46.

⁸³ Bartsch, CR 1999, 360, 362; Dreier in Dreier/Schulze, Urheberrechtsgesetz, § 69c, Rn. 8; Grützmacher in Wandtke/Bullinger, Urheberrecht, § 69c, Rn. 5; OLG Hamburg, Urt. v. 22.2.2001 –Az. 3 U 247/00, ZUM 2001, 512, 513; LG München I, Urt. v. 14.11.2002 – Az. 7 O 4002/02, MMR 2003, 197, 198.

⁸⁴ Grützmacher in Wandtke/Bullinger, Urheberrecht, § 69c, Rn. 15.

⁸⁵ Hoeren/Schumacher, CR 2000, 137, 144, Schumacher, CR 2000, 641, 645; KG Berlin, Urt. v. 23.11.2001 – Az. 5 U 188/01, ZUM 2002, 828, 830.

⁸⁶ BGH, Urt. v. 20.1.1994 – Az. I ZR 267/91, GRUR 1994, 363, 365.

⁸⁷ Heerma in Wandtke/Bullinger, Urheberrecht, § 16, Rn. 18.

Insofern stellt der bloße Programmablauf eines Computerprogramms immer schon dann eine Vervielfältigung dar, wenn bei diesem Vorgang der Arbeitsspeicher (oder auch der Speicher der Grafikkarte usw.) benutzt wird, was – wenn überhaupt – wohl lediglich bei Einsatz von (EP)ROMs etc. nicht der Fall sein dürfte, da bei Lesevorgängen von derartigen Speichermedien teilweise keine weitere Zwischenspeicherung erforderlich ist. Das reine Ablaufenlassen eines Computerprogramms stellt also nicht per se eine Vervielfältigung und somit auch nicht zwingend eine urheberrechtliche Beeinträchtigung dar.⁸⁸ Eine bloße Vervielfältigung der grafischen Benutzeroberfläche führt ebenfalls nicht zu einer Vervielfältigung des Programms;⁸⁹ wohl aber kann bei hybriden Computerprogrammen, die neben dem Programm weitere schutzfähige Inhalte enthalten (zum Begriff oben II.1.2), die Anzeige eine Vervielfältigung dieser anderen Inhalte darstellen.⁹⁰

1.5.2.2 Umarbeitungsrecht

Der Urheber des Computerprogramms hat zudem ein sog. Umarbeitungsrecht (§ 69c S. 1 Nr. 2 UrhG). Er hat damit das ausschließliche Recht zur Vornahme von Übersetzungen, Bearbeitungen, Arrangements und anderen Umarbeitungen sowie der Vervielfältigung der erzielten Ergebnisse. Der Umarbeitungsbegriff ist dabei sehr weit zu verstehen und umfasst jegliche Änderungen des Computerprogramms, ohne dass der Umarbeitungsvorgang dabei eine eigene schöpferische Leistung darstellen muss.⁹¹ Dabei kann schon die Übernahme eines kleinen Programmteils ausreichen, um eine Bearbeitung annehmen zu können.⁹² Unter Übersetzungen versteht man sowohl die Übertragung eines Programms in eine andere Programmiersprache⁹³ als auch die Erzeugung des Objektcode aus dem Quellcode bzw. des Quellcode aus dem Objektcode.⁹⁴ Bei Arrangements handelt es sich um das Neuarrangieren der einzelnen Module eines Programms. Als andere Umarbeitungen sind insbesondere die Ergänzung des Quellcodes, des Objektcodes oder der Kommentarzeile eines Programms sowie neue Updates, Upgrades und Wartungsarbeiten zu nennen.⁹⁵

§ 69c S. 1 Nr. 2 UrhG ist *lex specialis* zu § 23 UrhG.⁹⁶ Anders als bei § 23 UrhG ist also nicht erst die Veröffentlichung oder Verwertung, sondern schon die Herstellung der Umarbeitung urheberrechtlich relevant.⁹⁷ Gem. § 69c Nr. 2. S. 2 UrhG bleiben jedoch die Rechte des Bearbeitenden unberührt, sodass er trotz Unzulässigkeit seiner Handlung gem. § 3 UrhG ein ei-

⁸⁸ So die h.M.: Bartsch, CR 1999, 361; Dreier, CR 1991, 577; Grützmaker in Wandtke/Bullinger, Urheberrecht, § 69c, Rn. 7; Hoeren/Schumacher, CR 2000, 137, 139; Lehmann, CR 1994, 277, 278; Loewenheim in Schricker/Loewenheim, Urheberrecht, § 69c, Rn. 8.

⁸⁹ Barnitzke/Möller/Nordmeyer, CR 2011, 277, 279.

⁹⁰ BGH, Urt. v. 6.10.2016 – Az. I ZR 220/15, GRUR 2017, 266, 269, Rn. 34; grundlegend hierzu EuGH, Urt. v. 4.10.2011 – Rs. C-403/08 u. C-429/08, GRUR 2012, 156, 163, Rn. 153 ff.

