

Fabian Hafenbrädl

# Softwareverträge aus urheberrechtlicher und vertragsrechtlicher Perspektive

– ein Rechtsvergleich des deutschen, englischen  
und französischen Rechts im Lichte des EU-Rechts



ABHANDLUNGEN ZUM  
URHEBER- UND KOMMUNIKATIONSRECHT

des Max-Planck-Instituts für  
Innovation und Wettbewerb

Herausgegeben von  
Josef Drexl  
Reto M. Hilty  
Joseph Straus

Band 66

Fabian Hafenbrädl

# Softwareverträge aus urheberrechtlicher und vertragsrechtlicher Perspektive

– ein Rechtsvergleich des deutschen, englischen  
und französischen Rechts im Lichte des EU-Rechts



Gedruckt mit Unterstützung der ALAI Deutschland e.V.

Die Open-Access-Veröffentlichung der elektronischen Ausgabe dieses Werkes wurde ermöglicht mit Unterstützung durch die Max-Planck-Gesellschaft.

**Die Deutsche Nationalbibliothek** verzeichnet diese Publikation in der Deutschen Nationalbibliografie; detaillierte bibliografische Daten sind im Internet über <http://dnb.d-nb.de> abrufbar.

Zugl.: München, Ludwig-Maximilians-Universität, Diss., 2025

1. Auflage 2025

© Fabian Hafenbrädl

Publiziert von  
Nomos Verlagsgesellschaft mbH & Co. KG  
Waldseestraße 3–5 | 76530 Baden-Baden  
[www.nomos.de](http://www.nomos.de)

Gesamtherstellung:  
Nomos Verlagsgesellschaft mbH & Co. KG  
Waldseestraße 3–5 | 76530 Baden-Baden

ISBN (Print): 978-3-7560-3356-0  
(Nomos Verlagsgesellschaft mbH & Co. KG, Baden-Baden)

ISBN (ePDF): 978-3-7489-6319-6  
(Nomos Verlagsgesellschaft mbH & Co. KG, Baden-Baden)

ISBN 978-3-7272-1822-4  
(Stämpfli Verlag, Bern)

Die Schriftenreihe ist bis Band 51 beim Verlag C.H. Beck, München erschienen.



Onlineversion  
Nomos eLibrary

DOI: <https://doi.org/10.5771/9783748963196>



Dieses Werk ist lizenziert unter einer Creative Commons Namensnennung 4.0 International Lizenz.

*In Gedenken an  
Martin und Sophie Hafnbrädl  
Anna und Georg Mayer  
Elisabeth Westner*



## Vorwort

Die vorliegende Arbeit wurde von der Juristischen Fakultät der Ludwig-Maximilians-Universität München im Wintersemester 2024/25 als Dissertation angenommen.

Besonderer Dank gebührt meinem Doktorvater Prof. Dr. Dr. h.c. Reto M. Hilty für die hervorragende Betreuung während der gesamten Dauer der Promotion. Darüber hinaus danke ich insbesondere dem Max-Planck-Institut für Innovation und Wettbewerb für die Gewährung eines Promotionsstipendiums und die Bereitstellung der ausgezeichneten Forschungsinfrastruktur.

Den rechtsvergleichenden Teil meiner Arbeit habe ich als Gast des *Institut de Recherche en Propriété Intellectuelle (IRPI)* in Paris sowie als *Visiting Scholar* am *Institute of European and Comparative Law* an der *University of Oxford* verfasst. Besonderer Dank gilt Michèle Bouyssy-Ruch und Professor Stefan Vogenauer, MJur (Oxford), FBA, für die jeweilige Aufnahme an den Instituten.

Literatur und Rechtsprechung konnten bis Dezember 2023 berücksichtigt werden.

Holzkirchen, im Juli 2025  
Fabian Hafenbrädl



# Inhaltsverzeichnis

Abkürzungsverzeichnis	23
1. Teil. Einführung	31
§ 1. Forschungsfrage und Methodik	31
§ 2. Begriffserklärung	33
A. Software und Softwareverträge	33
B. Cloud Computing	36
I. Definition, Terminologie und technische Eigenschaften	37
II. Cloud Computing als Modell der Softwarenutzung	41
§ 3. Urheberrechtlicher Rechtsschutz von Software	43
A. Historischer Hintergrund und Entwicklung in Deutschland, Frankreich und England	43
B. Schutzgegenstand und Schutzvoraussetzungen	47
C. Verwertungsrechte in Bezug auf Software	48
I. System der Verwertungsrechte und Werkgenuss	48
II. Vervielfältigungsrecht	50
III. Verbreitungsrecht	52
D. Nutzung von Software als urheberrechtliche Vervielfältigung	53
I. Exkurs: Speichern und Anzeigen von Software	53
II. Nutzung von Software als tatbestandliche Vervielfältigung („Technischer Ansatz“)	54
1. Laden der Software	54
2. Ablaufen der Software	56
3. Cloud Computing	57
4. Zusammenfassung	62
III. Bewertung des „Technischen Ansatzes“	62
IV. Alternativvorschlag: Software als funktionales Werk („Funktionaler Ansatz“)	65
1. Software als funktionales Werk ähnlich einem Verfahren	65
2. Grundsätzliche Anerkennung der Funktionalität von Software im Urheberrecht	67

3.	Konkrete Ausdrucksform von funktionalen Werken als Symbolsprache – Besonderheiten des Werkgenusses	69
4.	Urheberrechtliche Erfassung der Nutzung funktionaler Werke	71
5.	Cloud Computing	72
6.	Zusammenfassung	72
V.	Zusammenfassung	73
E.	Vervielfältigungsrecht des Softwarenutzers gemäß Art. 5 Abs. 1 Richtlinie 2009/24/EG	73
I.	Tatbestand des Art. 5 Abs. 1 Richtlinie 2009/24/EG: Rechtmäßiger Erwerber und Ermangelung spezifischer vertraglicher Bestimmungen	74
II.	Rechtsfolge: Bestimmungsgemäße Benutzung	77
1.	Inhalt der bestimmungsgemäßen Benutzung	77
2.	Zwingender Kern des Art. 5 Abs. 1 Richtlinie 2009/24/EG	81
III.	Rechtliche Qualifikation von Art. 5 Abs. 1 Richtlinie 2009/24/EG: Vertragsrechtliche Natur versus Schrankenbestimmung	83
1.	Streitstand und Bewertung	84
2.	Exkurs: Rechtsfigur der „implied licence“	91
3.	„Implied licence“ bei Softwareverträgen	94
4.	Zusammenfassung	95
F.	Zusammenfassung und Ergebnis des 1. Teils	96
2. Teil.	Softwareverträge in europäischen Rechtsordnungen	97
§ 1.	Dauerhafte Überlassung (Zugang und Nutzung) von Standardsoftware	98
A.	Europäische Union	99
I.	EU-Verordnungsvorschlag zum Gemeinsamen Europäischen Kaufrecht	100
1.	Historischer Hintergrund	101
2.	Weg der Bereitstellung digitaler Inhalte in den Verordnungsvorschlag	104
3.	Dauerhafte Überlassung von Standardsoftware als Bereitstellung digitaler Inhalte	108

4. Bewertung des Verordnungsvorschlags	114
5. Zusammenfassung	117
II. Digitale-Inhalte-Richtlinie (EU) 2019/770	117
1. Grundsätzliche Anwendbarkeit auf Softwareverträge	118
a) EU-Richtlinienvorschlag über bestimmte vertragsrechtliche Aspekte der Bereitstellung digitaler Inhalte	118
b) Digitale-Inhalte-Richtlinie (EU) 2019/770	120
c) Abgrenzung zur Warenkauf-Richtlinie (EU) 2019/771	122
2. Vertragstypübergreifende Geltung	122
3. Zusammenfassung	124
III. Zusammenfassung	125
B. Deutschland	125
I. Kaufvertrag	125
1. Sachkauf	127
a) Software als Sache	127
(1) Software mit Datenträger	128
(2) Software an sich	129
(3) Immanente Verkörperung von Software auf einem Datenträger	130
(4) Abstraktes Softwareexemplar	131
(5) Zusammenfassung	132
b) Übergabe und Eigentumsübertragung sowie Kaufpreiszahlung und Abnahme der gekauften Sache	132
2. Generelle Annahme eines Sachkaufs bzw. entsprechende Anwendung des Sachkaufrechts	133
3. Rechtskauf	134
4. Kauf eines sonstigen Gegenstands	135
5. Generelle Annahme eines Kaufvertrages bzw. entsprechende Anwendung des Kaufrechts	136
6. Urheberrechtlicher Kauf	138
7. Verbrauchsgüterkauf, Verbrauchsgüterkauf über digitale Produkte und Kauf eines digitalen Produktes	138
8. Zusammenfassung	140
II. Pachtvertrag	140

III. Immaterialgüterrechtlicher Vertrag	141
1. Rechtseinräumung im Urheberrecht:	
Lizenzvertrag	141
2. Rechtsnatur des Lizenzvertrages	143
a) Rechtskaufvertrag	144
b) Mietvertrag	144
c) Pachtvertrag	145
d) Gesellschaftsvertrag	147
e) Nießbrauch	147
f) Vertrag Sui-Generis	148
g) Zusammenfassung	149
3. Dauerhafte Überlassung von Standardsoftware als Lizenzvertrag	149
a) Exkurs: Historischer Hintergrund	149
b) Einräumung eines Nutzungsrechts als Lizenzvertrag	150
c) Neben der Lizenz stehender Vertrag über einen Datenträger bzw. die Softwareübermittlung, Begleitmaterial etc.	152
4. Zusammenfassung	153
IV. Bereitstellung eines digitalen Produkts	153
1. Umsetzung der Digitale-Inhalte- Richtlinie (EU) 2019/770	153
2. Dauerhafte Überlassung von Standardsoftware als Bereitstellung digitaler Produkte	156
3. Bewertung der Umsetzung	157
4. Zusammenfassung	159
V. Zusammenfassung	159
C. Frankreich	160
I. Kaufvertrag: „vente“	161
1. Einzelnes Softwareexemplar als „chose“	162
2. Generelle Annahme einer „vente“	163
II. Mietvertrag: „contrat de louage“	165
III. „Contrat d’entreprise“ („contrat de louage d’ouvrage“)	167
IV. Immaterialgüterrechtliche Verträge	169
1. Einzelne Verträge	169
a) Rechtsübertragung: „cession“	169
b) Rechtseinräumung: „licence“/„concession“	171
c) Sonderfall: „cession partielle“ versus „licence“	172

2. Rechtsnatur der Verträge	172
a) Rechtsübertragung: „cession“	173
b) Rechtseinräumung: „concession“/„licence“	175
c) Sonderfall: „cession partielle“ versus „licence“	176
3. Dauerhafte Überlassung von Standardsoftware als „licence“	176
V. Vertrag Sui-Generis: „contrat sui generis“	178
VI. Bereitstellung digitaler Inhalte und Dienstleistungen: „fourniture de contenus numériques et de services numériques“	178
VII. Sondermeinungen	181
1. Eigenständiger Terminus „licence“ – „licence“ als Gebrauchsrecht	181
2. Termini „outil immatériel“ bzw. „bien incorporel“ als Vertragsgegenstand	182
VIII. Zusammenfassung	184
D. England	185
I. Exkurs: Einführung in das „common law“	185
1. Vertragliche Regelungen: „express terms“	187
2. Gesetzlich implizierte Regelungen: „implied terms“	189
II. Kaufvertrag: „sale“	191
1. Sachkauf: „sale of goods“	192
a) Software als „good“	192
(1) Software mit Datenträger	192
(2) Software an sich	195
(3) Funktionale Auslegung des Begriffs „good“ (Gesamtbetrachtung)	196
(4) Urheberrechtliches Werkstück: „copy“	197
(5) Zusammenfassung	197
b) Eigentumsübertragung („to transfer the property“) sowie Kaufpreiszahlung: („for a money consideration, called the price“)	198
2. Generelle Annahme eines „sale of goods“	199
3. Exkurs: Abgrenzung zum „service contract“	199
4. Zusammenfassung	200
III. Immaterialgüterrechtlicher Verträge	200
1. Einzelne Verträge	201
a) Rechtsübertragung: „assignment“	201

b) Rechtseinräumung: „licence“	201
2. Dauerhafte Überlassung von Standardsoftware als „licence“	203
IV. Vertrag Sui-Generis: „sui-generis contract“	206
V. Bereitstellung digitaler Inhalte: „supply of digital content“	207
VI. Zusammenfassung	209
E. Vergleichende Betrachtung und Bewertung	209
I. Kaufvertrag	209
1. Sachkauf	209
a) Software als Sache	210
(1) Software an sich (Deutschland, England)	210
(2) Software mit Datenträger (Deutschland, England)	212
(3) Immanente Verkörperung von Software (Deutschland)	214
(4) Einzelnes Softwareexemplar als „chose“ (Frankreich)	215
(5) Funktionale Auslegung (Gesamtbetrachtung) eines „good“ (England)	217
(6) Zusammenfassung	217
b) Eigentumsübertragung	217
(1) Sachenrechtlicher Ansatz	218
(2) Urheberrechtlicher Ansatz	220
(3) Zusammenfassung	221
c) Kaufpreiszahlung	221
d) Zusammenfassung	222
2. Sonderfälle des Kaufs: Rechtskauf, Kauf eines sonstigen Gegenstands und urheberrechtlicher Kauf (Deutschland)	222
3. Generelle Annahme einer „vente“ (Frankreich), eines „sale of goods“ (England), eines Kaufs bzw. Sachkaufs und entsprechende Anwendung des Kauf- bzw. Sachkaufrechts (Deutschland)	223
4. Zusammenfassung	224
II. „Contrat d’entreprise“ (Frankreich)	224

III. Immaterialgüterrechtlicher Vertrag (Lizenz) (Deutschland, Frankreich und England)	225
1. Rolle der Nutzungsrechtseinräumung und des Datenträgers	225
2. Umfang des Nutzungsrechts, Dauerschuldcharakter und nebenstehender Vertrag über die Überlassung an sich	228
3. Rechtsfolge: Vertragsrecht des Lizenzvertrages	230
4. Zusammenfassung	232
IV. Vertrag Sui-Generis (Frankreich)	233
V. Bereitstellung digitaler Inhalte (EU und England)	233
VI. Zusammenfassung	235
§ 2. Softwarenutzung mittels Cloud Computing	235
A. Europäische Union	236
B. Deutschland	237
I. Mietvertrag	237
II. Dienstvertrag	240
III. Werkvertrag	241
IV. Typengemischter Vertrag	241
V. Lizenzvertrag	242
VI. Bereitstellung digitaler Dienstleistungen	242
VII. Zusammenfassung	242
C. Frankreich	243
I. Mietvertrag: „contrat de louage“	243
II. „Contrat d’entreprise“	243
III. Typengemischter Vertrag	244
IV. Lizenzvertrag: „licence“	244
V. Bereitstellung digitaler Dienstleistungen: „fourniture de services numériques“	245
VI. Zusammenfassung	245
D. England	245
I. Mietvertrag: „lease“/„rent“	246
II. „Service contract“	246
III. „Service“ im Sinne des „Consumer Rights Act 2015“	247
IV. Lizenzvertrag: „licence“	248
V. Zusammenfassung	248
E. Vergleichende Betrachtung und Bewertung	248
I. Mietvertrag (Deutschland, Frankreich)	248

II. Dienst- und Werkvertrag (Deutschland), „contrat d’entreprise“ (Frankreich), „service contract“ (England) und typengemischter Vertrag (Deutschland, Frankreich)	249
III. Lizenzvertrag (Deutschland, Frankreich, England)	249
IV. Bereitstellung digitaler Inhalte (EU)	250
V. Zusammenfassung	250
§ 3. Erstellung und Überlassung (Zugang und Nutzung) von Individualsoftware	250
A. Europäische Union	251
B. Deutschland	251
I. Dienstvertrag	251
II. Werkvertrag	252
III. Werklieferungsvertrag	253
1. Software als herzustellende oder zu erzeugende bewegliche Sache	255
2. Lieferung	257
3. Nutzungsrecht	257
4. Teleologische Betrachtung unter Heranziehung der „Silobauteile“-Entscheidung des BGH	258
5. Zusammenfassung	259
IV. Gesellschaftsvertrag	260
V. Aufteilung in Softwareerstellung sowie Einräumung eines immaterialgüterrechtlichen Nutzungsrechts	260
VI. Herstellung bzw. Bereitstellung digitaler Produkte	261
VII. Zusammenfassung	262
C. Frankreich	262
I. Kaufvertrag: „vente“	263
II. „Contrat d’entreprise“	264
III. Aufteilung in Softwareerstellung („contrat d’entreprise“) sowie einer immaterialgüterrechtlichen Rechtsübertragung („cession“) bzw. Rechtseinräumung („licence“)	265
IV. Bereitstellung digitaler Inhalte: „fourniture de contenus numériques“	267
V. Zusammenfassung	267

D. England	267
I. „Service contract“	268
1. Erstellung und Überlassung (Zugang und Nutzung) von Individualsoftware als „service contract“	268
2. Exkurs: Ausgestaltung des „service contract“	270
II. Aufteilung in Softwareerstellung („service contract“) sowie einer immaterialgüterrechtlichen Rechtsübertragung („assignment“) bzw. Rechtseinräumung („licence“)	271
1. Exkurs: Urheberrechtliche Besonderheiten im englischen Recht in Bezug auf Urheberschaft („authorship“) und Rechtsinhaberschaft („ownership“)	272
2. Übertragung der Rechtsinhaberschaft („ownership“): „assignment“	274
3. Einräumung eines Nutzungsrechts: „licence“	277
4. Zusammenfassung	278
III. Bereitstellung digitaler Inhalte: „supply of digital content“	278
IV. Zusammenfassung	279
E. Vergleichende Betrachtung	279
I. Werkvertrag (Deutschland), „contrat d’entreprise“ (Frankreich) und „service contract“ (England)	279
II. Werkvertrag (Deutschland), „contrat d’entreprise“ (Frankreich) und „service contract“ (England) jeweils i.V.m. einem immaterialgüterrechtlichen Vertrag	280
III. Bereitstellung digitaler Inhalte (EU und England)	281
IV. Zusammenfassung	281
§ 4. Ergebnis des 2. Teils	282
3. Teil. Kompatibilität des EU-Rechts: Richtlinie 2009/24/EG als Prüfungsmaßstab	283
§ 1. Kopie als Vertragsgegenstand des Softwarevertrages, Art. 4, 5 Richtlinie 2009/24/EG	284
A. Kopie bei der Softwarenutzung nach Überlassung der Software mittels eines Datenträgers	285

B. Kopie bei der Softwarenutzung nach Überlassung der Software mittels eines Downloads	285
I. Scheitern der Subsumtion unter traditionellen Begriff der Kopie	285
II. Weiterentwicklung des Begriffs der Kopie in der „UsedSoft v. Oracle“-Entscheidung des EuGH	287
1. „UsedSoft v. Oracle“-Entscheidung des EuGH – Sachverhalt und Vorlagefragen	287
2. „Erweiterter Begriff der Kopie“ im Sinne des EuGH	288
3. Argumente des EuGH für den „Erweiterten Begriff der Kopie“	289
a) Wortlaut der Richtlinie 2009/24/EG	289
b) Richtlinie 2009/24/EG als Lex Specialis zur Richtlinie 2001/29/EG	289
c) Verbreitung als öffentliche Wiedergabe zuzüglich einer Eigentumsübertragung	290
d) Einheitlichkeit der Begriffe im Urheberrecht und Wille des EU-Gesetzgebers	291
e) Anwendung des Erschöpfungsgrundsatzes aufgrund des „Spezifischen Gegenstands“ des Urheberrechts	291
4. Bewertung der Rechtsprechung des EuGH	292
a) Wortlaut der Richtlinie 2009/24/EG	292
b) Richtlinie 2009/24/EG als Lex Specialis zur Richtlinie 2001/29/EG	293
c) Verbreitung als öffentliche Wiedergabe zuzüglich einer Eigentumsübertragung	295
d) Einheitlichkeit der Begriffe im Urheberrecht und Wille des EU-Gesetzgebers	299
e) Anwendung des Erschöpfungsgrundsatzes aufgrund des „Spezifischen Gegenstands“ des Urheberrechts	302
f) Ausweitung des Erschöpfungsgrundsatzes im Spiegel der Grundfreiheiten	303
g) Abgrenzung der Richtlinie 2009/24/EG von der Richtlinie 96/9/EG	304
h) Gefahr von Raubkopien	306
i) Zusammenfassung	307

5. Kongruenz des „Erweiterten Begriffs der Kopie“ mit internationalem Urheberrecht	307
a) TRIPS-Abkommen und Revidierte Berner Übereinkunft	307
b) „Word Copyright Treaty“ bzw. Richtlinie 2001/29/EG als dessen EU- rechtliche Umsetzung	308
(1) Art. 6 WCT i.V.m. den Vereinbarten Erklärungen zu Art. 6 und 7 WCT, Art. 4 Richtlinie 2001/29/EG	308
(2) Art. 10 WCT	313
(3) Zusammenfassung	314
6. Zusammenfassung	315
III. Alternativvorschläge für eine Weiterentwicklung des Begriffs der Kopie	315
1. Zum Download bereitgestellte Kopie	315
2. Bit-Strom/Datenbestand als Kopie	316
3. Beim Softwarenutzer erstellte Kopie	317
4. Verkürzung der Verbreitungshandlung des Softwareanbieters	317
5. Virtuelles Vervielfältigungsstück	318
6. Konkreter Datensatz	319
7. Zusammenfassung	320
IV. Zusammenfassung	320
C. Kopie bei der Softwarenutzung mittels Cloud Computing	321
D. Zusammenfassung	322
§ 2. Lösungsansatz: Nutzungsrecht anstatt der Kopie als Vertragsgegenstand	322
A. Von der Kopie zum Nutzungsrecht	323
B. Mögliche rechtliche Hindernisse für ein Nutzungsrecht als Vertragsgegenstand	326
I. Bezug des Nutzungsrechts auf konkretes Vervielfältigungsstück	326
II. Gesetzeswortlaut	327
III. Nutzungsrecht allein als Beschreibung des Umfangs der erlaubten Nutzung	328
IV. Vertragliche Beschränkung der Übertragung eines Nutzungsrechts	328

V. Verkehrsfähigkeit und gutgläubiger Erwerb von Rechten	328
VI. § 34 UrhG: Zustimmungspflicht des Urhebers zur Rechtsübertragung	330
1. Anwendbarkeit von § 34 Abs. 1 UrhG auf Software	330
2. Zustimmungspflicht des Urhebers zu Rechtsübertragungen gemäß § 34 Abs. 1 S. 2 UrhG	331
3. Art. 4 Abs. 2, 5 Abs. 1 Richtlinie 2009/24/EG als Leges Speciales zu § 34 UrhG	332
4. Bewertung	333
5. Zusammenfassung	334
VII. Zusammenfassung	334
C. Änderungsvorschlag: Art. 4 Abs. 1 Richtlinie 2009/24/EG	334
D. Zusammenfassung	335
§ 3. Erstverkauf gemäß Art. 4 Abs. 2 Richtlinie 2009/24/EG als Voraussetzung der Erschöpfung des Verbreitungsrechts	335
A. Erschöpfung des Verbreitungsrechts	335
B. Erstverkauf bei der Softwarenutzung nach Überlassung der Software mittels eines Datenträgers	339
C. Erstverkauf bei der Softwarenutzung nach Überlassung der Software mittels eines Downloads	340
I. Scheitern der Subsumtion unter traditionellen Begriff des Erstverkaufs	340
II. Weiterentwicklung des Begriffs des Erstverkaufs in der „UsedSoft v. Oracle“-Entscheidung des EuGH	340
1. „Erweiterter Begriff des Erstverkaufs“ im Sinne des EuGH	340
2. Argumente des EuGH für den „Erweiterten Begriff des Erstverkaufs“	341
a) Einheitlichkeit und Autonomie der Begriffe im Unionsrecht sowie Gleichbehandlungsgrundsatz	341
b) Wirtschaftliche Vergleichbarkeit und funktionelle Entsprechung	342
c) Vertrag als unteilbares Ganzes (Gesamtbetrachtung)	342
3. Bewertung der Rechtsprechung des EuGH	343
a) Generelle Bewertung der Rechtsprechung	343

b) Einheitlichkeit und Autonomie der Begriffe im Unionsrecht sowie Gleichbehandlungsgrundsatz	344
c) Wirtschaftliche Vergleichbarkeit und funktionelle Entsprechung	346
d) Vertrag als unteilbares Ganzes (Gesamtbetrachtung)	348
e) Tatbestandsmerkmale des Verkaufsbegriffs im Sinne des EuGH: Kopie, Eigentumsübertragung und Entgelt in Höhe des wirtschaftlichen Werts	349
f) Zusammenfassung und Konkretisierung durch die „Ranks“-Entscheidung des EuGH	352
4. Weitere Voraussetzungen und Besonderheiten gemäß der „UsedSoft v. Oracle“-Entscheidung des EuGH	353
a) Aktualisierte Programmversion als Gegenstand der Erschöpfung	353
b) Pflicht zur Löschung bestehender Kopien nach Weitergabe	355
c) Keine Aufspaltung von Volumenlizenzen	358
III. Zusammenfassung	360
D. Erstverkauf bei der Softwarenutzung mittels Cloud Computing	360
E. Zusammenfassung	361
§ 4. Lösungsansatz: Urheberrechtlicher Verkaufsbegriff als Tatbestandsmerkmal der Erschöpfung des Verbreitungsrechts	361
A. Historischer Anknüpfungspunkt für urheberrechtlichen Verkaufsbegriff	362
B. Urheberrechtlicher Verkaufsbegriff und Erschöpfungsgrundsatz	365
I. Tatbestand eines urheberrechtlichen Verkaufsbegriff	365
II. Bewertung der Ausweitung des Erschöpfungsgrundsatzes	366
C. Änderungsvorschlag: Art. 4 Abs. 2 Richtlinie 2009/24/EG	371
D. Exkurs: Übertragung eines zeitlich beschränkten Nutzungsrechts	372
E. Zusammenfassung	374

§ 5. Nutzungsberechtigung des Zweitnutzers: Rechtmäßiger Erwerber und dessen bestimmungsgemäße Benutzung der Software gemäß Art. 5 Abs. 1 Richtlinie 2009/24/EG	374
A. Rechtmäßiger Erwerber und dessen bestimmungsgemäße Benutzung der Software nach Überlassung der Software mittels eines Datenträgers	375
B. Rechtmäßiger Erwerber und dessen bestimmungsgemäße Benutzung der Software nach Überlassung der Software mittels eines Downloads	375
I. Scheitern der Subsumtion unter traditionellen Begriff des rechtmäßigen Erwerbs	375
II. Weite Auslegung der Begriffe Erwerb und bestimmungsgemäße Benutzung: „UsedSoft v. Oracle“- und „Ranks“-Entscheidungen des EuGH	376
III. Argumente des EuGH für eine weite Auslegung der Begriffe Erwerb und bestimmungsgemäße Benutzung	377
IV. Bewertung der Rechtsprechung des EuGH	377
1. Download von Software als Erwerb	377
2. Erstinstallation der Software als bestimmungsgemäße Benutzung	379
3. Zusammenfassung	382
V. Zusammenfassung	382
C. Rechtmäßiger Erwerber bei der Softwarenutzung mittels Cloud Computing	383
D. Zusammenfassung	383
§ 6. Lösungsansatz: Rechtmäßiger Nutzer anstatt rechtmäßiger Erwerber, Art. 5 Abs. 1 Richtlinie 2009/24/EG	384
§ 7. Gesamtergebnis einschließlich Ergebnis des 3. Teils	385
Literaturverzeichnis	387

# Abkürzungsverzeichnis

Abkürzung	Erläuterung
a.A.	andere Ansicht
ABl.	Amtsblatt
Abs.	Absatz
AcP	Archiv für die civilistische Praxis*
a.E.	am Ende
AEUV	Vertrag über die Arbeitsweise der Europäischen Union
a.F.	alte Fassung
AGB	Allgemeine Geschäftsbedingungen
AM	Auteurs & Media*
Art.	Artikel, Article
ASP	Application Service Provider
BB	Betriebs-Berater*
Bd.	Band
bez.	bezüglich
BGB	Bürgerliches Gesetzbuch
BGH	Bundesgerichtshof
BPaaS	Business Platform as a service
BRegE	Bundesregierungsentwurf
BT-Drs.	Bundestags-Drucksache
BTR	British Tax Review*
BVerfG	Bundesverfassungsgericht
bzw.	beziehungsweise
CA	Cour d'appel
Cass.	Cour de cassation

## Abkürzungsverzeichnis

Cass. 1re civ.	Cour de cassation, première chambre civile
Cass. 3e civ.	Cour de cassation, troisième chambre civile
Cass. ass. plén.	Cour de cassation, assemblée plénière
Cass. com.	Cour de cassation, chambre commerciale
C. civ.	Code civil
C. consom.	Code de la consommation
CDPA 1988	Copyrights, Design and Patents Act 1988
CEIPI	Centre d'études internationales de la propriété intellectuelle
CESL	Common European Sales Law
chron.	chronique
CISG	United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods
CPI	Code de la propriété intellectuelle
comm.	commentaire
Comm. com. élect.	Communication – Commerce électronique*
Comms. L.	Communications Law*
CR	Computer und Recht*
CRA 2015	Consumer Rights Act 2015
Cri	Computer Law Review International*
CTLR	Computer and Telecommunications Law Review*
DB	Der Betrieb*
DCFR	Draft Common Frame of Reference
d.h.	das heißt
DIN	Deutsche Industrie Norm
DIT	Droit de l'informatique & des télécoms*
Dr.	Doktor
EG	Europäische Gemeinschaft
EIPR	European Intellectual Property Review*
EJLT	European Journal of Law and Technology*

ELR	European Law Reporter*
endg.	endgültig
EPÜ	Europäisches Patentübereinkommen
ERA	Europäische Rechtsakademie
ERPL	European Review of Private Law*
ErwG	Erwägungsgrund, Erwägungsgründe
EWG	Europäische Wirtschaftsgemeinschaft
EWS	Europäisches Wirtschafts- und Steuerrecht*
EU	Europäische Union
EuGH	Europäischer Gerichtshof
EuZW	Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht*
EVB-IT	Ergänzende Vertragsbedingungen für die Beschaffung von IT-Leistungen
EWCA	His Majesty's Court of Appeal in England
EWHC	His Majesty's High Court of Justice in England
f.	folgende (z.B. Seite)
FAH	fournisseur d'applications hébergées
ff.	folgende (z.B. Seiten)
Fn.	Fußnote
Gaz. Pal.	Gazette du Palais*
GbR	Gesellschaft bürgerlichen Rechts
GEKR	Gemeinsames Europäisches Kaufrecht
GG	Grundgesetz
GPR	Zeitschrift für das Privatrecht der Europäischen Union*
GRUR	Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht*
GRUR Int.	Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht, Internationaler Teil*
h.c.	honoris causa
HCA	High Court of Australia
h.M.	herrschende Meinung

## Abkürzungsverzeichnis

Hrsg.	Herausgeber
Hs.	Halbsatz
HTLJ	Santa Clara Computer & High Technology Law Journal*
IaaS	Infrastructure as a service
IIC	International Review of Intellectual Property and Competition Law*
InfoSoc	Copyright and Information Society
Int. J. Law Inf. Technol.	International Journal of Law and Information Technology*
IRLTC	International Review of Law, Computers & Technology*
ITRB	IT-Rechtsberater*
i.V.m.	in Verbindung mit
JBL	Journal of Business Law
JCP E	La Semaine juridique – Entreprise et affaires*
JCP G	La Semaine Juridique Edition Générale*
JICLT	Journal of International Commercial Law and Technology*
JIPLP	Journal of Intellectual Property Law & Practice*
JITLB	Journal of International Trade Law and Policy*
JONC	Journal officiel (numéro complémentaire)
JO rapp. AN	Journal officiel rapport Assemblée nationale
JORF	Journal officiel de la République française
JuS	Juristische Schulung*
JZ	JuristenZeitung*
K&R	Kommunikation und Recht*
LG	Landgericht
lit.	littera
LMK	Leitsätze mit Kommentierung*
LMU	Ludwig-Maximilians-Universität München
MCF	Maître de conférences
MdB	Mitglied des Deutschen Bundestages

MDR	Monatsschrift für Deutsches Recht*
M.J.L.S.	Mountbatten Journal of Legal Studies*
MMR	Multimedia und Recht*
MR-Int	Medien und Recht International*
MüKo	Münchener Kommentar
N.S.W.L.R.	New South Wales Law Reports*
NJOZ	Neue Juristische Online-Zeitschrift*
NJW	Neue Juristische Wochenschrift*
Nr.	Nummer
Nrn.	Nummern
OLG	Oberlandesgericht
Oracle	Oracle Corporation
Paas	Platform as a service
PatG	Patentgesetz
PECL	Principles of European Contract Law
PEL	Principles of European Law
Pi	Revue Propriétés intellectuelles*
Prof.	Professor
RabelsZ	Rabels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht*
RBÜ	Revidierte Berner Übereinkunft
RCJ	Royal Courts of Justice
RD <i>i</i>	Recht Digital*
RIDA	Revue International du droit d'auteur*
RJEP	Revue juridique de l'économie publique*
RLDI	Revue Lamy Droit de l'Immatériel*
Rn.	Randnummer, Randnummern
Rs.	Rechtssache
RTDCiv.	Revue trimestrielle de droit civil*
RTDCom.	Revue trimestrielle de droit commercial*

## Abkürzungsverzeichnis

RTDEur.	Revue trimestrielle de droit européen*
S.	Satz
SaaS	Software as a service
SCOTUS	Supreme Court of the United States
S.D.N.Y.	United States District Court for the Southern District of New York
Sec.	Section
Secs.	Sections
SGSA 1982	Supply of Goods and Services Act 1982
S.I.	Statutory Instrument
sic!	Zeitschrift für Immaterialgüter-, Informations- und Wettbewerbsrecht*
SoGA 1979	Sale of Goods Act 1979
T. corr.	Tribunal correctionnel
TRIPS-Abkommen	Übereinkommen über handelsbezogene Aspekte der Rechte des geistigen Eigentums
u.a.	unter anderem
UCTA 1977	Unfair Contract Terms Act 1977
UKlagG	Gesetz über Unterlassungsklagen bei Verbraucherrechts- und anderen Verstößen
UN	United Nations
UPICC	Unidroit-Principles of International Commercial Contracts
URG	Urheberrechtsgesetz
UrhG	Gesetz über Urheberrecht und verwandte Schutzrechte
UsedSoft	UsedSoft GmbH
v.	vom, versus
VO-GEKR	Verordnungsentwurf-Gemeinsames Europäisches Kaufrecht
Vol.	Volume
WCT	World Intellectual Property Organization Copyright Treaty
WIPO	World Intellectual Property Organization

z.B.	zum Beispiel
ZEuP	Zeitschrift für Europäisches Privatrecht*
ZGE	Zeitschrift für geistiges Eigentum*
ZGS	Zeitschrift für das gesamte Schuldrecht*
ZRP	Zeitschrift für Rechtspolitik*
ZUM	Zeitschrift für Urheber- und Medienrecht*

\* Zeitschrift



# 1. Teil. Einführung

## § 1. Forschungsfrage und Methodik

Schon zu Beginn der 1980er Jahre erfolgten in der deutschen Rechtsliteratur kontroverse Ausführungen über die schuldrechtliche Rechtsnatur von Softwareverträgen sowie deren urheberrechtlichen Rahmen.<sup>1</sup> Heute, über 40 Jahre später, sind die Antworten auf zahlreiche damit verbundene Rechtsfragen in Literatur und Rechtsprechung noch immer umstritten. Das Zusammenspiel von der Software an sich, dem Trägermedium, auf welchem diese gespeichert ist, der möglichen digitalen Übermittlung und Nutzung der Software, ihrer Qualifikation als urheberrechtlich geschütztes Werk und den softwarebezogenen vertraglichen Leistungspflichten wirft noch immer zahlreiche Fragen auf. Im Laufe der Zeit haben sich ohnehin die tatsächlichen und rechtlichen Rahmenbedingungen geändert. In faktischer Hinsicht entwickelten sich die Nutzungsmöglichkeiten von Software weiter. In den 1980er Jahren war Software noch regelmäßig untrennbarer Bestandteil eines Computers und wurde mit der Hardware als Einheit erworben.<sup>2</sup> Erst durch die technische Entwicklung hin zum Personal Computer konnte Software als eigenständiges Objekt erfasst und Gegenstand des Rechtsverkehrs werden. Software war jedoch stets mit einem Datenträger wie einer Diskette, CD-ROM oder DVD, auf welchem diese verkörpert war, verbunden. Mit der Kabel- und später insbesondere der Online-Übertragung wurde ein solcher Datenträger obsolet<sup>3</sup> und die Software an sich alleiniger Vertragsgegenstand. Ein Datenträger war allein noch für die Speicherung beim Nutzer von Bedeutung. Heute kann Software im Rahmen von Cloud Computing genutzt werden. Dabei greift der Nutzer über das Internet auf die in der Cloud gespeicherte Software zu.

Im Softwarerecht hat eine vergleichbare Evolution nicht stattgefunden. Die im Jahr 1991 erlassene Richtlinie 91/250/EWG<sup>4</sup>, welche mit der Soft-

---

1 Beispielsweise Lauer, BB 1982, 1758 ff.

2 Hilty, in: Harrer/Portmann/Zäch, 61, 67 mit Verweis auf dies widerspiegelnde Literatur in Brandi-Dohrn, CR 1986, 63, 64.

3 Hilty, in: Harrer/Portmann/Zäch, 61, 67 diese Entwicklung beschreibend.

4 Richtlinie 91/250/EWG des Rates vom 14. Mai 1991 über den Rechtsschutz von Computerprogrammen, ABl. L 122 v. 17. Mai 1991, S. 42–46.

ware-Richtlinie 2009/24/EG<sup>5</sup> im Jahr 2009 nahezu inhaltsgleich neuerlassen wurde, sowie deren nationale Umsetzungsgesetze stellen als Teil des Urheberrechts im Wesentlichen den spezialgesetzlichen urheberrechtlichen Rechtsrahmen für Software dar. Zudem gilt für Softwareverträge das Vertragsrecht, welches, je nach deren schuldrechtlicher Einordnung, unterschiedliche Primär- und Sekundärpflichten vorsieht. Dabei ist es für die Bestimmung der Rechtsnatur von Softwareverträgen von zentraler Bedeutung, ob für die Erlaubnis der Nutzung der Software ein vertragliches urheberrechtliches Nutzungsrecht einzuräumen ist, und, ob in diesem Fall die Einräumung möglicherweise die vertragliche Hauptleistungspflicht darstellt. Auch wirtschaftlich sind vorstehend aufgeworfene Fragestellungen von Relevanz, da die Softwareindustrie in der Europäischen Union jedes Jahr Milliarden Euro umsetzt.<sup>6</sup>

Diese Arbeit ist in drei Teile gegliedert. Im 1. Teil werden zum einen Grundlagen wie beispielsweise Softwarearten (Individual- und Standardsoftware) sowie der Begriff Cloud Computing erklärt. Zum anderen erfolgen Ausführungen zum immaterialgüterrechtlichen Schutz von Software und zu Softwareverträgen im Allgemeinen. In Bezug auf den urheberrechtlichen Schutz ist die Einordnung der Nutzung von Software als urheberrechtliche Vervielfältigung von Bedeutung. Dies gilt ebenso für die diese Nutzung gestattende Berechtigung und deren vertragliche bzw. gesetzliche Qualifikation. Im 2. Teil der Arbeit wird die schuldrechtliche Einordnung von Softwareverträgen in unterschiedlichen Rechtsordnungen beschrieben und die einzelnen in Literatur und Rechtsprechung jeweils vorgeschlagenen Vertragstypen werden einander gegenübergestellt. An Lebenssachverhalten werden die dauerhafte Überlassung von Standardsoftware, die Erstellung und Überlassung von Individualsoftware sowie die Nutzung von Software mittels Cloud Computing betrachtet. Untersucht

---

5 Richtlinie 2009/24/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 23. April 2009 über den Rechtsschutz von Computerprogrammen, ABl. L 111 v. 05. Mai 2009, S. 16–22.

6 Die Bedeutung der Computerindustrie kann für die europäische Wirtschaft „nicht überbetont werden“, wurde schon im Kommissionsvorschlag für die spätere Richtlinie 91/250/EWG im Jahr 1989 ausgeführt, Vorschlag für eine Richtlinie des Rates über den Rechtsschutz von Computerprogrammen, KOM (88) 816 endg., SYN 183, ABl. C 91 v. 12. April 1989, S. 4 ff. Der Sektor der Informations- und Kommunikationstechnologien hat ein jährliches „Marktvolumen von 660 Milliarden Euro“, was „5 % des europäischen Bruttoinlandsproduktes“ entspricht, stellte die Europäische Kommission im Jahr 2010 fest, Mitteilung der Kommission an das europäische Parlament, den Rat, den Europäischen Wirtschafts- und Sozialausschuss und den Ausschuss der Regionen. Eine digitale Agenda für Europa, KOM (2010) 245 endg. v. 19. Mai 2010, S. 2.

werden die Rechtsordnungen von Deutschland, Frankreich und England sowie die EU-rechtlichen Initiativen im Vertragsrecht wie der Verordnungsvorschlag zum Gemeinsamen Europäischen Kaufrecht,<sup>7</sup> der Richtlinienvorschlag über bestimmte vertragsrechtliche Aspekte der Bereitstellung digitaler Inhalte<sup>8</sup> sowie die schließlich angenommene Digitale-Inhalte-Richtlinie (EU) 2019/770<sup>9</sup>. Ziel ist es, unter Berücksichtigung der Erkenntnisse des 1. Teils, die schuldrechtliche Rechtsnatur genannter Softwareverträge zu bestimmen. Im 3. Teil wird geprüft, in wie weit die Software-Richtlinie 2009/24/EG insbesondere zum einen die Überlassung und Nutzung von Software im Fall der Überlassung mittels eines Datenträgers bzw. eines Downloads und zum anderen die Nutzung von Software mittels Cloud Computing zu erfassen vermag. Soweit geboten werden Alternativvorschläge de lege ferenda unterbreitet.

## § 2. Begriffserklärung

### A. Software und Softwareverträge

Eine allgemein anerkannte Definition des Terminus Software existiert nicht.<sup>10</sup> Dieser englischsprachige Begriff wird im „Cambridge Dictionary“ als „the instructions that control what a computer does; computer programs“ beschrieben.<sup>11</sup> Eine technische Definition von Software erfolgt in der DIN 44300 als eine Abfolge von sprachlichen Anweisungen in maschinenlesbarer Form, welche „eine informationsverarbeitende Maschine zur Durchführung einer bestimmten Funktion oder Aufgabe oder zur Ausgabe

---

7 Vorschlag für eine Verordnung des Europäischen Parlaments und des Rates über ein Gemeinsames Europäisches Kaufrecht, 11. Oktober 2011, KOM (2011), 635 endg., S. 1–131.

8 Vorschlag für eine Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rates über bestimmte vertragsrechtliche Aspekte der Bereitstellung digitaler Inhalte, COM (2015) 634 final, S. 1–37.

9 Richtlinie (EU) 2019/770 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 20. Mai 2019 über bestimmte vertragsrechtliche Aspekte der Bereitstellung digitaler Inhalte und digitaler Dienstleistungen, ABl. L 136 v. 22. Mai 2019, S. 1–27.

10 Marly, Rn. 8.

11 (<https://dictionary.cambridge.org/de/worterbuch/englisch/software>) (aufgerufen am 01. Dezember 2023).

eines bestimmten Ergebnisses bewegt“.<sup>12</sup> Im Gesetzesrecht erfolgt regelmäßig eine Umschreibung des Softwarebegriffs,<sup>13</sup> um offen für neue technologische Entwicklungen zu bleiben.<sup>14</sup> § 1 lit. i) WIPO-Mustervorschriften zum Schutz von Computerprogrammen aus dem Jahr 1977 normiert, dass Software neben dem Computerprogramm auch eine Programmbeschreibung sowie Begleitmaterial umfasst.<sup>15</sup> Im englischen Recht findet sich keine Legaldefinition von „computer software“;<sup>16</sup> Gleiches gilt für das französische Recht und den Begriff „logiciel“;<sup>17</sup> jedoch in einem Erlass vom 22. Dezember 1981 erfolgte eine Beschreibung als „die Gesamtheit der Programme, Verfahren, Regeln sowie deren Dokumentation“.<sup>18</sup> Im deutschen BGB findet Software allein im Verbraucherschutzrecht in den §§ 312g Abs. 2 Nr. 6, 312l Abs. 3, 327 Abs. 6 Nr. 6 und 327e Abs. 2 S. 2 sowie Abs. 4 S. 3 BGB Erwähnung. Im Urheberrechtsgesetz wird in den §§ 1 Abs. 1 Nr. 1 und 137d sowie in den §§ 69a ff. UrhG der Terminus Computerprogramm verwendet, ohne diesen zu definieren. Demnach werden Software bzw. Computerprogramme „in jeder Gestalt“ geschützt und das Entwurfsmaterial ist vom Schutzbereich mitumfasst. In der Praxis werden die Begriffe Software, Datenverarbeitungsprogramm<sup>19</sup> bzw. Computerprogramm regelmäßig synonym verwendet. Weiter steht der Terminus Softwarevertrag nicht für

---

12 DIN Nr. 44300. Krüger/Biehler/Apel, MMR 2013, 760, 762 auf diese verweisend und mit weiteren Quellen. Diese Definition wird als Anthropomorphismus kritisiert, denn ein Datenverarbeitungsprogramm weise niemanden an, Bartsch, CR 2010, 553.

13 Lehmann/Spindler, in: Handbuch des Urheberrechts, § 9, Rn. 45; Müller-Hengstenberg, NJW 1994, 3128, 3129 in diese Richtung.

14 BRegE, Entwurf eines Zweiten Gesetzes zur Änderung des Urheberrechtsgesetzes, BT-Drs. 12/4022 v. 18. Dezember 1992, S. 9; Hilty, Urheberrecht, Rn. 217; Hoeren/Pinelli, 36; Janssens, in: Stamatouodi/Torremans, Rn. 5.06; Lehmann/Spindler, in: Handbuch des Urheberrechts, § 9, Rn. 45 in diese Richtung.

15 WIPO-Mustervorschriften für den Schutz von Computersoftware, GRUR Int. 1978, 286, 290.

16 Bainbridge, Software copyright law, 1. „programs are the instructions or commands telling the computer hardware what to do“, „St. Albans City & District Council v. International Computers Ltd.“, EWCA, 26. Juli 1996, (1997) F.S.R. 251, 264.

17 Gaudrat, RTDCom. 2010, 319 ff., Rn. 35; Warusfel, in: Lamy Droit du Numérique 2023, Rn. 1498 auf die fehlende Definition bezugnehmend.

18 „Arrêté du 22 décembre 1981, l'enrichissement de la langue française“, JONC, 17. Januar 1982, S. 624 ff.; Sédallian/Dupré, 102; Vivant, in: Lamy Droit du Numérique 2023, Rn. 12 ff. auf diesen Erlass, in welchem der englische Begriff „software“ in der französischen Sprache als „logiciel“ übersetzt wird, bezugnehmend. Gemäß diesem Erlass ist der französische Ausdruck „programme“ nicht deckungsgleich mit „logiciel“, sondern stellt nur ein Teil von diesem dar.

19 Bartsch, CR 2010, 553.

einen bestimmten Vertrag bzw. Vertragstyp,<sup>20</sup> jedoch werden Verträge, welche die Überlassung und Nutzung von Software regeln, als „klassische“ Softwareverträge bezeichnet.<sup>21</sup>

Software kann anhand verschiedener Kriterien kategorisiert werden. Möglich ist unter anderem eine Unterscheidung zwischen Systemprogrammen (als Betriebssoftware) und Anwendungsprogrammen sowie zwischen Standard- und Individualsoftware.<sup>22</sup> Standardsoftware kann definiert werden als „ein in Serie hergestelltes Produkt, welches von allen Kunden erworben und nach der Installation benutzt werden kann, zur Realisierung von gleichen Anwendungen und Aufgaben.“<sup>23</sup> Standardsoftware wird „für die Bedürfnisse einer Mehrzahl von Kunden am Markt und nicht speziell für einen spezifischen Auftraggeber entwickelt.“<sup>24</sup> Während Standardsoftware zum Zeitpunkt des Vertragsschlusses regelmäßig schon existiert, wird Individualsoftware für einen Nutzer individuell nach dessen Vorgaben erstellt. Allerdings ist eine solche Schwarz-Weiß-Abgrenzung teils

- 
- 20 Vivant, *Receuil Dalloz* 1994, 117, 118 den Gebrauch von Termini wie Informatikverträge („contrats informatiques“) bzw. Softwarevertrag/Standardsoftwarevertrag („contrat de logiciel“/„contrat de progiciel“) schon früh kritisierend. Vertragsbezeichnungen hätten nicht anhand des Vertragsgegenstands – hier die Informationstechnologie bzw. die Software –, sondern anhand juristischer Kategorien zu erfolgen. Das Vertragsrecht verfüge über Mittel, um Einordnungen vorzunehmen, wie beispielsweise den Vertragsgegenstand, den Vertragsgrund und die Einigung. Die Wertungen des Vertragsrechts änderten sich nicht durch den Vertragsgegenstand aus der Informatik (auch Lucas/Devèze/Frayssinet, Rn. 725 in diese Richtung). Zu beachten ist für Vivant zudem, dass Informationstechnologien und die diese betreffenden Verträge allgemein als kompliziert und andersartig galten. Der erhöhte technische Charakter und das, wie es erscheine, mangelnde technische Verständnis bzw. die fehlende Offenheit für noch unbekanntere rechtliche bzw. technische Gegebenheiten bei zahlreichen Juristen ließen das bestehende Recht vorschnell als unpassend erscheinen.
- 21 Lutz, I; Marly, Rn. 661 ff. in diese Richtung; McGuire, GRUR 2009, 13, 19; von Merwelt, CR 2006, 722. Als neutraler Begriff für Verträge über die Nutzung von Software kann der Terminus „Überlassung“ verwendet werden.
- 22 Thewalt, 3. Morgan/Burden, 119 klarstellend, dass eine unstrittig bestehende weitere Art von Software sogenannte „preloaded software“ ist, wie sie in technischen Gegenständen wie beispielsweise Fahrzeugen oder Waschmaschinen existiert. Diese wird in dieser Arbeit nicht weiter betrachtet, denn „preloaded“ bzw. „embedded“ Software stellt grundsätzlich nur ein Teil eines anderen Wirtschaftsguts, welches Vertragsgegenstand ist, dar.
- 23 Warusfel, in: Lamy Droit du Numérique 2023, Rn. 1503 mit Verweis auf „instruction fiscale“, 16. Februar 1996, 3A-1-96, Nr. 3.
- 24 Begriffsbestimmungen der EVB-IT Überlassung Typ A. Ergänzende Vertragsbedingungen für die Überlassung von Standardsoftware gegen Einmalvergütung – EVB-IT Überlassung Typ A -, S. 7.

## 1. Teil. Einführung

unpräzise, denn auch Individualsoftware basiert oft auf standardmäßig verwendeten Bausteinen.<sup>25</sup> Zudem wird Standardsoftware zuweilen individuell angepasst.<sup>26</sup> Daher wird teils eine „Identität der Softwaretypen“ erkannt, unabhängig davon, ob es sich um Individual- oder Standardsoftware handelt. Standardsoftware sei ein industrielles Massengut und Individualsoftware gleiche mehr einer Serviceleistung. Dies führe zu ökonomischen und juristischen Differenzierungen, jedoch seien die Abgrenzungsprobleme zwischen diesen beiden Softwarearten so groß bzw. der Übergang fließend, dass sich eine natürliche Unterscheidung verbiete.<sup>27</sup> Grundsätzlich ist dem zuzustimmen. Allerdings wird an dieser Stelle vorgeschlagen, sich von diesen Nuancen zu lösen, um Software und Softwareverträge in einer Reinform betrachten zu können. Denn zumindest ein Unterscheidungsmerkmal besteht bei Individual- und Standardsoftware, welchem aus vertragsrechtlicher Perspektive auch besondere Bedeutung zukommt. Individualsoftware wird entsprechend dem Kundenwunsch erstellt und es erfolgt nach Vertragsschluss eine Programmierstätigkeit, dagegen ist die Erstellung von Standardsoftware nicht Vertragsgegenstand.<sup>28</sup>

Bei Softwareverträgen ist die Überlassung und Nutzung der Software abzugrenzen von Tätigkeiten wie der Software-Wartung und der Software-Pflege. Letztere werden mangels schuld- und überwiegend auch urheberrechtlicher Besonderheiten in dieser Arbeit nicht weiter betrachtet.

## B. Cloud Computing

Bereits an dieser Stelle ist mit Cloud Computing eine Nutzungsmöglichkeit von Software zu nennen, welche die Bestimmung der schuldrechtlichen Rechtsnatur von Softwareverträgen, insbesondere unter Beachtung des urheberrechtlichen Hintergrundes der Nutzung von Software, vor weitere Herausforderungen stellt.

---

25 Le Tourneau, *Contrats du numérique informatiques et électroniques*, Rn. 4.9 in diese Richtung (in früherer Auflage: 7. Auflage, 2012).

26 Huet, in: *Catala*, 799, 800; Le Tourneau, *Contrats du numérique informatiques et électroniques*, Rn. 4.9 in diese Richtung (in früherer Auflage: 7. Auflage, 2012).

27 Lucas/Devèze/Frayssinet, Rn. 744; Vivant/Lucas, *JCP E*, 18, 246 ff., Rn. 14.

28 Warusfel, in: *Lamy Droit du Numérique 2023*, Rn. 1644 f. in diese Richtung.

## I. Definition, Terminologie und technische Eigenschaften

Eine einheitliche Definition von Cloud Computing besteht nicht.<sup>29</sup> Zentrales Wesensmerkmal von Cloud Computing in Verbindung mit Software ist das Ermöglichen der Nutzung von Software, ohne dass der Nutzer diese auf seinem Computer dauerhaft speichern muss.<sup>30</sup> Ein solches Speichern der Software erfolgt auf dem Server des Cloud-Anbieters (in der sogenannten Cloud),<sup>31</sup> auf welchen vom Endkunden online zugegriffen werden kann.<sup>32</sup> Folglich ist bei Cloud Computing regelmäßig auch die Nutzung von Hardware des Cloud-Anbieters Vertragsbestandteil.<sup>33</sup>

Es mangelt an einer einheitlichen Terminologie in Bezug auf Cloud Computing. Neben dem heute vorherrschenden Begriff Cloud Computing<sup>34</sup> werden und wurden Begriffe wie Outsourcing- oder Rechenzentrumsverträge, „Application Service Provider“ bzw. „ASP“<sup>35</sup>, oder „Plattform“, „Infrastructure“, „Software“ oder „Business Process“, jeweils „as a

---

29 Giedke, 36 ff. zahlreiche unterschiedliche Definitionen darstellend; Grünwald/Döpfkens, MMR 2011, 287.

30 Bitan, Droit et expertise du numérique, Rn. 469 f.; Meyer, 214, 217.

31 Bitan, Droit et expertise du numérique, Rn. 469 f.; Grünwald/Döpfkens, MMR 2011, 287 darauf verweisend, dass bei einer Cloud eine feste physikalische Zuordnung von Hard- und Software nicht mehr möglich ist; Lehmann/Giedke, CR 2013, 608, 609, 611 darlegend, dass ein Serververbund vorliegt, welcher als ein großer Computer bezeichnet werden kann. Der Nutzer greife bei der Softwarenutzung auf einzelne dieser Server zu. Die Daten könnten auf einzelnen Servern verteilt oder auch auf allen liegen. Eine explizite Zuordnung sei nicht möglich; Schulz/Rosenkranz, ITRB 2009, 232, 233 in diese Richtung.

32 Bisges, GRUR 2013, 146 f.; Bitan, Droit et expertise du numérique, Rn. 469 f.; Czychowski/Bröker, MMR 2002, 81, 82; Dreier/Vogel, 218; Hantschel 165; Hilty, GRUR 2018, 865, 866 auf den Zugang abstellend; Lehmann/Giedke, CR 2013, 608, 610; Lutz, 156 auf die „Fernnutzung“ abstellend; Meyer, 212 f.; Pohle/Ammann, CR 2009, 273; Rowland/Kohl/Charlesworth, 534 f.; Witzel, ITRB 2002, 183.

33 Rowland/Kohl/Charlesworth, 535 f.

34 Le Tourneau, Contrats du numérique informatiques et électroniques, Rn. 342.13 ff.; Marly, Rn. 1117 ff. in diese Richtung; Morgan/Berry, 275 ff.; Schneider, in: Handbuch des EDV-Rechts, F, Rn. 270 ff., G, Rn. 493 ff., M, Rn. 9; Warusfel, in: Lamy Droit du Numérique 2023, Rn. 1715 ff.

35 Bond, Software contracts, 31 für das englische Recht; Röhrborn/Sinhart, CR 2001, 69 im Zusammenhang mit Computern „die Zurverfügungstellung von Anwendungen und deren Funktionen sowie damit verbundenen Dienstleistungen über ein Netzwerk (meist das Internet) mit der Abrechnung der Softwarelizenz per effektiver Softwarenutzung (pay as you go)“ beschreibend; Witzel, ITRB 2002, 183.

service“, somit kurz „Paas“, „IaaS“, „SaaS“ bzw. „BPaas“ verwendet.<sup>36</sup> Zuweilen kam auch der Begriff des „Grid Computing“ auf.<sup>37</sup> In Frankreich erfolgt für Cloud Computing mit „informatique en nuages“<sup>38</sup> eine wörtliche Übersetzung, auch wird der Terminus „entmaterialisierte Informatik“ („informatique dématérialisée“) verwendet.<sup>39</sup> Für „ASP“ wird der Terminus „fournisseur d’applications hébergées“ („FAH“) à distance“ genutzt.<sup>40</sup>

In der Rechtsliteratur wurden diese Begriffe teils voneinander abgegrenzt, teils aber auch synonym bzw. in unterschiedlichen Zeitabschnitten der technischen Entwicklung verwendet. Abzugrenzen ist Cloud Computing jedoch von Outsourcing- und Rechenzentrumsverträgen. Bei Letzteren steht nicht die Nutzung von Software im Vordergrund, sondern die von Hardware. Es werden Datenverarbeitungsleistungen im Ganzen ausgelagert.<sup>41</sup> Teils wird Cloud Computing inhaltlich mit „ASP“<sup>42</sup> aber auch mit „SaaS“<sup>43</sup> gleichgesetzt, allein die Terminologie habe sich im Laufe der Zeit verändert.<sup>44</sup> Auch solle der Überbegriff Cloud Computing im Gegensatz zu „SaaS“ die Nutzung von Hardware umfassen.<sup>45</sup> Andere setzen „ASP“ und „SaaS“ gleich<sup>46</sup> bzw. weisen auf die synonyme Verwendung der Begriffe

---

36 Bitan, Droit et expertise du numérique, Rn. 471; Bond, Software contracts, 31; Giedke, 28 diese Aufteilung bei einer Unterscheidung nach dem Service Angebot vornehmend; Grünwald/Döpfkens, MMR 2011, 287; Grützmacher, CR 2011, 697, 704; Sordet/Milchior, Comm. Com. Electr. 2011–11, étude 20, I.A.; Taylor/Mateucci, CTRLR 2010, 16, 2, 57 f.

37 Hoeren/Pinelli, 300 Grid Computing als das Benutzen entfernter Computer für die elektronische Datenverarbeitung beschreibend (in früherer Auflage: 2. Auflage, 2012); Marly, Rn. 1122 bei Cloud Computing im Gegensatz zu Grid Computing ein zusätzliches Dienstleistungsmerkmal erkennend; Redeker, Rn. 1279.

38 JORF Nr. 129, 6. Juni 2010, Text Nr. 42. Bitan, Droit et expertise du numérique, Rn. 469.

39 Warusfel, in: Lamy Droit du Numérique 2023, Rn. 1715.

40 Le Tourneau, Contrats du numérique informatiques et électroniques, Rn. 222.13.

41 Redeker, Rn. 847.

42 Redeker, in: Handbuch Multimedia-Recht, Teil 12, Rn. 4 erklärend, dass Cloud Computing das „Schlagwort“ für „ASP“ ist, das unter zweitem Namen „in den Markt eingeführt wurde“ (in früherer Auflage: 42. Ergänzungslieferung, 2015).

43 Bitan, Droit et expertise des contrats informatiques, Rn. 588.

44 Marly, Rn. 1120 in Bezug auf „ASP“ und „SaaS“; Lehmann/Giedke, CR 2013, 608, 609, 611 Marly allgemein widersprechend; Morgan/Berry, 275.

45 Marly, Rn. 1121.

46 Hoeren/Pinelli, 299 (in früherer Auflage: 2. Auflage, 2012); Redeker, Rn. 1280; von dem Bussche/Schelinski, in: Münchener Anwaltshandbuch IT-Recht, Teil 1, Rn. 19 (in früherer Auflage: 3. Auflage, 2013).

hin.<sup>47</sup> „Saas“ wird als Weiterentwicklung angesehen.<sup>48</sup> Wiederum andere erkennen bei Cloud Computing gegenüber „ASP“ ein „Mehr“ an Speicherplatz und Datenbanken<sup>49</sup> und gegenüber „Saas“ ein „Mehr“ an Hardware und Systemsoftware.<sup>50</sup> Cloud Computing wird im Verhältnis zu „ASP“ als komplexer und individueller<sup>51</sup> auf den Kunden zugeschnitten<sup>52</sup> bzw. personalisierter<sup>53</sup> angesehen. Bei „ASP“ werde ein dedizierter Server bzw. eine dedizierte Serverfarm zur Verfügung gestellt („one to one“),<sup>54</sup> hingegen bei Cloud Computing fehle es an einer solchen konkreten Verbindung und der Cloud Computing Service sei daher auch skalierbarer.<sup>55</sup> „Saas“-Lösungen seien für die Internetnutzung geschaffen, bei „ASP“ habe es früher allein ein „Frontend“, welches einen Zugriff über das Internet möglich machte, gegeben.<sup>56</sup> „Saas“ erlaube eine „one to many“-Nutzung<sup>57</sup> und es handle sich um Massenverträge.<sup>58</sup> Teils wird Anwendungssoftware, welche in der Cloud liegt, als „Saas“, bei welchem wie bei „ASP“ Software verfügbar gemacht wird, beschrieben<sup>59</sup> Gemäß anderer wird „ASP“ als „früheres Konzept“ qualifiziert,<sup>60</sup> welches durch das Bestehen einer Internetverbindung zu Cloud Computing<sup>61</sup> bzw. „Saas“<sup>62</sup> geworden ist, seine Anfänge jedoch in „Saas“ hat<sup>63</sup> bzw. trotz bestehender Unterschiede heute mit „Saas“

47 Schneider, in: Handbuch des EDV-Rechts, U, Rn. 121 beschreibend.

48 Bond, Software contracts, 31.

49 Saxby, Rn. 6.910 (in früherer Auflage: 64. Ergänzungslieferung, 2012).

50 Schulz/Rosenkranz, ITRB 2009, 232, 233.

51 James, in: Münchener Anwaltshandbuch IT-Recht, Teil 11.2, Rn. 3; Loewenheim, in: Schrickler/Loewenheim, Vor §§ 69a ff. UrhG, Rn. 68.

52 Lehmann/Giedke, CR 2013, 608, 610.

53 Bensoussan, Le contrat SAAS de vente de logiciels.

54 Bettinger/Scheffelt, CR 2001, 729; Halliday/Dollery, Comms. L. 2009, 14(3), 77; Holt/Newton, 118; James, in: Münchener Anwaltshandbuch IT-Recht, Teil 11.2, Rn. 3 in diese Richtung; Koch, 412. Andere jedoch auch bei ASP von „one-to-many“ bzw. einer Parallelnutzung sprechend, Bettinger/Scheffelt, CR 2001, 729; Burnett, 42; Fell/Antell/Exell/Picton/Roberts-Walsh/Townsend, 45, Huet/Bouche, Rn. 133; Lutz, 156 „one to many“ als Regelfall beschreibend.

55 Loewenheim, in: Schrickler/Loewenheim, Vor §§ 69a ff. UrhG, Rn. 68; Schneider, in: Handbuch des EDV-Rechts, U, Rn. 12.

56 Warusfel, in: Lamy Droit du Numérique 2023, Rn. 1737.

57 Koch, 412; Rowland/Kohl/Charlesworth, 535 f.

58 Bond, Software contracts, 32.

59 Roos, in: Handbuch Multimedia-Recht, Teil 12, Rn. 120.

60 Hoeren/Pinelli, 335.

61 Hoeren/Pinelli, 299 (in früherer Auflage: 2. Auflage, 2012).

62 Huet/Bouche, Rn. 133.

63 Giedke, 31.

gleichgesetzt werden kann.<sup>64</sup> „ASP“ sei der frühere Name von „Saas“.<sup>65</sup> Bei „ASP“ sei bei maximal 10 % eine Individualisierung erfolgt, bei „Saas“-Lösungen hingegen bei 30–40 %.<sup>66</sup> Es wird angemerkt, dass aus urheber- und vertragsrechtlicher Perspektive grundsätzlich eine Gleichstellung erfolgen kann.<sup>67</sup> In Frankreich wird der Begriff „infogérance“ für Outsourcing verwendet,<sup>68</sup> jedoch beinhaltet dieses neben der Hardwarenutzung regelmäßig auch Cloud Computing bzw. „ASP“.<sup>69</sup> Auch werden „ASP“ und „Saas“ als Arten der Softwarenutzung mittels Cloud Computing beschrieben.<sup>70</sup>

Im Ergebnis kann nicht von einer einheitlichen Verwendung der Terminologie gesprochen werden. Bezeichnend für diese Konfusion von Begriffen ist die in älterer Literatur zu Beginn der 2010er Jahre erfolgte Feststellung, dass sich eine klare Abgrenzung von „Saas“ zu „ASP“ in der Rechtspraxis und Rechtslehre nicht durchgesetzt hat.<sup>71</sup> Es sollte jedoch nicht erwartet werden, dass sich für technische Lösungen im Bereich der Informatik und somit technische Termini in der Rechtswissenschaft eine Definition bzw. eine einheitliche Terminologie durchsetzt. Vielmehr sollten Juristen technische Begriffe und Definitionen übernehmen und nicht selbst entwickeln bzw. voneinander abgrenzen.

Aus technischer Perspektive werden bei „ASP“ fünf Leistungen erkannt: Diese sind erstens die Speicherung von Standardsoftware auf dem Server des Anbieters (anstelle des Computers des Nutzers), zweitens das Verschaffen von Zugang („Log-in“) zu der Software auf dem Server, um diese dort ablaufen zu lassen, drittens das Einräumen eines Nutzungsrechts („licence“), viertens das Verschaffen von Updates und die Wartung, etc. der Software sowie fünftens das Anbieten des „services“ auf Zeit bzw. auf „pay-per-use“-Basis.<sup>72</sup> Der Aufspaltung von Cloud Computing in die Untergruppen „Saas“, „IaaS“, „PaaS“ und „BPaaS“ liegen unterschiedliche Modelle zu Grunde. Bei „Business Process as a service“ wird eine gesamte

---

64 Marly, Rn. 1093.

65 Warusfel, in: Lamy Droit du Numérique 2023, Rn. 1716, 1737.

66 Marly, Rn. 1094.

67 Marly, Rn. 1095.

68 Sédallian/Dupré, 312 f.; Warusfel, in: Lamy Droit du Numérique 2023, Rn. 1716 in diese Richtung.

69 Sédallian/Dupré, 312 f.

70 Warusfel, in: Lamy Droit du Numérique 2023, Rn. 1716.

71 Von dem Bussche/Schelinski, in: Münchener Anwaltshandbuch IT-Recht, Teil 1, Rn. 19 (in früherer Auflage: 3. Auflage, 2013).

72 Rowland/Kohl/Charlesworth, 534 f.

Geschäftsanwendung ausgelagert.<sup>73</sup> Werden „spezielle Anwendungs- und Entwicklungsumgebungen“ genutzt, so liegt „Platform as a service“ vor.<sup>74</sup> Es wird dem Nutzer ermöglicht, entweder eigene Software<sup>75</sup> oder solche des Cloud-Anbieters in der Cloud zu speichern und zu nutzen.<sup>76</sup> Hingegen wird bei „Infrastructure as a service“ eine IT-Infrastruktur bereitgestellt, auf die online zugegriffen werden kann.<sup>77</sup> Es werden Betriebssoftware und Hardware angeboten, was die Nutzung eigener Anwendungssoftware des Nutzers ermöglicht.<sup>78</sup> Teils erfolgt eine Beschreibung als Serverhosting/-housing<sup>79</sup> oder es wird allein die Hardware als Vertragsgegenstand angesehen.<sup>80</sup> Bei „Software as a service“ hingegen wird neben der Infrastruktur auch die Nutzung der vom Anbieter auf dieser gespeicherten Software Vertragsbestandteil.<sup>81</sup> Auf diese greift der Nutzer über das Internet zu.<sup>82</sup>

## II. Cloud Computing als Modell der Softwarenutzung

Cloud Computing-Modelle mit Bezug auf Software können als eine neue Evolutionsstufe der Softwarenutzung beschrieben werden. Anfangs war Software stets mit der Festplatte eines Computers verbunden, später nur noch mit einem mobilen Datenträger wie einer Diskette, CD-ROM oder DVD. Schließlich war Software mittels eines Downloads übertragbar. Bei Cloud Computing liegt mit der nicht mehr notwendigen dauerhaften Speicherung der Software beim Nutzer ein nächster Entwicklungsschritt vor. Daher wird teils vorgeschlagen, bei der Nutzung von Software im Allgemeinen von drei Schritten zu sprechen: Diese sind erstens der „Erwerb des Programmträgers“ mit der auf diesem gespeicherten Software, zweitens die „stabile Installation“ der Software beim Nutzer und drittens die

---

73 Marly, Rn. 1118.

74 Redeker, Rn. 1278; Schneider, in: Handbuch des EDV-Rechts, M, Rn. 467, U, Rn. 46.

75 Bisges, MMR 2012, 574; Wicker, MMR 2012, 783.

76 Holt/Newton, 117.

77 Saxby, Rn. 6.910 (in früherer Auflage: 64. Ergänzungslieferung, 2012); Taylor/Mateucci, CTRL 2010, 16, 2, 57, 58.

78 Giedke, 28 f. von Rechenleistung und Speicherplatz sowie Betriebssoftware und Visualisierungstechniken als Vertragsgegenstand sprechend; Redeker, Rn. 1278.

79 Bisges, MMR 2012, 574.

80 Holt/Newton, 117; Reed, 12, 56.

81 Bitan, Droit et expertise du numérique, Rn. 471; Giedke, 30 f.; Lehmann/Giedke, CR 2013, 608, 613; Saxby, Rn. 6.910 (in früherer Auflage: 64. Ergänzungslieferung, 2012); Wicker, MMR 2012, 783.

82 Holt/Newton, 117.

„flüchtige Speicherung im Arbeitsspeicher“ bei der konkreten Nutzung der Software.<sup>83</sup> Im Rahmen der Übermittlung der Software bei einem Download fällt der erste Schritt weg, bei Cloud Computing auch der zweite Schritt und unter Umständen aufgrund von technischem Fortschritt in der Zukunft auch der dritte Schritt.<sup>84</sup> Tatsächlich wird Cloud Computing in der Wirtschaft immer mehr zum Standard und ersetzt sogenannte „on-premise“-Lösungen.<sup>85</sup> Meist muss der Nutzer allein eine Client-Software installieren,<sup>86</sup> also eine Benutzeroberfläche der sich in der Cloud befindenden Software, um auf letztere zugreifen zu können.<sup>87</sup>

Die vertraglichen Leistungen unterscheiden sich bei diesen verschiedenen Arten von Softwareverträgen. Wird Software auf einem Datenträger überlassen, so hat diese auf dem Datenträger in der Weise gespeichert zu sein, dass eine Installation auf der Festplatte des Nutzers erfolgen kann. Bei einem Download muss die Software so im Internet bereitgestellt werden, dass ein Herunterladen auf die Festplatte des Nutzers möglich ist. Hingegen bei Cloud Computing ist eine feste Installation der Software auf einem Computer im Herrschaftsbereich des Nutzers nicht gewollt, vielmehr verbleibt die Software in der Cloud. Der Cloud-Anbieter muss die Software in der Cloud derart bereithalten, dass ein Online-Zugriff und die damit verbundene Nutzung durch den Nutzer stets möglich sind. Zudem bestehen bei Cloud Computing auch andere Nebenpflichten wie beispielsweise solche in Bezug auf die Softwarepflege. Diese schuldet regelmäßig der Anbieter, während bei anderen Arten der Softwarenutzung zum Beispiel Updates vom Nutzer selbst installiert werden müssen. Cloud Computing spart Software- sowie Hardwareressourcen beim Nutzer, gleichzeitig werden Computer, Mobiltelefone bzw. Tablets immer kleiner und die Datenmengen bei der Nutzung von Software immer größer. Dies erklärt die faktische und wirtschaftliche Bedeutung von Cloud Computing. Es verbietet sich daher, Softwareverträge rechtlich zu analysieren, ohne Verträge zu Cloud Computing in die Betrachtung miteinzuschließen. Insbesondere stellt sich die Frage, in welchem Verhältnis Cloud Computing zur Softwarenutzung nach Überlassung der Software mittels eines Datenträgers oder mittels einer

---

83 Hilty, in: Harrer/Portmann/Zäch, 61, 67 f.; Hilty, MMR 2003, 3, 5 f. Die „flüchtige Speicherung im Arbeitsspeicher“ stellt die Softwarenutzung dar, hierzu 1. Teil § 3 D, insbesondere II. 1., 2. sowie IV.

84 Hilty, in: Harrer/Portmann/Zäch, 61, 67 f.; Hilty, in: Calboli/Lee, 64 ff. in diese Richtung.

85 Hoeren/Pinelli, 334.

86 Grützmaker, ITRB 2001, 59; Schneider, in: Handbuch des EDV-Rechts, U, Rn. 122.

87 Bettinger/Scheffelt, CR 2001, 729, 733; Bisges, GRUR 2013, 147; Meyer, 215.

online-Übermittlung (Download) steht. Dieser Frage kommt im Besonderen aus urheberrechtlicher Perspektive große Bedeutung zu. Im Folgenden sollen nur Cloud Computing-Sachverhalte im Fokus stehen, bei welchen die Softwarenutzung mittels Cloud Computing der Softwareüberlassung mittels Überlassung eines Datenträgers bzw. eines Downloads im Wesentlichen gleichgestellt werden kann.

### § 3. Urheberrechtlicher Rechtsschutz von Software

#### A. Historischer Hintergrund und Entwicklung in Deutschland, Frankreich und England

In den USA wurde der Urheberrechtsschutz für Computerprogramme erstmals im Jahr 1964 anerkannt und im Jahr 1980 im „US Copyright Act“ normiert.<sup>88</sup> In Europa gab es in den 1960er Jahren erste Überlegungen zu einem immaterialgüterrechtlichen Schutz von Computerprogrammen.<sup>89</sup> Zur Diskussion standen die Einordnung von Software in schon bestehende Systeme wie dem Urheberrecht („copyright approach“) oder dem Patentrecht („patent approach“) bzw. die Schaffung eines neuen Sui-Generis Schutzes („sui generis approach“).<sup>90</sup> Der Weg über das Patentrecht war aufgrund von Art. 52 Abs. 2 lit. c) Var. 4, Abs. 3 EPÜ versperrt, welcher Patente für „Programme für Datenverarbeitungsanlagen (...) als solche“ ausschließt. Zudem bestand neben der Sorge vor einer weiteren Überlastung der Patentämter auch wenig Interesse der Industrie an einem solchen Rechtsschutz.<sup>91</sup> Überdies sollte die europäische Softwareindustrie durch Softwarepatente nicht noch weiter hinter die US-amerikanische zurückgeworfen werden.<sup>92</sup> Letztere hatte Interesse an einem Urheberrechtsschutz für Software, um das Auftreten von Raubkopien zu unterbinden.<sup>93</sup> Im

---

88 BRegE, Entwurf eines Zweiten Gesetzes zur Änderung des Urheberrechtsgesetzes, BT-Drs. 12/4022 v. 18. Dezember 1992, S. 6 darauf verweisend.

89 Marly, Rn. 59; Möhring, GRUR 1967, 269 ff.

90 Lehmann/Spindler, in: Handbuch des Urheberrechts, § 9, Rn. 39; Loewenheim, in: Schricker/Loewenheim, Vor §§ 69a ff. UrhG, Rn. 1 in diese Richtung.

91 Blocher, 44; Kraßer/Ann, 12. Teil, Rn. 22 ff.; Loewenheim, in: Schricker/Loewenheim, Vor §§ 69a ff. UrhG, Rn. 1, 9; Melullis, GRUR 1998, 843 ff.

92 Hilty/Geiger, IIC 2005, 615, 619. Software kann in Europa heutzutage unter besonderen Voraussetzungen auch patentrechtlichen Schutz genießen.

93 Hilty, in: Alexander/Bornkamm/Buchner/Fritzsche/Letl, 289, 291 diese Entwicklung beschreibend.

Gegensatz zu einem Sui-Generis Schutz sprach für das Urheberrecht die Möglichkeit, auf bestehende internationale Abkommen zurückzugreifen.<sup>94</sup> Allerdings wurde das Urheberrecht nicht für Software geschaffen und bietet deshalb oft keine unmittelbar für Software passenden Lösungen an,<sup>95</sup> wie es bei einem Sui-Generis Schutz möglich gewesen wäre. Es setzte sich weltweit die Tendenz zum Urheberrechtsschutz von Software durch, was sich im Jahr 1977 auch in den „Mustervorschriften für den Schutz von Computerprogrammen“ der WIPO manifestierte.<sup>96</sup> Mit diesen sollte die internationale Vereinheitlichung des Rechtsschutzes von Software vorangetrieben werden.<sup>97</sup>

In den einzelnen EU-Mitgliedstaaten erfolgte die Anerkennung des Urheberrechtsschutzes sehr zögerlich und im ersten Schritt oftmals nur durch die Rechtsprechung. Ende der 1980er Jahre bestanden in lediglich fünf von zwölf EU-Mitgliedstaaten Normierungen zum urheberrechtlichen Schutz von Computerprogrammen.<sup>98</sup> Die Europäische Kommission sah ab Mitte der 1980er Jahre diesbezüglich Harmonisierungsbedarf und in der Folge erschienen im Jahr 1985 ein Weißbuch<sup>99</sup> und im Jahr 1988 ein Grünbuch.<sup>100</sup> Schließlich wurde im Mai 1991 die Richtlinie 91/250/EWG mit dem Titel „Richtlinie über den Rechtsschutz von Computerprogrammen“ erlassen. Diese war die erste Richtlinie der Europäischen Union, welche zur Harmonisierung des Urheberrechts beitragen sollte.<sup>101</sup> Eine Evaluation der Entwicklungen seit der Verabschiedung der Richtlinie im Jahr 1991

---

94 Lenhard, 28; Loewenheim, in: Schricker/Loewenheim, Vor §§ 69a ff. UrhG, Rn. 1.

95 Hilty, in: Alexander/Bornkamm/Buchner/Fritzsche/Lettl, 289, 291.

96 WIPO-Mustervorschriften für den Schutz von Computerprogrammen, GRUR 1978, 286 ff. Haase, 31; Hilty/Geiger, IIC 2005, 615, 619 darauf verweisend, dass in diesen nur eine dem Urheberrechtsschutz ähnliche Regelung enthalten war, es hätte demnach auch die Schaffung eines Sui-Generis Schutzes erwogen werden können.

97 Haase, 31.

98 Bericht der Kommission an den Rat, das Europäische Parlament und den Wirtschafts- und Sozialausschuss über die Umsetzung und die Auswirkungen der Richtlinie 91/250/EWG über den Rechtsschutz von Computerprogrammen vom 10. April 2000, KOM (2000) 199 endg., S. 5.

99 Weißbuch der Kommission der Europäischen Gemeinschaften an den Europäischen Rat über die Vollendung des Binnenmarktes vom 14. Juni 1985, KOM (85) 310 endg., S. 36 in dem in Bezug auf das Markenrecht eine Anpassung an den technologischen Wandel gefordert wird. Dreier, EIPR 1991, 319 f.

100 “Green Paper on Copyright and the Challenge of Technology Copyright Issues Requiring Immediate Action. Communication from the Commission”, COM (88) 172 final, 07. Juni 1988.

101 Janssens, in: Stamatuodi/Torremans, Rn. 5.01.

erfolgte durch die Europäische Kommission im Jahr 2000. Weiterer Handlungsbedarf wurde nicht festgestellt.<sup>102</sup> Im Jahr 2009 erfolgte mit der Richtlinie 2009/24/EG eine fast inhaltsgleiche Neuverabschiedung der Richtlinie aus dem Jahr 1991.

In Deutschland manifestierte sich der urheberrechtliche Schutz von Software zum einen in Gerichtsurteilen wie der „Inkasso-Programm“-Entscheidung des BGH im Jahr 1985. Dieses Urteil stellte sehr hohe Anforderungen an die Individualität – also die Gestaltungshöhe<sup>103</sup> – und somit insgesamt an die Gewährung von urheberrechtlichem Schutz von Software.<sup>104</sup> In der Folge waren nur ein Bruchteil der Computerprogramme urheberrechtlich geschützt, Schätzungen liegen zwischen 5 % und 20 %.<sup>105</sup> Zum anderen erfolgte noch im selben Jahr die Aufnahme von Computerprogrammen als „Programme für die Datenverarbeitung“ in den Katalog der geschützten Werke in § 1 Nr. 1 UrhG.<sup>106</sup> In Deutschland wurde die Richtlinie 91/250/EWG am 09. Juni 1993 fast wortgleich mit den §§ 69a-69g UrhG umgesetzt. Hierdurch sollte auch eine einheitliche Rechtsanwendung im Geltungsbereich der Richtlinie gefördert werden.<sup>107</sup> Somit wurde auf die Gestaltungshöhe als Tatbestandsmerkmal verzichtet und der urheberrechtliche Schutz von Software auch auf Werke der „kleinen Münze“ ausgeweitet.<sup>108</sup>

In Frankreich wurden im Urheberrechtsgesetz vom 11. März 1957 über das literarische und künstlerische Eigentum („propriété littéraire et artistique“) verschiedene Werkkategorien aufgezählt, allerdings hatte diese Nen-

---

102 Bericht der Kommission an den Rat, das Europäische Parlament und den Wirtschafts- und Sozialausschuss über die Umsetzung und die Auswirkungen der Richtlinie 91/250/EWG über den Rechtsschutz von Computerprogrammen vom 10. April 2000, KOM (2000) 199 endg., S. 24.

103 Die Prüfungsschritte bezüglich der „hinreichenden schöpferischen Eigentümlichkeit“ waren zum einen ein Vergleich mit allen schon bekannten Programmen und zum anderen ein Vergleich mit dem Schaffen eines Durchschnittsprogrammierers. Es mussten jeweils individuelle „schöpferische Eigenheiten“ bestehen, BGH, Urteil v. 09. Mai 1985 – I ZR 52/83 („Inkasso-Programm“), NJW 1986, 192, 195 ff.

104 BGH, Urteil v. 09. Mai 1985 – I ZR 52/83 („Inkasso-Programm“), NJW 1986, 192, 195 ff.; auch BGH, Urteil v. 04. Oktober 1990 – I ZR 139/89 („Betriebssystem“), NJW 1991, 1231 ff.

105 Freiherr von Gamm, GRUR 1986, 730 f. allenfalls 5 %; Schack, Rn. 213 unter 10 %; Ullmann, CR 1986, 564 f. weniger als 20 %.

106 Marly, Rn. 60.

107 BRegE, Entwurf eines Zweiten Gesetzes zur Änderung des Urheberrechtsgesetzes, BT-Drs. 12/4022 v. 18. Dezember 1992, S. 8.

108 Schack, Rn. 214.

nung keinen abschließenden Charakter, was die Türe für weitere Werkkategorien offen ließ.<sup>109</sup> Die gerichtliche Anerkennung von Software als urheberrechtlich geschütztes Werk erfolgte erstmals im Juni 1984 durch das TGI Paris,<sup>110</sup> eine gesetzliche Normierung als urheberrechtliches Werk erfolgte im Juli 1985.<sup>111</sup> Die erste höchstgerichtliche Entscheidung des „Cour de Cassation“ hierzu erging im darauffolgenden Jahr.<sup>112</sup> Konkretisiert wurde dieser Rechtsschutz im Jahr 1991 durch die Umsetzung der Richtlinie 91/250/EWG in das französische Recht.<sup>113</sup> Heute ist Software nach Art. L112–2 Nr. 13 CPI urheberrechtlich geschützt.

In England konnte Software stets unter den Tatbestand des „Copyright Act 1956“ subsumiert werden. In der Rechtsprechung erfolgte die Anerkennung des urheberrechtlichen Schutzes von Software im Jahr 1982.<sup>114</sup> Mit dem „Copyright (Computer Software) Amendment Act 1985“ normierte der Gesetzgeber schließlich „computer programs“ als Sprachwerk,<sup>115</sup> was heute in Sec. 3 Abs. 1 lit. (b) CDP 1988 festgehalten wird. Die Richtlinie 91/250/EWG wurde mit der „Copyright (Computer Programs) Regulation 1992“<sup>116</sup> ins englische Recht umgesetzt. Diese ist auch nach dem EU-Austritt des Vereinigten Königreichs noch in Kraft.

---

109 Plana, RIDA, 213, 2007–7, 86, 95.

110 TGI Paris, 27. Juni 1984, unveröffentlicht (auf diese Entscheidung wird verwiesen in Vivant, Anmerkung zu CA Paris, 04. Juni 1984, JCP E 1985, études et commentaires, 14409. In letztgenannter Entscheidung wurde der urheberrechtliche Schutz von Software abgelehnt). Später verneinten Gerichte wiederum einen urheberrechtlichen Schutz von Software, TGI Évry, 11. Juli 1985, Gaz. Pal. 1985, 2, 700 ff.; T. corr. Nanterre, 29. Juni 1984, Gaz. Pal. 1985, 1, 63 f.; CA Paris, 20. Februar 1985, Gaz. Pal. 1985, 1, 345 f.

111 „Loi n° 85–660 du 3 juillet 1985 relative aux droits d'auteur et aux droits des artistes-interprètes, des producteurs de phonogrammes et de vidéogrammes et des entreprises de communication audiovisuelle“. Le Tourneau, Contrats du numérique informatiques et électroniques, Rn. 221.51; May, JCP E, 23, 900; Plana, RIDA, 213, 2007–7, 86, 95; Vivant, in: Lamy Droit du Numérique 2023, Rn. 55 darauf bezugnehmend.

112 Cass. ass. plén., 07. März 1986, RIDA, 3–1986, 134 f.

113 May, JCP E 2004, 23, 900; „Loi n° 94–361 du 10 mai 1994 portant mise en oeuvre de la directive (C. E. E.) n° 91–250 du Conseil des communautés européennes en date du 14 mai 1991 concernant la protection juridique des programmes d'ordinateur et modifiant le code de la propriété intellectuelle“.

114 „Gates v. Swift R.P.C.“ (1982) 99 (13), 339–342.

115 Speck/Lane/Alexander/Tappin/May/Berkeley/Whyte/Cregan/Jamal/Chantrielle, Rn. 22.3.

116 The Copyright (Computer Programs) Regulations 1992 (S.I. 1992/3233), 16. Dezember 1992.

## B. Schutzgegenstand und Schutzvoraussetzungen

Gemäß Art. 1 Abs. 1 S. 1 Richtlinie 2009/24/EG stellen Computerprogramme den Schutzgegenstand dar<sup>117</sup> und werden als Sprachwerke geschützt.<sup>118</sup> Erforderlich ist eine persönliche geistige Schöpfung mit wahrnehmbarer Formgestalt, welche Individualität aufweist.<sup>119</sup> Allerdings werden mit Art. 1 Abs. 1 Richtlinie 2009/24/EG die Anforderungen an die Individualität deutlich herabgesetzt. Eine bestimmte Schöpfungsbzw. Gestaltungshöhe („qualitative und ästhetische Vorzüge“) wird gemäß ErWG 8 Richtlinie 2009/24/EG nicht verlangt.<sup>120</sup> Der Schutz gilt gemäß Art. 1 Abs. 2 Richtlinie 2009/24/EG für „alle Ausdrucksformen“, somit ist neben dem ausführbaren Objektcode auch der Quellcode umfasst.<sup>121</sup> Allerdings existiert bei Software eine „Ausdrucksform“ allein in einer abstrakten Art und Weise.<sup>122</sup> Die Ideen und die Grundsätze, auf welchen das Programm bzw. die Logik

- 
- 117 Vivant/Brugière, Rn. 294 zum urheberrechtlichen Schutz von Software feststellend, dass Software als urheberrechtliches Werk mit dem Urheberrecht selbst allein den Namen gemeinsam hat, denn es gibt keine Persönlichkeit des Urhebers, welche sich in der Software widerspiegelt.
- 118 Dogan, 65 f.; Dreier, in: Dreier/Schulze, § 69a UrhG, Rn. 1, 12 ff.; Haase, 67 ff., 69; König, Rn. 131 ff.; Loewenheim, in: Schricker/Loewenheim, Vor §§ 69a ff. UrhG, Rn. 7. Hilty/Geiger, IIC 2005, 615, 619 darauf hinweisend, dass dies im Einklang mit Art. 10 Abs. 1 TRIPS-Agreement und Art. 2 RBÜ steht. Die Einordnung von Computerprogrammen als Sprachwerke ist demnach äußerst umstritten. Software – insbesondere in codierter Form – habe einen technischen Charakter. Der Quellcode bestehe zwar aus Zeichen und Symbolen, die einem Alphabet entstammten, allerdings handele es sich hierbei allein um eine Aneinanderreihung von Befehlen zur Erzeugung eines Maschinenprogramms und nicht um eine Sprache als Kommunikationsmittel. Da nur die technische Umsetzung relevant sei, könne kein individueller Sprachstil des Urhebers erkannt werden. Es bestehe somit ein „Doppelcharakter“ als Sprachwerk und als technischer Gegenstand. In Abgrenzung zu anderen Sprachwerken wie Schriftstücken und Reden wirke die Einordnung im Urheberrechtsgesetz als ein „Kunstgriff“. Es werde letztlich ein vorwiegend technischer Gegenstand nicht allein durch technische Schutzrechte geschützt; Vivant/Brugière, Rn. 157 plakatativ ausführend, dass es zweifelhaft sei, Software mit Werken von Hemingway gleichzusetzen.
- 119 Schack, Rn. 180 ff. zum allgemeinen Urheberrecht.
- 120 Lehmann/Spindler, in: Handbuch des Urheberrechts, § 9, Rn. 48, 49 bezüglich Computerprogramme auf die geringen Anforderungen an die Schöpfungshöhe verweisend.
- 121 EuGH, Urteil v. 02. Mai 2012 – C 406 („SAS Institute“), GRUR 2012, 814 ff., Rn. 38. Hilty, Urheberrecht, Rn. 217.
- 122 Hilty, in: Alexander/Bornkamm/Buchner/Fritzsche/Lettl, 289, 292 in diese Richtung.

des Programms, die Algorithmen und die Programmiersprachen basieren sowie das Dateiformat sind nicht vom Urheberrechtsschutz der Software umfasst.<sup>123</sup> Die Art des verwendeten Speichermediums ist für die Subsumtion unter das Urheberrecht nicht von Bedeutung.<sup>124</sup> Computerprogramme können auch in Hardware integriert sein, wie es bei sogenannter Firmware bzw. „embedded systems“ der Fall ist.<sup>125</sup> Der Schutz besteht in sämtlichen Entstehungsphasen der Software.<sup>126</sup> Auch einzelne Teile von Computerprogrammen sind – soweit sie die Schutzvoraussetzungen erfüllen – schutzfähig.<sup>127</sup> Zudem zählt gemäß Art. 1 Abs. 1 Richtlinie 2009/24/EG das Entwurfsmaterial zur Software hinzu.

## C. Verwertungsrechte in Bezug auf Software

### I. System der Verwertungsrechte und Werkgenuss

Der Urheberrechtsschutz umfasst Verwertungsrechte,<sup>128</sup> welche dem Urheber eine angemessene Vergütung sichern,<sup>129</sup> indem dieser an der wirtschaftlich relevanten Nutzung seines Werks partizipieren kann.<sup>130</sup> Diese Beteiligung erfolgt über ein „System der Verwertungsrechte“ bzw. „Stufensystem zur mittelbaren Erfassung des Endverbrauchers“.<sup>131</sup> Dabei steht nicht die Werknutzung („Werkgenuss“) des Endnutzers im Mittelpunkt, da diese aus tatsächlichen Gründen nur schwer zu erfassen und zu kontrollieren ist.

---

123 ErWG II Richtlinie 2009/24/EG. EuGH, Urteil v. 02. Mai 2012 – C 406 („SAS Institute“), GRUR 2012, 814 ff., Rn. 31, 42 ff. Hilty, in: Alexander/Bornkamm/Buchner/Fritzsche/Lettl, 289, 291 f.

124 Loewenheim, in: Schricker/Loewenheim, § 69a UrhG, Rn. 11.

125 Loewenheim, in: Schricker/Loewenheim, § 69a UrhG, Rn. 4 in Bezug auf Firmware; Meyer, 45.

126 Schack, Rn. 215.

127 BGH, Urteil v. 20. September 2012 – I ZR 90/09, NJW-RR 2013, 878, 879 f., Rn. 29 ff.

128 Verwertungsrechte sind im deutschen Urheberrecht in den §§ 15 ff. UrhG allgemein und bezüglich Software in § 69c UrhG als Umsetzung des Art. 4 Richtlinie 2009/24/EG geregelt.

129 Loewenheim, in: Handbuch des Urheberrechts, § 19, Rn. 1.

130 Loewenheim, in: Handbuch des Urheberrechts, § 19, Rn. 3; Peukert, § 19, Rn. 1.

131 Heerma, in: Wandtke/Bullinger, § 15 UrhG, Rn. 10; Peukert, in: Hilty/Peukert, 24; Peukert, § 19, Rn. 5 ff. in diese Richtung, jedoch auch den „Rechtfertigungsdruck“ hierfür im digitalen Zeitalter beschreibend.

Vielmehr wird an dem Werkgenuss vorgelagerte Stufen angeknüpft<sup>132</sup> und der Werkgenuss selbst bleibt urheberrechtlich frei.<sup>133</sup> Verwertungsrechte unterscheiden nach körperlicher und nach unkörperlicher Verwertung.<sup>134</sup> Das Vervielfältigungs- und das Verbreitungsrecht erfassen grundsätzlich körperliche Verwertungshandlungen,<sup>135</sup> im Fokus steht das „Werk in seiner körperlich fixierten Form“<sup>136</sup> Eine CD-ROM oder andere Datenträger mit Software stellen ein körperliches Werkstück ebendieser dar.<sup>137</sup> Das Vervielfältigungsrecht erfasst grundsätzlich die Erhöhung der Anzahl von Vervielfältigungsstücken und die mit deren Verkehrsfähigkeit einhergehende Erweiterung des Kreises von Personen, welche das Werk im Sinne des Werkgenusses wahrnehmen können.<sup>138</sup> Diese Erweiterung soll der Urheber kontrollieren können und für eine solche, vorausgesetzt, dass er dieser zustimmt, eine Vergütung erhalten.<sup>139</sup> Trotz dieses grundsätzlich stimmigen Systems der mittelbaren Erfassung des Werkgenusses stellt sich die Frage, warum dieser selbst keine urheberrechtlich relevante Nutzung darstellt. Der Werkgenuss sei schließlich der Hauptgrund, warum Werke geschaffen würden und es wäre konsequent, den Werkgenuss als urheberrechtlich relevant anzusehen.<sup>140</sup> Allerdings ist die gesetzgeberische Entscheidung wie beschrieben anders ausgefallen. Es war davon ausgegangen worden, die Vergütung des Urhebers über diesen Umweg sicherstellen zu können. Fraglich ist, ob dieser Kunstgriff im digitalen Zeitalter aufrechterhalten werden kann und soll.

---

132 Heerma, in: Wandtke/Bullinger, § 15 UrhG, Rn.10 mit Verweis auf das vorstehend beschriebene vom BVerfG anerkannte „Stufensystem zur mittelbaren Erfassung der Endverbraucher“, aber auch mit Verweis auf „pay per use“ Modelle im digitalen Bereich, bei denen eine solche mittelbare Erfassung nicht vorgesehen ist; Hilty, Urheberrecht, Rn. 292; Loewenheim, in: Handbuch des Urheberrechts, § 19, Rn. 3; Peukert, in: Hilty/Peukert, II, 24.

133 Hilty, Urheberrecht, Rn. 292; Schulze, in: Dreier/Schulze, § 15 UrhG, Rn. 20.

134 Peukert, § 19, Rn. 17.

135 Loewenheim, in: Handbuch des Urheberrechts, § 19, Rn. 6.

136 Peukert, § 19, Rn. 17 in diese Richtung; Schulze, in: Dreier/Schulze, § 17 UrhG, Rn. 5.

137 Schulze, in: Dreier/Schulze, § 17 UrhG, Rn. 5.

138 Loewenheim, GRUR 1996, 830, 834; Loewenheim, in: Handbuch des Urheberrechts, § 20, Rn. 1; Schack, Rn. 430; Schulze, in: Dreier/Schulze, § 16 UrhG, Rn. 1.

139 Loewenheim, in: Handbuch des Urheberrechts, § 20, Rn. 1.

140 Pech, ZUM 2014, 22, 23 beschreibend mit Bezug auf den Vortrag von Matthias Lausen auf dem Symposium „Lizenzmodelle in der Cloud“ im Literaturhaus in München, 18. Oktober 2013.

## II. Vervielfältigungsrecht

Eine Vervielfältigung ist gemäß § 16 UrhG eine „körperliche Festlegung des Werkes“,<sup>141</sup> welche dazu geeignet ist, „diese den menschlichen Sinnen unmittelbar oder – durch eine den Inhalt verarbeitende Maschine – mittelbar wahrnehmbar zu machen.“<sup>142</sup> Die Dauerhaftigkeit der Vervielfältigung ist nicht von Relevanz.<sup>143</sup> Art. 4 Abs. 1 lit. a) und b) Richtlinie 2009/24/EG bzw. die Umsetzungsnorm § 69c Nrn. 1 und 2 UrhG beschreiben als *Lex Specialis* das Vervielfältigungsrecht in Bezug auf Software,<sup>144</sup> dabei wird die Terminologie des § 69c UrhG der des § 16 UrhG gleichgesetzt.<sup>145</sup> Gemäß Art. 4 Abs. 1 lit. a) S. 1 Richtlinie 2009/24/EG ist „die dauerhafte oder vorübergehende Vervielfältigung, ganz oder teilweise, eines Computerprogramms mit jedem Mittel und in jeder Form“ als urheberrechtliche Vervielfältigung anzusehen. Gemäß S. 2 bedürfen, „soweit das Laden, Anzeigen, Ablaufen, Übertragen oder Speichern des Computerprogramms eine Vervielfältigung erforderlich macht“, „diese Handlungen der Zustimmung des Rechtsinhabers“.

Das Vervielfältigungsrecht ist bei Software von großer Bedeutung, denn die Softwarenutzung, also die im Grundsatz dem Werkgenuss entsprechende Handlung, wird unter den Vervielfältigungsbegriff subsumiert. Seit den 1980er Jahren<sup>146</sup> und somit ungefähr seit Beginn der juristischen Erfassung von und Diskussionen über Software gibt es diese nahezu unumstrittene Übereinkunft,<sup>147</sup> auch wenn dies einen Bruch mit dem „System

---

141 Heerma, in: Wandtke/Bullinger, § 16 UrhG, Rn. 4; Loewenheim, in: Handbuch des Urheberrechts, § 20, Rn. 4; Schulze, in: Dreier/Schulze, § 16 UrhG, Rn. 6.

142 Dreier, in: Dreier/Schulze, § 69c UrhG, Rn. 6.

143 Heerma, in: Wandtke/Bullinger, § 16 UrhG, Rn. 5.

144 Loewenheim, in: Handbuch des Urheberrechts, § 20, Rn. 10; Schulze, in: Dreier/Schulze, § 16 UrhG, Rn. 3.

145 Dreier, in: Dreier/Schulze, § 69c UrhG, Rn. 6.

146 Kindermann, GRUR 1983, 150, 157 schon früh die Nutzung von Software als urheberrechtliche Vervielfältigung einordnend.

147 Hoeren/Pinelli, 55 f., 103 argumentierend, die Vervielfältigung ist gemäß den Wertungen des § 44a UrhG zustimmungsfrei; Huet, *Receuil Dalloz* 1992, 315 ff., 3. – A. – eine Subsumtion unter den urheberrechtlichen Vervielfältigungsbegriff kritisierend und bei der Nutzung von Software allein technische Vervielfältigungen erkennend; Janssens, in: Stamatuodi/Torremans, Rn. 5.60 auf den gesetzgeberischen Willen Ende der 1980er Jahre bezugnehmend; König, Rn. 619 die Programmnutzung als urheberrechtlich nebensächlich ansehend; Lucas/Lucas-Schloetter/Bernault, Rn. 264 dies kritisierend, denn die Subsumtion der Softwarenutzung unter das Vervielfältigungsrecht ist nicht mit der Logik des Urheberrechts vereinbar. Der Urheber könne

der Verwertungsrechte“ darstellt. Demnach ist die Nutzung von Software urheberrechtlich relevant und es steht beim Vervielfältigungsrecht nicht mehr die Werkvermittlung im Mittelpunkt.<sup>148</sup> In einem Bericht der französischen Nationalversammlung wird diesbezüglich von einer „juristisch ein bisschen bizarren Konstruktion“ eines „Nutzungsrechts“ gesprochen.<sup>149</sup> Als Begründung für diese Subsumtion wurde insbesondere angeführt, dass aus technischen Gründen bei der Nutzung tatsächliche Vervielfältigungen entstehen.<sup>150</sup> Folglich sei ein „Recht zum Werkgenuss“ notwendig, welches das Urheberrecht im Grundsatz nicht vorsehe.<sup>151</sup> Hierin wird von Ohly ein Verlust der „Hoheit über die Abwägung zwischen geistigem Eigentum und Gemeinfreiheit“ erkannt. Anstelle des Urheberrechts habe in der Folge das Vertragsrecht diese Hoheit inne.<sup>152</sup> Zugunsten der urheberrechtlichen Relevanz der Nutzung von Software wird auch das Phänomen der Raubkopien angeführt. Die Erweiterung des Vervielfältigungsbegriffs sei auch zum Schutz des Urhebers notwendig, da Software durch die im Vergleich zu anderen Werkarten schnelle Erstellung von Raubkopien ohne Hürden rival genutzt werden könne. Auch sei die Weitergabe von Datenträgern praktisch nicht einschränkbar. Eine am Erfolg des Werkes orientierte Vergütung des Urhebers sei nur möglich, wenn der Urheber jede einzelne Nutzungshandlung kontrollieren könne, was mithilfe des Fokus auf das Vervielfältigungsrecht sichergestellt werde.<sup>153</sup> Nur durch diese Abkehr vom „System der

---

hierdurch nämlich die tatsächliche Nutzung seines eigenen Werkes kontrollieren. Dies sei im Urheberrecht grundsätzlich nicht vorgesehen, denn zum Beispiel das Lesen eines Buches solle nicht durch den Urheber verhindert werden können. Zudem könne der Urheber schon mit der Verbreitung des Werkes eine ausreichende Vergütung erhalten; Zech, ZUM 2014, 3, 4 hinweisend, der Konsument ist grundsätzlich Benutzer und nicht urheberrechtlicher Nutzer.

148 Blocher, in: Walter, Art. 5 Richtlinie 2009/24/EG, Rn. 7; Hantschel, 37; Hilty, Urheberrecht, Rn. 150 darlegend, dass grundsätzlich nicht der Werkgenuss, sondern die Werkvermittlung als Anknüpfungspunkt der Verwertungsrechte dient.

149 Vivant, in: Lamy Droit du Numérique 2023, Rn. 55 mit Bezug auf „Rapport de la Commission de l'Assemblée nationale par M. Brignon“, JO rapp. AN, Nr. 724, S. 22.

150 Vivant, in: Lamy Droit du Numérique 2023, Rn. 55.

151 Hilty, Urheberrecht, Rn. 294 in diese Richtung; Hilty, sic! 1997, 128, 134 in diese Richtung; Vivant, in: Lamy Droit du Numérique 2023, Rn. 55 mit weiteren Verweisen.

152 Ohly, in: Dreier/Hilty, 379, 380.

153 Haberstumpf, GRUR Int. 1992, 715, 717; Lenhard, 51 es als wichtig erachtend, dass der Rechtsinhaber auch schon gegen auf Raubkopien basierende Zwischenspeicherungen im Arbeitsspeicher vorgehen kann. Allerdings ist dies allein deswegen schon ein schwaches Argument, da die technische Vervielfältigung im Arbeitsspeicher auf einer dauerhaften Kopie auf einer Festplatte basieren muss. So wäre es ausreichend,

Verwertungsrechte“ könne der Urheber an der Verwertung seines Werkes ausreichend partizipieren.<sup>154</sup> Von anderen wird angeführt, dass die Abkehr vom freien Werkgenuss den Preis darstellt, welcher für den urheberrechtlichen Schutz von Software zu zahlen ist<sup>155</sup> bzw. eine solche Erweiterung der Rechte des Urhebers mit der Schaffung von Sonderregelungen für neue Technologien gewollt war.<sup>156</sup>

### III. Verbreitungsrecht

An dieser Stelle erfolgt allein eine kurze Einführung in das urheberrechtliche Verbreitungsrecht. Softwarespezifische Einzelheiten werden im 3. Teil dieser Arbeit betrachtet.<sup>157</sup> Die Erlaubnis zur Herstellung von Vervielfältigungsstücken gestattet nicht auch deren Verbreitung, sondern hierfür bedarf es eines zusätzlichen Verbreitungsrechts,<sup>158</sup> welches ein selbstständiges Verwertungsrecht darstellt.<sup>159</sup> Faktisch ist eine Verbreitung sowohl in körperlicher als auch in unkörperlicher Form möglich, urheberrechtlich wird grundsätzlich nur erstere als eine Verbreitung eingeordnet.<sup>160</sup> Der Begriff der Verbreitung wird im Gesetz nicht abschließend definiert, aber tatbestandlich umschrieben. Gemäß § 17 Abs. 1 UrhG ist eine Verbreitung zum einen das „Anbieten an die Öffentlichkeit“, zum anderen das „Inverkehrbringen“. Ersteres ist in einer „Aufforderung zum Eigentumserwerb des Werkstücks“ zu sehen. Für die Auslegung des Terminus Anbieten ist auch Art. 4 Abs. 1 Richtlinie 2001/29/EG<sup>161</sup> maßgeblich. Dieser Begriff ist ökonomisch

---

wenn der Rechtsinhaber gegen diese die spätere Nutzung (inkl. Laden) ermöglichende Vervielfältigung vorgehen könnte.

154 Lehmann/Spindler, in: Handbuch des Urheberrechts, § 9, Rn. 59 f. in diese Richtung darauf verweisend, dass der Vervielfältigungsbegriff bei Computerprogrammen „wesentlich weiter“ geht und „jede Art und Weise der Kopie“ mitumfasst. Dies gebe dem Urheber eine „rechtlich abgesicherte Chance“, „an jeder Verwertung seines Werkes mitverdienen zu können“.

155 Wiebe, in: Münchener Anwaltshandbuch IT-Recht, Teil 2.1, Rn. 32.

156 Blocher, in: Walter, Art. 4 Richtlinie 2009/24/EG, Rn. 16.

157 Hierzu insbesondere 3. Teil § 3.

158 Schulze, in: Dreier/Schulze, § 17 UrhG, Rn. 1 f.

159 Schack, Rn. 442; Schulze, in: Dreier/Schulze, § 17 UrhG, Rn. 2.

160 Schack, Rn. 435 auf die Körperlichkeit abstellend; Schulze, in: Dreier/Schulze, § 17 UrhG, Rn. 5.

161 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. L 167 v. 22. Juni 2001, S. 10–19.

misch zu verstehen und das Bewerben des Werkstücks ist ausreichend.<sup>162</sup> Das Anbieten hat an die Öffentlichkeit zu erfolgen.<sup>163</sup> Inverkehrbringen ist „jede Handlung, die die Vervielfältigungsstücke aus der internen Betriebs-sphäre der allgemeinen Öffentlichkeit des Handelsverkehrs zuführt“.<sup>164</sup> Der Terminus wird im deutschen Recht weit ausgelegt. Ein wesensbeschreibender Aspekt ist dabei, dass derjenige, der das Werkstück verbreitet, die Kontrolle an diesem abgeben möchte. Das Verbreitungsrecht bezieht sich nicht nur auf das Werk an sich, sondern auch auf „die es verkörpernde Sache“,<sup>165</sup> also das Werkstück, welches durch die Erstverbreitung verkehrsfähig wird.<sup>166</sup> Der Normzweck des Verbreitungsrechts ist, dass dem Urheber gestattet werden soll, die Verbreitung seines Werkes zu steuern. In diesem Rahmen ist es dem Urheber möglich, ein Verbreitungsrecht unter anderem auch inhaltlich und territorial eingeschränkt einzuräumen.<sup>167</sup>

## D. Nutzung von Software als urheberrechtliche Vervielfältigung

### I. Exkurs: Speichern und Anzeigen von Software

Die Installation von Software auf der Festplatte eines Computers bzw. eines Servers stellt in gleicher Weise wie jedes andere dauerhafte Speichern von Software auf einem Datenträger sowohl eine technische als auch eine urheberrechtliche Vervielfältigung dar.<sup>168</sup> Ob die Software für die Erstellung dieser Vervielfältigung offline oder online übermittelt wird, ist nicht von

---

162 Lettl, § 4, Rn. 45.

163 Blocher, in: Walter, Art. 4 Richtlinie 2009/24/EG, Rn. 26; Schulze, in: Dreier/Schulze, § 17 UrhG, Rn. 4. Der Begriff „Öffentlichkeit“ wird für das deutsche Urheberrecht in § 15 Abs. 3 UrhG legaldefiniert. Eine Wiedergabe ist demnach öffentlich, wenn sie für eine Mehrzahl von Personen bestimmt ist. Diese Legaldefinition wird auf die körperliche Wiedergabe übertragen, Lettl, § 4, Rn. 40 f.; Schulze, in: Dreier/Schulze, § 17 UrhG, Rn. 7 ff. in diese Richtung.

164 Hoeren/Pinelli, 57; Lettl, § 4, Rn. 46; Loewenheim, in: Handbuch des Urheberrechts, § 20, Rn. 29; Schulze, in: Dreier/Schulze, § 17 UrhG, Rn. 15.

165 Schulze, in: Dreier/Schulze, § 17 UrhG, Rn. 15.

166 Heerma, in: Wandtke/Bullinger, § 15 UrhG, Rn. 43 f.

167 Schack, Rn. 442.

168 BGH, Urteil v. 04. Oktober 1990 – I ZR 139/89 („Betriebssystem“), NJW 1991, 1231, 1234; BGH, Urteil v. 20. Januar 1994 – I ZR 267/91 („Holzhandelsprogramm“), NJW 1994, 1216, 1217. Grützmaker, in: Wandtke/Bullinger, § 69c UrhG, Rn. 16; Loewenheim, in: Handbuch des Urheberrechts, § 20, Rn. 11; Marly, Rn. 156; Schulze, in: Dreier/Schulze, § 16 UrhG, Rn. 7.

## 1. Teil. Einführung

Relevanz.<sup>169</sup> Hingegen wird im Anzeigen der Software am Bildschirm keine urheberrechtliche Vervielfältigung derselben erkannt.<sup>170</sup> Die Bildschirmoberfläche hat mit dem urheberrechtlich geschützten Sprachwerk Software nichts gemein, kann jedoch selbst urheberrechtlich geschützt sein.<sup>171</sup>

## II. Nutzung von Software als tatbestandliche Vervielfältigung („Technischer Ansatz“)

Hinsichtlich der urheberrechtlichen Einordnung der Nutzung von Software wird in Rechtsprechung und Literatur vorherrschend ein „Technischer Ansatz“ vertreten.<sup>172</sup> Hierbei wird zwischen dem Laden der Software in den Arbeitsspeicher und dem Ablaufen<sup>173</sup> der Software im Prozessor entsprechend den Begriffen aus Art. 4 Abs. 1 lit. a) und b) Richtlinie 2009/24/EG unterschieden.

### 1. Laden der Software

Als erster technischer Vorgang bei der tatsächlichen Nutzung von Software, also nicht der vorgelagerten Installation, wird das Laden in den Arbeitsspeicher erkannt. Dabei wird die Software (bzw. regelmäßig nur einzelne Teile von dieser)<sup>174</sup> von einer auf einem Server oder der Festplatte dauerhaft gespeicherten Kopie vorübergehend in den Arbeitsspeicher des Computers des Nutzers geladen.<sup>175</sup> Schon im Jahr 1983 wurde festgehalten,

---

169 Dreier, in: Dreier/Schulze, § 69c UrhG, Rn. 7; Spies, in: BeckOK UrhR, § 69c UrhG, Rn. 5.

170 Bisges, MMR 2012, 574, 577; Czychowski/Bröker MMR 2002, 81, 83 mit Verweis u.a. auf BGH, Urteil v. 04. Oktober 1990 – I ZR 139/89 („Betriebssystem“), NJW 1991, 1231, 1234; Koch, 838; Wiebe, in: Münchener Anwaltshandbuch IT-Recht, Teil 2.1, Rn. 33.

171 EuGH, Urteil v. 02. Mai 2012 – C 406/10 („SAS Software Institute“), GRUR 2012, 814 ff. Hilty/Köklü, in: Büscher/Erdmann/Haedicke/Köhler/Loschelder, 797 ff. dies bewertend.

172 Blocher, in: Walter, Art. 4 Richtlinie 2009/24/EG, Rn. 16 dies explizit beschreibend; a.A. Spies, in: BeckOK UrhR, § 69c UrhG, Rn. 6 eine wirtschaftliche Betrachtung befürwortend.

173 Als Synonym wird auch „Laufenlassen“ der Software verwendet.

174 Lenhard, 46 f.; Marly, Rn. 160.

175 BGH, Urteil v. 04. Oktober 1990 – I ZR 139/89 („Betriebssystem“), NJW 1991, 1231, 1234; BGH, Urteil v. 20. Januar 1994 – I ZR 267/91 („Holzhandelsprogramm“),

dass sowohl Festplatten- als auch Arbeitsspeicherkopien urheberrechtlich relevant sind. Früh wurde darauf verwiesen, dass nicht die herkömmliche Werknutzung, sondern die dabei erfolgende Vervielfältigung im Fokus steht.<sup>176</sup> Unklar ist, ob jeder technische Kopiervorgang einer Software auch als eine Vervielfältigung im urheberrechtlichen Sinn zu qualifizieren ist. Eine erste Ansicht besagt, dass nicht jedes Laden des Programms in den Arbeitsspeicher eine urheberrechtliche Vervielfältigung darstellt, wie das Wort „soweit“ in Art. 4 Abs. 1 lit. a) S. 2 Richtlinie 2009/24/EG untermauert.<sup>177</sup> Gemäß einer anderen Ansicht sind auf Grund des Wortlauts vorübergehende Vervielfältigungen stets vom urheberrechtlichen Vervielfältigungsbegriff mitumfasst,<sup>178</sup> denn dieser Begriff wird als „unerweiterbar weit“ verstanden.<sup>179</sup> Argumentiert wird zum einen mit dem Wortlaut der englischen Fassung der Richtlinie,<sup>180</sup> zum anderen mit dem Laden selbst, denn dieses stellt demnach die Voraussetzung für eine „zusätzliche Nutzung“ dar.<sup>181</sup> Erfolgt eine solche, erkennt jedoch auch erste Ansicht eine urheberrechtliche Vervielfältigung an. Im Ergebnis qualifizieren sowohl die herrschende Meinung in der Literatur als auch die Rechtsprechung das Laden in den Arbeitsspeicher und die damit einhergehende technische Vervielfältigung als neue, für die Nutzung relevante, urheberrechtliche Vervielfältigung.<sup>182</sup>

---

NJW 1994, 1216, 1217; BGH, Urteil v. 03. Februar 2011 – I ZR 129/08 („UsedSoft I“), GRUR 2011, 418 ff., Rn. 13. Binctin, Rn. 190; Dreier, in: Dreier/Schulze, § 69c UrhG, Rn. 8; Haberstumpf, GRUR Int. 1992, 715, 717; Lenhard, 46 f. zur fehlenden Dauerhaftigkeit dieses Ladens; Marly, Rn. 159. Jedoch soll dieser Vorgang unter gewissen technischen Voraussetzungen wie bei ROM und EPROM nicht erfolgen, Grützmaker, in: Wandtke/Bullinger, § 69c UrhG, Rn. 5, 6, 16. Zudem kann sich die Software schon im Arbeitsspeicher befinden und muss somit nicht mehr geladen werden, Marly, Rn. 163.

176 Kindermann, GRUR 1983, 150, 157.

177 BGH, Urteil v. 03. Februar 2011 – I ZR 129/08 („UsedSoft I“), GRUR 2011, 418, Rn. 13. Dreier, in: Dreier/Schulze, § 69c UrhG, Rn. 8.

178 Lehmann/Spindler, in: Handbuch des Urheberrechts, § 9, Rn. 59 f.; Loewenheim, in: Handbuch des Urheberrechts, § 20, Rn. 11.

179 Bartsch, CR 2010, 553, 554.

180 Blocher, in: Walter, Art. 4 Richtlinie 2009/24/EG, Rn. 17 dies anhand des Wortsinns von „in so far as“ anstatt des deutschen Wortes „soweit“ beschreibend. „In so far as“ könne als „insofern als“ oder „sofern“ übersetzt werden, was rein qualitativ und nicht auch quantitativ zu verstehen sei.

181 Marly, Rn. 159 mit Verweis auf BGH, Urteil v. 03. Februar 2011 – I ZR 129/08 („UsedSoft I“), GRUR 2011, 418 ff., Rn. 13.

182 BGH, Urteil v. 03. Februar 2011 – I ZR 129/08 („UsedSoft I“), GRUR 2011, 418 ff., Rn. 13; „Beta Computers (Europe) Ltd. v. Adobe Systems (Europe) Ltd.“, „Outer House“, 14. Dezember 1995, (1996) S.L.T. 604. Bainbridge, Information

## 2. Ablaufen der Software

Als zweiter technischer Vorgang bei der Nutzung von Software wird das sogenannte Ablaufen oder Laufenlassen beschrieben, welches das Abarbeiten der Daten aus dem Arbeitsspeicher im Prozessor des Computers darstellt.<sup>183</sup> Das Ablaufen ist eine Rechenoperation,<sup>184</sup> bei der einzelne Befehle übertragen werden.<sup>185</sup> Es befinden sich stets nur kleine Teile des Computerprogramms auf dem Prozessor, welche jeweils gelöscht werden, bevor neue Übertragungen erfolgen.<sup>186</sup> Am Ende des jeweiligen Vorgangs existieren die Ergebnisse des Rechenvorgangs, welche mit dem urheberrechtlich geschützten Software-Werk nichts gemein haben. Beim Ablaufen der Software erfolgt technisch<sup>187</sup> und gemäß der herrschenden Meinung auch urheberrechtlich keine Vervielfältigung.<sup>188</sup> Teils wird aber auch im Ablaufen eine urheberrechtliche Vervielfältigung gesehen, welche mit der Funktionalität der Software begründet wird.<sup>189</sup> Andere erkennen eine technische Vervielfältigung, verweisen jedoch auf Art. 5 Abs. 1 lit. b) Richtlinie 2001/29/EG, welcher darauf abstellt, ob eine „eigenständige wirtschaftliche Bedeutung“

---

technology and intellectual property law, Rn. 2.47; Bainbridge, Introduction to Information Technology Law, 298 f.; Bainbridge, Software Licensing, 90; Dogan, 57; Dreier, EIPR 1991, 319, 321; Dreier, in: Dreier/Schulze, § 69c UrhG, Rn. 8; Dreier/Vogel, 56; Grütmacher, in: Wandtke/Bullinger, § 69c UrhG, Rn. 5 ff., 16; Haberstumpf, Rn. 117 ff.; Haberstumpf, GRUR Int. 1992, 715, 717; Haberstumpf, CR 2009, 345; Holländer, GRUR 1991, 421 f.; Huppertz, CR 2006, 145, 146 dies als h.M. darstellend; Lehmann/Spindler, in: Handbuch des Urheberrechts, § 9, Rn. 59, 62; Lenhard, 14, 47 dies als allgemeine Ansicht beschreibend; Lettl, § 8, Rn. 16; Loewenheim, in: Handbuch des Urheberrechts, § 20, Rn. 11; Loewenheim, in: Schriicker/Loewenheim, § 69c UrhG, Rn. 7; Lucas/Lucas-Schloetter/Bernault, Rn. 262; Redeker, Rn. 49; Schneider, in: Handbuch des EDV-Rechts, G, Rn. 209; Schulze, in: Dreier/Schulze, § 16 UrhG, Rn. 13; Spies, in: BeckOK UrhR, § 69c UrhG, Rn. 6; Wiebe, in: Münchener Anwaltshandbuch IT-Recht, Teil 2.1, Rn. 32.

183 Dreier, in: Dreier/Schulze, § 69c UrhG, Rn. 8; Grütmacher, in: Wandtke/Bullinger, § 69c UrhG, Rn. 7; Seitz, 17.

184 Dreier, EIPR 1991, 319, 321; Dreier/Vogel, 57.

185 Lenhard, 52 f.

186 Seitz, 81 f.

187 Lenhard, 52 f.

188 Dreier, EIPR 1991, 319, 321; Dreier, in: Dreier/Schulze, § 69c UrhG, Rn. 8; Dreier/Vogel, 57; Grütmacher, in: Wandtke/Bullinger, § 69c UrhG, Rn. 7; Hoeren, CR 1988, 908, 913; Hoeren/Schuhmacher, CR 2000, 137, 139; Koch, 838 f.; Schneider, in: Handbuch des EDV-Rechts, G, Rn. 207, 210; Spies, in: BeckOK UrhR, § 69c UrhG, Rn. 6; a.A. Grabantin, 9.1.2. die Gegenansicht als h.M. darstellend.

189 Hilty/Köckli, in: Büscher/Erdmann/Haedicke/Köhler/Loschelder, 797, 806; Junker/Benecke, Rn. 64 darauf abstellend, dass es auf die Benutzung ankommt.

vorliegt. Eine solche fehle beim Ablaufen von Software, da keine zusätzliche Nutzung des Programms zu Ungunsten des Urhebers erfolge.<sup>190</sup> Teils wird auch das Vorliegen einer Vervielfältigung nur für möglich gehalten, eine solche sei jedoch als Werknutzung frei oder durch Art. 5 Abs. 1 Richtlinie 2009/24/EG privilegiert.<sup>191</sup> Allerdings können abhängig von der technischen Ausgestaltung Unklarheiten auftreten. So stellt sich die Frage, ob im Programmablauf eine urheberrechtliche Vervielfältigung gesehen werden kann, wenn das Programm für die konkrete Nutzung nicht in den Arbeitsspeicher geladen wird. Ist dies nicht der Fall, würde in dieser Konstellation bei der Nutzung der Software keine urheberrechtliche Vervielfältigung erfolgen. Ein andersartiger Fall liegt vor, wenn der Computer beim Programmablauf einzelne Programmteile zur Beschleunigung des Rechenprozesses im Cache speichert und somit vervielfältigt. Auch in diesem Fall könnte der Programmablauf als eine Vervielfältigung angesehen werden. Grützmacher spricht in beiden Fällen jeweils von „technischen Zufälligkeiten“, die nicht über die rechtliche Einordnung einer Handlung entscheiden sollten und lehnt daher die Einordnung des Programmablaufs als Vervielfältigung ab.<sup>192</sup>

### 3. Cloud Computing

Selbstredend stellt das Speichern der Software auf einem Server des Anbieters – also in der Cloud – eine urheberrechtliche Vervielfältigung dar.<sup>193</sup> Es steht jedoch die Frage im Mittelpunkt, inwieweit die Nutzung der Software unter den „Technischen Ansatz“ subsumiert werden kann. In der Literatur ist umstritten, wann, wo, ob und durch wen bzw. von wem veranlasst bei der Nutzung der Software mittels Cloud Computing urheberrechtliche Vervielfältigungen erfolgen. Es findet auf technischer und auf urheberrechtlicher Ebene eine kontroverse Diskussion statt.

Auf technischer Ebene wird mehrheitlich angeführt, dass bei der Nutzung von Software mittels Cloud Computing Vervielfältigungen allein beim

---

190 Loewenheim, in: Schricker/Loewenheim, § 69c UrhG, Rn. 6, 8.

191 Dreier, in: Dreier/Schulze, § 69c UrhG, Rn. 8.

192 Grützmacher, in: Wandtke/Bullinger, § 69c UrhG, Rn. 7f. mit weiteren Verweisen hinsichtlich der genannten Konstellationen.

193 Giedke, 379 klarstellend; Marly, Rn. 1096, 1099; Warusfel, in: Lamy Droit du Numérique 2023, Rn. 1739 in diese Richtung.

Cloud-Anbieter erfolgen.<sup>194</sup> Beim Nutzer hingegen ist die Software nicht gespeichert, sondern allenfalls eine zusätzliche Client-Software installiert, welche den Zugriff auf die sich in der Cloud befindende Software ermöglicht.<sup>195</sup> Ergänzend wird in der Literatur angeführt, dass der Nutzer von Software keinen Einfluss auf die Erstellung von technischen Vervielfältigungen hat. Denn diese könnten faktisch nur durch den Cloud-Anbieter als Herr über die Hardware erfolgen. Überdies entscheide nur Letzterer durch die technische Ausgestaltung der eigenen IT-Infrastruktur, inwieweit technische Vervielfältigungen bei der Softwarenutzung auftreten könnten.<sup>196</sup> Jedoch sei Software teils schon im Arbeitsspeicher des Anbieters geladen, um dem Nutzer einen schnelleren Zugriff zu ermöglichen. Ein erneutes Laden in den Arbeitsspeicher und eine damit einhergehende Vervielfältigung fänden somit nicht mehr statt.<sup>197</sup>

Wenn im Rahmen der Nutzung auf der Hardware des Cloud-Anbieters eine Vervielfältigung erfolgt, ist streitig, wem eine solche aus urheberrechtlicher Perspektive „zuzuschreiben“ ist. Teils wird befürwortet, die technische Betrachtung auch für das Urheberrecht heranzuziehen. Dies würde bedeuten, dass nur der Anbieter<sup>198</sup> vervielfältigt und somit allein dieser ein urheberrechtliches Nutzungsrecht innehaben muss.<sup>199</sup> Auch aus wirtschaftlichen Gründen sei eine etwaige Vervielfältigung dem Anbieter zuzu-

---

194 Bettinger/Scheffelt, CR 2001, 729, 733; Bisges, MMR 2012, 574, 577; Czychow-ski/Bröker MMR 2002, 81, 83; Dreier/Vogel, 219 f.; Giedke, 379; Lehmann/Giedke, CR 2013, 681, 682 f.; Loewenheim, in: Schricker/Loewenheim, Vor §§ 69a ff. UrhG, Rn. 69; Lutz, 157; Meyer, 215; Morgan/Burden, 133 f.; Niemann, CR 2009, 661, 662 dies als den Regelfall ansehend; Pohle/Ammann, CR 2009, 273, 276; Redeker, Rn. 1291; Schuster/Reichl, CR 2010, 38, 40 f.; Stögmüller, in: Münchener Anwalts-handbuch IT-Recht, Teil 11.4.3, Rn. 9 f.; Taylor/Mateucci, CTLR 2010, 16, 2, 57, 58; Wicker, MMR 2012, 783.

195 Giedke, 379 f. klarstellend, dass dies selbst bei Hardware-lastigen Nutzungsformen wie „IaaS“ gilt.

196 Giedke, 383.

197 Marly, Rn. 163.

198 Giedke, 383 f.; Grütmacher, ITRB 2001, 59, 60; Lehmann/Giedke, CR 2013, 681, 682 f.; Loewenheim, in: Schricker/Loewenheim, Vor §§ 69a ff. UrhG, Rn. 69; Lutz, 157; Marly, Rn. 1099; Morgan/Berry, 277 in diese Richtung; Niemann CR 2009, 661, 662 mit Verweis u.a. auf BGH, Urteil v. 22. April 2009 – I ZR 215/06, I ZR 175/07, I ZR 216/06 („Internet Videorecorder“), NJW 2009, 3511 ff.

199 Von Westerholt/Berger, CR 2002, 81, 82. Der Nutzer selbst hingegen brauche ein urheberrechtliches Nutzungsrecht nur hinsichtlich der Zugriffs- und Steuerungsprogramme (Client-Software) auf seinem eigenen Computer, Meyer, 293; Warusfel: in Lamy, Rn. 1667 auf die Notwendigkeit der Einräumung eines urheberrechtlichen Nutzungsrechts an den Cloudanbieter hinweisend.

rechnen, denn dieser profitiere von der Nutzung.<sup>200</sup> Allerdings kann aus wirtschaftlicher Perspektive regelmäßig auch der Cloud-Nutzer profitieren, denn dieser beabsichtigt eine gewinnbringende Nutzung der Funktionalität der Software. Eine vordergründig wirtschaftliche Betrachtung ist schließlich vom Blickwinkel abhängig. Wenn beim Anbieter erfolgende technische Vervielfältigungen vom Nutzer veranlasst und „voll automatisiert“ durchgeführt werden, wird teils auch allein der Nutzer als der urheberrechtlich Vervielfältigende angesehen.<sup>201</sup> Was „voll automatisiert“ konkret bedeutet, wird dabei nicht ausgeführt. Folglich ist eine solche vorgeblich technische Betrachtung wertend. Überdies sind Vorgänge in Computern stets in gewisser Weise „voll automatisiert“. Teils wird von einer grundsätzlichen Veranlassung der technischen Vervielfältigungen durch den Cloud-Nutzer ausgegangen und bei diesem eine urheberrechtliche Vervielfältigung erkannt,<sup>202</sup> denn es ist dieser, der die Funktionalität der Software nutzt und die zu verarbeitenden Daten in die Software eingibt.<sup>203</sup> Es nehme stets der Nutzer eine urheberrechtliche Vervielfältigung vor, je nach technischer Ausgestaltung könne allerdings auch der Anbieter vervielfältigen.<sup>204</sup> Von anderen wird vertreten, dass in manchen Fällen die für die Nutzung relevanten Vorgänge beim Cloud-Nutzer stattfinden, denn die Software wird bei diesem in den Arbeitsspeicher geladen.<sup>205</sup> Teils wird vertreten, dass der Nutzer hierfür jedoch kein Vervielfältigungsrecht benötigt.<sup>206</sup> Allerdings sprechen technische Gründe gegen eine Vervielfältigung beim Nutzer, denn bei diesem ist allein eine Client-Software installiert und nur diese wird beim Nutzer verarbeitet. Der Rechenvorgang der im Zentrum stehenden Software erfolgt hingegen in der Cloud. Andere merken an, dass bei einer Nutzung der

---

200 Giedke, 384.

201 Niemann, CR 2009, 661, 662.

202 Grützmaker, ITRB 2001, 59, 60 dies als h.M. beschreibend; Lehmann/Giedke, CR 2013, 681, 682 f.; Meyer, 294 f. jedoch eine Veranlassung durch den Nutzer als Ausnahmefall beschreibend; Warusfel, in: Lamy Droit du Numérique 2023, Rn. 1740 in diese Richtung.

203 Hilty, CR 2012, 625, 629 f. in diese Richtung.

204 Hoeren/Pinelli, 340.

205 Hilty, Urheberrecht, Rn. 688, 703; Hilty, GRUR 2018, 865, 867; Redeker, in: Handbuch Multimedia-Recht, Teil 12, Rn. 377 (in früherer Auflage: 42. Ergänzungslieferung, 2015).

206 Czychowski/Bröcker MMR 2002, 81, 83 dies aber nur für „Emulation-ASP“ feststellend; Marly, Rn. 1098 dies ohne näher zu differenzieren feststellend mit Verweis auf Dreier/Vogel, 218, die jedoch von einer Softwarenutzung mittels eines Clients in Form eines Internetbrowsers schreiben und demnach nicht die Software an sich beim Nutzer gespeichert ist.

Software mit einem Internetbrowser oder Java-Applets urheberrechtliche Vervielfältigungen beim Nutzer erfolgen und nur bei der Nutzung via Client die Software allein beim Anbieter verbleibt.<sup>207</sup>

Von Giedke erfolgt hingegen eine Abgrenzung zu Online-Videorecordern, bei welchen in einem vollautomatisierten Vorgang allein vom Nutzerwillen abhängig Vervielfältigungen erfolgen und daher gemäß dem BGH bei einer vornehmlich technischen Betrachtung auch der Nutzer der Vervielfältigende ist: Im Gegensatz zur Speicherung eines Filmes bei einem Online-Videorecorder entsteht bei der Nutzung von Software mittels Cloud Computing jedoch keine neue „primäre Vervielfältigung“, vielmehr ist beim Cloud-Anbieter schon ein Vervielfältigungsstück der Software vorhanden. Überdies geht es dem Nutzer bei Cloud Computing vorrangig um die Nutzung der Software, bei einem Online-Videorecorder hingegen kommt es dem Nutzer auf die neu entstehende Vervielfältigung an, welche das spätere Ansehen eines Filmes ermöglicht. Somit soll bei der Nutzung von Software mittels Cloud Computing etwas anderes gelten und dem Nutzer keine Vervielfältigung zugeschrieben werden.<sup>208</sup> Dem kann entgegengehalten werden, dass bei einem Online-Videorecorder die Vervielfältigung allein als Vorbereitungshandlung für den späteren freien Werkgenuss erforderlich ist. Bei der Nutzung von Software steht hingegen die Vervielfältigung im Fokus, denn diese entsteht bei der tatsächlichen Nutzung der Software. Die Vervielfältigung stellt hierbei ein Synonym für die Nutzung dar. Im Ergebnis kann aus diesem Vergleich mit einem Online-Videorecorder kein Rückschluss erfolgen, wer bei der Nutzung von Software mittels Cloud Computing Vervielfältigungen vornimmt.

Andere sehen bei Cloud Computing eine andere „Leistungskategorie“ und erkennen eine Dienstleistung im urheberrechtlichen Sinn.<sup>209</sup> Der Nutzer erhalte keine Kopie der Software<sup>210</sup> und nutze auch nicht die Software bzw. eine Rechenleistung, sondern allein deren Funktionalität.<sup>211</sup> Die Software verbleibe im Eigentum des Anbieters<sup>212</sup> und bei Lösungen wie „Saas“ nehme allein dieser eine urheberrechtlich relevante Nutzungshandlung

---

207 Bettinger/Scheffelt, CR 2001, 729, 733; Dreier/Vogel, 218.

208 Giedke, 383 f. beschreibend mit Verweis auf BGH, Urteil v. 22. April 2009 – I ZR 215/06 („shift.tv“), NJW 2009, 3511 ff., Rn. 16.

209 Lehmann, GRUR Int. 2015, 677, 678.

210 Rowland/Kohl/Charlesworth, 535 f.

211 Koch, 366.

212 Hoeren/Pinelli, 335.

vor.<sup>213</sup> Wesentlich bei Cloud Computing seien die Bereithaltung der IT-Infrastruktur, von Computer-Plattformen sowie von Programmen.<sup>214</sup> Dabei dominiere der „Servicegedanke, der vor allem in der Bereithaltung der IT-Infrastruktur (...) sowie jeder Art von Software zur Verwendung online seinen Leistungsschwerpunkt“ habe. Anderes gelte nur, wenn Eigentum überlassen werde und der Nutzer somit über einen „Datensatz“ frei verfügen könne. In diesem Fall liege jedoch eine urheberrechtliche Verbreitung vor.<sup>215</sup>

Es wird teils als „an den Haaren herbeigezogen“ angesehen, die Nutzung der identischen Software, welche urheberrechtlich sowohl bei deren Überlassung auf einem Datenträger, mittels eines Downloads oder bei der Nutzung im Rahmen von Cloud Computing stets dieselbe Handlung darstellt, auf vertragsrechtlicher Ebene unterschiedlich einzuordnen.<sup>216</sup> Auch werde die Art der Überlassung der Software, ob via Datenträger oder via Download, in der Literatur und auch Rechtsprechung bereits gleichgestellt.<sup>217</sup> Unterschiede bestehen demnach allein in sogenannten „Vorbereitungshandlungen“ wie der Installation der Software beim Nutzer oder in der Cloud durch den Softwareanbieter, welche für die rechtliche Qualifikation der Nutzung jedoch als irrelevant qualifiziert werden.<sup>218</sup>

All dies schafft eine große Unsicherheit und bringt den „Technischen Ansatz“ an seine Grenzen. Allein durch eine unterschiedliche technische Ausgestaltung der Infrastruktur beim Cloud-Anbieter kann die Nutzung der Software dem „Technischen Ansatz“ entsprechend urheberrechtlich relevant oder urheberrechtlich frei sein. Eine herrschende Meinung kann überdies nicht erkannt werden. Es gibt in der urheberrechtlichen Literatur hinsichtlich der Einordnung der Nutzung von Software mittels Cloud

---

213 Schneider, in: Handbuch des EDV-Rechts, G, Rn. 322 f., 493, U, Rn. 18, 43.

214 Giedke/Lehmann, CR 2013, 608, 609.

215 Lehmann, GRUR Int. 2015, 677, 678.

216 Hilty, MMR 2003, 3, 6.

217 EuGH, Urteil v. 03. Juli 2012 – C 128/11 („UsedSoft v. Oracle“), NJW 2012, 2565 ff., siehe hierzu 3. Teil; Vorschlag für eine Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rates über bestimmte vertragsrechtliche Aspekte der Bereitstellung digitaler Inhalte, COM (2015) 634 final, S. 1–37, ErwG II in diese Richtung. Druschel/Lehmann, CR 2016, 244, 246; Spindler, MMR 2016, 147, 149. Früher wurde die Überlassung mittels eines Downloads auch als eigener Vertriebstypus dargestellt, Marly, Rn. 688 beschreibend mit Verweis auf Diedrich, CR 2002, 473, 475 f. (in früherer Auflage: 5. Auflage, 2009), aufgegeben in Marly, Rn. 720 f. unter Heranziehung der „UsedSoft v. Oracle“-Entscheidung des EuGH, EuGH, Urteil v. 03. Juli 2012 – C 128/11 („UsedSoft v. Oracle“), NJW 2012, 2565 ff.

218 Hilty, MMR 2003, 3, 12.

## 1. Teil. Einführung

Computing viele Unklarheiten und Aussagen sind teils auch widersprüchlich. Zudem kann die technische Ausgestaltung des konkreten Cloud Computing-Modells stets unterschiedlich sein, auch wenn dies für den Nutzer weder erkennbar noch von diesem beeinflussbar ist.

## 4. Zusammenfassung

Nach herrschender Meinung in Literatur und Rechtsprechung stellt allein das Laden in den Arbeitsspeicher eine urheberrechtliche Vervielfältigung dar, nicht jedoch das Ablaufen der Software. In Bezug auf Cloud Computing fehlt eine solche abschließende Meinungsbildung und vieles ist umstritten.

## III. Bewertung des „Technischen Ansatzes“

Die Verwendung der Termini Laden und Ablaufen erscheint aufgrund deren Nennung in Art. 4 Abs. 1 lit. a) Richtlinie 2009/24/EG konsequent. Allerdings ist die technische Aufspaltung der Nutzung von Software in Laden und Ablaufen zu hinterfragen. Von einigen Autoren werden technische Ausgestaltungen der eingesetzten Computer-Hardware genannt, welche bei der Nutzung von Software insbesondere kein solchartiges Laden und Ablaufen erforderlich machen. Es ist fraglich, ob in der Folge die Nutzung derselben Software mit mancher Computer-Hardware urheberrechtlich relevant sein soll, mit anderer jedoch nicht. Es könnten faktische Gegebenheiten bzw. Zufälligkeiten von urheberrechtlicher Relevanz sein, zum Beispiel, ob sich das Programm im Moment des Zugriffs durch den Nutzer bereits im Arbeitsspeicher des jeweiligen Computers oder Servers befindet oder nicht. Diese Abgrenzung würde einzig anhand technischer Aspekte erfolgen, welche für den Nutzer der Software – außer unter Umständen in der für diesen regelmäßig nicht messbaren Schnelligkeit der Datenverarbeitung – keine Auswirkung haben bzw. nicht wahrnehmbar sind. Aber auch für den Urheber dürfte es nicht von Bedeutung sein, unter welchen technischen Gegebenheiten die Software genutzt wird, denn aus wirtschaftlicher Perspektive liegt stets ein identischer Vorgang vor. All dies würde nicht zur Steigerung der Rechtssicherheit sowie zu einer effektiven Rechtsanwendung beitragen, denn es wäre gegebenenfalls ein informationstechnologisches Gutachten über den Aufbau der Hardware und deren Zusammenspiel mit der Soft-

ware in einem konkreten Einzelfall erforderlich, um zu bestimmen, ob eine technische und in der Folge auch eine urheberrechtliche Vervielfältigung erfolgt ist. Bei der Nutzung von Software handelt es sich jedoch um alltägliche und routinemäßige Vorgänge. All dies lässt die technische Betrachtung mit einer Aufspaltung der Softwarenutzung in Laden und Ablaufen mehr und mehr als „gekünstelt“ erscheinen.<sup>219</sup> So wird teils angemerkt, ob und wie technische Vervielfältigungen stattfinden ist kein adäquater Anknüpfungspunkt mehr. Es müsse ein neues System gefunden werden,<sup>220</sup> welches auch offen sei für neue technische Innovationen, welche die Aufteilung in Laden und Ablaufen nicht mehr erfüllten.<sup>221</sup>

Bei einer Subsumtion der Nutzung von Software unter das urheberrechtliche Vervielfältigungsrecht ist zu beachten, dass regelmäßig keine „eins-zu-eins-Vervielfältigung“ des Computerprogramms in den Arbeitsspeicher geladen wird. Vielmehr werden nur einzelne Teile und diese auch nacheinander, zuweilen unter Löschung der zuvor kopierten Teile, tatsächlich vervielfältigt. Es kann folglich aus faktischen Gründen nicht von einer körperlichen Festlegung des Werkes gesprochen werden, allenfalls von Teilen des Werkes. Einem Ansatz, welcher auf einer Subsumtion unter das Vervielfältigungsrecht basiert, ist daher auch aus technischer Perspektive nur eingeschränkt zuzustimmen.

Wird die Subsumtion von Cloud Computing unter den „Technischen Ansatz“ betrachtet, so kann keine vorherrschende juristische Ansicht erkannt werden. Es wird vorrangig versucht, jede einzelne technische Variante der Softwarenutzung mittels Cloud Computing rechtlich zu erfassen. Dies schafft jedoch Unklarheiten, denn es ist wie beschrieben ohne technische Analyse oft nicht möglich festzustellen, wann, wo, ob und durch wen bzw. von wem veranlasst faktische Vervielfältigungen und in der Folge auch urheberrechtliche Vervielfältigungen erfolgen. Teils sind diese Fragestellungen auch wertender Natur. Der Versuch, bei Cloud Computing die Softwarenutzung anhand von Laden und Ablaufen urheberrechtlich einzuordnen, wirft somit viele neue Fragen auf und gibt nur wenige, insbe-

---

219 Bechtold, GRUR 1998, 18, 25 sehr früh schon darauf hinweisend.

220 Pech, ZUM 2014, 22, 23 beschreibend.

221 Hilty, in: Harrer/Portmann/Zäch, 61, 67f. in diese Richtung hinsichtlich der zukünftigen technischen Entwicklungen; Lucas/Lucas-Schloetter/Bernault, Rn. 263 darauf hinweisend, dass alle vorübergehenden technischen Vervielfältigungen nicht zwingend urheberrechtliche Vervielfältigungen darstellen, da es an einer Verwertung des Werkes ermangelt. Jedoch sei der europäische Gesetzgeber einen anderen Weg gegangen.

sondere allgemeingültige, Antworten. Aufgrund der hohen Varianz in der technischen Ausgestaltung der Nutzung von Software mittels Cloud Computing scheint der „Technische Ansatz“ an Grenzen zu stoßen. Als Lösung dieses Dilemmas wird zum Teil vorgeschlagen, über eine Klassifizierung von Cloud Computing als eine eigenständige Nutzungsart eine Lösung zu finden. Demnach nimmt der Endkunde bei Cloud Computing auch urheberrechtliche Vervielfältigungen vor bzw. veranlasst diese beim Anbieter zumindest mit.<sup>222</sup> Allerdings ist es zweifelhaft, sobald eine Subsumtion *prima vista* nicht mehr möglich erscheint bzw. Fragen aufwirft, allein auf den Begriff der eigenständigen Nutzungsart zu verweisen. Dies schafft keine Rechtssicherheit und verlagert die relevanten Fragestellungen allein auf eine andere Ebene.

Zudem ist der Normzweck des Vervielfältigungsrechts zu beachten. Eine Vervielfältigung ist urheberrechtlich relevant, da mit dieser die Schaffung eines weiteren Werkstücks einhergeht. Ein solches kann weiteren Personen zum urheberrechtlich freien Werkgenuss dienen. Computerinterne technische Vervielfältigungen hingegen schaffen kein neues Werk- bzw. Vervielfältigungsstück,<sup>223</sup> welches Gegenstand des Rechtsverkehrs wird. Beim Laden der Software in den Arbeitsspeicher wird nur ein einzelnes bestehendes Werkstück auf der Festplatte eines Computers seinem Zweck, der Softwarenutzung, zugeführt. Teils wird zur Veranschaulichung ein Vergleich zum Lesen eines Buches durch einen Menschen gezogen. Auch beim Lesen erfolge auf der Netzhaut des Lesers eine rein „technische“ Vervielfältigung, welche zum Genuss des Werkes notwendig sei.<sup>224</sup>

Im Ergebnis zeigt der „Technische Ansatz“ zahlreiche Schwächen auf. Zum einen ist die Aufteilung der Nutzung der Software in Laden und Ablaufen nicht immer zweckmäßig, da die im Einzelfall erfolgende Softwarenutzung teils nicht in diese beiden Arbeitsschritte aufteilbar ist bzw. insbesondere bei Cloud Computing unklar ist, wer welche Handlungen vornimmt bzw. veranlasst. Weiter fällt es schwer, die konkreten Vorgänge bei der Nutzung von Software unter das Vervielfältigungsrecht zu subsumieren. Ein Lösungsansatz könnte in einem technologieneutralen Ansatz liegen, denn ein Wettlauf des Rechts mit technischen Innovationen kann

---

222 Grützmacher, CR 2011, 697, 704.

223 Bechtold, GRUR 1998, 18, 25; Hoeren, GRUR 1988, 340, 345; Hoeren, CR 1988, 908, 912; Hoeren/Schuhmacher, CR 2000, 137, 144; Huet, *Receuil Dalloz* 1992, 315 ff., 3. – A. –.

224 Huet, *Receuil Dalloz* 1992, 315 ff., 3. – A. –.

nicht gewollt sein und insbesondere auch auf Grund der Komplexität von Gesetzgebungsverfahren vom Recht nicht gewonnen werden.

#### IV. Alternativvorschlag: Software als funktionales Werk („Funktionaler Ansatz“)

##### 1. Software als funktionales Werk ähnlich einem Verfahren

Die Tatsache, dass der Nutzer bei Cloud Computing keine Softwarekopie zur Speicherung auf seinem Computer erhält, eröffnet den Blick auf das vorherrschende Motiv für den Abschluss des zugrundeliegenden Vertrages. Dieses ist nicht die Erlangung eines Datenträgers mit der Software, um diese auf der Festplatte des Computers des Nutzers zu speichern, sondern die Ermöglichung des Zugriffs auf die Software sowie die Nutzung ihrer Funktionalität und Funktionen.<sup>225</sup>

Software wird beschrieben als ein technisches Geschehen, mit welchem „technische Effekte“ erzielt werden können,<sup>226</sup> sie erfüllt demnach eine technische Funktion,<sup>227</sup> Steuerungsfunktion<sup>228</sup> bzw. steuere eine Maschine.<sup>229</sup> Normiert werde diese Funktion in der Programmiersprache durch Algorithmen, welche Verfahrensregeln darstellten.<sup>230</sup> Tatsächlich berechnet ein Computer bei der Nutzung von Software aus der eingegebenen Information „A“ das Ergebnis „B“, welches dabei weder vorgegeben noch abgespeichert ist. Der Computer setzt in Folge des Lesens der Programmiersprache bestimmte Abläufe um, welche geistige und gegebenenfalls auch manuelle Tätigkeiten eines Menschen nach einem vorgegebenen Schema ersetzen.<sup>231</sup> So wird metaphorisch erklärt, dass die Software in der Malerei nicht das Gemälde ist, sondern der Pinsel, dessen Verwendung dem Maler offensteht.<sup>232</sup> Ein herkömmliches Werk wie Musik stelle hingegen allein ein

---

225 OLG Köln, Urteil v. 24. November 2014 – 19 U 17/14, Rn. 37. Lehmann/Giedke, CR 2013, 681, 682 f. in diese Richtung.

226 Hilty, GRUR 2018, 865, 869.

227 Hilty/Köklü, in: Büscher/Erdmann/Haedicke/Köhler/Loschelder, 797, 805 mit Verweis auf ErwG 10 Richtlinie 2009/24/EG.

228 Marly, Rn. 26.

229 Ulmer/Hoppen, CR 2008, 681.

230 Troller, CR 1987, 278, 283.

231 Janssens, in: Stamatuodi/Torremans, Rn. 5.15 in diese Richtung bei Software einen „functional aspect“ erkennend; Troller, CR 1987, 278, 281 in diese Richtung.

232 Hilty/Köklü, in: Büscher/Erdmann/Haedicke/Köhler/Loschelder, 797, 806.

Gemälde dar. Es bestehe keine Funktionalität,<sup>233</sup> dieses sei rein statischer Natur und bleibe bei der Nutzung stets unverändert.<sup>234</sup> Diesem Vergleich ist zuzustimmen, denn sogenannte statische Werke wie ein Lied oder ein Film können nur rezipierend wahrgenommen werden, ähnlich wie das Gemälde in vorstehender Metapher. Eine Trennung von Werk und Funktion ist bei statischen Werken nicht möglich.

Von Hilty wird auch mit dem Patentrecht argumentiert: Das Computerprogramm ist einem Verfahren ähnlich<sup>235</sup> und erfüllt seine Funktionalität erst durch eine spezifische Nutzungshandlung, welche durch den Nutzer vorgenommen wird.<sup>236</sup> Ein Computer ist demnach kein Wiedergabegerät der Software, sondern ihr Arbeitsgerät. Es besteht bei der Nutzung eine Dynamik, welche ferner eher bei Erfindungen existiert. Diese dynamische Nutzung spiegelt sich beispielsweise auch im Kommissionsentwurf für die Richtlinie zum Patentschutz von Computerprogrammen<sup>237</sup> wider. Demnach hätte zum einen eine Hardwarevorrichtung, welche von Software gesteuert wird, patentrechtlich geschützt werden können, zum anderen aber auch die Software selbst als Verfahrenspatent.<sup>238</sup> Software wäre somit kein Erzeugnispatent gewesen, wie dies bei einer Gegenüberstellung mit herkömmlichen urheberrechtlichen Werken wie Büchern, Filme, etc. der

---

233 Hilty, in: Harrer/Portmann/Zäch, 61, 75; Hilty, GRUR 2018, 865, 868 in diese Richtung; Lehmann/Giedke, CR 2013, 681, 682 f. in diese Richtung. Teils wird Software daher als die existierenden Werkkategorien „sprengend“ beschrieben, Hilty/Köklü, in: Büscher/Erdmann/Haedicke/Köhler/Loschelder, 797.

234 Hilty, in: Harrer/Portmann/Zäch, 61, 75 ff.; Hilty/Köklü, in: Büscher/Erdmann/Haedicke/Köhler/Loschelder, 797, 805; Lehmann/Giedke, CR 2013, 681, 682 f. in diese Richtung. Selbst wenn eine gewisse „Interaktion“ durch den Nutzer möglich sei und somit Wahlmöglichkeiten für diesen bestünden, so seien diese Varianten auch schon vorinstalliert auf zum Beispiel der DVD, Hilty/Köklü, in: Büscher/Erdmann/Haedicke/Köhler/Loschelder, 797, 805.

235 Hilty, GRUR 2018, 865, 870 darlegend, dass, wenn Software patentierbare wäre, diese ein Verfahrenspatent darstellen würde. Ein Verfahrenspatent schützt ein technisches Handeln (Bacher, in: Benkard, § 1 PatG, Rn. 27), also eine bestimmte Abfolge von Tätigkeiten oder Arbeitsschritten (Scharn, in: Benkard, § 14 PatG, Rn. 47).

236 Hilty, MMR 2003, 1, 2 f. in diese Richtung; Hilty, in: Harrer/Portmann/Zäch, 61, 75; Hilty/Köklü, in: Büscher/Erdmann/Haedicke/Köhler/Loschelder, 797, 805.

237 Vorschlag für eine Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rates über die Patentierbarkeit computerimplementierter Erfindungen vom 20. Februar 2002, KOM/2002/0092 endg. – COD 2002/0047.

238 Hilty, Lizenzvertragsrecht, 262; Hilty, Urheberrecht, Rn. 699 f.; Hilty, in: Harrer/Portmann/Zäch, 61, 76 ff.; Hilty/Köklü, in: Büscher/Erdmann/Haedicke/Köhler/Loschelder, 797, 806; Hilty, MMR 2003, 1, 2 f.; Hilty, GRUR 2018, 865, 870; Kamlah, CR 2010, 485, 486 Softwarelösungen als Verfahrenspatent ansehend.

Fall hätte sein müssen. Diese patentrechtliche Wertung sei auf das Urheberrecht zu übertragen.<sup>239</sup> Allerdings kann dies gemäß Hilty nicht unmittelbar erfolgen, denn es verbleiben allein die urheberrechtlichen Mittel wie Verwertungsrechte, um dieses Verfahren, also die Funktionalität, zu erfassen.

## 2. Grundsätzliche Anerkennung der Funktionalität von Software im Urheberrecht

Die Funktionalität von Software wird über Art. 5 Abs. 1 Richtlinie 2001/29/EG mittelbar anerkannt. Dieser normiert den Werkgenuss von herkömmlichen, also statischen Werken auf beispielsweise einem Computer. Werden Musik auf einem Computer angehört oder Filme angesehen, so werden diese beim Werkgenuss in den Arbeitsspeicher des Computers geladen und laufen als „eins-zu-eins-Reproduktion“ ab, was entsprechend dem vorherrschenden „Technischen Ansatz“ eine urheberrechtliche Vervielfältigung darstellt.<sup>240</sup> Dabei ist jedoch unstrittig, dass das Anhören einer CD oder das Ansehen einer DVD sowohl im CD-Player bzw. im DVD-Player (mit einem Monitor) als auch auf einem Computer urheberrechtlich frei sind. Um trotz des Ladens in den Arbeitsspeicher diesen Grundsatz des freien Werkgenusses zu wahren, normiert Art. 5 Abs. 1 Richtlinie 2001/29/EG, dass bei der Nutzung der Werke auf einem Computer erfolgende „vorübergehende Vervielfältigungshandlungen, die flüchtig oder begleitend sind und einen integralen und wesentlichen Teil eines technischen Verfahrens darstellen und deren alleiniger Zweck es ist (...), eine rechtmäßige Nutzung eines Werks (...) zu ermöglichen, und die keine eigenständige wirtschaftliche Bedeutung haben“ vom Vervielfältigungsrecht nicht umfasst werden.<sup>241</sup> An einer solchen eigenständigen wirtschaftlichen Bedeutung fehlt es beim Laden eines Filmes von einer DVD oder eines Liedes von einer CD in den Arbeitsspeicher eines Computers. Die wirtschaftlich relevante Vervielfältigung ist jeweils auf der DVD bzw. der CD, für welche der Nutzer eine Vergütung an den Urheberrechtsinhaber entrichtete. Die Vervielfältigung im Arbeitsspeicher stellt allein einen „integralen

239 Hilty, in: Harrer/Portmann/Zäch, 61, 76 f.; Hilty, GRUR 2018, 865, 870.

240 Götting, in: Handbuch des Urheberrechts, § 38, Rn. 4 in diese Richtung; Zech, ZUM 2014, 3–7. Im Ergebnis verabschiedete sich der Gesetzgeber hierbei „konzeptionell (...) vom bisher herrschenden Grundsatz der Freiheit des privaten Werkgenusses“, Peukert, in: Hilty/Peukert, 11, 39.

241 Dreier, in: Dreier/Schulze, § 44a UrhG, Rn. 1.

und wesentlichen Teil eines technischen Verfahrens“ dar, um diese Kopie wahrnehmbar zu machen. Beispielsweise beim Abspielen einer Schallplatte auf einem Plattenspieler oder einer Audio-Kassette auf einem Kassettenspieler erfolgten aus technischen Gründen kein Laden in einen Arbeitsspeicher. Somit war für diese mechanischen Vorgänge eine Art. 5 Abs. 1 Richtlinie 2001/29/EG entsprechende Norm nicht erforderlich.<sup>242</sup>

Der EuGH hat dies in der „Premier League Broadcasting“-Entscheidung<sup>243</sup> für den Fall von flüchtigen Vervielfältigungen einer Fernsehaufzeichnung von einem Fußballspiel in einem Satellitendecoder (Laden von Bild und Ton in den Arbeitsspeicher des Computers des Decoders mit dem anschließenden Ablaufen samt Anzeigen und der akustischen Wiedergabe) beschrieben. Demnach stellen die im Arbeitsspeicher des Satellitendecoders dem „Technischen Ansatz“ entsprechend erfolgenden Vervielfältigungen nur einen Teil eines technischen Verfahrens dar, welches das Sicht- und Hörbarbarmachen der Aufzeichnung des Fußballspiels zum Ziel hat. Es fehlt an der „eigenständigen wirtschaftlichen Bedeutung“ dieses Vorgangs.

Für Software hingegen wurde konsequenterweise auf eine Art. 5 Abs. 1 Richtlinie 2001/29/EG entsprechende Norm verzichtet,<sup>244</sup>

---

242 Allgemein zu Art. 5 Abs. 1 Richtlinie 2001/29/EG wird festgestellt, dass das Vervielfältigungsrecht wie es in der Richtlinie 2001/29/EG und im deutschen Urheberrecht formuliert ist, an seine Grenzen stößt. Insbesondere die Tatsache, dass das Erfolgen von technischen Vervielfältigungen von der „Konfiguration der betreffenden Systeme“ – wie beispielsweise Streaming oder Download – abhängt, bringe keine zufriedenstellende Lösung. Zudem sei zu beachten, dass sich die klassische Einordnung einer Vervielfältigung als Vorstufe zum Werkgenuss in der technischen Umwelt wohl nicht mehr aufrechterhalten lasse, Dreier/Leistner, GRUR 2013, 881, 887. Ein Lösungsansatz könnte diesbezüglich aber parallel zur hier vorgenommenen Argumentation zu Software die Frage sein, ob allein eine „eins-zu-eins-Vervielfältigung“ erfolgt und somit eine rein technische Vervielfältigung ohne wirtschaftlichen Wert oder eine Verarbeitung von neu eingegebener Information und somit eine für den Werkgenuss „konstituierende“ Vervielfältigung. Rein aus rechtspolitischer Sicht urteilte der EuGH anders, wenn durch die technische Vervielfältigung ein Werk dem illegalen Werkgenuss zugeführt werden sollte. In diesem Falle sei der technischen Vervielfältigung ein wirtschaftlicher Wert beizumessen und Art. 5 Abs. 1 Richtlinie 2001/29/EG greife folglich aus diesen rechtspolitischen Gründen nicht ein. Eine mögliche Funktionalität eines Werkes ist hierfür also nicht von Relevanz und die Werkart an sich wird erst gar nicht betrachtet; in diese Richtung und vertiefend, EuGH, Urteil v. 26. April 2017 – C 527/15 („Stichting Brein“), Rn. 67 ff.

243 EuGH, Urteil v. 04. Oktober 2011 – C 403/08, C 429/08 („Football Association Premier League Ltd.“ – C 403/08 und „Karen Murphy“, C 429/08), NJW 2012, 213 ff.

244 Es werden in der Literatur teils Art. 5 Abs. 1 Richtlinie 2001/29/EG bzw. die deutsche Umsetzungsnorm des § 44a UrhG auch für Software herangezogen, Dreier, in: Dreier/Schulze, § 44a UrhG, Rn. 2; Marly, Rn. 162 ff. dies befürwortend; Koch, 841 die

denn Software hat vorstehend beschriebene Funktionalität inne, welche diese von statischen Werken, deren Werkgenuss unter Art. 5 Abs. 1 Richtlinie 2001/29/EG subsumiert werden kann, unterscheidet. Es ist zu beachten, dass bei der Nutzung von Software nur die für die jeweilige Funktion erforderlichen Teile in den Arbeitsspeicher geladen werden. Es erfolgt im Gegensatz zum Laden zum Beispiel eines per Satelliten übertragenen Fußballspiels in den Arbeitsspeicher eines Decoders keine „eins-zu-eins-Reproduktion“ bzw. vollständige Wiedergabe. Denn bei Software steht keine Werkwiedergabe, sondern das Verarbeiten der Information „A“ zum Ergebnis „B“ im Mittelpunkt, was auch den zentralen wirtschaftliche Zweck darstellt. Diese Rechenoperation, welche bei der Nutzung (einschließlich dem Laden und Ablaufen) der Software auf einem Computer erfolgt, hat nicht, wie der Tatbestand von Art. 5 Abs. 1 Richtlinie 2001/29/EG beschreibt, „den alleinigen Zweck“, eine Nutzung des Werkes „zu ermöglichen“. Sie hat auch nicht „keine eigenständige wirtschaftliche Bedeutung“, sondern diese Rechenoperation stellt die Erfüllung der Funktionalität der Software dar und hat, insbesondere wenn jede einzelne Nutzung von Software urheberrechtlich relevant sein soll, eine eigenständige wirtschaftliche Bedeutung. Das Ausführen der Software und die damit einhergehende mögliche technische Vervielfältigung ist der Grund, warum die Software genutzt wird. Das Fehlen einer zu Art. 5 Abs. 1 Richtlinie 2001/29/EG vergleichbaren Norm in der Richtlinie 2009/24/EG ergibt demnach Sinn – dadurch wird auch der Funktionalität von Software Rechnung getragen.

### 3. Konkrete Ausdrucksform von funktionalen Werken als Symbolsprache – Besonderheiten des Werkgenusses

Das Urheberrecht schützt Werke in ihrer konkreten Ausdrucksform,<sup>245</sup> welche beim Werkgenuss im natürlichen Sinn wahrgenommen wird. Funktionale Werke unterscheiden sich jedoch auch hierbei dem Wesen nach von „herkömmlichen“ Werken. Bei einem Sprachwerk stellen der niedergeschriebene Text und bei einem Bild die bemalte Leinwand die konkrete Ausdrucksform dar. Bei funktionalen Werken hingegen ist die konkrete Ausdrucksform eine Symbolsprache für die „bestimmungsgemäße Benut-

---

Richtlinie 2001/29/EG analog anwendend. Schulze, in: Dreier/Schulze, § 69c UrhG, Rn. 9 diesbezüglich Pro und Contra darstellend.

245 Seifert/Wirth, in: Eichelberger/Wirth/Seifert, § 2 UrhG, Rn. 4 ff.

zung<sup>246</sup> bzw. die Funktion des Werkes. Bei Software ist diese konkrete Ausdrucksform der in Programmiersprache verfasste Code als Symbolsprache für die Funktionalität, also für die in der Software programmierten Rechenoperation. Als weitere Beispiele werden ein Bauplan oder ein Schnittmuster genannt, deren Zeichnungen Symbolsprache für das zu erstellende Werk und den Entstehungsprozess darstellten.<sup>247</sup> Bei funktionalen Werken ist die rezipierende Wiedergabe und Wahrnehmung des beispielsweise in Programmiersprache geschriebenen Textes, also das Lesen wie es bei Sprachwerken üblich ist, nicht intendiert. Die bei Software gewollte Handlung ist die Nutzung von dieser an einem Computer. Durch die Wiedergabe in einem Bauplan bzw. Schnittmuster werden die Gedanken und die Kreativität des Architekten bzw. Designers in eine „konkrete Ausdrucksform“ gebracht. Aber erst durch den Bau eines Bauwerks entsprechend dem Bauplan oder der Herstellung eines Kleidungsstückes entsprechend dem Schnittmuster erfüllen der Plan bzw. das Muster ihren Zweck und folglich ihre Funktion. Sogenannte statische Werke hingegen erfüllen allein durch die Werkwiedergabe ihren Zweck.

Abzugrenzen von funktionalen Werken sind auch solche, welche einen Vorgang beschreiben und „Anweisungen“ geben. Werde ein Kochrezept nachgekocht oder entsprechend einer Anleitung ein Spiel gespielt, so sei dies urheberrechtlich frei. Bei diesen Werkkategorien fehle ein „dahinterstehender Schutzgegenstand“.<sup>248</sup> Ein Rezept stellt keine Symbolsprache des zubereiteten Essens dar, sondern vielmehr soll es als Sprachwerk in Worten erklären, wie die Zubereitung zu erfolgen hat. Es nennt die Zutaten und beschreibt einzelne Zwischenschritte bei der Erstellung, jedoch nicht das fertige Essen. Dieses wird somit nicht wie bei einem Bauplan mittels einer Symbolsprache verkörpert, sondern der Fokus liegt in der Beschreibung einer Arbeitsweise.

---

246 Kindermann, GRUR 1983, 150, 157 hierfür den Begriff der „bestimmungsgemäßen Benutzung“ verwendend und von dieser in Bezug auf Baupläne und Werke der bildenden Kunst sprechend sowie den Rechtsgedanken schließlich auf Software ausweitend.

247 Interview geführt mit Prof. Dr. Dr. h.c. Reto M. Hilty, 14. September 2013, Transkription von Fabian Hafenbrädl.

248 Hilty, Urheberrecht, Rn. 295 f.

#### 4. Urheberrechtliche Erfassung der Nutzung funktionaler Werke

Da bei funktionalen Werken ein herkömmlicher, statischer Werkgenuss nicht deren Zweck entspricht, ist ein solcher auch nicht über das „System der Verwertungsrechte“ mittelbar zu erfassen. Fraglich ist daher, wie die Nutzung dieser funktionalen Werke vom Urheberrecht begriffen und eingeordnet werden kann. Teils wird in das Patentrecht geblickt<sup>249</sup> oder es werden Verwertungsrechte als Mittel angesehen, die das Urheberrecht zur Verfügung stellt.<sup>250</sup> Dies zeige sich auch an der Einordnung eines gemäß einem Bauplan errichteten Bauwerks oder der Herstellung eines Kleidungsstückes nach einem Schnittmuster, in welchen jeweils eine urheberrechtliche Vervielfältigung erkannt werde.<sup>251</sup> Diese juristische Einordnung als Vervielfältigung ist allgemein anerkannt und beispielsweise im französischen Recht auch in Art. L122-3 S. 3 CPI für Bauwerke normiert. Jedoch mangelt es bei Software an einem mechanischen Vorgang der Erstellung eines solchen körperlichen Vervielfältigungsstücks. Allerdings erfolgen bei der Softwarenutzung grundsätzlich – zumindest im Sinne des Art. 4 Abs. 1 lit. a) Richtlinie 2009/24/EG – Vorgänge, welche als Laden und Ablaufen beschrieben werden. Zumindest das Laden in den Arbeitsspeicher wird allgemein anerkannt als urheberrechtliche Vervielfältigung qualifiziert,<sup>252</sup> auch wenn unter Heranziehung des „Technischen Ansatzes“ es faktisch teils an einem Laden in den Arbeitsspeicher ermangeln kann. Wie es möglich ist in dem gebauten Bauwerk, etc. eine Verkörperung des Gehalts des Werkes in Form des Bauplans zu erkennen, so kann auch die Nutzung von Software in diesem Sinne bildlich verstanden werden. In die Software wird die Information „A“ eingegeben, um das Ergebnis „B“ zu berechnen.<sup>253</sup> Es läuft eine Information einmal durch die „Maschine Software“, eine Vervielfältigung der Software inklusive der Information „A“ entsteht und es erscheint das Ergebnis „B“.<sup>254</sup> Im Gleichlauf zu anderen funktionalen Werken kann somit

---

249 Hilty, Urheberrecht, Rn. 705.

250 Hilty/Köklü, in: Büscher/Erdmann/Haedicke/Köhler/Loschelder, 797, 806.

251 Hilty, Urheberrecht, Rn. 295 bezüglich eines Bauplans; Hilty, in: Calboli/Lee, 64, 77; Kindermann, GRUR 1983, 150, 157.

252 Hierzu I. Teil § 3 D II. 1., 2.

253 Hierzu I. Teil § 3 D IV. 1.

254 Die Nutzungshandlung von Software ist – soll die Terminologie der technischen Betrachtung und der Richtlinie 2009/24/EG verwendet werden – das Laufenlassen. Wird die Software durch das Laden in den Arbeitsspeicher für die Verwendung bereitgestellt, so erfüllt das Laufenlassen der Software mit den eingegebenen Daten erst ihren funktionalen Zweck. Allerdings würde mit dieser Betrachtung wieder eine

## 1. Teil. Einführung

auch bei Software eine urheberrechtliche Vervielfältigung erkannt werden. Ein solches Vorgehen erlaubt die Nutzung von Software mit den Mitteln des Urheberrechts, also den Verwertungsrechten, zu erfassen.

## 5. Cloud Computing

Der „Funktionale Ansatz“ legt anstatt des „Technischen Ansatzes“ den Fokus auf die Nutzung der Software. Eine solche erfolgt bei Cloud Computing in gleicher Weise wie bei der mittels eines Downloads oder eines Datenträgers überlassenen Software. Aus urheberrechtlicher Perspektive findet entsprechend dem „Funktionalen Ansatz“ unabhängig von den tatsächlichen technischen Vorgängen und somit technologieneutral stets eine Vervielfältigung statt. Diese wird vom Cloud-Nutzer parallel zu Softwarenutzern bei der Überlassung von Software mittels eines Datenträgers oder eines Downloads vorgenommen. Jede technische Betrachtung, wo, welche technischen Vervielfältigungen erfolgen, ist hingegen nicht zielführend, auch würden sich die Ergebnisse je nach Ausgestaltung insbesondere der Hardwareumgebung stets unterscheiden.<sup>255</sup>

## 6. Zusammenfassung

Der „Funktionale Ansatz“ stellt auf die Eigenschaft von Software als funktionales Werk und den damit einhergehenden Besonderheiten in Bezug auf den Werkgenuss ab. Aufgrund der Technologieneutralität vermag der „Funktionale Ansatz“ die Softwarenutzung stets urheberrechtlich einzuordnen, unabhängig davon, ob diese auf einer beim Nutzer vorhandenen dauerhaften Kopie der Software basiert oder mittels Cloud Computing erfolgt. Die Nutzung von Software ist schließlich als urheberrechtliche Vervielfältigung zu qualifizieren.

---

vorgelicht technische Betrachtung wie bei dem „Technischen Ansatz“ erfolgen, welche aus gewichtigen Gründen abzulehnen ist. Zweckmäßiger ist daher, bei dem Begriff der Funktionalität zu bleiben. Zum Laufenlassen als Vervielfältigung sowie zur Funktionalität vertiefend Hilty/Köckli, in: Büscher/Erdmann/Haedicke/Köhler/Loschelder, 797, 806.

255 Hierzu 1. Teil § 3 D II. 2., 3., III.

## V. Zusammenfassung

Die Nutzung von Software stellt eine urheberrechtlich relevante Vervielfältigung gemäß Art. 4 Abs. 1 lit. a) Richtlinie 2009/24/EG dar. Die herrschende Meinung in Literatur und Rechtsprechung erkennt eine solche im Laden in den Arbeitsspeicher. Die Begründung einer urheberrechtlichen Vervielfältigung kann jedoch auch auf die Funktionalität von Software gestützt werden.

## E. Vervielfältigungsrecht des Softwarenutzers gemäß Art. 5 Abs. 1 Richtlinie 2009/24/EG

Die bei der Nutzung von Software erfolgenden Vervielfältigungen stellen gemäß Art. 4 Abs. 1 lit. a) Richtlinie 2009/24/EG dem Urheber vorbehaltene und somit zustimmungsbedürftige Handlung dar. Das für die Nutzung der Software zwingende Vervielfältigungsrecht könnte einem Nutzer zum einen vertraglich vom Urheberrechtsinhaber eingeräumt werden, alternativ könnte ein gesetzliches Nutzungsrecht bestehen.<sup>256</sup>

Ferner verweist Art. 4 Abs. 1 Richtlinie 2009/24/EG auf Art. 5 und Art. 6 Richtlinie 2009/24/EG, vorbehaltlich derer Art. 4 Abs. 1 Richtlinie 2009/24/EG zur Anwendung kommt. Während Art. 6 Richtlinie 2009/24/EG das Dekompilieren regelt, normiert Art. 5 Richtlinie 2009/24/EG „Ausnahmen von den zustimmungsbedürftigen Handlungen“ wie die Erstellung einer Sicherungskopie, das Beobachten, Untersuchen und Testen des Programms sowie Ausnahmen von den gemäß Art. 4 Abs. 1 lit. a) Richtlinie 2009/24/EG dem Urheber vorbehaltenen Handlungen, welche Vervielfältigungen umfassen. Art. 5 Abs. 1 Richtlinie 2009/24/EG besagt, dass der Nutzer von Software als „rechtmäßiger Erwerber“ „für die in Artikel 4 Absatz 1 Buchstaben a und b genannten Handlungen“ „in Ermangelung spezifischer vertraglicher Bestimmungen (...) nicht der Zustimmung des Rechtsinhabers (bedarf), wenn die Handlungen für eine bestimmungsgemäße Benutzung des Computerprogramms (...) notwendig sind.“

---

256 Hilty, Urheberrecht, Rn. 694 dies klarstellend.

I. Tatbestand des Art. 5 Abs. 1 Richtlinie 2009/24/EG: Rechtmäßiger Erwerber und Ermangelung spezifischer vertraglicher Bestimmungen

Art. 5 Abs. 1 Richtlinie 2009/24/EG schließt sämtliche vertraglichen bzw. gesetzlichen Erwerbstatbestände mit ein.<sup>257</sup> Gesetzliche Erwerbstatbestände wie der Erhalt der Software nach Dereliktion oder im Rahmen einer Erbfolge sind von geringer tatsächlicher Relevanz und werden im Folgenden nicht weiter betrachtet. Als Bezugspunkt des Erwerbs wird in Art. 5 Abs. 1 i.V.m. ErwG 13 S. 3 Richtlinie 2009/24/EG das Computerprogramm in Form einer Kopie angeführt. Eine solche stellt im traditionellen Sinn ein körperliches Werkstück dar, beispielsweise die auf einer CD-ROM oder DVD verkörperte Software. Die Frage, inwieweit im Zeitalter von Download und Cloud Computing eine solche Kopie noch existiert und folglich erworben werden kann, soll an dieser Stelle noch ausgeklammert bleiben.<sup>258</sup>

Unstreitig ist Erwerber, wer eine Kopie aufgrund eines Vertrages mit dem Urheberrechtseinhaber von diesem erhält. In diesem Fall kann der Erwerber als Ersterwerber bzw. Erstinhaber bezeichnet werden, denn die Kopie wird diesem als Erstem vom Urheberrechtseinhaber überlassen. Der Erwerb und in der Folge der Erwerb im Sinne des Art. 5 Abs. 1 Richtlinie 2009/24/EG sind rechtmäßig, wenn die dem Erwerb zu Grunde liegende Verbreitung gemäß Art. 4 Abs. 1 lit. c) Richtlinie 2009/24/EG rechtmäßig ist.<sup>259</sup> Da dem Rechtsinhaber als Erstverbreiter das Verbreitungsrecht an der Kopie zusteht,<sup>260</sup> ist ein Erwerb von ebendiesem rechtmäßig.

Zum anderen könnte eine Person die Kopie von einem anderen Erwerber erhalten, welcher die Kopie selbst vom Urheberrechtseinhaber oder von einem wiederum anderen Erwerber erwarb. Der Erwerber kann in diesem Fall Zweiterwerber bzw. Zweitnutzer<sup>261</sup> genannt werden, denn im

---

257 Blocher, in: Walter, Art. 5 Richtlinie 2009/24/EG, Rn. 10, 14 f.; Lutz, 130.

258 Hierzu 3. Teil.

259 Blocher, in: Walter, Art. 5 Richtlinie 2009/24/EG, Rn. 14 in diese Richtung; Bröckers, MMR 2011, 18; Wiebe, in: Münchener Anwaltshandbuch IT-Recht, Teil 2.1, Rn. 53.

260 EuGH, Urteil v. 03. Juli 2012 – C 128/11 („UsedSoft v. Oracle“), NJW 2012, 2565 ff., Rn. 82. Blocher, in: Walter, Art. 5 Richtlinie 2009/24/EG, Rn. 10.

261 Wolff-Rojczyk, ITRB 2014, 75, 77 zu den Begriffen, aber missverständlich, denn der Ersterwerber ist der, der einen Vertrag mit dem Softwareersteller abgeschlossen hat. Zudem ist fraglich, ob der aufgeworfene Begriff des „Möchtegernerwerbers“ Klarheit schafft.

Lebenszyklus der Kopie steht stets mindestens ein Erwerber vor diesem.<sup>262</sup> Auch für die Bestimmung der Rechtmäßigkeit des Erwerbs durch den Zweitnutzer ist auf die dem Erwerb zu Grunde liegende Verbreitung abzustellen.<sup>263</sup> Diese muss entweder mit Zustimmung des Urheberrechtsinhabers erfolgt sein oder der Erstnutzer muss sich auf die Erschöpfung des Verbreitungsrechts berufen können. Es war lange Zeit umstritten, ob ein Zweitnutzer rechtmäßiger Erwerber gemäß Art. 5 Abs. 1 Richtlinie 2009/24/EG sein kann, heute wird dies aber einhellig befürwortet.<sup>264</sup> Als Argument gegen eine solche Einordnung wurde die Entstehungsgeschichte der ersten Software-Richtlinie 91/250/EWG angeführt,<sup>265</sup> denn insbesondere die ErwG scheinen allein den Erwerb durch den Erstnutzer widerzuspiegeln. Weiter solle allein derjenige von dieser Norm profitieren können, der Inhaber einer Kopie sei und nicht derjenige, der erst Inhaber werden möchte,<sup>266</sup> auch nehme Art. 5 Abs. 1 Richtlinie 2009/24/EG Bezug auf die Fehlerberichtigung, welche ein tatsächliches verfügen über eine Kopie voraussetze.<sup>267</sup> Für eine mögliche Subsumtion des Zweitnutzers unter Art. 5 Abs. 1 Richtlinie 2009/24/EG wurde angeführt, dass ein gemäß Art. 4 Abs. 2 Richtlinie 2009/24/EG rechtmäßiger Erwerb einer Kopie durch einen Zweitnutzer die tatbestandlichen Voraussetzungen erfüllt.<sup>268</sup>

---

262 In dieser Arbeit werden für einen Ersterwerber bzw. Erstnutzer sowie für einen Zweiterwerber bzw. Zweitnutzer stets die Termini Erstnutzer sowie Zweitnutzer verwendet, um sich trotz der in Art. 5 Abs. 1 Richtlinie 2009/24/EG erfolgenden Verwendung des Begriffs des Erwerbers nicht auf den (käuflichen) Erwerb als Tatbestandsmerkmal festzulegen.

263 Blocher, in: Walter, Art. 5 Richtlinie 2009/24/EG, Rn. 14 in diese Richtung; Bröckers, MMR 2011, 18; Wiebe, in: Münchener Anwaltshandbuch IT-Recht, Teil 2.1, Rn. 53.