⁹¹ Junker/Benecke, Rn. 66; Loewenheim in Schricker/Loewenheim, Urheberrecht, § 69c, Rn. 14.

⁹² Das OLG Düsseldorf ging aufgrund der Komplexität der übernommenen Quellcodeteile schon bei Übernahme von 5 % des gesamten Codes von einer Bearbeitung des ursprünglichen Programms aus, OLG Düsseldorf, Urt. v. 25.11.2008 – Az. I-20 U 72/06, CR 2009, 214.

⁹³ Grützmaker in Wandtke/Bullinger, Urheberrecht, § 69c, Rn. 18.

⁹⁴ OLG Frankfurt, Urt. v. 27.1.2015 – Az. 11 U 94/13, GRUR 2015, 784; Czychowski in Fromm/Nordemann, Urheberrecht, § 69c, Rn. 21; Dreier in Dreier/Schulze, Urheberrechtsgesetz, § 69c, Rn. 16; Gennen/Völkel, Recht der IT-Verträge, Rn. 294.

⁹⁵ Grützmaker in Wandtke/Bullinger, Urheberrecht, § 69c, Rn. 20.

⁹⁶ Czychowski in Fromm/Nordemann, Urheberrecht, § 69c, Rn. 20.

⁹⁷ Dreier in Dreier/Schulze, Urheberrechtsgesetz, § 69c, Rn. 14.

genes Bearbeiterurheberrecht erwirbt, sofern eine eigene schöpferische Leistung vorliegt. Dies gilt für alle Varianten des § 69c Nr. 2 S. 1 UrhG; das Wort „bearbeiten“ in Satz 2 soll lediglich eine Abweichung vom Sprachgebrauch des § 3 UrhG vermeiden, nicht aber den Anwendungsbereich einschränken.⁹⁸

Soweit ein eigenschöpferisches Niveau des Umarbeitenden erreicht ist, existieren somit zwei unabhängig voneinander bestehende Urheberrechte in Form des ursprünglichen Urheberrechts und des Urheberrechts des Bearbeiters. Da es sich dann aber aufgrund der fehlenden getrennten Verwertbarkeit um Miturheber handelt, können diese ihre Urheberrechte nur noch gemeinsam ausüben. Daher ist zur Verwendung bearbeiteter Computerprogramme die Zustimmung beider Urheber einzuholen. Etwas anderes gilt nach § 24 UrhG, wenn das ursprüngliche Computerprogramm durch die Umarbeitung so weitgehend umgestaltet wurde, dass die individuellen Züge des ursprünglichen Werkes gegenüber der Eigenart des neuen Werks verblasen. In diesem Fall entsteht ein neues, selbständiges Werk, dessen Urheber allein derjenige ist, der die Umgestaltung vorgenommen hat.

1.5.2.3 Verbreitungsrecht

Ein weiteres zentrales Recht des Urhebers ist das Recht zur Verbreitung des Computerprogramms (§ 69c Nr. 3 UrhG). Der in § 17 Abs. 1 UrhG definierte Begriff der Verbreitung meint das Recht, das Original oder ein Vervielfältigungsstück des Werks der Öffentlichkeit anzubieten oder in den Verkehr zu bringen. Der Begriff der Öffentlichkeit ist in § 15 Abs. 3 UrhG definiert und wird für die Ausgestaltung des Verbreitungsrechts übernommen.⁹⁹

Ein Inverkehrbringen ist gegeben, wenn das Original oder ein Vervielfältigungsstück des Programms aus einem abgeschlossenen persönlichen oder betrieblichen Bereich an die Öffentlichkeit gebracht wird.¹⁰⁰

Das Anbieten stellt eine Vorstufe zum Inverkehrbringen dar.¹⁰¹ Ein Angebot an die Öffentlichkeit liegt vor, wenn jemand gegenüber einer nicht abgegrenzten oder durch keine persönliche Beziehung miteinander verbundenen Mehrheit von Personen seine Absicht äußert, das Computerprogramm entgeltlich oder unentgeltlich zu veräußern, zu vermieten, zu verleihen oder anderweitig zu überlassen.¹⁰² Nicht erforderlich ist, dass das Anbieten erfolgreich war oder das Vervielfältigungsstück bereits hergestellt ist.¹⁰³ Die früher diskutierte Frage, ob auch die Online-Übertragung eines Computerprogramms als Verbreitung anzusehen ist, hat sich für § 69c Nr. 3 UrhG durch die Einfügung des § 69c Nr. 4 UrhG, der die Online-Zugänglichmachung erfasst, erledigt.¹⁰⁴

Der Urheber kann das Verbreitungsrecht dabei auch einem Dritten einräumen und diesem dabei räumliche, zeitliche oder inhaltliche Beschränkungen auferlegen. Diese Frage ist für

⁹⁸ Dreier in Dreier/Schulze, Urheberrechtsgesetz, § 69c, Rn. 18.