264 Schlussantrag v. 24. April 2012 – C 128/11 („UsedSoft v. Oracle“), BeckRS 2012, 81372, Rn. 92. In diesem vertreten Frankreich, Irland und Italien die Ansicht, dass nur ein Erstnutzer „rechtmäßiger Erwerber“ im Sinne des Art. 5 Abs. 1 Richtlinie 2009/24/EG sein kann. Blocher, in: Walter, Art. 5 Richtlinie 2009/24/EG, Rn. 14, 28; Blocher/Walter, in: Walter/v. Lewinski, Art. 4 Computer Program Directive, Rn. 5.4.37 anmerkend, dass der Erstnutzer sein Nutzungsrecht verliert, sobald sich der Zweitnutzer auf ein solches berufen kann; Janssens, in: Stamatuodi/Torremans, Rn. 5.106 pauschal zustimmend; Lutz, 130; Ohly, JZ 2013, 44 auf diese Rechtsansicht hinweisend, mit weiteren Verweisen in Fn. 26.

265 Hilty, Urheberrecht, Rn. 707.

266 Seitz, 138.

267 Rauer/Ettig, EWS 2012, 322, 327.

268 Bah, RLDI, 90, 2013, 60 ff.; Blocher, in: Walter, Art. 5 Richtlinie 2009/24/EG, Rn. 8; Castets-Renard, RLDI 2012, 86, 87 ff.; Dreier, in: Dreier/Schulze, § 69d UrhG, Rn. 6; Dreier/Vogel, 65; Grütmacher, ZGE 2013, 46, 69; Grütmacher, in: Wandtke/Bul-

Der EuGH statuierte schließlich in der „UsedSoft v. Oracle“-Entscheidung die Anwendbarkeit von Art. 5 Abs. 1 Richtlinie 2009/24/EG auch auf den Zweitnutzer, indem er feststellte, dass „der zweite und jeder weitere Erwerber dieser Kopie „rechtmäßiger Erwerber“ derselben im Sinne des Art. 5 Abs. 1“ Richtlinie 2009/24/EG sein kann.<sup>269</sup> Voraussetzung ist demnach, dass sich der Softwareanbieter aufgrund der Erschöpfung gemäß Art. 4 Abs. 2 Richtlinie 2009/24/EG nicht mehr auf sein Verbreitungsrecht berufen kann. Gemäß dem EuGH stellt ein Verkauf im Sinne des Art. 4 Abs. 2 Richtlinie 2009/24/EG einen Erwerb im Sinne des Art. 5 Abs. 1 Richtlinie 2009/24/EG dar.<sup>270</sup> Als Begründung führte der

---

linger, § 69d UrhG, Rn. 28 ff.; Hilty, MMR 2003, 3 ff.; Hilty, CR 2012, 625, 629; Hoeren, CR 2006, 573, 575; Huppertz, CR 2006, 145, 146 f. auch mit dem Rechtsgedanken der „Parfumflakon“-Entscheidung des BGH argumentierend (BGH v. 04. Mai 2000 – I ZR 256/97 („Parfumflakon“), NJW 2000, 3783 ff.); Leistner, CR 2011, 209 f.; Loewenheim, in: Schricker/Loewenheim, § 69d UrhG, Rn. 4a; Marly, EuZW 2012, 654, 656; Pres, 121; Rigamonti, GRUR Int. 2009, 25 mit Verweis auf Hoeren, Gutachten zur Frage der Geltung des urheberrechtlichen Erschöpfungsgrundsatzes bei der Online-Übertragung von Computerprogrammen, 17. Februar 2006, 18; Stieper, ZUM 2012, 668; a.A. Haberstumpf, CR 2012, 561, 570; Hansen/Wolff-Rojczyk, GRUR 2012, 904, 910 dies wegen des damit einhergehenden weiten Umfangs der Rechte des Zweitnutzers kritisierend.

269 EuGH, Urteil v. 03. Juli 2012 – C 128/11 („UsedSoft v. Oracle“), NJW 2012, 2565 ff., Rn. 80. Hilty dem EuGH zustimmend, jedoch hinsichtlich der Beendigung der Berechtigung des Erstnutzers eine Lösung von dem Fokus auf die tatsächliche Inhaberschaft der Kopie vorschlagend. So seien die Nutzungsberechtigung und die Inhaberschaft der Kopie voneinander zu trennen, zur Begründung erfolgt ein Vergleich mit dem Patentrecht. In diesem sei das Verfahren aufgrund der öffentlichen Patentschrift allgemein bekannt und das Wissen über das Patent spiele für die Berechtigung zur Patentnutzung keine Rolle. So solle auch bei Sachverhalten bezüglich der Weitergabe von Software die Berechtigung zur Nutzung unabhängig von der Kopie sein. Die relevante Frage sei vielmehr, ob es dem Erstnutzer erlaubt sei, seine Nutzungsberechtigung an den Zweitnutzer zu übertragen. Schließlich habe der Rechtsinhaber allein den Erstnutzer als Vertragspartner ausgesucht. Im Allgemeinen Lizenzrecht müsste diesbezüglich eine Abwägung erfolgen. Unter Beachtung des Erschöpfungsgrundsatzes komme diesem Interesse an einem spezifischen Lizenznehmer im Urheberrecht nur eine nachrangige Bedeutung zu, denn es überwiege das Interesse des Erstnutzers. Bei Software sei jedoch die Besonderheit zu beachten, dass die Nutzung urheberrechtlich relevant sei. In der Folge bestehe eine Dauerbeziehung zwischen dem Nutzer und dem Ersteller der Software und es erfolge die einer Lizenz immanente fortlaufende Gestattung der Nutzung. Letztlich räume Art. 5 Abs. 1 Richtlinie 2009/24/EG dem Zweitnutzer jedenfalls Mindestrechte ein, Hilty, CR 2012, 625, 629 f.

270 EuGH, Urteil v. 03. Juli 2012 – C 128/11 („UsedSoft v. Oracle“), NJW 2012, 2565 ff., Rn. 80.

EuGH an, dass andernfalls dem in Art. 4 Abs. 2 Richtlinie 2009/24/EG normierten Erschöpfungsgrundsatz<sup>271</sup> die „praktische Wirksamkeit“ genommen wird, denn der Softwareanbieter könnte sich auf sein Vervielfältigungsrecht aus Art. 4 Abs. 1 lit. a) Richtlinie 2009/24/EG berufen<sup>272</sup> und in der Folge dem Zweitnutzer die Nutzung untersagen. Dem EuGH ist insoweit zuzustimmen, dass beide Lebenssachverhalte unter Art. 5 Abs. 1 Richtlinie 2009/24/EG subsumiert werden können. Tatsächlich würde der in Art. 4 Abs. 2 Richtlinie 2009/24/EG normierte Erschöpfungsgrundsatz seinen Zweck verlieren, wenn der Zweitnutzer die Software zwar erwerben, jedoch nicht nutzen dürfte. Denn es ist dem Zweiterwerb grundsätzlich immanent, dass es an einer Vertragsbeziehung mit dem Rechtsinhaber fehlt und es folglich an „spezifischen vertraglichen Bestimmungen“ über eine etwaige Nutzungsberechtigung ermangelt.<sup>273</sup>

## II. Rechtsfolge: Bestimmungsgemäße Benutzung

Als Rechtsfolge normiert Art. 5 Abs. 1 Richtlinie 2009/24/EG, dass die „in Artikel 4 Absatz 1 Buchstaben a) und b) genannten Handlungen“ „nicht der Zustimmung des Rechtsinhabers“ bedürfen, soweit diese für die „bestimmungsgemäße Benutzung einschließlich der Fehlerberichtigung“ notwendig sind. Die Fehlerberichtigung ist an dieser Stelle nicht relevant.

### 1. Inhalt der bestimmungsgemäßen Benutzung

Überwiegend wird vorgeschlagen, dass sich der Inhalt der bestimmungsgemäßen Benutzung vorrangig aus dem Vertrag zwischen dem Rechtsinhaber und dem Erstnutzer ergibt.<sup>274</sup> Darüber hinaus seien der Überlas-

---

271 Hierzu 3. Teil § 3.

272 EuGH, Urteil v. 03. Juli 2012 – C 128/11 („UsedSoft v. Oracle“), NJW 2012, 2565 ff., Rn. 83.

273 Allenfalls über die technische Ausgestaltung der Software mit sogenannten „Shrink-wrap“- oder „Click-wrap“-Lizenzen könnte eine solche direkte Vertragsbeziehung konkretisiert werden. Deren rechtliche Einordnung und Wirksamkeit ist jedoch umstritten.

274 Dreier/Vogel, 65; Haberstumpf, CR 2009, 345, 347; Hilty, MMR 2003, 3, 8 in diese Richtung; Hoeren, GRUR 2010, 665, 667; Lehmann/Spindler, in: Handbuch des Urheberrechts, § 9, Rn. 91; Lenhard, 78, 90; Loewenheim, in: Schricker/Loewenheim, § 69d UrhG, Rn. 4a; Paul, in: BeckOK IT-Recht, § 69d UrhG, Rn. 9 bezugnehmend

sungszweck,<sup>275</sup> die Art und Ausgestaltung der Software unter Beachtung von wirtschaftlichen und technischen Gesichtspunkten,<sup>276</sup> „sonstige vertragliche Umstände“<sup>277</sup> bzw. „alle tatsächlichen Umstände der Gebrauchsüberlassung“<sup>278</sup> heranzuziehen. Könne der Wille des Urheberrechtshabers nicht ermittelt werden, so habe eine Bestimmung unter Berücksichtigung der Verkehrsauffassung zu erfolgen.<sup>279</sup> Eine objektive und technische Betrachtung der Software sei geboten,<sup>280</sup> denn der Entwurf der Richtlinie 2009/24/EG habe noch „Handlungen (...), soweit sie für die Verwendung des Programms erforderlich sind,“ genannt.<sup>281</sup> Insbesondere bei Standardsoftware sei eine rein objektive Betrachtung von Relevanz.<sup>282</sup> Bezüglich der vertraglichen Bestimmungen kämen die allgemeinen Grenzen der Privatautonomie sowie im Bereich von Allgemeinen Geschäftsbedingungen die §§ 305 ff. BGB zur Anwendung.<sup>283</sup> Diese könnten auch weitergehende Rechte als die für von Art. 5 Abs. 1 Richtlinie 2009/24/EG umfasste bestimmungsgemäße Benutzung einräumen. Der Vertrag könne den Umfang der Nutzungsrechte jedoch auch einschränken.<sup>284</sup> Als weiteres Kriterium müssen die Handlungen gemäß Art. 5 Abs. 1 Richtlinie 2009/24/EG a.E.

---

auf Lizenzbedingungen, welche sich auf der Verpackung oder in der Softwarebeschreibung befinden (sofern solche vorhanden sind).

275 Dreier, in: Dreier/Schulze, § 69d UrhG, Rn. 7; Dreier/Vogel, 65; Grütmacher, in: Wandtke/Bullinger, § 69d UrhG, Rn. 6 f.; Huppertz, CR 2006, 145, 157; Lejeune, in: Ullrich/Lejeune, 238; Loewenheim, in: Schrickel/Loewenheim, § 69d UrhG, Rn. 8; Seitz, 135; a.A. Blocher, in: Walter, Art. 5 Richtlinie 2009/24/EG, Rn. 24 auf eine vorrangige Betrachtung des Vertragszwecks abstellend.

276 Blocher, in: Walter, Art. 5 Richtlinie 2009/24/EG, Rn. 24; Loewenheim, in: Schrickel/Loewenheim, § 69d UrhG, Rn. 8; Seitz, 135.

277 Dreier, in: Dreier/Schulze, § 69d UrhG, Rn. 7; Grütmacher, in: Wandtke/Bullinger, § 69d UrhG, Rn. 6 f.

278 Paul, in: BeckOK IT-Recht, § 69d UrhG, Rn. 8.

279 Seitz, 134.

280 Blocher, in: Walter, Art. 5 Richtlinie 2009/24/EG, Rn. 24; Lutz, 146 f.

281 Grütmacher, CR 2011, 485, 488 mit Verweis auf die EU-Kommission: Vorschlag für eine Richtlinie des Rates über den Rechtsschutz von Computerprogrammen, KOM (88) 816 endg., SYN 183, ABl. C 91 v. 12. April 1989, S. 4 ff. sowie Kommission. Geänderter Vorschlag für eine Richtlinie des Rates über den Rechtsschutz von Computerprogrammen, KOM (90) 509 endg., SYN 183, ABl. EG Nr. C 320 v. 20. Dezember 1990, S. 27; Schneider, in: Handbuch des EDV-Rechts, G, Rn. 245 zumindest eine „objektive Seite“ des Begriffs der bestimmungsgemäßen Benutzung erkennend.

282 Hoeren, GRUR 2010, 665, 667; Hoeren/Pinelli, 69.

283 Paul, in: BeckOK IT-Recht, § 69d UrhG, Rn. 10; Peukert, § 29, Rn. 6. Siehe in Bezug auf den Umfang des Rechts jedoch 1. Teil § 3 E II. 2.

284 Blocher, in: Walter, Art. 5 Richtlinie 2009/24/EG, Rn. 20 ff. in diese Richtung.

„notwendig“ sein. Teils werden hierfür strenge Maßstäbe angesetzt, denn der Norm sei ein Ausnahmecharakter zuzuschreiben.<sup>285</sup> Allein die Nützlichkeit oder Zweckmäßigkeit reiche nicht aus, es müsse nur auf diese Weise die bestimmungsgemäße Benutzung gesichert werden können,<sup>286</sup> dies also „durch andere zumutbare Maßnahmen“ nicht möglich sein. Zudem sei ErWG 13 Richtlinie 2009/24/EG zu beachten, welcher eine technische Erforderlichkeit nenne.<sup>287</sup> Der Kommissionsvorschlag für die Richtlinie 91/250/EWG aus dem Jahr 1989 verweist darauf, dass üblicherweise gewisse Rechte zur Verwendung übergehen. Das Laden, Ansehen, Ablaufen, Übertragen oder Speichern ist demnach gestattet, soweit es zu keiner dauerhaften Vervielfältigung führt.<sup>288</sup> In der Literatur<sup>289</sup> und in der Rechtsprechung des EuGH<sup>290</sup> wird zudem die Installation und somit eine Speicherung der Software auf der Festplatte als zulässig angesehen. Teils wird auch klargestellt, dass bei Einzelplatzlizenzen die Vervielfältigungshandlungen im Sinne des Art. 4 Abs. 1 lit. a) Richtlinie 2009/24/EG von der bestimmungsgemäßen Benutzung umfasst sind.<sup>291</sup>

Streitig ist jedoch der Inhalt der bestimmungsgemäßen Benutzung des Zweitnutzers, da dieser in keiner Vertragsbeziehung mit dem Softwareanbieter steht, sondern eine solche allein zwischen dem Erstnutzer und dem Rechtsinhaber existiert.<sup>292</sup> Zum einen wird vorgeschlagen, dass die bestimmungsgemäße Benutzung durch den Lizenzvertrag, welchen der Softwareanbieter mit dem Erstnutzer abgeschlossen hat, definiert wird.<sup>293</sup> Konkret

---

285 Grützmaker, in: Wandtke/Bullinger, § 69d UrhG, Rn. 27.

286 Dreier, in: Dreier/Schulze, § 69d UrhG, Rn. 11.

287 Seitz, 136.

288 Kommission. Vorschlag für eine Richtlinie des Rates über den Rechtsschutz von Computerprogrammen, KOM (88) 816 endg., SYN 183, ABL. C 91 v. 12. April 1989, S. 4, II.

289 Bröckers, MMR 2011, 18; Grützmaker, in: Wandtke/Bullinger, § 69d UrhG, Rn. 9; Haberstumpf, CR 2009, 345, 346; Hilty, sic! 1997, 128, 137 f.; Hoeren, CR 2006, 573, 576; Lutz, 145; Redeker, CR 2014, 73, 77 f.; Seitz, 137 f.

290 EuGH, Urteil v. 12. Oktober 2016 – C 166/15 („Ranks“), GRUR 2016, 1271 ff., Rn. 54.

291 Dreier, in: Dreier/Schulze, § 69d UrhG, Rn. 8; Grützmaker, in: Wandtke/Bullinger, § 69d UrhG, Rn. 9; Hilty, sic! 1997, 128, 137; Paul, in: BeckOK IT-Recht, § 69d UrhG, Rn. 13 das „Laden, Anzeigen, Ablaufen, Übertragen und Speichern des Computerprogramms“ aufzählend; Seitz, 137 f.

292 Schneider, in: Handbuch des EDV-Rechts, G, Rn. 257 die Ermittlung als „sehr kompliziert“ beschreibend.

293 BGH, Urteil v. 17. Juli 2013 – I ZR 129/08 („UsedSoft II“), NJW-RR 2014, 360 ff., Rn. 68; BGH, Urteil v. 11. Dezember 2014 – I ZR 8/13 („UsedSoft III“), GRUR 2015, 772 ff., Rn. 60; CA Douai, 6ième chambre, 26. Januar 2009 („Wipnord/Microsoft Corporation“), Expertises 2009, 153, 15. Bröckers, MMR 2011, 18, 18; Dreier, in:

gingen Rechte vom Erst- auf den Zweitnutzer über,<sup>294</sup> was als interessensgerecht<sup>295</sup> sowohl für den Nutzer als auch den Softwareanbieter angesehen wird.<sup>296</sup> So gelten gemäß dem BGH in der „UsedSoft III“-Entscheidung beispielsweise auch Beschränkungen der Lizenz fort, welche sich aus dem Vertrag zwischen dem Softwareanbieter und dem Erstnutzer ergeben.<sup>297</sup> Diesbezüglich wird kritisiert, dass der BGH keine Begründung für das Fortgelten von Beschränkungen anführte.<sup>298</sup> Andere schlagen vor, auf den vom Zweitnutzer abgeschlossenen Vertrag abzustellen.<sup>299</sup> Dies ist allerdings abzulehnen, denn in diesem Fall würde der Umfang des Nutzungsrechts im Belieben des Erst- und Zweitnutzers stehen und außerhalb des Einflussbereiches des Urheberrechtsinhabers liegen, was ein Widerspruch wäre zur starken Stellung des Urhebers gemäß §§ 11 ff. UrhG. Im Vertragsverhältnis des Softwareanbieters mit dem Erstnutzer gibt der Rechtsinhaber die Kopie bzw. das Nutzungsrecht „aus der Hand“ und legt die Höhe der Vergütung, welche dem Wert der von ihm „bestimmten“ und folglich bestimmungsgemäßen Nutzung entsprechen soll. Somit legt im Ergebnis der vom Urheberrechtsinhaber mit dem Erstnutzer abgeschlossene Vertrag den Umfang der bestimmungsgemäßen Benutzung einer Kopie fest.

Bei der Softwarenutzung im Rahmen von Cloud Computing wird zum Teil neben einer Netzwerklizenz eine gesonderte Erlaubnis für notwendig erachtet,<sup>300</sup> teils werden die bei Cloud Computing entstehenden Vervielf-

---

Dreier/Schulze, § 69d UrhG, Rn. 6; Dreier/Vogel, 65; Huppertz, CR 2006, 145, 157; Lucas, Pi 2009, 31, 268, 269; Seitz, 138.

294 Hoeren, GRUR 2010, 665, 668.

295 Scholz, GRUR 2015, 142, 144 f. Auf die Fragestellung, inwieweit auch rein „schuldrechtliche“ Nutzungsbegrenzungen Wirkung entfalten und sich somit „verdinglichen“, wird nicht weiter eingegangen, da dies allein im deutschen Urheberrecht bestehende Rechtsfrage behandelt. Scholz hierzu und eine solche „Verdinglichung“ im Ergebnis befürwortend, 145.

296 Wiebe, in: Münchener Anwaltshandbuch IT-Recht, Teil 2.1, Rn. 53.

297 BGH, Urteil v. 11. Dezember 2014 – I ZR 8/13 („UsedSoft III“), GRUR 2015, 772 ff., Rn. 62. Wolff-Rojczyk, ITRB 2014, 75, 77.

298 Ohly, in: Dreier/Hilty, 379, 393. Auch werden Bedenken vorgetragen, dass die Fortgeltung der zwischen dem Softwareersteller und dem Erstnutzer vereinbarten Vertragsbedingungen für den Zweitnutzer umstritten ist bzw. das Nutzungsrecht des Zweitnutzers weiter gehen könnte als das des Erstnutzers, Hansen/Wolff-Rojczyk, GRUR 2012, 904, 910. Allerdings fehlt es hierfür an Begründungen.

299 Hantschel, 40; Marly, Rn. 247 in diese Richtung und auch auf die im deutschen Recht bestehende Zweckübertragungslehre, § 31 Abs. 5 UrhG, verweisend.

300 Dreier, in: Dreier/Schulze, § 69d UrhG, Rn. 8; Grützmaker, in: Wandtke/Bullinger, § 69d UrhG, Rn. 13; Marly, Rn. 1125; Schneider, in: Handbuch des EDV-Rechts, G, Rn. 496, Warusfel, in: Lamy Droit du Numérique 2023, Rn. 1739 f.

fältigungen jedoch als von der bestimmungsgemäßen Benutzung umfasst angesehen.<sup>301</sup> Letzteres wird insbesondere befürwortet, wenn die Software in einer eigenen Cloud-Umgebung und nicht die Software als „service“ genutzt wird.<sup>302</sup> Auch wird angemerkt, dass bei der Online-Nutzung („ASP“) allein die nicht relevanten Vorbereitungshandlungen wie der Erwerb des Programmträgers und die stabile Installation nicht mehr notwendig sind, die bestimmungsgemäße Benutzung allerdings unverändert bleibt.<sup>303</sup> Jedoch ist vieles umstritten,<sup>304</sup> offen ist jedenfalls, inwieweit die jeweilige technische Ausgestaltung der Softwarenutzung mittels Cloud Computing den Umfang der bestimmungsgemäßen Benutzung beeinflusst.

## 2. Zwingender Kern des Art. 5 Abs. 1 Richtlinie 2009/24/EG

Art. 5 Abs. 1 Richtlinie 2009/24/EG wird zudem ein sogenannter zwingender Kern zugeschrieben. Dieser umfasst potentielle Nutzungshandlungen, welche durch vertragliche Bestimmungen nicht untersagt,<sup>305</sup> sondern

---

301 Hoeren/Pinelli, 340 f.

302 Paul, in: BeckOK IT-Recht, § 69d UrhG, Rn. 20 f. Jedoch entspricht dies nicht der hier betrachteten Nutzung von Software mittels Cloud Computing. Vielmehr spricht Paul das Szenario an, dass der Cloud-Anbieter allein die technische Hardware ohne Software bereitstellt, wie dies insbesondere bei „Infrastructure as a service“ der Fall ist.

303 Hilty, in: Harrer/Portmann/Zäch, 61, 78 f.

304 Grützmaker, in: Wandtke/Bullinger, § 69d UrhG, Rn. 13. Neue Nutzungsmöglichkeiten werden teils als von der bestimmungsgemäßen Benutzung nicht umfasst angesehen, denn der Urheber hat für diese keine Vergütung erhalten. Dies folge dem urheberrechtlichen Grundgedanken der Balance zwischen Partizipations- sowie Vergütungsinteressen des Urhebers und berechtigter Nutzerinteressen, Grützmaker, CR 2011, 485, 488.

305 EuGH, Urteil v. 02. Mai 2012 – C 406/10 („SAS Institute“), GRUR 2012, 814 ff., Rn. 58; BGH, Urteil v. 24. Februar 2000 – I ZR 141/97, („Programmfehlerbeseitigung“), NJW 2000, 3212, 3214; BGH, Urteil v. 24. Oktober 2002 – I ZR 3/00, NJW 2003, 2014, 2016; BGH, Urteil v. 17. Juli 2013 – I ZR 129/08, NJW 2014, 777 ff., Rn. 32. Dreier, in: Dreier/Schulze, § 69d UrhG, Rn. 12; Dreier/Vogel, 66; Grützmaker, CR 2011, 485, 489; Grützmaker, in: Wandtke/Bullinger, § 69d UrhG, Rn. 40; Haberstumpf, GRUR Int. 1992, 715, 719; Hilty, sic! 1997, 128, 139; Hilty, Lizenzvertragsrecht, 261 ff., 279; Hoeren, GRUR 2010, 665, 667; Koch, 827, 835; Lehmann/Spindler, in: Handbuch des Urheberrechts, § 9, Rn. 79, 89; Loewenheim, in: Schricker/Loewenheim, § 69d UrhG, Rn. 2, 4, 6, 13; Marly, Rn. 248 ff.; Paul, in: BeckOK IT-Recht, § 69d UrhG, Rn. 10; Schneider, in: Handbuch des EDV-Rechts, G, Rn. 302; Seitz, 135; a.A. Moritz, MMR 2001, 94, 96.

nur erweitert bzw. spezifiziert werden können.<sup>306</sup> Auch werde mittels eines zwingenden Kerns einer vertraglichen Aushöhlung des Erschöpfungsgrundsatzes vorgebeugt. Der zwingende Kern ergibt sich jedoch nicht aus dem Wortlaut des Art. 5 Abs. 1 Richtlinie 2009/24/EG und auch in der Entstehungsgeschichte finden sich keine Ansätze für einen solchen.<sup>307</sup> Darüber hinaus verbietet Art. 8 Abs. 2 Richtlinie 2009/24/EG zwar aushöhlende vertragliche Bestimmungen,<sup>308</sup> bezieht sich jedoch seinem Wortlaut nach nicht auf Art. 5 Abs. 1 Richtlinie 2009/24/EG,<sup>309</sup> was wiederum für die Dispositivität von Art. 5 Abs. 1 Richtlinie 2009/24/EG herangezogen wird.<sup>310</sup> Der fehlende Verweis auf Art. 5 Abs. 1 Richtlinie 2009/24/EG in Art. 8 Abs. 2 Richtlinie 2009/24/EG wird jedoch von anderen allein ungenauen Arbeiten bei der Entstehung der Norm zugeschrieben.<sup>311</sup> Schließlich beschreibt ErWG 13 Richtlinie 2009/24/EG einen solchen zwingenden Kern ausdrücklich.<sup>312</sup>

Die Bestimmung des Inhalts des zwingenden Kerns habe anhand von objektiven Kriterien zu erfolgen.<sup>313</sup> Alle für die Nutzung des Programms technisch erforderlichen Handlungen seien erlaubt.<sup>314</sup> Dies umfasse die Installation<sup>315</sup> und das Laden,<sup>316</sup> also die Erstellung von Vervielfältigungen

---

306 Hilty, Lizenzvertragsrecht, 279; Hilty, sic! 1997, 128, 139.

307 Grützmaker, CR 2011, 485, 489.

308 Schneider, in: Handbuch des EDV-Rechts, G, Rn. 302 ff.

309 Grützmaker, CR 2011, 485, 489.

310 Heckmann, juris Praxis Report IT-Recht, 5/2014, Anm. 3; Kulpe, 54 eine solche befürwortend; Walter, MR Int 1–2/12, 43 in diese Richtung.

311 Blocher, in: Walter, Art. 5 Richtlinie 2009/24/EG, Rn. 19; Seitz, 128 f.

312 Blocher, in: Walter, Art. 5 Richtlinie 2009/24/EG, Rn. 19; Dreier, in: Dreier/Schulze, § 69d UrhG, Rn. 12; Grützmaker, CR 2011, 485, 489; Lutz, 124 f.; Wirth, in: Eichelberger/Wirth/Seifert, § 69d UrhG, Rn. 3.

313 Hantschel, 40.

314 Baus, MMR 2002, 14, 15; Grützmaker, in: Wandtke/Bullinger, § 69d UrhG, Rn. 41 von „technisch bedingte(n), notwendige(n) Vervielfältigungen“ sprechend; Huppertz, CR 2006, 145, 146.

315 Baus, MMR 2002, 14, 15; Grützmaker, in: Wandtke/Bullinger, § 69d UrhG, Rn. 41; Wiebe, in: Münchener Anwaltsbandbuch IT-Recht, Teil 2.1, Rn. 55. Beim Zweitnutzer: EuGH, Urteil v. 03. Juli 2012 – C 128/11 („UsedSoft v. Oracle“), NJW 2012, 2565 ff., Rn. 81; hierzu auch 3. Teil § 5 B V.

316 Baus, MMR 2002, 14, 15; Beiern, in: Pagenburg, 694; Blocher, in: Walter, Art. 5 Richtlinie 2009/24/EG, Rn. 19; Dreier, in: Dreier/Schulze, § 69d UrhG, Rn. 12; Grützmaker, in: Wandtke/Bullinger, § 69d UrhG, Rn. 41; Hilty, sic! 1997, 128, 139; Huppertz, CR 2006, 145, 146; Lehmann/Spindler, in: Handbuch des Urheberrechts, § 9, Rn. 89; Loewenheim, in: Schricker/Loewenheim, § 69d UrhG, Rn. 14; Wirth, in: Eichelberger/Wirth/Seifert, § 69d UrhG, Rn. 3; Wiebe, in: Münchener Anwaltsbandbuch IT-Recht, Teil 2.1, Rn. 55.

zur Nutzung,<sup>317</sup> insbesondere seien alle Handlungen, welche dem üblichen Werkgenuss dienen, mitumfasst.<sup>318</sup> Das wirtschaftliche Partizipationsinteresse des Urhebers stelle eine Grenze dar.<sup>319</sup> Diese Minimalbefugnis gestatte wohl keine Nutzung in einem Netzwerk,<sup>320</sup> auch eine Nutzung der Software im Rahmen von Cloud Computing sei nicht mehr mitumfasst.<sup>321</sup> Für manche sollen alle Handlungen, die bei Cloud Computing erfolgen, jedoch abgedeckt sein.<sup>322</sup> Hierzu ist festzuhalten, dass es schon umstritten ist, inwieweit die Nutzung von Cloud Computing überhaupt von der bestimmungsgemäßen Benutzung mitumfasst ist. Somit ist eine mögliche Subsumtion unter den restriktiveren zwingenden Kern noch fraglicher.

### III. Rechtliche Qualifikation von Art. 5 Abs. 1 Richtlinie 2009/24/EG: Vertragsrechtliche Natur versus Schrankenbestimmung

Die urheberrechtliche Qualifikation von Art. 5 Abs. 1 Richtlinie 2009/24/EG ist umstritten. Vorgeschlagen werden eine vertragsrechtliche Natur sowie eine Schrankenbestimmung.<sup>323</sup>

Wirkt die Norm als Schrankenbestimmung,<sup>324</sup> so ist für die Nutzung von Software im Rahmen ihrer bestimmungsgemäßen Benutzung keine ver-

---

317 Baus, MMR 2002, 14, 15; Hoeren, GRUR 2010, 665, 667; Lejeune, in: Ullrich/Lejeune, Teil 1, Rn. 370.

318 Baus, MMR 2002, 14, 15; Hantschel, 40.

319 Hantschel, 40; Loewenheim, in: Schricker/Loewenheim, § 69d UrhG, Rn. 13 darauf verweisend, dass diese bei einer Interessensabwägung zu berücksichtigen sind.

320 Hilty, sic! 1997, 128, 139.

321 Hilty, CR 2012, 625, 631.

322 Hoeren/Pinelli, 340 f.

323 Hantschel, 45 beschreibend. Teils wird festgehalten, die Norm kann auch als Freistellung der Nutzung von Software vom Urheberrechtsschutz angesehen werden. Demgemäß ist kein Nutzungsrecht erforderlich, denn die Nutzung stellt keine urheberrechtlich relevante Handlung dar, Lutz, 142; Seitz, 106, 139. Hilty, Urheberrecht, Rn. 697 andeutend, der Norm könnte sowohl eine vertragsrechtliche als auch eine gesetzliche Qualifikation zukommen.

324 Beckmann, in: Staudinger, § 453 BGB, Rn. 53 in diese Richtung; Blanc, Rn. 247; Blocher, in: Walter, Art. 5 Richtlinie 2009/24/EG, Rn. 14; Bröckers, MMR 2011, 18; Dreier/Vogel, 64; Hoeren, GRUR 2010, 665, 667; Hoeren/Pinelli, 68 auf den zwingenden Kern der Regelung abstellend; Huppertz, CR 2006, 145, 146; Lehmann/Spindler, in: Handbuch des Urheberrechts, § 9, Rn. 78; Loewenheim, in: Schricker/Loewenheim, § 69d UrhG, Rn. 1; Lüft, in: Wandtke/Bullinger, Vor §§ 44a ff. UrhG, Rn. 2; Morgan/Burden, 123; Moritz, MMR 2001, 94, 95 eine Einordnung als Schranke befürwortend; Redeker, Rn. 68; Schumacher, CR 2000, 641, 643;

## 1. Teil. Einführung

tragliche Einräumung eines Nutzungsrechts erforderlich, denn das Gesetz selbst gestattet die Nutzung. In diesem Fall ist auch der zwingende Kern als Schrankenbestimmung zu qualifizieren.<sup>325</sup> Hinsichtlich des Anwendungsbereichs der Norm ist demnach zwischen dem Erst- und dem Zweitnutzer unterschieden werden. Da ersterer mit dem Rechtsinhaber in einer vertraglichen Verbindung steht, existieren regelmäßig spezifische vertragliche Bestimmungen im Sinne der Norm und der Anwendungsbereich als Schrankenbestimmung ist nicht eröffnet.<sup>326</sup> In diesem Fall ist Art. 5 Abs. 1 Richtlinie 2009/24/EG eine Auslegungsregel<sup>327</sup> und keine Schrankenregelung im eigentlichen Sinn.<sup>328</sup> Hinsichtlich eines potentiellen Zweitnutzers ist die Norm jedoch stets anwendbar, denn es bestehen zwischen diesem und dem Rechtsinhaber kein Vertrag und somit keine spezifischen vertraglichen Bestimmungen.<sup>329</sup>

### 1. Streitstand und Bewertung

Im Folgenden wird der Streitstand in Bezug auf die rechtliche Qualifikation von Art. 5 Abs. 1 Richtlinie 2009/24/EG dargestellt und bewertet:

Gemäß Lenhart kann bei einer Einordnung als Schrankenregelung im Zusammenhang mit dem Zweiterwerb die ungewollte Situation auftreten, dass an vom Urheber nicht in den Verkehr gebrachten Raubkopien durch einen von einem Dritten erfolgenden, rechtmäßigen Zweiterwerb Nutzungsrechte entstehen, sofern der Zweiterwerber seine Nutzung auf Art. 5 Abs. 1 Richtlinie 2009/24/EG stützt. Dies gelte auch für legal hergestellte Kopien wie beispielsweise Sicherungskopien, sobald diese in den Rechtsverkehr gelangen.<sup>330</sup> Allerdings ist der Erwerb dieser Kopien nicht

---

Sédallian/Dupré, 119; Seitz, 105; Wandtke, in: Becker/Hilty/Stöckli/Würtenberger, 391, 397; Zech, ZUM 2014, 3, 5, 7.

325 Grützmaker, CR 2011, 485, 485; Haberstumpf, CR 2009, 345, 346. Zur Qualifikation von Art. 5 Abs. 1 Richtlinie 2009/24/EG im Folgenden I. Teil E III. 2.

326 Dreier, in: Dreier/Schulze, § 69d UrhG, Rn. 2.

327 Dreier, in: Dreier/Schulze, § 69d UrhG, Rn. 2; Hantschel, 45; Metzger, NJW 2003, 1994, 1995.

328 Dreier, in: Dreier/Schulze, § 69d UrhG, Rn. 2; Grützmaker, in: Wandtke/Bullinger, § 69d UrhG, Rn. 3.

329 Ausführungen zur möglicherweise vertragsrechtlichen Natur dieser Norm und den damit potentiell einhergehenden Rechtsfolgen finden sich am Ende dieses Gliederungspunktes.

330 Lenhart, 81 f.

rechtmäßig im Sinne des Art. 5 Abs. 1 Richtlinie 2009/24/EG, denn es fehlt an der Erschöpfung des Verbreitungsrechts. Diese Kopien wurden nicht mit Zustimmung des Rechtsinhabers erstverbreitet und folglich steht sowohl an einer Raubkopie als auch an einer Sicherungskopie das Verbreitungsrecht dem Urheber zu,<sup>331</sup> wie der EuGH in der „Ranks“-Entscheidung für zweiten Fall auch klarstellte.<sup>332</sup> Somit verfährt dieses Argument nicht.

Des Weiteren wird angeführt, dass inhaltliche Bestimmungen des Nutzungsrechts des Zweitnutzers zu weit gehen könnten, sobald in Art. 5 Abs. 1 Richtlinie 2009/24/EG eine vertragliche Regelung gesehen wird, denn der Rechtsinhaber kann auf den Vertrag des Zweitnutzers nicht einwirken und hat auch keine eigene vertragliche Verbindung zu diesem.<sup>333</sup> Dies widerspreche dem Rechtssatz „nemo plus iuris transferre potest quam ipse habet“.<sup>334</sup> Dem Argument ist grundsätzlich zuzustimmen. Allerdings ist der Begriff der bestimmungsgemäßen Benutzung, welche als Rechtsfolge des Art. 5 Abs. 1 Richtlinie 2009/24/EG gestattet ist, anhand des Vertrages des Rechtsinhabers mit dem Erstnutzer zu bestimmen.<sup>335</sup> Dies steht einer solchen Ausweitung der Rechte entgegen. Folglich besteht diese rechtliche Problematik nicht.

Andere merken an, dass die Europäische Kommission sowie die EU-Mitgliedstaaten die Harmonisierung des Binnenmarktes ohne eine Harmonisierung des Urhebervertragsrechts realisieren wollten, was für eine Qualifikation als Schrankenregelung spreche.<sup>336</sup> Allerdings wurde mit Art. 5 Abs. 1 Richtlinie 2009/24/EG keine genuin urhebervertragsrechtliche Regelung geschaffen. Im Falle eines vertragsrechtlichen Verständnisses der Norm erfordert diese allein eine vertragliche Nutzungsrechtseinräumung. Eine solche wird aber grundsätzlich nicht vom Gesetzgeber inhaltlich ausgestaltet, sondern obliegt den Vertragsparteien. Folglich überzeugt auch dieses Argument nicht.

Teils wird angemerkt, dass Art. 5 Abs. 1 Richtlinie 2009/24/EG den sehr weit gehenden urheberrechtlichen Rechtsschutz von Software einschränken soll. Da bei Software aufgrund des Art. 4 Abs. 1 Richtlinie 2009/24/EG der Werkgenuss nicht urheberrechtlich frei sei, wolle der Gesetzgeber dies

---

331 Blocher, in: Walter, Art. 4 Richtlinie 2009/24/EG, Rn. 24; Janssens, in: Stamatuodi/Torremans, Rn. 5.85.

332 EuGH, Urteil v. 12. Oktober 2016 – C 166/15 („Ranks“), GRUR 2016, 1271 ff., Rn. 57.

333 Haberstumpf, CR 2009, 345, 347.

334 Lenhard, 81. Hierzu auch 3. Teil § 2 B V.

335 Hierzu 1. Teil § 3 E II. 1.

336 Grützmaker, CR 2011, 485, 487.

durch Art. 5 Abs. 1 Richtlinie 2009/24/EG wieder korrigieren.<sup>337</sup> Zwar kann grundsätzlich eine solche Einschränkung mittels einer gesetzlichen Schranke erfolgen, allerdings gibt es hierfür kein Bedürfnis. Software stellt aufgrund ihrer Funktionalität ein atypisches urheberrechtliches Werk dar und die Einordnung der Nutzung von Software als urheberrechtlich relevante Handlung ist sachlich gerechtfertigt.<sup>338</sup> Gründe für eine „Aufweichung“ und somit erneute Sonderstellung von Software bzw. eine Rückausnahme sind nicht ersichtlich. Dieses Argument für eine Einordnung als Schrankenbestimmung verfängt nicht.

Teils wird kritisiert, dass, wenn Klauseln in dem Lizenzvertrag eindeutig und konkret sind und keiner Auslegung bedürfen, die dogmatische Einordnung der Norm als Auslegungsregel fehlgeht.<sup>339</sup> Allerdings bestehen in dem beschriebenen Szenario „spezifische vertragliche Bestimmungen“ und der Anwendungsbereich der Norm ist nicht eröffnet. Somit bestehen diesbezüglich keine rechtlichen Bedenken.

Für die rechtliche Einordnung von Art. 5 Abs. 1 Richtlinie 2009/24/EG als Schranke wird der Wortlaut der Norm herangezogen. So klängen die Formulierungen „Ausnahmen von zustimmungsbedürftigen Handlungen“ und „nicht der Zustimmung des Rechtsinhabers“ schrankenähnlich.<sup>340</sup> Zudem wird in der Formulierung „in Ermangelung spezifischer vertraglicher Bestimmungen“ ein Hinweis gesehen, dass keine vertragliche Einräumung von Nutzungsrechten erfolgt.<sup>341</sup> Allerdings kann der Wortlaut der Norm auch für eine entgegengesetzte Interpretation herangezogen werden. Die Norm eröffnet zumindest dem Wortlaut nach den Anwendungsbereich nur für den Fall, „soweit“ keine „spezifischen vertraglichen Bestimmungen“ vorliegen. Daher kann entsprechend der Norm gleichermaßen auch von einer vertraglichen Rechtseinräumung ausgegangen werden.<sup>342</sup> Das Argument pro Schranke überzeugt nicht.

Ein anderer Aspekt ist das Partizipationsinteresse des Urhebers an seinem Werk. Es wird angeführt, dass dieses bei Vorliegen eines gesetzlichen

---

337 Blocher, in: Walter, Art. 5 Richtlinie 2009/24/EG, Rn. 8; Hantschel, 38; Sahin/Haines, CR 2005, 241, 244; Seitz, 113.

338 Hierzu I. Teil § 3 C II., D.

339 Lenhard, 88 darauf abstellend, dass eine Auslegung nur bei „Zweifel“ erfolgen kann, Art 5. Abs. 1 Richtlinie 2009/24/EG aber stets zur Anwendung kommen soll.

340 Lenhard, 77 f.

341 Hantschel, 42.

342 Hantschel, 41 in diese Richtung, eine solche vertragliche Nutzungsrechtseinräumung aber nicht verlangend.

Nutzungsrechts zu stark eingeschränkt wäre. In diesem Fall wäre die Einräumung eines vertraglichen Nutzungsrechts ohne Nutzen sowohl für den Nutzer als auch für den Urheber, denn ersterer könne sich bezüglich der Nutzung auf die Schrankenbestimmung berufen und letzterer erhalte mangels Vertrags keine Vergütung.<sup>343</sup> Allerdings kann der Urheber durch den Vertrag, welcher den Nutzer zu einem rechtmäßigen Erwerber macht, eine angemessene Vergütung erhalten und auch den Vertragsinhalt, insbesondere den Umfang eines Nutzungsrechts, festlegen. Somit stellt dies kein Argument für eine Einordnung als Schrankenregelung dar.

Gegen die Einordnung als Schranke wird angemerkt, dass die konkrete Ausgestaltung der Norm schrankenuntypisch ist, denn diese greift beim Vorliegen von spezifischen vertraglichen Bestimmungen nicht.<sup>344</sup> Zum anderen habe die Norm auch in der Rechtsfolge vertragsrechtliche Elemente, da eine bestimmungsgemäße Benutzung durch den konkreten Vertrag definiert werde.<sup>345</sup> Beidem kann zugestimmt werden.

In Verbindung mit der RBÜ<sup>346</sup> wird Folgendes vorgetragen: Wäre Art. 5 Abs. 1 Richtlinie 2009/24/EG eine Schrankenregelung, so würde eine solche eine Ausnahme zum Vervielfältigungsrecht im Sinne von Art. 9 Abs. 2 RBÜ darstellen. Aber dies hätte eine ausdrückliche Klarstellung in den ErwG der Richtlinie 2009/24/EG erfordert, welche jedoch fehle.<sup>347</sup> Auch diesem Argument gegen eine Einordnung als Schrankenregelung kann grundsätzlich zugestimmt werden.

Das vom BGH in der „UsedSoft III“-Entscheidung statuierte Fortleben von Nutzungsbeschränkungen<sup>348</sup> spreche für die Annahme eines vertragsrechtlichen Verständnisses der Norm.<sup>349</sup> Dem ist zuzustimmen, denn das Nutzungsrecht des Zweitnutzers entspricht seinem Umfang nach dem Recht, welches dem Erstnutzer vom Softwareanbieter eingeräumt wurde. Somit bestimmt eine Vertragsbeziehung die erlaubte und somit bestimmungsgemäße Benutzung.

---

343 Lenhard, 76 beschreibend.

344 Haberstumpf, CR 2009, 345, 346; Lutz, 143.

345 Dreier, in: Dreier/Schulze, § 69d UrhG, Rn. 2., Paul, in: BeckOK IT-Recht, § 69d UrhG, Rn. 1.

346 Berne Convention for the Protection of Literary and Artistic Works, 09. September 1886, zuletzt geändert am 28. September 1979.

347 Lenhard, 79; Moritz, MMR aktuell 9/2002, V, VII.

348 Hierzu I. Teil § 3 E II. 1., 3. Teil § 3 C 4 c).

349 BGH, Urteil v. 17. Juli 2013 – I ZR 129/08 („UsedSoft II“), NJW-RR 2014, 360 ff., Rn. 43 auf Art. 5 Abs. 1 Richtlinie 2009/24/EG bezugnehmend. Das in der „UsedSoft II“-Entscheidung streitgegenständliche Nutzungsrecht durfte aufgrund vertraglicher Bestimmungen auch nicht übertragen werden. Heydn, MMR 2014, 239, 241.

Für eine Bestimmung der rechtlichen Qualifikation von Art. 5 Abs. 1 Richtlinie 2009/24/EG erfolgt teils ein Vergleich mit dem Patentrecht. Wäre Software dem patentrechtlichen Schutz zugänglich, was zwar gesetzlich für „Computerprogramme als solche“ ausgeschlossen sei, tatsächlich in zahlreichen Fällen jedoch erfolge, dann würde eine vergleichbare Schranke im Patentrecht fehlen. Vielmehr könne im Patentrecht ein solches Nutzungsrecht allein mit dem Modell der „implied licence“<sup>350</sup> erklärt werden. Somit könne, im Falle der Einordnung als Schranke, keine „Parallelität der rechtlichen Beurteilung der Zulässigkeit einer Handlung“ erfolgen.<sup>351</sup> Dem wird entgegengesetzt, dass das Patentrecht Software nicht schütze und zudem auf eine Subsumtion von Software unter dieses nicht vorbereitet sei.<sup>352</sup> Dies greift jedoch zu kurz. Der Vergleich mit dem Patentrecht folgt nicht nur aus der tatsächlichen Möglichkeit, Software patentrechtlich schützen zu können, sondern es wird das Wesen von Software als funktionales Werk in den Mittelpunkt gestellt.<sup>353</sup> Software nimmt somit im Urheberrecht eine Sonderrolle ein. Daher erscheint es nur schlüssig, auch ins Patentrecht zu blicken, um zu prüfen, welche Lösungen dieses für vergleichbare Lebenssachverhalte anbietet. Dieser Vergleich spricht im Ergebnis gegen eine Einordnung als Schrankenregelung.

In der Entstehungsphase der Norm hat der Wortlaut zahlreiche Veränderungen erfahren. Zum einen stand lange Zeit neben dem Begriff des Erwerbers auch der des Lizenznehmers zur Diskussion. Die Norm sollte ausdrücklich auch für diesen gelten „wenn die Lizenz für die Verwendung einer Kopie des Computerprogramms keine spezifischen Vereinbarungen betreffend dieser Handlungen enthält.“<sup>354</sup> Auch im deutschen Regierungsentwurf aus dem Jahr 1992 zur Umsetzung der Richtlinie 91/250/EWG fand sich der Begriff des Lizenznehmers neben dem letztlich verwendeten Begriff des Erwerbers wieder.<sup>355</sup> Es wird argumentiert, dass der Begriff

---

350 Hierzu 1. Teil § 3 E III. 2., 3.

351 Hilty, MMR 2003, 3, 14.

352 Seitz, 117.

353 Hierzu 1. Teil § 3 D IV. 1., 4.

354 Blocher, in: Walter, Art. 5 Richtlinie 2009/24/EG, Rn. 4; Grütmacher, CR 2011, 485, 486 mit Verweis auf ABl. EG Nr. C 320 v. 20. Dezember 1990, S. 22 ff. sowie ABl. EG Nr. C 91 v. 12. April 1989, S. 4 ff., in denen die Begriffe „Lizenz“ und „Lizenznehmer“ noch vorkommen; Pres, 122.

355 BRegE, Entwurf eines Zweiten Gesetzes zur Änderung des Urheberrechtsgesetzes, BT-Drs. 12/4022 v. 18. Dezember 1992, S. 12. Blocher, in: Walter, Art. 5 Richtlinie 2009/24/EG, Rn. 10; Grütmacher, in: Wandtke/Bullinger, § 69d UrhG, Rn. 28 den Lizenznehmer nennend.

des Lizenznehmers auf eine vertragliche Lizenz hindeutet.<sup>356</sup> Aufgrund dieser Bezugnahmen auf eine konkrete Lizenz zur Einräumung von Nutzungsrechten an den Lizenznehmer wird eine Einordnung als Schranke abgelehnt.<sup>357</sup> Dem kann im Grundsatz zugestimmt werden.

Zudem wird teils angemerkt, dass eine Schranke typischerweise an einen Vorgang anknüpft und nicht daran, wer den Vorgang vornimmt.<sup>358</sup> Gemäß Art. 5 Abs. 1 Richtlinie 2009/24/EG sei die Nutzung aber nur dem rechtmäßigen Erwerber gestattet. Außerdem könne rechtmäßiger Erwerber nur sein, wer die Kopie auch tatsächlich erworben habe, andernfalls wäre Art. 5 Abs. 1 Richtlinie 2009/24/EG „entkernt“.<sup>359</sup> Dieses Anknüpfen an den tatsächlichen Erwerb bringt mit dem Eigentum am Werkstück eine sachenrechtliche Dimension ins Spiel. Dieses Eigentum würde in der Folge eine urheberrechtliche Wirkung entfalten und im Widerspruch zum Grundsatz beispielsweise der § 44 UrhG, Art. LIII–3 CPI stehen, nach welchen das Sacheigentum am Werkstück keine urheberrechtliche Berechtigung einräumt.<sup>360</sup> In der Folge wäre unklar, welche Regelung Gegenstand des Softwarevertrages sein müsste. Bei einem Erwerb der Software auf einem Datenträger müsste es dem Erwerber allein auf den Eigentumserwerb am Datenträger ankommen, um letztlich ein gesetzliches Nutzungsrecht zu erhalten. Dies spricht gegen eine Einordnung als Schrankenbestimmung.

Auch wird darauf hingewiesen, dass die Vergütung bei der Überlassung von Software nicht für die Überlassung des Datenträgers, sondern für das Recht, die Software nutzen zu dürfen, erfolgt.<sup>361</sup> Dem ist zuzustimmen. Wird ein Werkstück überlassen und ein Nutzungsrecht eingeräumt, welches vertraglich auf eine kurze Zeit begrenzt oder zeitlich unbegrenzt ist, so nimmt der Softwareanbieter eine Preisdifferenzierung vor. Gleiches gilt für Einzel- und Mehrplatzlizenzen. Ein reines Anknüpfen am Erwerb und das Ausklammern des Nutzungsrechts vom Vertrag würde solche Differenzie-

---

356 Pres, 122.

357 Moritz, MMR 2001, 94, 95 f.; Pres, 122

358 Lenhard, 76; Lutz, 123; Seitz, 106.

359 Grützmaker, CR 2011, 485, 486 f.

360 Für das deutsche Recht: Haberstumpf, CR 2009, 345, 345 mit Verweis auf BGH, Urteil v. 27. September 1990 – I ZR 244/88 („Grabungsarbeiten“), NJW 1991, 1480 ff. sowie BGH, Urteil v. 23. Februar 1995 – I ZR 68/93 („Mauer-Bilder“), NJW 1995, 1556 ff.; Lenhard, 80; Loewenheim/J. B. Nordemann/Ohly, in: Handbuch des Urheberrechts, § 26, Rn. 10 ff.

361 Göbel, ELR 2012, 226, 229; Hilty, CR 2012, 625, 629; Hilty, Urheberrecht, Rn. 686; Lenhard, 215; Lemley/Menell/Merges/Samuelson/Carver 228 in diese Richtung, welche die Lizenz als das „product“ beschreiben.

rungen nicht vorsehen. Dies spricht gegen eine Einordnung als Schrankenbestimmung.

Es wird angemerkt, dass Schrankenregelungen üblicherweise Vergütungsregeln enthalten, in Art. 5 Abs. 1 Richtlinie 2009/24/EG solche jedoch fehlen. Die Norm knüpfe jedoch an einen Erwerb an, in dessen Rahmen regelmäßig eine Vergütung bezahlt werde.<sup>362</sup> Im Fall einer Einordnung als Schrankenbestimmung würde die Norm jedoch nicht an einer Nutzungsrechtseinräumung anknüpfen, sondern eine solche wäre erst die Rechtsfolge. Auch dies spricht gegen eine Einordnung als Schranke.

Weiter sei zu beachten, dass das Fehlen von vertraglichen Bestimmungen – was im Falle einer Qualifikation als Schrankenregelung der Fall sein könne – sich auch auf die Rechtsfolgenebene der Verbindung zwischen dem Rechtsinhaber und dem Nutzer auswirke. Es sei unklar, wie dieses Verhältnis beispielsweise hinsichtlich Leistungsstörungen rechtlich geregelt werden könne.<sup>363</sup> Diesem Punkt ist grundsätzlich zuzustimmen.

Für die Bestimmung des Inhalts der „bestimmungsgemäßen Benutzung“ ist stets der Vertrag zwischen dem Rechtsinhaber und dem Erstnutzer heranzuziehen.<sup>364</sup> Müsste der Vertrag jedoch aufgrund des Charakters von Art. 5 Abs. 1 Richtlinie 2009/24/EG als Schrankenbestimmung keine Regelung über die Nutzung der Software enthalten, so liefe die Bestimmung der bestimmungsgemäßen Benutzung ins Leere. Ohne einen solchen Inhalt ergäbe sich keine Möglichkeit der Orientierung am Vertrag.<sup>365</sup> Auch dies spricht gegen eine Einordnung als Schrankenbestimmung.

Im Ergebnis vermag eine Einordnung von Art. 5 Abs. 1 Richtlinie 2009/24/EG als Schrankenregelung und somit als gesetzliches Nutzungsrecht nicht zu überzeugen. Die Norm ist vertragsrechtlicher Natur.<sup>366</sup> Art. 5 Abs. 1 Richtlinie 2009/24/EG begründet folglich nicht selbst ein Nutzungsrecht, sondern setzt eine vertragliche Nutzungsrechtseinräumung

---

362 Hantschel, 44.

363 Hilty, in: Harrer/Portmann/Zäch, 61, 82.

364 Hierzu 1. Teil § 3 E II. 1.

365 Lenhard, 76 in diese Richtung.

366 Cordier/Adolphi, Comm. Com. Electr. 2010–2, fiche pratique, 47; Grütmacher, in: Wandtke/Bullinger, § 69d UrhG, Rn. 3; Haberstumpf, CR 2009, 345, 347; Hantschel, 39; Hilty, Lizenzvertragsrecht, 261 in diese Richtung; Hilty, sic! 1997, 128, 138 f.; Hilty, MMR 2003, 3, 14; Hilty, in: Harrer/Portmann/Zäch, 61, 81; Lenhard, 76, 85, 216; Moritz, MMR 2001, 94 ff.; Pres, 120 ff.; Scholz, GRUR 2015, 142, 143 wohl auch in diese Richtung.

voraus.<sup>367</sup> Hierbei stellt Art. 5 Abs. 1 Richtlinie 2009/24/EG vorrangig eine Auslegungsregel der vertraglichen Rechtseinräumung dar. Es kann jedoch Szenarien geben, in denen eine Auslegung der vertraglichen Bestimmungen keine Erkenntnisse bezüglich der Nutzungsberechtigung zu Tage bringt, sei es, weil der Vertrag zwischen dem Rechtsinhaber und dem Erstnutzer atypischerweise diesbezügliche Regelungen nicht enthält oder weil es an einem Vertrag mit dem Rechtsinhaber ermangelt. Letzteres ist der Fall, wenn ein Zweitnutzer Software von einem Erst- oder einem anderen Zweitnutzer erhält. In diesen Fällen ist Art. 5 Abs. 1 Richtlinie 2009/24/EG jedoch als „implied licence“ zu qualifizieren. Schon zum Entstehungszeitpunkt des Art. 5 Abs. 1 Richtlinie 2009/24/EG wurde diese Norm als Verkörperung der „implied use rights“ bezeichnet.<sup>368</sup> Die urheberrechtliche Relevanz der Nutzung von Software legt den Fokus auf eine solche „implied licence“, denn beispielsweise für das urheberrechtlich freie Lesen eines Buches ist kein Nutzungsrecht einzuräumen und folglich ist für eine Art. 5 Abs. 1 Richtlinie 2009/24/EG entsprechende Norm kein Platz.<sup>369</sup>

## 2. Exkurs: Rechtsfigur der „implied licence“

Eine „implied licence“ ist als „implied contract“ ein Rechtsinstitut aus dem Vertragsrecht<sup>370</sup> und stellt keine gesetzliche Lizenz dar.<sup>371</sup> Eine „implied licence“ impliziert einen Vertrag, wenn dies dem sich im Verhalten

---

367 Ob der zwingende Kern im Falle eines vertragsrechtlichen Verständnisses der Norm auch vertragsrechtlicher Natur ist oder eine Schrankenbestimmung darstellt, kann dahinstehen, da die tatsächliche Wirkung als identisch beschrieben werden kann, Grützmaker, CR 2011, 485, 485; Haberstumpf, CR 2009, 345, 346. Denn selbst wenn dieser Kern, also die durch diesen zwingend bestehenden Nutzungsrechte, gesetzlicher Natur wären (so zum Beispiel Hilty, sic! 1997, 128, 138 f.), dann würde dieser gesetzliche Rahmen ein (mittelbar) vertraglich eingeräumtes Nutzungsrecht beschreiben, auch Lenhard, 87 in diese Richtung.

368 Marly, Rn. 243 mit Verweis auf Czarnota, Bridget/Hart, Robert J., Legal Protection of Computer Programs in Europe, 1991, 65.

369 Hilty, in: Calboli/Lee, 64, 67 f. in diese Richtung.

370 Beurskens/Kamocki/Ketzan, RIDA, 238, 10–2013, 3, 4. Das Modell der „implied licence“ fand in den USA schon im Jahr 1927 Anerkennung, S.D.N.Y., 20. März 2013 („The Associated Press v. Meltwater et al.“), 12 Civ. 1087 (DLC) (2013 WL 1153979 (S.D.N.Y.)), S. 57 mit Verweis auf SCOTUS („De Forest Radio Telephone & Telegraph v. United States“), 273 U.S. 236 (1927).

371 Stern, EIPR 1989, 119, 124.

der Parteien widerspiegelnden Parteiwillen entspricht.<sup>372</sup> Im deutschen Vertragsrecht lässt sich eine „implied licence“ aus Sicht eines objektiven Empfängerhorizonts im Rahmen der Auslegung von Willenserklärungen gemäß §§ 133, 157 BGB analog begründen.<sup>373</sup> Das Modell der „implied licence“ kann auch als „konkludente Lizenzerteilung“ bezeichnet werden,<sup>374</sup> Der Inhalt der „implied licence“ bestimmt sich danach, was für die Parteien „als vernünftigerweise vereinbart“ gilt,<sup>375</sup> der konkrete Umfang ergibt sich aus den Umständen oder ist mittels allgemeiner Auslegungsregeln zu bestimmen.<sup>376</sup> Der „implied contract“ in Form der „implied licence“ ist insbesondere im Patentrecht von Bedeutung,<sup>377</sup> kann aber auch im Urheberrecht zur Anwendung kommen,<sup>378</sup> selbst wenn dies aufgrund des grundsätzlich freien Werkgenusses bisher nicht von besonderer Relevanz war.<sup>379</sup> Im deutschen Urheberrecht spiegelt sich die Wertung einer „implied licence“ auch in der Zweckübertragungslehre wider.<sup>380</sup> Teils wird auch in deutscher urheberrechtlicher Rechtsprechung eine „implied licence“ erkannt. So bezeichnete der BGH eine solche als „schlichte Einwilligung“.<sup>381</sup> Gemäß Hilty beschreibt das Modell der „implied licence“ bildhaft dargestellt, dass es zwecklos ist, wenn eine patentrechtlich geschützte Maschine erworben, in der Folge aber nicht genutzt werden kann.<sup>382</sup> Aus dem Verkauf einer Vorrichtung könne folglich geschlossen werden, dass eine „implied licence“ zur Nutzung des Verfahrens, welches diese Vorrichtung ausführe, eingeräumt

---

372 Beurskens/Kamocki/Ketzan, RIDA, 238, 10–2013, 3, 12; Enchelmaier, IIC 2007, 453, 459 in diese Richtung mit Verweis auf „Betts v. Willmott“, (1870–71) L.R. 6 Ch. App. 239 at 245 (Court of Appeal in Chancery, per Lord Hatherley, LC).

373 Leistner, IIC 2011, 417, 420 ff. in diese Richtung.

374 Hilty, Urheberrecht, Rn. 310, 706.

375 Stern, EIPR 1989, 119, 122 von „considered to be reasonable“ sprechend.

376 Hilty, Urheberrecht, Rn. 706.

377 Afori, HTLJ, 25, 2009, 275, 283 f.; Hilty, in: Calboli/Lee, 64, 67; Hilty, in: Bruun/Dinwoodie/Levin/Ohly, 272, 276 verweisend auf Kohler, Josef, Deutsches Patentrecht, 1878, in dem dieser selbst mit dem Begriff der „Erschöpfung“ gearbeitet hat.

378 Beurskens/Kamocki/Ketzan, RIDA, 238, 10–2013, 3, 14, 16; Dnes, IIC 2013, 418, 438; Hill, GRUR Int. 2013, 979, 983. Der SCOTUS sprach im „Google Case“ auch im Zusammenhang mit dem Urheberrecht von einer „implied licence“, SCOTUS, 412 F. Supp. 2d 1106; 2006 U.S. Dist. LEXIS 10923; 77 U.S.P.Q.2D (BNA) 1738; Copy. L. Rep. (CCH) P29, 194 („Blake A. Field v. Google Inc.“), 12. Januar 2006.

379 Hilty, in: Bruun/Dinwoodie/Levin/Ohly, 272, 276.

380 Leistner, IIC 2011, 417, 428 f.

381 BGH, Urteil v. 29. April 2010 – I ZR 69/08 („Vorschaubilder“), NJW 2010, 2731 ff., Rn. 33–36. Leistner, IIC 2011, 417, 429 darauf verweisend.

382 Hilty, in: Calboli/Lee, 64, 67 f.; Hilty, in: Bruun/Dinwoodie/Levin/Ohly, 272, 276.

werde, auch wenn eine ausdrückliche Berechtigung hierzu fehle.<sup>383</sup> Übertragen auf Software bedeute dies, dass, wenn der Rechtsinhaber eine Softwarekopie in den Rechtsverkehr überlasse, er davon auszugehen habe, dass eine Nutzung erfolge.<sup>384</sup> Das englische „House of Lords“ definierte „implied licence“ wie folgt: Eine solche legt fest, warum eine Person, die einen Gegenstand mit Zustimmung des Patentinhabers erwarb, diesen Gegenstand auch benutzen darf. Auch wird auf den in Kontinentaleuropa bestehenden Erschöpfungsgrundsatz („exhaustion of rights“) als alternative Begründung verwiesen. Demnach sind die Rechte des Patentinhabers an dem patentierten Gegenstand mit dem Erstverkauf erschöpft. Zudem wird angemerkt, dass eine „implied licence“ durch explizite vertragliche Regelungen ersetzt oder beschränkt werden kann.<sup>385</sup>

In der US-amerikanischen Rechtsprechung wurden folgende Voraussetzungen für eine „implied licence“ definiert: Der Lizenzgeber erschafft für den Lizenznehmer einen Gegenstand und liefert diesen. Der Rechtsinhaber als Lizenzgeber beabsichtigt dabei, dass der Lizenznehmer den Gegenstand nutzt (bzw. vervielfältigt oder verbreitet)<sup>386</sup> und der Lizenzgeber kennt die Nutzung und fördert bzw. begünstigt diese. Der Lizenznehmer kann durch das Verhalten des Lizenzgebers davon ausgehen, dass dieser einer Nutzung zustimmt.<sup>387</sup> Darüber hinaus liegt gemäß US-amerikanischer Rechtsprechung zwischen dem Lizenzgeber und dem Lizenznehmer eine

---

383 Hilty, Urheberrecht, Rn. 706; Hilty, CR 2012, 625, 629; Hilty, in: Harrer/Portmann/Zäch, 61, 79 f.; Hilty/Köckli/Hafenbrädl, IIC 2013, 263, 276. Richter Hoffmann in der englischen Entscheidung, „House of Lords“, 20. Juli 2000 – „United Wire Ltd v. Screen Repair Services (Scotland) Ltd and others“, IIC 2011, 683, 684 f. in diese Richtung.

384 Hilty, CR 2012, 625, 629.

385 „House of Lords“ (Lord Bingham, Lord Steyn, Lord Hoffmann, Lord Cooke, Lord Hutton, 20. Juli 2000, United Wire Ltd v. Screen Repair Services (Scotland) Ltd and others („United Wire“), IIC 2001, 683, 685. Hilty, in: Harrer/Portmann/Zäch, 61, 82 f. generell in diese Richtung.

386 S.D.N.Y. („The Associated Press v. Meltwater et alt.“), 12 Civ. 1087 (DLC) (2013 WL 1153979 (S.D.N.Y.)), 20. März 2013, S. 58 in diese Richtung mit Verweis auf zahlreiche weitere Urteile.

387 412 F. Supp. 2d 1106; 2006 U.S. Dist. LEXIS 10923; 77 U.S.P.Q.2D (BNA) 1738; Copy. L. Rep. (CCH) P29, 194 („Blake A. Field v. Google Inc.“), 12. Januar 2006, 20 f. mit Verweis auf weitere Urteile. Hilty, in: Calboli/Lee, 64, 77 zahlreiche Vergleiche ziehend zu Gegenständen wie einem Bauplan, Schnittmuster, Kochrezept, etc., denen eine gewisse „Verwendung“ immanent ist.

übereinstimmende Willensbildung<sup>388</sup> dahingehend vor, dass eine nicht-ausschließliche Lizenz eingeräumt wird.<sup>389</sup>

### 3. „Implied licence“ bei Softwareverträgen

Bei Softwareverträgen wird in zwei alternativen Sachverhaltskonstellationen eine „implied licence“ erkannt.<sup>390</sup> Erste Sachverhaltskonstellation stellt die Verbindung zwischen dem Rechtsinhaber und dem Erstnutzer dar. Diesbezüglich kann die „implied licence“ als Ergänzung eines bestehenden Vertrages auftreten.<sup>391</sup> Enthält dieser Vertrag atypischerweise keine Bestimmungen über ein Nutzungsrecht in Form spezifischer vertraglicher Bestimmungen, so kann mittels einer „implied licence“ ein Nutzungsrecht eingeräumt werden.<sup>392</sup> Wird der im Patentrecht bei Verfahrenspatenten auftretende Rechtsgedanke auf Software übertragen – welche aufgrund ihrer Funktionalität Verfahrenspatenten wesensmäßig sogar nahesteht<sup>393</sup> – so kann nach dem Erwerb einer Kopie eine solche auch genutzt werden. Es muss demnach vom Softwareanbieter allein „die tatsächliche Möglichkeit verschafft (werden), die Software zu benutzen“.<sup>394</sup> Zweite Sachverhaltskonstellation ist eine solche mit einem Zweitnutzer. Dieser steht in keiner vertraglichen Beziehung mit dem Rechtsinhaber und folglich ist eine Auslegung eines Vertrages mit diesem nicht möglich. In diesem Szenario stellt Art. 5 Abs. 1 Richtlinie 2009/24/EG eine Inhaltsnorm dar.<sup>395</sup> Als Inhalts-

---

388 Rechtsgedanken des „meeting in the minds“ bzw. „consensus ad idem“.

389 S.D.N.Y. („The Associated Press v. Meltwater et al.“), 12 Civ. 1087 (DLC) (2013 WL 1153979 (S.D.N.Y.)), 20. März 2013, S. 58 f. mit Verweis auf weitere Urteile.

390 Afori, HTLJ, 25, 2009, 275, 284 den Anwendungsbereich nicht nur auf den Bereich der Erschöpfung begrenzend; Beurskens/Kamocki/Ketzan, RIDA, 238, 10–2013, 3, 14, 16.

391 Beurskens/Kamocki/Ketzan, RIDA, 238, 10–2013, 3, 14, 16.

392 Hilty, Urheberrecht, Rn. 706 in diese Richtung; Hilty, MMR 2003, 3, 13.

393 1. Teil § 3 D IV. 1.

394 Hilty, MMR 2003, 3, 13.

395 Grützmaker, in: Wandtke/Bullinger, § 69d UrhG, Rn. 3 in diese Richtung und darauf abstellend, dass die Norm „ihrer Rechtsnatur nach“ einer „implied licence“ „weitgehend“ „entspricht“; Haberstumpf, GRUR Int. 1992, 715, 719 Art. 5 Abs. 1 Richtlinie 2009/24/EG als der „doctrine of implied licence“ entsprechend darstellend; Hilty, sic! 1997, 128, 138 f.; Hilty, in: Harrer/Portmann/Zäch, 61, 81; Hilty, Lizenzvertragsrecht, 279 in diese Richtung; Hilty, CR 2012, 625, 629 von einer Normierung des Rechtsgedanken einer solchen sprechend; Hilty, Urheberrecht, Rn. 706 in diese Richtung; Lenhard, 87; Lutz, 143 in diese Richtung; Marly, Rn. 243 die Norm als mit dem „implied use rights“ Rechtsgedanken im US-Recht vergleichbar

norm schafft jedoch nicht die Norm selbst ein Recht, sondern diese ist die normierte Ausgestaltung des Rechtsgedankens einer „implied licence“.<sup>396</sup> Es besteht ein Zusammenhang mit dem Erschöpfungsgrundsatz<sup>397</sup> und die „implied licence“ wird als eine Art „tandem doctrine“ zur „first sale doctrine“ beschrieben.<sup>398</sup> Das europäische „exhaustion principle“ beschreibt folglich beide Seiten der Medaille, zum einen das Recht zum Weiterverkauf („first sale doctrine“), zum anderen das Recht des Erwerbers zur Nutzung („implied licence“).<sup>399</sup> Übertragen auf die Richtlinie 2009/24/EG bedeutet dies, dass nach Art. 4 Abs. 2 Richtlinie 2009/24/EG der Weiterverkauf einer Kopie bei Erschöpfung des Verbreitungsrechts zulässig ist („first sale doctrine“).<sup>400</sup> In diesem Fall gestattet Art. 5 Abs. 1 Richtlinie 2009/24/EG die Nutzung der Kopie („implied licence“).<sup>401</sup>

#### 4. Zusammenfassung

Art. 5 Abs. 1 Richtlinie 2009/24/EG stellt kein gesetzliches Nutzungsrecht dar, sondern ist vertragsrechtlicher Natur in Form einer Auslegungsregel

---

beschreibend; Schneider, in: Handbuch des EDV-Rechts, G, Rn. 250 die Qualifikation als Inhaltsnorm befürwortend.

396 Der BGH sprach in der „UsedSoft II“-Entscheidung (BGH v. 17. Juli 2013 – I ZR 129/08 „UsedSoft II“), NJW-RR 2014, 360 ff., Rn. 43) zwar von einem gesetzlichen Nutzungsrecht gemäß Art. 5 Abs. 1 Richtlinie 2009/24/EG, allerdings führte er in Rn. 68 aus, dass dessen Inhalt sich aus dem Vertrag zwischen dem Softwareersteller und dem Erstnutzer ergibt. Es wirkt somit in gewisser Weise der Vertrag fort. Art. 5 Abs. 1 Richtlinie 2009/24/EG stellt der hier vertretenen Ansicht nach die gesetzliche Normierung des Grundsatzes der „implied licence“ dar, welche ein vertragsrechtliches Rechtsinstitut ist und dessen Inhalt durch den Vertrag des Softwareerstellers mit dem Erstnutzer beschrieben wird. Somit stehen diese Ausführungen nicht im Widerspruch zum BGH. Wird sich auf ein Nutzungsrecht berufen, welches in einem Gesetz normiert ist, so kann dies stets als gesetzliches Nutzungsrecht beschrieben werden. Redeker, Rn. 68 darauf verweisend, dass diese Norm auch eine gesetzliche Lizenz darstellt.

397 Beurskens/Kamocki/Ketzan, RIDA, 238, 10–2013, 3, 14, 16.

398 Afori, HTLJ, 25, 2009, 275, 283 f.; Beurskens/Kamocki/Ketzan, RIDA, 238, 10–2013, 3, 14, 16; Hilty, Lizenzvertragsrecht, Rn. 160 in diese Richtung; Hilty/Köckli/Hafenbrädl, IIC 2013, 263, 276. Die „first sale doctrine“ wurde im Jahr 1908 erstmalig im US-Recht angewandt, Afori HTLJ, 25, 2009, 275, 283 mit Verweis auf SCOTUS, „Bobbis-Merrill Co. v. Straus“, 210 U.S. 339, 350–351 (1908).

399 Afori, HTLJ, 25, 2009, 275, 283 f., 315 in diese Richtung; Hilty, in: Calboli/Lee, 64, 67; Stern, EIPR 1989, 119, 122.

400 Gaudrat, RTDCom. 2013, 90 ff., Rn. 15.1

401 Hierzu 3. Teil § 6.

## *1. Teil. Einführung*

bzw. Inhaltsnorm. Die Norm setzt eine vertragliche Nutzungsrechtseinräumung, welche grundsätzlich ausdrücklich erfolgt, aber auch in Form einer „implied licence“ bestehen kann, voraus. Die Qualifikation des zwingenden Kerns der Norm ist umstritten und kann dahinstehen.

## F. Zusammenfassung und Ergebnis des 1. Teils

Die Nutzung von Software ist als urheberrechtliche Vervielfältigung einzuordnen und folglich urheberrechtlich relevant. Eine solche Subsumtion der Nutzung von Software unter Art. 4 Abs. 1 lit. c) Richtlinie 2009/24/EG erfolgt in Literatur und Rechtsprechung anhand des sogenannten „Technischen Ansatzes“. Wird allerdings versucht, die Softwarenutzung mittels Cloud Computing unter diesen zu subsumieren, so scheint dieser an Grenzen zu stoßen. Als Lösung wird ein „Funktionaler Ansatz“ vorgeschlagen, um die urheberrechtliche Relevanz der Nutzung von Software zu begründen. Das gemäß Art. 4 Abs. 1 lit. c) Richtlinie 2009/24/EG für die Nutzung von Software zwingende Vervielfältigungsrecht ist dem Nutzer vertraglich einzuräumen. Art. 5 Abs. 1 Richtlinie 2009/24/EG stellt kein gesetzliches Nutzungsrecht bzw. keine Schrankenbestimmung dar, sondern ist vertragsrechtlicher Natur.

## 2. Teil. Softwareverträge in europäischen Rechtsordnungen

Im 2. Teil steht die schuldrechtliche Rechtsnatur von Softwareverträgen im Fokus. Auf völkerrechtlicher Ebene finden sich keine Regelungen zu Softwareverträgen. Im UN-Kaufrecht „CISG“ wird Software als Ware unter den Kaufgegenstand in Art. 1 subsumiert,<sup>402</sup> softwarespezifische Regelungen bestehen nicht.<sup>403</sup> Immaterialgüterrechtliche Abkommen wie die Pariser Verbandsübereinkunft zum Schutz des gewerblichen Eigentums,<sup>404</sup> die RBÜ, das TRIPS-Abkommen sowie der „WCT“ enthalten keine Normen zu Softwareverträgen, sondern allenfalls zur Schutzfähigkeit von Software bzw. urheberrechtlichen Verwertungsrechten.<sup>405</sup>

Im EU-Recht regelt der AEUV<sup>406</sup> kein Vertragsrecht, die Verbraucherrechte-Richtlinie 2011/83/EU<sup>407</sup> erwähnt im Hinblick auf Informationspflichten gemäß Art. 5 Abs. 1 lit. h), Art. 6 Abs. 1 lit. s) sowie Ausnahmen vom Widerrufsrecht gemäß Art. 16 lit. i) den Begriff Software, normiert aber keine weiteren vertraglichen Aspekte. Daneben lässt die urheberrechtliche InfoSoc-Richtlinie 2001/29/EG gemäß Art. 2 Abs. 2 lit. a) Regelungen über den rechtlichen Schutz von Computerprogrammen – also die Software-Richtlinie 2009/24/EG – unberührt, normiert hingegen selbst keine vertragsrechtlichen Aspekte. In der Richtlinie 2009/24/EG wird in zahlreichen Artikeln der Terminus Verträge erwähnt, es wird allerdings nur deren Existenz angesprochen. Allein hinsichtlich der Erschöpfung des Verbreitungsrechts in Art. 4 Abs. 2 Richtlinie 2009/24/EG wird der Begriff des Verkaufs in Bezug auf eine Kopie genannt, eine dementsprechende

---

402 Magnus, in: Staudinger, Art. 1 Wiener UN-Kaufrecht (CISG), Rn. 44.

403 Druschel, GRUR Int. 2015, 125, 127 mit weiteren Verweisen.

404 Paris Convention for the Protection of Industrial Property, 20. März 1883, zuletzt geändert am 28. September 1979.

405 Marly, Rn. 392 ff. Hierzu auch 3. Teil § 1 B II. 5.

406 Vertrag über die Arbeitsweise der Europäischen Union vom 13. Dezember 2007 – konsolidierte Fassung, ABl. C 202 v. 07. Juni 2016, S. 47–360.

407 Richtlinie 2011/83/EU des Europäischen Parlaments und des Rates vom 25. Oktober 2011 über die Rechte der Verbraucher, zur Abänderung der Richtlinie 93/13/EWG des Rates und der Richtlinie 1999/44/EG des Europäischen Parlaments und des Rates sowie zur Aufhebung der Richtlinie 85/577/EWG des Rates und der Richtlinie 97/7/EG des Europäischen Parlaments und des Rates, ABl. L 304 v. 22. November 2011, S. 64–88.

Verwendung erfolgt auch in der Richtlinie 2001/29/EG.<sup>408</sup> Weitere Ausführungen zu Softwareverträgen erfolgen in der Richtlinie 2009/24/EG nicht. Hingegen sollte der ehemals vorliegende Verordnungsvorschlag zum Gemeinsamen Europäischen Kaufrecht explizit auch für Softwareverträge Anwendung finden. Dies gilt auch für den Vorschlag für eine Richtlinie über bestimmte vertragsrechtliche Aspekte der Bereitstellung digitaler Inhalte sowie für die schließlich angenommene Digitale-Inhalte-Richtlinie (EU) 2019/770. Letztgenannte EU-rechtlichen Gesetzesvorhaben sind Gegenstand der folgenden Betrachtung. Darüber hinaus werden die Rechtsordnungen von den drei wirtschaftlich stärksten Ländern Europas herangezogen, zudem können mit Deutschland, England und Frankreich auch unterschiedliche Zivilrechtstraditionen verbunden werden. Es sind zum einen das deutsche Bürgerliche Gesetzbuch und der auf dem „Code Napoléon“ basierende „Code civil“ zu nennen. Dem gegenüber steht mit dem englischen Recht ein Vertragsrecht aus dem Rechtskreis des „common law“.

### *§ 1. Dauerhafte Überlassung (Zugang und Nutzung) von Standardsoftware*

§ 1 befasst sich mit dem Vertragstyp, für welchen weitläufig der Terminus Softwarevertrag verwendet wird. Dies ist die als Massenvertrag auftretende dauerhafte Überlassung von Standardsoftware. Die Frage nach der Rechtsnatur dieses Vertrages hat in der europäischen Zivilrechtsgeschichte eine lange Tradition und ist weder in Deutschland noch in England oder Frankreich abschließend beantwortet.<sup>409</sup> Der Vertrag über die dauerhafte Überlassung von Standardsoftware umfasst mehrere Leistungspflichten. Zum einen gibt es unterschiedliche Wege, wie der Nutzer faktisch Zugang zur Software erhalten kann. Soweit die Software auf einem Datenträger wie beispielsweise einer CD-ROM, einer DVD oder einem USB-Stick gespeichert ist, wird dem Softwarenutzer diese bzw. dieser übergeben und dauerhaft überlassen. Erfolgt die Übermittlung der Software zum Nutzer mittels eines Downloads, so fehlt dieses Element und der Softwareanbieter stellt die Software allein online zum Download bereit. Des Weiteren stellt die Nutzung von Software gemäß Art. 4 Abs. 1 lit. a) Richtlinie 2009/24/EG eine urheberrechtlich relevante und somit zustimmungsbedürftige Handlung

---

408 Hierzu 3. Teil § 1, § 3.

409 Hilty, MMR 2003, 3 auf diesen immerwährenden Rechtsstreit verweisend.

dar<sup>410</sup> und dem Softwarenutzer ist ein vertragliches Nutzungsrecht einzuräumen.<sup>411</sup> Es besteht jedoch kein Konsens bezüglich der Auswirkungen des immaterialgüterrechtlichen Rechtsschutzes von Software auf die Rechtsnatur des Überlassungsvertrages.<sup>412</sup>

## A. Europäische Union

Softwareverträge und insbesondere die dauerhafte Überlassung von Standardsoftware waren Gegenstand jüngerer EU-rechtlicher Harmonisierungsbestrebungen im Vertragsrecht. Auf dem Weg zur schließlich im Jahr 2019 angenommenen Digitale-Inhalte-Richtlinie (EU) 2019/770 ist zum einen der im Jahr 2011 vorgelegte, jedoch im Jahr 2020 zurückgenommene,<sup>413</sup> Verordnungsvorschlag zum Gemeinsamen Europäischen Kaufrecht von Bedeutung. Nach dem Scheitern dieses Gesetzesvorhabens wurde von der EU-Kommission der Regelungsbereich von vorgeschlagenen vertragsrechtlichen Rechtsrahmen aufgeteilt in Regelungen zum Warenkauf<sup>414</sup> und in Verträge über die Bereitstellung digitaler Inhalte. Zudem wurde von einem optionalen Vertragsrecht abgerückt und eine Vollharmonisierung mittels EU-Richtlinien vorgeschlagen. Startschuss bezüglich digitaler Inhalte, welche hier im Fokus stehen, war der Richtlinienvorschlag über bestimmte vertragsrechtliche Aspekte der Bereitstellung digitaler Inhalte aus dem Jahr 2015, welcher schließlich in die Digitale-Inhalte-Richtlinie (EU) 2019/770 mündete. Deren Umsetzungsfrist lief am 01. Juli 2021 ab, seit dem 01. Januar 2022 werden nationalen Vorschriften der EU-Mitgliedstaaten angewandt. In Folge des EU-Austritts des Vereinigten Königreichs wurde in England auf eine Umsetzung verzichtet.<sup>415</sup>

---

410 Hierzu I. Teil § 3 C II., D.

411 Hierzu I. Teil § 3 E III.

412 Warusfel, in: Lamy Droit du Numérique 2023, Rn. 1486 beispielhaft.

413 Rücknahme von Vorschlägen der Kommission 2020/C 321/03, ABl. C 321 v. 29. September 2020, 37, 40.

414 Vorschlag für eine Richtlinie über bestimmte vertragsrechtliche Aspekte des Online-Warenhandels und anderer Formen des Fernabsatzes von Waren vom 09. Dezember 2015, COM(2015) 635 final, S. 1–36 sowie die angenommene Richtlinie über bestimmte vertragsrechtliche Aspekte des Warenkaufs, zur Änderung der Verordnung (EU) 2017/2394 und der Richtlinie 2009/22/EG sowie zur Aufhebung der Richtlinie 1999/44/EG, ABl. L 136/28 v. 22. Mai 2019, S. 1–50.

415 Beale, Chitty on Contracts Vol. 2, Rn. 40–464.

## I. EU-Verordnungsvorschlag zum Gemeinsamen Europäischen Kaufrecht

Der zurückgenommene EU-Verordnungsvorschlag zum Gemeinsamen Europäischen Kaufrecht<sup>416</sup> sollte explizit auf Softwareverträge Anwendung finden. Als EU-Verordnung war eine unmittelbare Anwendbarkeit in den Mitgliedstaaten vorgesehen. Allerdings war gemäß Art. 3 VO-GEKR eine sogenannte „Opt-In“-Lösung intendiert und das Gesetz wäre in der Folge für die Parteien optional gewesen.<sup>417</sup> Der Regelungsbereich umfasste neben der Beschreibung der Vertragstypen und den damit verbundenen Leistungspflichten auch Bereiche aus der Rechtsgeschäftslehre und dem Allgemeinen Schuldrecht.<sup>418</sup> Somit beschrieb das Gemeinsame Europäische Kaufrecht den kompletten „Lebenszyklus“ eines Vertrages.<sup>419</sup> Territorial sollte das Gemeinsame Europäische Kaufrecht gemäß Art. 4 VO-GEKR vorrangig für grenzüberschreitende Verträge gelten. Art. 13 VO-GEKR erlaubte den Mitgliedstaaten jedoch, das Gemeinsame Europäische Kaufrecht auch auf nationale Verträge anzuwenden. Der persönliche Anwendungsbereich wurde in Art. 7 VO-GEKR geregelt. Danach musste der Verkäufer bzw. Lieferant<sup>420</sup> der digitalen Inhalte Unternehmer sein.

---

416 Der Verordnungsvorschlag zum Gemeinsamen Europäischen Kaufrecht war in zwei große Abschnitte aufgeteilt. Zum einen war dies die VO-GEKR, welche 16 Artikel insbesondere über den Anwendungsbereich des Gemeinsamen Europäischen Kaufrechts beinhaltete (sogenannte „Chapeau-Regeln“). Daneben gab es das materielle Gemeinsame Europäische Kaufrecht selbst, welches 128 Artikel umfasste.

417 Folglich musste entsprechend Art. 8 Abs. 1 Satz 1 VO-GEKR eine Vereinbarung zwischen den Parteien über die Anwendung erfolgen. Eine Einwilligung über AGB war gegenüber einem Verbraucher gemäß Abs. 2 nicht möglich. Letztlich sollten Verbraucher eine „informierte Entscheidung“ treffen können, Staudenmayer, NJW 2011, 3491, 3494; Staudenmayer, XVI f. Sichergestellt wurde dies durch das in Anhang I bestehende und über Art. 9 Abs. 1 VO-GEKR zur Anwendung kommende Standard-Informationsblatt, welches dem Verbraucher vor der Rechtswahl ausgehändigt werden sollte.

418 Hierzu können vorvertragliche Informationspflichten, aber auch der Abschluss des Vertrages selbst sowie beispielsweise die Anfechtung genannt werden, zusammenfassend Koch, in: Oettker, Überblick vor §§ 373 bis 381 HGB, Rn. 50; Moser, in: Remien/Herrler/Limmer, Rn. 25.

419 Moser, in: Remien/Herrler/Limmer, Rn. 25; Staudenmayer, XXII.

420 Der Begriff des Lieferanten/Verkäufer wurde in Bezug auf digitale Inhalte im Gemeinsamen Europäischen Kaufrecht sehr uneinheitlich verwendet, Schmidt-Kessel, in: Schmidt-Kessel Kommentar, Art. 2 GEK-VO-E, Rn. 38 vertiefend.

## 1. Historischer Hintergrund

Der am 10. Oktober 2011 von der Europäischen Kommission vorgelegte Vorschlag für eine Verordnung über ein Gemeinsames Europäisches Kaufrecht stellte nur einen Akt eines schon lange beschrittenen Weges dar.<sup>421</sup> Die ersten Ansätze zur Schaffung von harmonisiertem Vertragsrecht in der Europäischen Gemeinschaft erfolgten seit dem Jahr 1985 punktuell über Richtlinien im Bereich des Verbraucherschutzrechts.<sup>422</sup> Diese spiegeln sich heute insbesondere im AGB- und im Leistungsstörungenrecht des Kaufvertrages wider.<sup>423</sup> Dieser Weg wurde mit der im Jahr 1999 angenommenen und inhaltlich sehr umfangreichen Verbraucher-Richtlinie 1999/44/EG<sup>424</sup> fortgesetzt, welche erstmals ein „Herzstück“ des materiellen Vertragsrechts vollharmonisierte.<sup>425</sup> Die meist erfolgte Mindestharmonisierung im Verbraucherschutzrecht führte jedoch zu unterschiedlich hohen Schutzniveaus in den einzelnen Mitgliedstaaten.<sup>426</sup> Dies war für die Kommission auch Startschuss für die Schaffung eines Europäischen Vertragsrechts.<sup>427</sup> Daneben gab es im Europäischen Parlament stets den Gedanken, ein umfassendes harmonisiertes Vertrags- bzw. sogar Zivilrecht zu schaffen.<sup>428</sup>

---

421 Eine kurze Skizzierung des historischen Hintergrundes ist zu beginnen mit der Politik der EWG bzw. EG. Das Ziel der Schaffung eines gemeinsamen Marktes sah vorerst kein gemeinsames Vertragsrecht vor, denn unterschiedliche Rechtsordnungen stellten im Vergleich zu beispielsweise Zöllen nur ein weiches Handelshemmnis dar, Schulte-Nölke, in: Schulte-Nölke/Zoll/Jansen/Schulze, 1 f.

422 Dies waren insbesondere die Haustürwiderrufsrichtlinie im Jahr 1985 (Richtlinie 85/577/EWG des Rates vom 20. Dezember 1985 betreffend den Verbraucherschutz im Falle von außerhalb von Geschäftsräumen geschlossenen Verträgen, ABl. L 372 v. 21. Dezember 1985, S. 31–33), die Verbraucherkreditrichtlinie im Jahr 1987 (Richtlinie 87/102/EWG des Rates vom 22. Dezember 1986 zur Angleichung der Rechts- und Verwaltungsvorschriften der Mitgliedstaaten über den Verbraucherkredit, ABl. L 042 v. 12. Februar 1987, S. 48) und später die Pauschalreiserichtlinie im Jahr 1990 (Richtlinie 90/314/EWG des Rates vom 13. Juni 1990 über Pauschalreisen, ABl. L 158 v. 23. Juni 1990, S. 59–64) bzw. die Richtlinie über missbräuchliche Vertragsklauseln im Jahr 1993 (Richtlinie 93/13/EWG des Rates vom 5. April 1993 über missbräuchliche Klauseln in Verbraucherverträgen, ABl. L 95 v. 21. April 1993, S. 29–34). Schulte-Nölke, in: Schulte-Nölke/Zoll/Jansen/Schulze, 2 darauf verweisend.

423 Staudenmayer, VII.

424 Richtlinie 1999/44/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 25. Mai 1999 zu bestimmten Aspekten des Verbrauchsgüterkaufs und der Garantien für Verbrauchsgüter, ABl. L 171 v. 07. Juli 1999, S. 12–16.

425 Moser, in: Remien/Herrler/Limmer, 7.

426 Moser, in: Remien/Herrler/Limmer, 7; Zöchling-Jud, AcP, Bd. 212, 2012, 550, 551.

427 Staudenmayer, XI.

428 Schulte-Nölke, in: Schulte-Nölke/Zoll/Jansen/Schulze, 2 f.

Diese unterschiedlichen Strömungen der verschiedenen Organe der Europäischen Union wurden schließlich in einem Beschluss des Europäischen Rates im Jahr 1999 unter dem Titel „Größere Konvergenz im Bereich des Zivilrechts“ zusammengefasst.<sup>429</sup> Daneben gab es auch in der Wissenschaft Stimmen, welche anregten, ein einheitliches europäisches Privatrecht zu schaffen.<sup>430</sup> Im Jahr 2003 entstand ein Aktionsplan der Europäischen Kommission<sup>431</sup>, welcher vorsah, mittels eines „Exzellenznetzwerks“ die unterschiedlichen wissenschaftlichen Ansätze zu bündeln. In der Folge wurde ab dem Jahr 2005 das Ziel verfolgt, ein gemeinsames Arbeitsergebnis zu publizieren. Dieses war der im Jahr 2008 veröffentlichte und in der Wissenschaft später umstrittene<sup>432</sup> „Draft Common Frame of Reference“ („DCFR“).<sup>433</sup> Der letzte Schritt wurde initiiert durch die ehemalige EU-Kommissarin für Justiz, Grundrechte und Bürgerschaft, Viviane Reding, welche im Jahr 2010 begann, das Gemeinsame Europäische Vertragsrecht

---

429 Schulte-Nölke, in: Schulte-Nölke/Zoll/Jansen/Schulze, 4, 6. Dieser Beschluss mündete in eine Kommissionsmitteilung zum Europäischen Vertragsrecht (Mitteilung der Kommission an den Rat und das Europäische Parlament zum Europäischen Vertragsrecht, 11. Juli 2001, KOM (2001), 398 endg.).

430 Hervorzuheben ist Ole Lando mit der „Commission on European Contract Law“. Von dieser Forschergruppe wurde auf rechtsvergleichender Basis versucht, Grundregeln eines europäischen Vertragsrechts zu erarbeiten und auch zu kommentieren. Diese Studien mündeten schließlich im Jahr 1995 in die „Principles of European Contract Law“ („PECL“). Dies stellte aber nicht die einzige in diesem Gebiet aktive Strömung in Europa dar. Giuseppe Gandolfi gründete zur selben Zeit die „Pavia-Gruppe“, um gemeinsam mit dieser ein Europäisches Zivilrechtsbuch (Gandolfi (Hrsg.), *Code Européen des contrats – Avant-projet*, 3. Auflage, 2002) zu erarbeiten. Weiter gab es die „Study Group on a European Civil Code“, welche letztlich der Gruppe um Ole Lando nachfolgte. Diese verfasste seit dem Jahr 1998 zahlreiche Bände zum Besonderen Vertragsrecht, die sogenannten „Principles of European Law („PEL““). Die jüngeren Entwicklungen begannen mit der „Acquis-Gruppe“, welche Gemeinsamkeiten der EU-Vertragsrechte erarbeitete und letztlich die „Principles of the existing EC Private Law („Acquis Principles““ entwarf, Schulte-Nölke, in: Schulte-Nölke/Zoll/Jansen/Schulze, 4 f.

431 Aktionsplan der Europäischen Kommission zum Europäischen Vertragsrecht, 12. Februar 2003, KOM (2003) 68 endg.

432 Schulte-Nölke, in: Schulte-Nölke/Zoll/Jansen/Schulze, 10 ff.

433 Schulte-Nölke, in: Schulte-Nölke/Zoll/Jansen/Schulze, 10 ff. darauf verweisend; Staudenmayer, XI f. darauf verweisend; Von Bar/Clive/Schulte-Nölke (Hrsg.), *Principles, definitions and Model Rules of European Private Law – Draft Common Frame of Reference (CFR)*, 2009.

zu forcieren<sup>434</sup> und schließlich eine „Expert Group“ einsetzte.<sup>435</sup> Der Fokus wurde dabei auf den Kaufvertrag und mit diesem verbundene Dienstleistungen gelegt.<sup>436</sup> Als Quellen zog die „Expert Group“ neben dem schon erwähnten „DCFR“ (soweit dieser mit den Vorwerken nicht übereinstimmte, wurden auch letztere verwendet) auch das „CISG“, die „Unidroit-Principles of International Commercial Contracts („UPICC“);<sup>437</sup> die „Principles of European Contract Law“ („PECL“)<sup>438</sup> sowie das Unionsrecht heran.<sup>439</sup> Das Ergebnis war im Mai 2011 die Veröffentlichung einer Machbarkeitsstudie („Feasibility Study“) verbunden mit 187 Artikeln Gesetzestext. Diese Studie enthielt keine sogenannten „Chapeau-Regeln“ über den Anwendungsbe-  
reich bzw. die Einbeziehung des Rechts in Verträge, sondern allein materielles Recht.<sup>440</sup> All dies mündete in den Vorschlag der Kommission für eine Verordnung über ein Gemeinsames Europäisches Kaufrecht vom 11. Oktober 2011. Das Gemeinsame Europäische Kaufrecht sollte keine weitere Vereinheitlichung schaffen, sondern eine neben nationaler Rechtsordnungen stehende optionale Rechtsordnung anbieten,<sup>441</sup> um unterschiedliche Vertragsrechtsordnungen als Markthindernis zu beseitigen.<sup>442</sup> Soweit in der Europäischen Union grenzüberschreitende Verträge geschlossen werden, findet die ROM-I-Verordnung<sup>443</sup> Anwendung, welche insbesondere für Unternehmen, welche direkt mit Verbrauchern kontrahieren, Rechtskenntnis-

---

434 Es erschien ein neues Grünbuch der Kommission (Grünbuch der Kommission. Optionen für die Einführung eines Europäischen Vertragsrechts für Verbraucher und Unternehmen, KOM (2010), 348 endg. v. 01. Juli 2010). Schulte-Nölke, in: Schulte-Nölke/Zoll/Jansen/Schulze, 13 f.; Staudenmayer, XIII.

435 Kommissionsentscheidung 26. April 2010, ABl. L 105/109 v. 27. April 2010. Schulte-Nölke, in: Schulte-Nölke/Zoll/Jansen/Schulze, 13 f.; Staudenmayer, XIII.

436 Schulte-Nölke, in: Schulte-Nölke/Zoll/Jansen/Schulze, 13 f.; Staudenmayer, XII f.

437 „UPICC Model Clauses. Model Clauses for the Use of the Unidroit Principles of International Commercial Contracts“.

438 Lando/Beale, Principles of European Contract Law, Parts I and II, 1999; Lando/Clive/Prüm/Zimmermann, Principles of European Contract Law, Part III, 2003.

439 Lorenz, AcP, Bd. 12, 2012, 702, 798 darauf bezugnehmend; Schulte-Nölke, in: Schulte-Nölke/Zoll/Jansen/Schulze, 16 ff.; Staudenmayer, XIII.

440 Schulte-Nölke, in: Schulte-Nölke/Zoll/Jansen/Schulze, 16 ff.

441 Wagner, ZeuP 2012, 455.

442 Grünbuch der Kommission. Optionen für die Einführung eines Europäischen Vertragsrechts für Verbraucher und Unternehmen v. 01. Juli 2010, KOM (2010) 348 endg., S. 4

443 Verordnung (EG) Nr. 593/2008 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 17. Juni 2008 über das auf vertragliche Schuldverhältnisse anzuwendende Recht (Rom I), ABl. L 177 v. 04. Juli 2008, S. 6–16, berichtigt ABl. L 309 v. 24. November 2009, S. 87.

se bezüglich des Staates des Wohnsitzes des Verbrauchers verlangt.<sup>444</sup> Diese Rechtslage führt bei betroffenen Unternehmen zu hohen Kosten, welche mit dem Gemeinsamen Europäischen Kaufrecht gesenkt werden sollten. Ein weiteres Ziel war eine Erhöhung des Verbraucherschutzniveaus.<sup>445</sup> So sollte das Gemeinsame Europäische Kaufrecht mit einem hohen Schutzniveau eine Art Gütesiegel darstellen für die Unternehmen, die es verwenden.<sup>446</sup> Am 26. Februar 2014 stimmte das EU-Parlament zwar einer gekürzten Fassung zu,<sup>447</sup> letztlich scheiterte das Gesetzesvorhaben jedoch im Rat, insbesondere an der ablehnenden Haltung einzelner Mitgliedstaaten, den Verbraucherschutz zu reformieren.<sup>448</sup> Im September 2020 erfolgte eine offizielle Rücknahme des Verordnungsvorschlags durch die EU-Kommission. Trotz des Scheiterns des Gemeinsamen Europäischen Kaufrechts sollen im Folgenden dessen Vertragstypen betrachtet und die dauerhafte Überlassung von Standardsoftware unter diese subsumiert werden.

## 2. Weg der Bereitstellung digitaler Inhalte in den Verordnungsvorschlag

Die sogenannte „Expert Group“<sup>449</sup> äußerte im Jahr 2010 die Intention, die Bereitstellung digitaler Inhalte in das Gemeinsame Europäische Kaufrecht aufzunehmen. Die Europäische Kommission erteilte auf dieses Vorbringen hin jedoch keinen konkreten Arbeitsauftrag.<sup>450</sup> In der im Mai 2011 erschienenen Machbarkeitsstudie waren digitale Inhalte noch vom Anwendungsbereich ausgeschlossen. Die Einleitung der Studie verwies lediglich auf

---

444 Moser, in: Remien/Herrler/Limmer, 7, 8; Staudenmayer, IX.

445 Schmidt-Kessel, in: Schmidt-Kessel, 1, 5.

446 Mitteilung der Kommission an das Europäische Parlament, den Rat, den Europäischen Wirtschafts- und Sozialausschuss und den Ausschuss der Regionen. Ein gemeinsames Europäisches Kaufrecht zur Erleichterung grenzüberschreitender Geschäfte im Binnenmarkt v. 11. Oktober 2011, KOM (2011) 636 endg., S. 11.

447 „Position of the European Parliament adopted at first reading on 26 February 2014 with a view to the adoption of Regulation (EU) No.../2014 of the European Parliament and of the Council on a Common European Sales Law“, 26. Februar 2014.

448 Vorschlag für eine Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rates über bestimmte vertragsrechtliche Aspekte der Bereitstellung digitaler Inhalte, COM (2015) 634 final, S. 2. Ostendorf, ZRP 2016, 69 ff. darauf verweisend; Schulze, in: ZEuP 2019, 695, 996 ff.; Spindler, MMR 2016, 147; Spindler/Sein, MMR 2019, 415; Staudenmayer, ZEuP 2019, 663, 665.

449 Zur „Expert Group“ 2. Teil § 1 A I. 1.

450 Schulte-Nölke, in: Schulte-Nölke/Zoll/Jansen/Schulze, 14.

diesen Vertragstyp und warf die Frage auf, ob eine Normierung sinnvoll ist.<sup>451</sup> Die im August 2011 veröffentlichte neue Fassung der Machbarkeitsstudie<sup>452</sup> umfasste schließlich Verträge über die Bereitstellung digitaler Inhalte. Staudenmayer als einer der diesbezüglich entscheidenden Beamten bei der Europäischen Kommission sah die Aufnahme von digitalen Inhalten als eine der wichtigsten Änderungen der Kommission an.<sup>453</sup> Schließlich sollten „digitale Inhalte selbst“ vom Gemeinsamen Europäischen Kaufrecht umfasst werden, unabhängig davon, ob die Überlassung mittels eines körperlichen Datenträgers oder mittels eines Downloads erfolgt.<sup>454</sup> Speziell zu digitalen Inhalten wurde festgestellt, dass der Handel mit diesen eine Wachstumsbranche darstellt. Daher sollte das Gemeinsame Europäische Kaufrecht auch diesbezüglich Transaktionskosten senken und Rechtssicherheit schaffen.<sup>455</sup> Zudem sollte durch die Aufnahme von digitalen Inhalten in das Gemeinsame Europäische Kaufrecht ein Gleichlauf zur Verbraucherrechte-Richtlinie 2011/83/EU hergestellt werden, welche auch auf digitale Inhalte anwendbar ist.<sup>456</sup>

Betrachtet man die Ausarbeitung von Vorschlägen für ein Vertragsrecht über die Bereitstellung digitaler Inhalte wurde die sogenannte „Amsterdamer Gruppe“, welche daraufhin einen über 300-seitigen Report einschließlich

---

451 „A European contract law for consumers and businesses: Publication of the results of the feasibility study carried out by the Expert Group on European contract law for stakeholders' and legal practitioners' feedback“, S. 9 (nicht mehr online verfügbar).

452 „Contract Law, Work in Progress, Version of 19 August 2011“, 1 ff. (nicht mehr online verfügbar).

453 Staudenmayer, XV.

454 „A European contract law for consumers and businesses: Publication of the results of the feasibility study carried out by the Expert Group on European contract law for stakeholders' and legal practitioners' feedback“, S. 9 (nicht mehr online verfügbar). Dieser Grundgedanke entsprach der digitalen Agenda aus dem Jahr 2010, in der festgestellt wurde, dass noch kein digitaler Binnenmarkt besteht. Ein wesentlicher Hintergedanke der Kommission war aber stets, den Verbraucherschutz auch im Hinblick auf Verträge über die Bereitstellung digitaler Inhalte auszubauen, Mitteilung der Kommission an das Europäische Parlament, den Rat, den Europäischen Wirtschafts- und Sozialausschuss und den Ausschuss der Regionen. Eine digitale Agenda für Europa v. 26. August 2010, KOM (2010) 245 endg. 2, S. 5, 7, 12, 13.

455 „Commission Staff Working Paper. Impact Assessment. Accompanying the document. Proposal for a Regulation of the European Parliament and the Council on a Common European Sales Law on a Common European sales Law“, 11. Oktober 2011, SEC (2011) 1165 final., S. 10. Staudenmayer, XV in diese Richtung.

456 Staudenmayer, NJW 2011, 3491, 3494; Staudenmayer, XV.

Regelungsvorschlägen für Verbraucherverträge über digitale Inhalte erarbeitete.<sup>457</sup> Im Hinblick auf die Rechtsnatur des Vertrages über die Bereitstellung digitaler Inhalte wurden für diese Studie zwar unterschiedliche europäische Rechtsordnungen betrachtet, allerdings erfolgte diese Analyse stets durch die Brille des Verbraucherschutzrechts<sup>458</sup> und war teils fragmentarisch.<sup>459</sup> Es wurde im Ergebnis ein Sui-Generis Regime für Verträge über digitale Inhalte vorgeschlagen. Bei der Analyse des gesetzlichen Rahmens wurde festgehalten, dass, sobald digitale Güter auf einem Träger verbreitet werden, dies einen Kauf darstellt, bei digitaler Übermittlung hingegen wird eine solche Einordnung nur über eine Analogie für möglich gehalten. An anderer Stelle wurde herausgearbeitet, dass es regelmäßig von der Art der Übermittlung abhängt, ob ein Buch oder ein Film als körperlich angesehen werden kann. Es wurde als Beispiel angeführt, dass eine solche Abgrenzung bei einem Film, der entweder auf DVD oder online übermittelt wird, zwar unproblematisch ist, wird jedoch ein Internetspiel mit einer monatlichen Abonnementgebühr betrachtet, so ist eine solche Abgrenzung schwieriger. Es bestünden drei Elemente: erstens die Installationssoftware (Client), um das Spiel lokal beim Nutzer zu installieren, zweitens der Account des Spielers und drittens das Abonnement. Die Software könne ein „digital good“ sein, das Abonnement hingegen eine Dienstleistung. Das Nutzerkonto und sein Inhalt könnten nicht heruntergeladen und auf einem Server gespeichert werden und es falle daher schwer, eine eindeutige schuldrechtliche Einordnung vorzunehmen.<sup>460</sup>

---

457 Leitend war hier Prof. Dr. Marco Loos von der University of Amsterdam, welcher eine Professur für Privatrecht, insbesondere Verbraucherrecht, innehat.

458 So wurde versucht, zu kategorisieren, ob „digitale Inhalte“ als Ware oder als Dienstleistung anzusehen sind. Die unterschiedliche Einordnung hat auf der Ebene der Verbraucherschutzgesetze unterschiedliche Rechtsfolgen, Loos/Helberger/Guibault/Mak, ERPL 2011, 729, 732. Letztlich kam die „Amsterdamer Gruppe“ in dem Abschlussbericht zu dem Ergebnis, dass die Unterscheidung, ob die Bereitstellung digitaler Inhalte als Ware oder Dienstleistung anzusehen ist, nicht relevant ist, Loos/Helberger/Guibault/Mak/Pessers/Cseres/van der Sloot/Tigner, 6.

459 Auf den Seiten 33 für Frankreich, 33 f. für Deutschland und 37 ff. für Großbritannien wurde in Form eines kurzen Länderberichts versucht, einen Überblick zu geben über die schuldrechtliche Einordnung von Verträgen über die Bereitstellung digitaler Inhalte in den einzelnen Ländern. Die Auswahl der Quellen erscheint nicht repräsentativ. Zudem wurde sehr schnell der Bogen zurück zum Verbraucherschutzrecht gespannt. Verbraucherschutzrechtliche Wertungen sind teils aber andere als die des Immaterialgüterrechts bzw. des Vertragsrechts im Allgemeinen. Daher ist die Auswahl nicht durchgängig als zutreffend anzusehen.

460 Loos/Helberger/Guibault/Mak/Pessers/Cseres/van der Sloot/Tigner, 6, 25, 30.

Bezüglich der Tatbestandsmerkmale eines solchen Vertrages wurde festgehalten, dass in einigen europäischen Rechtsordnungen bei einem Kaufvertrag ein Eigentumsübergang erfolgen muss, wie beispielsweise eine Übertragung des Eigentums an einem Datenträger. Fehle allerdings ein solcher, so müsse konsequenterweise das Eigentum bzw. die Inhaberschaft am digitalen Inhalt selbst, das heißt an den an dem digitalen Inhalt bestehenden Immaterialgüterrechten, übertragen werden. Allerdings erfolge dies bei solchen Bereitstellungsverträgen nicht, sondern dem Nutzer werde allein eine Lizenz eingeräumt. Es wurde angemerkt, dass eine solche Übertragung der Immaterialgüterrechte zwingend ist, denn die Eigentumsübertragung stellt das Herzstück eines Kaufvertrages dar.<sup>461</sup> Von der „Amsterdamer-Gruppe“ wurde gefolgert, dass dies einen eigenständigen Vertragstyp der Bereitstellung digitaler Inhalte rechtfertigt. Entsprechend dem Bericht besteht aus vertragsrechtlicher Perspektive bei einem Kauf grundsätzlich die Erwartung, dass Immaterialgüterrechte übertragen werden.<sup>462</sup> Zudem sei das Problem zu beachten, dass bei einem Download kein Gegenstand geliefert und von der Vorlage allein eine Kopie erstellt werde. Es wurden von der „Amsterdamer Gruppe“ somit zahlreiche Probleme bei der Subsumtion von Verträgen zur Bereitstellung von digitalen Inhalten unter das Kaufrecht erkannt.

---

461 Loos/Helberger/Guibault/Mak, ERPL 2011, 729, 753 f., 758; Loos/Helberger/Guibault/Mak/Pessers/Cseres/van der Sloot/Tigner, 102. Daher schlugen selbige auch der Europäischen Kommission vor, in Art. 91 GEKR klarzustellen, dass die Rechtsinhaberschaft nur bei ausdrücklicher dahingehender Vereinbarung übertragen wird, „Remedies for Buyers in Case of Contracts for the Supply of Digital Content, ad hoc briefing paper for the European Parliament’s Committee on Legal Affairs“, Mai 2012, PE 462.459, S. 5, 9, 21 f., 24.

462 Loos/Helberger/Guibault/Mak/Pessers/Cseres/van der Sloot/Tigner, 217 f.

### 3. Dauerhafte Überlassung von Standardsoftware als Bereitstellung digitaler Inhalte

Art. 5 VO-GEKR beschreibt<sup>463</sup> Verträge,<sup>464</sup> welche im sachlichen Anwendungsbereich des Gemeinsamen Europäischen Kaufrechts liegen. Ein Kaufvertrag gemäß Art. 5 lit. a) VO-GEKR wird in Art. 2 lit. k) VO-GEKR normiert als ein Vertrag, „nach dem der Unternehmer („Verkäufer“) das Eigentum an einer Ware auf eine andere Person („Käufer“) überträgt oder sich zur Übertragung des Eigentums an einer Ware auf den Käufer verpflichtet und der Käufer den Preis<sup>465</sup> zahlt oder sich zur Zahlung des Preises verpflichtet, einschließlich Verträgen über die Lieferung von Waren, die noch hergestellt oder erzeugt werden müssen (...)“.<sup>466</sup> Eine Ware ist gemäß Art. 2 lit. h) VO-GEKR ein beweglicher körperlicher Gegenstand.<sup>467</sup> Die Beschreibung des Kaufvertrages wird als „sehr umfassend“ angesehen und als über „kaufrechtsähnliche“ Verträge hinausgehend.<sup>468</sup> Art. 91 GEKR

---

463 Obwohl der Verordnungsvorschlag für ein Gemeinsames Europäisches Kaufrecht politisch gescheitert und von der EU-Kommission zurückgenommen wurde und folglich ein in der Vergangenheit liegendes Gesetzesprojekt darstellt, wird, um die Lesbarkeit zu vereinfachen, in diesen und folgenden Ausführungen das Präsens verwendet, soweit diese sich unmittelbar auf den Gesetzestext beziehen.

464 Der Terminus „Vertrag“ im Sinne des Gemeinsamen Europäischen Kaufrechts entspreche einem solchen des deutschen Rechts. Auch im Übrigen folge die Vertragsstruktur dem deutschen Recht, Whittaker/Riesenhuber, in: Dannemann/Vogener, 120, 159.

465 Ein solcher wird in Art. 2 lit. i) VO-GEKR definiert als „Geld, das im Austausch für eine gekaufte Ware, für bereitgestellte digitale Inhalte oder eine erbrachte verbundene Dienstleistung geschuldet ist“. Erfolge somit keine unmittelbare Bezahlung von Geld, sei das Gemeinsame Europäische Kaufrecht nicht anwendbar, Wendehorst, in: Schulze, Art. 5 CESL (P), Regulation, Rn. 13 f.

466 Dies wird nicht als Definition, sondern als eine „rule of scope“ angesehen, Wendehorst, in: Schulze, Art. 2 CESL (P), Regulation, Rn. 24, Art. 5 CESL (P), Regulation, Rn. 3. Für Schmidt-Kessel, in: Schmidt-Kessel, 29, 30 wird auch auf das Merkmal der Dauerhaftigkeit verzichtet und somit ein dem Kaufvertrag völlig fremder Vertragstyp mitumfasst.

467 Wendehorst, in: Schulze, Art. 5 CESL (P), Regulation, Rn. 6 anmerkend, dass für unkörperliche Güter das Gemeinsame Europäische Kaufrecht nicht anwendbar ist.

468 Somit seien auch Verträge, welche eher die Erbringung von Dienstleistungen normieren, vom Gemeinsamen Europäischen Kaufrecht miteingeschlossen. Als Beispiele werden Verträge über die Überlassung von Speichermöglichkeiten sowie die Aufbewahrung von Daten genannt. Dies habe zur Folge, dass kaufrechtliche Normierungen auf Vertragstypen Anwendung fänden, welche vom Kaufvertragsrecht weit entfernt seien. Insbesondere in Bezug auf das somit anzuwendende selbe Leistungsstörungenrecht sei dies höchst problematisch. Allerdings sei diese „Entypisierung

regelt die Hauptleistungspflichten des „Verkäufers“<sup>469</sup> welche in der Lieferung der Ware und der Übertragung des Eigentums an dieser liegen.<sup>470</sup> Art. 123 GEKR normiert die Hauptleistungspflichten des Käufers, welcher „den Preis zahlen“ und „die Waren annehmen“ muss.

Gemäß Art. 5 lit. b) VO-GEKR bildet das Gemeinsame Europäische Kaufrecht den gesetzlichen Rahmen für „Verträge über die Bereitstellung digitaler Inhalte, gleich, ob auf einem materiellen Datenträger oder nicht, die der Nutzer speichern, verarbeiten oder wiederverwenden kann oder zu denen er Zugang erhält, unabhängig davon, ob die Bereitstellung gegen Zahlung eines Preises erfolgt oder nicht.“<sup>471</sup> Verträge über digitale Inhalte

---

rung“ gewollt gewesen, um „heutigen Vertragsverhältnissen“, in denen Kaufverträge oft mit „dienstleistungsspezifischen Elementen“ aufzutreten, gerecht zu werden, Zoll, in: Schulte-Nölke/Zoll/Jansen/Schulze, 285 f.

469 Die Regelungen des Art. 91 GEKR seien dispositiv, vorrangig finde daher der konkrete Vertrag Anwendung, Schopper, in: Wendehorst/Zöchling-Jud, 119.

470 Wie diese Eigentumsübertragung sachenrechtlich erfolgt, wird im Gemeinsamen Europäischen Kaufrecht nicht geregelt. Dies hänge somit vom jeweiligen anzuwendenden Sachenrecht ab, obwohl diese Eigentumsübertragung für die Erfüllung der Leistungspflichten von Bedeutung sei, Zoll, in: Schulze, Art. 91 CESL (P), Rn. 9 f.

471 Insbesondere in Bezug auf die genannten Tätigkeiten besteht Unklarheit. Diese sind jedoch Voraussetzung für eine Subsumtion unter Art. 5 lit. b) VO-GEKR. Der deutsche Text lautet „die der Nutzer speichern, verarbeiten oder wiederverwenden kann oder zu denen er Zugang erhält, (...)“. Dies sei so zu verstehen, dass eine dieser vier Voraussetzungen alternativ erfüllt sein müsse, Wendehorst, in: Schulze, Art. 5 CESL (P) Regulation, Rn. 20; Zenefeld, K&R 2012, 463, 465. Betrachtet man hingegen die englische Fassung, so ist dort geschrieben „stored, processed or accessed, and re-used by the user“. Dies wird teils so interpretiert, dass drei Kriterien kumulativ sind, allein „verarbeitet oder zu denen er Zugang erhält“ sind alternativ, Wendehorst, in: Schulze, Art. 5 CESL (P) Regulation, Rn. 20. Teils werden aber auch die ersten drei Kriterien als alternativ, und nur „re-used“ als kumulativ angesehen, Prof. Matthias Storme, Vortrag zum Thema „Goods, supply of digital content and provision of related services“ auf der Tagung „An Optional European Sales Law“ in der Europäischen Rechtsakademie (ERA) in Trier, 9. Februar 2012, Folie 5; Zahn, ZEuP 2014, 77, 84 ff. Wieder andere sehen nur „stored“ und „accessed“ als alternativ an, „re-used“ sei stets kumulativ und „processed“ könne keine eigenständige Bedeutung zukommen, Druschel, GRUR Int. 2015, 125, 129. Die französische Fassung schafft auch keine Abhilfe. Sie lässt sich mit „stocker, traiter et réutiliser, ou auquel il peut avoir accès“ in zwei Weisen interpretieren. Entweder es bestehen drei Alternativen von denen mit „verarbeiten und wiederverwenden“ eine zwei kumulative Voraussetzungen hat oder es bestehen zwei Alternativen, die erste davon aber mit drei kumulativen Voraussetzungen. Letztlich können einzelne Kriterien aber wiederum sehr weit ausgelegt werden, so dass sich allein aus Art. 5 lit. b) VO-GEKR keine Einschränkungen ergeben. In der Literatur werden auch keine digitalen Inhalte aufgrund dieser Kriterien als vom Gemeinsamen Europäischen Kaufrecht ausgeschlossen angesehen. In Bezug auf das Merkmal des Preises: Art. 100 lit. g),

sind eine neben Kaufverträgen bestehende eigene Vertragskategorie.<sup>472</sup> Für eine Bestimmung des Terminus digitale Inhalte muss auf Art. 2 lit. j) VO-GEKR (Begriffsbestimmungen)<sup>473</sup> zurückgegriffen werden.<sup>474</sup> Darin werden digitale Inhalte definiert als „Daten, die – gegebenenfalls auch nach Kundenspezifikationen – in digitaler Form hergestellt und bereitgestellt werden, darunter Video-, Audio-, Bild- oder schriftliche Inhalte, digitale Spiele, Software und digitale Inhalte, die eine Personalisierung bestehender Hardware oder Software ermöglichen“. Als ausgeschlossen angesehen werden hingegen Dienstleistungen, bei welchen der Vertrieb zwar digital erfolgt, aber nicht das Wesen der Dienstleistung ausmacht.<sup>475</sup>

---

107 GEKR sowie ErwG 17 der VO-GEKR. Es entspreche der Realität, dass bei digitalen Inhalten teils auch mit personenbezogenen Daten, etc. eine Gegenleistung erfolge, Wendehorst, in: Schulze, Art. 5 CESL (P) Regulation, Rn. 24. Folglich regelt das Gemeinsame Europäische Kaufrecht auch den Sachverhalt einer Schenkung, Schmidt-Kessel, in: Schmidt-Kessel, 29, 46.

472 Schuller/Zenefels, in: Dannemann/Vogenauer, 581, 583.

473 Dieser Artikel enthält – wie es in der EU-Gesetzgebung üblich ist – einige Legaldefinitionen. Diese sollen zum einen die Anwendung vereinfachen, zum anderen aber auch eine unterschiedliche Interpretation der Terminologie verhindern, Wendehorst, in: Schulze, Art. 2 CESL (P), Regulation, Rn. 1.

474 Lorenz, AcP, Bd. 212, 2012, 702, 714 vertiefend zu diesem Rückgriff auf die Verordnung; Schmidt-Kessel, in: Schmidt-Kessel, 29, 30; Wendehorst, in: Schulze, Art. 5 CESL (P), Regulation, Rn. 16.

475 Pfeiffer, in: Remien/Herrler/Limmer, Rn. 38. Es stehe dort die Dienstleistung an sich im Vordergrund, Zahn, ZEuP 2014, 77, 84. Explizit ausgenommen von dieser Definition sind gemäß Art. 2 lit. j) i)–vi) GEKR-VO „elektronische Finanzdienstleistungen, einschließlich Online-Banking“, „Rechts- oder Finanzberatungsleistungen, die in elektronischer Form erbracht werden“, „elektronische Gesundheitsdienstleistungen“, „elektronische Kommunikationsdienste und -netze mit den dazugehörigen Einrichtungen und Diensten“, „Glücksspiele“ sowie „die Erstellung neuer digitaler Inhalte oder die Veränderung vorhandener digitaler Inhalte durch den Verbraucher oder jede sonstige Interaktion mit den Schöpfungen anderer Nutzer“. Allerdings sind diese Ausnahmen teils unklar. Als Beispiel wird eine Smartphone App zum Pollenflug genannt – verbunden mit der Frage, ob eine solche als „Gesundheitsdienstleistung“ gilt. Es könne wohl danach abgegrenzt werden, ob die Überlassung der App oder der Gesundheitsdienst, welcher sich einer digitalen Übermittlung bediene, im Vordergrund stehe. Für Ersteres votierend, Wendehorst, in: Schulze, Art. 5 CESL (P) Regulation, Rn. 23 wohl in diese Richtung; Schmidt-Kessel, in: Schmidt-Kessel Kommentar, Art. 2 GEK-VO-E, Rn. 47 ff. zur selben Problematik der Abgrenzung.

Das Gemeinsame Europäische Kaufrecht wirkt schließlich nicht als explizit für digitale Inhalte geschaffen.<sup>476</sup> Vielmehr kommt Art. 91 GEKR, welcher die Hauptleistungspflichten des Verkäufers regelt, auch hinsichtlich des Bereitstellers digitaler Inhalte zur Anwendung, selbst wenn dieser im Gesetz als Verkäufer beschrieben wird.<sup>477</sup> Allerdings gibt es vereinzelt Sonderregelungen für digitale Inhalte, so verlangt Art. 91 lit. b) GEKR bei digitalen Inhalten auch die Eigentumsübertragung am Datenträger. Die Eigentumsübertragung wird beschrieben als Nebenpflicht, um die Bereitstellung der digitalen Inhalte durchzusetzen.<sup>478</sup> Gemäß Art. 91 lit. c) GEKR muss der digitale Inhalt vertragsgemäß sein.<sup>479</sup> Art. 100, 103<sup>480</sup> und 105 Abs. 4 GEKR<sup>481</sup> weiten die Kriterien für die Vertragsmäßigkeit bei digitalen Inhalten

---

476 Pisulinski, in: Moccia, 205, 215 in diese Richtung; Remien, in: Schmidt-Kessel, 307, 308 anmerkend, dass für einen Kaufvertrag und einen Vertrag über die Bereitstellung digitaler Inhalte fast durchgehend dieselben Normen Anwendung finden.

477 Die Bereitstellung nach Art. 91 GEKR wird in Art. 94 Nr. 1. lit. a) GEKR als die „Übertragung der Kontrolle über die digitalen Inhalte“ beschrieben. Dies wird so interpretiert, dass Bereitstellung in Art. 91 GEKR letztlich als Synonym für Lieferung verwendet wird. Dies sei in der Endfassung des GEKR zu korrigieren, denn der Terminus Bereitstellung stehe auch für zum Beispiel das Zugang-Verschaffen zu einem digitalen Inhalt, wie es bei Cloud Computing erfolge. Somit seien Bereitstellung und Lieferung grundsätzlich nicht gleichzustellen, denn der Terminus der Bereitstellung in Art. 91 GEKR stehe für zahlreiche Lebenssachverhalte auch neben der Lieferung, Zoll, in: Schulze, Art. 91 CESL (P), Rn. 6 f.

478 Zoll, in: Schulze, CESL (P), Art. 91 CESL, Rn. 8.

479 Hierzu Art. 99 bis 105 GEKR.

480 Art. 103 GEKR stellt eine Ausnahmenorm zu Art. 100 lit. b) GEKR dar, nach der eine Ware vertragsmäßig ist, wenn sie sich für Zwecke eignet, für die digitale Inhalte „der gleichen Art gewöhnlich gebraucht werden“. Art. 103 GEKR besagt, dass „Inhalte nicht allein deshalb als vertragswidrig“ gelten, „weil nach Vertragsschluss aktualisierte digitale Inhalte verfügbar waren“. Allerdings gelte dieser Grundsatz wohl für sämtliche Handelswaren, Pisulinski, in: Moccia, 205, 211.

481 Art 105 GEKR schreibt für den maßgeblichen Zeitpunkt der Feststellung der Vertragsmäßigkeit vor, dass, soweit „der Unternehmer die digitalen Inhalte zu einem späteren Zeitpunkt aktualisieren“ muss, er „dafür zu sorgen“ hat, „dass die Vertragsmäßigkeit der digitalen Inhalte während der Vertragslaufzeit gewahrt ist“. Diese Klausel regelt Softwareüberlassungsverträge, in welchen sich der Lieferant zur Erstellung von Updates verpflichtet habe, Lorenz, AcP, Bd. 212, 2012, 703, 742; Pisulinski, in: Moccia, 205, 211. Art. 105 Abs. 4 GEKR, welcher eine Aktualisierungspflicht für den Bereitsteller vorschreibt, sei nicht auf neu hergestellte Versionen anwendbar, Guibault/Helberger/Loos/Mak/Pessers/van der Sloot, 109 f.; Pisulinski, in: Moccia, 205, 211. An Art. 105 GEKR wird kritisiert, dass dieser seinem Wortlaut nach zwar auf Software-Updates Anwendung findet, jedoch sogenannte „Access-Verträge“ nicht mitumfasst. Bei diesen erhalte der Nutzer Online-Zugang. Träten dann während der Dauer des Vertragsverhältnisses Probleme auf, so wäre es besser, wenn

jedoch aus bzw. beinhalten Sondernormen.<sup>482</sup> Gemäß Art. 91 lit. d) GEKR, welcher als Konkretisierung von Art. 91 lit. c) GEKR verstanden wird,<sup>483</sup> muss der Käufer das Recht haben, die digitalen Inhalte entsprechend dem Vertrag nutzen zu können.<sup>484</sup> Außerdem muss der Verkäufer gemäß Art. 102 GEKR sicherstellen, dass keine entgegenstehenden Rechte oder Ansprüche Dritter bestehen, was insbesondere bei immaterialgüterrechtlich geschützten digitalen Inhalten von Relevanz ist. Teils wird auch in den Terminus Eigentum aus Art. 91 lit. b) GEKR ein „unbeeinträchtigtes Nutzungsrecht“ hineingelesen.<sup>485</sup> In Art. 107 GEKR werden Abhilfen bei der Bereitstellung digitaler Inhalte beschränkt. Zudem bestehen einzelne Verbraucherschutzrechtliche Normen allein für digitale Inhalte.<sup>486</sup> Auch gibt es mit Art. 142 Abs. 2 GEKR Sonderregelungen zum Gefahrübergang bei digitalen Inhalten, welche ohne Datenträger überlassen werden. Bei einer Rückabwicklung kommt bei digitalen Inhalten zudem nur Wertersatz in Betracht.<sup>487</sup> Die Normen in Bezug auf Verträge über die Bereitstellung digitaler Inhalte entsprechen in der Regel jedoch den kaufrechtlichen Normen, oft wird allein der Begriff digitaler Inhalt zusätzlich eingefügt.

---

der Ersteller verpflichtet wäre, den digitalen Inhalt vertragskonform zu erhalten, „Remedies for Buyers in Case of Contracts for the Supply of Digital Content, ad hoc briefing paper for the European Parliament’s Committee on Legal Affairs“, Mai 2012, PE 462.459, S. 5, 15.

482 Es überrascht, dass durch die Formulierung, „der Verkäufer zum Zeitpunkt des Vertragsschlusses kannte oder hätte kennen müssen“ letztlich die grundsätzlich strenge Haftung des Verkäufers aufgeweicht werde, Reich, An optional Sales Law Instrument for European Businesses and Consumers? EUI Working Papers. Law 2012/04, 69, 85 f. dies kritisierend

483 Teils wird Art. 91 lit. d) GEKR auch als unnötige Redundanz kritisiert, Lorenz, AcP, Bd. 212, 2012, 702, 716.

484 Auch besteht gemäß Art. 123 GEKR eine Annahmepflicht. Diese sei bei digitalen Inhalten aber restriktiv auszulegen, denn es fehle an der Annahme von einem körperlichen Gegenstand, Dannemann, in: Schulze, CESL (P), Art. 123, Rn. II. Teils wird die Norm im Falle eines Downloads auch für fehlerhaft gehalten, Pisulinski, in: Moccia, 205, 212 f.

485 Schmidt-Kessel, in: Schmidt-Kessel Kommentar, Art. 91 GEK-VO-E, Rn. 5.

486 Bei Informationspflichten bestehen zwei zusätzliche Klauseln in Bezug auf digitale Inhalte (Art. 13 Abs. 1 lit. h), i), 20 Abs. 1 lit. f), g) GEKR) sowie beim Widerrufsrecht zwei zusätzliche Ausschlussgründe bei digitalen Inhalten (Art. 40 Abs. 3 lit. c), d) GEKR) und in der Folge auch Regelungen zur Widerrufsfrist (Art. 42 Abs. 1 lit. f), g) GEKR) sowie ein Sonderfall zu Verpflichtungen des Verbrauchers im Widerrufsfall (Art. 45 Abs. 6 lit. b) GEKR).

487 Art. 173 Abs. 1 GEKR. Die Ausführungen zum Wertersatz werden als lückenhaft und teils widersinnig beschrieben, Lorenz, AcP, Bd. 212, 2012, 702, 781 f.

Die dauerhafte Überlassung von Standardsoftware wird als Bereitstellung eines digitalen Inhalts angesehen. Die Definition des Begriffs digitaler Inhalt wird zwar als sehr vage beschrieben<sup>488</sup> und die Abgrenzung zu Dienstleistungen kritisiert,<sup>489</sup> aber Software wird ausdrücklich als digitaler Inhalt genannt,<sup>490</sup> dies schließt Standardsoftware mit ein.<sup>491</sup>

Umstritten ist, wie auf einem Datenträger verkörperte digitale Inhalte einzuordnen sind bzw. welche Rolle dem Datenträger zukommt. Der Träger könnte Teil des digitalen Inhalts im Sinne des Art. 5 lit. b) VO-GEKR sein, alternativ könnte er separat von diesem betrachtet werden. Im zweiten Fall wäre der Datenträger, welcher dauerhaft übergeben wird, nicht Gegenstand des Vertrages zur Bereitstellung digitaler Inhalte. Dies wird jedoch als fernab jeder Lebensrealität bezeichnet.<sup>492</sup> Aber auch dogmatische Gründe sprechen dafür, bei der Überlassung eines digitalen Inhalts, welcher auf einem Datenträger verkörpert ist, nicht zusätzlich zum Vertrag über die Bereitstellung digitaler Inhalte einen Kaufvertrag über den Datenträger gemäß Art. 5 lit. a) VO-GEKR anzunehmen.<sup>493</sup> Bei einer solchen zweigeteilten Betrachtung träten zahlreiche Ungereimtheiten auf, wie zum Beispiel unterschiedliche Regelungen bei einem Vertrag zwischen Unternehmern in Bezug auf den Gefahrübergang.<sup>494</sup> Außerdem wären Verbraucherschützende Vorschriften entsprechend Art. 101 GEKR nur in Bezug auf den Datenträger anwendbar.<sup>495</sup> Daher ist dies abzulehnen und allein Art. 5 lit. b) VO-GEKR „unterschiedslos bei verkörperten und nichtverkörperten Inhalten“

---

488 Castro/Reed/de Quieroz, Vol. 4, Nr. 3, 2013.

489 Schmidt-Kessel, in: Schmidt-Kessel Kommentar, Art. 2 GEK-VO-E, Rn. 44, 46.

490 Schmidt-Kessel, in: Schmidt-Kessel Kommentar, Art. 2 GEK-VO-E, Rn. 63 bezugnehmend auf die „Entwicklungsfähigkeit“ der Begriffe, welche wohl einer möglichst „medienneutralen“ Formulierung geschuldet ist.

491 Wendehorst, in: Schulze, Art. 5 CESL (P), Regulation, Rn. 17; Zahn, ZEuP 2014, 77, 82; Zoll, in: Schulze, Art. 91 CESL, Rn. 6. „Remedies for Buyers in Case of Contracts for the Supply of Digital Content, ad hoc briefing paper for the European Parliament’s Committee on Legal Affairs“, Mai 2012, PE 462.459, S. 5, 8, 24 f.

492 Zenefels, K&R 2012, 463, 465.

493 A.A. Remien, in: Schmidt-Kessel, 307, 309 wohl eine solche Konstruktion mit zwei Verträgen befürwortend. Demnach hat auch die Pflicht zur Übereignung des Datenträgers aus Art. 91 lit. b) GEKR nur Klarstellungscharakter, denn der Datenträger wird als Ware übereignet.

494 Hinsichtlich des Datenträgers wäre gemäß Art. 94 Nr. 1 lit. b) GEKR die „Übergabe an den ersten Beförderer“ relevant, in Bezug auf den digitalen Inhalt allerdings gemäß Art. 94 Nr. 1 lit. c) GEKR die Bereitstellung für den Erwerber.

495 Zenefels, K&R 2012, 463, 465 hierauf verweisend.

einschlägig.<sup>496</sup> Ein zusätzlicher Kaufvertrag über den Datenträger besteht nicht.<sup>497</sup>

#### 4. Bewertung des Verordnungsvorschlags

Zum einen erfolgte Kritik an der handwerklichen Ausarbeitung des Gesetzestextes, zum anderen wurde insbesondere die Schaffung eines Vertrages über die Bereitstellung digitaler Inhalte kritisiert, da dieser Sachverhalt auch unter Kaufverträge hätten subsumiert werden können.<sup>498</sup> Vom Europäischen Parlament war eine Angleichung an den „Regelungsbereich des Kaufs“ ausdrücklich gewünscht worden.<sup>499</sup> Weiter wurde zu den Vorschriften allgemein angeführt, dass diese noch einer Überarbeitung be-

---

496 Perner, in: Wendehorst/Zöchling-Jud, Am Vorabend eines Gemeinsamen Europäischen Kaufrechts. Zum Verordnungsentwurf der Europäischen Kommission vom 11. Oktober 2011, 27 in diese Richtung; Schuller/Zenefels, in: Dannemann/Vogenauner, 581, 585; Wendehorst, in: Schulze, Art. 5 CESL (P), Regulation, Rn. 7, 17; Zahn, ZEuP 2014, 77, 82; Zenefels, K&R 2012, 463 ff. „Remedies for Buyers in Case of Contracts for the Supply of Digital Content, ad hoc briefing paper for the European Parliament’s Committee on Legal Affairs“, Mai 2012, PE 462.459, S. 5, 8, 24 f.; auch ErwG 17 der VO-GEKR. Dies stehe jedoch im Widerspruch zur Verbraucherrechte-Richtlinie 2011/83/EU, in der ErwG 19 noch Gegenteiliges regelt, Wendehorst, in: Schulze, Art. 5 CESL (P), Regulation, Rn. 7.

497 Zenefels, K&R 2012, 463, 465.

498 Insbesondere die Rückverweisungen aus Art. 5 auf Art. 2 VO-GEKR wurden als verwirrend angesehen und auch das Rangverhältnis dieser beiden Normen wurde als unklar beschrieben. Zudem wurde von Wendehorst kritisiert, dass nicht klar ist, warum Verträge über die Bereitstellung digitaler Inhalte nicht unter den Anwendungsbereich des Kaufvertrages subsumiert werden. Schließlich erfolge bei den Verpflichtungen des Verkäufers, welche in Art. 91 ff. GEKR geregelt seien, keine Trennung zwischen diesen Vertragstypen. Auch werde die Terminologie nicht durchgängig verwendet, bspw. schließe der „consumer sales contract“ in Art. 101 GEKR die Bereitstellung digitaler Inhalte mit ein, in Art. 94 Abs. 1 lit. a) GEKR hingegen nicht. Der Grund, warum das Bereitstellen von digitalen Inhalten nicht unter einen Kaufvertrag subsumiert wurde, sei wohl der Tatsache geschuldet, dass nicht notwendigerweise ein Eigentumsübergang stattfinde. Allerdings wird auf den „sale of shares“ (Verkauf von Unternehmensanteilen) verwiesen, bei welchen auch eine Subsumtion unter den Kaufvertrag erfolge, Wendehorst, in: Schulze, Art. 5 CESL (P) Regulation, Rn. 37 ff.

499 „European Parliament’s Committee on Legal Affairs, Proposal for a Regulation on a Common European Sales Law: Making the Proposal simpler and more certain“, S. 10.

dürften.<sup>500</sup> Ein insgesamt handwerklich vernichtendes Urteil stellte Lorenz aus,<sup>501</sup> ähnlich auch Leible, der anmerkte, dass die „pauschale Einbeziehung von Daten“ den Eindruck erwecke, nicht reflektiert zu sein.<sup>502</sup> Die Normierungen für Verträge über die Bereitstellung digitaler Inhalte wurden teils als ähnlich einer „nächtlichen Hauruckaktion“ beschrieben. Die Kommission habe zeigen wollen, dass sie innovativ in Bezug auf technische Entwicklungen sei. Eine Auseinandersetzung mit den Eigenschaften digitaler Inhalte fehle jedoch.<sup>503</sup> In diesem Zusammenhang wurde festgestellt, dass das Gemeinsame Europäische Kaufrecht nicht zwischen unterschiedlichen Verträgen über digitale Inhalte differenziere,<sup>504</sup> außer an einzelnen Stellen im vorvertraglichen Bereich.<sup>505</sup> Teils erfolgte auch eine Diskussion über den Anwendungsbereich des Richtlinienvorschlags, da das Festhalten an dem Tatbestandsmerkmal der Zahlung eines Preises zahlreiche schützenswerte Szenarien ausschließt, in welchen insbesondere die Bereitstellung von Daten anstelle einer Zahlung erfolgt.<sup>506</sup> Teils wurde die Ansicht vertreten, der

---

500 „European Parliament’s Committee on Legal Affairs, Proposal for a Regulation on a Common European Sales Law: Making the Proposal simpler and more certain“, S. 5. Inhaltlich wird zum Beispiel angemerkt, dass Art. 130 GEKR, welcher die Lieferung einer falschen Menge beschreibt, im Bereich der digitalen Übermittlung von insbesondere Software nicht sinnvoll erscheint.

501 Lorenz, AcP, Bd. 212, 2012, 702 ff., insbesondere 843 ff.

502 Leible, EuZW 2011, 810.

503 Prof. Matthias Storme, Vortrag zum Thema „Goods, supply of digital content and provision of related services“ auf der Tagung „An optional European Sales Law“ in der Europäischen Rechtsakademie (ERA) in Trier, 09. Februar 2012, Transkription von Fabian Hafenbrädl. Der Zeitpunkt der Veröffentlichung sei überdies politisch gewählt gewesen und habe nicht den Stand der Entwurfsarbeiten widerspiegelt. Durch die Veröffentlichung im Oktober 2011 sollte sichergestellt werden, dass das Projekt noch in der Legislaturperiode der Kommission „Barosso II“ bis im Jahr 2014 verabschiedet werden könne, Prof. Dr. Hans Schulte-Nölke, Podiumsdiskussion zum Thema „Vorschlag für ein gemeinsames Europäisches Kaufrecht“ am „Center for Advanced Studies“ der LMU, 18. Januar 2012, Transkription von Fabian Hafenbrädl.

504 Pisulinski, in: Moccia, 205, 215; Zahn, ZEuP 2014, 77, 94.

505 Art. 13 Abs. 1 (i), 20 Abs. 1 (g), 40 Abs. 3 (c), 107 GEKR.

506 Als problematisch wurde das Merkmal einer Kaufpreiszahlung angesehen. Zum einen würden „Willkommengeschenke“, zum anderen auch Gratisprodukte, welche zum Abschluss eines Dauerschuldverhältnisses verpflichten, ausgenommen. Dies sei falsch, denn auch in diesen Fällen zahle der Nutzer einen „Kaufpreis“, wenn auch nicht explizit in Erfüllung eines Kauf-/Bereitstellungsvertrages. Zudem sei der Ausschluss von Transportleistungen, Schulungen sowie Unterstützungsleistungen im Telekommunikationsbereich nicht sinnvoll, da der Ersteller diesbezüglich einen Vertrag nach nationalem Recht abzuschließen habe. Dies hebele die Senkung der

Anwendungsbereich des Gemeinsamen Europäischen Kaufrechts hätte in einer finalen Fassung noch sehr stark eingeschränkt werden müssen.<sup>507</sup>

Kritisiert wurde überdies der Fokus auf die dauerhafte Rechtseinräumung, welche nicht der Vertragsrealität entspreche,<sup>508</sup> auch sei neben dem Vertrag mit dem Bereitsteller des digitalen Inhalts unter Umständen ein Vertrag mit dem Rechtsinhaber eines Immaterialgüterrechts abzuschließen. Für diese „wrap-licences“ bzw. Lizenzen im Allgemeinen beinhalte das Gemeinsame Europäische Kaufrecht keine besonderen Regelungen,<sup>509</sup> allerdings sei die Erforderlichkeit einer solchen Lizenz üblich und stelle daher keine Pflichtverletzung des Bereitstellers des digitalen Inhalts dar.<sup>510</sup>

Die Bereitstellung digitaler Inhalte wird unabhängig von der Existenz eines Datenträgers unter Art. 5 lit. b) VO-GEKR subsumiert. Ein ähnlicher Weg wurde schon in der Verbraucherrechte-Richtlinie 2011/83/EU beschritten.<sup>511</sup> Hierin wurde teils eine Abkehr von dem lizenzrechtlichen Ansatz gesehen und eine sich durch die Informationstechnologie vollziehende „Versachlichung“ von digitalen Inhalten erkannt. Durch beispielsweise Downloads entstünden Standardverträge, welche ähnlich dem traditionellen Kaufvertrag seien.<sup>512</sup> Tatsächlich ist fraglich, ob eine solche Abkehr oder eher ein Hinwegsehen über den immaterialgüterrechtlichen Charakter des Vertrages vorliegt. Denn immaterialgüterrechtliche Aspekte sind im Verbraucherschutzrecht von untergeordneter Bedeutung.

---

Transaktionskosten, welche mit dem GEKR intendiert war, wieder aus, Wendehorst, in: Schulze, Art. 5 CESL (P) Regulation, Rn. 37 ff.

507 Interview geführt mit Prof. Dr. Patrick Sensburg, damals MdB, auf der Tagung „The proposal for a Common European Sales Law: taking stock after a year“ im Europäischen Parlament in Brüssel, 27. November 2012, Transkription von Fabian Hafenbrädl.

508 Schuller/Zenefels, in: Dannemann/Vogenauer, 581, 583 f.

509 Druschel, GRUR Int. 2015, 125, 129.

510 Zoll, in: Schulze, CESL (Commentary), Art. 102 CESL, Rn. 18.

511 ErWG 19, Art. 2 Abs. 2, Art. 5 Abs. 1 lit. g), Art. 14 Abs. 4 lit. a), Art. 16 lit. m) Verbraucherrechte-Richtlinie 2011/83/EU.

512 Micklitz/Reich, The Commission Proposal for a „Regulation on a Common European Sales Law (CESL)“ – Too Broad or not Broad Enough? in: EUI Working Papers, Law 2012/004, 14.

## 5. Zusammenfassung

Der EU-Verordnungsentwurf für ein Gemeinsames Europäisches Kaufrecht erfasst mit dem Vertragstyp der Bereitstellung digitaler Inhalte die dauerhafte Überlassung von Standardsoftware.

## II. Digitale-Inhalte-Richtlinie (EU) 2019/770

Nach der im Jahr 2015 von der neuen Kommission „Juncker“ vorgestellten Strategie für einen digitalen Binnenmarkt<sup>513</sup> erfolgte noch im Dezember desselben Jahres ein Vorschlag für eine Richtlinie über bestimmte vertragsrechtliche Aspekte der Bereitstellung digitaler Inhalte, welcher schließlich im April 2019 kurz vor Ende der Amtszeit der damaligen Kommission vom Rat angenommen wurde.<sup>514</sup> In der Zwischenzeit war der Vorschlag nicht weniger als 34-mal im Rat erörtert worden.<sup>515</sup> Die angenommene Fassung weicht inhaltlich stark vom ursprünglichen Richtlinienvorschlag ab und umfasst neben 27 Artikeln auch 87 und somit überproportional viele ErwG. In der Richtlinie (EU) 2019/770 wird der Weg der Vollharmonisierung gegangen. Dies erlaubt es den nationalen Gesetzgebern weder das vorgesehene Verbraucherschutzniveau zu senken noch dieses anzuheben. Diese Einschränkung gilt allein innerhalb des Anwendungsbereichs der Richtlinie.<sup>516</sup>

---

513 Mitteilung der Kommission an das Europäische Parlament, den Rat, den Europäischen Wirtschafts- und Sozialausschuss und den Ausschuss der Regionen. Strategie für einen digitalen Binnenmarkt für Europa, COM (2015) 192 final, 06. Mai 2015, S. 5.

514 Spindler/Sein, MMR 2019, 415 beschreibend.

515 Document 52015PC0634. Procedure 2015/0287/COD. COM (2015) 634: Vorschlag für eine Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rates über bestimmte vertragsrechtliche Aspekte der Bereitstellung digitaler Inhalte ([https://eur-lex.europa.eu/legal-content/DE/HIS/?uri=CELEX:52015PC0634#2015-12-09\\_ADP\\_byCOM](https://eur-lex.europa.eu/legal-content/DE/HIS/?uri=CELEX:52015PC0634#2015-12-09_ADP_byCOM)) (aufgerufen am 01. Dezember 2023)

516 Kramme, RD 2021, 20, Rn. 1. Somit sind nationale Gesetzgeber u.a. grundsätzlich frei, auch Unternehmerverträge oder Vertragsbeziehungen zwischen Verbrauchern in den persönlichen Anwendungsbereich der Umsetzungsgesetze miteinzubeziehen.

## 1. Grundsätzliche Anwendbarkeit auf Softwareverträge

### a) EU-Richtlinienvorschlag über bestimmte vertragsrechtliche Aspekte der Bereitstellung digitaler Inhalte

Noch mehr als im EU-Verordnungsvorschlag zum Gemeinsamen Europäischen Kaufrecht wurde im EU-Richtlinienvorschlag über bestimmte vertragsrechtliche Aspekte der Bereitstellung digitaler Inhalte darauf verzichtet, eine typologische Einordnung des Vertrages über die Bereitstellung digitaler Inhalte vorzunehmen. Vielmehr wurde der Fokus auf Leistungspflichten und das Leistungsstörungsrecht gelegt.<sup>517</sup> Der persönliche Anwendungsbereich des Richtlinienvorschlags umfasste allein Verbraucherverträge.<sup>518</sup> Der sachliche Anwendungsbereich schloss die in diesem 2. Teil betrachteten Softwareverträge mit ein.<sup>519</sup> Die dauerhafte Überlassung von Standardsoftware war als Vertrag, auf dessen „Grundlage ein Anbieter einem Verbraucher digitale Inhalte bereitstellt oder sich hierzu verpflichtet und der Verbraucher als Gegenleistung einen Preis zahlt“ gemäß Art. 3 Nr. 1 Richtlinienvorschlag, zu qualifizieren.<sup>520</sup> Dabei fiel Standardsoftware gemäß Art. 2 Nr. 1 lit. a) a. E. Richtlinienvorschlag zumindest als „sonstige Software“ in den Anwendungsbereich.<sup>521</sup> In Art. 2 Nr. 10 Richtlinienvorschlag wurde mit „Verschaffung des Zugangs“ und der „Zurverfügungstellung“ der Terminus der Bereitstellung definiert. Auch dieses Tatbestandsmerkmal wurde bei der dauerhaften Überlassung von Standardsoftware beispielsweise mittels eines Downloads erfüllt.<sup>522</sup> Zudem war der Begriff der digitalen Inhalte unabhängig von der Art der Übermittlung zu verstehen,<sup>523</sup> um in dem schnell wachsenden und sich wandelndem Markt

---

517 Druschel/Lehmann, CR 2016, 244, 246; Spindler, MMR 2016, 147.

518 Vorschlag für eine Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rates über bestimmte vertragsrechtliche Aspekte der Bereitstellung digitaler Inhalte, COM (2015) 634 final, S. 1–37.

519 Einzelne Bereichsausnahmen finden sich in Art. 3 Abs. 5 Richtlinienvorschlag

520 Staudenmayer, NJW 2016, 2719.

521 Marly, Rn. 1126 die Subsumtion von Software als digitaler Inhalt befürwortend; Spindler, MMR 2016, 147, 148 „jegliche Software“ unter den Anwendungsbereich des Richtlinienvorschlags subsumierend.

522 Staudenmayer, ZEuP 2016, 801, 807.

523 Staudenmayer, ZEuP 2016, 801, 808, 810 auf die „grundlegende Tendenz des Richtlinienvorschlags zur Neutralität gegenüber verschiedenen Vertriebswegen“ hinweisend.

ungewollte Diskriminierungen zu vermeiden.<sup>524</sup> Wurde Software auf einem körperlichen Datenträger überlassen, welcher ausschließlich der Übermittlung diene, so kam die Richtlinie zur Anwendung und es handelte sich um eine Bereitstellung eines digitalen Inhalts.<sup>525</sup> Cloud-Dienste<sup>526</sup> bzw. Cloud Computing-Verträge<sup>527</sup> wurden als von digitalen Inhalten mitumfasst angesehen, somit fiel die Nutzung von Software mittels Cloud Computing<sup>528</sup> in den sachlichen Anwendungsbereich des Richtlinienvorschlags. Der Anwendungsbereich des Richtlinienvorschlags wurde als „extrem“ weit beschrieben,<sup>529</sup> die Europäische Kommission nannte beispielsweise die Bereitstellung von Apps ausdrücklich.<sup>530</sup> Zudem wurde die Erstellung und Überlassung von Individualsoftware<sup>531</sup> unter die Bereitstellung digitaler Inhalte subsumiert. Art. 3 Nr. 2 Richtlinienvorschlag ergänzte den Anwendungsbereich ausdrücklich auf „alle Verträge über die Bereitstellung von digitalen Produkten, die nach Spezifikationen des Verbrauchers entwickelt wurden“. Die Motivation für die Entwicklung der Software war gemäß dem Richtlinienvorschlag nicht von Relevanz.<sup>532</sup> Der Ausschluss von jeglichen

---

524 Vorschlag für eine Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rates über bestimmte vertragsrechtliche Aspekte der Bereitstellung digitaler Inhalte, COM (2015) 634 final, S. 1–37, ErwG 11. Keine digitalen Inhalte waren demnach solche, welche „derart in eine Ware integriert sind, dass sie fester Bestandteil“ von dieser sind „und ihre Funktionen der Hauptfunktionen der Ware untergeordnet sind“; Wendland, EuZW 2016, 126, 127 in diese Richtung.

525 Mit Ausnahme der Art. 5 und 11, siehe Art. 3 Nr. 3 Richtlinienvorschlag. Spindler, MMR 2016, 147, 149 dies begrüßend, auch unter Beachtung der bestehenden Diskussion bezüglich der urheberrechtlichen Erschöpfung bei Software. Die durch eine solche Differenzierung (im Urheberrecht) bestehenden Probleme seien rechtspolitisch zu beseitigen; Staudenmayer, NJW 2016, 2719, 2720, 2721 f.; Staudenmayer, ZEuP 2016, 801, 807.

526 Ostendorf, ZRP 2016, 69, 71; Staudenmayer, NJW 2016, 2719, 2720; Staudenmayer, ZEuP 2016, 801, 808.

527 Vorschlag für eine Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rates über bestimmte vertragsrechtliche Aspekte der Bereitstellung digitaler Inhalte, COM (2015) 634 final, S. 9

528 Hierzu 2. Teil § 2.

529 Spindler, MMR 2016, 147, 148.

530 Vorschlag für eine Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rates über bestimmte vertragsrechtliche Aspekte der Bereitstellung digitaler Inhalte, COM (2015) 634 final, S. 3.

531 Hierzu 2. Teil § 3.

532 Vorschlag für eine Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rates über bestimmte vertragsrechtliche Aspekte der Bereitstellung digitaler Inhalte, COM (2015) 634 final, S. 1–37, ErwG 16, in dem explizit „maßgeschneiderte Software“ Erwähnung fand.

immaterialgüterrechtlichen Aspekten gemäß ErwG 21 Richtlinienvorschlag sowie Art. 8, welcher Rechte Dritter, insbesondere solche aus dem Immaterialgüterrecht, betraf, sprachen gegen eine abschließende Regelung dieser Verträge im Richtlinienvorschlag. Vielmehr erschien es so, als sollten allenfalls Teilaspekte der in Frage stehenden Lebenssachverhalte normiert werden. Umfassende Rückschlüsse auf die schuldrechtliche Rechtsnatur eines Vertrages sind daher jeweils nicht möglich.

## b) Digitale-Inhalte-Richtlinie (EU) 2019/770

Der persönliche Anwendungsbereich der schließlich angenommenen Digitale-Inhalte-Richtlinie (EU) 2019/770 umfasst wie der Richtlinienvorschlag allein Verbraucherverträge, bei welchen ein Unternehmer einem Verbraucher digitale Inhalte oder digitale Dienstleistungen bereitstellt oder deren Bereitstellung zusagt.<sup>533</sup> Im Gleichlauf zum Richtlinienvorschlag fallen die in diesem 2. Teil betrachteten Softwareverträge auch in den sachlichen Anwendungsbereich Richtlinie (EU) 2019/770. In ErwG 19 wird klargestellt, dass „Computerprogramme“ und „Anwendungen“ als digitale Inhalte zu qualifizieren sind. Dies gilt zum einen für Software, welche mittels eines Downloads überlassen wird,<sup>534</sup> zum anderen jedoch auch für „auf körperlichen Datenträgern wie DVDs, CDs, USB-Sticks und Speicherkarten“ übermittelte Software. In letztem Fall liegen gemäß ErwG 20 sowohl die Software als auch das Trägermedium selbst im Anwendungsbereich, wenn das Trägermedium allein als Träger des Inhalts dient.<sup>535</sup> Somit erfolgt eine Gleichstellung von digital und auf einem Datenträger übermittelter Software und es kommt zu einer Technologie-, Medien- bzw. Vertriebsmethodenneutralität.<sup>536</sup> Letztlich wird der Datenträger durch die auf diesem gespeicherte Software zu einem digitalen Inhalt und nicht die Software durch ihre Verkörperung auf dem Datenträger zu einer Sa-

---

533 Art. 3 Abs. 1 Richtlinie (EU) 2019/770. Staudenmayer, ZEuP 2019, 663, 673.

534 Grüneberg: Grüneberg § 327 BGB, Rn. 4; Redeker, Rn. 744; Staudenmayer, NJW 2019, 2497.

535 Schulze, ZEuP 2019, 695, 701

536 Bach, NJW 2019, 1705, 1706; Martens, Rn. 166, 172; Staudenmayer, ZEuP 2019, 663, 668, 673 in diese Richtung; Staudinger/Beckmann, in: Staudinger, Vorbem zu §§ 433 ff. BGB, Rn. 57 auf die Technologieneutralität hinweisend, welche demnach in das BGB Einzug findet.

che.<sup>537</sup> Dieser Schritt des EU-Gesetzgebers wird befürwortet, insbesondere auch unter Berücksichtigung der urheberrechtlichen Diskussion über die Erschöpfung des Verbreitungsrechts bei der Softwareübermittlung mittels eines Downloads<sup>538</sup> sowie des in Deutschland bestehenden juristischen Meinungsstreites über die Sachqualität von Software.<sup>539</sup> Die Nutzung von Software mittels Cloud Computing wird eingeordnet als digitale Dienstleistung, „die die Erstellung, Verarbeitung oder Speicherung von Daten in digitaler Form sowie den Zugriff auf sie ermöglicht einschließlich Software-as-a-Service, (...), Textverarbeitung oder Spiele, die in einer Cloud-Computing-Umgebung (...) angeboten werden.“<sup>540</sup> Der Zugriff auf digitale Inhalte wie Software über eine Cloud ist im Ergebnis von der Richtlinie (EU) 2019/770 umfasst.<sup>541</sup> Dabei ist zu beachten, dass Regelungen der Richtlinie (EU) 2019/770 bezüglich digitaler Dienstleistungen nicht von solchen zu digitalen Inhalten divergieren.<sup>542</sup> Die Erstellung von Individualsoftware kann unter Art. 3 Abs. 2 Richtlinie (EU) 2019/770, welcher regelt, dass die Richtlinie auch bei nach den nach Spezifikationen des Verbrauchers entwickelten digitalen Inhalten zur Anwendung kommt,<sup>543</sup> subsumiert werden.

Zu beachten sind jedoch zahlreiche Bereichsausnahmen gemäß Art. 3 Abs. 5 Richtlinie (EU) 2019/770 wie zum Beispiel kostenfrei zur Verfügung gestellte Open Source Software. In Art. 3 Abs. 9 Richtlinie (EU) 2019/770 wird darüber hinaus klargestellt, dass diese Richtlinie

---

537 Bach, NJW 2019, 1705 f. Normiert ist dies sowohl in Art. 3 Abs. 4 lit. a) Warenkauf-Richtlinie (EU) 2019/771 als auch in Art. 3 Abs. 2 Digitale-Inhalte-Richtlinie (EU) 2019/770. Hingegen in körperliche Gegenstände wie Smartwatches, etc. integrierte Software wird nicht gemäß der Richtlinie (EU) 2019/770 bereitgestellt. Abgrenzungskriterium ist, ob die Ware eine über die Tatsache, ein Trägermedium zu sein, hinausgehende weitere Funktion hat. Dies ist bei der Software-DVD nicht der Fall, bei einem Computer, Smart-TV, Smartphone oder einer Smartwatch jedoch zu befürworten. Im Zweifel handelt es sich um Waren, wie ErWG 21 Richtlinie (EU) 2019/770 klarstellt. Im Übrigen gilt: Enthält ein Vertrag sowohl digitale als auch sonstige Inhalte, findet die Richtlinie (EU) 2019/770 (nur) auf die digitalen Elemente Anwendung (Art. 3 Abs. 4 Richtlinie (EU) 2019/770). Die Richtlinie (EU) 2019/770 folge diesbezüglich der Kombinationstheorie, Bach, NJW 2019, 1705, 1706.

538 Spindler/Sein, MMR 2019, 415; hierzu 3. Teil.

539 Hierzu 2. Teil § 1 B I. 1. a).

540 ErWG 20 Richtlinie (EU) 2019/770. Redeker, Rn. 744; Spindler/Sein, MMR 2019, 415, 416.

541 Staudenmayer, NJW 2019, 2497; Staudenmayer, ZEuP 2019, 663, 671.

542 Staudenmayer, ZEuP 2019, 663, 671.

543 Spindler/Sein, MMR 2019, 415, 416; Staudenmayer, ZEuP 2019, 663, 668.

## 2. Teil. Softwareverträge in europäischen Rechtsordnungen

„das Unionsrecht und das nationale Recht auf dem Gebiet des Urheberrechts und der verwandten Schutzrechte“ unberührt lässt, auch wird ausdrücklich die InfoSoc-Richtlinie 2001/29/EG genannt. In ErwG 12 Richtlinie (EU) 2019/770 wird darüber hinaus auf das urheberrechtliche Verbreitungsrecht Bezug genommen.<sup>544</sup>

### c) Abgrenzung zur Warenkauf-Richtlinie (EU) 2019/771

Neben der Digitale-Inhalte-Richtlinie (EU) 2019/770 wurde auch die Warenkauf-Richtlinie (EU) 2019/771 angenommen.<sup>545</sup> Wie in deren ErwG 13 ausformuliert, greifen diese und die Digitale-Inhalte-Richtlinie (EU) 2019/770 ineinander. Die Warenkauf-Richtlinie (EU) 2019/771 erfasst gemäß Art. 3 Abs. 3 S. 2 digitale Inhalte jedoch nur, soweit diese zum Kaufzeitpunkt in einen körperlichen Gegenstand integriert sind. Dies schließt beispielsweise den Kauf eines Computers mit Software ein. Verträge über separate Software sind jedoch gemäß Art. 3 Abs. 4 lit. a) vom Anwendungsbereich der Warenkauf-Richtlinie (EU) 2019/771 ausgenommen, selbst wenn die Software auf einem körperlichen Datenträger überlassen wird. Ein solcher Vertrag unterliegt demnach, wie oben dargelegt, der Digitale-Inhalte-Richtlinie (EU) 2019/770. Im Ergebnis ist die Warenkauf-Richtlinie (EU) 2019/771 somit für die in dieser Arbeit betrachteten Softwareverträge nicht weiter von Relevanz.

## 2. Vertragstypübergreifende Geltung

Besonderheit des Richtlinienvorschlags über bestimmte vertragsrechtliche Aspekte der Bereitstellung digitaler Inhalte war der Weg der vertragstypübergreifenden Geltung. So rückte schon der Richtlinienvorschlag vertragliche Pflichten in den Mittelpunkt und sah von einer schuldrechtlichen Einordnung der Bereitstellung digitaler Inhalte ab. Es sollte vielmehr allein in der Kompetenz der Mitgliedstaaten liegen, die Rechtsnatur der relevanten Verträge zu bestimmen.<sup>546</sup> Das heißt, im Richtlinienvorschlag wurde nicht festgelegt, ob der Vertrag über die Bereitstellung digitaler Inhalte

---

544 Hierzu 3. Teil.

545 Bach, NJW 2019, 1705 in dieser allein eine „Aktualisierung und vor allem Konkretisierung der Verbrauchsgüterkauf-RL von 1999“ erkennend.

546 Spindler, MMR 2016, 147; Staudenmayer, ZEuP 2016, 801, 805.

bzw. digitaler Dienstleistungen als Kauf-, Dienstleistungs-, Mietvertrag oder Vertrag Sui-Generis einzuordnen ist.<sup>547</sup> Dieser Regelungsansatz wird teils als „mutiger Schritt nach vorne“ bezeichnet, denn dies erlaubt Offenheit bezüglich der „rasanten Fortentwicklungen der Geschäftsmodelle und der verschiedenen Technologien“.<sup>548</sup> Auch der urheberrechtlich neutrale Terminus des Bereitstellens (englisch: „supply“) sei weitsichtig ausgewählt, denn dieser impliziere keine urheberrechtliche Rechtsfolge bezüglich einer potentiellen urheberrechtlichen Erschöpfung des Verbreitungsrechts.<sup>549</sup>

Dieser Ansatz setzt sich auch in der angenommenen Richtlinie (EU) 2019/770 durch. In ErwG 12 Richtlinie (EU) 2019/770 wird ausdrücklich klargestellt: „Auch die Rechtsnatur von Verträgen über die Bereitstellung digitaler Inhalte oder digitaler Dienstleistungen sollte nicht durch diese Richtlinie bestimmt werden, und die Klärung der Frage, ob solche Verträge beispielsweise einen Kauf-, Dienstleistungs- oder Mietvertrag oder einen Vertrag Sui-Generis darstellen, sollte dem nationalen Recht überlassen bleiben.“ Der sachliche Anwendungsbereich richte sich demnach allein nach dem Vertragsgegenstand, jedoch nicht nach dem Vertragstyp,<sup>550</sup> insbesondere werde kein Vertragstyp, welcher „selbständig zum Beispiel neben Kauf oder Miete treten würde“, geschaffen.<sup>551</sup> Damit werde sich von jeglicher schuldrechtlichen Einordnung<sup>552</sup> sowie den konkreten Leistungspflichten<sup>553</sup> gelöst und die Normen deckten alle Vertragstypen mit digitalen Inhalten und digitalen Dienstleistungen ab. Die in den Normen letztlich fehlende Unterscheidung anhand von Leistungspflichten wird positiv bewertet, denn eine Unterscheidung zwischen den Produktkategorien

---

547 Vorschlag für eine Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rates über bestimmte vertragsrechtliche Aspekte der Bereitstellung digitaler Inhalte, COM (2015) 634 final, S. 7.

548 Martens, Rn. 164; Spindler, MMR 2016, 219, 224.

549 Sattler, NJW 2020, 3623, Rn. 19 in Bezug auf die schließlich angenommene Richtlinie (EU) 2019/770.

550 Bach, NJW 2019, 1705, 1706; Spindler/Sein, MMR 2019, 415; Staudinger/Beckmann, in: Staudinger, Vorbem zu §§ 433 ff. BGB, Rn. 55.

551 BRegE. Entwurf eines Gesetzes zur Umsetzung der Richtlinie über bestimmte vertragsrechtliche Aspekte der Bereitstellung digitaler Inhalte und digitaler Dienstleistungen, BT-Drs. 19/27653, S. 27.

552 Schulze, ZEuP 2019, 695, 698 f.; Staudinger/Beckmann, in: Staudinger, Vorbem zu §§ 433 ff. BGB, Rn. 55.

553 BRegE. Entwurf eines Gesetzes zur Umsetzung der Richtlinie über bestimmte vertragsrechtliche Aspekte der Bereitstellung digitaler Inhalte und digitaler Dienstleistungen, BT-Drs. 19/27653, S. 27 in diese Richtung.

fällt zunehmend schwerer.<sup>554</sup> Schließlich sei es das Ziel, die bisher in den Mitgliedstaaten jeweils erfolgten schuldrechtlichen Einordnungen aufrechtzuerhalten.<sup>555</sup>

Diese bewusste Entscheidung der Kommission<sup>556</sup> hat weitreichende Auswirkungen auf die folgenden Ausführungen. Ziel dieses 2. Teils ist es, die schuldrechtliche Rechtsnatur von Softwareverträgen zu bestimmen, unter Berücksichtigung des deutschen, englischen und französischen Vertragsrechts sowie EU-rechtlicher Normen in diesem Sachzusammenhang. Eingangs wurde der EU-Verordnungsvorschlag für ein Gemeinsames Europäisches Kaufrecht analysiert und die in diesem bestehenden Verträge, unter welche die dauerhafte Überlassung von Standardsoftware subsumiert werden könnte, beschrieben.<sup>557</sup> Die Digitale-Inhalte-Richtlinie (EU) 2019/770 sowie der dieser zu Grunde liegende Richtlinienvorschlag über bestimmte vertragsrechtliche Aspekte der Bereitstellung digitaler Inhalte stellen jedoch keine tauglichen Erkenntnisquellen dar, denn die Frage der Rechtsnatur von Softwareverträge soll durch diese nicht beantwortet werden.

### 3. Zusammenfassung

Aus dem EU-Richtlinienvorschlag über bestimmte vertragsrechtliche Aspekte der Bereitstellung digitaler Inhalte sowie der Digitale-Inhalte-Richtlinie (EU) 2019/770 können keine Erkenntnisse für die schuldrechtliche Einordnung der dauerhaften Überlassung von Standardsoftware gewonnen werden. Vielmehr ist eine vertragsübergreifende Anwendung gewollt, soweit die jeweiligen Verträge digitale Inhalte bzw. digitale Dienstleistungen zum Vertragsgegenstand haben. Die Frage der Rechtsnatur der in den Anwendungsbereich der Normen fallenden Verträge soll allein dem nationalen Vertragsrecht der Mitgliedstaaten vorbehalten bleiben. Dies gilt in gleicher Weise für die in den folgenden § 2 und § 3 des 2. Teils betrachteten Softwareverträge, namentlich der Softwarenutzung mittels Cloud Computing und der Erstellung und Überlassung von Individualsoftware.

---

554 Staudenmayer, NJW 2019, 2497.

555 Staudenmayer, ZEuP 2019, 663, 668.

556 Staudenmayer, NJW 2019, 2497, 2498.

557 Hierzu 2. Teil § 1 I. 3.

### III. Zusammenfassung

Von den hier betrachteten EU-rechtlichen Normen stellt allein der Verordnungsvorschlag für ein Gemeinsames Europäisches Kaufrecht eine taugliche Quelle zur Bestimmung der schuldrechtlichen Rechtsnatur von Softwareverträgen, namentlich der dauerhaften Überlassung von Standardsoftware, dar. Verträge zur dauerhaften Überlassung von Standardsoftware sind demnach als Verträge über die Bereitstellung digitaler Inhalte einzuordnen.

#### B. Deutschland

Die Rechtsnatur von Verträgen über die dauerhafte Überlassung von Standardsoftware ist in Deutschland umstritten. Die Bezeichnung des Vertrages durch die Vertragsparteien spielt hierfür keine Rolle.<sup>558</sup> Ausführungen aus der Zeit vor der Richtlinie 91/250/EWG sind nur bedingt heranzuziehen, denn erst mit dieser wurde ein urheberrechtlicher Rahmen für den Rechtsschutz von Software und in der Folge auch für Softwareverträge geschaffen.<sup>559</sup>

#### I. Kaufvertrag

Der Kaufvertrag wird in den §§ 433 ff. BGB normiert. Danach hat bei einem Sachkauf der Verkäufer gemäß § 433 Abs.1 S.1 BGB dem Käufer die Sache zu übergeben und das Eigentum an dieser zu verschaffen. Die Pflicht zur Übergabe zielt auf die unmittelbare Besitzverschaffung gemäß § 854 BGB ab. Den Eigentumsübergang regelt das Sachenrecht.<sup>560</sup> Darüber hinaus hat die Sache gemäß § 433 Abs.1 S.2 BGB frei von Sach- und

---

558 BGH, Urteil v. 10. März 1983 – VII ZR 302/82, NJW 1983, 1489, 1490. Beckmann, in: Staudinger, § 453 BGB, Rn. 53 in diese Richtung; Hoeren/Pinelli, 101; Koch, 461 mit Verweis auf untergerichtliche Rechtsprechung.

559 Als schon vor Erlass der Richtlinie 91/250/EWG die schuldrechtliche Einordnung von Softwareverträgen behandelnde Literatur beispielsweise Köhler, CR 1987, 827 ff. letztlich – auch von den Rechtsfolgen her – einen Kaufvertrag befürwortend; Lauer, BB 1982, 1758 f. einen Vertrag Sui-Generis erkennend.

560 Brox/Walker, § 2, Rn. 3; Weidenkaff, in: Grüneberg, § 433 BGB, Rn. 16 ff. Eine Eigentumsübertragung setzt eine dingliche Einigung nach § 929 BGB voraus, Westermann, in: MüKo, § 433 BGB, Rn. 47.

Rechtsmängeln zu sein.<sup>561</sup> Der Käufer muss gemäß § 433 Abs. 2 BGB den Kaufpreis bezahlen und die Sache abnehmen.<sup>562</sup> § 453 Abs. 1 S. 1 BGB regelt, dass für den Kauf von Rechten und sonstigen Gegenständen die Normen des Sachkaufs entsprechende Anwendung finden, soweit diese nicht explizit auf Sachen zugeschnitten sind.<sup>563</sup> Gegenstand eines Rechtskaufs kann ein subjektives Recht<sup>564</sup> wie beispielsweise ein gewerbliches Schutzrecht<sup>565</sup> oder generell eine Lizenz sein.<sup>566</sup> Das Äquivalent zur Eigentumsübertragung ist die Übertragung eines Rechts oder die Begründung eines solchen unmittelbar für den Käufer,<sup>567</sup> der Käufer muss letztlich Inhaber des Rechts werden.<sup>568</sup> Der Verkäufer hat alles für die Übertragung des Rechts Notwendige zu tun.<sup>569</sup> Das Recht muss mangelfrei sein und, soweit das Recht zum Besitz einer Sache berechtigt, muss gemäß § 453 Abs. 3 BGB auch diese frei von Sach- und Rechtsmängeln übergeben werden.<sup>570</sup> Sonstige Gegenstände im Sinne des § 453 Abs. 1 S. 1 Alt. 2 BGB sind „übertragbare Sachen (...), die einzeln oder zusammengefasst im Rechts- oder Wirtschaftsverkehr (...) zur Verwendung oder Verfügung verschafft werden.“<sup>571</sup> Als sonstiger Gegenstand in Betracht kommen „verkehrsfähige Güter“<sup>572</sup>, auch „unkörperliche“ Gegenstände, jedoch keine Forderungen oder Rechte.<sup>573</sup> Eine Eigentumsübertragung hat auch beim Kauf eines sonstigen Gegenstands zu erfolgen.<sup>574</sup> Darüber hinaus nimmt § 453 Abs. 1 S. 2 BGB Verbraucherverträge über den Verkauf digitaler Inhalte aus dem Anwendungsbereich des Kaufrechts. An dessen Stelle kommen vorrangig die §§ 327 ff.

---

561 Brox/Walker, § 4, Rn. 8 ff. zum Begriff des Sachmangels gemäß § 434 BGB und Rn. 28 ff. zum Begriff des Rechtsmangels gemäß § 437 BGB.

562 Weidenkaff, in: Grüneberg, § 433 BGB, Rn. 38, 43.

563 Weidenkaff, in: Grüneberg, § 453 BGB, Rn. 1.

564 Das ist ein solches, welches „unmittelbar aus der geltenden Rechtsordnung“ eine Befugnis für den Berechtigten darstellt, Weidenkaff, in: Grüneberg, § 453 BGB, Rn. 3.

565 Brox/Walker, § 1, Rn. 6; Weidenkaff, in: Grüneberg, § 453 BGB, Rn. 4; Westermann, in: MüKo, § 453 BGB, Rn. 5.

566 Weidenkaff, in: Grüneberg, § 453 BGB, Rn. 4.

567 Weidenkaff, in: Grüneberg, § 453 BGB, Rn. 11, 14.

568 Brox/Walker, § 2, Rn. 11.

569 Westermann, in: MüKo, § 453 BGB, Rn. 9 in diese Richtung.

570 Brox/Walker, § 2, Rn. 14.

571 Weidenkaff, in: Grüneberg, § 453 BGB, Rn. 5.

572 Brox/Walker, § 1, Rn. 7.

573 Medicus/Lorenz, § 19, Rn. 2. Die Qualifikation von Rechten als sonstiger Gegenstand ist jedoch umstritten, Weidenkaff, in: Grüneberg, § 453 BGB, Rn. 5 eine solche befürwortend.

574 Weidenkaff, in: Grüneberg, § 453 BGB, Rn. 1, 11.

BGB zur Anwendung.<sup>575</sup> Soweit diese Normen jedoch keine Regelungen enthalten, wird das Kaufrecht nicht verdrängt. Anwendbar verbleibt unter anderem die Pflicht zur Kaufpreiszahlung.<sup>576</sup>

## 1. Sachkauf

### a) Software als Sache

Voraussetzung für die schuldrechtliche Einordnung als Sachkauf ist insbesondere, dass die zu überlassende Software eine Sache im Sinne des Kaufrechts darstellt. Diese Rechtsfrage wird seit Jahrzehnten sehr kontrovers diskutiert.<sup>577</sup> Schon der Umfang des kaufrechtlichen Sachbegriffs ist umstritten. Teils wird auf § 90 BGB und somit auf den im Allgemeinen Teil des BGB normierten Sachbegriff verwiesen,<sup>578</sup> welcher einen körperlichen Gegenstand voraussetzt. Körperlich bedeutet, dass der Gegenstand angefasst werden kann bzw. sinnlich wahrnehmbar ist. Zudem muss er „technisch beherrschbar“<sup>579</sup> bzw. im Raum abgrenzbar sein.<sup>580</sup> Der Sachbegriff des § 433 Abs. 1 BGB wird auch als über den Sachbegriff des § 90 BGB hinausgehend beschrieben,<sup>581</sup> demnach sind alle „handelsfähigen Güter“ mitumfasst.<sup>582</sup> Es wird auch auf § 119 Abs. 2 BGB aus dem Anfechtungsrecht verwiesen, bei welchem eine Sache als allgemeiner „Geschäftsgegenstand“ angesehen wird. Es sei dieser Gedanke des autonomen Sachbegriffs auch auf den Besonderen Teil des Schuldrechts zu übertragen.<sup>583</sup> Für den Sach-

---

575 Faust, in: BeckOK BGB, § 453 BGB, Rn. 35; Hilber, in: Borgers/Hilber, § 453 BGB, Rn. 2a.

576 Faust, in: BeckOK BGB, § 453 BGB, Rn. 37.

577 Brandi-Dohrn/Lejeune/Stögmüller/Heydn/Moritz/Scherenberg/Schneider, CR 2012, 216, 218 f. beschreibend; Thewalt, 42 beschreibend bzw. Rn. 151 mit Verweis auf weitere Literatur.

578 Staudinger/Beckmann, in: Staudinger, § 433 BGB, Rn. 3 f.; Lenhard, 12 f.; Marly, Rn. 712; Weidenkaff, in: Grüneberg, § 433 BGB, Rn. 5.

579 Stresemann, in: MüKo, § 90 BGB, Rn. 1.

580 Ellenberger, in: Grüneberg, § 90 BGB, Rn. 1; Fritzsche, in: BeckOK BGB, § 90 BGB, Rn. 7; Stieper, in: Staudinger, Vorbem zu §§ 90 BGB, Rn. 9, § 90 BGB, Rn. 2.

581 Bydliński, AcP, Bd. 198, 1998, 287, 300; Fritzsche, JuS 1995, 497, 499; Thewalt, 50 f.

582 Fritzsche, JuS 1995, 497, 499.

583 Thewalt, 49 f. mit weiteren Quellen sowie mit Verweis u. a. auf eine Reichsgerichtsentscheidung vom 22. November 1935, RGZ 149, 235, in welcher dieses ausgeführt, dass eine Grundschuld auch eine Sache im Sinne des Anfechtungsrechts ist und der strenge Wortsinn des § 90 BGB nicht gilt.

begriff des § 90 BGB könne jedoch die Klammerfunktion des Allgemeinen Teils des BGB herangezogen werden.<sup>584</sup> Auch der BGH befürwortete teils ohne Begründung § 90 BGB als gesetzlichen Rahmen.<sup>585</sup> Schließlich stellt § 90 BGB insbesondere aufgrund der vorstehend beschriebenen Klammerfunktion des Allgemeinen Teils des BGB den Rahmen für den kaufrechtlichen Sachbegriff dar. Für die Einordnung von Software als Sache werden im deutschen Recht verschiedene Ansätze verfolgt, welche auch auf den unterschiedlichen technischen Entwicklungsstufen bei der Softwareüberlassung basieren.