⁹⁹ Heerma in Wandtke/Bullinger, Urheberrecht, § 17 Rn. 19; allgemein zum Tatbestand der Verbreitung Dustmann in Fromm/Nordemann, Urheberrecht, § 17 Rn. 12; Schulze, in: Dreier/Schulze, Urheberrechtsgesetz, § 17 Rn. 7.

¹⁰⁰ Redeker, IT-Recht, Rn. 51; BGH, Urt. v. 13.12.1990 – Az. I ZR 21/89, GRUR 1991, 316, 317.

¹⁰¹ Grützmaker in Wandtke/Bullinger, Urheberrecht, § 69c, Rn. 26; Wandtke/Grassmann, ZUM 2006, 889, 891; Wiebe in Spindler/Schuster, Recht der elektronischen Medien, § 17 UrhG Rn. 3.

¹⁰² Redeker, IT-Recht, Rn. 51.

¹⁰³ BGH Urt. v. 13.12.1990 – Az. I ZR 21/89, GRUR 1991, 316, 317; Grützmaker in Wandtke/Bullinger, Urheberrecht, § 69c, Rn. 26.

¹⁰⁴ Loewenheim/Spindler in Schricker/Loewenheim, Urheberrecht, § 69c, Rn. 26.

den Vertrieb von Computerprogrammen von größter Bedeutung und in zahlreichen Facetten sehr umstritten. Ausgangspunkt ist die Befugnis des Urhebers, die Verbreitung nur für eine bestimmte Nutzungsart (inhaltliche Beschränkung) zu gestatten. Eine solche Aufspaltung des Verbreitungsrechts nach Verwertungsformen ist allerdings nur dann zulässig, wenn diese nach der Verkehrsauffassung klar abgrenzbar sind und eine wirtschaftlich und technisch einheitliche und selbständige Nutzungsart darstellen.¹⁰⁵ Derartige abgrenzbare Nutzungsarten sind bei Computerprogrammen z. B. der Vertrieb über Datenträger oder per Download und die Vermietung.

Die Beschränkung des Verbreitungsrechts auf eine bestimmte Nutzungsform steht in engem Zusammenhang mit dem Erschöpfungsgrundsatz (§ 69c Nr. 3 S. 2 UrhG). Das Verbreitungsrecht wird durch den Erschöpfungsgrundsatz in seiner Reichweite begrenzt: Hiernach können Vervielfältigungsstücke des Computerprogramms, die mit der Zustimmung des Urhebers in den Umlauf gebracht worden sind, auch ohne dessen Zustimmung später weiter veräußert werden. Das ist jedoch nur der Fall, wenn eine endgültige Veräußerung und nicht bloß eine zeitweise Nutzungsüberlassung vorliegt. Endgültig ist eine Veräußerung, wenn der Urheber eine marktkonforme Vergütung für sein Werk erhalten hat.¹⁰⁶ Die Erschöpfung bezieht sich aber nur auf die jeweilige Nutzungsart. Darüber hinaus ist der Eintritt der Erschöpfungswirkung auf die in Verkehr gebrachten Werkstücke beschränkt. Insbesondere für die Überlassung von Computerprogrammen durch einen Ersterwerber an Dritte ist der Erschöpfungsgrundsatz von höchster Relevanz (zu dieser Thematik ausführlich unten Abschnitt II.1.6.).

1.5.2.4 Recht der öffentlichen Zugänglichmachung

Schließlich hat der Urheber das Recht der öffentlichen Zugänglichmachung (§§ 19a, 69c S. 1 Nr. 4 UrhG). Für Computerprogramme bedeutet dies, dass der Urheber das Recht hat, das Programm zum Einsehen oder zum Herunterladen der Öffentlichkeit drahtgebunden oder drahtlos zur Verfügung zu stellen. Damit ist nahezu jede technische Art der Verbreitung erfasst (z. B. über ein Intranet, WLAN, *Application Service Providing*, *Cloud Computing* usw.). Voraussetzung ist aber zudem eine öffentliche Zugänglichmachung. Davon nicht erfasst ist das Verbreiten von Computerprogrammen an Personen, mit denen eine persönliche Verbindung im Sinne von § 15 Abs. 3 UrhG besteht.¹⁰⁷ Während bei kleineren Arbeitsgruppen oder kleineren Betrieben somit nicht von einer öffentlichen Zugänglichmachung auszugehen ist, ist dies etwa beim Hochladen auf ein *File-Sharing*-System anzunehmen. Die öffentliche Zugänglichmachung geschieht dabei häufig erst mit der Veröffentlichung der Links des Filehosters,¹⁰⁸ da diese Links zufallsgenerierte Elemente enthalten, ohne deren Kenntnis ein Auffin-

¹⁰⁵ BGH, Urt. v. 6.7.2000 – Az. I ZR 244/97, BGHZ 145, 7, BGH, Urt. v. 12.12.1991, Az. I ZR 165/89, GRUR 1992, 310, 311; BGH, Urt. v. 8.11.1989, Az. I ZR 14/88, GRUR 1990, 669, 771; BGH, Urt. v. 6.3.1986 – Az. I ZR 208/83, GRUR 1986, 736, 737; BGH, Urt. v. 21.11.1958 – Az. I ZR 98/57, GRUR 1959, 200, 202; Redeker, IT-Recht, Rn. 53.