### (1) Software mit Datenträger

Teils wird Software mit einem Datenträger als Gegenstand des Sachkaufs eingeordnet. Die BGH-Rechtsprechung zur Sachqualität von Software wurde vom VIII. Zivilsenat ab dem Jahr 1987 entwickelt.<sup>586</sup> Das damals ergangene Grundsatzurteil war der Beginn einer Reihe von Entscheidungen, in welchen auf einem Datenträger verkörperte Standardsoftware als Sache und somit Gegenstand des Sachkaufs angesehen wurde.<sup>587</sup> Heute kann dies als ständige Rechtsprechung und herrschende Meinung bezeichnet werden.<sup>588</sup> Die Befürwortung der Sachqualität fußt darauf, dass Software stets auf einem Datenträger, welcher eine Sache gemäß § 90 BGB ist, überlassen wird und mit diesem eine Einheit darstellt. Der „Datenträger mit dem

---

584 Lenhard, 12 f.; Weidenkaff, in: Grüneberg, § 433 BGB, Rn. 5.

585 BGH, Urteil v. 15. November 2006 – XII ZR 120/04, NJW 2007, 2394, Rn. 14.

586 Das Grundsatzurteil für die kaufrechtliche Einordnung ist BGH, Urteil v. 04. November 1987 – VIII ZR 314/86, NJW 1988, 406 ff., in dem dieser bei der Standardsoftwareüberlassung auf Dauer gegen Einmalzahlung einen Eigentumsübergang an der Kopie erkannte. Allerdings sprach der BGH nur von einer „zumindest entsprechenden Anwendung“ der kaufrechtlichen Regelungen. Als Voraussetzungen verlangte er eine Überlassung (1.) gegen ein Einmalentgelt (Ratenzahlung kann auch als Einmalentgelt angesehen werden, BGH, Urteil v. 22. Dezember 1999 – VIII ZR 299/98, NJW 2000, 1415), (2.) auf Dauer, und (3.) zur freien Verfügung des Kunden. Der BGH sprach neben der Übereignung der Kopie auch von einer Übereignung der Hardware. Bydlinski, AcP, Bd. 198, 1998, 287, 307 dem BGH zustimmend.

587 Ellenberger, in: Grüneberg, § 90 BGB, Rn. 2 den Datenträger als Sache bezeichnend, hingegen bei Download von Software auf § 453 BGB verweisend.

588 Fritzsche, in: BeckOK BGB, § 90 BGB, Rn. 28 darauf verweisend; Huppertz, CR 2006, 145, 146 dies feststellend mit Verweis auf BGH, Urteil v. 04. November 1987 – VIII ZR 314/86, NJW 1988, 406 ff.; Marly, Rn. 730; Staudinger/Beckmann, in: Staudinger, Vorbem zu §§ 433 ff. BGB, Rn. 56.

darin verkörpertem Programm“ sei eine körperliche Sache,<sup>589</sup> auf diesem werde die Software materialisiert.<sup>590</sup> Dieser werde somit Gegenstand des § 433 BGB.<sup>591</sup> Der Anknüpfungspunkt für die Sachqualität der Software liegt folglich im Datenträger. Teils wird die Software sachenrechtlich als Teil des Datenträgers angesehen.<sup>592</sup>

## (2) Software an sich

Vereinzelt äußerte sich der BGH in früheren Entscheidungen zur Sachqualität von Software, welche unabhängig von einem Datenträger ist.<sup>593</sup> Es erfolgte somit eine Betrachtung der Software an sich. In einem Urteil aus dem Jahr 1989 verwies der BGH auf die vorstehend beschriebene Rechtsprechung zur Software mit Datenträger, stellte jedoch fest, dass Software, welche ohne Datenträger überlassen wird, keine Sache ist. Dabei ließ der BGH offen, ob bei ohne Datenträger überlassener Software an der beim Nutzer gespeicherten Kopie Besitz verschafft wird. Gemäß dem BGH spielt es aus wirtschaftlicher Sicht für das im Urteil relevante Abzahlungsgesetz keine Rolle, ob die Software mit oder ohne einem Datenträger überlassen wird und das Abzahlungsgesetz kann zumindest entsprechend angewandt

---

589 BGH, Urteil v. 14. Juli 1993 – VIII ZR 147/92, NJW 1993, 2436, 2438 zwar darlegend, dass „der Senat bereits mehrfach entschieden (hat), dass eine Standardsoftware als eine bewegliche Sache anzusehen ist“. Im übernächsten Satz aber ausführend, dass allein „entscheidend ist, dass es sich (...) um ein auf einem Datenträger verkörpertes Programm und damit um eine körperliche Sache (§ 90 BGB) handelt.“ Es kommt demnach auf die Verbindung mit dem Datenträger an; BGH, Urteil v. 15. November 2006 – XII ZR 120/04, NJW 2007, 2394, Rn. 15 bestätigend. In Bezug auf ein Wandlungsrecht nach § 569 S. 2 BGB a.F. äußerte sich der BGH über die Sacheinheit von Soft- und Hardware und kritisierte eine solche nicht, führte aber insbesondere bezüglich der entstehenden getrennten Märkte von Hard- und Software aus, dass Software evtl. auch ein selbstständiges Vertragsobjekt sein kann, BGH, Urteil v. 18. Oktober 1989 – VIII ZR 325/88, NJW 1990, 320, 321 sowie mit Verweis auf BGH, Urteil v. 02. Mai 1985 – I ZB 8/84, NJW-RR 1986, 219 ff.

590 Brandi-Dohrn, CR 1986, 63, 66 beschreibend.

591 Ellenberger, in: Grüneberg, § 90 BGB, Rn. 2.

592 Bydlinski, AcP, Bd. 198, 1998, 287, 315 ff. mit Verweis auf die sachenrechtlichen Normen §§ 93, 947, 950 BGB.

593 Schneider, ITRB 2014, 120 feststellend, Software ist „unabhängig von der „Verkörperung“ auf einem Datenträger eine Sache, an der der Kunde bei Kauf Eigentum erwirbt“.

werden.<sup>594</sup> Diese Entscheidung wurde von Redeker früher dahingehend interpretiert, dass Software ohne Datenträger, also Software an sich, Gegenstand eines Sachkaufvertrages sein kann.<sup>595</sup>

### (3) Immanente Verkörperung von Software auf einem Datenträger

Im Jahr 2006 setzte der BGH im sogenannten „ASP“-Urteil<sup>596</sup> mit einer Entscheidung zur Sachqualität von Software zum einen seine vorstehend beschriebene ständige Rechtsprechung fort,<sup>597</sup> zum anderen stellte er diese argumentativ auf ein neues Fundament. Der BGH erklärte, dass Software, „um ihre Funktion erfüllen zu können, d.h., um überhaupt nutzbar zu sein“, auf einem Datenträger verkörpert sein muss.<sup>598</sup> Eine solche Verkörperung könne auch erst beim Nutzer – zum Beispiel nach einem Download – erfolgen.<sup>599</sup> Damit ziele der BGH nicht mehr auf einen überlassenen Datenträger ab, sondern allein auf eine abstrakt notwendige Verkörperung, welche die Software „im Raum abgrenzbar“ mache.<sup>600</sup> Software sei durchgängig auf einem Datenträger verkörpert und folglich mit herkömmlichen Sachen gleichzustellen.<sup>601</sup> Der BGH zog darüber hinaus einen Vergleich zu einem Buch. Wie ein solches stelle Software eine „verkörperte geistige Leistung“ dar<sup>602</sup> und der Inhalt spiegle den überragenden geistigen Wert

---

594 BGH, Urteil v. 18. Oktober 1989 – VIII ZR 325/88, NJW 1990, 320 mit Verweis auf BGH, Urteil v. 02. Mai 1985 – I ZB 8/84, NJW-RR 1986, 219.

595 Redeker, Rn. 556 ff. diese Entscheidung als grundlegend ansehend und auf zahlreiche dieser folgenden Literatur und Rechtsprechung verweisend (in früherer Auflage: 2. Auflage, 2012).

596 BGH, Urteil v. 15. November 2006 – XII ZR 120/04, NJW 2007, 2394 ff. Dreier/Vogel, 120 allgemein diesem zustimmend.

597 Der BGH stützte seine Ausführungen auf acht vorangegangene Entscheidungen, BGH, Urteil v. 15. November 2006 – XII ZR 120/04, NJW 2007, 2394, Rn. 15.

598 BGH, Urteil v. 15. November 2006 – XII ZR 120/04, NJW 2007, 2394, Rn. 16. Beckmann, in: Staudinger, § 453 BGB, Rn. 56 dem BGH als „nachvollziehbar“ zustimmend; Müller-Hengstenberg, NJW 1994, 3128, 3130 einen solchen Ansatz auch schon früher vertretend. BGH, Urteil v. 23. August 2018 – III ZR 192/17, NJW 2019, 47, Rn. 20 die Sachqualität einer Datei (Online-Ticket) jedoch verneinend.

599 Koch, 406 f.

600 Dreier/Vogel, 118 beschreibend.

601 Dreier/Vogel 118 f. daher die Sacheigenschaft befürwortend; Koch, 471 dem BGH zustimmend.

602 BGH, Urteil v. 15. November 2006 – XII ZR 120/04, NJW 2007, 2394, Rn. 16. Maume/Wilser, CR 2010, 209, 210 den Vergleich des BGH zwar als nicht überzeugend ansehend, aber als „griffigen Anknüpfungspunkt“ begrüßend.

wider. Als allein geistiges Werk könne Software seinen Zweck aber nicht erfüllen, was diese auch zum Beispiel von reinem Know-how unterscheidet.<sup>603</sup> Eine Betrachtung nur der immateriellen Software gehe folglich fehl, denn diese werde erst über den Datenträger nützlich und lasse sich erst so weitergeben.<sup>604</sup> In gleicher Weise wie eine Trennung von Buch und Inhalt nicht möglich sei, verhalte es sich bei der als Sache verkörperten Software und der Software an sich.<sup>605</sup> Unabhängig von einem Datenträger sei das Wesen der Software zu beachten, welches eine Verkörperung verlange. Die Art der tatsächlichen Überlassung der Software an den Nutzer spiele keine Rolle.<sup>606</sup> Das Programm bleibe eine Sache, trotz des alleinigen Interesses an der Information.<sup>607</sup> Ähnlich wie der BGH argumentiert auch Marly, der die notwendige Verkörperung als Kriterium ansieht, welches die Gleichbehandlung eines Downloads von Software mit der Überlassung von Software auf einem Datenträger erlaubt. Funktionell sei beides vergleichbar und gesetzliche Regelungen, die an einer Sache anknüpften, seien auszuweiten. Folglich sei keine Analogie erforderlich.<sup>608</sup>

#### (4) Abstraktes Softwareexemplar

Von Redeker wurden auch eine „abstrakte Softwarekopie“ bzw. ein „virtuelles Vervielfältigungsstück“ als Vertragsgegenstand beim Sachkauf angesprochen.<sup>609</sup> Hiernach soll ein „einzelnes Softwareexemplar“, welches unabhängig von seiner Fixierung zu betrachten ist, eine Sache im Sinne des Kaufrechts darstellen. Es handelt sich jedoch nicht um die Software an sich. Redeker sieht den Ausgangspunkt für diesen Gedankengang im „ASP“-Urteil des BGH. Dieser habe die Software von einem bestimmten Datenträger gelöst und ein solcher existiere bei der körperlosen Übertragung nicht mehr. Dem Nutzer werde aber eine Kopie der Software überlassen, welche in

---

603 Marly, Rn. 717.

604 Hoeren, CR 1988, 908, 911.

605 Marly, Rn. 718 in diese Richtung.

606 BGH, Urteil v. 15. November 2006 – XII ZR 120/04, NJW 2007, 2394, Rn. 16 in diese Richtung.

607 Koch, 471.

608 Marly, Rn. 721 auch mit Verweis auf EuGH, Urteil v. 03. Juli 2012 – C 128/11 („Used-Soft v. Oracle“), NJW 2012, 265 ff.

609 Redeker, NJOZ 2008, 2917, 2919 ff. beschreibend. Weiter versucht Redeker, Software nur fiktiv als Sache anzusehen, lehnt dies schließlich aber aus schuld- sowie sachenrechtlichen Gründen ab.

einem abstrakten Sinn bestehe und eine Sache darstelle. Die „physikalische Repräsentanz“ des virtuellen Vervielfältigungsstücks dürfe dabei auch erst nach der Rechtsübertragung entstehen.<sup>610</sup> Allerdings kann wie von Redeker selbst festgestellt eine solche Kopie nicht körperlich begriffen werden<sup>611</sup> und es fehlt an einem körperlichen Anknüpfungspunkt für den Sachbegriff. Auch finden sich in dem Urteil keine weiteren Ansätze für ein abstraktes Softwareexemplar.<sup>612</sup> Das, was virtuell bzw. abstrakt besteht, ist evtl. nur das Nutzungsrecht – ein solches möchte Redeker aber nicht in den Mittelpunkt stellen. Somit ist diese Konstruktion abzulehnen<sup>613</sup> und in der Folge nicht weiter zu erörtern.

#### (5) Zusammenfassung

Für eine Subsumtion von Software als Sache kommt eine Betrachtung der Software mit Datenträger, der Software an sich und eine Befürwortung der Sachqualität aufgrund der immanenten Verkörperung von Software auf einem Datenträger in Betracht.

#### b) Übergabe und Eigentumsübertragung sowie Kaufpreiszahlung und Abnahme der gekauften Sache

Übergabe, Kaufpreiszahlung sowie Abnahme der gekauften Sache werden in Literatur und Rechtsprechung bezüglich des hier betrachteten Softwarevertrages nicht weiter konkretisiert. Teils wird festgestellt, dass bei einem Download im Gegensatz zu einer Übereignung eines Datenträgers keine Vermögensminderung beim Verkäufer auftritt, sondern allein ein Vermögenszuwachs beim Nutzer, welcher für einen Eigentumsübergang ausreicht.<sup>614</sup> Andere erkennen eine Eigentumsübertragung am urheberrechtlichen Werkstück<sup>615</sup> oder an der Software als Sache gemäß § 90 BGB.<sup>616</sup> Der Sachbegriff wird somit ausgeweitet, was als „sachgerecht“

---

610 Redeker, CR 2014, 73, 75.

611 Redeker, NJOZ 2008, 2917, 2919.

612 Koch, 405 f. in diese Richtung.

613 Redeker, NJOZ 2008, 2917, 2919 diesen von ihm vorgeschlagen Ansatz für die Einordnung von Software als Sache schließlich selbst ablehnend.

614 Koch, 402.

615 Hoeren, CR 1988, 908, 913; Hoeren/Pinelli, 58, 102.

616 Marly, Rn. 737.

beschrieben wird.<sup>617</sup> Die Eigentumsübertragung beim Kauf habe zur Folge, dass keine Beschränkungen in Bezug auf die Nutzung der Software möglich seien, denn solche stünden im Widerspruch zu § 903 BGB.<sup>618</sup> Diese freie Benutzung decke einen wesentlichen Teil des Eigentumsbegriffs aus § 903 BGB ab. Zudem habe der Nutzer eine Ausschließlichkeitsbefugnis. Er könne die Software „ungestört“ benutzen sowie „Dritte von jeder Einwirkung aus(...)schließen“.<sup>619</sup> Gleichzeitig könne die Nutzung jedoch begrenzt und eine Weiterübertragung ausgeschlossen sein, was wiederum mit § 903 S. 1 Hs. 2 BGB vereinbar sei, denn das Urheberrecht schränke die Sachherrschaft ein.<sup>620</sup> Die Erwartung des Softwarenutzers, das Programm „zeitlich unbegrenzt“ zur „freien Verfügung“ zu erhalten, führe zur Erwartung, dass Eigentum übertragen werde.<sup>621</sup> Im Ergebnis wird somit nicht durchgehend in sachenrechtlichen Kategorien argumentiert, sondern vielmehr erfolgen Bezugnahmen auf Nutzungsrechte.

## 2. Generelle Annahme eines Sachkaufs bzw. entsprechende Anwendung des Sachkaufrechts

Zum Teil erfolgt in der Literatur für die dauerhafte Überlassung von Standardsoftware ohne näher zu differenzieren eine Einordnung als Sachkauf.<sup>622</sup> Dies wird vereinzelt beschränkt auf die Softwareüberlassung mittels

---

617 Bydlinski, AcP, Bd. 198, 1998, 287, 310 f. dies allerdings nicht begründend.

618 Hoeren/Pinelli, 101 mit einem Verweis auf BGH, Urteil v. 04. November 1987 – VIII ZR 314/86, NJW 1988, 406 ff. (Der BGH sprach in dem Urteil einmal kurz die Eigentumsübertragung an der Kopie an; Beschränkungen dieses Eigentumsrechts oder andere weitergehende diesbezügliche Ausführungen erfolgten nicht); BGH, Urteil v. 24. Januar 1990 – VIII ZR 22/89, NJW 1990, 1290 ff.; BGH, Urteil v. 07. März 1990 – VIII ZR 56/89, NJW 1990, 3011 ff. (In beiden letztgenannten Urteilen erfolgten keine Feststellungen zu einem Eigentumsübergang).

619 Marly, Rn. 737.

620 Marly, Rn. 738 mit Verweis auf BGH, Urteil v. 23. Februar 1995 – I ZR 68/93, NJW 1995, 1556 ff.

621 Ulmer, CR 2000, 493, 495 diese Entwicklung beschreibend. BGH, Urteil v. 04. November 1987 – VIII ZR 314/86, NJW 1988, 406 ff. in diesem Grundsatzurteil bei „zumindest entsprechender Anwendung“ des Kaufrechts im Fall von Standardsoftwareüberlassung auf Dauer gegen Einmalzahlung einen Eigentumsübergang an der Kopie anerkennend; BGH, Urteil v. 18. Oktober 1989 – VIII ZR 325/88, NJW 1990, 320 ff.

622 Allerdings lässt sich diese generelle Annahme wohl nur als zusammenfassende Stellungnahme ansehen, ohne explizit auf die gesetzlichen Merkmale eingehen zu wollen. Hoeren, GRUR 2010, 665 allerdings auch „kaufähnlich“; Hoeren/Pinelli, 58, 101

eines Datenträgers.<sup>623</sup> Der BGH sprach früher teils von einer entsprechenden Anwendung des Sachmängelrechts gemäß § 359 BGB a.F. und folglich des Kaufrechts und ließ die Frage der direkten Anwendbarkeit offen.<sup>624</sup> Andere stellen schlicht fest, dass Software eine Sache ist, weil dies der BGH sagt,<sup>625</sup> oder führen aus, dass der erweiterte Sachbegriff des § 90 BGB bei einer „endgültigen Überlassung“ der Software und einem „einmaligen Entgelt“ die Anwendung des Sachkaufrechts erlaubt.<sup>626</sup>

### 3. Rechtskauf

Vereinzelt wird die dauerhafte Überlassung von Standardsoftware als Rechtskauf angesehen<sup>627</sup> oder ein rechtskaufähnlicher Vertrag befürwortet. Es liege ein „Einmalschuldverhältnis“ vor, bei welchem eine Kopie überlassen werde.<sup>628</sup> Eine weitergehende Subsumtion erfolgt nicht. Im Übrigen wird ein Rechtskauf allein unter Anerkennung der Einräumung eines urheberrechtlichen Nutzungsrechts anerkannt.<sup>629</sup>

---

mit Verweis auf drei Urteile des BGH, die allerdings nicht die direkte Anwendung Kaufrechts befürworteten, sondern diese konkrete Frage offen ließen, indem jeweils von einer „zumindest“ oder „jedenfalls“ entsprechenden Anwendung des Kaufrechts gesprochen wurde: BGH, Urteil v. 04. November 1987 – VIII ZR 314/86, NJW 1988, 406 ff.; BGH, Urteil v. 24. Januar 1990 – VIII ZR 22/89, NJW 1990, 1290 ff.; BGH, Urteil v. 07. März 1990 – VIII ZR 56/89, NJW 1990, 3011 ff.; Hoeren, CR 1988, 908 ff.; Kotthoff, K&R 2002, 105; Lippert, CR 2002, 458, 462; Redeker, Rn. 556 mit Verweis auf BGH, Urteil v. 07. März 1990 – VIII ZR 56/89, NJW 1990, 3011 ff., jedoch ist der Bezugspunkt des Verweises unklar, Rn. 574 mit Verweis auf zahlreiche weitere ältere Literatur; Schneider, in: Handbuch des EDV-Rechts, R, Rn. 8.

623 Kraul, GRUR Int. 2009, 481, 483.

624 BGH, Urteil v. 04. November 1987 – VIII ZR 314/86, NJW 1988, 406 ff.; BGH, Urteil v. 24. Januar 1990 – VIII ZR 22/89, NJW 1990, 1290 ff.; BGH, Urteil v. 07. März 1990 – VIII ZR 56/89, NJW 1990, 3011 ff.

625 Meyer, 168 der Frage, ob Software eine Sache ist, nachgehend, letztlich aber offen lassend, 155.

626 Fritzsche, JuS 1995, 497, 499.

627 Diedrich, CR 2002, 473, 478 dies feststellend ohne näher zu differenzieren; Kraul, GRUR Int. 2009, 481, 484 für den Fall der Einräumung eines urheberrechtlichen Nutzungsrechts.

628 McGuire, GRUR 2012, 657, 662.

629 Blocher, in: Walter, Art. 5 Richtlinie 2009/24/EG, Rn. 12; Heydn, CR 2010, 765, 772 unter Bezugnahme auf § 31 UrhG, welcher das Nutzungsrecht und demnach den Vertragsgegenstand des Rechtskaufs darstellen kann. Letztlich lässt Heydn aber offen, ob Software als Recht oder sonstiger Gegenstand gemäß § 453 BGB anzusehen ist; Kraul, GRUR Int. 2009, 481, 483.

#### 4. Kauf eines sonstigen Gegenstands

In der Gesetzesbegründung von § 453 BGB wird Software explizit als sonstiger Gegenstand genannt.<sup>630</sup> Daraus wird teils gefolgert, dass Software – wenn die rechtliche Einordnung als Sache scheitert – stets unter einen solchen subsumiert werden kann.<sup>631</sup> Zum Teil wird aufgrund des § 453 BGB die Einordnung als Sachkauf auch abgelehnt.<sup>632</sup> Weiter führte diese Erwähnung in der Gesetzesbegründung auch zu einer Abnahme der Diskussion, wie die Softwareüberlassung unter das Kaufrecht subsumiert werden kann. Schließlich schreibt § 453 Abs. 1 BGB sowohl beim Rechtskauf als auch beim Kauf eines sonstigen Gegenstands die kaufrechtlichen Leistungspflichten und auch das kaufrechtliche Leistungsstörungenrecht vor.<sup>633</sup> Aus dieser Erwähnung wird teils abgeleitet, dass der Kaufvertrag für Softwareüberlassungsverträge grundsätzlich der geeignete Vertragstypus ist, auch wenn die Frage, ob eine tatbestandliche Subsumtion erfolgen kann, nicht abschließend geklärt ist.<sup>634</sup> Andere sehen mit dieser Nennung in der Gesetzesbegründung keine tiefgehende Aussage zur Sachqualität von Software, auch wäre eine solche Aussage an dieser Stelle fehl am Platz. Vielmehr müsste eine solche Festlegung im Allgemeinen Teil des BGB erfolgen, denn eine solche hätte über das Kauf- und Vertragsrecht hinausgehende Auswirkungen. Es handle sich daher in der Gesetzesbegründung allein um eine Klarstellung, dass das Kaufrecht auf die Überlassung von Software anwendbar sei.<sup>635</sup>

---

630 Gesetzesentwurf der Abgeordneten (...). Entwurf eines Gesetzes zur Modernisierung des Schuldrechts, BT-Drs. 14/6040, 242 jedoch einschränkend mit dem Nachsatz, soweit die Vorschriften „passen“. Inhaltlich dem Gesetzesentwurf zustimmend Bartsch, CR 2010, 553, 558; Brox/Walker, § 1, Rn. 7; Stichtenroth, K&R 2003, 105, 106; Thewalt, 51 ff. BRegE. Entwurf eines Gesetzes zur Umsetzung der Richtlinie über bestimmte vertragsrechtliche Aspekte der Bereitstellung digitaler Inhalte und digitaler Dienstleistungen, BT-Drs. 19/27653, S. 82 dies jüngst bestätigend, auch nach Umsetzung der Digitale-Inhalte-Richtlinie (EU) 2019/770.

631 Weidenkaff, in: Grüneberg, § 453 BGB, Rn. 8.

632 Bräutigam/Rücker, CR 2006, 361, 364 f.; Heydn, CR 2010, 765, 772 letztlich offenlassend, ob bei § 453 BGB Software als Recht oder „sonstiger Gegenstand“ anzusehen ist, die Einordnung als Sache aber insgesamt ablehnend und nicht mehr als notwendig ansehend.

633 Dreier/Vogel, 117; von dem Bussche/Schelinski, in: Münchener Anwaltshandbuch IT-Recht, Teil 2.2, Rn. 34, jeweils darauf hinweisend.

634 Lenhard, 130.

635 Marly, Rn. 726 ff., insbes. 728.

Teils wird allgemein § 453 BGB im Falle von Softwareüberlassung mittels eines Downloads für anwendbar erklärt,<sup>636</sup> denn in diesem Fall fehlt es an einem Datenträger als Sache.<sup>637</sup> Es wird argumentiert, dass Software unabhängig von der Übertragungsart ein sonstiger Gegenstand im Sinne einer „verkörperten geistigen Leistung“ ist.<sup>638</sup> Eine andere Ansicht ordnet digitale Güter wie Software zumindest als Immaterialgut ein. Über § 453 BGB gelte auch für diesen Fall das Kaufrecht.<sup>639</sup> Andere erkennen den Kauf eines sonstigen Gegenstands, jedoch ist keine Eigentumsübertragung, sondern die Einräumung eines urheberrechtlichen Nutzungsrechts in Form des Vervielfältigungsrechts geschuldet.<sup>640</sup> Zum Teil wird vertreten, die Umsetzung der Digitale-Inhalte-Richtlinie 2019/770/EG hat auf die Subsumtion von Software unter § 453 Abs. 1 S. 1 Alt. 2 BGB keinen Einfluss,<sup>641</sup> andere schließen aus dieser jedoch, dass „digitale Inhalte“ Gegenstand eines Kaufvertrages sein können.<sup>642</sup> Teils wird in der Aufnahme von digitalen Inhalten in § 453 Abs. 1 S. 2, 3 BGB eine „indirekte Bestätigung der bereits herrschenden Meinung“ angesehen, wonach es sich früher bei Software um einen sonstigen Gegenstand gehandelt hat.<sup>643</sup>

## 5. Generelle Annahme eines Kaufvertrages bzw. entsprechende Anwendung des Kaufrechts

Obige Ausführungen<sup>644</sup>, welche Gleiches in Bezug auf den Sachkauf beschreiben, stehen dem Folgenden sehr nahe und können als mitumfasst angesehen werden. Der BGH gab sich in einigen Urteilen damit zufrieden, eine Subsumtion unter die Tatbestandsmerkmale des Kaufs mit dem

---

636 Staudinger/Beckmann, in: Staudinger, Vorbem zu §§ 433 ff. BGB, Rn. 56; Stieper, in: Staudinger, § 90 BGB, Rn. 15.

637 Ellenberger, in: Grüneberg, § 90 BGB, Rn. 2; Heydn, CR 2010, 765, 772; Weidenkaff, in: Grüneberg, § 433 BGB, Rn. 9.

638 Medicus/Lorenz, § 19, Rn. 2 letztlich offenlassend, aber anmerkend, dass, wenn Software als eine solche „verkörperte geistige Leistung“ anzusehen ist, die §§ 433 ff. direkt zur Anwendung kommen, ansonsten über § 453 BGB. Zudem wird auf die Notwendigkeit der Einräumung eines urheberrechtlichen Nutzungsrechts verwiesen.

639 Weidenkaff, in: Grüneberg, § 433 BGB, Rn. 9.

640 Stieper, in: Staudinger, § 90 BGB, Rn. 14.

641 Hilber, in: BeckOK IT-Recht, § 453 BGB, Rn. 1.

642 Brox/Walker, § 1, Rn. 7.

643 Martens, Rn. 415.

644 2. Teil § 1 B II. 2.

Hinweis auf eine zumindest entsprechende Anwendung des Rechts zu umgehen.<sup>645</sup> Teils wurde auch ohne Subsumtion ein Kauf befürwortet, jedoch daneben stillschweigend der Abschluss eines Lizenzvertrages erkannt.<sup>646</sup> Dies wird auch in der Literatur übernommen.<sup>647</sup> Andere sehen aufgrund der „UsedSoft v. Oracle“-Entscheidung des EuGH,<sup>648</sup> in welcher dieser eine Auslegung des Begriffs „Verkauf“ aus Art. 4 Abs. 2 Richtlinie 2009/24/EG vornahm,<sup>649</sup> auch auf schuldrechtlicher Ebene einen

---

645 BGH, Urteil v. 18. Oktober 1989 – VIII ZR 325/88, NJW 1990, 320, 321 von einer direkten Anwendung des Kaufrechts infolge einer „Wertung (...) als Kaufvertrag“ sprechend und verweisend auf BGH, Urteil v. 04. November 1987 – VIII ZR 314/86, NJW 1988, 406, 407 f. sowie BGH, Urteil v. 25. März 1987 – VIII ZR 43/86, NJW 1987, 2004 ff. (Dieses Urteil ließ allerdings die Einordnung offen und favorisierte einen Lizenzvertrag); BGH, Urteil v. 24. Januar 1990 – VIII ZR 22/89, NJW 1990, 1290, 1291 mit Verweis auf BGH, Urteil v. 04. November 1987 – VIII ZR 314/86, NJW 1988, 406 ff. sowie BGH, Urteil v. 18. Oktober 1989 – VIII ZR 325/88, NJW 1990, 320 ff.; BGH, Urteil v. 07. März 1990 – VIII ZR 56/89, NJW 1990, 3011, 3012 mit Verweis auf BGH, Urteil v. 04. November 1987 – VIII ZR 314/86, NJW 1988, 406 ff. sowie BGH, Urteil v. 18. Oktober 1989 – VIII ZR 325/88, NJW 1990, 320 ff. und BGH, Urteil v. 24. Januar 1990 – VIII ZR 22/89, NJW 1990, 1290, 1292; BGH, Urteil v. 04. November 1992 – VIII ZR 165/91, NJW 1993, 461 ff. (Eine Computeranlage samt Software kann hiernach Gegenstand eines Kaufvertrages sein und es liegt eine Sachgesamtheit vor. In dem Urteil war das Leistungsstörungenrecht relevant); BGH, Urteil v. 22. Dezember 1999 – VIII ZR 299/98, NJW 2000, 1415 mit Verweis auf BGH, Urteil v. 04. November 1987 – VIII ZR 314/86, NJW 1988, 406 ff. sowie BGH, Urteil v. 18. Oktober 1989 – VIII ZR 325/88, NJW 1990, 320 ff. und BGH, Urteil v. 24. Januar 1990 – VIII ZR 22/89, NJW 1990, 1290 ff.

646 BGH, Urteil v. 06. Oktober 2016 – I ZR 25/15, GRUR 2017, 266 ff., Rn. 40 ff.

647 Peukert, § 35, Rn. 32 auch auf die „UsedSoft v. Oracle“-Entscheidung des EuGH verweisend und bei technischen Mängeln der Software das Sachmängelrecht und bei Mängeln in der Nutzungsrechtseinräumung das Rechtsmängelrecht für anwendbar haltend. Bei der Überlassung von Standardsoftware auf Zeit erkennt Peukert hingegen einen Lizenzvertrag, welcher ein Dauerschuldverhältnis Sui-Generis darstellt; Redeker, Rn. 555 f.; Redeker CR 2014, 73, 74 die Frage der schuldrechtlichen Einordnung der dauerhaften Überlassung von Standardsoftware gegen eine Einmalzahlung seit dem Urteil des BGH, Urteil v. 18. Oktober 1989 – VIII ZR 325/88, NJW 1990, 320 ff. zugunsten einer kaufrechtlichen Einordnung als beantwortet ansehend. Dies sieht er durch die „UsedSoft v. Oracle“-Entscheidung des EuGH bestätigt. Zudem führt er aus: „Größere Debatten über diese Lösungen gibt es nicht mehr.“ Auch gelte dies für den Erwerb von jeglichen digitalen Gütern; Westermann, in: MüKo, Vor § 433 BGB, Rn. 18 mit der „speziellen Interessenslage“ argumentierend, welche für eine Anwendung des Kaufrechts bei Softwareverträgen sprechen soll.

648 EuGH, Urteil v. 03. Juli 2012 – C 128/11 („UsedSoft v. Oracle“), NJW 2012, 2565 ff.; hierzu 3. Teil § 1 B II. 1.

649 Hierzu 3. Teil § 3 C II.

## 2. Teil. Softwareverträge in europäischen Rechtsordnungen

Verkauf von Software.<sup>650</sup> Ein anderer Argumentationsstrang folgt einer vorgeblich wirtschaftlichen Betrachtung und Gleichstellung mit einem Kauf, ohne konkrete Anknüpfungspunkte zu nennen.<sup>651</sup> Teils wird auch offen eine Subsumtion abgelehnt. Dreier/Vogel schreiben, es ist dem juristischen Geschmack des Einzelnen überlassen, ob das Kaufrecht über § 433 Abs. 1, § 453 Abs. 1 BGB oder über eine Analogie Anwendung findet.<sup>652</sup>

## 6. Urheberrechtlicher Kauf

Von Spindler/Schneider werden eine Art urheberrechtlicher Kaufbegriff vorgeschlagen und sowohl die „UsedSoft v. Oracle“-Entscheidung des EuGH<sup>653</sup> als auch die „UsedSoft II“-Entscheidung des BGH<sup>654</sup> als Begründung herangezogen. Die Rechtsnatur sei davon abhängig, ob bei der Softwareüberlassung die Erschöpfung des Verbreitungsrechts eintrete. Nur in diesem Fall komme Kaufrecht zur Anwendung. Eine Nutzungsrechtseinräumung „ohne zeitliche Begrenzung“ sei nach der Rechtsprechung des BGH in der „UsedSoft II“-Entscheidung ausreichend.<sup>655</sup> Dem liegt der Gedanke zu Grunde, dass Art. 4 Abs. 2 Richtlinie 2009/24/EG einen Verkauf als Voraussetzung für die Erschöpfung nennt.

## 7. Verbrauchsgüterkauf, Verbrauchsgüterkauf über digitale Produkte und Kauf eines digitalen Produktes

Der Verbrauchsgüterkauf ist eine besondere Art des Kaufs, welcher aus der Umsetzung der Richtlinie 1999/44/EG resultiert. Bei einem solchen finden neben den Normierungen der §§ 433 ff. BGB auch die Spezialregelungen in

---

650 Prof. Dr. Thomas Hoeren auf dem Seminar „Aktuelle Entwicklungen im IT-Vertrags- und Datenschutzrecht“ in Münster, 31. März 2017, Transkription von Fabian Hafenbrädl; Koch, ITRB 2013, 9, 10; Schneider/Spindler, CR 2012, 489, 492; Witzel CRi 2012, 116, 122.

651 Fritzsche, JuS 1995, 497, 499.

652 Dreier/Vogel, 120.

653 EuGH, Urteil v. 03. Juli 2012 – C 128/11 („UsedSoft v. Oracle“), NJW 2012, 2565 ff.; hierzu 3. Teil § 1 B II. 1.

654 BGH, Urteil v. 17. Juli 2013 – I ZR 129/08 („UsedSoft II“), NJW-RR 2014, 360 ff.

655 Schneider/Spindler, CR 2014, 213.

den §§ 474 ff. BGB Anwendung.<sup>656</sup> Bei einem Verbrauchsgüterkauf gemäß § 474 Abs. 1 BGB kauft ein Verbraucher (§ 13 BGB) von einem Unternehmer (§ 14 BGB) eine Ware. Der Terminus der Waren wird in § 241a Abs. 1 BGB legaldefiniert als „bewegliche Sachen, die nicht auf Grund von Zwangsvollstreckungsmaßnahmen oder anderen gerichtlichen Maßnahmen verkauft werden“. Zum 01. Januar 2022 ist zudem in Umsetzung der Digitale-Inhalte-Richtlinie (EU) 2019/770 und der Warenkauf-Richtlinie (EU) 2019/771 § 475a BGB Kraft getreten, welcher den „Verbrauchsgüterkaufvertrag über digitale Produkte“ normiert.<sup>657</sup> Es handelt sich bei § 475a Abs. 1 BGB um eine Lex Specialis gegenüber § 474 BGB, welche einschlägig ist bei dem Verkauf von körperlichen Datenträgern wie beispielsweise USB-Sticks, DVD oder CD, welche ausschließlich als Träger von digitalen Inhalten dienen. Auf solche Kaufverträge kommen gemäß § 475 Abs. 1 S. 2 BGB die Regelungen über digitale Inhalte gemäß §§ 327 ff. BGB zur Anwendung und diese Sachverhalte werden dem Kaufrecht entzogen. Wird allein die Software als Vertragsgegenstand eines Verbraucher-Kaufvertrages betrachtet, so kann diese als digitaler Inhalt Gegenstand eines Kaufvertrages gemäß § 453 Abs. 1 S. 2 BGB sein. Jedoch kommen auch in diesem Fall vorrangig die §§ 327 ff. BGB zur Anwendung und nicht das in den §§ 433 ff. BGB normierte Kaufrecht.<sup>658</sup> Folglich ist die dauerhafte Überlassung von Stan-

---

656 Brox/Walker, § 7, Rn. 1f.

657 Teils war früher – für den Fall der Verneinung der Sacheigenschaft von Software – auch die Anwendbarkeit der Regelungen des Verbrauchsgüterkaufs abgelehnt worden. Da § 453 Abs. 1 BGB a.F. nicht auf die §§ 474 ff. BGB verwies, sollten die §§ 474 ff. BGB allein den Kauf beweglicher Sachen normieren. Auch wurde § 453 BGB als Lex Specialis angesehen, Spindler/Klöhn, CR 2003, 81, 84 beschreibend, aber selbst bezweifelnd, mit Verweis auf zahlreiche weitere Quellen. Die Stellung des § 453 BGB im Gesetz am Ende des Sachkaufs, aber vor dem Verbrauchsgüterkauf, habe gegen eine Verweisung auf die §§ 474 ff. BGB gesprochen. Allerdings habe eine analoge Anwendung bejaht werden können, Spindler/Klöhn, CR 2003, 81, 84 f. Aus Wertungsgesichtspunkten sei jedoch zu beachten gewesen, dass das Merkmal der körperlichen Sache, welches insbesondere Unternehmens- und Immobilienkäufe, die nicht den Bereich des Verbraucherschutzes betreffen, ausgeschlossen habe, bei Software dem Wesen nach einschlägig gewesen sei. Digitale Güter wie Software hätten demnach entweder ein Verbrauchsgut im Sinne des § 474 BGB dargestellt (von dem Bussche/Schelinski, in: Münchener Anwaltshandbuch IT-Recht, Teil 2.6, Rn. 53.) oder wären als einem Konsumgut vergleichbar in Form von einer analogen Rechtsanwendung in die §§ 474 ff. BGB miteingeschlossen gewesen, Dreier/Vogel, 206 f.

658 Faust, in: BeckOK BGB, § 433 BGB, Rn. 26a jedoch nicht klar Stellung nehmend, ob digitale Inhalte allein Gegenstand eines Verbrauchsgüterkauf sein können; Hilber, in: BeckOK IT-Recht, § 433 BGB, Rn. 1a.

Standardsoftware weder als Verbrauchsgüterkauf, als Verbrauchsgüterkauf über digitale Produkte noch als Kaufvertrag über digitale Produkte zu qualifizieren, vielmehr kommen die §§ 327 ff. BGB zur Anwendung.<sup>659</sup> Dies steht im Einklang mit der Digitale-Inhalte-Richtlinie (EU) 2019/770.<sup>660</sup> Einer etwaigen schuldrechtlichen Einordnung im Verbraucherschutzrecht würde auch keine Indizwirkung für Nicht-Verbraucherverträge zukommen.<sup>661</sup>

## 8. Zusammenfassung

Für eine kaufrechtliche Einordnung der dauerhaften Überlassung von Standardsoftware werden verschiedene Ansätze vertreten. Zum einen ist dies eine Einordnung als Sachkauf. Hierbei wird entweder die Software mit Datenträger, Software an sich oder die Software aufgrund ihrer immanenten Verkörperung auf einem Datenträger als Sache angesehen. Nach einem anderen Ansatz wird das Sachkaufrecht entweder generell angenommen oder entsprechend angewandt. Zum anderen wird in diesem Softwarevertrag auch ein Rechtskauf oder ein Kauf eines sonstigen Gegenstands gesehen. Andere bevorzugen eine generelle Annahme eines Kaufvertrages bzw. eine entsprechende Anwendung des Kaufrechts. Wieder andere nehmen eine urheberrechtliche Betrachtung vor.

## II. Pachtvertrag

Vereinzelt wird für die schuldrechtliche Einordnung der dauerhaften Überlassung von Standardsoftware auch der Pachtvertrag erwähnt, welcher in den §§ 581 ff. BGB normiert ist. Bei einem solchen überlässt der Verpächter gemäß § 581 Abs. 1 S. 1 BGB sowohl den Gebrauch eines Gegenstands als auch den Genuss von dessen Früchte für die Pachtzeit an den Pächter. Der Pächter bezahlt als Gegenleistung gemäß Abs. 1 S. 2 die Pacht. Gemäß Abs. 2 sind für das Pachtrecht grundsätzlich die Normen des Mietrechts anzuwenden, außer §§ 582 bis 584b BGB regeln Abweichendes.

Die Befürwortung der Rechtsnatur des Pachtvertrages für die dauerhafte Überlassung von Standardsoftware erfolgt stets nicht originär. Es wird

---

659 Hierzu 2. Teil § 1 B IV. 2.

660 Hierzu 2. Teil § 1 A II.

661 Hierzu 2. Teil § 1 A II. 2., B IV.

ein Lizenzvertrag angenommen, welcher auf schuldrechtlicher Ebene als typengemischter Vertrag einzuordnen ist, der neben kauf- auch pachtrechtliche Elemente enthält.<sup>662</sup> Die pachtrechtliche Rechtsnatur der dauerhaften Überlassung von Standardsoftware wird im Rahmen einer lizenzvertraglichen Einordnung wieder aufgegriffen.<sup>663</sup>

### III. Immaterialgüterrechtlicher Vertrag

#### 1. Rechtseinräumung im Urheberrecht: Lizenzvertrag

Das Urheberrecht kann in Deutschland gemäß §§ 28, 29 Abs. 1 UrhG allein im Rahmen der Erbfolge übertragen werden. Diese Einschränkung stellt eine Ausprägung der in Deutschland bestehenden monistischen Theorie dar. Gemäß §§ 29 Abs. 2, 31 UrhG können jedoch Nutzungsrechte eingeräumt werden. Dies erfolgt mittels eines Lizenzvertrages. Ein solcher hat grundsätzlich die Nutzung von Immaterialgüterrechten<sup>664</sup> bzw. von Geschäfts- oder Betriebsgeheimnissen zum Gegenstand. Dem Lizenznehmer wird gegen Zahlung einer Lizenzgebühr an den Lizenzgeber die Nutzung eines Lizenzgegenstands, welcher unkörperlich ist,<sup>665</sup> ermöglicht.<sup>666</sup> Der Lizenzvertrag wird im deutschen Recht nicht gesetzlich normiert,<sup>667</sup> aber in den §§ 15 Abs. 2, 3 sowie 23, 24 PatG und in den §§ 32a Abs. 2, 69a Abs. 1 Nr. 1 UrhG erwähnt.<sup>668</sup> Zudem sind Lizenzverträge als Nutzungsrechtseinräumung im Sinne des § 31 UrhG anerkannt.<sup>669</sup> Es werden keine Rechte übertragen oder die Herrschaft über den Lizenzgegenstand abgegeben, sondern ein positives Nutzungsrecht<sup>670</sup> im Sinne des § 31 UrhG

---

662 Harke, in: MüKo, § 581 BGB, Rn. 27.

663 Hierzu 2. Teil § 1 B III. 2. c).

664 Bartenbach, A, Rn. 34; McGuire, 381 in diese Richtung, teils wird der mögliche Gegenstand eines Lizenzvertrages heute auch erweitert, was bezüglich der urheberrechtlich geschützten Software aber nicht weiter von Relevanz ist, 381 ff. Vertiefend zum Lizenzbegriff Stimmel, GRUR Int. 2010, 783, 785.

665 Groß, Rn. 13 in diese Richtung; Pahlow, 191.

666 Hilty, Lizenzvertragsrecht, 485; Pahlow, 256.

667 Hilty, Lizenzvertragsrecht, 148 f. darauf verweisend; Lenhard, 132; Pahlow, 181.

668 Der Verlagsvertrag ist als eigenständiger Lizenzvertrag im Verlagsgesetz normiert, Lenhard, 132.

669 Bartenbach, A, Rn. 243.

670 Bartenbach, A, Rn. 74; Pahlow, 255.

begründet.<sup>671</sup> Der Terminus „Lizenz“ ist Synonym von „Nutzungsrecht“.<sup>672</sup> Gerichtliche Anerkennung vom BGH erlangte der Lizenzvertrag schon im Jahr 1951 und wurde als ein „urheberrechtlicher Nutzungsvertrag“ beschrieben.<sup>673</sup>

Ein Lizenzvertrag kann im Allgemeinen der Gruppe der Gebrauchsüberlassungsverträge zugeordnet werden.<sup>674</sup> Dabei stellt neben der Genussverschaffung auch die fortdauernde Genusserhaltung eine Hauptleistungspflicht des Lizenzgebers dar.<sup>675</sup> Folglich ist ein Lizenzvertrag ein Dauerschuldverhältnis,<sup>676</sup> denn es findet kein einmaliger Gütertausch statt. Der Umfang der Gesamtleistung ist von der Vertragslaufzeit abhängig.<sup>677</sup> Das Element der „Dauer“ kann bei Lizenzverträgen, die eine einmalige Übergabe einer Sache samt einmaliger Rechtseinräumung vorsehen, im „Belassen“ des Rechts liegen.<sup>678</sup> Auch ein Lizenzvertrag ist in Verpflichtungs- und Verfügungsgeschäft aufgeteilt. Ersteres umfasst die Pflicht zur Einräumung des Nutzungsrechts sowie die Verpflichtung zur Entrichtung der Lizenzgebühr. Zweiteres betrifft die Erfüllung dieser Pflichten.<sup>679</sup> Ein Lizenzvertrag ist ein Risikogeschäft, denn es bestehen sowohl für den Lizenznehmer als auch für den Lizenzgeber stets Unsicherheiten, insbesondere hinsichtlich der tatsächlich möglichen Nutzung des Lizenzgegenstands.<sup>680</sup> Ein Formerfordernis besteht allein hinsichtlich zukünftiger Werke gemäß § 40 Abs. 1 UrhG.<sup>681</sup>

---

671 Hilty, Lizenzvertragsrecht, 82. Werden Immaterialgüterrechte hingegen in ihrer Integralität übertragen, so ist dies ein Rechtskauf, Weidenkaff, in: Grüneberg, Einführung von § 433 BGB, Rn. 22.

672 Pahlow, 188 f.

673 BGH, Urteil v. 15. Juni 1951 – I ZR 121/50, NJW 1951, 705 feststellend, dass bei einem Filmverwertungsvertrag der urheberrechtliche Teil den Hauptteil ausmacht und deshalb für das Wesen des Vertrages entscheidend ist.

674 Mc Guire, 624.

675 Hilty, Lizenzvertragsrecht, 456, 461.

676 BGH, Urteil v. 25. Februar 1977 – I ZR 67/75, NJW 1977, 1778 im Urheberrecht (Verlagsvertrag). Bartenbach, A, Rn. 38; Groß, Rn. 20; Haedicke, 247 auf zahlreiche Literatur und Rechtsprechung verweisend; Hilty, Urheberrecht, Rn. 615; McGuire, 625 dies als h.M. in Literatur und Rechtsprechung darstellend; Pahlow, 260.

677 McGuire, 624.

678 Haedicke, 255.

679 Bartenbach, A, Rn. 35.

680 Bartenbach, A, Rn. 52.

681 Bartenbach, A, Rn. 246.

Eine ausschließliche Lizenz räumt dem Lizenznehmer ein exklusives Nutzungsrecht ein,<sup>682</sup> der Lizenzgeber sichert in diesem Fall zu, Dritten keine weiteren Lizenzen einzuräumen.<sup>683</sup> Im deutschen Urheberrecht ist dies in § 31 Abs. 3 S. 1 UrhG normiert und wird als „dinglich“ beschrieben,<sup>684</sup> da die Ausschließlichkeit für den Nutzer ein „quasi-dingliches“<sup>685/</sup> „dingliches Recht“ schafft.<sup>686</sup> Treffender ist der Begriff des absoluten Rechts, zudem sind dingliche Rechte stets Teil der Menge der absoluten Rechte.<sup>687</sup> Eine solche absolute Rechtsposition ist von einer einfachen, rein schuldrechtlichen Lizenz, welche nur relativ wirkt, abzugrenzen.<sup>688</sup> Bei einer einfachen Lizenz steht das Nutzungsrecht im Mittelpunkt<sup>689</sup> und es wird dem Nutzer ein „gewöhnliches Nutzungsrecht“ eingeräumt, jedoch können vom Lizenzgeber weitere Lizenzen an andere Lizenznehmer eingeräumt werden. Im Urheberrecht kann eine Lizenz hinsichtlich einzelner oder aller Nutzungsrechte eingeräumt werden.<sup>690</sup> § 31 Abs. 5 UrhG normiert die Zweckübertragungslehre, welche die Einräumung eines Nutzungsrechts in der Weise beschränkt, dass im Zweifel nur die Rechte in dem Umfang eingeräumt werden, wie es für den Zweck des Vertrages erforderlich ist.<sup>691</sup>

## 2. Rechtsnatur des Lizenzvertrages

Grundsätzlich fehlt in den nationalen Rechtsordnungen in Europa ein normiertes Lizenzvertragsrecht.<sup>692</sup> Auch der EuGH hat sich kaum zum Lizenz-

---

682 Groß, Rn. 36.

683 Hilty, Lizenzvertragsrecht, 238; Hilty, Urheberrecht, 620.

684 Hilty, Lizenzvertragsrecht, 112 beschreibend mit Verweis auf zahlreiche Quellen, aber auch auf die entgegenstehende Mindermeinung.

685 Teils wird auch der Terminus „quasi-dinglich“ verwendet, um die Nähe zu dinglichen Rechten darzustellen, Hilty, Lizenzvertragsrecht, 110 beschreibend.

686 Groß, Rn. 36 vertiefend mit Verweis auf zahlreiche weitere Literatur, Rn. 361 mit weiterer Rechtsprechung und Literatur.

687 Groß, Rn. 36; Hilty, Lizenzvertragsrecht, 107 ff., insbesondere 109, 112 beschreibend.

688 Groß, Rn. 39; Hilty, Lizenzvertragsrecht, 108 f., 114 auch darauf verweisend, dass „dinglich“ ein sachenrechtlicher Terminus ist. „Absolut“ hingegen beschreibe Rechtsbeziehungen, welche auf Sachen beruhen.

689 Hilty, Lizenzvertragsrecht, 242 ff. Nicht von Relevanz an dieser Stelle sind zudem die „qualifizierte Lizenz“ und die „nicht ausschließliche Lizenz“, hierzu Hilty, Urheberrecht, Rn. 622 f.

690 Bartenbach, A, Rn. 245.

691 Hierzu auch Bartenbach, A, Rn. 245.

692 Hilty, *RabelsZ* 2012, 76/2, 339, 344, 351 f.

vertrag geäußert.<sup>693</sup> In der deutschen Rechtsliteratur und Rechtsprechung werden unterschiedliche Ansichten zur Rechtsnatur des Lizenzvertrages hervorgebracht.

#### a) Rechtskaufvertrag

Teils wird der Lizenzvertrag als ein Rechtskauf gemäß § 453 BGB<sup>694</sup> angesehen.<sup>695</sup> Allerdings mangelt es an einer der Eigentumsübertragung entsprechenden Schutzrechtsübertragung. Zudem fehlt bei einem Austauschvertrag wie dem Kauf der Dauerschuldcharakter des Lizenzvertrages.<sup>696</sup> Somit ist die Rechtsnatur des Rechtskaufs für den Lizenzvertrag abzulehnen.<sup>697</sup>

#### b) Mietvertrag

Andere sehen in einem Lizenzvertrag auf schuldrechtlicher Ebene einen Mietvertrag, § 535 ff. BGB.<sup>698</sup> Bei einer Miete gewährt gemäß § 535 Abs. 1 BGB eine Partei einer anderen Partei eine Sache auf Zeit. Als Gegenleistung ist gemäß Abs. 2 die vereinbarte Miete zu bezahlen, welche

---

693 Bis heute hat sich der EuGH kaum ausführlich zum Lizenzvertragsrecht geäußert. Beispielsweise in der „Falco“-Entscheidung, EuGH, Urteil v. 23. April 2009 – C 533/07 („Falco Privatstiftung, Thomas Rabitsch/Gisela Weller-Lindhorst“), GRUR 2009, 753 ff. in welcher die Rechtsfrage, ob Lizenzverträge Dienstleistungsverträge im Sinne des Art. 5 Verordnung (EG) Nr. 44/2001 des Rates vom 22. Dezember 2000 über die gerichtliche Zuständigkeit und die Anerkennung und Vollstreckung von Entscheidungen in Zivil- und Handelssachen, ABl. L 12 v. 16. Januar 2001, S. 1–23, sind, erfolgten im Urteil und in den Schlussanträgen (27. Januar 2009 – C 533/07) Ausführungen zum Lizenzvertrag. In den Schlussanträgen wird neben der Darlegung von mitgliedstaatlichen Regelungen hinsichtlich der Rechtsnatur des Lizenzvertrages (Rn. 48 ff.), der Feststellung, dass eine gemeinschaftsrechtliche Regelung fehlt (Rn. 49), der Beschreibung der Leistungspflichten (Rn. 58; im Urteil wird hierauf verwiesen, Rn. 31) eine Abgrenzung zur Miete bzw. Pacht (Rn. 66) vorgenommen.

694 Zum Rechtskauf 2. Teil § 1 B I. 3.

695 Groß, Rn. 19 beschreibend; Heydn, CR 2010, 765, 772 unter Bezugnahme auf § 31 UrhG, welcher demnach das Nutzungsrecht und somit den Vertragsgegenstand des Rechtskaufs darstellt. Heydn lässt offen, ob bei § 453 BGB Software als Recht oder sonstiger Gegenstand anzusehen ist; Kraul, GRUR Int. 2009, 481, 483; Pahlow, 258.

696 Bartenbach, A, Rn. 45; Groß, Rn. 20; Pahlow, 260.

697 BGH, Urteil v. 23. März 1982 – X ZR 76/80, NJW 1982, 2861, 2862.

698 Groß, Rn. 19 beschreibend; Pahlow, 258.

regelmäßig eine Geldleistung darstellt.<sup>699</sup> Hauptpflicht des Vermieters ist die Gebrauchsüberlassung der Sache gemäß § 535 Abs. 1 S. 2 BGB<sup>700</sup> bzw. eines digitalen Produktes gemäß § 348a BGB.<sup>701</sup> Eine Rechtsmiete kennt das deutsche Recht nicht.<sup>702</sup> Im Falle einer Sache ist der Sachbegriff des § 90 BGB heranzuziehen.<sup>703</sup> Ein Nutzungsrecht, welches Gegenstand eines Lizenzvertrages ist, stellt keine Sache dar.<sup>704</sup> Zudem bestünden *prima vista* zwischen Lizenz- und dem Mietrecht große Wertungsunterschiede.<sup>705</sup> Folglich stellt ein Lizenzvertrag keine Miete im Sinne des BGB dar.

### c) Pachtvertrag

Von einem Teil der Literatur wird der Lizenzvertrag als Pachtvertrag angesehen.<sup>706</sup> Da ein Nutzungsrecht im Mittelpunkt steht, ist von einer Rechtspacht die Rede.<sup>707</sup> Eine einfache Lizenz stelle eine Pacht dar, eine ausschließliche Lizenz hingegen einen pachtähnlichen Vertrag, welcher einen starken kaufrechtlichen Einschlag habe.<sup>708</sup> Das Pachtrecht mit der Garantiehftung nach §§ 581 Abs. 2, 536a Abs. 1 Alt. 1 BGB analog wird allerdings als nicht adäquat für Lizenzverträge angesehen,<sup>709</sup> denn diese stellen für beide Seiten jeweils ein Risikogeschäft dar. Dem wird entgeg-

---

699 Brox/Walker, § 10, Rn. 5. Die Mietzahlung erfolgt regelmäßig in wiederkehrenden Zeitabständen, kann aber auch als Einmalzahlung ausgestaltet sein, § 11, Rn. 22.

700 Brox/Walker, § 10, Rn. 4, § 11, Rn. 1. Zudem besteht eine Gebrauchserhaltungspflicht beim Vermieter. Um diese zu erfüllen, ist „die Sache für die Dauer der Mietzeit“ gemäß § 535 Abs. 1 S. 2 BGB beim Mieter zu belassen und in vertragsgemäßem Zustand zu erhalten, vertiefend § 11, Rn. 2 f.; letzte Pflicht ist allerdings abdingbar, Rn. 4.

701 Brox/Walker, § 10, Rn. 3; Häublein, in: MüKo, § 535 BGB, Rn. 76.

702 Bartenbach, A, Rn. 50; Groß, Rn. 21; Lutz, GRUR 1976, 331, 334.

703 Medicus/Lorenz, § 22, Rn. 5, § 23, Rn. 5.

704 Zum Sachbegriff des BGB 2. Teil § 1 B I. 1.

705 Hilty, *RabelsZ* 2012, 76/2, 339, 352.

706 Brandi-Dohrn, CR 1986, 63, 67 mit Verweis auf BGH, Urteil v. 03. Juni 1981 – VIII ZR 153/80, NJW 1981, 2684, der allerdings von einem Know-How-Vertrag spricht; Groß, Rn. 23; Haedicke, 108 in diese Richtung; Harke, in: MüKo, § 581 BGB, Rn. 27; Lutz, GRUR 1976, 331, 334; Pahlow, 259 f., 264 ff. Zum Pachtvertrag 2. Teil § 1 B II.

707 Medicus/Lorenz, § 26, Rn. 1, 3.

708 Harke, in: MüKo, § 581 BGB, Rn. 27 mit Verweis auf BGH, Urteil v. 15. Juni 1951 – I ZR 121/50, NJW 1951, 705 f., welcher eine pachtrechtliche Einordnung insbesondere wegen des Leistungsstörungenrechts vornimmt. Harke bewertet jedoch kritisch, dass der dingliche Charakter relevant für die Bestimmung der Rechtsnatur sein soll.

709 Bartenbach, A, Rn. 52.

net, die Privatautonomie und das Vertragssystem schaffen indessen einen Ausgleich der widerstreitenden Interessen.<sup>710</sup> Dies kann mangels Relevanz für die Frage der Subsumtion unter einen gesetzlichen Tatbestand dahinstehen. Weiter habe das Pachtrecht einen Sozialschutzgedanken, welcher im Lizenzvertragsrecht fehle.<sup>711</sup> Zudem könne ein Pachtvertrag den dinglichen Charakter einer ausschließlichen Lizenz nicht erklären<sup>712</sup> und verlange die Rückgabe des Pachtgegenstands, bei einem Lizenzvertrag verbleibe das Schutzrecht aber stets beim Rechtsinhaber.<sup>713</sup>

Die pachtrechtliche Einordnung der Softwareüberlassung wurde insbesondere früher – bis Beginn der 1990er Jahre – befürwortet.<sup>714</sup> Zu dieser Zeit war Software noch nicht urheberrechtlich geschützt. So beschrieb beispielsweise im Jahr 1984 der BGH die Überlassung von Standardsoftware als Lizenzvertrag, welcher nach pachtrechtlichen Grundsätzen als Know-How-Vertrag anzusehen ist.<sup>715</sup> Gegen eine pachtrechtliche Einordnung spricht heute, dass eine Pacht desselben Rechts nicht parallel an mehrere Pächter erfolgen kann, Standardsoftwareverträge jedoch Massenverträge darstellen.<sup>716</sup> Es wird versucht, dieses Argument mit sogenannten Timesharing-Modellen zu entkräften, bei welchen eine „Mehrfachverpachtung“ erfolgen soll. Allerdings wird Software parallel<sup>717</sup> genutzt und Standardsoftware wird zudem regelmäßig nicht in Timesharing-Modellen vertrieben. In einer Gesamtschau kann festgehalten werden, dass der Lizenzvertrag die gesetzlichen Merkmale einer Pacht nicht erfüllt. Auch eine vergleichbare Interessenslage, welche eine analoge Anwendung des Pachtrechts begründen könnte, ist nicht ersichtlich.<sup>718</sup>

---

710 Pahlow, 267 f.

711 Hilty, Lizenzvertragsrecht, 159.

712 Groß, Rn. 23.

713 Bartenbach, A, Rn. 51.

714 Redeker, Rn. 558 darauf verweisend.

715 BGH, Urteil v. 04. November 1987 – VIII ZR 314/86, NJW 1988, 406, 407 den Gedanken aber nicht weiterverfolgend und zumindest eine entsprechende Anwendung des Sachkaufrechts befürwortend.

716 Groß, Rn. 23.

717 Pahlow, 265 f.

718 A.A. Pres, CR 1994, 520, 524 eine solche befürwortend.

#### d) Gesellschaftsvertrag

Teils wird der Lizenzvertrag als Gesellschaftsvertrag angesehen.<sup>719</sup> Eine Gesellschaft bürgerlichen Rechts („GbR“) gemäß §§ 705 ff. BGB erfordert zum einen eine vertragliche Dauerbeziehung samt dauernder Pflichtanspannung zwischen den Gesellschaftern. Weiter muss ein für die Gesellschafter bestehender gemeinsamer Zweck vorliegen, für dessen Erfüllung bei jedem der Gesellschafter eine Förderungspflicht besteht. Drittes wesentliches Merkmal ist eine Treuebindung der Gesellschafter. Hierbei kommt der persönliche Charakter des Zusammenschlusses zur Gesellschaft bürgerlichen Rechts zum Ausdruck.<sup>720</sup> Die alleinige Einräumung eines Nutzungsrechts an den Softwarenutzer gegen eine Lizenzgebühr ist nicht ausreichend für einen solchen gemeinsamen Zweck. Es müsste ein darüberhinausgehendes gemeinsames Ziel der Vertragsparteien bestehen, auf welches diese hinarbeiten. Eine solche Konstellation fehlt jedoch bei einem Lizenzvertrag, bei dem der Lizenznehmer und der Lizenzgeber jeweils allein eigene Interessen verfolgen.<sup>721</sup> Im Ergebnis kann der Lizenzvertrag nicht als Gesellschaftsvertrag eingeordnet werden.

#### e) Nießbrauch

Der Nießbrauch wird in § 1030 Abs. 1 BGB legaldefiniert: „Eine Sache kann in der Weise belastet werden, dass derjenige, zu dessen Gunsten die Belastung erfolgt, berechtigt ist, die Nutzungen der Sache zu ziehen.“ Gemäß § 1068 Abs. 1 BGB können auch Rechte wie beispielsweise Immaterialgüterrechte Gegenstand eines Nießbrauchs sein. Nach § 1041 BGB hat „der Nießbraucher (...) für die Erhaltung der Sache in ihrem wirtschaftlichen Bestand zu sorgen“. Insbesondere bei einer einfachen Lizenz ist hingegen der Lizenzgeber mit dieser Pflicht belastet. Auch der Verweis auf das Eigentümer-Besitzer-Verhältnis in § 1065 BGB, welcher im Fall von Beeinträchtigungen Ansprüche auf dieses beschränkt, entspreche nicht den Wertungen einer Lizenz.<sup>722</sup> Folglich ist ein Nießbrauch nicht einschlägig.

---

719 Groß, Rn. 19 aufzählend.

720 Schäfer, in: MüKo, Vor §§ 705 ff. BGB, Rn. 6 ff.

721 Bartenbach, A, Rn. 56 ff.; Groß, Rn. 22; Pahlow, 260 f.

722 Bartenbach, A, Rn. 55.

f) Vertrag Sui-Generis

Verträge Sui-Generis sind neugeschöpfte Verträge und entsprechen keinem Nominatvertrag.<sup>723</sup> Sie können im deutschen Schuldrecht bestehen, denn es herrscht Vertragsinhaltsfreiheit, welche auf eine Vertragstypenfreiheit abzielt. Somit ist eine Bindung an die im Gesetz normierten Vertragstypen nicht vorgeschrieben und diese stellen keinen abschließenden Katalog dar.<sup>724</sup> Unterschieden werden kann bei Innominatverträgen zwischen Typenkombinationsverträgen, Typenverschmelzungsverträgen, Verträge mit andersartiger Gegenleistung und atypischen Verträgen im engeren Sinne.<sup>725</sup> Es können zum einen neue Verträge geschaffen, zum anderen auch bestehende kombiniert werden.<sup>726</sup> Bei der Kombinationstheorie bzw. der Theorie der analogen Rechtsanwendung ist stets das für die einzelnen Vertrags-teile passende Recht anzuwenden.<sup>727</sup> Atypische Verträge liegen vor, wenn eine Einordnung in Nominatverträge nicht erfolgen kann. Es ist insbesondere der Vertragszweck bzw. das Interesse der Parteien zu betrachten, was sich auch in den „essentialia negotii“ widerspiegelt.<sup>728</sup> Werden Verträge Sui-Generis im weiten Sinn betrachtet, dann liegt ein solcher vor, wenn einzelne Merkmale des Vertrages nicht gesetzlich normiert sind.<sup>729</sup>

Im deutschen Recht sieht die Mehrheit der Literaturmeinungen in einer Lizenz einen Vertrag Sui-Generis.<sup>730</sup> Allerdings bleibt der Vertrag seinem Wesen nach ein Lizenzvertrag, denn das prägende Element ist die Einräumung eines urheberrechtlichen Nutzungsrechts.<sup>731</sup> Ein solcher Lizenzvertrag übernimmt unterschiedliche Elemente aus dem Nominatvertragsrecht wie dem Kauf- und dem Mietrecht, aber auch dem Pacht- und dem Ge-

---

723 Hilty, RabelsZ 2012, 76/2, 339, 352 darauf verweisend, dass andernfalls das Problem besteht, dass – von einer internationalen Perspektive aus – unterschiedliche nationale Ausprägungen der Nominatverträge zur Geltung kommen.

724 Lenhard, 9, 199 ff. diese als atypische Verträge bezeichnend; Medicus/Lorenz, § 56, Rn. 1; Meyer, 93; Ulmer, CR 2000, 493, 498 f.

725 Lenhard, 202 f.; Medicus/Lorenz, § 57, Rn. 2 ff., 10 ff., 14 ff.

726 Meyer, 94.

727 Grünberg, in: Grüneberg, Überbl. v. § 311 BGB, Rn. 21; Lenhard, 207; Medicus/Lorenz, § 57, Rn. 1 ff.

728 Lenhard, 203 f.

729 Ulmer, CR 2000, 493, 499 in diese Richtung.

730 Bartenbach, A, Rn. 61 aufzählend; Dreier/Vogel, 119; Fritzsche, JuS 1995, 498, 499; Groß, Rn. 19 beschreibend mit weiteren Verweisen; Hilty, Lizenzvertragsrecht, 155 für das Schweizer Recht auch mit weiteren Verweisen; Peukert, § 35, Rn. 33 ein Dauerschuldverhältnis Sui-Generis erkennend (bei der Softwareüberlassung auf Zeit).

731 Hilty, Urheberrecht, Rn. 710.

sellschaftsrecht.<sup>732</sup> Ein Lizenzvertrag hat auch Inhalte, welche sich nicht in Nominatverträgen finden, wie besondere Leistungsstörungen, welche der Einordnung als Dauerschuldverhältnis geschuldet sind.<sup>733</sup> Zudem wird die Einräumung eines immaterialgüterrechtlichen Nutzungsrechts nicht in einem Nominatvertrag behandelt. Daher ist ein Lizenzvertrag nicht als typengemischter Vertrag anzusehen, sondern stellt eine „Neuschöpfung“ dar.<sup>734</sup>

### g) Zusammenfassung

Ein Lizenzvertrag hat die Rechtsnatur eines Vertrages Sui-Generis. Es besteht in der Folge kein abschließend geregeltes Gesetzesrecht.

## 3. Dauerhafte Überlassung von Standardsoftware als Lizenzvertrag

### a) Exkurs: Historischer Hintergrund

Schon in den 1980er Jahren wurde der Softwareüberlassungsvertrag – da der Programmablauf eine urheberrechtlich relevante, zustimmungsbedürftige Handlung darstellen sollte – als urheberrechtlicher Lizenzvertrag angesehen.<sup>735</sup> Der BGH erklärte im Jahr 1981, dass ein solcher Vertrag über die Nutzung von Software weder dem Kaufrecht noch dem Miet- oder dem Pachtrecht unterworfen werden kann, allein einzelne Normen dieser

---

732 BGH, Urteil v. 15. Juni 1951 – I ZR 121/50, NJW 1951, 705, 706; BGH, Urteil v. 03. November 1988 – I ZR 242/86, NJW 1989, 456, 457 bzw. für Software BGH, Urteil v. 17. November 2005 – IX ZR 162/04, NJW 2006, 915, 916 (allerdings als entsprechend der Rechtspacht beschreibend). Bartenbach, A, Rn. 44; Fritzsche, JuS 1995, 498, 499 durch die evtl. entsprechende Rechtsanwendung von Nominatvertragsrecht letztlich in Frage stellend, ob Software unter einen Nominatvertrag subsumiert werden kann.

733 Hilty, Urheberrecht, Rn. 630 ff. in diese Richtung.

734 Dreier/Vogel, I19; Fritzsche, JuS 1995, 498, 499,

735 Hoeren, CR 1988, 908, 910 dies als h.M. beschreibend, mit Verweisen auf damals bestehende Literatur in den Rn. 23–26; Redeker, Rn. 557 darauf verweisend, dass früher Softwareverträge als Lizenz- oder Know-How-Verträge angesehen wurden, sowie mit Verweis auf Müller-Hengstenberg, CR 1986, 441, 443, welcher zur damaligen Zeit in der Praxis nur urheberrechtliche Lizenzverträge erkannte, außer wenn eine vollständige Rechtsübertragung stattfindet. Nur eine solche entspreche dem Wesen des Kaufrechts.

Verträge können aus Wertungsgründen herangezogen werden. Bestehe urheberrechtlicher Schutz des Computerprogramms, so liege eine Lizenz vor. Zudem gelte kein spezifisches Leistungsstörungsrecht.<sup>736</sup> Vor Erlass der Richtlinie 91/250/EWG erfolgte teils eine Gleichstellung der Überlassung von Computersoftware mit der eines Patents bzw. der Know-How-Nutzung und in der Folge auch eine Einordnung als Lizenzvertrag. Kauf- oder werkvertragliches Leistungsstörungsrecht könne zur Anwendung kommen.<sup>737</sup> Auch Köhler stellte im Jahr 1987 fest, dass bei der Überlassung von Standardsoftware regelmäßig ein einfaches Nutzungsrecht eingeräumt und nicht wie üblicherweise bei Kaufverträgen ein Vermögenswert übertragen wird. Zudem fehle eine Vermögensminderung beim Softwareanbieter.<sup>738</sup>

## b) Einräumung eines Nutzungsrechts als Lizenzvertrag

Auch heute wird die dauerhafte Überlassung von Standardsoftware teils als Lizenzvertrag angesehen.<sup>739</sup> Die Einräumung eines einfachen urheberrechtlichen Nutzungsrechts in Form eines Vervielfältigungsrechts stelle eine Li-

---

736 BGH, Urteil v. 03. Juni 1981 – VIII ZR 153/80, NJW 1981, 2684 f. in diese Richtung.

737 Heussen, GRUR 1987, 779, 789 f.

738 Köhler, CR 1987, 827, 830 jedoch trotzdem einen Kaufvertrag bzw. einen „kaufähnlichen Vertrag“ befürwortend. Zudem merkte er an, dass Software auf einem Datenträger gespeichert ist und die vertragliche Konstellation daher einem Kaufvertrag über ein Druckwerk gleichsteht. Diese Argumentation beschreibt die teils heute noch bestehenden Zweifel. So nimmt Köhler trotz der zutreffenden Feststellungen zur Vertragsrealität einen Kaufvertrag an. Die „Problematik“, dass nur ein einfaches Nutzungsrecht eingeräumt wird, sieht Köhler nicht auf der Ebene der Bestimmung der Rechtsnatur, sondern bei einer Inhaltskontrolle des Vertrages.

739 Bartenbach, A, Rn. 275 ff.; Beier, in: Pagenberg, Kap. 13, Rn. 21, Kap. 14, Rn. 31 sowie Kap. 13, Rn. 14 in welchem stets vom Lizenznehmer und -geber die Rede ist; Hilty, Lizenzvertragsrecht, 243 f., 257; Hilty, in: Bruun/Dinwoodie/Levin/Ohly, 272, 280; Hilty, GRUR 2018, 865, 866 f.; Kindermann, GRUR 1983, 150, 156; Loewenheim, in: Schierenholz/Melichar, 65, 66; Metzger, NJW 2003, 1994, 1995; Moritz, CR 1989, 1049; Moritz, CR 1994, 257; Müller-Hengstenberg NJW 1994, 3129; Nordemann, CR 1996, 5, 7 schon im Jahr 1995 die Diskussion über die schuldrechtliche Einordnung als beendet ansehend (da Nutzungsrechte gemäß § 31 Abs. 1, 29 S. 2 UrhG nicht im Rahmen eines Sach- bzw. Rechtskaufs übertragen werden können, liegt nach Nordemann ein urheberrechtlicher Nutzungsvertrag vor. Allein ein gemischter Vertrag, welcher neben der Lizenz auch einen Kaufvertrag über den Datenträger beinhalte, könne bestehen); Pres, CR 1994, 520, 522; Schneider, in: Handbuch des EDV-Rechts, G, Rn. 259 auf den Lizenzvertrag zwischen Softwareanbieter und -nutzer bezugnehmend; Stimmel, GRUR Int. 2010, 783, 785; Ulmer, CR 2000, 493, 499; Ulmer/Kolle, GRUR Int. 1982, 489, 499.

zenz dar.<sup>740</sup> Auch in der Rechtsprechung wurde die lizenzrechtliche Natur der dauerhaften Überlassung von Standardsoftware schon befürwortet<sup>741</sup> und von „urheberrechtlichen Nutzungsverträgen“ gesprochen,<sup>742</sup> allerdings nur in Fällen, die keine gewährleistungsrechtlichen Fragestellungen zum Gegenstand hatten. In einer insolvenzrechtlichen Entscheidung nahm der BGH bei Softwareüberlassungsverträgen auf einen Erwerb von Nutzungsrechten, einen Nutzungsvertrag und auf das Urheberrecht Bezug.<sup>743</sup> Allein in den oben<sup>744</sup> genannten vertragsrechtlichen Entscheidungen insbesondere des VIII. Zivilsenats des BGH wird stets die Einordnung von Software als Sache befürwortet. Allerdings führte der BGH in der vertragsrechtlichen „ASP“-Entscheidung aus, dass, soweit die Software urheberrechtlich geschützt ist, auch urheberrechtlich relevante Vereinbarungen bestehen müssen.<sup>745</sup> Hiermit hat der BGH dem Fokus auf Nominatverträge nun ausdrücklich eine Absage erteilt, wird diesbezüglich angemerkt.<sup>746</sup> Allerdings steht dieser von vielen unbeachtete Absatz in dem betreffenden Urteil erst nach den Feststellungen, dass Software eine Sache ist. Selbst bei Autoren, die den Fokus der „ASP“-Entscheidung auf die Sachqualität von Software legen, wird erkannt, dass die urheberrechtliche Berechtigung der Softwarenutzung sich unstreitig aus einer urheberrechtlichen Lizenz ergibt.<sup>747</sup> Der teils so genannte „käufliche Erwerb“ von Software umfasse letztlich allein eine Nutzungsrechteinräumung.<sup>748</sup>

---

740 Kindermann, GRUR 1983, 150, 156; McGuire, 65.

741 BGH, Urteil v. 19. Juli 2012 – I ZR 70/10, NJW 2012, 3301 in dieser urheberrechtlichen Entscheidung die Softwareüberlassung ohne Diskussion als Lizenzvertrag einordnend; OLG Köln, Urteil v. 14. Februar 2001 – 19 U 176/95, BeckRS 2001, 05514, Rn. 103 ff. in einem vertragsrechtlichen, nicht aber das Leistungsstörungsrecht betreffenden, Urteil; OLG Düsseldorf, Urteil v. 29. Mai 2001 – 20 U 166/00, NJW-RR 2002, 1049 f. in diesem urheberrechtlichen Urteil die Softwareüberlassung als urheberrechtlichen Lizenzvertrag ansehend; OLG Hamm, Urteil v. 10. März 2006 – 12 U 58/05, CR 2006, 442, 443 von einem Lizenzvertrag sprechend, durch welchen Nutzungsrechte verschafft werden; OLG Köln, Urteil v. 24. November 2014 – 19 U 17/14, Rn. 62 in diese Richtung und in einem Softwarenutzungsvertrag mangels Sachqualität der Software jegliche mietvertragliche Konstellation ablehnend und den Gegenstand des Vertrages als „eine Berechtigung zur Nutzung eines Immaterialgutes“ und folglich als Lizenzvertrag beschreibend.

742 BGH, Urteil v. 24. Oktober 2002 – I ZR 3/00, NJW 2003, 2014, 2015.

743 BGH, Urteil v. 17. November 2005 – IX ZR 162/04, NJW 2006, 915 ff.

744 2. Teil § 1 B II. 1. a).

745 BGH, Urteil v. 15. November 2006 – XII ZR 120/04, NJW 2007, 2394, Rn. 17.

746 Beier, in: Pagenberg, Kap. 13, Rn. 21.

747 Leujeune, CR 2007, 75, 77.

748 Beier, in: Pagenberg, Kap. 14, Rn. 6.

- c) Neben der Lizenz stehender Vertrag über einen Datenträger bzw. die Softwareübermittlung, Begleitmaterial etc.

Zu beachten ist, dass bei der Überlassung von Standardsoftware, insbesondere bis zum Zeitalter des Downloads, meist neben der Einräumung des urheberrechtlichen Nutzungsrechts ein Datenträger bzw. auch Begleitmaterial übergeben und übereignet wurde. Daher wird der Vertrag zur Überlassung von Standardsoftware teils als typengemischter Vertrag angesehen. Er beinhalte sowohl kauf- als auch lizenzvertragliche Elemente.<sup>749</sup> So unterschied der BGH in der „ASP“-Entscheidung schließlich in dem von vielen in der Literatur übergangenen Entscheidungsgrund 17 zwischen der Software, für deren Nutzung ein Nutzungsrecht eingeräumt werden muss und der für den BGH „verkörperten geistigen Leistung“, also der Software an sich, welche er als Sache ansah. Bei Funktionsproblemen der Software findet gemäß dem BGH das Kaufrecht Anwendung,<sup>750</sup> das Nutzungsrecht wird aber urheberrechtlich eingeräumt.<sup>751</sup> Andere sehen den neben der Lizenz stehenden Vertrag über einen Datenträger, Begleitmaterial, etc. bei der Online-Überlassung vollständig in den Hintergrund treten<sup>752</sup> bzw. ohne immaterialgüterrechtliche Relevanz, denn das Eigentum am Datenträger berechtigt nicht zur Nutzung. Jedoch ist auch in diesem Fall die Software für einen Download bereitzustellen. Im Zentrum des Vertrages stehe stets der immaterialgüterrechtliche Teil, mit welchem die Nutzung der Software gestattet werde.<sup>753</sup> Allerdings sei als zusätzliches Element eine Datenübertragung vorhanden.<sup>754</sup> Wieder andere sehen zwei getrennte Verträge, einen Kauf des Datenträgers und eine Lizenz hinsichtlich der Software.<sup>755</sup> Richtigerweise erschöpfen sich die vertraglichen Pflichten des Softwareanbieters nicht in der alleinigen Einräumung eines urheberrechtlichen Nutzungsrechts.

---

749 Lenhard, 216 f. in diese Richtung; Medicus/Lorenz, §19, Rn.2 in diese Richtung; Metzger, NJW 2003, 1994, 1995; Schmidt-Kessel/Young/Benninghoff/Langhacker/Russek, GRUR 2011, 7, 9.

750 BGH, Urteil v. 17. November 2006 – XII ZR 120/04, NJW 2007, 2394, 2396, Rn. 16 f.

751 BGH, Urteil v. 17. November 2006 – XII ZR 120/04, NJW 2007, 2394, 2396, Rn. 16 wohl in diese Richtung.

752 Metzger, NJW 2003, 1994, 1995.

753 Hilty, Urheberrecht, Rn. 692.

754 Schmidt-Kessel/Young/Benninghoff/Langhacker/Russek, GPR 2011, 7, 8.

755 Loewenheim, in: Schierenholz/Melichar, 65, 66.

#### 4. Zusammenfassung

Die dauerhafte Überlassung von Standardsoftware wird schuldrechtlich teils als urheberrechtlicher Lizenzvertrag eingeordnet, welcher einen Vertrag Sui-Generis darstellt. Neben diesem Lizenzvertrag kann ein Vertrag bzw. eine vertragliche Leistungspflicht bezüglich der Übergabe und Über-eignung eines Datenträgers bzw. von Begleitmaterial bestehen. Auch kann eine solche Pflicht allgemein die Verschaffung des Zugangs zur Software umfassen, beispielsweise im Falle eines Downloads.

#### IV. Bereitstellung eines digitalen Produkts

##### 1. Umsetzung der Digitale-Inhalte-Richtlinie (EU) 2019/770

An dieser Stelle steht die Umsetzung der Digitale-Inhalte-Richtlinie (EU) 2019/770 sowie der Warenkauf-Richtlinie (EU) 2019/771 im deutschen Recht im Fokus. Aus der Richtlinie (EU) 2019/770 selbst können keine Rückschlüsse auf die schuldrechtliche Rechtsnatur der dauerhaften Überlassung von Standardsoftware gezogen werden, denn diese kommt vertragstyp-übergreifend zur Anwendung.<sup>756</sup> Die Warenkauf-Richtlinie (EU) 2019/771 erfasst die hier betrachteten Lebenssachverhalte nicht, insbesondere auf einem Datenträger überlassene Software ist als Bereitstellung eines digitalen Inhalts einzuordnen.<sup>757</sup>

Abweichend von dem vertragstypübergreifenden Ansatz der Richtlinie (EU) 2019/770 werden im BGB Verträge grundsätzlich anhand von Leistungspflichten kategorisiert. Der Gesetzgeber nannte im Rahmen der Umsetzung der Richtlinie (EU) 2019/770 in diesem Sachzusammenhang beispielsweise die Eigentumsverschaffung, Nutzungsgewährung sowie Leistung von Diensten. Hingegen eine Differenzierung anhand des Vertragsgegenstands bzw. einer „Produktgruppe“ ist im BGB grundsätzlich nicht vorgesehen<sup>758</sup> und nur in Einzelfällen von Bedeutung wie beispielsweise bei den Normen zur Wohnraummiete gemäß §§ 549 ff. BGB, welche besondere Regelungen enthält, wenn Wohnraum Vertragsgegenstand der Miete ist.

---

756 Hierzu 2. Teil § 1 A II. 2.

757 Hierzu 2. Teil § 1 A II. 1. c).

758 BRegE. Entwurf eines Gesetzes zur Umsetzung der Richtlinie über bestimmte vertragsrechtliche Aspekte der Bereitstellung digitaler Inhalte und digitaler Dienstleistungen, BT-Drs. 19/27653, S. 26.

Überdies erkennt der deutsche Gesetzgeber in der Richtlinie keine Vorgabe bezüglich der vertraglichen Hauptleistungspflicht bei Verträgen, welche die Bereitstellung eines digitalen Inhalts oder einer digitalen Dienstleistung zum Gegenstand haben.<sup>759</sup> Dem ist grundsätzlich zuzustimmen, denn der Unionsgesetzgeber äußert sich ausdrücklich nicht zum Wechselspiel mit etwaigen urheberrechtlichen Nutzungsrechten, welche bei einer Überlassung des digitalen Inhalts oder der Erbringung einer digitalen Dienstleistung an den Nutzer einzuräumen sind. Die Richtlinie (EU) 2019/770 lässt diese urheberrechtlichen Wertungen gemäß Art. 3 Abs. 9 unberührt.

Wie vom Gesetzgeber dargelegt<sup>760</sup> wurden verschiedene Ansätze für eine Umsetzung der Richtlinie ins deutsche Recht diskutiert:<sup>761</sup> Zum einen kam eine Umsetzung im Besonderen Teil des Schuldrechts bei den jeweiligen Vertragstypen in Frage. Dies hätte jedoch den Aufwand vervielfacht, da Duplizierungen bei den möglicherweise einschlägigen Nominatverträgen wie beispielsweise Kauf-, Werk- oder Mietvertrag unvermeidlich gewesen wären. Auch hätten potentielle zukünftige Geschäftsmodelle bereits erkannt und unter die bestehenden Vertragstypen des BGB subsumiert werden müssen. Zusätzlich wären Regelungen für atypische und typengemischte Verträge zu ergänzen gewesen. Insbesondere diese Hürden führten zu einer Ablehnung dieser Umsetzungsvariante, auch unter Berücksichtigung der Tatsache, dass im BGB Regelungen, welche für eine Vielzahl bzw. alle Vertragstypen gelten, typischerweise im Schuldrecht Allgemeiner Teil vor die Klammer gezogen werden. Eine andere Umsetzungsvariante wäre die Schaffung eines neuen Vertragstyps gewesen. Dies hätte jedoch im Widerspruch zur Richtlinie (EU) 2019/770 gestanden, welche Regelungen für alle Vertragstypen, welche digitale Inhalte oder digitale Dienstleistungen zum

---

759 BRegE. Entwurf eines Gesetzes zur Umsetzung der Richtlinie über bestimmte vertragsrechtliche Aspekte der Bereitstellung digitaler Inhalte und digitaler Dienstleistungen, BT-Drs. 19/27653, S. 26.

760 BRegE. Entwurf eines Gesetzes zur Umsetzung der Richtlinie über bestimmte vertragsrechtliche Aspekte der Bereitstellung digitaler Inhalte und digitaler Dienstleistungen, BT-Drs. 19/27653, S. 26.

761 Darüber hinaus schlug Bach eine Umsetzung ähnlich der Systematik der Richtlinie (EU) 2019/770 vor, insbesondere da diese nur vereinzelt Sonderregelungen für digitale Inhalte vorsehe und sich fast durchgängig an den Kaufrechtsregelungen der Warenkauf-Richtlinie (EU) 2019/771 orientiere. Es wäre allein § 453 BGB zu erweitern gewesen mit einer Klarstellung, dass das kaufrechtliche Mängelgewährleistungsrecht auf Verträge mit digitalen Inhalten Anwendung finde. Dies hätte letztlich eine schuldrechtliche Einordnung als Kaufverträge dargestellt. Jedoch wurde auch erkannt, dass insbesondere dauerschuldrechtliche Ausgestaltungen nicht adäquat durch das Kaufrechtsregime des BGB abgebildet wären, Bach, NJW 2019, 1705, 1706.

Gegenstand haben, vorsieht. Auch fehle es an einem „typischen Leitbild“, da diese Verträge unterschiedlich ausgestaltet sein könnten.<sup>762</sup> Folglich wurde dies abgelehnt. Gleiches gilt für eine Umsetzung mittels der Schaffung mehrerer neuer Vertragstypen. Dies hätte einen Systembruch dargestellt, denn wie dargelegt knüpfen bestehende Nominatverträge grundsätzlich nicht an den Leistungsgegenstand bzw. der Leistungsart an, sondern an den Leistungspflichten. Auch wäre eine solche Umsetzung der Prämisse entgegengelaufen, entwicklungs offen zu sein, und es hätte eine lückenhafte Umsetzung gedroht. Die Umsetzung in einem separaten Gesetz hingegen hätte der neueren Tradition des BGB widersprochen, welche eine Integration von Verbraucherschutzrechtlichen Regelungen in das BGB vorsieht.<sup>763</sup>

Letztlich erfolgte in Deutschland eine vertragstypübergreifende Umsetzung im Schuldrecht Allgemeiner Teil.<sup>764</sup> Die primären Leistungspflichten des jeweiligen Vertragstyps ergeben sich somit aus dem Schuldrecht Besonderer Teil, soweit ein entsprechender Nominatvertrag existiert. Hinsichtlich digitaler Inhalte und digitaler Dienstleistungen bestehen in den §§ 327 ff. BGB Regelungen zu Modalitäten der Bereitstellung, der Mängelgewährleistung, nachträglicher Änderungen und einem etwaigen Regress. Diese gehen entsprechenden Regeln aus dem Besonderen Teil des Schuldrechts vor bzw. überlagern diese.<sup>765</sup> Inhaltlich weicht die Umsetzung in Bezug auf digitale Inhalte und Dienstleistungen nur geringfügig von den unionsrechtlichen Vorgaben ab,<sup>766</sup> insbesondere die in § 327 Abs. 2 BGB eingefügten Definitionen für digitale Inhalte und digitale Dienstleistungen entsprechen dem Richtlinienwortlaut. Allein wurde für beide Begriffe der

---

762 BRegE. Entwurf eines Gesetzes zur Umsetzung der Richtlinie über bestimmte vertragsrechtliche Aspekte der Bereitstellung digitaler Inhalte und digitaler Dienstleistungen, BT-Drs. 19/27653, S. 26 f.

763 BRegE. Entwurf eines Gesetzes zur Umsetzung der Richtlinie über bestimmte vertragsrechtliche Aspekte der Bereitstellung digitaler Inhalte und digitaler Dienstleistungen, BT-Drs. 19/27653, S. 27 wie beispielsweise §§ 312 ff oder §§ 355 ff. BGB. Sattler, NJW 2020, 3623, Rn. 2 für eine solche Auslagerung jedoch gute Gründe erkennend. Insbesondere hätte ein ähnlicher Weg wie beim AGB-Recht gegangen werden können. Dieses wurde erst in das BGB übertragen, als sich „der Staub gelegt hatte“ und erste zentrale Auslegungsfragen gerichtlich geklärt waren.

764 Sattler, NJW 2020, 3623, Rn. 3, 20 dies auch als „konsequent“ befürwortend, wenn der Weg der Inkorporierung in das BGB gegangen werden soll.

765 Föhlisch, in: BeckOK IT-Recht, § 327 BGB, Rn. 7 ff.

766 Kramme, RDt 2021, 20, Rn. 2 darauf hinweisend, dass durch die wenigen Änderungen die dem deutschen Kaufrecht im BGB eigene Systematik aufrechterhalten werden konnte.