¹⁰⁶ Redeker, IT-Recht, Rn. 55.

¹⁰⁷ Siehe auch § 15 Abs. 3 Satz 2 UrhG.

¹⁰⁸ OLG Hamburg, Urt. v. 14.3.2012 – Az. 5 U 87/09, MMR 2012, 393, 394 f. mit Anmerkung Schröder; LG Leipzig, ZUM 2013, 338, 345; Fangerow/Schulz, GRUR 2010, 677, 679; Götting, in: BeckOK-UrhG, § 19a Rn. 6; Sesing, EWiR 2016, 385, 386; Sesing/Putzki, MMR 2016, 660, 662; Willmer, NJW 2008, 1845, 1847 f. a.A. OLG Köln, ZUM 2007, 927, 928; Bullinger in Wandtke/Bullinger, Urheberrecht, § 19a Rn. 10; Ott, ZUM 2004, 357, 363 f.; Reinbacher, NSTZ 2014, 57, 59 f.

den praktisch unmöglich ist.¹⁰⁹ Darüber hinaus stellt auch die Gewährung eines Testzugangs zu einer Software an die Öffentlichkeit ein öffentliches Zugänglichmachen dar.¹¹⁰

Im Gegensatz zum Verbreitungsrecht gilt bei dem Recht der öffentlichen Zugänglichmachung der Erschöpfungsgrundsatz nicht,¹¹¹ da dies nicht den wirtschaftlichen Erfordernissen des Online-Vertriebs von Computerprogrammen entspricht. Der Kunde ist aber grundsätzlich berechtigt, das Computerprogramm auf einem Datenträger zu speichern und damit selbst eine Herstellungshandlung vorzunehmen. Dieses vom Kunden hergestellte Werkstück ist danach grundsätzlich verkehrsfähig und darf an Dritte unter bestimmten Voraussetzungen weiterveräußert werden.¹¹² Der Rechteinhaber verliert daher beim Online-Vertrieb nicht sein Recht der öffentlichen Zugänglichmachung. Gleiches gilt für eine Softwarenutzung im Rahmen von Application Service Providing (unten X.3.).¹¹³

Schlüsselwörter:

Namensnennung, Anerkennung der Urheberschaft, Copyrightvermerk, Entstellungsverbot, Rückrufrecht, Werkstücke, Änderungsverbot, Vervielfältigung, Programmablauf, Arbeitsspeicher, Bundle, Verbreitung, Erschöpfungsgrundsatz, Umarbeitung, öffentliche Zugänglichmachung, File-Sharing-System, Online-Vertrieb

1.6 Handel mit „gebrauchten“ Softwarelizenzen

Ein Sonderproblem auf der Grenze zwischen der Reichweite der Verwertungsrechte (hierzu soeben 1.5.) und den gesetzlichen Beschränkungen des Urheberrechts (unten 1.7.) stellt der sog. „Gebrauchthandel“ mit Computerprogrammen dar.

1.6.1 Urheberrechtliche Ausgangssituation

Ungeachtet der Form des Inverkehrbringens der Software durch den Rechteinhaber stellt die Weitergabe der Software durch den Nutzer (Ersterwerber) an einen Dritten (Zweiterwerber) potentiell einen Eingriff in ausschließliche Verwertungsrechte des Urhebers dar. Welche Verwertungsrechte dabei konkret betroffen sind, hängt von der Art und Weise der Weitergabe an den Zweiterwerber ab.

Da der Weitergabe an den Zweiterwerber typischerweise ein an einen unbestimmten Personenkreis gerichtetes Erwerbsangebot des Ersterwerbers vorausgeht, ist nach klassischem Verständnis das Verbreitungsrecht nach § 69c Nr. 3 UrhG betroffen.¹¹⁴ Zentrale Fragestellung ist dabei jeweils, ob sich der Ersterwerber darauf berufen kann, dass an der Softwarekopie bereits Erschöpfung eingetreten ist.

Vertreibt der Anbieter der Gebrauchsoftware dabei vom Hersteller ausgegebene Programmkopien weiter, ergeben sich regelmäßig keine Besonderheiten. Das Verbreitungsrecht

¹⁰⁹ Sesing in Schweighofer/Kummer/Saarenpää/Schafer (Hrsg.), Datenschutz / LegalTech, Tagungsband des 21. Internationalen Rechtsinformatik Symposions IRIS 2018, S. 575, 581 (dort Fn. 48).

¹¹⁰ OLG Frankfurt, Urt. v. 27.1.2015 – Az. 11 U 94/13, GRUR 2015, 784.

¹¹¹ Redeker, IT-Recht, Rn. 60c.

¹¹² Siehe hierzu noch unten II.1.6.

¹¹³ OLG München, Urt. v. 07.02.2008 – Az. 29 U 3520/07, CR 2009, 500.

¹¹⁴ Richtigerweise ist hierbei allerdings zu fordern, dass der Vollzug des Angebots seinerseits ein (ebenfalls dem Verbreitungsrecht zuzuordnendes) Inverkehrbringen darstellt, siehe nur Loewenheim, in: FS Traub, 1994, S. 251, 257; Wandtke/Grassmann, ZUM 2006, 889, 891; implizit OLG Hamburg, GRUR-RR 2005, 41 f.

des Urhebers ist in diesem Fall erschöpft und der Handel mit den Originalkopien zulässig. Problematisch ist die praktisch wichtige Fallgestaltung, bei der von Beginn an eine unkörperliche Weitergabe erfolgt, das jeweilige Programm also nach Erwerb direkt vom Hersteller heruntergeladen werden kann. Ein Sonderproblem stellt sich in dieser Konstellation deshalb, weil über die Vornahme einer Verbreitungshandlung hinaus auch Vervielfältigung erforderlich sein kann, etwa wenn das Computerprogramm per E-Mail versandt oder zum Zwecke der Weitergabe auf einen körperlichen Datenträger (z. B. CD, USB-Stick) kopiert wird.

Die Reichweite des Erschöpfungsgrundsatzes beim Vertrieb von Computerprogrammen ist seit Jahren umstritten. Da die Stellungnahmen insbesondere der Rechtsprechung hinsichtlich der Reichweite des Erschöpfungsgrundsatzes sehr stark auf die Besonderheiten der jeweiligen Vertriebsform abheben, orientiert sich die folgende Darstellung an diesen Fallgruppen.

1.6.2 Vertrieb von OEM-Versionen

Der Erschöpfungsgrundsatz hat etwa beim Vertrieb sogenannter OEM-Versionen („Original Equipment Manufacturer“) von Computerprogrammen Bedeutung. Diese überlassen die Urheber den Herstellern von Computerhardware zu einem günstigeren Preis und vereinbaren gleichzeitig, dass das Programm nur zusammen mit einem neuen PC vertrieben werden darf.¹¹⁵

Beim Vertrieb von Computerprogrammen in Kombination mit dem Kauf eines neuen Computers ist bereits umstritten, ob dieser als eigener Vertriebsweg anzusehen ist und damit eine gesonderte Nutzungsart darstellt. Während dies einige Oberlandesgerichte angenommen haben,¹¹⁶ haben andere Oberlandesgerichte¹¹⁷ darin keine selbständige Nutzungsart gesehen. Letztere Ansicht fand in der Literatur Zuspruch. Grundsätzlich kann eine gewandelte technisch-wirtschaftliche Bedeutung einer Nutzungsart ein neues Nutzungsrecht schaffen.¹¹⁸ Die Kopplungspflicht von Soft- und Hardware soll aber weder zu einer technisch eigenständigen Verwendungsform noch zu einer Verpflichtung, die Computerprogramme nur innerhalb bestimmter Teilmärkte zu vertreiben führen.¹¹⁹ Um eine neue Verwendungsform soll es sich dabei schon deswegen nicht handeln, weil die OEM-Version der Software meist komplett mit dem einzeln vertriebenen Produkt übereinstimmt.¹²⁰ Ebenso führt allein die Bekanntheit der Möglichkeit eines OEM-Vertriebs nicht dazu, dass eine eigene Nutzungsart anzunehmen ist.¹²¹ Eine selbstständige wirtschaftliche Bedeutung, die die Annahme einer eigenen Nutzungsart rechtfertigen würde, ist somit nach herrschender Meinung in der Literatur nicht erkennbar.¹²²

¹¹⁵ Vgl. die Darstellung bei BGH, Urt. v. 06.07.2000 – Az. I ZR 244/97, BGHZ 145, 7.

¹¹⁶ OLG Frankfurt a.M., Urt. v. 18.5.2000 – Az. 6 U 63/99, CR 2000, 581, 582; KG Berlin, Urt. v. 27.2.1996 – Az. 5 U 8281/95, NJW 1997, 330, 331.

¹¹⁷ OLG Frankfurt a.M., Urt. v. 3.11.1998 – Az. 11 U 20/98, CR 1999, 7; OLG München, Urt. v. 12.02.1998, Az. 29 U 5911/97, NJW 1998, 1649.