Terminus „Digitale Produkte“ als Überbegriff ergänzt.<sup>767</sup> Die Umsetzungsnormen finden sich im Wesentlichen in den neu eingefügten §§ 327 ff. BGB, einzelne Änderungen sind außerdem im Verbraucherschutzrechtlichen § 312 BGB sowie im Kauf-<sup>768</sup>, Schenkungs-<sup>769</sup>, Miet-<sup>770</sup>, Dienst-<sup>771</sup> und Werkvertragsrecht<sup>772</sup> zu finden.<sup>773</sup>

## 2. Dauerhafte Überlassung von Standardsoftware als Bereitstellung digitaler Produkte

§ 327 Abs. 1 BGB erfasst Verbraucherverträge,<sup>774</sup> welche die Bereitstellung digitaler Produkte zum Gegenstand haben, wenn der Verbraucher als Gegenleistung einen Preis bezahlt. Letzter ist auch „eine digitale Darstellung eines Werts“ und Gegenleistung kann insbesondere die Bereitstellung personenbezogener Daten sein, außer die Daten werden allein für die Bereitstellung des digitalen Produktes benötigt.<sup>775</sup> Gemäß Abs. 2 S. 1 sind digitale Inhalte „Daten, die in digitaler Form erstellt und bereitgestellt werden.“ Insbesondere aufgrund der richtliniengetreuen Umsetzung kann auf den sachlichen Anwendungsbereich der Richtlinie (EU) 2019/770 verwiesen werden.<sup>776</sup> Jedenfalls im Rahmen einer richtlinienkonformen Auslegung der §§ 327 ff. BGB ist diese zu beachten.

Software und damit auch Standardsoftware stellt einen digitalen Inhalt gemäß § 327 Abs. 2 S. 1 BGB dar.<sup>777</sup> Auch die dauerhafte Überlassung kann

---

767 BRegE. Entwurf eines Gesetzes zur Umsetzung der Richtlinie über bestimmte vertragsrechtliche Aspekte der Bereitstellung digitaler Inhalte und digitaler Dienstleistungen, BT-Drs. 19/27653, S. 24.

768 Neu eingefügt wurden §§ 445c BGB und 475a BGB. § 453 BGB erfährt eine Änderung.

769 Einfügung von § 516a. Dieser kommt allein im Unternehmer-Verbraucher Schenkungsverhältnis zur Anwendung. Die Einfügung erfolgte rein klarstellender Natur, Martens, Rn. 445 f.

770 Einfügung von §§ 548a und 578b BGB, Änderung von § 580a Abs. 3 BGB.

771 Einfügung von § 620 Abs. 4 BGB.

772 Einfügung von § 650 Abs. 2 (Werkvertrag) und § 650 Abs. 3 (Werklieferungsvertrag) sowie § 650 Abs. 4 BGB bezüglich Verträge über Sachen mit digitalen Elementen.

773 Darüber hinaus wurde das UKlagG abgeändert und eine Übergangsregelung eingefügt.

774 Legaldefiniert in § 310 Abs. 3 BGB.

775 § 327 Abs. 3 BGB. Grüneberg, in: Grüneberg, § 327 BGB, Rn. 8 f.

776 Hierzu 2. Teil A II. 1. b).

777 Grüneberg, in: Grüneberg, § 327 BGB, Rn. 4; Schöttle, MMR 2021, 683, 684. BRegE. Entwurf eines Gesetzes zur Umsetzung der Richtlinie über bestimmte vertragsrecht-

unter den Terminus der Bereitstellung subsumiert werden. Zudem bezahlt der Nutzer regelmäßig einen Preis als Gegenleistung. Die Überlassung der Software auf einem körperlichen Datenträger wie beispielsweise einer CD, DVD oder einem USB-Stick<sup>778</sup> ist unschädlich gemäß Abs. 5, wenn dieser „ausschließlich als Träger digitaler Inhalte“ dient, was bei der Überlassung von Software üblicherweise der Fall ist. Soweit Standardsoftware Gegenstand eines Kaufvertrages ist, treten gemäß § 453 Abs. 1 S. 2, 3 BGB im Wesentlichen die Regelungen über die Bereitstellung digitaler Inhalte an die Stelle kaufrechtlicher Regelungen.<sup>779</sup>

### 3. Bewertung der Umsetzung

Gemäß den Vorgaben aus der Richtlinie (EU) 2019/770 war eine vertragstypologische Einordnung der im sachlichen Anwendungsbereich liegenden Vertragstypen für die Umsetzung nicht zwingend, auch wenn eine solche ausdrücklich den Mitgliedstaaten überlassen wurde. Der deutsche Gesetzgeber habe hierzu jedoch keine Pflicht und kein Erfordernis gesehen und diese „undankbare Aufgabe“ nicht angenommen. Somit bleibe die schuldrechtliche Einordnung im Einzelfall auch weiterhin den Gerichten überlassen.<sup>780</sup> Überdies habe der Gesetzgeber eine schuldrechtliche Einordnung im Rahmen der Richtlinienumsetzung als nicht-sachgerecht angesehen. Diese gesetzgeberische Zurückhaltung erlaube, dass „auf die zu diesen Fragen ergangene Rechtsprechung weiterhin zurückgegriffen werden“ könne.<sup>781</sup> Der beschrittene Weg wird als systematisch stimmig beschrieben, auch wenn besondere Regelungen wie die nun in den §§ 327 ff. BGB bestehenden „für Verträge mit bestimmten Gegenständen dem BGB und erst recht dem Allgemeinen Schuldrecht bisher fremd waren“.<sup>782</sup> Allerdings wäre eine Umsetzung im Besonderen Schuldrecht dem Wunsch entgegengestan-

---

liche Aspekte der Bereitstellung digitaler Inhalte und digitaler Dienstleistungen, BT-Drs. 19/27653, S. 39, sowie die Ausnahmeregelung in § 327 Abs. 6 Nr. 6 BGB, welche auf Open Source Software verweist.

778 Grüneberg, in: Grüneberg, § 327 BGB, Rn. 7.

779 In wie weit die dauerhafte Überlassung von Standardsoftware als Kaufvertrag zu qualifizieren sein kann, ist im Folgenden zu bewerten, 2. Teil § 1 E I.

780 Sattler, NJW 2020, 3623, Rn. 3.

781 BRegE. Entwurf eines Gesetzes zur Umsetzung der Richtlinie über bestimmte vertragsrechtliche Aspekte der Bereitstellung digitaler Inhalte und digitaler Dienstleistungen, BT-Drs. 19/27653, S. 24.

782 Kramme, RDt 2021, 20, Rn. 1, 2, 45.

den, auch auf neue Vertragstypen, welche sich nicht unter einem Nominatvertrag des BGB subsumieren lassen, anwendbar zu sein. Dies hätte letztlich „dogmatische Friktionen“ hervorgerufen.<sup>783</sup> Andere kritisieren die „Untätigkeit“ des Gesetzgebers, denn ErWG 16 Richtlinie (EU) 2019/770 hätte es erlaubt, den persönlichen Anwendungsbereich auch auf Nicht-Verbraucherverträge auszuweiten.<sup>784</sup> Vereinzelt wird jedoch eine Indizwirkung auch für den unternehmerischen Geschäftsverkehr erkannt,<sup>785</sup> aber auch abgelehnt, denn der Gesetzgeber habe sich bewusst gegen eine Ausweitung über Verbraucherverträge hinaus entschieden.<sup>786</sup> Es fehle somit an einer planwidrigen Regelungslücke.<sup>787</sup> Letzterem ist zuzustimmen, denn der EU-Gesetzgeber hat zur Verwirklichung des Binnenmarktes allein Verbraucherschutzrechtliche Regelungen getroffen und der deutsche Gesetzgeber hat sich bei deren Umsetzung bewusst fast durchgängig gegen eine generelle Änderung des deutschen Vertragsrechts entschieden. Allein im Mietrecht erfolgte in § 548a BGB eine allgemein auf Mietverträge anwendbare Änderung des BGB, im Übrigen blieb der persönliche Anwendungsbereich auf Verbraucherverträge beschränkt. Es sollte behutsam damit umgegangen werden, in einem so besonderen Rechtsbereich wie dem Verbraucherschutzrecht erfolgende rechtliche Wertungen zu verallgemeinern, insbesondere wenn sich der Gesetzgeber bewusst und ausdrücklich gegen eine solche Verallgemeinerung entschieden hat. Das Verbraucherschutzrecht zielt darauf ab, die strukturelle Unterlegenheit von einzelnen Verbrauchern gegenüber Unternehmen durch rechtliche Mittel auszugleichen, dies erfolgt insbesondere durch Informationspflichten und nicht-abdingbaren Verbraucherrechten bzw. -ansprüchen. Treten sich Parteien jedoch grundsätzlich auf Augenhöhe gegenüber, so fehlt es an der Schutzwürdigkeit des Leistungsempfängers und andere rechtliche Wertungen und Ausgleichsmechanismen kommen zu Geltung. Der dem BGB an sich fremde Ansatz, Verträge nach dem Vertragsgegenstand und nicht nach den Hauptleistungspflichten zu kategorisieren, tritt verstärkt im Verbraucherschutzrecht auf, in welchem der Gesetzgeber versucht, punktuell einzelne typischerweise auf-

---

783 Spindler, MMR 2021, 451.

784 Martens, Rn. 416 dies neutral bewertend; Staudinger/Beckmann, in: Staudinger, Vorbem zu §§ 433 ff. BGB, Rn. 61.

785 A.A. Martens, Rn. 416 dazu tendierend abzuwarten, ob sich „Marktgewohnheiten“ außerhalb der Verbraucherverträgen entwickeln; Staudinger/Beckmann, in: Staudinger, Vorbem zu §§ 433 ff. BGB, Rn. 61 mit weiteren Verweisen.

786 Staudinger/Beckmann, in: Staudinger, Vorbem zu §§ 433 ff. BGB, Rn. 61 letztlich eine Subsumtion unter § 453 Abs. 1 S. 1 BGB befürwortend.

787 Föhlisch, in: BeckOK IT-Recht, § 327 BGB, Rn. 7 ff.

tretende Sachverhalte zu erfassen. Jedoch handelt es sich nicht um ein abschließendes Vertragsrechtsregime. Im unternehmerischen Rechtsverkehr bzw. bei Verträgen zwischen Verbrauchern verbleibt es somit bei der bisherigen Einordnung von Software.

Aus der Umsetzung der Digitale-Inhalte-Richtlinie (EU) 2019/770 können in der Folge keine Erkenntnisse für die schuldrechtliche Einordnung der dauerhaften Überlassung von Standardsoftware gewonnen werden. Die vom Unionsgesetzgeber in der Richtlinie angelegte vertragsübergreifende Anwendbarkeit der Normen ist auch vom deutschen Gesetzgeber übernommen worden. Überdies erfasst die Umsetzung der Richtlinie (EU) 2019/770 allein Verbraucherschutzrechtliche Aspekte und lässt gemäß Art. 3 Abs. 9 urheberrechtliche Wertungen unberührt.

#### 4. Zusammenfassung

Die dauerhafte Überlassung von Standardsoftware kann zwar unter die Bereitstellung digitaler Inhalte gemäß § 327 Abs. 1 S. 1 Alt. 1 BGB subsumiert werden, allerdings erlaubt dies keine Rückschlüsse auf die Rechtsnatur des Vertrages.

#### V. Zusammenfassung

Für die schuldrechtliche Einordnung von Verträgen über die dauerhafte Überlassung von Standardsoftware werden in Deutschland unterschiedliche Vertragstypen vorgeschlagen. Teils wird eine kaufrechtliche Einordnung vertreten. Zum einen kann hiernach ein Sachkauf vorliegen. Dabei werden entweder die Software mit Datenträger, die Software an sich oder die Software aufgrund ihrer immanenten Verkörperung auf einem Datenträger als Sache angesehen. Nach einem anderen Ansatz wird das Sachkaufrecht entweder generell angenommen oder entsprechend angewandt. Des Weiteren wird in diesem Softwarevertrag auch ein Rechtskauf oder ein Kauf eines sonstigen Gegenstands gesehen. Wiederum andere bevorzugen eine generelle Annahme eines Kaufvertrages bzw. eine entsprechende Anwendung des Kaufrechts. Die dauerhafte Überlassung von Standardsoftware wird schuldrechtlich teils als urheberrechtlicher Lizenzvertrag eingeordnet, welcher einen Vertrag Sui-Generis darstellt. Neben diesem Lizenzvertrag soll ein Vertrag bzw. eine vertragliche Leistungspflicht bezüglich

eines Datenträgers bzw. Begleitmaterials, gegebenenfalls aber auch hinsichtlich der Übermittlung der Software, bestehen.

### C. Frankreich

Die schuldrechtliche Einordnung von Verträgen über die dauerhafte Überlassung von Standardsoftware ist in der französischen Rechtsprechung und Lehre seit den 1980er Jahren umstritten<sup>788</sup> und es existieren zahlreiche Ausführungen und Urteile zu dieser juristischen Fragestellung. Regelmäßig erfolgt – auch in Abgrenzung zum vorstehend betrachteten deutschen Recht – keine Subsumtion unter den Wortlaut der betreffenden Normen und die rechtlichen Ausführungen basieren vielmehr auf wertenden Gedanken.

Der in Frankreich übliche Terminus für Standardsoftware ist „progiciel“, welcher aus den 1980er Jahren stammt und für „produit-logiciel“ (Software-Produkt) steht,<sup>789</sup> aber keine gesetzliche Erwähnung findet. „Logiciel“ als französischer Terminus für Software wird sehr unpräzise verwendet, oft wird nicht zwischen dem Datenträger der Software, der Software an sich und dem urheberrechtlichen Werk Software unterschieden, was teils zu fehlender Präzision führt.<sup>790</sup> Auch die Verwendung der Termini für Verträge zur Überlassung von Standardsoftware erfolgt nicht einheitlich, gebräuchlich sind Softwarelizenz („licence de logiciel“),<sup>791</sup> Lizenz zur Nutzung („licence d’utilisation“),<sup>792</sup> Lizenz des Gebrauchsrechts („licence de droit d’usage“), Einräumung des Nutzungsrechts („concession de droit d’utilisation“),<sup>793</sup> Vertrag des Nutzungsrechts („contrat de droit d’utilisation“),<sup>794</sup> Einräumung einer Nutzungslizenz („concession d’une licence d’utilisation“)<sup>795</sup> oder auch Einräumung eines Gebrauchsrechts („concession

---

788 Gross/Bihr, Rn. 157; Ledieu, Comm. Com. Electr. 2003–11, 12; Warusfel, in: Lamy Droit du Numérique 2023, Rn. 1503.

789 Croze/Bismuth, JCP E 1986, études et commentaires, 14659, 121, 122; Sédallian/Dupré, 109; Warusfel, in: Lamy Droit du Numérique 2023, Rn. 1691.

790 Plana, RIDA, 213, 2007–7, 86, 89; Warusfel, in: Lamy Droit du Numérique 2023, Rn. 1499.

791 May, JCP E 2004, 23, 900.

792 Bitan, Droit et expertise des contrats informatiques, Rn. 442 unter Verweis auf die Praxis; Le Tourneau, Contrats du numérique informatiques et électroniques, Rn. 222.24.

793 Huet, in: Catala, De la vente de logiciel, 799; Varet, Expertises 2012, 349, 351.

794 Gaudrat, RTDCom. 2013, 75, 5. B – mit Verweis auf Cass., 12. Juni 2012, Nr. 11–20.204.

795 Montero, 73.

d'un droit d'usage<sup>796</sup>).<sup>796</sup> All diese Begriffe werden in dieser Weise gesetzlich nicht erwähnt.

## I. Kaufvertrag: „vente“

Der Kaufvertrag („vente“) ist im französischen „Code civil“ in den Art. 1582 bis 1701 normiert. Gemäß Art. 1582 Abs. 1 C. civ. ist ein Kauf „ein Vertrag durch den sich der eine verpflichtet, eine Sache zu liefern und der andere, diese zu bezahlen“. Art. 1603 C. civ. normiert die Pflicht des Verkäufers, die Kaufsache zu übergeben („délivrer“)<sup>797</sup> und für die Kaufsache zu garantieren („garantir la chose“).<sup>798</sup> Der Käufer muss gemäß Art. 1650 C. civ. insbesondere den Kaufpreis bezahlen. Weiter normiert Art. 1583 Abs. 1 C. civ., dass das Eigentum an der Kaufsache übergeht, sobald die Vertragsparteien sich sowohl über diese als auch über den Kaufpreis geeinigt haben.<sup>799</sup> Gegenstand des Kaufvertrages sind Sachen („choses“). Diese können körperlich und unkörperlich sein, es muss ein Eigentumsübergang an diesen erfolgen können.<sup>800</sup> Wenn ein solcher fehlt, aber Rechte übertragen werden, dann liegt eine Rechtsübertragung („cession“) vor, welche originär keinen Kaufvertrag darstellt.<sup>801</sup>

---

796 Bitan, Droit et expertise des contrats informatiques, Rn. 442; Montero, 73.

797 Die Übergabe wird in Art. 1604 C. civ. als „der Transport der verkauften Sache in den Machtbereich und den Besitz des Käufers“ beschrieben, vertiefend Collart Dutilleul/Délebecque, Rn. 198.

798 Collart Dutilleul/Délebecque, Rn. 198, 216 vertiefend. Art. 1626 bis 1640 C. civ. regeln den Rechtsmangel („éviction“) und Art. 1641 bis 1649 den Sachmangel („vice caché“).

799 Bitan, Droit et expertise des contrats informatiques, Rn. 454. Im französischen Recht vollzieht sich der Eigentumsübergang „solo consensu“ mit Abschluss des Kaufvertrages, Collart Dutilleul/Délebecque, Rn. 179, 216 vertiefend. Dies stellt einen Unterschied zum Trennungsprinzip im deutschen Recht dar.

800 Collart Dutilleul/Délebecque, Rn. 113, 216.

801 Bénabent, Rn. 19 zum Verkauf von Immaterialgüterrechten in Form der „cession“. Zur schuldrechtlichen Einordnung der „cession“ 2. Teil § 1 C IV. 2. a).

1. Einzelnes Softwareexemplar als „chose“

Huet<sup>802</sup> sah schon im Jahr 1991 die kaufrechtliche Einordnung von Softwareverträgen als gestärkte Rechtsprechung an<sup>803</sup> und vertritt diese Auffassung fortdauernd.<sup>804</sup> Kaufgegenstand und somit „chose“ sei ein einzelnes Softwareexemplar, an welchem Eigentum übertragen werde.<sup>805</sup> Dieses einzelne Softwareexemplar wird als unabhängig vom Immaterialgüterrecht beschrieben,<sup>806</sup> was für die Vertreter dieser Ansicht auf zwei Argumenten fußt: Dies ist zum einen Art. L111–3 CPI, welcher besagt, dass das Urheber-

---

802 Blanc, Rn. 246 ff. in diese Richtung; Huet, DIT 1991–3, 27, 29; Huet, in: Catala, De la vente de logiciel, 799; Huet, Comm. Com. Electr. 2003–12, comm. 123; Huet, Recueil Dalloz 2012, 2101; Huet/Decocq/Grimaldi/Lécuyer/Morel-Maroger, Rn. 21126; Le Tourneau/Bloch/Guettier/Giudicelli/Julien/Krajeski/Poumarède, Rn. 3342.22 im Jahr 2023 noch auf diese Rechtsansicht von Huet als existierende Sondermeinung verweisend.

803 Huet, DIT 1991–3, 27, 29 in einer Anmerkung zu Cass. com., 22. Mai 1991 („LCE v. Artware“). Der Cass. sprach bei der Übertragung von Standardsoftware von einem Kauf und wandte auch kaufrechtliche Regelungen des C. civ. an; Huet/Decocq/Grimaldi/Lécuyer/Morel-Maroger, Rn. 11319 auf CA Dijon, chambre I, Section D, 04. Februar 1999, Juris-Data: 1999–765188, JCP 1999, II, 10100 verweisend, in dem im Sinne des Verweises das Kaufleistungsstörungsrecht auf Software, die nicht geeignet war, den Jahrtausendwechsel zu passieren, angewandt wurde. Tatsächlich handelte es sich bei dem Urteil allein um die Auslegung von einer Garantieklausel in Allgemeinen Geschäftsbedingungen. Eine explizite schuldrechtliche Einordnung als Kauf erfolgte nicht.

804 Huet, Recueil Dalloz 2012, 2101.

805 Huet, in: Catala, De la vente de logiciel, 799, 802, Huet/Bouche, Rn. 77, 120.

806 Cahen; Huet, in: Catala, De la vente de logiciel, 799, 801; Le Tourneau, Théorie et pratique des contrats informatiques, 93 auf die Folge abstellend, ob der Datenträger verkauft und bezüglich der Standardsoftware ein Lizenzvertrag („licence“) abgeschlossen wird, welcher dem Mietvertragsrecht unterliegt. Somit erfolgt diesbezüglich eine andere Trennung als von Huet; Warusfel, in: Lamy Droit du Numérique 2023, Rn. 1503 beschreibend und auf ein wohl grundlegendes Urteil zur Abgrenzung der „vente“ vom werkvertragsähnlichen „contrat d’entreprise“ verweisend, dieses aber nicht bestimmbar zitierend. Der Cass. 3e civ. definierte in dieser Entscheidung im Jahr 1985, dass bei einem „contrat d’entreprise“ eine spezifisch den individuellen Anforderungen des Auftraggebers entsprechende Tätigkeit besteht. Beim Kaufvertrag hingegen liege eine Serienproduktion für einen größtmöglichen und undifferenzierten Kundenkreis vor und es bestehe die Pflicht zu liefern, bei einem „contrat d’entreprise“ hingegen eine Pflicht zum Tätigwerden („à faire“). Werde die Sache allerdings vom Schuldner erst hergestellt, könne die Abgrenzung vom „contrat d’entreprise“ zur „vente d’une chose future“ schwerfallen. Bei der als Massenprodukt vorliegenden Standardsoftware liegt nach dieser Rechtsprechung ein Kaufvertrag vor.

recht unabhängig von dem Sacheigentum des geschützten Objektes ist.<sup>807</sup> Als dieses Objekt wird das einzelne Softwareexemplar angesehen.<sup>808</sup> Dieses sei materiell und nicht urheberrechtlich zu verstehen und sei unabhängig von immaterialgüterrechtlichen Kategorien. Hieran setzt auch das zweite Argument an: Beim Kauf eines Softwareexemplars sind die Immaterialgüterrechte nicht Gegenstand des Vertrages und werden nicht übertragen,<sup>809</sup> das Softwareexemplar ist demnach unabhängig von seinem immaterialgüterrechtlichen Schutz Vertragsgegenstand.<sup>810</sup> Dies wird damit begründet, dass der Erwerber – also Softwarenutzer – kein ausschließliches Recht an der Software erhalten möchte. In der Folge seien Einschränkungen des Erwerbers in der einem Eigentümer grundsätzlich zustehenden Verfügungsgewalt möglich. So könne das Urheberrecht, welches beim Softwareentwickler verbleibe, dem Erwerber die Erstellung von Vervielfältigungen für Dritte verbieten. Allerdings seien solche Einschränkungen nicht beliebig gestaltbar und beispielsweise Verbote einer Weiterveräußerung seien unwirksam. Einzig relevant seien Begrenzungen hinsichtlich der Nutzeranzahl, denn diese stünden in Kongruenz mit dem Vervielfältigungsrecht des Urhebers.<sup>811</sup> Fehle wie bei einer Online-Übermittlung der Software eine Verkörperung, so habe dies keinen Einfluss auf die Rechtsnatur als Kaufvertrag. Diese – im Vergleich zur Übergabe der Software verkörpert auf einem Datenträger – unterschiedlichen faktischen Gegebenheiten seien juristisch identisch zu behandeln.<sup>812</sup> Folglich wird ein abstraktes Softwareexemplar als Gegenstand eines Kaufvertrages angesehen. Dieses werde im Rahmen eines Kaufs dauerhaft und grundsätzlich ohne inhaltliche Einschränkungen gegen Zahlung eines Preises überlassen.<sup>813</sup>

## 2. Generelle Annahme einer „vente“

Teils wird eine allgemeine und nicht auf gesetzliche Merkmale gestützte Einordnung als Kaufvertrag befürwortet. So wird die dauerhafte Über-

---

807 Huet, in: Catala, De la vente de logiciel, 799, 801.

808 Huet, in: Catala, De la vente de logiciel, 799, 801; May, JCP E 2004, 23, 900, 901 beschreibend; Warusfel, in: Lamy Droit du Numérique 2023, Rn. 1503 beschreibend.

809 Cahen.

810 Huet, in: Catala, De la vente de logiciel, 799, 801; Warusfel, in: Lamy Droit du Numérique 2023, Rn. 1503 beschreibend.

811 Huet, in: Catala, De la vente de logiciel, 799, 801, 810, 813 f.

812 Blanc, Rn. 246 ff., 252; Huet, in: Catala, De la vente de logiciel, 799, 801 f.

813 Huet/Bouche, 70.

lassung von Standardsoftware in der Rechtsprechung<sup>814</sup> überwiegend als Kaufvertrag angesehen, in der Literatur ist dies nur vereinzelt der Fall.<sup>815</sup> Urteile sind in Frankreich traditionell sehr kurz, es erfolgt in der Regel keine ausführliche Herleitung der getroffenen Entscheidung. In Bezug auf Softwareverträge wird meist nicht ausgeführt, was der Gegenstand des Kaufvertrages ist. Als Grundsatzentscheidung kann das „LCE v. Artware“-Urteil des „Cour de Cassation“ aus dem Jahr 1991 angesehen werden,<sup>816</sup> welches später zahlreich bestätigt wurde.<sup>817</sup> Weitere Urteile beziehen sich

---

814 Le Tourneau/Bloch/Guettier/Giudicelli/Julien/Krajeski/Poumarède, Rn. 3342.22 dies als ständige Rechtsprechung beschreibend.

815 Grynbaum, Comm. Com. Electr. 2004–10, comm., 116; Le Tourneau, Contrats du numérique informatiques et électroniques, Rn. 222.11 jedoch von einem atypischen Kauf sprechend, bei welchem zahlreiche Rechte beim Verkäufer verbleiben. Weiter spricht Le Tourneau von einer „cession“ und nimmt indirekt auf Immaterialgüterrechte Bezug. Le Tourneau erkennt sehrwohl urheberrechtliche Aspekte des Vertrages.

816 Cass. com., 22. Mai 1991 („LCE v. Artware“), Nr. 89–11.390. Lucas/Devèze/Frayssinet, Rn. 746 mit Verweisen auf ältere Rechtsprechung der 1980er Jahre; Warusfel, in: Lamy Droit du Numérique 2023, Rn. 1503 zahlreiche Rechtsprechung nennend, insbesondere auch mit Verweis auf Urteile, welche dem Cass. com. gefolgt sind.

817 Später entschieden in diese Richtung Cass. com., 09. November 1993, Nr. 91–19.770, 91–20.246 von einem Softwarekauf („vente de logiciel“) sprechend. Nicht gewürdigt wurde, dass in dem Fall die Software neu hergestellt wurde. In diesem Urteil war kein Datenträger Grundlage der Entscheidung, sondern allein die Software an sich. Allerdings wurden in dem Urteil einzelne Verwertungsrechte aufgezählt, welche Gegenstand einer Rechtsübertragung („cession“) sind. Es wurde festgestellt, dass nicht das „ganze Eigentum an der Software“ übertragen wird, was vom Cass. aber nicht weiter erklärt wurde; Cass. com., 09. Mai 1995, Nr. 93–16.539, Juris-Data: 1995–004472 von verkaufter Software („logiciels vendus“) sprechend (in diesem Fall wurde Standardsoftware an sich dauerhaft überlassen); Cass. com., 02. April 1996, Nr. 94–17.64 bei Software an sich von einem Softwarekauf („achat du logiciel“) sprechend; Cass. Ire civ., 30. Januar 1996, Nr. 93–18.684 von einem Erwerb („acquisition“) von Software („logiciels“) sprechend; Cass. com., 19. Februar 2002, Nr. 99–15.722 bei Softwareüberlassung von einem Kaufvertrag („contrat de vente“) sprechend, allerdings auch einzelne Lizenzverträge („contrat de licence“) für die Software erwähnend; Cass., 11. Juli 2006, Nr. 04–17.093 („Sté Téléfil Santé v. Sté Condeil développement assistance (CDA)“) in Bezug auf Software an sich, welche nicht vertragsgemäß funktioniert, das Kaufleistungstörungsrecht, insbesondere Art. 1604 C. civ. anwendend und dabei ausdrücklich von verkaufter Software („logiciel vendu“) sprechend; an untergerichtlichen Entscheidungen auch CA Aix-en-Provence, 21. Mai 1997 von einem Standardsoftwarekauf („vente de logiciel standard“) sprechend; CA Aix-en-Provence, chambre commerciale 2, 27. März 2002, Nr. 99–9805, Juris-Data: 2002–174488 von einem Kauf („vente“) der Software sprechend und schließlich die kaufrechtlichen Regelungen zum Sachmangel („vice caché“) anwendend; CA Rennes, chambre 2, 28. Februar 2013, Nr. 10–07138 in einem Fall vom

auf einen Sachverhalt, in welchem Software verbunden mit Hardware – also Informatikinfrastruktur („équipement informatique“) wie Computer – überlassen wird. Diesbezüglich erkannte die Rechtsprechung einen Gesamtvertrag und wandte das Kaufrecht an.<sup>818</sup> In Bezug auf die Software kam in Urteilen Kaufrecht auch zur Anwendung, wenn Leistungspflichten aufgespalten wurden.<sup>819</sup> In der Folge galt stets das kaufrechtliche Regime der Sachmängelhaftung („vice caché“).<sup>820</sup>

## II. Mietvertrag: „contrat de louage“

Art 1709 C. civ. definiert, dass bei einem Mietvertrag („contrat de louage“) „eine Partei dazu verpflichtet ist, die andere während einer bestimmten Zeit in den Genuss einer Sache zu bringen.“<sup>821</sup> Es besteht ein Sukzessivcha-

---

Erwerb von Standardsoftware, welche letztlich nicht wie vom Nutzer intendiert funktionierte, von Standardsoftware („progiciel“) als Kaufgegenstand („chose vendue“) sprechend; CA Douai, chambre 2, section 1, 24. Oktober 2013, Nr. 11-07358 in einem Urteil über verschiedene Dienstleistungen aus dem Informatikbereich von gekaufter Standardsoftware („progiciel acheté“) sprechend; als Sonderfall die „Excelsior“-Entscheidung (Cass. com., 25. November 1997, Nr. 95-14603, Bull. civ. IV, Nr. 318), in welcher die Garantie („garantie“) des Kaufrechts auf eine mit Viren behaftete Diskette, welche Software enthalten hat, angewandt wurde. Allerdings ist zu beachten, dass die Diskette kostenlose Beilage einer Zeitschrift war, welche unbestritten verkauft wurde. Das Gericht wandte das Leistungsstörungsrecht aus dem Kaufvertrag der Zeitschrift auch auf die dieser beiliegenden Diskette an und setzte sich mit der Natur der Software an sich nicht weiter auseinander.

818 Cass., 15. Mai 2001, Nr. 98-18603, Comm. Com. Electr. 2001-12, comm. 123 von einem Standardsoftwareverkäufer („vendeur de progiciel“) sprechend; Cass., 01. März 2005, Nr. 01-15007, RLDI 2005, April, Nr. 127 die kaufrechtlichen Regelungen zur Sachmängelhaftung („vice caché“) anwendend; untergerichtlich CA Paris, chambre 25, sect. A, 15. September 1995, DIT 1996-3, Gaz. Pal. 1996, 2, somm., 329 die Kaufrechtsregelungen des Sachmangels („vice caché“) auf die mit der Hardware gelieferte Software (Kauf eines Informatiksystems) anwendend; CA Paris, chambre 25, sect. B, 22. Juni 2001 eine Aufteilung in einen immaterialgüterrechtlichen Vertragsteil und einen solchen über den Datenträger (Kaufrecht) ablehnend und das Kaufrecht auf den Gesamtvertrag anwendend. Eine Äußerung in Bezug auf Software, welche ohne Datenträger geliefert wird, erfolgte nicht.

819 CA Bastia, chambre civile, 19. November 2002, Juris-Data: 2002-00772 in einer Entscheidung über die Überlassung von Informatikinfrastruktur auf Zeit (Miete) in Bezug auf die Software das Kaufleistungsstörungsrecht mit den Haftungsregeln der Art. 1641 bis 1644 C. civ. anwendend.

820 Huet, in: Catala, De la vente de logiciels, 799, 806 f. beschreibend.

821 Das Mietrecht ist im C. civ. nicht einheitlich geregelt, sondern es gibt neben den allgemeinen Regelungen in Art. 1709 ff. C. civ. besondere Normierungen für die Miete

rakter,<sup>822</sup> welcher ein Dauerschuldverhältnis begründet. Der Mieter hat als Gegenleistung einen Preis zu bezahlen.<sup>823</sup> Durch eine Miete wird dem Nutzer gemäß Art. 1719 C. civ. ein „droit personnel“ eingeräumt, welches eine exklusive Nutzung der Mietsache erlaubt.<sup>824</sup>

Teils war in der dauerhaften Überlassung von Standardsoftware ein originärer Mietvertrag gesehen worden, mittlerweile wurde dieser Ansatz aber aufgegeben.<sup>825</sup> Ein Bezug zum Immaterialgüterrecht war dabei nicht erkannt und eine solche Verbindung – vergleichbar zum vorstehend erörterten Softwarekauf – abgelehnt worden. Andere hingegen schlagen eine solche schuldrechtliche Einordnung nur für die zeitlich befristete Überlassung von Standardsoftware vor. Dies erfolgt insbesondere, wenn die dauerhafte Überlassung als Kauf eines Softwareexemplars angesehen wird.<sup>826</sup> Im Ergebnis wird die dauerhafte Überlassung von Standardsoftware nicht als „contrat de louage“ eingeordnet.

---

von Häusern und Landgütern (Art. 1714 bis 1751 C. civ.), für die Wohnungsmiete (Art. 1752 bis Art. 1762) und für die Pacht (Art. 1763 bis Art. 1778). Auch Collart Dutilleul/Délebecque, Rn. 339. „Louage“, „bail“ oder „location“ werden synonym für Miete verwendet, Collart Dutilleul/Délebecque, Rn. 339.

822 Collart Dutilleul/Délebecque, Rn. 345.

823 Art. 1720 C. civ. regelt die Übergabe („délivrance“) der Mietsache. Diese muss vom Vermieter in einem guten Zustand geliefert und auch erhalten werden, Collart Dutilleul/Délebecque, Rn. 488 ff.; Ledieu, Comm. Electr. 2003–11, 12, 15; In Bezug auf genuin mietrechtliche Normen ist zu beachten, dass diese teilweise dispositiver Natur sind. Die nach Art. 1724 Abs. 1 C. civ. vorgeschriebene Pflicht des Erhaltes der Mietsache in Bezug auf dringende Reparaturen, welche der Mieter zu dulden hat, ist nicht Teil des zwingenden Rechts und kann somit von den Parteien angepasst bzw. abbedungen werden. Schließlich würde wohl kein Unternehmen – ohne eine Ausgleichszahlung zu erhalten – aufgrund einer Softwareverbesserung seine Produktion Tage lang stillstehen lassen können, Ledieu, Comm. Com. Electr. 2003–11, 12, 15.

824 Ein absolutes Recht („droit réel“) soll nur in Ausnahmefällen wie bei der Grundstücksmietete eingeräumt werden, Collart Dutilleul/Délebecque, Rn. 344, 385.

825 Le Tourneau/Bloch/Guettier/Giudicelli/Julien/Krajeski/Poumarède, Rn. 3342.21 eine Miete auch heute noch als sehr seltenen Fall beschreibend.

826 Huet, in: Catala, De la vente de logiciel, 799, 803; Huet/Decocq/Grimaldi/Lécuyer/Morel-Maroger, Rn. 21126; Montero, 77; Warusfel, in: Lamy Droit du Numérique 2023, Rn. 1709 von einer „Art“ Miete sprechend, sich also nicht auf die originäre Miete festlegend.

### III. „Contrat d'entreprise“ („contrat de louage d'ouvrage“)

Eines der zentralen Abgrenzungsmerkmale des „contrat d'entreprise“ vom Kaufvertrag ist der Vertragsgegenstand, welcher bei ersterem eine Dienstleistung („service“) und bei letzterem eine Sache („chose“) ist.<sup>827</sup> Die formal richtige Vertragsbezeichnung des „contrat d'entreprise“ ist „contrat de louage d'ouvrage“ (in wörtlicher Übersetzung: Vertrag der Miete von Arbeit/eines Werks), welcher Teil der Mietverträge des „Code civil“ ist. Nach Art. 1710 C. civ. verpflichtet sich eine Vertragspartei gegen Zahlung eines Preises „etwas zu machen“ („operis faciendi“).<sup>828</sup> Diese gesetzliche Definition ist bewusst weit gefasst.<sup>829</sup> Art. 1779 C. civ. unterscheidet zwischen drei Arten des „contrat de louage d'ouvrage“.<sup>830</sup> In Bezug auf Softwareverträge ist allein „louage des entrepreneurs d'ouvrages“ von Relevanz.<sup>831</sup> Der Leistungsempfänger muss den Vertragsgegenstand – soweit eine Lieferung der Sache erfolgt – annehmen,<sup>832</sup> diese Annahme gegebenenfalls bestätigen („réception“)<sup>833</sup> sowie den vereinbarten Preis bezahlen.<sup>834</sup> Der „Cour de Cassation“ unterstrich zudem stets die Unabhängigkeit des Werkunternehmers.<sup>835</sup>

Abzugrenzen ist der „contrat d'entreprise“ von einem „mandat“, welches dem in den §§ 662 ff. BGB normierten Auftrag ähnlich ist. Bei einem „mandat“ führt der Beauftragte („mandataire“) etwas für den Auftraggeber in dessen Namen aus. Bei einem „contrat d'entreprise“ hingegen wird der Leistungserbringer im eigenen Namen tätig.<sup>836</sup> Die Abgrenzung zum Ar-

---

827 Collart Dutilleul/Délebecque, Rn. III.

828 Dieses Tätigwerden muss in einem Bereich erfolgen, der eine gewisse Fertigkeit verlangt. Diese kann physischer, aber auch geistiger Natur sein, Collart Dutilleul/Délebecque, Rn. 697. Daneben muss der Leistungserbringer, wird ihm ein Gegenstand überlassen, diesen verwahren („conserver“), dem Kunden Auskunft erteilen und diesen beraten („renseignement“ und „conseil“) sowie Sorgfalts-, bzw. Schutzpflichten in Bezug auf die Arbeit („sécurité“) beachten, Rn. 727 ff. Die Pflichten können je nach Vertragsinhalt variieren, Rn. 731, 738.

829 Collart Dutilleul/Délebecque, Rn. 695.

830 Collart Dutilleul/Délebecque, Rn. 695; May, JCP E 2004, 23, 900, 902.

831 Nur dieser Typ des „contrat de louage d'ouvrage“ wird im Folgenden besprochen.

832 Collart Dutilleul/Délebecque, Rn. 731, 739.

833 Die Abnahme („réception“) stellt einen einseitigen Rechtsakt mit zahlreichen Rechtsfolgen dar, Collart Dutilleul/Délebecque, Rn. 738 vertiefend.

834 Collart Dutilleul/Délebecque, Rn. 731.

835 Cass. 1re civ., 19. Februar 1968, 64–14.315, Bulletin civil I N. 69, S. 54.

836 Collart Dutilleul/Délebecque, Rn. 700 vertiefend. Zudem gibt es noch weitere Unterschiede, beispielsweise im Fall der Vertragsbeendigung.

beitsvertrag („contrat de travail“) kann verkürzt über die Weisungsgebundenheit erfolgen. Eine solche besteht allein beim Arbeitnehmer.<sup>837</sup>

Bei einem „contrat d'entreprise“ kann der Erfolg („obligation de résultat“) oder allein das Tätigwerden („obligation de moyen“) geschuldet sein.<sup>838</sup> In der Rechtsprechung erfolgt eine Abgrenzung danach, ob sich die Leistungspflicht auf eine Sache oder auf die Durchführung einer – insbesondere auch intellektuellen – Tätigkeit bezieht. Bei ersterer ist ein Erfolg geschuldet, im zweiten Fall hingegen eine Tätigkeit. Eine Unterscheidung dahingehend, ob eine individuelle Erstellung vorliegt (in Abgrenzung zum Kauf), wird teils nur in Bezug auf körperliche Gegenstände vorgenommen und erfolgt nicht in Bezug auf die Softwareerstellung.<sup>839</sup>

Ein Teil der Literatur schlägt für die dauerhafte Überlassung von Standardsoftware die Rechtsnatur des „contrat d'entreprise“ vor.<sup>840</sup> Teils wird angeführt, die herrschende Meinung in der Literatur sieht die Überlassung von Software („fourniture de logiciel“) als einen „contrat de communication de savoir faire“ an, welcher schuldrechtlich einen „contrat d'entreprise“ darstellt.<sup>841</sup> Insbesondere die tatsächliche vertragliche Situation spreche für den „contrat d'entreprise“.<sup>842</sup> So passe die bei diesem weniger strenge Sachmängelhaftung, zudem sei dieser eine Art „Allzweckwaffe“, um sämtliche „Spezialverträge“ („contrats spéciaux“) gesetzlich zu erfassen. Bei dieser Ansicht erfolgt eine Gesamtbetrachtung ohne Bezugnahme auf das Immaterialgüterrecht.<sup>843</sup> Andere erkennen einen „Vertrag über die Verwertung von Immaterialgüterrechten“ („contrat d'exploitation des droits de propriété intellectuelle“), welcher eine Unterkategorie des „contrat d'entreprise“ darstellt.<sup>844</sup> Es wird somit ein immaterialgüterrechtlicher Schwerpunkt des Vertrages gesehen.

---

837 Collart Dutilleul/Délebecque, Rn. 700 vertiefend.

838 Collart Dutilleul/Délebecque, Rn. 711 unter Nennung zahlreicher Beispiele aus der Rechtsprechung, Rn. 713 hinsichtlich weiterer Abgrenzungskriterien.

839 Vivant/Lucas, JCP-E 1993, Nr. 18, 06. Mai 1993, 246 ff., 14.

840 Warusfel, in: Lamy Droit du Numérique 2023, Rn. 1499. Andere befürworten die schuldrechtliche Einordnung als „contrat d'entreprise“ allein hinsichtlich der Übermittlung der Software („service“) zum Nutzer, Blanc, Rn. 248 beschreibend und insgesamt einen Kaufvertrag vertretend.

841 Lucas/Devèze/Frayssinet, Rn. 749 f.; Sédallian/Dupré, 299.

842 Sédallian/Dupré, 300.

843 Bitan, Droit et expertise des contrats informatiques, Rn. 460 ff., 463 in diese Richtung.

844 Warusfel, in: Lamy Droit du Numérique 2023, Rn. 1499 beschreibend.

#### IV. Immaterialgüterrechtliche Verträge

Neben vorgenannten Nominatverträgen des „Code Civil“ wird bei der schuldrechtlichen Einordnung des Standardsoftwareüberlassungsvertrages im französischen Recht insbesondere ein immaterialgüterrechtlicher Aspekt erkannt und in der Folge ein immaterialgüterrechtlicher Vertrag angenommen.

##### 1. Einzelne Verträge

Im französischen Recht existiert mit dem „Code de la propriété intellectuelle“ ein Gesetz, welches sämtliche Immaterialgüterrechte umfasst und die Verträge „concession“, „licence“ und „cession“ ausdrücklich nennt.

##### a) Rechtsübertragung: „cession“

Eine „cession“ ist eine regelmäßig für die Dauer des Schutzrechts erfolgende Rechtsübertragung.<sup>845</sup> Bei gewerblichen Schutzrechten kann eine „cession totale“ in Bezug auf das Schutzrecht an sich und eine „cession partielle“ hinsichtlich einzelner Teile des Rechts erfolgen.<sup>846</sup> Es kann auch eine Limitierung auf einzelne Nutzungshandlungen bzw. eine örtliche<sup>847</sup> oder zeitliche<sup>848</sup> Beschränkung bestehen. Wird der Rechtsgedanke der „cession totale“ auf das Urheberrecht übertragen, so können Unklarheiten auftreten. Die Urheberschaft liegt im französischen Recht beim Schöpfer.<sup>849</sup> Formal gesehen ist die Übertragung („cession“) des Urheberrechts gemäß

---

845 Azéma/Galloux, Rn. 575 ff., 587; Ledieu, Comm. Com. Electr. 2003–11, 12, 13.

846 Art. L613–8 CPI im Patentrecht sowie Art. L714–1 CPI im Markenrecht. Der Terminus „cession“, wie er im Gesetz vorkomme, sei im Urheberrecht nicht im Wortsinn zu verstehen. Der Begriff der „cession“ habe diesbezüglich allein einen prozessrechtlichen Grund, denn demjenigen, dem Rechte eingeräumt werden, solle im Falle einer Rechtsverletzung durch einen Dritten ein eigenes Klagerecht eingeräumt werden, Bertrand, Rn. 112.21. Azéma/Galloux, Rn. 577 zur „cession“ im Patentrecht, Rn. 1726, 1828 zur „cession“ im Markenrecht; Costes/Marcellin/Auroux/Perray, in: Lamy Droit du Numérique 2023 Guide, Rn. 3173 ff.; May, JCP E 2004, 23, 900, 901; Sédallian/Dupré, 299 zur „cession partielle“.

847 Laronze, Rn. 455.

848 Azéma/Galloux, Rn. 577 in Bezug auf die „cession“ im Patentrecht

849 Art. L111–1 Abs. 1, L113–1, L123–1 Abs. 1 CPI.

Art. L131 CPI möglich, allerdings sind gemäß Art. L131–3 Abs. 1 CPI eine ausdrückliche und spezifische Beschreibung des Rechts und des Umfangs der Übertragung notwendig, was als hohe Hürde angesehen wird.<sup>850</sup> Daneben kann der Urheber gemäß Art. L122–7 CPI Verwertungsrechte frei übertragen.<sup>851</sup> Urheberpersönlichkeitsrechte, welche im französischen Urheberrecht insbesondere durch das „droit moral“ bzw. das „droit de paternité“ besondere Ausprägung gefunden haben, können nicht übertragen werden.<sup>852</sup> „Droits moraux“ sind in Bezug auf Software jedoch nicht von Relevanz bzw. inexistent.<sup>853</sup> In der Folge ist im Urheberrecht allein die Übertragung sämtlicher Vermögensrechte bzw. Verwertungsrechte von Bedeutung.<sup>854</sup> Eine „cession“ kann zugleich urheber- als auch etwaige patentrechtliche Aspekte umfassen.<sup>855</sup>

---

850 Blanc-Jouvan, Rn. 178; Costes/Marcellin/Auroux/Perray, in: Lamy Droit du Numérique 2023 Guide, Rn. 3213; Ledieu, Comm. Com. Electr. 2003–11, 12, 13; Warusfel, in: Lamy Droit du Numérique 2023, Rn. 1502. Ausführungen wie „alle umfassten Rechte“ oder „die Gesamtheit aller Urheberrechte“ sind nichtig, Le Tourneau, *Théorie et pratique des contrats informatiques*, 105 mit Verweis auf Cass. Ire civ., 09. Oktober 1991.

851 Ledieu, Comm. Com. Electr. 2003–11, 12, 13; Vivant/Brugière, Rn. 682. Diese Rechte umfassen das Aufführungsrecht („droit de représentation“) sowie das Vervielfältigungsrecht („droit de reproduction“), Art. L122–3 CPI (Costes/Marcellin/Auroux/Perray, in: Lamy Droit du Numérique 2023 Guide, Rn. 2728) bzw. Art. L122–6 Nr. 1 CPI mit Sonderregelungen für Software, (Costes/Marcellin/Auroux/Perray, in: Lamy Droit du Numérique 2023 Guide, Rn. 2730).

852 Binctin, Rn. 140, 143, 148, 152; Vivant: in Lamy, Rn. 64 für Software. Urheberpersönlichkeitsrechte („droit moraux“) verbleiben somit beim Urheber, Art. L111–1 Abs. 2 CPI sowie im Umkehrschluss aus Art. L121–7 CPI. Das „droit moral“ ist in Art. L111–1 CPI (sowie in Art. L113–9 CPI für Software, welche in einem Arbeitsverhältnis geschaffen wird) geregelt und umfasst das „Recht auf Namensnennung“ („droit au nom“; Art. L121–1 CPI), „das Recht auf Respekt am Werk“ („respect de l’oeuvre“), das „Veröffentlichungsrecht“ („droit de divulgation“; Art. L121–2 CPI) sowie eine Art „Widerufsrecht von Verwertungsrechten“ („droit de repentir et retrait“; Art. L121–4 CPI) (hierzu Costes/Marcellin/Auroux/Perray, in: Lamy Droit du Numérique 2023 Guide, Rn. 2726). Das „droit moral“ wird für Arbeitnehmerschöpfungen durch Art. L121–7 CPI eingeschränkt.

853 Bensoussan, Rn. 7200; Bertrand, Rn. 202.79; Caron, *Receuil Dalloz* 2003, 23, 1556, 1559 in diese Richtung; Clément-Fontaine, *Pi* 2008, 26, 69; Huet/Bouche, Rn. 109; Schmidt-Szalewski/Pierre, Rn. 338; Warusfel, in: Lamy Droit du Numérique 2023, Rn. 1502.

854 Bertrand, Rn. 112.17; Ledieu, *Cahiers de droit de l’entreprise*, 2005, 3, 61 in diese Richtung; Warusfel, in: Lamy Droit du Numérique 2023, Rn. 1502.

855 Warusfel, in: Lamy Droit du Numérique 2023, Rn. 1502.

b) Rechtseinräumung: „licence“/„concession“

Ein Recht kann mittels einer „licence“ bzw. „concession“<sup>856</sup> vom Rechteinhaber eingeräumt werden.<sup>857</sup> Die Termini „concession“ und „licence“ werden synonym verwendet.<sup>858</sup> Eine „licence“ stellt „einen Vertrag dar, bei welchem der Inhaber eines Monopols zu dessen Verwertung einem Dritten die Inanspruchnahme eines Verwertungsrechts gestattet“<sup>859</sup> Die „licence“ wirkt rein schuldrechtlich.<sup>860</sup> Der Lizenznehmer muss die Lizenzgebühr entrichten und entsprechend dem Vertrag die gestatte Handlung vornehmen.<sup>861</sup> Im Urheberrecht – welches in Bezug auf Software von Relevanz ist – findet die Rechtseinräumung keine gesetzliche Erwähnung,<sup>862</sup> wird aber allgemein anerkannt.<sup>863</sup>

---

856 Binctin, Rn. 1198; Ledieu, *Comm. Com. Electr.* 2003–11, 12, 13 dies als „persönliches Nutzungsrecht“ beschreibend.

857 Azéma/Galloux, Rn. 617 für das Patentrecht; Bénabent, Rn. 323; Binctin, Rn. 1198; May, *JCP E* 2004, 23, 900 f.

858 Binctin, Rn. 1198. In der Literatur ist bei der Verwendung der Terminologie von immaterialgüterrechtlichen Verträgen teils eine Ungenauigkeit zu erkennen. So wird vereinzelt die „concession“ als „Übertragung“ („transmission“) von mehreren Nutzungsrechten oder auch generell Verwertungsrechten beschrieben, Costes/Marcelin/Auroux/Perray, in: *Lamy Droit du Numérique 2023 Guide*, Rn. 3173 f. Allerdings werden nur bei einer „cession“ Rechte übertragen und nur bei einer solchen tritt bei dem Rechteinhaber ein „Minus“ auf. Auch May schreibt in Bezug auf die exklusive vollumfängliche Übertragung von Rechten von einer „licence“, obwohl er offensichtlich eine „cession“ beschreiben möchte, May, *JCP E* 2004, 23, 900, 901. Teils werden „cession de droit d'usage“ und „licence“ auch als Synonyme verwendet, Lucas/Lucas-Schloetter/Bernault, Rn. 722 welche auf diese Verwendung verweisen, aber nicht weiter bewerten.

859 Blanc, Rn. 304 mit dem Hinweis, dass diese Definition aus dem Bereich der gewerblichen Schutzrechte stammt.

860 Hilty, *Lizenzvertragsrecht*, 114 ff. mit Verweis auf Art. L512–4 CPI für das Muster- und Modellrecht, Art. L613–8 CPI für das Patentrecht, Art. L714–1 CPI für das Markenrecht, etc., 118 mit Verweis auf französische Literatur, in der dies aufgrund der mangelnden Problematisierung für selbstverständlich gehalten wird.

861 Vivant/Brugière, Rn. 886.

862 Während bei gewerblichen Schutzrechten wie im Markenrecht mit Art. L613–8 CPI und im Patentrecht mit Art. L714–1 CPI sowohl eine „licence“ als auch eine „cession“ im CPI explizit angeführt werden, wird in Bezug auf das Urheberrecht nur die „cession“ genannt, darauf verweisend May, *JCP E* 2004, 23, 900, 901; Vivant/Brugière, Rn. 870 ff. Das „Fehlen“ einer „licence“ wird teils aber auch als eine Frage der Terminologie abgetan, Bitan, *Droit et expertise des contrats informatiques*, Rn. 441 f. ausführend, dass „licences“ im Urheberrecht „cessions“ genannt werden.

c) Sonderfall: „cession partielle“ versus „licence“

Grundsätzlich steht die Rechtsübertragung („cession“) im Gegensatz zur Lizenz („licence“) für eine „gewisse Absolutheit“.<sup>864</sup> Allerdings, sobald die „cession“ nur hinsichtlich eines Teils eines Immaterialgüterrechts auftritt, kann es zwischen dieser und einer „licence“ zu Abgrenzungsproblemen kommen.<sup>865</sup> Ob eine „cession partielle“ auch als „licence“ bezeichnet werden kann, ist für manche als reine Begriffsdiskussion nicht von Relevanz.<sup>866</sup> Eine „cession partielle“ übertrage nicht generell weniger Rechte als eine „licence“.<sup>867</sup> Auch eine „licence“ könne exklusiv und somit aus ökonomischer Perspektive<sup>868</sup> bzw. hinsichtlich der verschafften Rechtsposition ähnlich einer „cession“ sein. Ebenso die Dauer sei nicht entscheidend, denn eine „licence“ könne auf unbestimmte Zeit eingeräumt werden.<sup>869</sup> Somit seien auch bei der Einräumung einer ausschließlichen dauerhaften Lizenz („licence“) Abgrenzungsproblem zur „cession“ vorstellbar,<sup>870</sup> da beide immaterialgüterrechtlichen Verträge im selben Maße „definitiv“ seien und eine ausschließliche Rechtsposition einräumten.<sup>871</sup> Das Urheberrecht biete keine ausreichenden Abgrenzungskriterien zwischen einer „licence“ und einer „cession“, insbesondere wenn nur einzelne Verwertungsrechte Gegenstand der „cession“ seien.<sup>872</sup>

## 2. Rechtsnatur der Verträge

Die Verträge „cession“ sowie „concession“/„licence“ werden im Bereich der gewerblichen Schutzrechte auf schuldrechtlicher Ebene regelmäßig als

---

863 Blanc, Rn. 304; Lucas/Devèze/Frayssinet, Rn. 742; Vivant/Brugière, Rn. 870 ff., 821 ff. Formvorschriften für die Einräumung einer „licence“ bestehen parallel zu solchen bei der „cession“ (Art. L131 CPI) nicht, Ledieu, Comm. Com. Electr. 2003–11, 12, 13.

864 Laronze, Rn. 455.

865 Laronze, Rn. 443 ff. vertiefend.

866 Interview geführt mit Prof. Joanna Schmidt-Szalewski, CEIPI/Université de Strasbourg, 25. April 2012, Transkription von Fabian Hafenträdl.

867 May, JCP E 2004, 23, 900, 901.

868 Eresio, Rn. 124.

869 Laronze, Rn. 456 f.

870 Blanc, Rn. 318; Raymond, Rn. 687.

871 Blanc, Rn. 318; Laronze, Rn. 456; Raymond, Rn. 687.

872 Laronze, Rn. 452; Raymond, Rn. 687.

Nominatverträge eingeordnet.<sup>873</sup> Es ist umstritten, ob dies auf das Urheberrecht übertragbar ist.<sup>874</sup>

a) Rechtsübertragung: „cession“

Werden im Patent- und im Markenrecht Rechte dauerhaft übertragen, so liegt eine „cession“ vor, welche nach der herrschenden Meinung auf der schuldrechtlichen Ebene das Kaufrecht zur Anwendung kommen lässt.<sup>875</sup> Für eine Übertragung dieser Einordnung auf das Urheberrecht werden mehrere Ansätze verfolgt. Der erste Ansatz versucht, die urheberrechtliche „cession“ der „vente“ gleichzustellen. Der zweite Ansatz verfolgt eine Annäherung der urheberrechtlichen „cession“ an die des Patent- und Markenrechts. Der dritte Ansatz zielt darauf ab, dass die Rechtsfiguren der „vente“ und der „cession“ grundsätzlich gleichgestellt werden können, da stets eine Rechtsübertragung erfolgt, wenn auch in einem Fall der Bezugspunkt eine „chose“ und im anderen Fall ein Recht ist.<sup>876</sup> Bei dem ersten der genannten Ansätze wird eine einer Subsumtion ähnliche Betrachtung vorgenommen. Der Eigentumsübergang der „vente“ betreffe absolute Rechte („droits réels“) und könne sich im Immaterialgüterrecht entsprechend auf Gebrauchsrechte bzw. das Immaterialgüterrecht selbst beziehen.<sup>877</sup> In der Folge seien Immaterialgüterrechte „choses“ und somit möglicher Gegenstand eines Kaufvertrages.<sup>878</sup> Werde das Immaterialgut übertragen, so

---

873 Binctin, Rn. 1198.

874 Binctin, Rn. 1198 dies allgemein für das Immaterialgüterrecht befürwortend; Vivant/Brugière, Rn. 871 hierzu.

875 Cass. com., 09. November 1993, Nr. 91–19.770, 91–20.246 von einer „vente de logiciel“ sprechend. In dem Urteil werden einzelne Verwertungsrechte aufgezählt, welche via „cession“ übertragen werden. Es wird festgestellt, dass nicht das „ganze Eigentum an der Software“ übertragen wird, was für den Cass. aber keine weitergehende Rolle spielt. Azéma/Galloux, Rn. 576 dies als heute unstreitig darstellend; Bénabent, Rn. 120 in diese Richtung; Collart Dutilleul/Delebecque, Rn. 113, 115; Eresio, Rn. 122; Interview geführt mit Frank Macrez, MCF, CEIPI/Université de Strasbourg, 26./27. April 2012, Transkription von Fabian Hafenbrädl; Warusfel, in: Lamy Droit du Numérique 2023, Rn. 1502.

876 Collart Dutilleul/Delebecque, Rn. 113.

877 Bénabent, Rn. 19; Bitan, Droit et expertise des contrats informatiques, Rn. 455; Warusfel, in: Lamy Droit du Numérique 2023, Rn. 1502.

878 Bénabent, Rn. 19 ff. in diese Richtung und klarstellend, dass die Sache („chose“) eine solche des rechtlich möglichen Handels sein muss („dans le commerce“); Binctin, Rn. 1129, 1121.

gingen mit diesem alle an der Stellung als Eigentümer haftenden Rechte bzw. einzelne Teile davon über.<sup>879</sup> Zudem seien im Gesetz die Begriffe „vente“ und „cession“ beispielsweise in Art. 1692 C. civ. praktisch gleichgestellt.<sup>880</sup> Wird hingegen beim zweiten Ansatz die „cession“ unter einer Betrachtung der gewerblichen Schutzrechte in den Mittelpunkt gestellt, so wird erkannt, dass im Urheberrecht nicht die Rechtsinhaberschaft in einem vergleichbaren Maße übertragen wird. Trotzdem könne aber das Eigentum im immaterialgüterrechtlichen Sinne in der Weise übertragen werden, wie die Rechtsinhaberschaft an einem Patent beim Kauf eines solchen.<sup>881</sup> Letztlich wird über alle Wege, inklusive dem dritten Ansatz, auch im Urheberrecht beim Rechtsübergang absoluter Rechte – wenn eine Gegenleistung in Form der Zahlung eines Preises erfolgt – das Kaufrecht angewandt<sup>882</sup> und es kann dahinstehen, ob es nur die Unterscheidung ist, dass körperliche Gegenstände via „vente“ und Rechte via „cession“ übertragen werden<sup>883</sup> oder der Kauf beide Lebenssachverhalte umfasst.<sup>884</sup> Im Ergebnis entspricht die Übertragung von Immaterialgüterrechten auf schuldrechtlicher Ebene einem Kauf.

---

879 Binctin, Rn. 1151.

880 Warusfel, in: *Lamy Droit du Numérique 2023*, Rn. 1502.

881 Gaudrat, RTDCom. 2009, 323 ff., Rn. 5 ff. in diese Richtung, dies aber als Ausschlussgrund gegen diesen Gleichlauf verstehend.

882 Bénabent, Rn. 19 dies für die Übertragung des Urheberrechts befürwortend; Binctin, Rn. 1129 ff.; Bitan, *Droit et expertise du numérique*, Rn. 257; Bitan, *Droits des créations immatérielles: logiciels, bases de données, autre oeuvre sur le Web 2.0*, Rn. 280; Collart Dutilleul/Délebecque, Rn. 113; Eresio, Rn. 122; Ledieu, *Comm. Com. Electr.* 2003–11, 12, 13 von „assimile“ sprechend, also keine absolute Gleichsetzung vornehmend; Ledieu, *Cahiers de droit de l'entreprise*, 2005, 3, 61; Le Tourneau, *Théorie et pratique des contrats informatiques*, 92 mit Verweis auf CA Paris, 30. April 1998, *Expertises* 1999, 441; May, *JCP E* 2004, 23, 900, 901; Warusfel, in: *Lamy Droit du Numérique 2023*, Rn. 1502.

883 Laronze, Rn. 49.

884 Auf diese Einordnung hätten auch mögliche Einschränkungen von Verwertungsrechten wie eine Untersagung von gewerblichen Vervielfältigungen keinen Einfluss, Le Tourneau, *Théorie et pratique des contrats informatiques*, 92 mit Verweis auf CA Paris, 30. April 1998, *Expertises* 1999, 441; Le Tourneau/Bloch/Guettier/Giudicelli/Julien/Krajewski/Poumarède, Rn. 3342.21 mit Verweis auf Cass. com., 09. November 1993, Nr. 91–19.770, 91–20.246, Cass. com., 04. Januar 2005, Nr. 03–17.119, NP, *Gaz. Pal.* 2005, 2. Somm. 3606.

b) Rechtseinräumung: „concession“/„licence“

Der immaterialgüterrechtliche Vertrag der „licence“/„concession“ wird im Bereich des Patent- und Markenrechts auf der schuldrechtlichen Ebene als Miete („louage des choses“/„contrat de louage“/„bail“) im Sinne der Art. 1708 ff. C. civ. angesehen.<sup>885</sup> Art. 1713 C. civ. verlangt ein „immeuble“ als Vertragsgegenstand. Hierfür muss der Mietgegenstand nutzbar („usus“) sein, was extensiv ausgelegt wird. Bei einer „licence“ entspricht die Verwertung (Nutzung) des Rechts diesem Merkmal, auch beziehen sich diese Verträge im Urheberrecht nicht auf das Werk an sich, sondern auf die Verwertungsrechte.<sup>886</sup> Zudem schützt das Urheberrecht den Urheber nicht vor dem Zugang zum Werk durch Dritte, sondern nur vor gewissen Verwertungshandlungen.<sup>887</sup> Dies führt zum Gleichlauf mit gewerblichen Schutzrechten und folglich zu einer Übertragung der Grundsätze der Miete auch auf das Urheberrecht und damit einhergehend zur Einordnung der urheberrechtlichen „licence“ als Miete.<sup>888</sup> Teils wird die Gleichstellung von urheberrechtlichen „licences“ mit solchen des Patentrechts kritisiert, da bei ersteren (beispielsweise auch bei Softwareverträgen) die bei Patentlizenzverträgen übliche Verpflichtung zur Verwertung fehlt.<sup>889</sup> Allerdings stellt eine solche nur eine vertragliche Nebenpflicht dar und ist auch im Patent- und Markenrecht kein immanenter Bestandteil einer „licence“.

---

885 Azéma/Galloux, Rn. 618 für das Patentrecht, Rn. 1738 für das Markenrecht; Bénabent, Rn. 323; Binctin, Rn. 1198; Bitan, *Droit et expertise des contrats informatiques*, Rn. 441 f.; Collart Dutilleul/Delebecque, Rn. 355 für das Patentrecht und Markenrecht dies kritisch bewertend aber zustimmend, und in Bezug auf das Urheberrecht eine Gemeinsamkeit von „licence“ und „bail“ ablehnend und auf den autonomen Charakter der Softwarelizenz hinweisend; Delamer/van Eeckhout, *Revue des contrats*, 01. Juli 2004, Nr. 3, 817 ff. für das Patent- und Markenrecht; Eresio, Rn. 122.

886 Sédallian/Dupré, 299 f. Der Vorteil aus der Werknutzung hingegen ist der „fructus“  
887 Blanc, Rn. 311.

888 Bitan, *Droit et expertise du numérique*, Rn. 257; Blanc, Rn. 309; Delamer/van Eeckhout, *Revue des contrats*, 01. Juli 2004, Nr. 3, 817 ff.; Laronze, Rn. 450; Le Tourneau, *Théorie et pratique des contrats informatiques*, 92; Le Tourneau/Bloch/Guettier/Giudicelli/Julien/Krajewski/Poumarède, Rn. 3342.22 beschreibend; Vivant/Brugière, Rn. 871 für eine solche Annäherung an den Mietvertrag.

889 Bitan, *Droit et expertise des contrats informatiques*, Rn. 446.

c) Sonderfall: „cession partielle“ versus „licence“

Die Einordnung der „cession partielle“ als Kauf- oder Mietvertrag ist umstritten. Allerdings offenbart die schuldrechtliche Ebene erst die Relevanz dieser Fragestellung. Würden eine „licence“ und somit das Mietrecht oder eine „cession“ und somit das Kaufrecht angenommen, so hätte dies auf die Pflichtenverteilung und folglich auch auf die Risikoverteilung im Vertragsverhältnis einen wesentlichen Einfluss.<sup>890</sup> Für die dauerhafte Überlassung von Standardsoftware ist diese Abgrenzung aber nicht weiter von Bedeutung und wird an dieser Stelle nicht weiter vertieft.

3. Dauerhafte Überlassung von Standardsoftware als „licence“

Wird die dauerhafte Überlassung von Standardsoftware als immaterialgüterrechtlicher Vertrag angesehen, erfolgt eine zweistufige Prüfung. Zum einen ist die Rechtsnatur auf immaterialgüterrechtlicher Ebene zu bestimmen. Auf dieser ist die Rechtseinräumung („concession“/„licence“) von einer Rechtsübertragung („cession“) abzugrenzen.<sup>891</sup> Zum zweiten ist die schuldrechtliche Einordnung dieser immaterialgüterrechtlichen Verträge vorzunehmen. Von einem großen Teil der Literatur wird die dauerhafte Überlassung von Standardsoftware und die damit verbundene Einräumung sämtlicher für die Nutzung erforderlicher Rechte als urheberrechtliche „licence“<sup>892</sup> angesehen bzw. die Einräumung von Nutzungsrechten aner-

---

890 Im Kaufrecht Art.1641 C. civ., welcher eine Haftung für alle Mängel vorsieht. Es kann keinerlei Haftung für Sachmängel ausgeschlossen werden – außer zwischen zwei gewerblich handelnden, branchengleichen Unternehmen. Hingegen im Mietrecht muss gemäß Art.1721 C. civ. der Mangel den Gebrauch beeinträchtigen. Im Mietrecht werden Haftungsausschlüsse zusätzlich anhand allgemeiner vertragsrechtlicher Wertungen überprüft – welche weniger streng sind, May, JCP E 2004, 23, 900, 902 f.

891 Bitan, Droit et expertise du numérique, Rn.258 klarstellend, dass allein bei der Einräumung ausschließlicher Nutzungsrechte eine „cession“ vorliegt, welche auf schuldrechtlicher Ebene einen Kauf darstellt. Allerdings sei dies rein theoretischer Natur, denn an Standardsoftware würden keine ausschließlichen Rechte eingeräumt werden. Vielmehr werde diese von einer Vielzahl von Nutzern genutzt.

892 Bismuth/Martin, Comm. Com. Electr. 2013–3, 4, 48 ff.; Bitan, Droits des créations immatérielles: logiciels, bases de données, autre oeuvre sur le Web 2.0, Rn.280; Bitan, Droit et expertise des contrats informatiques, Rn. 441 ff.; 456; Bitan, Droit et expertise du numérique, Rn. 257; Costes/Marcellin/Auroux/Perray, in: Lamy Droit du Numérique 2023 Guide, Rn.3170, 3172 ff.; Gaudrat, RTDCom. 2013, 75 ff.; Le

kannt.<sup>893</sup> Teils wird die Rechtseinräumung auch als „(Vertrag über die) Einräumung eines Nutzungsrechts“ („(contrat de) concession de droit d'usage“<sup>894</sup>/„de l'utilisation“<sup>895</sup>), „Einräumung eines Nutzungsrechts des Programmes“ („concession d'un droit d'usage du programme“) in Form eines „Nutzungsrechts“ („licence d'utilisation“<sup>896</sup>) bzw. in der Rechtsprechung als „Lizenz“ („licence“) bzw. „Miete (von immateriellen Gegenständen)“ („contrat de louage (de choses incorporelles)“<sup>897</sup> bezeichnet. Auf schuldrechtlicher Ebene soll dies eine „Miete“, „Sachmiete“ oder „Miete von immateriellen Gegenständen“ („contrat de louage“<sup>898</sup>/„louage des choses“<sup>899</sup>/„louage des choses incorporelles“<sup>900</sup>) darstellen.

Neben der Einräumung einer immaterialgüterrechtlichen „licence“ werde unter Umständen auch ein Datenträger verkauft und übereignet.<sup>901</sup> So-

---

Tourneau/Bloch/Guettier/Giudicelli/Julien/Krajeski/Poumarède, Rn. 3342.21 dies als den „Standardfall“ beschreibend; Ledieu, *Comm. Com. Electr.* 2003–11, 12, 18 f.; Lucas/Devèze/Frayssinet, Rn. 746; Interview geführt mit Frank Macrez, MCF, CEIPI/Universität de Strasbourg, 26./27. April 2012, Transkription von Fabian Hafenbrädl; Interview geführt mit Prof. Joanna Schmidt-Szalewski, CEIPI/Universität de Strasbourg, 25. April 2012, Transkription von Fabian Hafenbrädl; Stoffel-Munck, *Comm. Com. Electr.* 2002–11, comm. 144 dies für möglich haltend; Vivant, *Receuil Dalloz* 1994, 118 ff.; Warusfel, in: *Lamy Droit du Numérique* 2023, Rn. 1502 für „shrink-wrap“-Lizenzen.

893 Le Stanc, *Propriété industrielle*, 2014–2, Nr. 2, form. 2.

894 Costes/Marcellin/Auroux/Perray, in: *Lamy Droit du Numérique* 2023 Guide, Rn. 3172; Warusfel, in: *Lamy Droit du Numérique* 2023, Rn. 1694.

895 Varet, *Expertises* 2012, 349, 351.

896 Bitan, *Droit et expertise du numérique*, Rn. 268.

897 CA Montpellier, 02. Juli 1991, JCP-E 1992, études et chroniques, I, 191, Nr. 141, Nr. 9, *Bulletin* 1993 IV Nr. 395, S. 287; bestätigt durch Cass. com., 09. November 1993, 91–19.770, 91–20.246; CA Versailles, chambre 12, section 1, 18. Januar 2007, Nr. 05/08539, *Juris-Data*: 2007–330081; CA Aix-en-Provence, 14. November 2013, Nr. 11/19650 von der Standardsoftware überlassen als Lizenz („concedé sous licence“) schreibend; CA Colmar, Nr. 13/00734 eine „licence d'utilisation de logiciel“ erkennend.

898 Bitan, *Droit et expertise des contrats informatiques*, Rn. 441 ff.; Costes/Marcellin/Auroux/Perray, in: *Lamy Droit du Numérique* 2023 Guide, Rn. 3170, 3172 ff.; Ledieu, *Comm. Com. Electr.* 2003–11, 12, 18 f.

899 Bitan, *Droits des créations immatérielles: logiciels, bases de données, autre oeuvre sur le Web 2.0*, Rn. 280.

900 Costes/Marcellin/Auroux/Perray, in: *Lamy Droit du Numérique* 2023 Guide, Rn. 3172.

901 Girot, *DIT* 1998–1, 8 ff.; Le Stanc, Anmerkung zu CA Paris, chambre 25, sect. B, 22. Juni 2001, „Sté Unisys France v. Sté Cogim et autres“, *Comm. Com. Electr.* 2001–12, 25 f.; Le Tourneau, *Théorie et pratique des contrats informatiques*, 93; Le Tourneau/Bloch/Guettier/Giudicelli/Julien/Krajeski/Poumarède, Rn. 3342.22 beschrei-

mit wird von Einzelnen eine Trennung zwischen dem Kaufvertrag über die Hardware und einem Softwarevertrag in Bezug auf die Nutzungsrechte der Software vorgeschlagen. Im Fall der Einräumung von ausschließlichen Rechten („droit exclusif“) wird eine „cession“, welche schuldrechtlich als „vente“ anzusehen ist, erkannt.<sup>902</sup>

#### V. Vertrag Sui-Generis: „contrat sui generis“

Für die dauerhafte Überlassung von Standardsoftware wird teils auch eine schuldrechtliche Einordnung in bestehende Nominatverträge abgelehnt und ein Vertrag Sui-Generis gesehen.<sup>903</sup> Ein solcher wird auch als Nutzungsvertrag („contrat d'usage“),<sup>904</sup> Einräumung eines Nutzungsrechts eines Programms („concession du droit à l'usage d'un programme“)<sup>905</sup> oder als Vertrag mit einer „autonomen Qualifikation“<sup>906</sup> bezeichnet.

#### VI. Bereitstellung digitaler Inhalte und Dienstleistungen: „fourniture de contenus numériques et de services numériques“

An dieser Stelle steht die Umsetzung der Digitale-Inhalte-Richtlinie (EU) 2019/770 sowie der Warenkauf-Richtlinie (EU) 2019/771 ins französische Recht im Fokus. Wie erörtert können aus der Richtlinie (EU) 2019/770 selbst keine Rückschlüsse auf die schuldrechtliche Rechtsnatur der dau-

---

bend; Lucas/Lucas-Schloetter/Bernault, Rn. 717; Vivant, Recueil Dalloz 1994, 118 ff.; Warusfel, in: Lamy Droit du Numérique 2023, Rn. 1503, 1694.

902 Le Tourneau/Bloch/Guettier/Giudicelli/Julien/Krajeski/Poumarède, Rn. 3342.21.

903 TGI Caen, 18. Januar 2006, Expertises 2006, 118. Collart Dutilleul/Delebecque, Rn. 122 bei Ausführungen zum Kaufvertrag sowie Rn. 355 bei der Ablehnung der von der h.M. vertretenen Miete; Delamer/van Eeckhout, Revue des contrats 2004, 01. Juli 2004, Nr. 3, 817 ff.; Gross/Bihr, Rn. 157; Le Tourneau/Bloch/Guettier/Giudicelli/Julien/Krajeski/Poumarède, Rn. 3342.22 darauf verweisend, dass diese Rechtsansicht bereits seit 1982 von diesen vertreten wird; Montero, 77. Bitan, Droit et expertise des contrats informatiques, Rn. 441 ff. die Einordnung als Vertrag Sui-Generis für möglich haltend, aber letztlich von einer „licence“ ausgehend, welche als Miete anzusehen ist.

904 Montero, 77 nur für Fall der zeitlich befristeten Überlassung eine Miete („contrat de louage“) befürwortend.

905 Collart Dutilleul/Delebecque, Rn. 115; Hollande/Linant de Bellefonds, Rn. 503 auf das TGI Caen, 18. Januar 2006, Expertises 2006, 118 Bezug nehmend.

906 Collart Dutilleul/Delebecque, Rn. 355.

erhaften Überlassung von Standardsoftware gezogen werden, denn diese kommt vertragstypenübergreifend zur Anwendung.<sup>907</sup>

Im Französischen Recht wird für digitale Inhalte der Terminus „contenu numérique“ und für digitale Dienstleistungen der Begriff „service numérique“ verwendet. Die Umsetzung der Richtlinie (EU) 2019/770 erfolgte insgesamt mittels zwölf Umsetzungsakten,<sup>908</sup> der Großteil jedoch mittels der „Ordonnance“ Nr. 2021–1247 im September 2021.<sup>909</sup> Dies führte zu keinen Änderungen des allgemeinen Vertragsrechts im „Code civil“, sondern fast ausschließlich das Verbraucherschutzrecht im Verbrauchergesetzbuch „Code de la consommation“ wurde überarbeitet. Insbesondere die Art. L224–25–1 bis 32 enthalten die entsprechenden materiellrechtlichen Regelungen zur Bereitstellung digitaler Inhalte und Dienstleistungen.<sup>910</sup> Eine erste Überarbeitung der neuen Regelungen erfolgte mit dem „Décret“ Nr. 2022–946 im Juni 2022.<sup>911</sup> Im Rahmen der Umsetzung wurden zum einen die Regelungen zum Kaufvertrag angepasst, zum anderen wurde ein neuer Abschnitt für Verträge über digitale Inhalte und digitale Dienstleistungen eingefügt. Dies erfolgte in Titel 2 C. consom. bei den Regelungen zum Abschluss und der Durchführung bestimmter Verträge; dort in Kapitel 4 bei spezifischen Regelungen zu Verträgen mit einem besonderen Vertragsgegenstand. So stehen vor den Verträgen über die Bereitstellung digitaler Inhalte und Dienstleistungen solche über den Bezug von Elektrizität und Gas sowie von Flüssiggas; im Anschluss folgen Verträge über elektronische Kommunikationsdienste. Der Abschnitt enthält insgesamt 20 verschiedene Unterabschnitte zu spezifischen Vertragsgegenständen. Dabei ist zu beachten, dass der „Code de la consommation“ nicht nach Vertragstypen strukturiert ist, sondern eher nach dem Lebenszyklus eines Vertrages.

---

907 Hierzu 2. Teil § 1 A II. 2.

908 „National transposition measures communicated by the Member States concerning: Directive (UE) 2019/770 du Parlement européen et du Conseil du 20 mai 2019 relative à certains aspects concernant les contrats de fourniture de contenus numériques et de services numériques (Texte présentant de l'intérêt pour l'EEE.)“; PE/26/2019/REV/1, ABl. L 136 v. 22. Mai 2019, S. 1–27 (<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/fr/NIM/?uri=CELEX:32019L0770>) (aufgerufen am 01. Dezember 2023).

909 „Ordonnance n° 2021–1247 du 29 septembre 2021 relative à la garantie légale de conformité pour les biens, les contenus numériques et les services numériques“; JORF Nr. 0228. 30. September 2021, Text Nr. 9.

910 Le Tourneau/Bloch/Guettier/Giudicelli/Julien/Krajeski/Poumarède, Rn. 3345.05

911 „Décret n° 2022–946 du 29 juin 2022 relatif à la garantie légale de conformité pour les biens, les contenus numériques et les services numériques“; JORF Nr. 0150, 30. Juni 2022, Text Nr. 2.

Zudem enthält das Gesetz zahlreiche Sonderregelungen zu einzelnen Vertragsgegenständen wie die hier besprochenen. Mit der Umsetzung sollte somit neben den schon bestehenden 19 Kategorien von Verbraucherverträgen eine weitere neue Vertragskategorie geschaffen werden. Im Gleichlauf zu den anderen in Kapitel 4 erfolgenden Spezialnormen sind die allgemeinen und bei Verbraucherverträgen generell geltenden Regelungen zum Vertragsabschluss, der Vertragsänderung und der Vertragslaufzeit auch bei Verträgen über digitale Inhalte und Dienstleistungen anwendbar.<sup>912</sup> Im persönlichen Anwendungsbereich der Umsetzungsgesetze liegen Verbraucherverträge<sup>913</sup> sowie gemäß Nr. 3 Article Liminaire C. consom. als Besonderheit des französischen Verbraucherschutzes auch Unternehmerverträge, insbesondere soweit der Unternehmer als Empfänger der Leistung nicht zu Zwecken handelt, die in den Rahmen seiner gewerblichen, freiberuflichen oder landwirtschaftlichen Tätigkeit fallen. Der sachliche Anwendungsbereich entspricht dem der Richtlinie; es erfolgte eine wortgleiche Umsetzung der Termini Digitale Inhalte und Digitale Dienstleistungen in Nr. 6 und 7 Article Liminaire C. consom. Auch Art. L224–25–2 Abs. 1 C. consom., welcher im Wesentlichen Art. 3 Richtlinie (EU) 2019/770 entspricht, schließt die dauerhafte Überlassung von Standardsoftware mit ein.<sup>914</sup> Überdies stellt die dauerhafte Überlassung von Standardsoftware keinen Kauf dar, auch wenn die Software auf einem körperlichen Datenträger überlassen wird.<sup>915</sup>

Im Ergebnis können für Frankreich somit dieselben Schlüsse wie in Deutschland gezogen werden.<sup>916</sup> Aus der Umsetzung der Digitale-Inhalte-Richtlinie (EU) 2019/770 können grundsätzlich keine Erkenntnisse hinsichtlich der schuldrechtlichen Einordnung der dauerhaften Überlassung von Standardsoftware gewonnen werden. Überdies erfasst die Umsetzung der Richtlinie (EU) 2019/770 allein verbraucherschutzrechtliche Aspekte und lässt gemäß Art. 3 Abs. 9 Richtlinie (EU) 2019/770 urheberrechtliche Wertungen unberührt.

---

912 „Rapport au Président de la République relatif à l'ordonnance n° 2021–1247 du 29 septembre 2021 relative à la garantie légale de conformité pour les biens, les contenus numériques et les services numériques“, JORF Nr. 0228, 30. September 2021, Text Nr. 8.

913 Le Tourneau/Bloch/Guettier/Giudicelli/Julien/Krajeski/Poumarède, Rn. 3345.06.

914 Hierzu 2. Teil § 1 A II. 1. b) in Bezug auf die Richtlinie.

915 Art. L224–25–10 C. consom. 2. Teil § 1 A II. bezüglich der Digitale-Inhalte-Richtlinie (EU) 2019/770 und B IV. bezüglich der Umsetzung ins deutsche Recht.

916 Hierzu 2. Teil § 1 B IV.

## VII. Sondermeinungen

### 1. Eigenständiger Terminus „licence“ – „licence“ als Gebrauchsrecht

In Bezug auf die dauerhafte Überlassung von Standardsoftware wird teils auch eine eigenständige Betrachtung einer „licence“ als möglich erachtet. Begründet wird dies mit der fehlenden Normierung dieses Begriffs im Urheberrecht im Allgemeinen bzw. in Bezug auf Software im Besonderen. Daher könne der Terminus in diesem Bereich frei verwendet werden<sup>917</sup> und eine schuldrechtliche Einordnung als Mietvertrag sei nicht indiziert. Insbesondere bei Softwareverträgen lasse sich dogmatisch keine bestimmte schuldrechtliche Einordnung begründen, denn solche Verträge träten in der Praxis in diversen Varianten auf.<sup>918</sup> Zudem sei auch die Rechtsprechung uneinheitlich.<sup>919</sup> Somit müsse der Begriff der „licence“ nicht zwingend urheberrechtlich verstanden und könne auch als Synonym für ein einzelnes Gebrauchsrecht verwendet werden. Dieses Gebrauchsrecht stehe im engen Zusammenhang mit der Verkörperung der Software als urheberrechtliches Werkstück. Das Werkstück samt Gebrauchsrecht könne zum einen auf einem übertragbaren Datenträger wie einer CD-ROM, aber auch beispielsweise nach einem Download verkörpert auf der Festplatte des Nutzers bestehen. Das Gebrauchsrecht namens „licence“ stelle an sich somit keinen Vertrag dar, es sei vielmehr Gegenstand eines solchen. Folglich sei auch eine Mietvertrag von Lizenzen („location de licences“) möglich. Dabei werde dem Lizenznehmer eine bestimmte Anzahl an Softwareexemplaren, verbunden mit der Lizenz, mietvertraglich zur Verfügung gestellt.<sup>920</sup>

Offen ist, wie dieses Gebrauchsrecht schuldrechtlich zu begreifen ist. Grundsätzlich ist der Gebrauch von etwas stets gestattet, außer dieser ist rechtlich einem anderen zugewiesen. Eine solche Zuweisung kann bei Soft-

---

917 May, JCP E 2004, 23, 900. Auch andere äußern sich offen für eine nicht-urheberrechtliche Definition des Begriffs der „licence“. Für Warusfel stellt sich die Frage, wie der Begriff „licence“ definiert werden sollte. Sei dies der ursprüngliche Gesetzessinn vgl. dem Patentrecht, so sei die Standardsoftwareüberlassung nicht als eine solche anzusehen. Betrachte man das Wort Lizenz hingegen von seiner Herkunft her, dem lateinischen Wort „licencia“, welches für Erlaubnis bzw. Gestattung stehe, dann sei die Beschreibung des Softwareüberlassungsvertrages als Lizenz zutreffend, Warusfel, in: Lamy Droit du Numérique 2023, Rn.1695 beschreibend, eine Entscheidung erfolgt aber nicht.

918 May, JCP E 2004, 23, 900.

919 May, JCP E 2004, 23, 900 dies feststellend, jedoch keine Rechtsprechung nennend.

920 May, JCP E 2004, 23, 900, 901.

ware durch das Urheberrecht als besondere Ausprägung des Eigentumsrechts erfolgen. Letztlich stellt dieses Gebrauchsrecht ein urheberrechtliches Nutzungsrecht dar. Dieses sieht May als Gegenstand des Rechtsverkehrs an, denn es könne Gegenstand anderer Verträge wie einer Miete sein.<sup>921</sup> Zusammenfassend kann festgehalten werden, dass May nur andere Begriffe für eine immaterialgüterrechtliche Einordnung des Überlassungsvertrages verwendet. Er spricht von einer immaterialgüterrechtlichen „licence“, welche auf schuldrechtlicher Ebene dem Mietrecht unterliegt. Somit unterscheidet sich diese Rechtsansicht im Ergebnis nicht von vorangegangener Beschreibung der schuldrechtlichen Einordnung einer „licence“.<sup>922</sup>

## 2. Termini „outil immatériel“ bzw. „bien incorporel“ als Vertragsgegenstand

André Lucas<sup>923</sup> versuchte früher, die Überlassung von Software unabhängig von technischen Aspekten bei der Datenübertragung und -verarbeitung zu beschreiben: Zu beachten ist demnach die besondere Eigenschaft von Software als immaterielles Werkzeug/Instrument („outil immatériel“<sup>924</sup>) bzw. als unkörperlicher Vermögensgegenstand/unkörperliches Gut („bien incorporel“<sup>925</sup>). Software sei ein besonderes, funktionales bzw. operatives Werk. Diese Eigenschaft schaffe bei der schuldrechtlichen Einordnung von Softwareverträgen Schwierigkeiten, denn dieses „outil immatériel“ könne keine Sache („chose“) im Sinne des Gesetzes sein.<sup>926</sup> Folglich bestehe an ihr kein absolutes Recht („droit réel“)<sup>927</sup> und eine schuldrechtliche Einordnung als Miet- oder Kaufvertrag sei ausgeschlossen.<sup>928</sup> Es sei die Softwareüberlassung ohne den Datenträger zu betrachten,<sup>929</sup> denn letzterer verdecke bei einer oberflächlichen Betrachtung des Vertrages die Software

---

921 May, JCP E 2004, 23, 900, 901 ff.

922 Zur „licence“ 2. Teil § 1 C IV. 1. b), 2. b).

923 Diese Sondermeinung war lange Zeit von André Lucas in den Werken Lucas/Lucas-Schloetter/Bernault sowie Lucas/Devèze/Frayssinet vertreten worden.

924 Lucas/Devèze/Frayssinet, Rn. 739.

925 Lucas/Lucas-Schloetter/Bernault, Rn. 839 (in früherer Auflage: 4. Auflage, 2012).

926 Jedoch ein „bien“, also ein Vermögensgut, gegenüber dem engeren Begriff des BGB („Gegenstand“), Stieper, in: Staudinger, Vorbem zu §§ 90 BGB, Rn. 8.

927 Lucas/Devèze/Frayssinet, Rn. 746; a.A. Blanc, Rn. 251 ein solches in Bezug auf das Softwareexemplar anerkennend.

928 Lucas/Devèze/Frayssinet, Rn. 746 f.

929 Lucas/Lucas-Schloetter/Bernault, Rn. 722 deshalb den Terminus „licence“ vorziehend, da bei einem Kauf ein potentiell immaterialgüterrechtlicher Schutz nicht von Relevanz ist.

und lasse die Übertragung wie eine Lieferung von körperlichen Gegenständen erscheinen. Insbesondere die Online-Überlassung ermögliche es jedoch, eine „abstrakte Überlassung“ zu erkennen. Zudem sei zu beachten, dass die Software als Geisteswerk immaterialgüterrechtlichen Schutz genieße, was den Blick auf den Vertrag noch weiter verkompliziere.<sup>930</sup> Daher seien zur Betrachtung des Vertragsinhalts der immaterialgüterrechtliche Schutz der Software und dessen Rechtsfolgen auszublenden. Es verbleibe demnach allein ein Gebrauchsrecht („licence d'utilisation“),<sup>931</sup> welches eine intellektuelle Dienstleistung („service“) darstelle und abstrakt als „contrat d'entreprise“ anzusehen sei.<sup>932</sup> Die Leistung bestehe – aufgrund der schon vorgefertigten Software – im konkreten Fall mehr im „geben“ als im „machen“;<sup>933</sup> Dies könne im Widerspruch zum Wesen des „contrat d'entreprise“ stehen, aber letztlich sei nach Art. 1787 C. civ. die Art der Leistung für den „contrat de louage d'ouvrage“ nicht entscheidend, denn dieser verlange keine Fertigung nach Maß. Bei der Softwareüberlassung übermittle der Schuldner für Lucas neben „son industrie“ auch „la matière“, um die Begriffe des Art. 1787 C. civ. aufzunehmen. Dies spreche für den „contrat d'entreprise“.<sup>934</sup> Zu beachten sei zudem, dass der rechtliche Weg zur Begründung des „contrat d'entreprise“ auch anders gegangen werden könne. Bei der Softwareüberlassung werde weniger eine „Arbeit“ angeboten als eine intellektuelle Leistung kommerzialisiert. Diese Tatsache könne für eine schuldrechtliche Einordnung als „contrat de communication de savoir-faire“ sprechen,<sup>935</sup> welcher auf schuldrechtlicher Ebene als „contrat d'entreprise“ einzuordnen sei.<sup>936</sup> Lucas erkannte im Ergebnis anhand einer Gesamtbetrachtung, dass für die schuldrechtliche Einordnung auch ein Innominatvertrag („contrat sui generis“) in Frage kommt. Er stellte fest, dass es schwierig ist, mit den Kategorien des Vertragsrechts dieses „outil immatériel“ zu erfassen. So liege zum einen eine intellektuelle Leistung

---

930 Lucas/Devèze/Frayssinet, Rn. 739.

931 Lucas/Lucas-Schloetter/Bernault, Rn. 844 (in früherer Auflage: 4. Auflage, 2012), Rn. 722 auf diesen Begriff bezugnehmend. Dieser Terminus sei aber unpassend, denn er indiziere einen immaterialgüterrechtlichen Vertrag, Lucas/Devèze/Frayssinet, Rn. 739.