¹¹⁸ BGH, Urt. v. 6.7.2000 – Az. I ZR 244/97, BGHZ 145, 7; Grützmacher in Wandtke/Bullinger, Urheberrecht, § 69c, Rn. 84.

¹¹⁹ Witte, CR 1996, 533, 534.

¹²⁰ Redeker, IT-Recht, Rn. 53; Jaeger, ZUM 2000, 1070, 1075; Witte, CR 2000, 654, 655.

¹²¹ Jaeger, ZUM 2000, 1070, 1075.

¹²² Erben/Zahrnt, CR 1996, 535; Jaeger, ZUM 2000, 1070, 1074 f.; Witte, CR 1996, 533, 534 f.; a.A. wohl Junker, NJW 1999, 1294, 1295; vgl. zum Streitstand auch Grützmacher in Wandtke/Bullinger, Urheberrecht, § 69c, Rn. 87 m.w.N.

Der Bundesgerichtshof hat die Frage, ob der OEM-Vertrieb eine eigenständige Nutzungsart darstellt, offen gelassen und den Erschöpfungsgrundsatz auch auf die Fälle angewendet, in denen das Computerprogramm nur in Verbindung mit einem Computer vertrieben wird, auch wenn der Urheber des Computerprogramms damit eigentlich nur eine Zustimmung für diesen Vertriebsweg gegeben hat.¹²³ Dies entspricht dem Zweck des Erschöpfungsgrundsatzes, die Verkehrsfähigkeit von Vervielfältigungsstücken zu erhalten und den Rechtsverkehr bzw. die Rechtssicherheit in Bezug auf urheberrechtliche Werkexemplare zu schützen.¹²⁴ Andernfalls müsste der Erwerber von Software stets damit rechnen, zur Nutzung des Programms nicht berechtigt zu sein, obwohl er an den einschränkenden Absprachen nicht beteiligt war und hiervon im Zweifel auch keine Kenntnis hat. Eine derartige Beschränkung von Nutzungsrechten zum Zwecke des Ausschlusses der Erschöpfungswirkung kann, ohne dass der Erschöpfungsgrundsatz ausgehebelt wird, also nicht anerkannt werden.¹²⁵

Der Ersterwerber eines Computerprogramms, das er bei dem Kauf eines Computers zu einem gesonderten Preis erworben hat, kann dieses ohne Verletzung des Verbreitungsrechts – auch isoliert ohne die „zugehörige“ Hardware – an einen Dritten veräußern. Etwaige zwischen den Vertragsparteien vereinbarte Weiterveräußerungsverbote sind dabei zwar grundsätzlich wirksam, entfalten aber keine urheberrechtlich-dingliche Wirkung gegenüber jedermann. Sie sind also nicht vom spezifischen Gegenstand des urheberrechtlichen Schutzrechts erfasst.¹²⁶ Der Dritte ist dann auch zur Nutzung des Computerprogramms berechtigt und bedarf hierzu keiner Zustimmung des jeweiligen Urhebers (§ 69d Abs. 1 UrhG), wobei seine Nutzung des Computerprogramms nicht weiter gehen darf, als dies der ursprüngliche Erwerber durfte.

1.6.3 Erschöpfung bei unkörperlicher Weitergabe

Besonders umstritten war – jedenfalls bis zur „UsedSoft“-Entscheidung des EuGH¹²⁷ von 2012 –, ob die Erschöpfungswirkung der Erstveräußerung auch bei Programmen eintritt, die nicht in Form der Speicherung auf einem Datenträger (CD), sondern über das Internet (Download) vertrieben werden. Dabei wird dem Lizenznehmer also keine Programmkopie überlassen, sondern auf dessen Computer eine solche erzeugt.¹²⁸ Eine Weiterveräußerung der Software kann dabei einerseits dergestalt erfolgen, dass das vom Ersterwerber selbst erzeugte Vervielfältigungsstück an den Zweiterwerber weitergegeben wird, andererseits ist denkbar, dass der Zweiterwerber lediglich den für die Nutzung des Computerprogramms erforderlichen Lizenzschlüssel erhält und sich die Software selbst vom Hersteller beschaffen kann.

Dabei ist fraglich, ob der ursprüngliche Erwerber der Software zur Weiterveräußerung befugt ist, oder ob der Veräußerung noch Verwertungsrechte des Herstellers entgegenstehen.

¹²³ BGH, Urt. v. 6.7.2000 – Az. I ZR 244/97, BGHZ 145, 7, 13 ff. = NJW 2000, 3571.

¹²⁴ Dustmann in Fromm/Nordemann, Urheberrecht, § 17, Rn. 25.

¹²⁵ Berger, NJW 1997, 300, 301 f.; im Ergebnis so auch Erben/Zahrnt, CR 1996, 267, 268; Lehmann, NJW 1993, 1822, 1825; Loewenheim/Spindler in Schricker/Loewenheim, Urheberrecht, §69c, Rn. 31; Witte, CR 1996, 533, 534.