932 Lucas/Lucas-Schloetter/Bernault, Rn. 844 (in früherer Auflage: 4. Auflage, 2012). Zum „contrat d'entreprise“ 2. Teil § 1 C III.

933 Lucas/Devèze/Frayssinet, Rn. 748 beschreibend.

934 Lucas/Lucas-Schloetter/Bernault, Rn. 748 (in früherer Auflage: 4. Auflage, 2012).

935 Lucas/Devèze/Frayssinet, Rn. 748 beschreibend.

936 Lucas/Devèze/Frayssinet, Rn. 749; Sédallian/Dupré, 299. Zum „contrat d'entreprise“ 2. Teil § 1 C III.

vor, welche an einen „contrat d'entreprise“ erinnere, andererseits sei das Ergebnis einsetzbar – was eher einem Kauf, einer Leihe oder einer Miete entspreche.<sup>937</sup> Zu beachten sei zudem, dass dieser Vertrag über das „outil immatériel“ sowohl von einer „cession“/„licence“ über das Immaterialgüterrecht, welches die Software schütze, als auch von einem Vertrag über den Datenträger – wohl stets ein Kaufvertrag – begleitet werden könne.<sup>938</sup>

Die Ausführungen von Lucas und der damit verbundene Fokus auf das „outil immatériel“ sprechen die Hauptprobleme der Bestimmung der schuldrechtlichen Rechtsnatur der Softwareüberlassung an. Er sah neben einem immaterialgüterrechtlichen Teil des Vertrages („licence“) und einem Teil über den Datenträger („vente“) hinsichtlich der Software und ihrem Wesen als „outil immatériel“ einen weiteren dritten Teil, welcher einen „contrat d'entreprise“ darstellen soll. Dies wird mit dem Wesen der Software und ihrer Funktionalität begründet. Somit erkennt Lucas zum einen die Notwendigkeit einer urheberrechtlichen „licence“ an und sieht zum anderen einen Vertragsteil über einen Datenträger. Dies lässt seine Ansicht mit den oben<sup>939</sup> erfolgten Ausführungen übereinstimmen. Allein hinsichtlich der Software will Lucas das Recht des „contrat d'entreprise“ anwenden. Dies zeigt sich auf der Rechtsfolgenseite insbesondere in Bezug auf die Beschreibung der geschuldeten Qualität der Software bzw. das Leistungsstörungenrecht bei technischen Mängeln. In den anderen oben<sup>940</sup> beschriebenen Rechtsansichten erfolgten meist keine Stellungnahmen zu den Rechtsfolgen. Letztlich kann die von Lucas vertretene Ansicht in der Folge als Spezialfall der lizenzvertraglichen Einordnung<sup>941</sup> gelten, denn diese weicht allein auf der Rechtsfolgenseite von Lucas ab.

## VIII. Zusammenfassung

Im französischen Recht werden unterschiedliche Ansätze für die schuldrechtliche Einordnung der dauerhaften Überlassung von Standardsoftware vertreten. Dies reicht von einem Kaufvertrag eines einzelnen Softwareexemplars bis zu einer allgemeinen Annahme des Kaufrechts. Ebenso wird in diesem Vertrag ein „contrat d'entreprise“ oder eine urheberrechtliche

---

937 Lucas/Devèze/Frayssinet, Rn. 749 f.

938 Lucas/Lucas-Schloetter/Bernault, Rn. 750 (in früherer Auflage: 4. Auflage, 2012).

939 Hierzu 2. Teil § 1 C IV. 3.

940 Zu den einzelnen Rechtsansichten 2. Teil § 1 C I.–VI.

941 Hierzu 2. Teil § 1 C IV. 3.

„licence“, welche auf schuldrechtlicher Ebene einem „contrat de louage“ gleichsteht, gesehen. Dazu gibt es noch Sondermeinungen, welche im Ergebnis jedoch allein Ausprägungen der vorgenannten Ansichten darstellen.

## D. England

Im englischen Recht ist die schuldrechtliche Einordnung der dauerhaften Überlassung von Standardsoftware umstritten.<sup>942</sup> Die Bezeichnung des Vertrages durch die Parteien hat grundsätzlich keine Relevanz für diese rechtliche Bewertung.<sup>943</sup> In England als Land im Rechtskreis des „common law“ können je nach Vertragstyp unterschiedliche Vertragsklauseln als „implied terms“ in den Vertrag impliziert werden. Allerdings sind die folgenden Ausführungen immer im Lichte der in England vorherrschenden tatsächlichen Geschäftspraxis bei Softwareverträgen zu sehen. Denn Softwareanbieter sind grundsätzlich gewillt, jegliche „implied terms“<sup>944</sup> auszuschließen und durch „express terms“ zu ersetzen.<sup>945</sup> Diese unterliegen allerdings wiederum einer Inhaltskontrolle. Daher ist die folgende Diskussion teils eher akademischer Natur.<sup>946</sup>

### I. Exkurs: Einführung in das „common law“

Das englische Vertragsrecht basiert auf unterschiedlichen Rechtsquellen. Diese sind insbesondere das „common law“ und das „statute law“. Ersteres nimmt eine zentrale Rolle ein und gibt grundlegende Leitsätze in allen Bereichen des Vertragsrechts vor. Dabei basiert das „common law“ großteils auf sogenannten Präzedenzfällen („precedents“) der Rechtsprechung.<sup>947</sup>

---

942 Bainbridge, Introduction to Information Technology Law, 298 einen Überblick gebend.

943 Morgan/Burden, 117.

944 Insbesondere die „implied terms“ in Bezug auf die „zufriedenstellende Qualität“ und die „Zweckdienlichkeit“, also wesentliche Aspekte des Kaufrechts.

945 Der Schuldner versucht anstatt dieser strengen Ansprüche an die Software eher das leichter zu erfüllende Qualitätsmerkmal „entsprechend der Dokumentation“ („comply with its documentation“) durchzusetzen, schriftliches Interview geführt mit Peter Church, Linklaters LLP, Antworten erhalten am 14. April 2013.

946 Interview geführt mit Hamish Sandison, Fieldfisher LLP, 04. April 2013, Transkription von Fabian Hafenträdl.

947 Atkins, Rn. 1.5 f.

Das „statute law“ stellt das gesetzlich niedergeschriebene englische Zivilrecht dar.<sup>948</sup> Viele Grundlagen hiervon waren vor dem EU-Austritt des Vereinigten Königreichs – gleich dem kontinentaleuropäischen Zivilrecht – im EU-Recht zu finden.<sup>949</sup> Ein umfassendes Vertragsgesetzbuch im Sinne eines deutschen Bürgerlichen Gesetzbuches besteht in England nicht.<sup>950</sup> Hingegen gibt es Normierungen zu einzelnen Bereichen des Schuldrechts. Relevant in Bezug auf Softwareverträge sind insbesondere das Kaufrechtsgesetz („SoGA 1979“), das Gesetz zur Lieferung von Waren und Dienstleistungen („SGSA 1982“),<sup>951</sup> und das Verbraucherrechte-Gesetz („CRA 2015“), in welchen Grundsätze des „common law“ normiert wurden.<sup>952</sup>

Der im englischen Recht teils umstrittene Begriff des „contract“ wird hier mangels Relevanz nicht weiter erläutert.<sup>953</sup> Die schuldrechtliche Einordnung von Verträgen spielt grundsätzlich auch im „common law“ eine entscheidende Rolle. Zum einen ist der Vertragstyp in Bezug auf „implied terms“ von Bedeutung. Er entscheidet, welche Vertragsklauseln in den Vertrag impliziert werden, denn die von den Gerichten anerkannten „implied terms“ sind jeweils an den Vertragstyp gebunden. Zum anderen werden von Gerichten teilweise Ausnahmen zu Grundsätzen des „common law“ angenommen, was regelmäßig aber nur für einen bestimmten Vertragstyp erfolgt.<sup>954</sup> Der Inhalt eines Vertrages kann anhand der einzelnen

---

948 Beale, Chitty on Contracts Vol. 1, Rn. 1–005 ff.

949 Beale, Chitty on Contracts Vol. 1, Rn. 1–1013.

950 Beale, Chitty on Contracts Vol. 1, Rn. 1–003. Grundsätzlich korrigieren Parlamentsgesetze eher unangemessene bzw. vom Gesetzgeber als unpassend angesehene Gerichtsentscheidungen, Kraul, GRUR Int. 2009, 481.

951 Beale, Chitty on Contracts Vol. 1, Rn. 1–007. Beispielsweise das Gesetz zu unlauteren Vertragsklauseln („UCTA 1977“) oder das Gesetz zur Geschäftsfähigkeit von Minderjährigen („Minors' Contracts Act 1987“).

952 Bainbridge, Introduction to Information Technology Law, 221 ff.; Fell/Antell/Exell/Picton/Roberts-Walsh/Townsend, 1; Reed, 6 in diese Richtung. Zu „common law rules“ als Rechtsgrundlage für „implied terms“, Saxby, Rn. 6.302 (in früherer Auflage: 59. Ergänzungslieferung, 2010). Die erste Kaufrechtshormierung geht auf das Jahr 1893 zurück, Speith, 12.

953 Der Terminus „contract“ wird im englischen Recht definiert als „Versprechen oder eine Reihe von Versprechen, welchen das Gesetz Geltung verschaffen wird“ („a promise or a set of promises which the law will enforce“), Beale, Chitty on Contracts Vol. 1, Rn. 1–031. Eine andere Definition beschreibt diesen als „eine Vereinbarung, welche Verpflichtungen erwachsen lässt, denen vom Gesetz Geltung verschafft und Anerkennung gegeben wird“ („an agreement giving rise to obligations which are enforced or recognised by law“), Beale, Chitty on Contracts Vol. 1, Rn. 1–031; Beale, Chitty on Contracts Vol. 1, Rn. 1–031–039 hierzu ausführlich.

954 Beale, Chitty on Contracts Vol. 1, Rn. 1–057 f.

Vertragsklauseln, den sogenannten „express terms“, bestimmt werden. Im englischen Vertragsrecht können einzelne Vertragsklauseln in Bezug auf die Rechtsfolgen bei Verstoß unterschiedlich qualifiziert werden. Grundsätzlich werden Vertragsbedingungen in „conditions“ und „warranties“ aufgeteilt.<sup>955</sup> Wird eine „condition“ vom Schuldner nicht erfüllt, so ist der Gläubiger auch frei von jeder vertraglichen Leistungspflicht und hat zudem einen Schadensersatzanspruch gegen den Schuldner. Bei einem Verstoß gegen eine „warranty“ besteht hingegen allein ein Schadensersatzanspruch.<sup>956</sup> Eine Abgrenzung erfolgt insbesondere anhand des Parteiwillens.<sup>957</sup>

### 1. Vertragliche Regelungen: „express terms“

Der Terminus „express terms“ kann als Synonym für Klauseln verwendet werden, welche ausdrücklich Vertragsbestandteil sind.<sup>958</sup> Durch diese zumindest formal von den Parteien ausgehandelten Vertragsbedingungen werden regelmäßig Normierungen gesetzlicher Art ersetzt.<sup>959</sup> Es wird von den Vertragsparteien versucht, alle potentiell auftretenden rechtlichen Fragestellungen abschließend zu erfassen und zu regeln, um den Gang vor ein staatliches Gericht zu vermeiden.<sup>960</sup> Dadurch wird der – durch das Gesetz vorgenommenen – schuldrechtlichen Einordnung der Verträge weniger Gewicht beigemessen.<sup>961</sup> „Express terms“ stehen jedoch nicht voll-

---

955 Quinn, 124 f. Abzugrenzen sind hiervon „representations“, welche rein vorvertraglich getätigte Äußerungen darstellen, Atkins, Rn. 7.4. Letztlich sind „conditions“ wesentliche Vertragsklauseln, welche eine Partei verpflichten und diese für solche auch garantiert, Beale, Chitty on Contracts Vol. 1, Rn. 17–016. „Warranties“ hingegen stellen weniger elementare Vertragsklauseln dar, was sich auch in den genannten Rechtsfolgen bei deren Verletzung widerspiegelt, Beale, Chitty on Contracts Vol. 1, Rn. 17–020 f. Im Gesetz erfolgt eine Klassifizierung in „conditions“ oder „warranties“ teils – wie im „SoGA 1979“ – ausdrücklich, Beale, Chitty on Contracts Vol. 1, Rn. 12–021.

956 Beale, Chitty on Contracts Vol. 1, 27–016, 27–020; Quinn, 125 in diese Richtung.

957 Atkins, Rn. 7.4 zu der Unterscheidung und weiterführend unter Heranziehung von Rechtsprechung, Rn. 7.5 ff.

958 Atkins, Rn. 7.1 ff.; Bainbridge, Introduction to Information Technology Law, 221 f.; Duxbery, 119 ff.; O’Sullivan, Rn. 7.18 ff.; Quinn, 101. Dabei steht „express“ für „ausdrücklich“ und „term“ für „Regelung“ bzw. „Klausel“.

959 Bainbridge, Introduction to Information Technology Law, 221 f.

960 Interview geführt mit Hamish Sandison, Fieldfisher LLP, 04. April 2013, Transkription von Fabian Hafenträdl.

961 Lloyd, Rn. 557. Richter Slaughton L.J. in der „Saphena Computing Ltd v. Allied Collection Agencies Ltd.“ (EWHC, 03. Mai 1989, (1995) F.S.R. 616, 652)-Entscheidung,

kommen zur Disposition der Vertragsparteien, sondern es sind zahlreiche Restriktionen zu beachten.<sup>962</sup> Die rechtlichen Grenzen in Bezug auf die Gestaltung von „express terms“ liegen insbesondere in Gesetzen, welche eine Inhaltskontrolle von Klauseln vornehmen.<sup>963</sup> Dies sind im englischen Vertragsrecht im Allgemeinen das Gesetz über unlautere Vertragsklauseln („UCTA 1977“)<sup>964</sup> und im Besonderen einzelne Verbraucherschutzgesetze

---

feststellend, dass es nicht notwendig ist, sich zu überlegen in welche Kategorie – in dieser Entscheidung ein „sale of goods“ oder ein „supply of services“ – die Leistungen fallen, in diese Richtung. Allerdings war der Vertragsgegenstand dieser Entscheidung ein Softwaresystem; zudem gilt für beide Vertragstypen, wie das Gericht feststellte, dasselbe Recht.

962 Um einen schriftlichen Vertrag auszulegen sind die von den Gerichten aufgestellten Basisregeln über den Aufbau eines Vertrages („construction of terms“) sowie die Frage zur Zulässigkeit des „extrinsic evidence“-Beweises heranzuziehen, Beale, Chitty on Contracts Vol. 1, Rn.15–027 ff. Der Begriff „construction“ bezieht sich auf den Bestimmungsprozess bei Gericht, welche Bedeutung und Rechtsfolge ein Vertrag bzw. eine einzelne Vertragsklausel hat. Letztlich stellt dies eine Auslegung des Vertrages dar, deren Grundlage der ausformulierte Vertrag ist, Beale, Chitty on Contracts Vol. 1, Rn. 15–047 f. In Bezug auf Haftungsausschlüsse gilt grundsätzlich, dass je schwerwiegender die Pflichtverletzung ist, für welche die Haftung ausgeschlossen wird, desto exakter muss die jeweilige Pflichtverletzung im Vertrag auch beschrieben sein, Reed, 14. Eine Auslegung erfolgt nicht allein nach Parteiwillen, sondern nach objektiven Gesichtspunkten. Eine verständige Person aus Sicht der Parteien („reasonable person in position of the parties“) ist entscheidend, Beale, Chitty on Contracts Vol. 1, Rn. 12–054; O’Sullivan, Rn. 7.21, 7.75. Eine Grundregel bei der Auslegung ist der „contra proferentem“-Satz. Dieser besagt, dass, sobald Zweifel bei der Auslegung auftreten, diese zu Lasten des Erstellers der Klausel – also des Verwenders – zu werten sind, sehr anschaulich im Fall „Pegler Ltd. v. Wang (UK) Ltd.“, EWHC, 25. Februar 2000, (2000) WL 191142, Rn. 48; auch Reed, 14. Der „extrinsic evidence“-Test hat den Beweis, welcher nicht aus der Urkunde – also dem Vertragsdokument – ableitbar ist, zum Gegenstand. Die Zulässigkeit kann in Bezug auf zwei Fälle eine Rolle spielen. Zum einen ist dies die Frage, ob Klauseln, welche nicht in die Vertragsurkunde Einzug gefunden haben, grundsätzlich Bedeutung im Vertragsverhältnis haben können. Zum anderen ist dies die Frage, ob Vertragsklauseln durch außerhalb des Vertragsdokuments liegende Umstände erklärt oder interpretiert werden dürfen, Beale, Chitty on Contracts Vol. 1, Rn. 12–022.

963 Interview geführt mit Hamish Sandison, Fieldfisher LLP, 04. April 2013, Transkription von Fabian Hafenträdl darauf hinweisend;

964 Der „UCTA 1977“ kommt nicht zur Anwendung, wenn bei Vertragsschluss zwischen den Vertragsparteien eine ausgeglichene Verhandlungssituation bestand. Dies ist insbesondere der Fall, wenn von den AGB des Verkäufers abgewichen wird bzw. wenn die Pflichtverletzung nicht durch „implied terms“ geregelt wird, Reed, 17 und zu Einzelheiten insbesondere die Urteile „Salvage Association v. CAP Financial Service Ltd.“, EWHC, 21. Oktober 1992, (1995) F.S.R. 654, 662 (in dem zahlreiche Kriterien herausgearbeitet wurden, in welchen Fällen Sec. 3 UCTA 1977 zur Anwendung kommt); „St. Albans City & District Council v. International Computers Ltd.“

wie der „CRA 2015“. Daneben sind hinsichtlich Softwareverträgen auch einzelne spezialgesetzliche Klauseln zu beachten, wie in Bezug auf das Urheberrecht beispielsweise die Secs. 50A–C und 296A CDA 1988.<sup>965</sup>

## 2. Gesetzlich implizierte Regelungen: „implied terms“

Einzelne Rechtssätze können im englischen Vertragsrecht als sogenannte „implied terms“ Vertragsbestandteil werden, auch wenn diese nicht Teil des Vertragstextes sind. „Implied terms“ liegen zahlreich und regelmäßig vor.<sup>966</sup> Abstrakt lässt sich sagen, dass „implied terms“ eingreifen, sobald eine vertragliche Regelung in Form von „express terms“ fehlt.<sup>967</sup> Oft betreffen „implied terms“ rechtliche Fragestellungen, welche von den Vertragsparteien bei Vertragsschluss nicht bedacht wurden. „Implied terms“ werden durch das Gericht<sup>968</sup> bzw. durch Gesetz<sup>969</sup> impliziert. Dies kann zum einen auf Grund von Tatsachen („facts“) erfolgen. Im Allgemeinen möchte das Gericht dabei den Parteiwillen ermitteln.<sup>970</sup> Ein Implizieren „by

---

(EWCA, 26. Juli 1996, (1997) F.S.R. 251, 262f.)-Entscheidung (in der festgestellt wurde, dass AGB („standard terms“) für die Anwendbarkeit des „UCTA 1977“ notwendig sind) sowie weitere Entscheidungen bezüglich der Frage, ob AGB vorliegen, hierzu Reed, 18 ff.

965 Fell/Antell/Exell/Picton/Roberts-Walsh/Townsend, 1.

966 Beale, Chitty on Contracts Vol. 1, Rn. 16–001 f.

967 Quinn, 115; Rowland/Kohl/Charlesworth, 500 f. mit Verweis auf „Attorney General of Belize and Ors. v. Belize Telecom Ltd. and Anor (Belize)“, „Judgement of the Lords of the Judicial Committee of Privy Council“, 18. März 2009, (2009) UKPC 10, Rn. 17.

968 Beale, Chitty on Contracts Vol. 1, Rn. 136002; Quinn, 115.

969 O’Sullivan, Rn. 7.75.

970 Atkins, Rn. 7.22; Beale, Chitty on Contracts Vol. 1, Rn. 13–005 ff. hinsichtlich der Ermittlung dieses Parteiwillens vertiefend; Flint/Fitzpatrick/Thorne, 191; Morgan/Burden, Legal Protection of Software, 57; O’Sullivan, Rn. 7.75 ff., 7.81; Quinn, 115 f.; Rowland/Kohl/Charlesworth, 500. In der Rechtsprechung „Shirlaw v. Southern Foundries (1926) Ltd.“, „House of Lords“, 17. März 1939, (1939) 2 KB 206 ff.; „Trollope & Colls Ltd. v. North West Metropolitan Regional Hospital Board“, „House of Lords“, 10. April 1973, (1973) 1 W.L.R. 601, 609; „Greaves & Co (Contractors) Ltd. v. Baynham Meikle and Partners“, EWCA, 14./15. Mai 1975, (1975) 3 All ER 99 ff.; „Liverpool City Council v. Irwin“, „House of Lords“, 31. März 1976, (1977) A.C. 239 ff.; „BP Refinery (Westernport) Pty Ltd. v. The President, Councillors and Ratepayers of the Shire of Hastings“, „Johnstone v. Bloomsbury HA“, EWCA, 19. Dezember 1990, (1992) Q.B. 333 ff. (Rowland/Kohl/Charlesworth, 500 diese Entscheidung einordnend); „Philips Electronique Grand Public SA v. British Sky Broadcasting Ltd“, EWCA, 19. Oktober 1994, (1995) E.M.L.R. 472 ff., 481; „Investors

facts“ ist nur bei individuell ausgehandelten Verträgen möglich. Zum anderen können gesetzliche Regelungen („statutes“) einzelne Vertragsklauseln („terms“) implizieren.<sup>971</sup> Dies basiert grundsätzlich auf allgemeinen Erwägungen und folgt nicht zwingend dem Interesse der Parteien.<sup>972</sup> Bedeutende „statutes“ sind beispielsweise der „supply of goods“ bzw. der „supply of services“, welche, wenn die gesetzlichen Tatbestandmerkmale vorliegen, den „SoGA 1979“ bzw. den „SGSA 1982“ zur Anwendung bringen.<sup>973</sup> Drittens können „implied terms“ auf einem „Brauch“ („custom“)<sup>974</sup> bzw. „Handelbrauch“ („trade usage“)<sup>975</sup> beruhen. Ein solcher muss bei einem bestimmten Handel, Berufsstand oder an einem Ort mehr als nur „üblich“ („trade practice“)<sup>976</sup> und überdies „vernünftig, unveränderlich, bestimmt, selbststrebend als Vertragsbestandteil geltend<sup>977</sup> und allgemein bekannt“ sein.<sup>978</sup> Insbesondere im Hinblick auf Leistungspflichten, aber auch im Leistungsstö-

---

Compensation Scheme Ltd. v. West Bromwich Building Society and Ors“, „House of Lords“, 19. Juni 1997, (1997) C.L.C. 1243, 1257 ff.; „Robin Ray v. Classic FM plc“, EWHC, 18. März 1998, (1998) F.S.R. 622 ff.; „Attorney General of Belize and Ors. v. Belize Telecom Ltd. and Anor (Belize)“, „Judgement of the Lords of the Judicial Committee of Privacy Council“, 18. März 2009, (2009) UKPC 10 ff., 21, 23, 25, 28; „Crema v. Cenkos Securities Plc.“, EWCA, 16. Dezember 2010, (2010) EWCA Civ 1444, Rn. 36; „Garratt v. Mirror Group Newspaper Ltd.“, EWCA, 13. April 2011, (2011) EWCA Civ. 425 ff., Rn. 46; „BDW Trading Ltd. v. J.M. Rowe (Investments) Ltd.“, EWCA, 12. Mai 2011, (2011) EWCA Civ 548, Rn. 36 sowie in erster Instanz (RCJ); „F & C Alternative Investments (Holdings) Ltd. v. Barthelemy“, 14. Juli 2011, (2011) EWHC 1731 (Ch), Rn. 271; „Leander Construction Ltd. v. Mulalley & Co Ltd.“, 21. Dezember 2011, (2011) EWHC 3449 (TCC) Rn. 25; „Spencer v. Secretary of State for Defence“, 02. Februar 2002, (2012) EWHC 120 ff. (Ch); „Marks and Spencer plc v. PNB Paribas Securities Services Trust Company (Jersey) Ltd.“, 2015, UKSC 71. In Australien HCA, (1978) 52 A.L.J.R. 20 ff., 26.

971 Atkins, Rn. 741 ff.; Beale, Chitty on Contracts Vol. 1, Rn. 13–005 ff. „Liverpool City Council v. Irwin“, „House of Lords“, 31. März 1976, (1977) A.C. 239 ff., 257 f.

972 Beale, Chitty on Contracts Vol. 1, Rn. 16–005 in diese Richtung; O’Sullivan, Rn. 7.77.

973 Beale, Chitty on Contracts Vol. 1, Rn. 16–039 f.

974 Atkins, Rn. 7.21, 7.56; Duxbury 128 ff.; O’Sullivan, Rn. 7.79; Quinn, 122; Rowland/Kohl/Charlesworth, 499.

975 Quinn, 122 ff.

976 „National Bank of Greece S.A. Appellant v. Pinios Shipping Co. No. 1 and Another Respondents“, „House of Lords“, 30. November 1989, (1990) 1 A.C. 637 ff. Atkins, Rn. 7.56; Beale, Chitty on Contracts Vol. 1, Rn. 13–019.

977 Atkins, Rn. 7.57; Beale, Chitty on Contracts Vol. 1, Rn. 16–035; O’Sullivan, Rn. 7.79.

978 Atkins, Rn. 7.56 f. vertiefend.

rungsrecht, können „implied terms“ eine wirtschaftlich bedeutende Rolle spielen.<sup>979</sup>

Im Softwarevertragsrecht sind „implied terms“ von untergeordneter Bedeutung, da Softwareverträge in der Praxis oft umfangreiche „express terms“ enthalten. Trotzdem besteht ein Interesse, der grundsätzlichen Frage nachzugehen, was im Falle von fehlenden „express terms“ im einzelnen Vertragsverhältnis für ein Recht in Form von „implied terms“ anzuwenden ist. Insgesamt sind in der englischen Rechtsprechung nur wenige Urteile – insbesondere höchstrichterliche – zum Softwarevertragsrecht ergangen.<sup>980</sup>

## II. Kaufvertrag: „sale“

Der Kaufvertrag ist in Form des Sachkaufs („sale of goods“) im englischen Recht in Sec. 2 Abs.1 SoGA 1979 normiert. Der Verkäufer hat das Eigentum an einer Sache („property in goods“) an den Käufer zu übertragen, als Gegenleistung erhält ersterer vom Käufer Geld, welches den Kaufpreis darstellt („for a money consideration, called the price“). Bei einem „sale of goods“ bestehen mit Secs. 12–15 SoGA 1979 gesetzliche („by statute“) „implied terms“,<sup>981</sup> welche als „conditions“ zu qualifizieren sind.<sup>982</sup> Sec. 12 SoGA 1979 verpflichtet den Verkäufer zur Eigentumsübertragung („ownership“) an den Käufer.<sup>983</sup> Gemäß Sec. 14 SoGA 1979 muss der Kaufgegenstand „zufriedenstellende Qualität“ („satisfactory quality“) und „Zweckdienlichkeit“ („fitness for purpose“) aufweisen.<sup>984</sup>

---

979 Saxby, Rn. 6.308 in diese Richtung (in früherer Auflage: 59. Ergänzungslieferung, 2010).

980 Lloyd, Rn. 556 ff.

981 Zu den einzelnen „implied terms“ durch den „SoGA 1979“ Reed, 6 ff.; Rowland/Kohl/Charlesworth, 457 ff. (in früherer Auflage: 4. Auflage, 2012). Hierzu 2. Teil § 1 D I. 2.

982 Bradgate/White, 145.

983 Der Terminus „property“ ist als Eigentum zu verstehen, Beale, Chitty on Contracts Vol. 2, Rn. 46–130. Der Terminus „ownership“ bezeichnet die Rechtsinhaberschaft, Rowland/Kohl/Charlesworth, 492 f.

984 Zu ersterem Begriff kann ausgeführt werden, dass es nicht ausreicht, jedwede Sorgfalt angewandt zu haben. Eine Analyse, ob dies vorliegt, hat aus der Sicht eines vernünftigen Dritten zu erfolgen, Beale, Chitty on Contracts Vol. 2, Rn. 46–099; Sec. 14 Abs.3 SoGA 1979 hingegen betrifft die individuelle Zweckdienlichkeit für den Nutzer, soweit diese – wie es bei der Überlassung von Standardsoftware mangels individueller Absprache aber nicht der Fall ist – Vertragsbestandteil geworden ist. Sec. 15 SoGA 1979 regelt den Fall, dass die Software „by sample“, also im Rahmen

1. Sachkauf: „sale of goods“

a) Software als „good“

Während es unstreitig ist, dass Computer-Hardware ein „good“ im Sinne des „SoGA 1979“ darstellt,<sup>985</sup> ist die juristische Diskussion über die Qualifikation von Software als „good“ seit Jahrzehnten ausgeprägt.<sup>986</sup> Der Terminus „good“ wird in Sec. 61 Abs.1 SoGA 1979 definiert. Sec. 18 Abs.1 SG-SA 1982 enthält eine in den hier relevanten Abschnitten identische Definition.<sup>987</sup> Danach sind bewegliche Sachen („personal chattels“) außer Geld oder Vermögensrechte, welche nur durch Klage und nicht durch physische Inbesitznahme geltend gemacht werden können („things in action“),<sup>988</sup> als Vertragsgegenstand anzusehen. Immaterialgüterrechte sind hingegen nicht als „good“ zu qualifizieren.<sup>989</sup>

(1) Software mit Datenträger

Die Frage, ob Software verbunden mit einem Datenträger ein „good“ im Sinne der Sec. 61 Abs.1 SoGA 1979 darstellt, wurde insbesondere in der Rechtsprechung erörtert. Dabei steht die Verbindung der Software mit einem Datenträger im Mittelpunkt. Die Grundsatzentscheidung in dieser Rechtsfrage stellt die in zwei Instanzen ergangene „St. Albans City &

---

eines „Kauf nach Muster“ bzw. „Kauf nach Probe“ verkauft wurde, Bradgate/White, 145.

985 Bridge, Rn. 2.23; Guest, Rn. 1-086; Miles, 9.

986 Guest, Rn. 1-086 vertiefend.

987 Bainbridge, Introduction to information technology law, 229 zur Identität des Begriffs „good“ in beiden Gesetzen.

988 „things in action“ sind „property that is theoretically owed to someone by virtue of a legal right to sue. The property involved is often money. Thus, someone with a tort claim has a thing in action until either a court issues final judgment or the period for suing has expired.“ ([http://www.law.cornell.edu/wex/things\\_in\\_action](http://www.law.cornell.edu/wex/things_in_action)) (aufgerufen am 01. Dezember 2023), also Rechte („personal rights of property“), welche nur auf dem Klageweg behauptet und durchgesetzt werden können – nicht hingegen durch die Besitzbegründung, wie dies bei körperlichen Gegenständen der Fall ist, Bradgate, 35; Hagemester, 33 mit weiteren Verweisen. Beispiele für „things in action“ sind Unternehmensanteile, Immaterialgüter oder schuldrechtliche Ansprüche, Bradgate, 35.

989 Twigg-Flesner/Canavan, 47.

District Council v. International Computers Ltd.“<sup>990</sup>-Entscheidung dar.<sup>991</sup> Beide Urteile enthalten Aussagen bezüglich der Einordnung von Software als „good“.<sup>992</sup> Zum einen wurde festgestellt, dass eine solche beispielsweise im Mehrwertsteuerrecht<sup>993</sup> oder im Urheberrecht (als Sprachwerk wie ein Buch) erfolgt. Zudem wurde auf eine schon Anfang der 1980er Jahre ergangene und vergleichbare Rechtsfragen betreffende Entscheidung aus Australien verwiesen, in welcher Software als ein „good“ im Sinne des dortigen Kaufrechts angesehen wurde.<sup>994</sup> Die wichtigsten Passagen des erstinstanzlichen „St. Albans City & District Council v. International Computers Ltd.“-Urteils sind Teil eines Obiter Dictum.<sup>995</sup> Richter Scott-Baker führte aus, dass Software als „good“ im Sinne des „SoGA 1979“ angesehen werden kann, bezog sich aber auf den Datenträger („physical medium“), auf welchem die Software verkörpert ist. Schließlich sei eine solche Verkörperung

---

990 Die Entscheidung „St. Albans City & District Council v. International Computers Ltd.“ wurde in zwei Instanzen entschieden. Das erstinstanzliche Urteil erging am EWHC, 03. Oktober 1994, (1995) F.S.R. 686 ff., die zweitinstanzliche Entscheidung erging am EWCA, 26. Juli 1996, (1997) F.S.R. 251 ff. Der Tatbestand ist wie folgt: Eine Behörde schrieb die Erstellung eines Computerprogramms zum Einzug von einer kommunalen Steuer („community charge“) aus. Die Ausschreibung wurde vom Ersteller akzeptiert, allerdings errechnete die erstellte Software schließlich eine falsche Einwohneranzahl, was zu Steuerausfällen und Folgeschäden der Behörde führte. Daraufhin wurde der Softwareersteller wegen Vertragsbruch („breach of contract“) verklagt; zur Bedeutung des Urteils im Allgemeinen, Guest, Rn. 1-086; Thomas, IRLTC, 2012, 26 (2/3), 165, 166.

991 Guest, Rn. 1-086 darauf beziehend.

992 Sowohl die Tatsache, dass dieser Fall die Erstellung von Individualsoftware zum Gegenstand hat, als auch, dass über „express terms“ entschieden wurde, sind an dieser Stelle nicht weiter von Relevanz.

993 Software ist gemäß dem Gericht als „planet and machinery“ im Sinne der Sec. 67A Capital Allowance Act anzusehen, „St. Albans City & District Council v. International Computers Ltd.“, EWHC, 03. Oktober 1994, (1995) F.S.R. 686, 698.

994 „St. Albans City & District Council v. International Computers Ltd.“, EWHC, 3. Oktober 1994, (1995) F.S.R. 686, 698 mit Verweis auf „Toby Constructions Products Ltd v. Computer Bar (Sales) Pty Ltd.“, HCA, 16. August 1983, (1983) N.S.W.L.R. 48 ff. Diese Entscheidung betraf einen Vertrag zum Erwerb eines Computersystems bestehend sowohl aus Hardware- als auch aus Software-Komponenten. Die in diesem Fall vorhandene komplexe Konstellation in Bezug auf die tatsächlichen Vertragspartner (dies stellt eine Frage des Allgemeinen Schuldrechts dar) kann außen vorgelassen werden. Diese Entscheidung war eine der ersten, welche sich im Rechtskreis des „common law“ mit der Qualifikation von Software als „good“ auseinandersetzte. Schließlich wurde dort ein Computersystem als eine Sache im Sinne des „Sales of Goods Act 1923“ aus New South Wales (Australien) angesehen.

995 Da die Äußerungen im Rahmen eines Obiter Dictums erfolgten fehlt ihnen die Bindungswirkung gleich einem Urteil („precedent“), Lloyd, Rn. 561; Miles, 9.

zur Nutzung erforderlich. In höherer Instanz stellte Richter Glidewell fest, dass das Programm selbst („program itself“), also die Software an sich, kein „good“ darstellt.<sup>996</sup> Daraus wird gefolgert, dass die Qualifikation als „good“ von der Existenz eines Datenträgers abhängt. Software verbunden mit einem solchen sei als ein „good“ anzusehen.<sup>997</sup> Inhaltlich auf gleicher Linie ist die „The Mayor and Burgesses of the London Borough of Southwark v. IBM“-Entscheidung. In dieser wird in einem Obiter Dictum festgehalten, dass Software ein „good“ ist.<sup>998</sup> Jedoch basiert auch in dieser Entscheidung die Argumentation auf dem Datenträger, auf welchem die Software gespeichert war. Ein solcher stelle ein „good“ dar, somit sei ein Datenträger mit Software nicht anders zu bewerten.<sup>999</sup> Ähnliche Ausführungen finden sich in der Rechtsliteratur. Die potentielle Vergleichbarkeit eines auf einem Datenträger verkörperten Computerprogramms mit einem Buch oder einer Videokassette wird für die Befürwortung der Qualifizierung als „good“ herangezogen.<sup>1000</sup> Jedoch wird dies nur für mittels eines Datenträgers überlassener Software bejaht. Erfolge hingegen ein Download, dann liege demnach eine Lizenz vor.<sup>1001</sup> Überdies seien „implied terms“ aus dem Kaufrecht auch in Bezug auf beispielsweise die Funktionsweise von Software anzuwenden.<sup>1002</sup>

---

996 Zu Software an sich 2. Teil § 1 D II. 1. a) (2).

997 Miles, 10; Twigg-Flesner/Canavan, 47.

998 Ein „Eigentumsübergang“ („transfer of property“) wird in der Entscheidung abgelehnt und folglich auf eine Lizenz geschlossen, „The Mayor and Burgesses of the London Borough of Southwark v. IBM UK Ltd.“, EWHC, 17. März 2011, (2011) EWHC 549 (TCC), Rn. 95 ff., insbesondere 96.

999 „The Mayor and Burgesses of the London Borough of Southwark v. IBM UK Ltd.“, EWHC, 17. März 2011, (2011) EWHC 549 (TCC), Rn. 96 f. Probleme treten allerdings auf, wenn kein Datenträger mehr vorhanden ist, auch wenn selbst in diesem Fall ähnliche Vertragsbedingungen im „common law“ impliziert werden können, „Young & Marten Ltd. v. McManus Child Ltd.“, „House of Lords“, 10. Juli 1968, (1969) 1 A.C. 454, 472 ff. Rowland/Kohl/Charlesworth, 494 mit Verweis auf „Dodd v. Wilson“, (1946) 2 All ER 691.

1000 Dobson, Rn. 1–14.

1001 Twigg-Flesner/Canavan, 47.

1002 „St. Albans City & Districts Council v. International Computers Ltd.“, EWCA, 26. Juli 1996, (1997) F.S.R. 251, 254, 265 f.

(2) Software an sich

Als möglicher Vertragsgegenstand und somit „good“ wird teils auch die Software an sich angesehen. Dabei erfolgt eine Lösung vom Datenträger, auf welchem die Software verkörpert ist. In der zweiten Instanz der „St. Albans City & District Council v. International Computers Ltd.“-Entscheidung wurde das Programm selbst („program itself“) nicht als „good“ angesehen.<sup>1003</sup> Auch in der Literatur erfolgten dahingehende Subsumtionsversuche. Teils wird Software rein als Information beschrieben,<sup>1004</sup> welche das gesetzliche Merkmal des „personal chattel“ nicht erfüllt.<sup>1005</sup> Allerdings könne Software auf der Hardware Effekte auslösen und sei folglich ein „Mehr“ als Information.<sup>1006</sup> Inwieweit dies ausreicht, um das Merkmal des „personal chattel“ zu erfüllen, wird in Literatur und Rechtsprechung nicht weiter erörtert. Ein ähnlicher Weg wird in dem strafrechtlichen „R. v. Whiteley“-Urteil gegangen.<sup>1007</sup> Das Eindringen in ein Computernetzwerk durch einen Hacker sowie das Löschen von Daten bewirkt demnach eine Änderung der physischen Beschaffenheit („physical nature“) auf dem Datenträger.<sup>1008</sup> Nicht diese physische Beschaffenheit müsse körperlich („tangible“) sein,

---

1003 Hierzu 2. Teil § 1 D II. 1. a) (1). Hierzu kam der Richter durch den dem Fall zu Grunde liegenden Sachverhalt. Tatsächlich wurde kein Datenträger mit Software übergeben, sondern diese auf einer CD-ROM verkörpert von dem Softwareanbieter auf einen Computer des Nutzers installiert. Eine Übergabe eines Datenträgers fand somit nicht statt, „St. Albans City & Districts Council v. International Computers Ltd.“, EWCA, 26. Juli 1996, (1997) F.S.R. 251, 265 f.

1004 Welche nur in der Form des Quellcodes existiert.

1005 Rowland/Kohl/Charlesworth, 490 mit Verweis auf die „Oxford v. Moss“ Entscheidung (1979, Divisional Court, (1979) 68 Cr App R 183 ff.), in der entschieden wurde, dass „personal information“ kein „property“ im Sinne der Sec. 4 Theft Act 1968 darstellt.

1006 Rowland/Kohl/Charlesworth, 490 f. Diese Ansicht wurde erstmals von Richter Scott Baker in der „St. Albans City & District Council v. International Computers Ltd.“ Entscheidung erörtert. (EWHC, 03. Oktober 1994, (1995) F.S.R. 686, 699). Er führte – etwas untechnisch und vereinfacht – aus, dass Software nicht nur Information ist, sondern auch Hardware verändern kann.

1007 Die Wertungen dieser strafrechtlichen Entscheidung sind im Zivilrecht allerdings nur begrenzt heranziehbar, Rowland/Kohl/Charlesworth, 490 f. in diese Richtung.

1008 Diese Veränderung stelle den strafrechtlich relevanten Schaden („damage“) im Sinne des „Criminal Damage Acts 1971“ dar, „R. v. Nicholas Alan Whiteley“, EWCA, 04. Februar 1991, (1991) 93 Cr. App. R. 25 ff., 26.

sondern ein körperlicher Schaden müsse an beweglichen Sachen wie den magnetischen Partikeln auf dem Datenlaufwerk auftreten.<sup>1009</sup>

Zu zweitem Merkmal eines „goods“, namentlich „other than things in action“, wird festgestellt, dass Immaterialgüterrechte und somit auch das Urheberrecht „things in action“ sind<sup>1010</sup> und dies eine Subsumtion als Sache im Sinne des „SoGA 1979“ ausschließt.<sup>1011</sup> Allerdings ist zu beachten, dass keine Betrachtung des Immaterialgüterrechts, sondern der Software an sich, zu erfolgen hat, denn Software ist zwar durch das Immaterialgüterrecht geschützt, stellt selbst aber keines dar.<sup>1012</sup> Im Ergebnis ist Software an sich kein „thing in action“.

### (3) Funktionale Auslegung des Begriffs „good“ (Gesamtbetrachtung)

In Bezug auf trägerlos übermittelte Software wird die Qualifikation von Software als „good“ teils abgelehnt,<sup>1013</sup> denn das Merkmal der beweglichen Sache („personal chattel“) wird nicht als erfüllt angesehen.<sup>1014</sup> Andere hingegen nehmen eine funktionale Gesamtbetrachtung vor. Im Ergebnis soll der Begriff „good“ eine trägerlose Übertragung der Software mitumfassen.<sup>1015</sup> Es wird auf die Greifbarkeit („tangibility“) verzichtet.<sup>1016</sup>

---

1009 „R. v. Nicholas Alan Whiteley“, EWCA, 04. Februar 1991, (1991) 93 Cr. App. R. 25 ff., 28.

1010 Bainbridge, Introduction to information technology law, 228; Twigg-Flesner/Canavan, 8 in diese Richtung.

1011 Bainbridge, Introduction to information technology law, 300 in diese Richtung; Bainbridge, Software Licensing, 90.

1012 Rowland/Kohl/Charlesworth, 492 auf diese Problematik verweisend unter Bezugnahme auf die Entscheidung „Eurodynamics System v. General Automation Ltd.“, 06. September 1998, nicht veröffentlicht („unreported“).

1013 Bond, 44 ablehnend; Niranjan, JBL 2009, 8, 799, 806 wohl in diese Richtung; Rowland/Kohl/Charlesworth, 492 beschreibend. „Eurodynamics System v. General Automation Ltd.“, 06. September 1998, nicht veröffentlicht („unreported“) allgemein ablehnend.

1014 Dobson/Stokes, Rn. 1–011 auf das Merkmal der „greifbaren, beweglichen Sache“ („tangible, movable, thing“) abstellend.

1015 Niranjan, JBL 2009, 8, 799, 806 wenn auch eine Einordnung als „licence“ bevorzugend.

1016 Thomas, IRLTC, 2012, 26 (2/3), 165, 166.

(4) Urheberrechtliches Werkstück: „copy“

Zum Teil erfolgt eine Annäherung an den urheberrechtlichen Begriff des Werkstücks („copy“),<sup>1017</sup> allerdings erfolgt keine Subsumtion, sondern das Werkstück (meist die Software verkörpert auf einem Datenträger) wird regelmäßig ohne näher zu differenzieren als ein „good“ und somit als Objekt eines Kaufvertrages angesehen. Dabei wird ein direkter Vergleich mit urheberrechtlich geschützten Gegenständen wie einem Buch angestrebt, dessen Qualifizierung als „good“ unstrittig ist. Aufgrund der Vergleichbarkeit der Position des Softwareerwerbers mit beispielsweise der des Erwerbers eines Buches liege ein „sale“ vor. Der immaterialgüterrechtliche Schutz des Gegenstands sei für die Frage nach dem Interesse des Nutzers nicht von Relevanz.<sup>1018</sup> Letztlich ist das körperliche Werkstück der Software einem Datenträger ähnlich<sup>1019</sup> und urheberrechtliche Aspekte sind nicht ersichtlich.

(5) Zusammenfassung

Für Software, welche auf einem Datenträger gespeichert ist (Software mit Datenträger), aber auch für Software an sich bzw. aufgrund einer funktionalen Auslegung (Gesamtbetrachtung) des Terminus „goods“ wird die Qualifikation von Software als „good“ angenommen.

---

1017 Morgan/Burden, 128 vertretend, dass sich alle üblichen Softwareüberlassungsverträge nur auf eine „copy“ beziehen.

1018 Green/Saidov, JBL 2007, 161, 162, 175 f. Teils wird die schuldrechtliche Einordnung als Kaufvertrag in Frage gestellt, sobald die „copy“ nach der Nutzung wieder an den Rechtsinhaber zurückgegeben werden muss oder keine Einmalzahlung, sondern fortlaufende Lizenzgebühren, fällig sind, 176 in diese Richtung. Allerdings würden in diesen Fällen auch die grundsätzlichen Befürworter einer kaufrechtlichen Einordnung eine solche ablehnen. Ein Zusammenhang zum urheberrechtlichen Begriff der „copy“ kann nicht hergestellt werden.

1019 Hierzu 2. Teil § 1 D II. 1. a) (1).

- b) Eigentumsübertragung („to transfer the property“) sowie  
Kaufpreiszahlung: („for a money consideration, called the price“)

Zudem muss gemäß Secs. 2 Abs. 1, 17 f. SoGA 1979 das gesetzliche Merkmal der Eigentumsübertragung („to transfer the property“) erfüllt sein.<sup>1020</sup> „Property“ ist nach Sec. 61 SoGA 1979 „das allgemeine Sacheigentum“ („the general property in goods“). Die Eigentumsübertragung erfolgt durch Übergabe („delivery“).<sup>1021</sup> In Bezug auf den Eigentumsübergang bei Software verbunden mit einem Datenträger erfolgt in Literatur und Rechtsprechung keine spezifische Analyse. Wird der Fokus auf den Datenträger beibehalten, so kann dieser als Sache („good“) übereignet werden.<sup>1022</sup> Hinsichtlich eines Eigentumsübergangs bei Software an sich wird festgestellt, dass ein solcher nicht möglich ist. Der abstrakte Begriff der nicht greifbaren Software an sich lasse keinen Bezugspunkt des Eigentumsrechts erkennen.<sup>1023</sup> In Bezug auf die funktionale Auslegung des Begriffs „good“ und auf ein urheberrechtliches Werkstück als „good“ erfolgen keine spezifischen Ausführungen zum Eigentumsübergang.

Da Software gelöscht oder kopiert werden könne, sei diese beweglich („movable“) und eine „delivery“ möglich.<sup>1024</sup> Das Tatbestandsmerkmal des Kaufpreises („for a money consideration, called the price“) wird in Literatur und Rechtsprechung nicht weiter erörtert. Es kann, wenn eine Zahlung in Form von Geld erfolgt, aber stets als erfüllt angesehen werden.

---

1020 Bradgate/White, 171, 173 darauf hinweisend, dass der Erwerber durch den Eigentumsübergang grundsätzlich ein unbeschränktes Nutzungs- und Weiterverkaufsrecht hat, allerdings kann dies gesetzlichen Beschränkungen unterliegen. Es ist zu beachten, dass im englischen Vertragsrecht der Zeitpunkt des Eigentumsübergangs grundsätzlich zur Disposition der Vertragsparteien steht (Sec. 13 SoGA 1979). Weitere Einzelheiten regeln Secs. 16 ff. SoGA 1979.

1021 Diese wird in Sec. 61 Abs.1 SoGA als „freiwilliger Besitzübergang“ („transfer of possession“) beschrieben, Beale, Chitty on Contracts Vol. 2, Rn. 463–241 ff. auch vertiefend zum Terminus der „delivery“. Eine Lieferung kann durch physische Übergabe erfolgen oder als „constructive delivery“ in der Weise, dass die Kontrolle über ein „good“ übergeben wird, Bradgate/White, 129.

1022 Bond, 3, 9 wohl auch in diese Richtung und vom „title“ (hier das Eigentumsrecht) nur in Bezug auf die „copy“ sprechend; Davis, 8 in diese Richtung; Dobson, Rn. 1–14; Dobson/Stokes, Rn. 1–011.

1023 Bainbridge, Introduction to information technology law, 228 f. „St. Albans City & Districts Council v. International Computers Ltd.“, EWCA, 26. Juli 1996, (1997) F.S.R. 251 ff.

1024 Green/Saidov, JBL 2007, 161, 167 f.

## 2. Generelle Annahme eines „sale of goods“

Wieder andere sehen die Überlassung von Standardsoftware generell schuldrechtlich als „sale of goods“ an. Diese Einordnung sei unabhängig von dem Trägermedium bzw. dem Weg, auf welchem die Software übertragen werde.<sup>1025</sup>

## 3. Exkurs: Abgrenzung zum „service contract“

Die schuldrechtliche Einordnung der Überlassung von Standardsoftware als „Erbringung eines Dienstes“ („supply of services“) wird zwar vereinzelt angesprochen, letztlich aber nicht vertreten.<sup>1026</sup> Der „supply of services“ („service contract“) wird neben dem „supply of goods“<sup>1027</sup> im „SGSA 1982“ normiert und in Sec. 12 Abs. 1 SGSA 1982 beschrieben als ein Vertrag, bei welchem eine Partei verspricht, einen Dienst zu erbringen („to carry out a service“). Der Terminus „service“ wird im „SGSA 1982“ nicht definiert.<sup>1028</sup> Sec. 13 SGSA 1982 schreibt als eine der zentralen Normen und als „implied term“ vor, dass „reasonable skill and care“ geschuldet werden.<sup>1029</sup> Dies wird regelmäßig auch als „express term“ in den Verträgen vereinbart, teils wird auch auf die üblichen Industriestandards („good industry practice“) referenziert. Zu beachten ist, dass trotz einer möglichen grundsätzlichen

---

1025 Reed, 12.

1026 Bainbridge, Introduction to information technology law, 228; Rowland/Kohl/Charlesworth, 496 mit Verweis auf die australische Entscheidung „Toby Constructions Products Ltd. v. Computer Bar (Sales) Pty Ltd.“, HCA, 16. August 1983, (1983) N.S.W.L.R. 48, 51.

1027 Der „supply of goods“-Vertrag wird im „Part 1“ des „SGSA 1982“, insbesondere in Sec. 1 Abs. 1, beschrieben als Vertrag für die Übertragung von beweglichem Vermögen („contracts for the transfer of property in goods“), welcher nicht dem Katalog der Sec. 1 Abs. 2 angehört. Unter diesen Katalog fällt insbesondere der Kaufvertrag („sale of goods“). Im deutschen Recht stehen der Werkvertrag bzw. der Werklieferungsvertrag diesem Vertragstyp tatbestandlich nahe. Secs. 2–5 SGSA 1982 implizieren für den „Supply of Goods“ die gleichen Gewährleistungsregelungen („warranties“) wie der „SoGA 1979“; Adams, JBL 2009, 4, 396 vertiefend. Insbesondere das gesetzliche Merkmal des „good“ wird in Sec. 18 Abs. 1 SGSA 1982 gleich dem des „SoGA 1979“ definiert.

1028 Bainbridge, Software Licensing, 88.

1029 Hingegen gemäß Sec. 14 SoGA 1979 wird dem Verkäufer als Leistungspflicht eine zufriedenstellende Qualität („satisfactory quality“) und „angebrachte Geeignetheit für den Benutzungszweck“ („reasonable fit for their purposes“) auferlegt. Im Vergleich hierzu ist Sec. 13 SGSA 1982 weniger streng.

Einordnung als „service“-Vertrag die Parteien in der Regel zahlreiche gesetzliche Normen durch „express terms“ umgehen.<sup>1030</sup>

In Bezug auf die dauerhafte Überlassung von Standardsoftware ist festzuhalten, dass es sich um ein Massenprodukt handelt und somit die bei einem „service“ erforderliche Individualität bei der Erstellung fehlt.<sup>1031</sup> Wird wie beispielsweise von Bainbridge abstrakt festgehalten, dass bei der Überlassung von Standardsoftware ein „service“-Vertrag vorliegt, so wird dieser nicht als ein solcher im Sinne des „SGSA 1982“ klassifiziert, sondern soll den Charakter einer Lizenz („licence“) aufweisen.<sup>1032</sup>

#### 4. Zusammenfassung

Für Software, welche auf einem Datenträger gespeichert Vertragsgegenstand (Software mit Datenträger) ist und für Software an sich wird eine Qualifikation als „good“ angenommen. Dies gilt auch bei einer funktionalen Auslegung (Gesamtbetrachtung) des Terminus „good“. Jedoch kann Eigentum allein an dem Datenträger selbst übertragen werden. Eine Kaufpreiszahlung kann hingegen stets erfolgen. Teilweise wird allein aus Wertungsgründen ein „sale of goods“ befürwortet.

### III. Immaterialgüterrechtlicher Verträge

Immaterialgüterrechte – im Folgenden das Urheberrecht – können im englischen Recht auf verschiedene Art Gegenstand von Verträgen sein. Die Rechtsinhaberschaft („ownership“) kann im Urheberrecht frei übertragen werden („assignment“) oder es kann eine Lizenz („licence“) eingeräumt werden.<sup>1033</sup> Schließlich gilt das Urheberrecht („copyright“) als „privates und bewegliches Eigentum“ („personal and movable property“).<sup>1034</sup> Grundsätz-

---

1030 Schriftliches Interview, geführt mit Peter Church, Linklaters LLP, Antworten erhalten am 14. April 2013.

1031 Rowland/Kohl/Charlesworth, 496 mit Verweis auf die australische Entscheidung „Toby Constructions Products Ltd. v. Computer Bar (Sales) Pty Ltd.“, HCA, 16. August 1983, (1983) N.S.W.L.R. 48, 51.

1032 Bainbridge, Introduction to information technology law, 228.

1033 Sec. 90 CDPA 1988. Bainbridge, Intellectual Property, 117 ff. vertiefend.

1034 Colston, 427. Hierbei ist die Terminologie zu beachten. Der englische Begriff „property“ ist als Eigentum zu übersetzen. Darunter wird aber nicht das Eigentumsrecht (im Sinne von § 903 BGB) verstanden, sondern der Begriff des „Besitztums“

lich besteht Vertragsfreiheit, allerdings muss das Wesen als immaterialgüterrechtlicher Vertrag beachtet werden.<sup>1035</sup>

## 1. Einzelne Verträge

### a) Rechtsübertragung: „assignment“

Bei einem „assignment“ werden gemäß Sec. 90 Abs. 2 lit. a) CDPA 1988 die Rechtsinhaberschaft („ownership“) am Urheberrecht oder einzelne Verwertungsrechte übertragen.<sup>1036</sup> Ein „assignment“ kann zeitlich befristet erfolgen,<sup>1037</sup> was aber einen Ausnahmefall darstellt.<sup>1038</sup> Weiter ist zu beachten, dass sich das „assignment“ stets nur auf das Immaterialgüterrecht bezieht und nicht auf den geschützten körperlichen Gegenstand.<sup>1039</sup> Vice versa hat auch dessen Veräußerung keine urheberrechtliche Rechtsübertragung zur Folge.<sup>1040</sup> Ein „assignment“ erfordert Schriftform gemäß Sec. 90 Abs. 3 CDPA 1988 und wird daher als „implied term“ äußerst restriktiv angenommen.<sup>1041</sup>

### b) Rechtseinräumung: „licence“

Eine „licence“ steht bei der Verwertung von Immaterialgüterrechten im Mittelpunkt.<sup>1042</sup> Der Rechtsinhaber („owner“ bzw. „licensor“) räumt dem

---

oder auch „Hab und Gut“. Hingegen sind die Termini „ownership“ bzw. „title“ als „Inhaberschaft“ bzw. „Rechtsposition“ als Eigentumsrecht zu verstehen.

1035 Fell/Antell/Exell/Picton/Roberts-Walsh/Townsend, 136.

1036 Bainbridge, *Information technology and intellectual property law*, Rn. 2.113; Bainbridge, *Intellectual Property*, 231 f. zu „assignments“; Burnett, 34; Davis/Cheng, Rn. 99; Flint/Fitzpatrick/Thorne, 184 f.; Speck/Lane/Alexander/Tappin/May/Berkeley/Whyte/Cregan/Jamal/Chantrielle, Rn. 12.5 f. Diese Aufteilbarkeit des Urheberrechts ist durch eine Änderung des Gesetzestextes mittels Aufnahme des Terminus „things“ anstatt von „acts“ manifestiert worden. Bezüglich „things“ hat der Inhaber des Urheberrechts das ausschließliche Recht, Flint/Fitzpatrick/Thorne, 185.

1037 Bainbridge, *Intellectual Property*, 231; Brazell, 189; Davis/Cheng, Rn. 89.

1038 Brazell, 189.

1039 Colston 427.

1040 Davis/Cheng, Rn. 88.

1041 Bainbridge, *Intellectual Property*, 232; Burnett, 34.

1042 Brown/Kheria/Cornwell/Iljadica, Rn. 6.29.

Lizenznehmer („licensee“) das Recht ein,<sup>1043</sup> urheberrechtlich relevante, zustimmungsbedürftige Handlungen vorzunehmen.<sup>1044</sup> Eine „licence“ wird nicht durch ein dem „SoGA 1979“ bzw. dem „SGSA 1982“ vergleichbares Gesetz („statute“) normiert, sondern allein in Sec. 90 Abs. 4 CDPA 1988 und diversen weiteren Normen erwähnt. Dabei hat eine „licence“ grundsätzlich einen positiven Charakter für den Lizenznehmer und ist nicht zu verstehen als ein reiner Verzicht des Lizenzgebers, Rechte durchzusetzen.<sup>1045</sup> Auch kann eine „licence“ in Bezug auf das ganze oder nur auf einen Teil des Urheberrechts eingeräumt werden.<sup>1046</sup> Die Einräumung erfolgt regelmäßig ausdrücklich, allerdings kann diese auch als „implied term“ erfolgen.<sup>1047</sup> Der Lizenznehmer entrichtet eine Lizenzgebühr in Form<sup>1048</sup> einer einmaligen oder regelmäßig wiederkehrenden Zahlung.<sup>1049</sup> Eine „licence“ beinhaltet unterschiedliche „licence terms“<sup>1050</sup> und ist regelmäßig – entsprechend ausdrücklicher Regelung – nicht übertragbar.<sup>1051</sup> Im Unterschied zum „assignment“ ist eine „licence“ grundsätzlich widerruflich.<sup>1052</sup> Zudem kann nur der Rechtsinhaber des Urheberrechts diese gegen Dritte durchsetzen.<sup>1053</sup> „Licences“ können ausschließlich („exclusive licence“ gemäß

---

1043 In diese Richtung Bainbridge, *Intellectual Property*, 234; Burnett, 33; Fell/Antell/Exell/Picton/Roberts-Walsh/Townsend, 136 f. Eine „licence“ hat auch für den Rechtsnachfolger des Rechtsinhabers eine bindende Wirkung, außer im Fall von Gutgläubigkeit des Erwerbers in Bezug auf Nichtbestehen der „licence“; Sec. 90 Abs. 4 CDPA 1988; auch Flint/Fitzpatrick/Thorne, 188; Saxby, Rn. 6.212 (in früherer Auflage: 59. Ergänzungslieferung, 2010).

1044 Bainbridge, *Intellectual Property*, 234; Bond, 3; Brazell, 188; Brown/Kheria/Cornwell/Iljadica, Rn. 6.30; Burnett, 33; Colston, 427; Fell/Antell/Exell/Picton/Roberts-Walsh/Townsend, 136 f.; Flint/Fitzpatrick/Thorne, 188; McGuire, 519 ff. explizit von einer „dinglichen“ Wirkung abgrenzend. Eine solche ist im englischen Recht nicht vorgesehen.

1045 McGuire, 518.

1046 Bond, 101 zu den einzelnen Rechten für welche eine Lizenz eingeräumt werden kann.

1047 Bainbridge, *Software Licensing*, 86. Zur „implied licence“, 1. Teil § 3 E III. 2., 3.

1048 Bainbridge, *Intellectual Property*, 234, 236.

1049 Brazell, 188; Fell/Antell/Exell/Picton/Roberts-Walsh/Townsend, 136 f.

1050 Rowland/Kohl/Charlesworth, 503 zu den einzelnen typischen Lizenzbedingungen („licence terms“).

1051 Burnett, 36.

1052 Brazell, 188.

1053 Dies ist insbesondere ein Effekt des Grundsatzes „privity of contract“ im englischen Vertragsrecht. Letztlich können nur die Vertragsparteien einen Anspruch aus dem Vertrag durchsetzen bzw. verklagt werden, Flint/Fitzpatrick/Thorne, 189.

Sec. 90 Abs.1 CDPA 1988)<sup>1054</sup> oder nicht-ausschließlich sein.<sup>1055</sup> Der Inhaber einer ausschließlichen Lizenz ist – außer gegenüber dem Rechtsinhaber – Dritten gegenüber der Position, welche nach einem „assignment“ vorliegt, gleichgestellt.<sup>1056</sup> Die Einräumung einer ausschließlichen Lizenz aller übertragbaren Rechte kommt im Ergebnis einer Übertragung der Inhaberschaft („ownership“) gleich.<sup>1057</sup> Die Schriftform – gleich einem „assignment“ – findet auf eine „exclusive licence“ Anwendung gemäß Sec. 92 Abs.1 CDPA 1988.

## 2. Dauerhafte Überlassung von Standardsoftware als „licence“

Verträge über die dauerhafte Überlassung von Standardsoftware werden zum Teil als immaterialgüterrechtliche Verträge angesehen, denn die Nutzung von Software stellt gemäß Sec. 17 Abs.6 CDPA 1988 eine urheberrechtlich relevante Handlung dar.<sup>1058</sup> Neben der Nutzungsrechtseinräumung bestünden noch weitere Nebenleistungspflichten.<sup>1059</sup> Die vertraglich geschuldeten Leistungen seien regelmäßig die Zurverfügungstellung der Software, die Lieferung an den Nutzer, die Einräumung eines Nutzungsrechts entsprechend den Lizenzbedingungen sowie teils auch Beratungsleistungen in Bezug auf die Nutzung.<sup>1060</sup> Verdeutlicht werden die nebeneinander bestehenden Leistungspflichten mit folgendem Beispiel: Werde

---

1054 Ein Sonderfall der ausschließlichen Lizenz ist die „sole licence“. Bei dieser darf der Rechtsinhaber des Urheberrechts – in Konkurrenz zum Lizenznehmer – selbst das Immaterialgüterrecht gleich dem Lizenznehmer verwerten, Bainbridge, Software Licensing, 86; Brazell, 193 f.; McGuire, 519. Andernfalls ist bei einer ausschließlichen Lizenz auch der Rechtsinhaber von der Vornahme der lizenzierten Handlung ausgeschlossen, Bainbridge, Software Licensing, 86.

1055 Bainbridge, Intellectual Property, 234; Brazell, 188; Brown/Kheria/Cornwell/Iljadica, Rn. 6.30; Fell/Antell/Exell/Picton/Roberts-Walsh/Townsend, 136 f.;

1056 Sec. 101 Abs. 1 CDPA 1988. Flint/Fitzpatrick/Thorne, 190; McGuire, 517.

1057 Bond, 101.

1058 Adams, JBL 2009, 4, 396; Bainbridge, Intellectual Property, 13 (in früherer Auflage: 9. Auflage, 2012); Bainbridge, Introduction to Information Technology Law, 302 f.; Bradgate, 36 ff.; Morgan/Burden, Legal Protection of Software, 153; Twigg-Flesner/Canavan, 8.

1059 Bainbridge, Software Licensing, 85; Guest, Rn. 1–077.

1060 Guest, Rn. 1–077 in diese Richtung; Fell/Antell/Exell/Picton/Roberts-Walsh/Townsend, 136 in diese Richtung; Morgan/Berry, 131 f. Die Erstellung von Updates in Bezug auf das überlassene Programm gehöre regelmäßig nicht zur Leistungspflicht der Softwareüberlassung, sondern werde in einem Support- bzw. Wartungsvertrag geregelt, 142.

Software als Softwarepaket in einem Geschäft erworben, dann könnten unproblematisch zwei Verträge erkannt werden. Diese wären ein Kaufvertrag zwischen dem Erwerber und dem Softwarehändler über das Softwarepaket<sup>1061</sup> und eine „licence“ zwischen dem Erwerber und dem Softwareanbieter.<sup>1062</sup> Liege ein technischer Mangel an dem Datenträger oder dem Begleitmaterial (also allen körperlichen Gegenständen) vor, so hafte der Softwarehändler nach dem Leistungsstörungenrecht des „SoGA 1979“<sup>1063</sup> hingegen der Softwareanbieter hafte allein aus der immaterialgüterrechtlichen Lizenz. Auch die Online-Übertragung von Software sei ein Vertrag mit zwei Elementen. Zum einen umfasse dieser die Überlassung und Funktionsfähigkeit der Software, zum anderen die „licence“ zur Nutzung der Software.<sup>1064</sup> Bei der Softwareüberlassung auf einem Datenträger werde letzterer verkauft, die den Vertragswert bildende Software jedoch lizenziert.<sup>1065</sup>

Die Inhaberschaft an den an der Software bestehenden Immaterialgüterrechten verbleibe beim Softwareanbieter und es erfolge keine Rechtsübertragung in Form eines „assignment“ („transfer of property“),<sup>1066</sup> außer dies

---

1061 Bainbridge, *Introduction to Information Technology Law*, 226 in diese Richtung; Bainbridge, *Software Licensing*, 177; Interview geführt mit Hamish Sandison, Fieldfisher LLP, 05. April 2013, Transkription von Fabian Hafenträger. Teilweise wird auch von dem Kauf des körperlichen Werkstücks („physical copy“) gesprochen, wenn der Kaufvertrag neben der „licence“ beschrieben werden soll, Green/Saidov, *JBL* 2007, 161, 175 f. Es stellt sich die Frage, inwieweit ein Werkstück der Software oder nur der Datenträger, auf welchem die Software verkörpert ist, Gegenstand des Kaufvertrages ist.

1062 Bainbridge, *Software Licensing*, 92, 177.

1063 Bainbridge, *Introduction to Information Technology Law*, 302.

1064 Masadeh, *M.J.L.S.* 2005, 9 (1/2), 43, 52. Auch auf die Übermittlung sei der „SoGA 1979“ anzuwenden, Interview geführt mit Hamish Sandison, Fieldfisher LLP, 05. April 2013, Transkription von Fabian Hafenträger. Teils wird bei einem Download auch allein eine „licence“ erkannt, Bainbridge, *Introduction to Information Technology Law*, 300.

1065 Twigg-Flesner/Canavan, 48.

1066 „The Mayor and Burgesses of the London Borough of Southwark v. IBM UK Ltd.“, *EWHC*, 17. März 2011, (2011) *EWHC* 549 (TCC), Rn. 95 in diese Richtung. Werden hingegen – im Gegensatz zu einer licence – alle Rechte übertragen, so kann für Richter Akenhead unter Befürwortung der Sacheigenschaft von Software (verbunden mit einem Datenträger) ein Kauf erkannt werden. Aus dem Zusammenhang – insbesondere den Ausführungen in Rn. 95 – geht hervor, dass Richter Akenhead die Rechtsposition des Immaterialgüterrechts betrachtet, also der „title“ (Rechtsinhaberschaft) übertragen werden müsse, Rn. 95 ff., 97. Dies ist bei der Überlassung von Standardsoftware aber in der Regel nicht der Fall. Bond, 168 ff.; Morgan/Burden, 155 f. Im Falle einer „single software licence“ ohne Datenträger,

werde ausdrücklich geregelt.<sup>1067</sup> Regelmäßig werde ausdrücklich eine einfache und widerrufliche Lizenz eingeräumt.<sup>1068</sup> Die vorgesehene Nutzungsdauer könne zeitlich unbegrenzt oder begrenzt sein. Im ersten Fall erfolge üblicherweise eine Einmalzahlung, im letzteren eine regelmäßige Leistung von Lizenzgebühren.<sup>1069</sup> Zudem beinhalte der Vertrag meist eingangs zahlreiche Definitionen,<sup>1070</sup> Klauseln zur Dauer und zur Beendigung des Vertrages<sup>1071</sup> und erlaubte und verbotene Nutzungen der Software würden explizit beschrieben.<sup>1072</sup> Dazu werde ein Gewährleistungsrecht ausformuliert, welches einer Inhaltskontrolle des „UCTA 1977“ standhalten müsse.<sup>1073</sup>

Ein Gerichtsurteil, welches die schuldrechtliche Einordnung als Lizenz („licence“) befürwortet, ist die „Horace Holman Group Ltd. v. Sherwood

---

Morgan/Burden, 140. Erfolge aber ein „assignment“, so könne der Besteller die Software auch nach seinem Belieben optimieren bzw. anpassen, Saxby, Rn. 6.209 (in früherer Auflage: 59. Ergänzungslieferung, 2010), aber auch übertragen bzw. deren Nutzung kontrollieren, Rowland/Kohl/Charlesworth, 500 f.

1067 Burnett, 35.

1068 Bond, 168 ff.; Fell/Antell/Exell/Picton/Roberts-Walsh/Townsend, 137; Morgan/Burden, 139; Saxby, Rn. 6.212 (in früherer Auflage: 59. Ergänzungslieferung, 2010).

1069 Morgan/Berry, 132.

1070 Bainbridge, Software Licensing, 184 ff. darauf hinweisend, dass solche Verträge meist den Titel „licence agreement“ haben. Eine solche „licence“ umfasse regelmäßig nur den „object code“, ein Zugriff auf den „source code“ sei nur unter Einbeziehung eines eigenen Treuhandvertrages möglich. Denn der Lizenzgeber habe grundsätzlich die Absicht, den „source code“ und somit die Information des Programmes geheim zu halten. Allerdings sei die Anwendung solcher Treuhandverträge von der Verhandlungsstärke der Parteien abhängig, Rowland/Kohl/Charlesworth, 504 f. (dort auch noch weitere Beispiele – auch unter Bezugnahme auf Rechtsprechung – unter welchen Umständen eine Nutzung des Quellcodes durch den Lizenznehmer zulässig sein könne).

1071 Bainbridge, Software Licensing, 184 ff., 188 klarstellend, dass, wenn eine Einmalzahlung erfolgt, die Dauer regelmäßig gleichlaufend mit der Dauer des Urheberrechtsschutzes ist.

1072 Meist werde die Software nur für einen einzelnen Computer lizenziert. Es gebe aber auch Lizenzen für alle Computer eines Nutzers oder für eine gewisse Anzahl an Nutzern. Bei Lizenzen für Unternehmen könnten auch sogenannte Unternehmenslizenzen („enterprise licences“, Fell/Antell/Exell/Picton/Roberts-Walsh/Townsend, 43) bzw. Lizenzen für die tatsächlich an einem Ort bestehenden Computer („site licences“, Fell/Antell/Exell/Picton/Roberts-Walsh/Townsend, 42), an welchen die Softwarenutzung gestattet werden soll, bestehen. Lizenzen könnten sich auch an der erlaubten Nutzeranzahl (seat licences, 42 f.), orientieren, Morgan/Burden, 130 f.

1073 Bainbridge, Software Licensing, 189.

International Group Ltd.“-Entscheidung.<sup>1074</sup> Richter Havery am „High Court of Justice“ führte aus, dass Software entsprechend der vertraglichen Beschreibung als „Computerprogramm in Form eines maschinell lesbaren Objektcodes“ anzusehen ist. In dem Urteil wird eine Lizenz zur Nutzung der Software eingeräumt.<sup>1075</sup>

#### IV. Vertrag Sui-Generis: „sui-generis contract“

Die schuldrechtliche Einordnung der dauerhaften Überlassung von Standardsoftware als Vertrag Sui-Generis erfolgte nicht im englischen Recht, sondern in einer schottischen Gerichtsentscheidung („Beta Computers (Europe) Ltd. v. Adobe Systems (Europe) Ltd.“).<sup>1076</sup> Dabei ist zu beachten, dass schottisches Recht dem „civil law“ angenähert ist. Der „SoGA 1979“ wurde nicht angewandt und die Anerkennung von Software als „good“ aus der „St. Albans City & District Council v. International Computers Ltd.“-Entscheidung kritisiert. Richter Penrose führte aus, dass der „sui generis contract“ zwar nominatvertragliche Elemente beinhaltet, aber nicht gänzlich als ein solcher anzusehen ist. Im Einzelnen bestehe der Vertrag aus kauf- und lizenzvertraglichen Elementen. Es sei zu beachten, dass die Leistungspflicht zum einen die Verschaffung des Datenträgers und zum anderen das Nutzungsrecht der Software umfasse. Das Medium, auf welchem

---

1074 „Horace Holman Group Ltd. v. Sherwood International Group Ltd.“, EWHC, 12. April 2000, (2000) WL 491372 (in der zweiten Instanz: EWCA, 07. Februar 2002, (2002) EWCA Civ 170 ff.). Diese Entscheidung handelte von dem Erwerb eines „computer systems“ (tatsächlich handelt es sich um Versicherungssoftware, gespeichert auf einem Datenträger) durch einen Versicherungsmakler. Die Software funktionierte beim Besteller nicht ordnungsgemäß. Von Relevanz war in diesem Fall der Umfang des Schadensersatzes, nachdem der Kläger eine andere Software verwendete.

1075 Weiter legte er sich fest, dass eine Klassifizierung als „sale“ oder „supply of goods“ abzulehnen ist, „Horace Holman Group Ltd. v. Sherwood International Group Ltd.“, EWHC, 12. April 2000, (2000) WL 491372.

1076 „Beta Computers (Europe) Ltd. v. Adobe Systems (Europe) Ltd.“, „Outer House“, 14. Dezember 1995, (1996) S.L.T. 604 ff. In dieser Entscheidung bestellte ein Unternehmen Standardsoftware, um die bestehende schon beim Besteller vorhandene Software upzugraden/upzudaten. Diese neuen Softwareupdates waren mit einer Shrink-Wrap-Licence versehen. Die nicht geöffnete Software wurde schließlich vom Besteller zurückgegeben, der Softwarehändler („supplier“) forderte allerdings die Zahlung des Preises. Er habe wie bestellt geliefert und die Lizenzbedingungen des Urheberrechtsinhabers an der Software seien für den mit dem Besteller geschlossenen Vertrag nicht von Relevanz. Bridge, Rn. 2.25 das Urteil befürwortend.

die Software übertragen werde, sei hierfür nicht relevant. Dies ist als Kritik an der Einordnung als „sale“ zu interpretieren. Er führte weiter aus, dass eine kaufrechtliche Einordnung des Vertrages das dominierende Interesse der Parteien, nämlich das Nutzungsrecht an der Software, dem Trägermedium als Gegenstand des Kaufvertrages unterordnen würde.<sup>1077</sup> Letztlich ist dieser Ansatz dem der Lizenz („licence“) sehr ähnlich. Wird bei einer solchen der Sachverhalt aufgeteilt, dann erfolgt eine mit dem beide Vertragsteile umfassenden Vertrag Sui-Generis gleichlaufende Betrachtung. Da tatsächlich nur ein Vertrag geschlossen wird, wird von Einzelnen der Weg über den Vertrag Sui-Generis befürwortet.<sup>1078</sup>

#### V. Bereitstellung digitaler Inhalte: „supply of digital content“

Das Inkrafttreten des „CRA 2015“ war eine bedeutende Weichenstellung im englischen Zivilrecht, denn durch diese wurden Verbraucherverträge dem persönlichen Anwendungsbereich des „SoGA 1979“ und des „SGSA 1982“ grundsätzlich entzogen,<sup>1079</sup> jedoch bleiben Regelungen des „SoGA 1979“ wie beispielsweise solche bezüglich des Eigentumsübergangs auch auf Verbraucherverträge anwendbar.<sup>1080</sup> Die Regelungen über digitale Inhalte entsprechen im Wesentlichen denen des „Supply of Goods“.<sup>1081</sup> Zudem gehen die Regelungen des „Unfair Terms in Consumer Contracts Act 1977“ im „CRA 2015“ auf.<sup>1082</sup> Der „CRA 2015“ kann als ein Vorreiter der Digitale-Inhalte-Richtlinie (EU) 2019/770 bezeichnet werden, welche letztlich in England nicht mehr umgesetzt wurde.<sup>1083</sup>

Der persönliche Anwendungsbereich der hier im Fokus stehenden Regelungen zur Bereitstellung digitaler Inhalte umfasst gemäß Sec. 1 Abs. 1 CRA 2015 Verträge zwischen Verbrauchern und Unternehmern („trader“). Sec. 33 CRA 2015 definiert den sachlichen Anwendungsbereich von Verträgen über die Bereitstellung digitaler Inhalte („contract to supply

---

1077 „Beta Computers (Europe) Ltd. v. Adobe Systems (Europe) Ltd.“, „Outer House“, 14. Dezember 1995, (1996) S.L.T. 604, 608 f.

1078 Masadeh, M.J.L.S. 2005, 9 (1/2), 43, 49 ff.; Thomas IRLTC, 2012, 26 (2/3), 165, 166.

1079 O’Sullivan, Rn. 8.53; Twigg-Flesner/Canavan, 469, 492.

1080 Quinn, 329 in diese Richtung; Twigg-Flesner/Canavan, 470 f.

1081 Quinn, 337; Twigg-Flesner/Canavan, 493, darauf hinweisend, dass Sec. 34 CRA 2015 auch für „digital content“ eine „satisfactory quality“ als „implied term“ vorsieht.

1082 Quinn, 329.

1083 Föhlisch, in: BeckOK IT-Recht, § 327 BGB, Rn. 12.

digital content“). Gemäß Sec. 1 Abs.1 CRA 2015 umfasst dieser „einen Vertrag eines Unternehmers über die Bereitstellung digitaler Inhalte an einen Verbraucher, wenn diese zu einem vom Verbraucher gezahlten Preis bereitgestellt werden oder bereitgestellt werden sollen“. Sec. 2 Abs.9 CRA definiert „digital content“ als Daten, die in digitaler Form erstellt und bereitgestellt werden. Dies entspricht dem Wortlaut nach der später verabschiedeten Definition von Digitalen Inhalten in Art.1 Abs.1 Digitale-Inhalte-Richtlinie (EU) 2019/770. Die Aufnahme von digitalen Inhalten wird damit begründet, dass an diesen, wie bei Software, keine Eigentumsübertragung an einer Sache erfolgen könne, sondern die Einräumung einer urheberrechtlichen Lizenz geschuldet sei. Daher habe der Sachbegriff nicht einfach auf digitale Inhalte ausgeweitet werden können.<sup>1084</sup> Es erfolgt auch keine Unterscheidung danach, ob der digitale Inhalt digital oder auf einem Datenträger übermittelt wird, auch wenn der Kaufvertrag, welcher bei der Übermittlung auf einem Datenträger bezüglich diesem als körperlicher Gegenstand zur Anwendung kommt, separat geregelt ist. Dem Nutzer stehen in diesem Fall jedenfalls im Wesentlichen identische Gewährleistungsrechte zu.<sup>1085</sup>

„Digital content“ umfasst Software.<sup>1086</sup> Erfolgt als Gegenleistung die Zahlung eines Preises, so kann die dauerhafte Überlassung von Standardsoftware unter Sec. 1 Abs.1 CRA 2015 subsumiert werden und stellt einen „contract for a trader to supply digital content to a consumer“ dar. Erfolgt die Überlassung auf einem Datenträger, so ist dieser als Sache („good“) gemäß Sec. 1 Abs. 8 CRA 2015 anzusehen, welcher Gegenstand eines „contract for a trader to supply goods to a consumer“ gemäß Sec. 3 Abs.1 CRA 2015 sein kann und gemäß Sec. 3 Abs.2 lit. a) CRA 2015 einen Kaufvertrag („sales contract“) miteinschließt. Im Ergebnis stellt die dauerhafte Überlassung von Standardsoftware von einem Unternehmer an einen Verbraucher einen „supply of digital content“ gemäß Sec. 33 Abs.1 CRA 2015 dar. Die Subsumtion von Software unter den Terminus des „digital content“ im „CRA 2015“ hat jedoch keine Implikation auf Nicht-Verbraucherverträge und somit auf die Subsumtion von Software unter den „SoGA 1979“. Die zu diesem ergangene Rechtsprechung gilt fort.<sup>1087</sup>

---

1084 Rowland/Kohl/Charlesworth, 499.

1085 Quinn, 330; Rowland/Kohl/Charlesworth, 499.

1086 Guest, Rn. 1–086; Rowland/Kohl/Charlesworth, 498.

1087 Bridge, Rn. 2.23; Rowland/Kohl/Charlesworth, 490 dies grundsätzlich so ansehend; Twigg-Flesner/Canavan, 48.

## VI. Zusammenfassung

Für die schuldrechtliche Einordnung der dauerhaften Überlassung von Standardsoftware werden im englischen Recht zum Teil kaufrechtliche Lösungen vorgeschlagen. Hierbei soll entweder Software, welche auf einem Datenträger gespeichert ist (Software mit Datenträger), oder auch die Software an sich bzw. diese aufgrund einer funktionalen Auslegung (Gesamtbeurteilung) des Terminus „good“ als Vertragsgegenstand in Frage kommen. Teils wird allein aus Wertungsgründen das Kaufrecht angewandt. Von anderen wird eine immaterialgüterrechtliche Vertragskonstellation bevorzugt. Dementsprechend liege eine „licence“ vor, welche von einem Vertrag über einen Datenträger begleitet sein könne. Andere schlagen wiederum einen Vertrag Sui-Generis vor, welcher der lizenzvertraglichen Lösung ähnlich ist.

## E. Vergleichende Betrachtung und Bewertung

### I. Kaufvertrag

Im folgenden Teil werden Kaufverträge aus drei verschiedenen nationalen Rechtsordnungen verglichen, welche selbstredend jeweils unterschiedliche Ausprägungen haben. Allerdings sind einzelne gesetzliche Merkmale all diesen Verträgen gemein. Der EuGH beschreibt einen Kaufvertrag für das EU-Recht nach einer für ihn „allgemein anerkannten Definition“ als „eine Vereinbarung, nach der eine Person ihre Eigentumsrechte an einem ihr gehörenden körperlichen oder nichtkörperlichen Gegenstand gegen Zahlung eines Entgelts an eine andere Person abtritt.“<sup>1088</sup>

#### 1. Sachkauf

Bei einem Sachkauf bestehen mehrere gesetzliche Merkmale. Es muss eine Sache, „choses“ bzw. „goods“ vorliegen und ein Eigentumsübergang an dieser sowie eine Kaufpreiszahlung haben zu erfolgen.

---

1088 EuGH, Urteil v. 03. Juli 2012 – C 128/11 („UsedSoft v. Oracle“), NJW 2012, 2565 ff., Rn. 42.

a) Software als Sache

(1) Software an sich (Deutschland, England)

Erfolgt in Deutschland eine Betrachtung von Software an sich ohne jegliche Hardware, treten folgende Problemkreise auf: Wie in der Literatur zutreffend beschrieben fehlt es Software an abgrenzbarer Körperlichkeit,<sup>1089</sup> denn diese stellt ein rein geistiges Werk<sup>1090</sup> bzw. eine geistige Leistung<sup>1091</sup>, digitales<sup>1092</sup> oder geistiges<sup>1093</sup> Gut, technisches Produkt<sup>1094</sup> bzw. Daten<sup>1095</sup> dar und ist nicht anfassbar.<sup>1096</sup> Auch bei einer Änderung eines Computerprogramms erfolgt keine Änderung von etwas Körperlichem.<sup>1097</sup> Zudem wird Software auch in anderen Rechtsbereichen nicht als Sache angesehen. So ist im Falle einer Sicherungsübereignung von Software unbestritten das Nutzungsrecht Gegenstand einer solchen und keine körperliche Sache, an welcher ein Eigentumsrecht bestehen kann. An Software findet keine Sachpfändung statt.<sup>1098</sup> Auch stand in dem vom BGH entschiedenen Fall, in welchem dieser sich zur „Software an sich“ äußerte, mit dem Abzahlungsgesetz ein Gesetz, welches Sachverhalte des Finanzierungskaufs bzw. des Zahlungsaufschubs bei Kaufverträgen von Verbrauchern über bewegliche Sachen regelte, eine verbraucherschutzrechtliche Norm im Mittelpunkt. Sehr wohl kann aus einer solchen rein verbraucherschutzrechtlichen Perspektive eine Gleichstellung von Software auf einem Datenträger mit mittels eines Down-

---

1089 Heydn, CR 2010, 765, 769; Stresemann, in: MüKo, § 90 BGB, Rn. 25.

1090 Lejeune, in: Ullrich/Lejeune, Teil 1, Rn. 280; Redeker, NJW 1992, 1739, 1740 in diese Richtung in seinen Ausführungen das Urheberrecht bewusst ausklammernd, denn zum damaligen Zeitpunkt bestand auch nur unter den strengen Anforderungen des allgemeinen Urheberrechts an die Schöpfungshöhe Urheberrechtsschutz für Software. Hierzu 1. Teil § 3 A.

1091 Fritzsche, in: BeckOK BGB, § 90 BGB, Rn. 27.

1092 Fritzsche, in: BeckOK BGB, § 90 BGB, Rn. 26 f.; Stresemann, in: MüKo, § 90 BGB, Rn. 25 mit Verweis auf BGH, Urteil v. 04. November 1987 – VIII ZR 314/86, NJW 1988, 406, 407 in welchem der BGH auch diese Gedanken anstrebte, sie letztlich aber nicht weiterverfolgte, da er eine zumindest entsprechende Anwendung der Normen des Sachkaufs befürwortete.

1093 Stieper, in: Staudinger, § 90 BGB, Rn. 12.

1094 Bartsch, CR 2010, 553, 557.

1095 Metzger, AcP, Bd. 204, 2004, 231, 248,

1096 Dreier/Vogel, 118 beschreibend; Heydn, CR 2010, 765, 769; Metzger, AcP, Bd. 204, 2004, 231, 248.

1097 Heydn, CR 2010, 765, 769 darauf verweisend.

1098 BGH, Urteil v. 20. Januar 1994 – I ZR 267/91, NJW 1994, 1216, 1217.

loads überlassener Software erfolgen, welche aber nicht zwingend für das Kaufrecht bzw. generell das Schuldrecht zu gelten hat. Die Einordnung von Software ohne jegliche Hardware als Sache ist abzulehnen,<sup>1099</sup> was sich heute auch in den jüngst eingeführten §§ 327 ff. BGB zeigt, welche besondere Regelungen für Verträge über digitale Inhalte enthalten. Gleiches gilt für § 453 Abs. 1 S. 2 BGB, der den Verbraucherkaufvertrag über digitale Inhalte als eigenständigen Vertrag neben dem originären Verbrauchsgüterkauf, welcher Waren und somit Sachen zum Gegenstand hat, normiert.<sup>1100</sup> In der Richtlinie (EU) 2019/770 sowie im deutschen Umsetzungsgesetz erfolgt somit jeweils eine ausdrückliche Abgrenzung zu Sachen, welche Gegenstand von Kaufverträgen sein können.<sup>1101</sup>

Ausführungen zur Software an sich als „good“ erfolgen auch im englischen Recht. Zuzustimmen ist, dass Software an sich „other than things in action“ ist, denn die Software bzw. ein einzelnes Softwareexemplar selbst stellen kein Immaterialgüterrecht dar, sondern sind allenfalls durch ein solches geschützt. Problematischer hingegen ist das gesetzliche Merkmal des „körperlichen Gegenstands“. Software soll ein „Mehr“ als Information sein, denn sie könne auf Computerhardware „Effekte“ auslösen, worin eine Begründung für die Qualifikation als körperlicher Gegenstand gesehen wird. Allerdings wird hierbei ein zweiter Gegenstand, namentlich die Computerhardware, auf der die Software abläuft, ins Spiel gebracht. Dieser stellt jedoch nicht die Software an sich dar und kann somit nicht für die Subsumtion unter das Merkmal des „personal chattel“ herangezogen werden. Ein anderer Anknüpfungspunkt ist nicht ersichtlich. Folglich geht dieser Ansatz auch im englischen Recht fehl, denn das gesetzliche Merkmal des körperlichen Gegenstands („personal chattel“) ist bei Software an sich nicht erfüllt. Obenstehende Ausführungen zur Richtlinie (EU) 2019/770 gelten entsprechend bezüglich des englischen „CRA 2015“.