¹²⁶ Lehmann, NJW 1993, 1822, 1825.

¹²⁷ EuGH, Urt. v. 3.7.2012 – Rs. C-128/11, MMR 2012, 586.

¹²⁸ Haberstumpf, CR 2009, 345, 350.

Problematisch bei der Anwendung des Erschöpfungsgrundsatzes ist in dieser Konstellation, dass der Wortlaut des § 69c Nr. 3 S. 2 UrhG zur Herbeiführung der Erschöpfungswirkung das Inverkehrbringen eines „Vervielfältigungsstücks“ erfordert. Hierunter wird typischerweise eine körperliche Inverkehrgabe verstanden.¹²⁹

Neben dem bisherigen Meinungsstand zu der Problematik (1.6.3.1.) wird hier das für die Praxis maßgebliche Verfahren im Fall „UsedSoft“ (1.6.3.2.) ausführlich dargestellt. Eine bereits angedeutete Folgefrage ist, ob – über eine zulässige Verbreitung hinaus – auch notwendige weitere Verwertungshandlungen, die mit der Weitergabe an den Zweiterwerber verbunden sind, gerechtfertigt sind (1.6.3.3.).

1.6.3.1 Bisheriger Meinungsstand

Die Frage, ob der Erschöpfungsgrundsatz in diesen Fällen Anwendung findet, war auch vor der hierzu ergangenen Rechtsprechung von BGH und EuGH (hierzu sogleich 1.6.3.2) lebhaft umstritten.

Eine direkte Anwendung der Erschöpfungsregelung wurde regelmäßig mangels körperlicher Inverkehrgabe des Computerprogramms an den Ersterwerber abgelehnt.¹³⁰

Teilweise wurde aber eine analoge Anwendung in Erwägung gezogen.¹³¹ Eine planwidrige Regelungslücke, die zur analogen Anwendung des Erschöpfungsgrundsatzes auf nichtkörperliche Weitergabe erforderlich wäre, soll dabei nach bisher h.M. in der Literatur nicht vorliegen. Zur Zeit der Umsetzung der Software-Richtlinie¹³² seien dem deutschen Gesetzgeber¹³³ die Möglichkeiten von Online-Übertragungen und die damit verbundenen Fragen zur Erschöpfung zwar nicht bekannt gewesen.¹³⁴ Diese Lücke müsste der Gesetzgeber aber auch im Folgenden, insbesondere im Rahmen der Umsetzung der Richtlinie zur Harmonisierung bestimmter Aspekte des Urheberrechts und verwandter Schutzrechte in der Informationsgesellschaft¹³⁵ bewusst beibehalten haben.¹³⁶

Dass eine Beschäftigung mit der Erschöpfung bei unkörperlicher Weitergabe stattgefunden haben könnte, wurde im Hinblick auf Erwägungsgrund 29 der Richtlinie erwogen.¹³⁷ Dieser beziehe sich aber auf Erwägungsgrund 33 der Richtlinie über den rechtlichen Schutz von Datenbanken¹³⁸ und sei mangels Vergleichbarkeit von Datenbanken und Software folglich nicht auf die Online-Übertragung von Computerprogrammen bezogen, weshalb eine planwidrige Regelungslücke zu bejahen sein könnte.¹³⁹ Spätestens im Jahre 2003 habe der Ge-

¹²⁹ Grützmaker in Wandtke/Bullinger, Urheberrecht, § 69c, Rn. 30.

¹³⁰ Grützmaker in Wandtke/Bullinger, Urheberrecht, § 69c, Rn. 30; Lehmann, CR 2000, 740, 741; Spindler, CR 2008, 69, 70.

¹³¹ LG Hamburg, Urt. v. 29.6.2006 – 315 O 343/06, MMR 2006, 827, 829; LG München, Urt. v. 28.11.2007 – 30 O 8684/07, CR 2008, 416, 417 f.; Grützmaker in Wandtke/Bullinger, Urheberrecht, § 69c, Rn. 31; Hoeren, CR 2006, 573, 574; Berger, GRUR 2002, 198, 199.

¹³² RL 91/250/EWG.

¹³³ BT-Drucks. 12/402, 11 f.

¹³⁴ Spindler, CR 2008, 69, 70.

¹³⁵ 2001/29/EG vom 22.5.2001.

¹³⁶ Spindler, CR 2008, 69, 70.

¹³⁷ Hoeren, CR 2006, 573.

¹³⁸ 1996/9/EWG vom 11.3.1996.

¹³⁹ Hoeren, CR 2006, 573 f.

setzgeber aber durch die Einführung des § 69c Nr. 4 UrhG deutlich gemacht, dass er die Möglichkeit der Übertragung eines Computerprogramms per Download kennt. Hätte er also eine Erschöpfungswirkung für diesen Fall gewollt, wäre eine Regelung erfolgt. Demnach fehle es bereits an einer planwidrigen Regelungslücke.¹⁴⁰

Eine notwendige vergleichbare Interessenlage sei ebenfalls zweifelhaft. Zwar sei die wirtschaftliche Interessenlage bei der Online-Übertragung dieselbe ist wie bei der körperlichen Übertragung, da sie in vielen Fällen zu dem gleichen Erfolg führe.¹⁴¹ Einzuwenden sei aber, dass vor allem im Rahmen der Kontrolle von Produktpiraterie immer noch ein wesentlicher Unterschied zwischen körperlicher und unkörperlicher Weitergabe bestehe. Während der Vergleich von beim Nutzer vorgefundenen Datenträgern mit dem Original-Datenträger trivial sei, erfordere die Online-Übermittlung eine umfangreiche Recherche der Rechtezuordnung.¹⁴² Erschöpfung könne demnach nur an bestimmten, körperlichen Werkstücken und nicht an Rechten eintreten.¹⁴³ Eine analoge Anwendung des § 69c Nr. 3 S. 2 UrhG wird daher bisher überwiegend abgelehnt, sodass mit der Online-Übertragung eines Computerprogramms keine Erschöpfung eintreten soll.¹⁴⁴

1.6.3.2 Der Fall „UsedSoft“

Für die Praxis haben die Entscheidungen von BGH und EuGH im „UsedSoft“-Fall Klarheit geschaffen. Die Fa. UsedSoft hatte u. a. „gebrauchte“ Lizenzen für Oracle-Programme vertrieben. Dabei wurden die Erwerber, bei denen nicht bereits eine Programmkopie vorhanden war, von UsedSoft angewiesen, die Programme direkt von der Webseite von Oracle herunterzuladen.

Oracle klagte vor dem LG München I gegen UsedSoft auf Unterlassung bezüglich der Anforderung an Lizenznehmer, eine Vervielfältigung vorzunehmen.¹⁴⁵ Das Gericht gab der Klage statt und untersagte damit eine Weitergabe der unkörperlich vertriebenen Software, was in der Literatur überwiegend auf Zustimmung stieß.¹⁴⁶

Das OLG München als Berufungsinstanz bestätigte die Entscheidung des Landgerichts.¹⁴⁷ Das OLG lehnte außerdem die Zulassung einer Revision ab – die Rechtslage sei klar und eindeutig. Das Urteil wurde ganz überwiegend ebenfalls mit Zustimmung in der Literatur bedacht.¹⁴⁸ Teilweise wurde die Entscheidung des OLG aber für zu knapp erachtet – die Revision hätte außerdem wegen der Bedeutung des Geschäftsmodells zugelassen werden müssen.¹⁴⁹ Nach erfolg-

¹⁴⁰ Bräutigam/Stiefenhofer, MMR 2009, 545, 546.

¹⁴¹ Hilber/Rabus, CR 2009, 425, 426; Hoeren, CR 2006, 573, 574; Spindler, CR 2008, 69, 70.

¹⁴² Spindler, CR 2008, 69, 70.

¹⁴³ OLG Frankfurt, Urt. v. 12.5.2009 – 11 W 15/09, MMR 2009, 544, 545.

¹⁴⁴ OLG Stuttgart, Urt. v. 3.11.2011 – Az. 2 U 49/11, CR 2012, 299; OLG Frankfurt, Urt. v. 12.5.2009 – 11 W 15/09, MMR 2009, 544, 545; OLG München, Urt. v. 3.7.2008 – Az. 6 U 2759/07, MMR 2008, 601, 602; ebenso als Vorinstanz LG München I, Urt. v. 15.3.2007, Az. 7 O 7061/06, MMR 2007, 328, 329; Koch, ITRB 2007, 140, 142 f.; Spindler, CR 2008, 69, 70.

¹⁴⁵ LG München I, Urt. v. 15.03.2007 – Az.: 7 O 7061/06, CR 2007, 356.

¹⁴⁶ Dieselhorst, CR 2007, 361, 362; Moritz, juris PR-ITR 5/2007 Anm. 5; jeweils zu den vorangegangenen summarischen Verfügungsverfahren des LG München I (Beschl. v. 19.01.2006 – Az.: 7 O 23237/05, CR 2006, 159): Haines/Scholz, CR 2006, 161, 162f.; Heydn/Schmidl, K&R 2006, 74, 76f.; Paul/Preuß, K&R 2008, 526, 527.

¹⁴⁷ OLG München, Urt. v. 03.07.2008 – Az.: 6 U 2759/07, MMR 2008, 601.

¹⁴⁸ Bräutigam, CR 2008, 551f.; Paul/Preuß, K&R 2008, 526, 527.

¹⁴⁹ Rössel, ITRB 2008, 194, 195.