---

1099 Ellenberger, in: Grüneberg, § 90 BGB, Rn. 2; Fritzsche, in: BeckOK BGB, § 90 BGB, Rn. 27 f.; Stieper, in: Staudinger, § 90 BGB, Rn. 12; Redeker, NJW 1992, 1739; Redeker, CR 2004, 89 f. in diese Richtung; Stresemann, in: MüKo, § 90 BGB, Rn. 25.

1100 Fritzsche, in: BeckOK BGB, § 90 BGB, Rn. 26 f.

1101 Redeker, Rn. 286 auf diesen ausdrücklichen gesetzgeberischen Willen hinweisend.

(2) Software mit Datenträger (Deutschland, England)

Es erfolgen Ausführungen zur Software mit einem Datenträger als Sache im Sinne des deutschen Kaufrechts bzw. als „good“ im Sinne des englischen „SoGA 1979“. Hierbei wird eine gemeinsame Betrachtung von Software und dem Datenträger, auf welchem diese verkörpert ist und Gegenstand des Rechtsverkehrs wird, vorgenommen. Während in Deutschland insbesondere festgestellt wird, dass auf einem Datenträger verkörperte Software eine Sache darstellt, wird im englischen Recht der Fokus mehr auf den Datenträger als „good“ gelegt. Die gemeinsame Betrachtung von Software und dem Datenträger ist wohl historisch bedingt und erschien zu ihrem Entstehungszeitpunkt ab Ende der 1980er zweckmäßig. Zum einen war zu dieser Zeit zahlreiche Software noch nicht urheberrechtlich geschützt,<sup>1102</sup> was dazu verleitete, immaterialgüterrechtliche Aspekte bei der rechtlichen Einordnung außen vor zu lassen. Zum anderen war Software stets mit dem Computer bzw. Computerhardware wie einem mobilen Datenträger fest verbunden.<sup>1103</sup> Inzwischen entwickelten sich insbesondere die Übertragungstechnologien weiter. Während früher eine damals sogenannte Datenfernübertragung von Software eine Ausnahme darstellte, gilt dies heute für die Überlassung von Software auf einem Datenträger. Bei einem Download findet keine Übergabe eines spezifischen Datenträgers statt und es besteht keine feste Verbindung mehr zwischen der Software und einem solchen.<sup>1104</sup> Der Datenträger des Nutzers, auf welchem der Download erfolgt, kann auch nicht als Gegenstand des Kaufvertrages herangezogen werden, denn dieser ist bereits im Eigentum des Nutzers. Es ist im deutschen Recht bei dem Sachbegriff des § 90 BGB zu differenzieren zwischen der Software und dem – oft nicht mehr existentem – Datenträger,<sup>1105</sup> von dem sich die Software im Rechtsverkehr unterscheidet. In den einschlägigen Urteilen in Deutschland und England wurde festgehalten, dass, sobald ein solcher Datenträger als Anknüpfungspunkt fehlt, die Einordnung der Software mit

---

1102 Marly, Rn. 68, darauf hinweisend, dass die Anforderungen an einen urheberrechtlichen Schutz von Software in Deutschland erst im Jahr 1993 mit der Umsetzung der Richtlinie 91/250/EWG herabgesetzt wurden. Hierzu I. Teil § 3 A.

1103 Eine Übermittlung via Kabel oder ohne Kabel stellte technisch – soweit überhaupt schon möglich – die Ausnahme dar.

1104 Bräutigam/Rücker, CR 2006, 361, 364 darauf verweisend; Lucas/Devèze/Frayssinet, Rn. 816 in diese Richtung; Müller-Hengstenberg, CR 2004, 161, 164.

1105 Diedrich, CR 2002, 473, 475.

einem Datenträger als Sache nicht aufrechterhalten werden kann.<sup>1106</sup> Somit zeigt insbesondere die digitale Übertragung, dass Software getrennt von einem etwaigen Datenträger zu betrachten ist und an dieser historischen Verbindung nicht mehr festgehalten werden kann.<sup>1107</sup> Allein der Datenträger erfüllt die Tatbestandsmerkmale einer Sache.<sup>1108</sup>

---

1106 Bräutigam/Rücker, CR 2006, 361, 364 in diese Richtung; Collart Dutilleul/Delebecque, Rn. 115 zum Beispiel auf ein Buch oder eine CD verweisend, bei welchen ein solches Anknüpfen noch möglich erscheint; Hilty, Urheberrecht, Rn. 686 ff. auch auf die historische Verbindung von Software mit einem Datenträger verweisend, welche heute jedoch nicht mehr besteht; Niranjan, JBL 2009, 8, 799, 806; Redeker, Rn. 283; Rowland/Kohl/Charlesworth, 493 f.

1107 Müller-Hengstenberg, CR 2004, 161, 164; a.A. Marly, Rn. 693 die Sachqualität befürwortend und unter Verweis auf BGH-Rechtsprechung die Diskussion über die Sachqualität von Software für einen „unvoreingenommenen Leser“ als beendet ansehend. Die Anwendung von Normen des Kaufrechts auf die Funktionsweise der Software wird teils aber auch von der Rechtsfolgenseite her kritisiert. Wäre stets das Kaufrecht anzuwenden, so würde eine Gleichstellung von Funktionsfähigkeit (rein technisch/Programmierung) und der Funktionsweise (Art und Weise der hinter dem Programm stehenden Gedanken/Inhalt der Software) erfolgen. Dies stünde im Widerspruch zu beispielsweise einem Buch. Im englischen Recht sei bei einem Buch die Haftung in Bezug auf den Inhalt (also bei Software die Funktionsweise), wenn überhaupt, auf „verkehrsübliche Sorgfalt“ („due care“) eines Servicevertrages begrenzt und unterliege nicht dem Kaufrecht, Bridge, Rn. 2.24. Im deutschen Recht kann nichts anderes gelten. Würde der Text des Buches zur Sache und somit Gegenstand des Sachkaufs werden, so hätte zum Beispiel bei einem fehlerhaften Kochrezept das Kochbuch einen Sachmangel. Dies kann nicht gewollt sein. In der Literatur wird hinsichtlich der Funktionsweise auch auf einen defekten Datenträger verwiesen. So könne ein solcher zwar auch die Funktionsweise der Software beeinträchtigen, allerdings sei dies eher mit defektem Verpackungsmaterial bei der Lieferung eines herkömmlichen Gegenstands vergleichbar oder mit einer fehlenden Seite eines Buches, Masadeh, M.J.L.S. 2005, 9 (1/2), 43, 48 f. in diese Richtung. Der Begriff des Verpackungsmaterials geht wohl etwas zu kurz, spielt beim Erwerb von Software auf einem Datenträger ein solcher eine andere Rolle als der Verpackungskarton beim Kauf eines Fernsehers. Der Datenträger ist in einer wesentlichen Art und Weise mit der Software verbunden. Inhaltlich ist Masadeh jedoch zuzustimmen, denn der Datenträger ist unabhängig von dem digitalen Werk der Software. Aus dogmatischen Gründen wird kritisiert, dass der Datenträger, welcher ein „good“ darstellt, auf die Software hinsichtlich der Leistungspflichten abfärbt, aber in Bezug auf die Software selbst eigentlich nicht von Bedeutung ist, Marsoof, Int. J. Law Inf. Technol. 2012, 20 (4), 291, Rn. 3.3. Dem ist aus vorgenannten Gründen zuzustimmen.

1108 Fritzsche, in: BeckOK BGB, § 90 BGB, Rn. 27 f.

### (3) Immanente Verkörperung von Software (Deutschland)

Diese Ansicht wurde vom BGH in der „ASP“-Entscheidung vertreten und basiert auf dem Gedanken, dass Software, um nutzbar zu sein, stets auf einem Datenträger verkörpert sein muss. Diese der Software immanente Verkörperung soll ihre Eigenschaft als Sache begründen. Somit sah der BGH in Software nicht mehr eine spezifische Sache als Gegenstand des Rechtsverkehrs an, denn es fehlt bei der Online-Nutzung oder bei einem Download an einer solchen. Im Falle eines Downloads tritt mit der Speicherung der Software beim Nutzer eine neue Verkörperung ein.<sup>1109</sup> Daneben ist die Software vor und nach dem Download auf dem Server des Anbieters gespeichert und somit auch verkörpert.

Dem BGH ist insoweit zuzustimmen, dass aus faktischer Perspektive Software eine Verkörperung immanent zu sein scheint. Der BGH untermauerte diese These mit einem Vergleich von Software mit einem Buch. Bei beiden liege eine verkörperte geistige Leistung vor. Letztlich zeigt dieser Vergleich aber, dass in unterschiedlichen Kategorien gedacht wird. Ein mit einem Text beschriebenes Buch ist eine Sache – wie auch ein leeres Buch. Aber der Text wird durch seinen Druck ins Buch nicht zu einer Sache, denn einem Sprachwerk ist seine Verkörperung nicht immanent.<sup>1110</sup> Sehr wohl kann ein Text auch nur mündlich vorgetragen und überliefert werden. Allein aufgrund mangelnder menschlicher Fähigkeiten und selbstredend der Praktikabilität wegen werden keine langen Texte durch „Hörensagen“ weitergegeben, sondern in niedergeschriebener Form. Software ist aufgrund ihrer Komplexität niederschreiben. Sie wird für den Computer lesbar auf Hardware gespeichert. Jedoch stellt Software einen in Programmiersprache geschriebenen Text dar. Dieser könnte in der Theorie einem Computer auch vorgesprochen und von diesem mittels einer Spracherkennungssoftware erkannt und verarbeitet werden.

---

1109 Müller-Hengstenberg/Krcmar, CR 2002, 549, 550 darauf verweisend, dass es zumindest einer „irgendwie gearteten Verkörperung bedarf.“

1110 Bartsch, CR 2010, 553, 555 richtigweise erklärend, dass auch ein urheberrechtliches Sprachwerk wie ein Roman nur durch den Druck in einem Buch nicht zur Sache wird; Haberstumpf, NJOZ 2015, 793, 794 f. in eine ähnliche Richtung argumentierend, in dem er darstellt, dass einem Text eine Verkörperung nicht immanent ist. Vielmehr seien in der Geschichte der Menschheit die meiste Zeit Gedankeninhalte nicht verkörpert gewesen. Die „Schriftlichkeit“ sei „ein ganz junges kulturelles Phänomen.“

Außerdem erscheint es bei einem Download fraglich, ob die beim Anbieter gespeicherte Software nach dem Download beim Nutzer wieder zur selben bzw. zu einer weiteren Sache werden kann. Es würde somit eine Art Transformation der Software von einer Sache beim Anbieter zu einer Sache beim Nutzer stattfinden.<sup>1111</sup> Redeker führt hierzu aus, dass Software – wäre sie eine Sache – bei einem Download „gebeamt“ werden würde.<sup>1112</sup> Letztlich ist eine Trennung von Software als urheberrechtlich geschütztes Werk und dem Datenträger als Sache anzunehmen – wie es § 2 UrhG auch normiert.<sup>1113</sup> In der Literatur wird teils darauf verwiesen, dass heruntergeladene Software solcher, welche fest auf einem Datenträger gespeichert ist, funktionell entsprechen kann.<sup>1114</sup> Allerdings ist nicht die Software eine Sache, sondern allein der Datenträger.<sup>1115</sup> Selbst bei einer Betrachtung unter Heranziehung der abstrakt-notwendigen Verbindung der Software mit einem Datenträger, also der ihr immanenten Verkörperung, kann keine Sachqualität von Software erklärt werden.<sup>1116</sup>

#### (4) Einzelnes Softwareexemplar als „chose“ (Frankreich)

Im französischen Recht wird teils ein einzelnes Softwareexemplar als „choses“, an der Eigentum übertragen wird, beschrieben. Dieses vom Immaterialgüterrecht unabhängige Exemplar existiere auch bei einem Download. Allerdings stehen dem einige Argumente entgegen. Zum einen kann insbesondere auf vorangehende Ausführungen zur Software an sich und zur immanenten Verkörperung von Software verwiesen werden.<sup>1117</sup> Zum anderen überzeugt die Abgrenzung von jeglichen immaterialgüterrechtlichen Aspek-

---

1111 Bradgate, 40 f. in diese Richtung diesen Ansatz als fehlgehend kritisierend.

1112 Redeker, Rn. 283 bzw. die Einordnung als Sache kritisierend, Rn. 1129.

1113 Fritzsche, in: BeckOK BGB, § 90 BGB, Rn. 27 f. in diese Richtung.

1114 Von dem Bussche/Schelinski, in: Münchener Anwaltshandbuch IT-Recht, Teil 2.2, Rn. 35 eine pragmatische Art erkennend, in dem der BGH das wirtschaftliche Ziel in den Fokus rückt. Ein Grund, warum dieses Ziel ein Kaufvertrag ist, wird nicht erläutert und erschließt sich nicht.

1115 Hierzu 2. Teil § 1 E I. 1. a) (2).

1116 Bräutigam/Rücker, CR 2006, 364 in diese Richtung; Deckers, CR 2002, 900, 901; Lejeune, in: Ullrich/Lejeune, Teil 1, Rn. 280; Pres, CR 1994, 520; Stresemann, in: MüKo, § 90 BGB, Rn. 25.

1117 Hierzu 2. Teil § 1 E I. 1. a) (1), (3).

ten nicht.<sup>1118</sup> Wurde der urheberrechtliche Schutz von Software und die Tatsache, dass deren Nutzung eine urheberrechtlich relevante Handlung darstellt, zu welcher ein Softwarenutzer ein vertraglich eingeräumtes Nutzungsrecht erfordert,<sup>1119</sup> in den vorstehenden Ausführungen nicht besprochen, da schon jeweils eine Subsumtion unter den Sachbegriff scheiterte, so ist dies an dieser Stelle anders. Denn eine solche Trennung vom Immaterialgüterrecht ist integraler Bestandteil des einzelnen Softwareexemplars als „chose“. Es überrascht zum einen die Heranziehung des Art. L111–3 CPI durch Huet. Diese Norm trennt in gleicher Weise wie der deutsche § 44 UrhG das Eigentumsrecht am Werkstück vom Urheberrecht am Werk. Der Kauf eines Objektes wie einem Datenträger indiziert demnach keine immaterialgüterrechtliche Berechtigung wie beispielsweise ein Nutzungsrecht an der auf dem Träger gespeicherten Software.<sup>1120</sup> Abgesehen von der Frage, ob ein solches urheberrechtliches Werkstück zum Beispiel nach einem Download beim Nutzer überhaupt besteht, kann aus der Norm geschlossen werden, dass, wenn zum Beispiel urheberrechtliche Verwertungsrechte wie ein Vervielfältigungsrecht für die Nutzung der Software eingeräumt werden sollen, dies neben einer Eigentumsübertragung am Werkstück geschehen muss. Nach Huet sollen aber jegliche Immaterialgüterrechte von dem Vertrag ausgeschlossen sein und eine immaterialgüterrechtliche Berechtigung soll ausdrücklich nicht erfolgen. In der Folge würde der Erwerber zwar Eigentum an einem Werkstück erlangen, dürfte dieses jedoch nicht nutzen. Eine solche Lösung würde im Widerspruch zum Zweck von Softwareverträgen stehen, welche die Nutzung der Software ermöglichen sollen. Überdies wären immaterialgüterrechtliche Verwertungsrechte, welche bezüglich der Software bestehen, nicht zu erklären und ohne Relevanz. Dies ist mit dem bestehenden urheberrechtlichen Schutz von Software nicht vereinbar. In der Folge ist auch diese Rechtsansicht abzulehnen.

---

1118 Le Tourneau/Bloch/Guettier/Giudicelli/Julien/Krajewski/Poumarède, Rn. 3342.22 diese Meinung ablehnend aufgrund der Verkennung der immaterialgüterrechtlichen Aspekte dieses Vertrages.

1119 Zur Erforderlichkeit eines vertraglichen Nutzungsrechts I. Teil § 3 D, E, insbesondere III.

1120 Bertrand, Rn. 202.37 in diese Richtung; Lucas/Lucas-Schloetter/Bernault, Rn. 717; Warusfel, in: Lamy Droit du Numérique 2023, Rn. 1501. Hierzu auch Hilty, in: Harrer/Portmann/Zäch, 61, 70.

(5) Funktionale Auslegung (Gesamtbetrachtung) eines „good“ (England)

Die Vertreter dieser Ansicht fordern eine Gleichstellung von trägerlos übermittelter Software mit solcher, welche auf einem Datenträger überlassen wird. Da letztere ein „good“ sei, solle dies auch für erstere gelten. Allerdings stellt nicht die Software mit einem Datenträger ein „good“ dar, sondern nur der Datenträger.<sup>1121</sup> Folglich ist eine solche funktionale Auslegung des Terminus „good“ bzw. Gleichstellung von auf einem Datenträger überlassener Software mit solcher ohne Datenträger nicht überzeugend und es mangelt schon an der Prämisse für diesen Vergleich.

(6) Zusammenfassung

In sämtlichen Rechtsordnungen scheitern die Versuche, Software unter den Sachbegriff des Kaufrechts zu subsumieren.<sup>1122</sup>

b) Eigentumsübertragung

Ein weiteres Tatbestandsmerkmal eines Kaufvertrages ist die Eigentumsübertragung an der Kaufsache, unabhängig davon, ob diese ipso iure durch den Abschluss des Kaufvertrages oder mittels eines Verfügungsgeschäfts erfolgt. Allein die Frage, ob bei der dauerhaften Überlassung von Standardsoftware eine solche stattfindet, ist von Bedeutung. Eine Eigentumsübertragung wird im deutschen, französischen und englischen Recht von den Befürwortern einer kaufrechtlichen Einordnung nur zum Teil diskutiert. Auch die Rechtsprechung ist nicht einheitlich, teils auch widersprüchlich. Höchstgerichtlich wurde eine Eigentumsübertragung in Deutschland zum

---

1121 Hierzu 2. Teil § 1 E I. 1. a) (2).

1122 Bormann/Bormann, DB 1991, 2641, 2643 dies schon vor Inkrafttreten der Richtlinie 91/250/EWG erkennend; Hilty, CR 2012, 625, 636 f.; Lenhard, 26; Moritz, CR 1994, 257, 259 in Bezug auf die Rechtsprechung des BGH hinsichtlich der Einordnung von Software als Sache und den teils erfolgenden Verweisungen auf frühere Urteile von einem Redaktionsversehen ausgehend; Müller-Hengstenberg, NJW 1994, 3128, 3131; Schneider/Bischof, ITRB 2002, 273 f.; Thebalt, 45–48 ausführlich begründend; Warusfel, in: Lamy Droit du Numérique 2023, Rn. 1549 mit Verweis auf Lucas, André, „Le droit de l’informatique“, 1987, Rn. 442, der damals schon die Subsumtion unter das Kaufrecht hinterfragte.

Beispiel in vertragsrechtlichen Urteilen<sup>1123</sup> erkannt, in einem urheberrechtlichen<sup>1124</sup> jedoch verneint.

### (1) Sachenrechtlicher Ansatz

Für eine Eigentumsübertragung kommen mehrere Anknüpfungspunkte in Betracht. Wird Software auf einem Datenträger dauerhaft überlassen, wird dieser regelmäßig übereignet. Allerdings ist zu beachten, dass die Verkörperung der Software auf einem Datenträger für die Einordnung der Software als Sache und somit als Vertragsgegenstand nicht von Relevanz ist.<sup>1125</sup> Folglich kann der Datenträger auch in Bezug auf die Eigentumsübertragung nicht entscheidend sein.<sup>1126</sup> Zudem fehlt es im Falle eines Downloads an der Übereignung eines Datenträgers<sup>1127</sup> und ein weiterer Anknüpfungspunkt für einen Eigentumsübergang ist nicht ersichtlich.<sup>1128</sup> Eine für die Eigentumsübertragung zwingende Rechtsaufgabe findet nicht statt und auch die Anwendung der deutschen sachenrechtlichen Normen der Verbindung und Vermischung, §§ 947 ff. BGB würde bei unterschiedlichen Inhabern

---

1123 Zum Beispiel BGH, Urteil v. 14. Juli 1993 – VIII ZR 147/92, NJW 1993, 2436, 2438.

1124 BGH, Urteil v. 20. Januar 1994 – I ZR 267/91, NJW 1994, 1216 ff. Bei der Bewertung von urheberrechtlichen Urteilen werden in der Literatur insbesondere in Deutschland jegliche Äußerungen „auf die Goldwaage gelegt“, um an der Konstruktion des Kaufrechts festhalten zu können. So stellt Redeker bei der Diskussion, ob Software eine Sache ist, in Bezug auf genanntes Urteil zwar kritisch fest, dass im urheberrechtlichen Senat ein Eigentumsvorbehalt als eine urheberrechtliche Rechtseinräumung angesehen wurde, Redeker, Rn. 278. Wichtige Teile der Entscheidung bleiben jedoch unerwähnt. So führte der BGH in Bezug auf Softwareverträge zwar aus, dass dort regelmäßig von „Eigentumsübergang“ und „Übereignung“ die Rede ist. Das Gericht stellte aber fest, dass im Jahr 1976, als die entscheidungsrelevanten Verträge abgeschlossen wurden, die Verwendung der urheberrechtlichen Terminologie noch fehlerhaft erfolgte. Es sei davon die Rede, dass ein Programm einer Partei „gehöre“ und diese „Eigentümerin“ sei, obwohl nur ein urheberrechtliches Nutzungsrecht eingeräumt worden sei. In der Entscheidung wurde hinsichtlich des Vertrages auch von einem „Verkauf“ in Anführungszeichen gesprochen, denn es sollten schließlich Nutzungsrechte eingeräumt werden.

1125 Hierzu 2. Teil § 1 E. I. a) (2).

1126 Brandi-Dohrn, CR 1986, 63, 66.

1127 Lenhard, 23 f.; Stieper, ZUM 2012, 668, 668 in diese Richtung.

1128 Bainbridge, Introduction to Information Technology Law, 226, 228; Redeker, NJW 1992, 1739, 1740 das Urheberrecht bewusst ausklammernd. Zum damaligen Zeitpunkt bestand auch nur unter den strengen Anforderungen des allgemeinen Urheberrechts an die Schöpfungshöhe Urheberrechtsschutz für Programme; Stieper, ZUM 2012, 668, 668.

von Nutzungs- und Eigentumsrechten an der Software auf der einen Seite und dem Datenträger auf der anderen Seite zu unstimmigen Ergebnissen führen.<sup>1129</sup>

Teils erfolgt daher ein Kunstgriff. Mangelt es an einem Datenträger, welcher übergeben und übereignet wird, so wird der Fokus allein auf den Nutzer gelegt. Auch bei einem Download erfolgt schließlich auf einer Festplatte bzw. einem anderen Datenträger beim Nutzer eine Verkörperung der heruntergeladenen Software. An dieser Verkörperung gibt der Ersteller sachenrechtlich keine Sachherrschaft auf, da der Datenträger schon im Eigentum des Nutzers steht. Allerdings entsteht die Kopie, also die Verbindung des Datenträgers mit der Software, beim Nutzer neu. Über diese Kopie erhält der Nutzer Sachherrschaft. Daher soll auf die Aufgabe der Sachherrschaft beim Veräußerer verzichtet werden können und die beim Erwerber neu erstellte Kopie das sachenrechtliche Kriterium der Publizität erfüllen.<sup>1130</sup> Allerdings ist nicht das Fehlen der sachenrechtlichen Publizität als Hindernis auszumachen, sondern das Fehlen eines Bezugspunktes von dieser. Steht der Datenträger beim Erwerber regelmäßig schon in dessen Eigentum, so wird keine Sache übergeben und übereignet und es kann auch keine Publizität gewahrt werden. Hieran kann auch das Abstellen auf den rein urheberrechtlichen Begriff der Kopie keine Abhilfe schaffen, denn diese stellt neben dem Datenträger keine zusätzliche Sache dar.

Andere wiederum nehmen eine abstrakte Betrachtung der Rechte vor, welche der Nutzer erhält. So führte der BGH aus, dass dem Nutzer die Standardsoftware zusammen mit dem Quellcode zur dauerhaften Nutzung überlassen wird. Die Erwartung des Softwarenutzers, das Programm zeitlich unbegrenzt zur „freien Verfügung“ zu erhalten, führe zur Erwartung, Eigentum zu erhalten.<sup>1131</sup> Diese kann allerdings kein Eigentumsrecht begründen. Zudem sei ein „Verfahren nach Belieben“ mit der Kaufsache für den Nutzer nicht gegeben,<sup>1132</sup> denn üblicherweise bestünden Nutzungsbe-

---

1129 Redeker, Rn. 285 vertiefend.

1130 Marly, Rn. 722; Marly, Rn. 690 (in früherer Auflage: 5. Auflage, 2009) die mangelnde Publizität noch kritisierend.

1131 BGH, Urteil v. 18. Oktober 1989 – VIII ZR 325/88, NJW 1990, 320 ff. darauf beziehend. Ulmer, CR 2000, 493, 495 mit Verweis auf BGH, Urteil v. 04. November 1987 – VIII ZR 314/86, NJW 1988, 406 ff.

1132 Bitan, Droit et expertise des contrats informatiques, Rn. 456; Brandi-Dohrn, CR 1986, 63, 66; Gautier, RTDCiv. 1994, 373 ff.; Gross/Bihr, Rn. 157 ff.; Le Tourneau, Contrats du numérique informatiques et électroniques, Rn. 222.11; Lucas/De-vèze/Frayssinet, Rn. 746; Montero, 73 f.; Vivant, Recueil Dalloz 1994, 118 ff.

schränkungen<sup>1133</sup> und auch der Rechtsinhaber behalte sich Rechte vor.<sup>1134</sup> Es wird demnach in der Regel allein ein einfaches Nutzungsrecht eingeräumt<sup>1135</sup> und die Begrenzungen der Verfügungsgewalt sind umfassend.<sup>1136</sup> Dem ist zuzustimmen. Folglich kann beim Softwarenutzer kein Eigentumsrecht an Software bestehen<sup>1137</sup> und alle Erklärungsversuche für einen Sachkauf scheitern auch auf dieser Ebene.<sup>1138</sup>

## (2) Urheberrechtlicher Ansatz

Ein anderer Weg folgt bei der Eigentumsübertragung einem urheberrechtlichen Ansatz. So stellt sich die Frage, ob eine Übertragung des Urheberrechts oder die Übertragung von Verwertungsrechten eine Eigentumsübertragung darstellen können. Diese Ausführungen sind nur im englischen und französischen Recht von Bedeutung, denn im deutschen Recht können weder die Urheberschaft noch Verwertungsrechte übertragen werden.<sup>1139</sup> Letztlich wird festgestellt, dass bei der dauerhaften Überlassung von Standardsoftware keine Rechtsinhaberschaft (im englischen Recht: „title“) an der Software übertragen wird.<sup>1140</sup> Schließlich bestehe nicht nur ein einzelner Softwarenutzer, sondern Nutzungsrechte würden zahlreichen Nutzern eingeräumt.<sup>1141</sup> In dieser Weise argumentierte auch der französische

---

1133 Brandi-Dohrn, CR 1986, 63, 66; Ulmer, CR 2000, 493, 499.

1134 Gautier, RTDCiv. 1994 373 ff.; Le Tourneau, Contrats du numérique informatiques et électroniques, Rn. 222.11; Ulmer, CR 2000, 493, 499.

1135 Bitan, Droit et expertise des contrats informatiques, Rn. 456; Lucas/Devèze/Fraysinet, Rn. 746.

1136 Le Tourneau, Contrats du numérique informatiques et électroniques, Rn. 222.11; Le Tourneau/Bloch/Guettier/Giudicelli/Julien/Krajewski/Poumarède, Rn. 3342.21; Lucas/Devèze/Frayssinet, Rn. 746.

1137 Peukert, in: Ohly/Bodewig/Dreier/Götting/Haedicke/Lehmann, 149, 155.

1138 Bainbridge, Introduction to Information Technology Law, 226, 228.

1139 A.A. Lejeune, in: Ullrich/Lejeune, Teil 1, Rn. 277 auch im deutschen Recht bei der Überlassung von Software eine eigentümerähnliche Stellung erkennend, welche dem Nutzer bezüglich der Kopie eingeräumt wird. In der Folge lehnt dieser jede lizenzrechtliche Einordnung ab, begründet dies aber nicht weiter.

1140 Bainbridge, Introduction to Information Technology Law, 226, 228; Masadeh, M.J.L.S. 2005, 9 (1/2), 43, 48, 49 beschreibend; Montero, 74; Redeker, NJW 1992, 1739, 1740 früher auch zu einem Zeitpunkt, in dem Software nur eingeschränkt urheberrechtlichem Schutz zugänglich war; Warusfel, in: Lamy Droit du Numérique 2023, Rn. 1499.

1141 Hilty, CR 2012, 625, 637 in diese Richtung; Lehmann, CR 1994, 277, 279; Marly, Rn. 731 beschreibend.

„Cour de Cassation“, der zwar eine Eigentumsübertragung annahm, aber relativierte, dass tatsächlich nur Nutzungsrechte eingeräumt werden.<sup>1142</sup> Andere argumentieren mit Eigenheiten des französischen Rechts. Mit dem Hinweis, dass eine Nutzungsrechtseinräumung eine „cession partielle“ im Sinne des Art. L131–4 CPI darstellen kann und eine solche eine Eigentumsübertragung im Sinne des Gesetzes ist, wurde teils eine Eigentumsübertragung im urheberrechtlichen Sinne befürwortet.<sup>1143</sup> Hierzu ist jedoch anzumerken, dass eine „cession partielle“ auch eine Rechtsaufgabe verlangt. Die „cession partielle“ umfasst die Übertragung eines Verwertungsrechts, bei der Überlassung von Standardsoftware als Massenvertrag möchte der Softwareanbieter jedoch, wie dargelegt, zahlreichen Nutzern ein Vervielfältigungsrecht einräumen. Eine solche Rechtseinräumung ist eine „licence“, folglich mangelt es an einer „cession partielle“. Im Ergebnis geht auch der urheberrechtliche Ansatz für eine Eigentumsübertragung fehl.

### (3) Zusammenfassung

Bei der Überlassung von Standardsoftware erfolgt außer einer Übereignung eines gegebenenfalls vorhandenen Datenträgers bzw. von Begleitmaterialien keine Eigentumsübertragung an der Software.

### c) Kaufpreiszahlung

Erfolgt die dauerhafte Überlassung von Standardsoftware gegen eine Zahlung, so wäre das Merkmal der Kaufpreiszahlung regelmäßig erfüllt.

---

1142 Bitan, Droit et expertise des contrats informatiques, Rn. 457 mit Verweis auf Cass. com., 09. November 1993, Nr. 91–19.770, 91–20.246, der von einer „vente de logiciel“ sprach. Dass in dem Urteil die Software neu hergestellt wurde war nicht weiter gewürdigt worden. In diesem Urteil war kein Datenträger Grundlage der Entscheidung, sondern allein die Software an sich. Allerdings wurden in dem Urteil einzelne Verwertungsrechte aufgezählt, welche mittels einer „cession“ übertragen werden sollen. Es wurde festgestellt, dass nicht das „ganze Eigentum an der Software“ übergeht.

1143 Bitan, Droit et expertise des contrats informatiques, Rn. 457.

d) Zusammenfassung

Die schuldrechtliche Einordnung als Sachkauf scheidet an einer nicht möglichen Subsumtion von Software unter den Sachbegriff des Kaufrechts. Auch eine Eigentumsübertragung erfolgt nicht. Allein das Merkmal der Zahlung des Preises kann bejaht werden.

2. Sonderfälle des Kaufs: Rechtskauf, Kauf eines sonstigen Gegenstands und urheberrechtlicher Kauf (Deutschland)

In Deutschland wird die Einordnung der dauerhaften Überlassung von Standardsoftware als Rechtskauf diskutiert. Allerdings stellt Software kein Recht dar,<sup>1144</sup> sondern ist allein durch beispielsweise das Urheberrecht geschützt. Alternativ könnte auch das urheberrechtliche Nutzungsrecht als Vertragsgegenstand angesehen werden. Ein Kauf eines Nutzungsrechts ist nach dem deutschen Urheberrecht aber nicht möglich, ein Nutzungsrecht kann nur eingeräumt werden gemäß § 31 Abs. 1 UrhG. Somit scheidet ein Rechtskauf tatbestandlich aus.

Letztlich wird in Deutschland auch, wie vom Gesetzgeber in der Gesetzesbegründung vorgeschlagen, die Subsumtion von Software unter einen sonstigen Gegenstand diskutiert. Selbst wenn Software ein sonstiger Gegenstand im Sinne des § 453 BGB wäre, müssten die weiteren gesetzlichen Merkmale des Kaufs erfüllt sein, insbesondere das Merkmal der Eigentumsübertragung. An einer solchen fehlt es aber bei der dauerhaften Überlassung von Standardsoftware.<sup>1145</sup> Auch über den „Umweg“ des sonstigen Gegenstands kann somit keine Loslösung vom körperlichen Datenträger erfolgen<sup>1146</sup> und auch diese Variante des Kaufs ist abzulehnen.

Überdies erscheint es fraglich, ob ein urheberrechtlicher Kauf existiert und die Subsumtion unter eine urheberrechtliche Rechtsfigur für die Bestimmung der schuldrechtlichen Rechtsnatur eines Vertrages von Bedeutung sein kann. Denn in diesem Fall könnte sich eine Änderung des Urheberrechts bzw. eine Fortentwicklung des Begriffs „Verkauf“, welcher im Urheberrecht gemäß Art. 4 Abs. 2 Richtlinie 2009/24/EG in Bezug auf die Erschöpfung des Verbreitungsrechts verwendet wird, auf die schuldrechtli-

---

1144 Westermann, in: MüKo, Vor § 433 BGB, Rn. 18.

1145 Zum Eigentumsübergang 2. Teil § 1 E I. 1. b).

1146 Heydn, CR 2010, 765, 772 eine solche Loslösung und daher den Weg über § 453 BGB befürwortend.

che Rechtsnatur des Softwareüberlassungsvertrages auswirken. Allerdings wären dessen Leistungspflichten nicht zwingend Gegenstand einer solchen urheberrechtlichen Fortentwicklung. In der „UsedSoft v. Oracle“ Entscheidung stellte der EuGH die dauerhafte Überlassung von Standardsoftware mittels eines Datenträgers und mittels eines Downloads im Wesentlichen gleich und beschrieb den Terminus Verkauf auch anhand des spezifischen Gegenstands des Urheberrechts.<sup>1147</sup> Allerdings bleibt unklar, welchen Einfluss urheberrechtliche Verwertungsrechte und deren Begrenzung auf die schuldrechtliche Rechtsnatur eines Vertrages haben können. Auch könnte ein solcher urheberrechtlicher Kauf zu einer ungewollten Verlagerung der für das Vertragsrecht relevanten Rechtsfragen in das Urheberrecht führen. Insbesondere auch daher ist der urheberrechtliche Kauf abzulehnen.

3. Generelle Annahme einer „vente“ (Frankreich), eines „sale of goods“ (England), eines Kaufs bzw. Sachkaufs und entsprechende Anwendung des Kauf- bzw. Sachkaufrechts (Deutschland)

Da in der französischen Rechtsprechung stets keine ausführliche Urteilsbegründung erfolgt, können die dogmatischen Beweggründe des „Cour de Cassation“, die Überlassung von Standardsoftware generell als Kaufvertrag anzusehen, nicht nachvollzogen und abschließend bewertet werden. Allerdings ist offenkundig, dass die Grundsatzentscheidung im Jahr 1991<sup>1148</sup> noch vor Inkrafttreten der Richtlinie 91/250/EWG zu einer Zeit erging, als die Verbindung von Software mit einem Datenträger als stets vorhanden angesehen wurde. Weiter war in vielen Sachverhalten der relevanten Entscheidungen auch die Überlassung von Hardware von Bedeutung. Somit ist vergleichbar zum deutschen und englischen Recht eine Entscheidung pro Kaufrecht gefallen, als das Wesen von Software als urheberrechtlich geschütztes Werk noch nicht vollständig erfasst war. Zudem war meist die Software mangelhaft und es wurde das Kaufleistungsstörungenrecht als sachgerecht angesehen und letztlich angewandt. Urheberrechtliche Fragestellungen spielten keine zentrale Rolle. Verkürzt dargestellt erfolgte in den Urteilen allein eine Entscheidung für das kaufrechtliche Leistungsstörungenrecht im Fall von Funktionsmängeln der Software.

---

1147 Zum Begriff des Verkaufs und der Kopie 3. Teil § 1 B II. 3. e), 4. e).

1148 Cass. com., 22. Mai 1991 („LCE v. Artware“), Nr. 89–11.390.

## 2. Teil. Softwareverträge in europäischen Rechtsordnungen

Auch im deutschen Recht wird teils wie in der französischen Rechtsprechung vorgegangen und das Kauf- bzw. Sachkaufrecht entweder generell angenommen bzw. entsprechend angewandt. Erfolgen abstrakte Feststellungen wie, dass Software eine Sache ist, dass auf die Softwareüberlassung das Sachkaufrecht Anwendung findet oder dass eine entsprechende Anwendung des Sachkaufrechts erfolgen kann, so mangelt es an Begründungen hierfür. Tatsächlich scheidet jede Subsumtion von Software unter das (Sach-)kaufrecht.<sup>1149</sup>

Für eine analoge Rechtsanwendung muss neben einer vergleichbaren Interessenslage bzw. einem rechtsähnlichen Tatbestand auch eine planwidrige Regelungslücke vorliegen.<sup>1150</sup> Ob letztere gegeben ist, kann sich erst im Folgenden klären.

### 4. Zusammenfassung

Jegliche Subsumtionsversuche der dauerhaften Überlassung von Standardsoftware unter Kaufverträge scheitern.<sup>1151</sup> Im Falle einer Regelungslücke könnte allenfalls eine analoge Anwendung möglich erscheinen – soweit eine vergleichbare Interessenslage besteht.

## II. „Contrat d’entreprise“ (Frankreich)

Wird der „contrat d’entreprise“ angeführt, so erfolgt dies stets als sogenannter „Lückenfüller“ bzw. „Allzweckwaffe“, da eine Subsumtion unter andere Verträge scheitert. Somit kann an dieser Stelle noch offenbleiben, ob ein solcher vorliegt. Dogmatisch wird gegen einen „contrat d’entreprise“ hervorgebracht, dass dieser eine spezifische individuelle Tätigkeit erfordert, welche bei der massenhaft erfolgenden dauerhaften Überlassung von Standardsoftware fehlt.<sup>1152</sup>

---

1149 Hierzu 2. Teil § 1 E 1.

1150 Grüneberg, in: Grüneberg, Einleitung, Rn. 48.

1151 Lucas/Devèze/Frayssinet, Rn. 746; Warusfel, in: Lamy Droit du Numérique 2023, Rn. 1503 dies festhaltend sowie darauf verweisend, dass sich aufgrund von zahlreichen Gegenargumenten eine kaufrechtliche Einordnung nicht durchgesetzt hat.

1152 Blanc, Rn. 248.

### III. Immaterialgüterrechtlicher Vertrag (Lizenz) (Deutschland, Frankreich und England)

Im deutschen, englischen und französischen Recht wird, wenn die dauerhafte Überlassung von Standardsoftware als Lizenzvertrag eingeordnet wird, die Einräumung eines urheberrechtlichen Vervielfältigungsrechts als Gegenstand dieser Lizenz beschrieben. Nominatvertragsrecht in Bezug auf Lizenzverträge besteht in keiner der genannten Rechtsordnungen. Allerdings gibt es Wesensmerkmale, welche eine Lizenz aufweisen muss, insbesondere die hier relevante urheberrechtliche Lizenz. Als Vertragsgegenstand kommt ein Verwertungsrecht in Betracht, welches dem Lizenznehmer vom Lizenzgeber eingeräumt wird. Als Gegenleistung erfolgt die Bezahlung einer Lizenzgebühr.

#### 1. Rolle der Nutzungsrechtseinräumung und des Datenträgers

Die Nutzung von Software stellt eine urheberrechtlich relevante Handlung dar, welche ein Vervielfältigungsrecht erfordert.<sup>1153</sup> Wenn im deutschen Recht die Notwendigkeit einer solchen Rechtseinräumung hingegen verneint wird, dann erfolgt dies auch mit einem Referenzieren auf das „ASP“-Urteil des BGH. Dieser verwies auf die der Software immanente Verkörperung und erklärte, dass die Speicherung der Software und somit eine Verkörperung auf einem Datenträger notwendig ist, um die urheberrechtlich relevante Nutzung vornehmen zu können.<sup>1154</sup> Die Speicherung der Software ist für die Nutzung jedoch allein eine Vorbereitungshandlung<sup>1155</sup> und die Übermittlung der Software, welche zur Speicherung beim Nutzer führt, allenfalls eine für den Vertrag nichtwesensbeschreibende Nebenleistung. Im Fokus steht vielmehr die spätere Nutzung der Software.

---

1153 Hierzu 1. Teil § D.

1154 Bainbridge, *Introduction to Information Technology Law*, 298 f.; Bainbridge, *Software Licensing*, 90; Lenhard, 14; Warusfel, in: *Lamy Droit du Numérique 2023*, Rn. 1503. Explizit auch Richter Penrose in *„Beta Computers (Europe) Ltd. v. Adobe Systems (Europe) Ltd.“*, *„Outer House“*, 14. Dezember 1995, (1996) S.L.T. 604. Hierzu wird z.B. eine Gegenüberstellung mit anderen urheberrechtlich geschützten Werken wie einem Buch vollzogen. Ein solches kann für Bainbridge urheberrechtlich frei konsumiert (gelesen) werden, bei einem „Softwarekauf“ des Datenträgers muss aber immer eine Lizenz hinzutreten, denn ohne eine solche ist eine Nutzung der Software nicht möglich, Bainbridge, *Intellectual Property*, 13 (in früherer Auflage: 9. Auflage, 2012).

1155 Hilty, in: *Harrer/Portmann/Zäch*, 61, 68.

Weiter ist gemäß der „ASP“-Entscheidung zwischen der überlassenen Werkverkörperung und dem urheberrechtlich geschützten Werk zu differenzieren. Diese Trennung wird so interpretiert, dass das Urheberrecht für die Rechtsnatur des Softwareüberlassungsvertrages keine Rolle spielt. Die urheberrechtlichen Klauseln seien nur Nebenzweck des Überlassungsvertrages<sup>1156</sup> bzw. nicht typenprägend. In der Folge bestehe kein Lizenzvertrag<sup>1157</sup> und der Vertrag über das körperliche Werkstück stehe im Zentrum.<sup>1158</sup> Dem ist entgegenzutreten. Zum einen sprach der BGH in der „ASP“-Entscheidung auch von der Nutzungsrechtseinräumung und bezeichnete diese nicht als Nebenzweck.<sup>1159</sup> Aber auch aus tatsächlichen Gründen steht das Nutzungsrecht im Mittelpunkt des Vertrages: Werden ein Werkstück überlassen und ein Nutzungsrecht eingeräumt, so wird bei der Preisgestaltung je nach inhaltlicher Ausgestaltung des Rechts bezüglich der Dauer oder abhängig davon, ob es sich um eine Einzel- oder Mehrplatzlizenzen handelt, differenziert. Das gegebenenfalls vorhandene körperliche Werkstück ist stets identisch, die Höhe der Lizenzgebühr jedoch unterschiedlich. Der Preis wird für das Nutzungsrecht bezahlt, denn erst mit diesem kann die Funktionalität der Software genutzt werden.<sup>1160</sup> Eine mögliche Eigentumsübertragung an einem Datenträger ist sekundär,<sup>1161</sup> denn Eigentümer eines Datenträgers mit einer Softwarekopie zu sein hat keinen bzw. einen vernachlässigbaren wirtschaftlichen Wert.<sup>1162</sup> Das im Mittelpunkt stehende Nutzungsrecht stellt im Ergebnis die typenprägen-

---

1156 Redeker, Rn. 280 (in früherer Auflage: 2. Auflage, 2012).

1157 Marly/Jobke, LMK 2007, 209583. Aber auch BGH, Urteil v. 17. November 2006 – XII ZR 120/04, NJW 2007, 2394, 2397, Rn. 17 ausführend, dass daneben Nutzungsrechte eingeräumt werden müssen. Diese Passage der Entscheidung wird in der Literatur regelmäßig übergangen.

1158 Redeker, Rn. 280 (in früherer Auflage: 2. Auflage, 2012).

1159 BGH, Urteil v. 17. November 2006 – XII ZR 120/04, NJW 2007, 2394, 2397, Rn. 17.

1160 Adams, JBL 2009, 4, 396 in diese Richtung; Bainbridge, Introduction to Information Technology Law, 228 in Bezug auf die Abgrenzung zu einem „service“-Vertrag im Sinne des „SGSA 1982“ und einer Einordnung als Lizenz; Bainbridge, Software Licensing, 90 f., 226; Caron, Comm. Com. Electr. 2012–10, comm. 21, 22; Hilty, Urheberrecht, 686; Hilty, in: Harrer/Portmann/Zäch, 61, 68; Hilty, CR 2012, 625, 629; Masadeh, M.J.L.S. 2005, 9 (1/2), 43, 48; Morgan/Burden, 117; Pres, CR 1994, 520, 521; Stimmel, GRUR Int. 2010, 783, 785; Ulmer, CR 2000, 493, 494 mit Verweis auf BGH, Urteil v. 18. Oktober 1989 – VIII ZR 325/88, NJW 1990, 320 ff.; Ulmer/Kolle, GRUR Int. 1982, 489, 499.

1161 Lucas/Lucas-Schloetter/Bernault, Rn. 629 (in früherer Auflage: 4. Auflage, 2012).

1162 Bainbridge, Introduction to Information Technology Law, 226; Hilty, CR 2012, 625, 629; Hilty, Urheberrecht, 686; Masadeh, M.J.L.S. 2005, 9 (1/2), 43, 48.

de Hauptleistung dar<sup>1163</sup> und ist unabhängig von einer Verkörperung.<sup>1164</sup> Schließlich kann die sachenrechtliche Dimension des Datenträgers für die vertragsrechtliche Einordnung außer Acht gelassen werden;<sup>1165</sup> eine solche ist allein für die Verkörperung der Software erforderlich.<sup>1166</sup>

Marly dies ablehnend, denn der Vertragszweck ist seiner Ansicht nach unabhängig vom urheberrechtlichen Schutz.<sup>1167</sup> Allein die Nutzung der Software solle ermöglicht werden. Die etwaige Einräumung eines Nutzungsrechts sei eine „nicht typenprägende Erweiterung“ des Kaufvertrages.<sup>1168</sup> Wenn jedoch die Nutzung in den Mittelpunkt gestellt wird, so wird diese mittels eines urheberrechtlichen Nutzungsrechts ermöglicht. Das Nutzungsrecht ist weniger eine „typenprägende Erweiterung“, sondern ist vielmehr selbst typenprägend. Marly weist darauf hin, dass auch der vom EuGH verwendete Terminus des Kaufvertrages auf die Überlassung der Programmkopie abstellt und auch der BGH von der stillschweigenden Einräumung einer Lizenz spricht.<sup>1169</sup> Jedoch legte der BGH den immateriälgüterrechtlichen Verkaufsbegriff in Art. 4 Abs 2 Richtlinie 2009/24/EG aus, welcher Tatbestandsmerkmal der urheberrechtlichen Erschöpfung ist. Es handelt sich nicht um eine schuldrechtliche Entscheidung des EuGH. Darüber hinaus argumentiert Marly mit der umsatzsteuerrechtlichen Einordnung und führt Urteile des Bundesfinanzhofes als Quelle an,<sup>1170</sup> jedoch liegen dem Steuerrecht andere Wertungen zu Grunde.

Wird die Software im Rahmen eines Downloads überlassen, so wird kein Datenträger übergeben und das körperliche Werkstück kann schon aus faktischen Gründen nicht der Mittelpunkt des Vertrages sein.<sup>1171</sup> Insbesondere

---

1163 Bainbridge, *Software Licensing*, 90; Lenhard, 128 f.; Interview geführt mit Prof. Joanna Schmidt-Szalewski, CEIPI/Universität de Strasbourg, 25. April 2012, Transkription von Fabian Hafenträdl.

1164 Redeker, Rn. 280 (in früherer Auflage: 2. Auflage, 2012).

1165 Hilty, *Urheberrecht*, Rn. 692; Müller-Hengstenberg, *NJW* 1994, 3128, 3131 in diese Richtung.

1166 Dreier/Vogel, 118 beschreibend; Guest, Rn. 1–077; Bainbridge, *Introduction to Information Technology Law*, 298 f.; Bainbridge, *Software Licensing*, 90; Lenhard, 14; Warusfel, in: *Lamy Droit du Numérique* 2023, Rn. 1503.

1167 Marly, Rn. 731 ff.

1168 Marly, Rn. 734.

1169 Marly, Rn. 734.

1170 Marly, Rn. 735.

1171 Bainbridge, *Introduction to Information Technology Law*, 226, 301; Bainbridge, *Software Licensing*, 90; McGuire, *GRUR* 2009, 13, 19 die Ansicht vertretend, dass diesbezüglich früher ein fehlgehender Blickwinkel bestand; Ulmer/Kolle, *GRUR Int.* 1982, 489, 499.

mit der Bezeichnung zum Beispiel als Kaufvertrag würde hingegen der Fokus auf den Datenträger als Kaufsache gelegt und von der Vertragsrealität abgelenkt werden.<sup>1172</sup> Auch Befürworter einer kaufrechtlichen Lösung erkennen, dass diese die wichtige „lizenzrechtliche Ausprägung“ des Vertrages nicht abdeckt.<sup>1173</sup> Im Ergebnis ist somit auf das Nutzungsrecht abzustellen.

## 2. Umfang des Nutzungsrechts, Dauerschuldcharakter und nebenstehender Vertrag über die Überlassung an sich

Der Umfang des eingeräumten Nutzungsrechts bestimmt sich stets aus dem konkreten Vertrag. Zu beachten sind die Mindestrechte nach Art. 5 Abs. 1 Richtlinie 2009/24/EG, welche als „zwingender Kern“ vertraglich nicht ausgeschlossen werden können.<sup>1174</sup> Bei der Überlassung von Standardsoftware wird meist ein einfaches Nutzungsrecht eingeräumt.<sup>1175</sup> Teils wird angemerkt, dass der Sukzessivcharakter des Vertrages fehlt, denn regelmäßig erfolgt eine dauerhafte Überlassung gegen eine Pauschalvergütung.<sup>1176</sup> Aus urheberrechtlicher Perspektive besteht allerdings eine Dauerschuld, bei der allein ein Nutzungsrecht eingeräumt wird und keine Rechte übertragen werden.<sup>1177</sup> Ein solches Recht ist bei jeder Nutzung der Software zwingend, denn jede Nutzung stellt eine urheberrechtlich relevante Handlung dar.<sup>1178</sup> Zur Verdeutlichung dieses Dauerschuldcharakters kann auf das Verjährungsrecht verwiesen werden. Bei einem Austauschvertrag wie dem Kaufvertrag würde zeitnah Verjährung des Erfüllungsanspruchs eintreten.<sup>1179</sup> Anders ist dies bei einem Lizenzvertrag, bei dem neben der ein-

---

1172 Giro, DIT 1998–1, 8 ff. einerseits klarstellend, dass der Kaufvertrag (bei Shrink-wrap Verträgen) sich nur auf den Datenträger und nicht auf die Software beziehen kann, in der Folge aber fast durchgängig von einem Softwarekauf sprechend; Lucas/Lucas-Schloetter/Bernault, Rn. 629 (in früherer Auflage: 4. Auflage, 2012); Vivant, Receuil Dalloz 1994, 118 ff.; Warusfel, in: Lamy Droit du Numérique 2023, Rn. 1503, 1694.

1173 Bydlinski, AcP, Bd. 198, 1998, 287, 307; Lucas/Devèze/Frayssinet, Rn. 746.

1174 Zum zwingenden Kern I. Teil § 3 E II, 2.

1175 Bitan, Droit et expertise des contrats informatiques, Rn. 456; Hilty, Lizenzvertragsrecht, 243 f.; Lucas/Devèze/Frayssinet, Rn. 746; Morgan/Burden, 153.

1176 Bitan, Droit et expertise des contrats informatiques, Rn. 446; Gross/Bihr, Rn. 157; Lenhard, 219; McGuire, GRUR 2009, 13, 20 darauf abstellend, dass die Nutzung nach Art. 5 Abs. 1 Richtlinie 2009/24/EG urheberrechtlich frei ist.

1177 Hilty, Lizenzvertragsrecht, 695 f.

1178 Hierzu I. Teil § 3 D.

1179 Hilty, Lizenzvertragsrecht, 697.

maligen Genussverschaffung während der gesamten Vertragslaufzeit auch die Genusserhaltung geschuldet ist.

Bei Softwareverträgen spielten lange Zeit eine schuldrechtliche, eine immaterialgüterrechtliche sowie in Bezug auf einen Datenträger eine sachenrechtliche Ebene eine Rolle.<sup>1180</sup> Letztere ist in der modernen Softwarenutzung aber nicht mehr von Bedeutung, denn schon bei einem Download fehlt es an der Übergabe eines Datenträgers. Es ist zu beachten, dass stets ein Teil des Vertrages die tatsächliche Zurverfügungstellung der Software betrifft, wie im deutschen, englischen und französischen Recht in der Literatur auch explizit diskutiert, denn eine immaterialgüterrechtliche Lizenz stellt allein eine Berechtigung zur Nutzung dar. Daher ist sicherzustellen, dass dem Nutzer die Software auch tatsächlich zur Verfügung steht. Wird Software auf einem Datenträger überlassen, so liegt regelmäßig ein Kauf eines Datenträgers vor. Ist der Datenträger oder funktioniert die Software mangelhaft, so wird hinsichtlich dieses Vertragsteils wohl das Kaufrecht zur Anwendung kommen. Wird Software mittels eines Downloads überlassen, so würde dies in der Regel im deutschen Recht dem Werkvertrag und nicht dem Dienstvertrag entsprechen, denn es ist mit der Zurverfügungstellung der Software zur Möglichkeit eines Downloads ein über das reine Tätigwerden hinausgehender Erfolg geschuldet. Eine Übereignung einer Sache erfolgt hingegen nicht. Dieser Teil des Vertrages veranlasste große Teile der oben<sup>1181</sup> dargestellten Literatur und Rechtsprechung länderübergreifend dazu, in der Softwareüberlassung einen Kaufvertrag zu sehen. Es bestanden Rechtsstreitigkeiten hinsichtlich der Mangelhaftigkeit von Software oder in Bezug auf die Übertragung der Software und das kaufrechtliche Leistungsstörungenrecht erschien diesbezüglich interessensgerecht.<sup>1182</sup>

Durch den Fokus auf das urheberrechtliche Nutzungsrecht ergibt sich, dass die tatsächliche Art der Softwareüberlassung, also ob mittels eines Downloads oder mittels Übergabe eines Datenträgers, zum einen für den Nutzer<sup>1183</sup> zum anderen aber auch für die Rechtsnatur des Vertrages keine entscheidende Rolle spielt.<sup>1184</sup> Die Software wird stets auf gleiche Weise

---

1180 Hilty, MMR 2003, 3.

1181 Hierzu 2. Teil § 1 B I., C I., D I.

1182 Le Stanc, Anmerkung zu CA Paris, chambre 25, Section B, 22. Juni 2001 („Sté Unisys France v. Sté Cogim et autres“), Comm. Com. Electr. 2001–12, 25 f.

1183 Spindler/Klöhn, CR 2003, 81, 82.

1184 Bradgate, 4 f.; Hilty, in: Harrer/Portmann/Zäch, 61, 68; Ulmer, CR 2000, 493, 494 mit Verweis auf BGH, Urteil v. 18. Oktober 1989 – VIII ZR 325/88, NJW 1990, 320 ff.

genutzt. Somit wird eine vertragsrechtliche Unterscheidung je nach Art der Softwareübermittlung als nicht zielführend angesehen.<sup>1185</sup> Eine technologie-neutrale Betrachtung – welche aber kein Mittel zum Zweck darstellt,<sup>1186</sup> schafft einen dauerhaften Lösungsansatz.

### 3. Rechtsfolge: Vertragsrecht des Lizenzvertrages

Im französischen Recht werden „licences“ im Gleichlauf zu gewerblichen Schutzrechten auch im Urheberrecht schuldrechtlich als „contrat de louage“, also Mietverträge, angesehen. Dies soll auch für die „licence de logiciel“ gelten.<sup>1187</sup> Daneben steht ein Vertrag bzw. Vertragsteil hinsichtlich des Datenträgers bzw. des Downloads der Software. Teils wird jedoch angemerkt, dass, wenn bei der Überlassung von Standardsoftware ein Datenträger überlassen wird, dieser neben der Lizenz in gleicher Weise prägend für den Gesamtvertrag ist und daher ein „contrat sui generis“ vorliegt. Bei einem solchen kann auf jede einzelne Leistungspflicht das jeweils passende Nominatvertragsrecht Anwendung finden.

In Deutschland und in England fehlt ein explizites Nominatvertragsrecht für Lizenzverträge sowie eine Verweisung auf einen Nominatvertrag wie im französischen Recht. Somit zeigt sich prima vista als Nachteil einer lizenzvertraglichen Einordnung, dass ein normierter Rechtsrahmen fehlt.<sup>1188</sup> Daher wird im deutschen Recht die Einordnung als Lizenzvertrag teils

---

1185 Adams, JBL 2009, 4, 396, 398 f.; Bridge, Rn. 2.23; Hilty, Urheberrecht, Rn. 708 ff. in diese Richtung; Lucas/Devèze/Frayssinet, Rn. 745; Marsoof, Int. J. Law Inf. Technol. 2012, 20 (4), 291, Rn. 3.3; Marly, Rn. 689 (in früherer Auflage: 5. Auflage, 2009); a.A. Marly, Rn. 727 f. nun unter Heranziehung der „UsedSoft v. Oracle“-Entscheidung des EuGH, EuGH, Urteil v. 03. Juli 2012 – C 128/11 („UsedSoft v. Oracle“), NJW 2012, 2565 ff. Im englischen Recht „Eurodynamics System v. General Automation Ltd.“, 06. September 1998, nicht veröffentlicht („unreported“) in diese Richtung.

1186 Warusfel, in: Lamy Droit du Numérique 2023, Rn. 1486 auf diese Gefahr hinweisend.

1187 Sédallian/Dupré, 299 f. in Bezug auf die Ablehnung der kaufrechtlichen Einordnung in der Rechtsprechung, mit Verweis auf „Lamy Droit de l’Informatique et des Réseaux“, 2002, Rn. 779 in dem für Sédallian/Dupré unverständlicher Weise das Gegenteil behauptet wird.

1188 Bainbridge, Introduction to Information Technology Law, 302 f.; Dreier/Vogel, I19; Faust, in: BeckOK BGB, § 433 BGB, Rn. 21 auf den fehlenden Rechtsrahmen hinweisend; Fritzsche, JuS 1995, 497, 498 f.; Marly, Rn. 696 ff.; Schulze, in: Dreier/Schulze, Vor §§ 31–44 UrhG, Rn. 1; Wagner, in: BeckOK BGB, § 581 BGB, Rn. 9 auf pachtrechtliche Elemente verweisend.

auch als ein Zirkelschluss angesehen. Letztlich müssten Lizenzverträge je nach Eigenart anderen Vertragstypen zugeordnet werden.<sup>1189</sup> Teils wird angemerkt, eine lizenzrechtliche Einordnung kann zu einer uneinheitlichen Rechtsanwendung führen.<sup>1190</sup> Zudem wird kritisiert, dass die Softwareindustrie durch diesen Innominatvertrag und der damit einhergehenden Verschleierung der tatsächlichen Rechtsnatur des Vertrages<sup>1191</sup> darauf abzielt, den Umfang der konkret eingeräumten Nutzungsberechtigung einzuschränken.<sup>1192</sup> Allerdings können im deutschen Recht über die Grundsätze der analogen Rechtsanwendung Normen von anderen Nominatverträgen herangezogen werden, beispielsweise bei der Überlassung von Standardsoftware auch solche des Kaufrechts.<sup>1193</sup> So wird hinsichtlich der Verschaffung der Rechte explizit auf Grundsätze des Kaufrechts und auch auf das kaufrechtliche Leistungsstörungenrecht verwiesen bzw. dieses als anwendbar angesehen.<sup>1194</sup> Grundsätzlich stellt eine analoge Rechtsanwendung ein anerkanntes Mittel dar, um Nominatvertragsrecht für Innominatverträge zu schaffen.<sup>1195</sup> Allerdings wird der Softwarevertrag selbst dadurch nicht zum Kaufvertrag,<sup>1196</sup> auch wenn aus wirtschaftlicher Perspektive eine gewisse Ähnlichkeit zu bestehen scheint,<sup>1197</sup> denn dies würde die Nutzungsberechtigung als vertragsprägendes Element übergehen.<sup>1198</sup> Genau dies wird teils aber – der Einfachheit halber – gefordert.<sup>1199</sup> Auch wird angeführt, dass allein der vorgeblich passende Rechtsrahmen des Kaufvertrages eine kaufvertragliche Einordnung begründen könne.<sup>1200</sup> In Bezug auf die Terminologie

---

1189 Redeker, Rn. 557.

1190 Pahlow, 261 ff.

1191 Lemley/Menell/Merges/Samuelson/Carver 228 in diese Richtung; Lucas/Devèze/Frayssinet, Rn. 741; Montero, 73 f.,

1192 Fritzsche, JuS 1995, 497, 499.

1193 Fritzsche, JuS 1995, 497, 499; Hilty, Urheberrecht, Rn. 710 in diese Richtung; Hilty, Lizenzvertragsrecht, 695 f.; Nordemann, CR 1996, 5, 7.

1194 Schulze, in: Dreier/Schulze, Vor §§ 31–44 UrhG, Rn. 29.

1195 Hilty, in: Harrer/Portmann/Zäch, 81, 85.

1196 Hilty, Urheberrecht, Rn. 710; Hilty, Lizenzvertragsrecht, 695 f.; Hilty, in: Harrer/Portmann/Zäch, 81, 85 f.

1197 Hilty, Lizenzvertragsrecht, 695 f.

1198 Hilty, in: Harrer/Portmann/Zäch, 81, 85 f.; Hilty, RabelsZ 2012, 76/2, 339, 352 in diese Richtung.

1199 Goldmann/Redecke, MMR 2002, 3 die Bezeichnung des Lizenzvertrages verwendend, die dauerhafte Überlassung von Standardsoftware aber als Kaufvertrag und somit Nominatvertrag des BGB ansehend.

1200 Cahen; Huet, in: Catala, De la vente de logiciel, 799, 804 f. auf diese Tatsache verweisend; Montero, 73.

ist jedoch folgender Vergleich zu beachten: Wird ein Gedicht zum Download angeboten und für das Verwertungsrecht der öffentlichen Wiedergabe eine Gebühr entrichtet, so würde dies nicht als ein Gedichtskauf bezeichnet werden. Urheberrechtlich ähnliches geschieht bei einem Software-Download. Anstatt des Rechts zur öffentlichen Wiedergabe wird ein Recht zur Vervielfältigung eingeräumt: Diese urheberrechtliche Erlaubnis ist jedoch eine Lizenz.<sup>1201</sup>

Zudem kann bei der Softwareüberlassung nicht davon gesprochen werden, dass wie bei einem Kauf oder einer Miete üblich ab Übergabe bzw. Überlassung die Nutzung allein in der Sphäre des Gläubigers liegt. Auch die Gewährleistungs- bzw. Gefahrübergangs-Regelungen solcher Verträge entsprechen nicht der Realität bei Softwareverträgen.<sup>1202</sup> Daher ist, wie auch vom BGH erfolgt, die Anwendung von kaufrechtlichem Leistungsstörungenrecht auf den Lizenzvertrag grundsätzlich abzulehnen, denn gewisse Wertungen dieses Nominatvertrages liegen beim Lizenzvertrag nicht vor.<sup>1203</sup> Allerdings ist festzuhalten, dass ein normierter Rechtsrahmen für den Lizenzvertrag im Allgemeinen und für die Softwareüberlassung als Lizenzvertrag im Besonderen fehlt. Ein solcher könnte für Rechtsicherheit sorgen und kann bei Innominatverträgen durch allgemeingültige Rechtsgrundsätze und Rechtsprechung entstehen. Letztlich kann wie im englischen Recht mit „implied terms“ ein bestimmtes Vertragsrecht grundsätzlich auch auf Verträge angewandt werden, bei denen eine Subsumtion unter die gesetzlichen Tatbestandsmerkmale scheitert.<sup>1204</sup>

#### 4. Zusammenfassung

Die Überlassung von Standardsoftware kann schuldrechtlich als Lizenzvertrag, welcher ein urheberrechtliches Nutzungsrecht zum Gegenstand hat,

---

1201 Hilty, CR 2012, 625, 629; Hilty/Köklü/Hafenbrädl, IIC 2013, 263, 275.

1202 Müller-Hengstenberg, CR 1986, 441, 443.

1203 Heussen, GRUR 1987, 779, 790.

1204 Rowland/Kohl/Charlesworth, 489 f. Allerdings stellt im englischen Recht das Herausnehmen von Standardsoftware aus dem Anwendungsbereich des „SoGA 1979“ kein größeres Problem dar, denn das „common law“ bietet ausreichend Möglichkeit, adäquate Vertragsklauseln in den Vertrag zu implizieren. Letztlich wurden schließlich auch zahlreiche Normierungen des „SoGA 1979“ bzw. des „SGSA 1982“ selbst aus „common law“-Grundsätzen abgeleitet, Bainbridge, Introduction to Information Technology Law, 302 f.

angesehen werden. Daneben kann die Übergabe eines Datenträgers mit der Software bzw. die Übertragung der Software Vertragsgegenstand sein.<sup>1205</sup>

#### IV. Vertrag Sui-Generis (Frankreich)

Letztlich wird die dauerhafte Überlassung von Standardsoftware teils auch als Vertrag Sui-Generis angesehen, ohne eine urheberrechtliche Vertragskonstruktion in den Mittelpunkt zu stellen. Ein solcher Vertrag stelle keine „Verlegenheitslösung“ bei der Bestimmung der Rechtsnatur dar, auch liege ein solcher beispielsweise im Bereich des Immobilienrechts oder im Börsenrecht vor.<sup>1206</sup> Abzulehnen sind demnach die schuldrechtliche Einordnung als Kauf,<sup>1207</sup> Miete<sup>1208</sup> sowie als anderer Nominatvertrag.<sup>1209</sup> Allerdings entspricht die Einordnung als immaterialgüterrechtliche „licence“ der Überlassung von Standardsoftware.<sup>1210</sup> Somit ist nicht auf den Vertrag Sui-Generis auszuweichen. Unter Berücksichtigung der Leistungspflichten in Bezug auf die Überlassung der Software kann jedoch für den Gesamtvertrag möglicherweise ein Vertrag Sui-Generis angenommen werden.

#### V. Bereitstellung digitaler Inhalte (EU und England)

Wie dargelegt wurde der Verordnungsentwurf für ein Gemeinsames Europäisches Vertragsrecht in der Rechtsliteratur diskutiert und insbesondere kritisiert.<sup>1211</sup> Besonders hervorzuheben ist der Aspekt, dass jegliche Verträge, welche eine Bereitstellung digitaler Inhalte zum Gegenstand haben, mit demselben Nominatvertragsrecht, insbesondere Leistungsstörungenrecht, gesetzlich erfasst werden sollten. Im Gegensatz hierzu wurde als Vertrag, welcher eine Ware im Sinne eines beweglichen Gegenstands gemäß Art. 2 lit. h) VO-GEKR zum Gegenstand hat, allein der Kauf als Vertragstyp normiert. Bestehende Vertragsregimes beispielsweise in Deutsch-

---

1205 Vielleicht wird sich sogar die Hoffnung bewahrheiten und auch die deutsche Rechtsprechung wird dies in Zukunft erkennen, Schuller/Zenefels, in: Danneemann/Vogenaier, 581, 589 f. dies so beschreibend.

1206 Lucas/Devèze/Frayssinet, Rn. 749.

1207 Gross/Bihr, Rn. 157; Hollande/Linant de Bellefonds, Rn. 503.

1208 Gross/Bihr, Rn. 157; Hollande/Linant de Bellefonds, Rn. 503; Montero, 77.

1209 Hollande/Linant de Bellefonds, Rn. 503.

1210 Zur lizenzvertraglichen Einordnung 2. Teil § 1 E III.

1211 Hierzu 2. Teil § 1 A I. 4.

land, Frankreich und England sehen bezüglich der „Bereitstellung von Waren“ Vertragstypen wie eine Miete, eine Schenkung oder einen Tausch sowie zahlreiche atypische Vertragstypen vor. Es ist unklar, warum bezüglich Waren allein der Kaufvertrag, bezüglich digitaler Inhalte jedoch sämtliche Bereitstellungssachverhalte mit dem Verordnungsvorschlag erfasst werden sollten. Im EU-Verordnungsvorschlag erfolgte bei digitalen Inhalten keine Kategorisierung anhand der vertraglichen Leistungen, sondern vorrangig anhand des Vertragsgegenstands. So werden beispielsweise in Art. 91 GEKR, welcher gemäß seinem Titel die Hauptverpflichtungen des Verkäufers regelt, allein einzelne Pflichten für den „Lieferant digitaler Inhalte“ ergänzt. Die Pflichten werden weder in diesem Artikel noch in Art. 100 GEKR, welcher „Kriterien für die Vertragsmäßigkeit der Waren und digitalen Inhalte“ festlegt, spezifiziert. Letztlich ist gemäß den genannten Normen in der Regel eine Pflicht zu erfüllen „wie im Vertrag vorgesehen“, etc. Eine konkrete Beschreibung der Leistungspflichten fehlt. Es erscheint, dass dies der späten und auch undifferenzierten Ausweitung des sachlichen Anwendungsbereichs auf digitale Inhalte geschuldet ist, welche in der Literatur schließlich auch als „nächtliche Hauruckaktion“ beschrieben wurde. Tatsächlich hätten hier vor einer Verabschiedung noch Überarbeitungen erfolgen müssen. Zu diesen ist es aber nicht mehr gekommen. Im Ergebnis hilft der Verordnungsvorschlag zum Gemeinsamen Europäischen Kaufrecht daher nur sehr eingeschränkt für die Bestimmung der schuldrechtlichen Rechtsnatur der in diesem 2. Teil im Fokus stehenden Softwareverträge. Im Verordnungsvorschlag wurde mit der Bereitstellung digitaler Inhalte ein „one-size-fits-all“-Vertragstyp geschaffen, welcher alle Sachverhaltskonstellationen, bei welchen eine Bereitstellung digitaler Inhalte im Fokus steht, erfassen sollte. Dabei wurde das Vertragsrechtsregime an das Kaufrecht angepasst und sowohl mögliche Differenzierungen anhand der Art des digitalen Inhalts, der Art der Bereitstellung, der Dauer, des Umfangs von Nutzungsrechten, etc. außer Acht gelassen.

Abschließend ist festzuhalten, dass der Verordnungsentwurf mit dem Vertrag über die Bereitstellung digitaler Inhalte die in diesem 2. Teil betrachtenden Softwareverträge abbildete. Jedoch fehlt es an einem in sich geschlossenem Vertragsrechtsregime. Es wäre ein Rückschritt, allein ein Vertragsrechtsregime auf alle Verträge, welche die Bereitstellung digitaler Inhalte zum Gegenstand haben, anzuwenden. Insbesondere die in dieser Arbeit betrachteten Vertragsregimes in Deutschland, Frankreich und England gehen einen anderen Weg, was sich schon an den verschiedenen Nominatvertragstypen zeigt, unter welche verschiedene Arten der „Über-

lassung einer Ware“ subsumiert werden können. Allein beispielhaft wird ein Kauf oder eine Miete genannt. Es erscheint nicht praktikabel, ein alle möglichen Sachverhaltskonstellationen erfassendes, normiertes und spezifisches Vertragsrechtsregime zu schaffen. Eine Subsumtion der dauerhaften Überlassung von Standardsoftware unter den Vertrag der Bereitstellung digitaler Inhalte ist somit möglich, jedoch erlaubt dies keine Rückschlüsse auf die Rechtsnatur des Vertrages.

Der Vertrag über die Bereitstellung von digitalen Inhalten im englischen „CRA 2015“ stellt die Bereitstellung digitaler Inhalte im Wesentlichen Kaufverträgen gleich. Insbesondere kommt ein sehr ähnliches Gewährleistungsrecht zur Anwendung. Jedoch wird in der Literatur sehr wohl erkannt, dass daneben eine immaterialgüterrechtliche Nutzungsrechtseinräumung zu erfolgen hat. Somit steht dies dem lizenzvertraglichen Verständnis der dauerhaften Überlassung von Standardsoftware nahe.

## VI. Zusammenfassung

Die Überlassung von Standardsoftware kann schuldrechtlich als Lizenzvertrag angesehen werden. Gegenstand eines solchen ist ein urheberrechtliches Nutzungsrecht. Daneben kann ein Datenträger mit der Software bzw. die Übertragung der Software Vertragsgegenstand sein. Dieser Gesamtvertrag kann unter Umständen einen Vertrag Sui-Generis darstellen. Eine Subsumtion unter den Vertrag der Bereitstellung digitaler Inhalte des Verordnungsvorschlags für ein Gemeinsames Europäisches Kaufrecht ist möglich, allerdings erlaubt dies keine Rückschlüsse auf die Rechtsnatur des Vertrages.

## § 2. Softwarenutzung mittels Cloud Computing

Verträge über die Softwarenutzung mittels Cloud Computing sind im Unterschied zur vorstehend betrachteten dauerhaften Überlassung von Standardsoftware relativ „junge“ Verträge. Daher existiert diesbezüglich weniger Literatur und Rechtsprechung. Zudem unterliegt dieses Modell der Softwarenutzung sehr stark einem auf technischen Innovationen basierenden Wandel, sodass ältere Ausführungen nicht ohne Weiteres auf aktuellere Sachverhalte übertragen werden können. Neben der Nutzung der sich in der Cloud befindenden Software haben Cloud Computing-Verträge regel-

mäßig noch weitere Leistungen wie insbesondere die Softwarepflege und die Bereitstellung von Speicherplatz zum Gegenstand.

## A. Europäische Union

Verträge über die Nutzung von Software mittels Cloud Computing können nach vorherrschender Ansicht unter den Verordnungsvorschlag für ein Gemeinsames Europäisches Kaufrecht subsumiert werden. Während eine Einordnung als Kaufvertrag<sup>1212</sup> im Sinne des Art. 5 lit. a) VO-GEKR scheitert, da es an einer Ware in Form eines beweglichen körperlichen Gegenstands mangelt,<sup>1213</sup> wird eine Qualifikation als Bereitstellung eines digitalen Inhaltes befürwortet.<sup>1214</sup>

Teils wird eine Subsumtion von Cloud Computing bzw. „Saas“ jedoch auch abgelehnt, da der Nutzer keine Kopie des digitalen Inhalts erhält.<sup>1215</sup> Allerdings ist Art. 2 lit. j) VO-GEKR zusammen mit Art. 5 lit. b) VO-GEKR und ErWG 17 zu lesen. Hierdurch wird erkennbar, dass die Erfüllung des Tatbestandsmerkmals „Zugang erhält“ ausreichend ist. Andere verweisen auf eine erforderliche Wiederverwendbarkeit, welche bei „Paas“, „Iaas“<sup>1216</sup> und „Saas“<sup>1217</sup> fehlt und folglich eine Subsumtion unter das Gemeinsame Europäische Kaufrechts ausschließt. Es würden zwar digitale Inhalte in Form von Software bereitgestellt, dies erfolge aber nur zur Verarbeitung der Informationen, welche der Nutzer eingebe. Hierbei wird allein ein Anbieten einer Funktionalität gesehen, insbesondere, wenn die konkret verwendete Software für den Nutzer nicht von Bedeutung ist. In diesem Fall bestehe ein „service“ und das Gemeinsame Europäische Kaufrecht sei nicht einschlägig.<sup>1218</sup> Dies verkennt jedoch die urheberrechtliche Relevanz

---

1212 Zu den einzelnen Tatbestandsmerkmalen des Kaufvertrages 2. Teil § 1 A I. 3.

1213 Castro/Reed/de Quieroz, Vol. 4, Nr. 3, 2013.

1214 Castro/Reed/de Quieroz, Vol. 4, Nr. 3, 2013; Zech, ZUM 2014, 3, 8; Zenefels, K&R 2012, 463, 465; Zoll, in: Schulze, Common European Sales Law (Commentary), Art. 91 GEKR, Rn. 6, 7. In diese Richtung auch Mitteilung der Kommission an das Europäische Parlament, den Rat, den Europäischen Wirtschafts- und Sozialausschuss und den Ausschuss der Regionen. Freisetzung des Cloud-Computing-Potentials in Europa. COM (2012), 529 endg. v. 27. September 2012, S. 13.

1215 Ortiz/Viscasillas, JITLB 2012, II, 3, 241 ff.

1216 Castro/Reed/de Quieroz, Vol. 4, Nr. 3, 2013.

1217 Zahn, ZEuP 2014, 77, 93.

1218 Castro/Reed/de Quieroz, Vol. 4, Nr. 3, 2013.

der Nutzung von Software durch den Cloud-Nutzer.<sup>1219</sup> Tatsächlich ist abzugrenzen von Sachverhalten, welche nicht eine Nutzung von Software, sondern eine andere Dienstleistung, bei welcher der Leistungsbringer im Hintergrund eine Software einsetzt, zum Gegenstand haben. Teils wird bei überwiegend „IaaS“ und „Paas“ eine Subsumtion unter die Bereitstellung eines digitalen Inhalts abgelehnt und ein „materieller“ und nicht „digitaler“ Vertragsinhalt erkannt.<sup>1220</sup> Auch in diesem Szenario ist auf den konkreten Vertragsinhalt abzustellen. Liegt dieser insbesondere in der Bereitstellung von Hardware, so handelt es sich nicht um die Bereitstellung digitaler Inhalte. Allein im Fall einer „verbundenen Dienstleistung“ gemäß Art. 5 lit. c) VO-GEKR könnte der Anwendungsbereich des Gemeinsamen Europäischen Kaufrecht eröffnet sein.<sup>1221</sup> Im Ergebnis wird bei Cloud Computing, insbesondere, wenn wie bei „Saas“ die Softwarenutzung im Fokus steht, eine Subsumtion unter Verträge über die Bereitstellung digitaler Inhalte befürwortet. Im Einzelfall können auch Verträge über verbundene Dienstleistungen vorliegen.

## B. Deutschland

### I. Mietvertrag

Die Nutzung von Software mittels Cloud Computing wird teils unter die in Umsetzung der Richtlinie (EU) 2019/770 neu eingeführte Miete digitaler Produkte gemäß § 548a BGB subsumiert,<sup>1222</sup> jedoch erfolgte auch früher insbesondere durch den BGH schon eine in der Literatur umstrittene schuldrechtliche Einordnung als Sachmiete.

Für die schuldrechtliche Einordnung von Verträgen über die Softwarenutzung mittels Cloud Computing war im deutschen Recht die sogenannte „ASP“-Entscheidung<sup>1223</sup> des BGH vom 15. November 2006 von grundsätzlicher Bedeutung. In dieser äußerte sich der BGH zur Rechtsnatur

---

1219 Hierzu 1. Teil § 3 D II. 3., IV. 5.

1220 Zahn, ZEuP 2014, 77, 94.

1221 „Verträge über verbundene Dienstleistungen, gleich ob hierfür ein gesonderter Preis vereinbart wurde oder nicht“ sind vom Anwendungsbereich des Gemeinsamen Europäischen Kaufrechts umfasst. Eine Legaldefinition findet sich in Art. 2 lit. m) VO-GEKR.

1222 Redeker, Rn. 683 ff.

1223 BGH, Urteil v. 15. November 2006 – XII ZR 120/04, NJW 2007, 2394 ff.

von „ASP“-Verträgen und beschrieb zum einen deren mietvertraglichen Charakter, zum anderen hob er auch lizenzvertragliche Elemente des Vertrages hervor. Letztgenannte werden sowohl in der Literatur<sup>1224</sup> als auch in später ergangener Rechtsprechung des BGH<sup>1225</sup> und von weiteren Gerichten<sup>1226</sup> kaum erwähnt, sondern es wird allein der mietvertragliche Charakter des „ASP“-Vertrages hervorgehoben. Auch schon vor der BGH-Entscheidung wurde teils eine mietrechtliche Einordnung dieses Vertrages befürwortet.<sup>1227</sup> Der BGH beschrieb die Leistung des „ASP“-Anbieters als „die Gewährung von Onlinenutzung von Software für eine begrenzte Zeit.“ Aufgrund der „immanenten Verkörperung von Software“ sah der BGH die Software in Form einer „verkörperten geistigen Leistung“ als Vertragsgegenstand an.<sup>1228</sup> Das urheberrechtlich geschützte Werk Software sei hingegen nicht Gegenstand dieses Vertrages. Auch erfolge die Bestimmung der Rechtsnatur des Vertrages unabhängig vom urheberrechtlichen Schutz der Software. Bestehe jedoch ein solcher, so seien Rechte gemäß Art. 4 Abs. 1 Richtlinie 2009/24/EG einzuräumen.<sup>1229</sup> In dieser Entscheidung des BGH wurde in der Literatur regelmäßig eine Festlegung auf das Mietrecht gesehen, da Software für den BGH eine Sache ist.<sup>1230</sup> Teils wurde bei Cloud Computing auch die Rechenkapazität<sup>1231</sup> bzw. die Infra-

---

1224 Bisges, MMR 2012, 574; Koch, 365, 412 f., 452; Loewenheim, in: Schri-cker/Loewenheim, Vor §§ 69a ff. UrhG, Rn. 66; Marly, Rn. 1105; Marly/Jobke, LMK 2007, 209583; Medicus/Lorenz, § 23, Rn. 2; Pohle/Ammann, CR 2009, 273, 274 f.; Redeker, Rn. 1129 (in früherer Auflage: 2. Auflage, 2012); Rössel, ITRB 2007, 56; Schulz/Rosenkranz, ITRB 2009, 232, 233 f.; Stögmüller, in: Münchener Anwalts- handbuch IT-Recht, Teil 11.4.3., Rn. 6; Wicke, MMR 2012, 783, 786; Witzel, ITRB 2002, 183, 184.

1225 BGH, Urteil v. 04. März 2010 – III ZR 79/09, NJW 2010, 1449 f. mit Verweis auf BGH, Urteil v. 15. November 2006 – XII ZR 120/04, NJW 2007, 2394 ff.

1226 Zum Beispiel OLG Hamburg, Urteil v. 15. Dezember 2011 – 4 U 85/11, MMR 2012, 740.

1227 Bettinger/Scheffelt, CR 2001, 729, 73; Intveen/Lohmann, ITRB 2002, 210, 211; Röhrborn/Sinhart, CR 2001, 69, 70 f.; Sedlmeier/Kolk, MMR 2002, 75, 80; von Westerholt/Berger, CR 2002, 81, 84.

1228 BGH, Urteil v. 15. November 2006 – XII ZR 120/04, NJW 2007, 2394, Rn. 13, 16.

1229 BGH, Urteil v. 15. November 2006 – XII ZR 120/04, NJW 2007, 2394, Rn. 17. Auch Bettinger/Scheffelt, CR 2001, 729, 733 neben der Miete bestehende lizenzrechtliche Aspekte befürwortend.

1230 Weidenkaff, in: Grüneberg, Einführung von § 535 BGB, Rn. 103 dies besonders für das Mietrecht befürwortend mit Verweis auf BGH, Urteil v. 15. November 2006 – XII ZR 120/04, NJW 2007, 2394 ff. Hierzu 2. Teil § 1 B A I. 1. a), E I. 1.

1231 Wicke, MMR 2012, 783, 786.

struktur<sup>1232</sup> als Mietsache angesehen. Dabei wurde nicht die bei Mietverträgen übliche Gebrauchsüberlassung gemäß § 535 Abs.1 S.2 BGB erkannt, sondern in der Gewährung der Online-Nutzung der Software allein die Einräumung einer Gebrauchsmöglichkeit.<sup>1233</sup> Es wurde darauf verwiesen, dass das Mietrecht weder eine dauerhafte Besitzverschaffung<sup>1234</sup> noch eine ausschließliche Nutzung durch einen Mieter verlangt.<sup>1235</sup> Im „ASP“-Vertrag wurden auch aufgrund der Vertragsdauer Elemente eines Dauerschuldverhältnisses erkannt.<sup>1236</sup> Andere befürworteten eine analoge Anwendung des Mietrechts<sup>1237</sup> oder bezeichneten das Mietrecht ohne näher zu differenzieren als für die „Software-Miete“ „offensichtlich“ einschlägig.<sup>1238</sup> Auch wurde pauschal auf die mietrechtliche Einordnung von Cloud Computing hingewiesen.<sup>1239</sup>

Gemäß dem jüngst eingeführten § 548a BGB sind „die Vorschriften über die Miete von Sachen (...) auf die Miete digitaler Produkte entsprechend anzuwenden.“ Eine Beschränkung auf Verbraucherverträge erfolgt nicht.<sup>1240</sup> Cloud Computing-Lösungen werden als „digitales Produkt“ eingeordnet<sup>1241</sup> und unter § 548a BGB subsumiert,<sup>1242</sup> auf eine Verkörperung der Software auf einem Datenträger kommt es demnach nicht mehr an.<sup>1243</sup> Diese pau-

---

1232 Bisges, MMR 2012, 574, 577.

1233 Koch, 365.

1234 Bettinger/Scheffelt, CR 2001, 729 ff.; Marly/Jobke, LMK 2007, 209583.

1235 Bettinger/Scheffelt, CR 2001, 729, 731 f.; Hoeren/Pinelli, 301 verweisend auf BGH, Urteil v. 15. November 2006 – XII ZR 120/04, NJW 2007, 2394 (in früherer Auflage: 2. Auflage, 2012); Stögmüller, in: Münchener Anwaltshandbuch IT-Recht, Teil II.4.3., Rn. 6.

1236 Bettinger/Scheffelt, CR 2001, 729, 731; Marly/Jobke, LMK 2007, 209583.

1237 Redeker, in: Handbuch Multimedia-Recht, Teil 12, Rn. 386 ff. (in früherer Auflage: 42. Ergänzungslieferung, 2015); Roos, in: Handbuch Multimedia-Recht, Teil 12, Rn. 124 ff. nun hingegen eine mietrechtliche Einordnung befürwortend.

1238 Schneider, in: Handbuch des EDV-Rechts, M, Rn. 472.

1239 Marly, Rn. II21 diese Einordnung sowohl für Cloud Computing, „Saas“ als auch für „ASP“ befürwortend.

1240 Martens, Rn. 454.

1241 Weidenkaff, in: Grüneberg, Einführung von § 535 BGB, Rn. 103 bezüglich „ASP“ und „Saas“; Stresemann, in: MüKo, § 90, Rn. 25 auf § 453 BGB verweisend.

1242 Martens, Rn. 454; Wiederhold, in: BeckOK BGB, § 548a BGB, Rn. 6. In diese Richtung auch BRegE. Entwurf eines Gesetzes zur Umsetzung der Richtlinie über bestimmte vertragsrechtliche Aspekte der Bereitstellung digitaler Inhalte und digitaler Dienstleistungen, BT-Drs. 19/27653, S. 84.

1243 Kramme, RDt 2021, 20, Rn. 43; Martens, Rn. 453 darauf hinweisend, dass es auf vorübergehende Vervielfältigungen der Software für die Begründung der Sachqualität nicht mehr ankommt; Wiederhold, in: BeckOK BGB, § 548a BGB, Rn. 6.

schale rechtliche Einordnung sei technologieoffen und könne somit auch zukünftige Cloud-Computing Lösungen und Geschäftsmodelle erfassen.<sup>1244</sup> Teils wird jedoch auch darauf verwiesen, dass auf die spezifische Leistung abzustellen ist und nicht in jedem Fall eine mietrechtliche Einordnung befürwortet werden kann.<sup>1245</sup> Bei „Saas“-Verträgen liege jedoch „eine Klassifizierung als Mietvertrag“ nahe. Ein solcher sei auf „die kurze Nutzung einer Sache“ ausgerichtet. Die Tatsache, dass mehrere Nutzer parallel die Software nutzen können, stehe einer mietrechtlichen Einordnung nicht entgegen.<sup>1246</sup> Die „praktische Relevanz der Frage der Sachqualität im Bereich der Softwaremiete“ wird in der Folge als erledigt angesehen.<sup>1247</sup> Von anderen wird heute noch mit der früheren BGH-Rechtsprechung zu „ASP“-Modellen argumentiert. So sei diese auf „Saas“-Lösungen zu übertragen, sofern eine Software-Nutzung auf Zeit intendiert sei.<sup>1248</sup>

## II. Dienstvertrag

Bei einem Dienstvertrag gemäß § 611 BGB verpflichtet sich der Dienstverpflichtete zur Erbringung eines Dienstes, geschuldet ist das „bloße Wirken, die Arbeitsleistung als solche“.<sup>1249</sup> Im Gegenzug hat der Dienstberechtigte die vereinbarte Vergütung zu bezahlen.<sup>1250</sup> In Abgrenzung hierzu ist bei einem Werkvertrag ein über das Tätigwerden hinausgehender Erfolg,<sup>1251</sup> also „die Herbeiführung eines vereinbarten, gegenständlich fassbaren Arbeitsergebnisses“ in Form eines Werkes, geschuldet.<sup>1252</sup> Vereinzelt wird festgestellt, dass, da bei Cloud Computing die Steuerung dem Cloud-Anbieter und somit Systembetreiber obliegt und der Nutzer teils nicht weiß, welche Software genutzt wird, ein Dienstvertrag vorliegt.<sup>1253</sup>

---

1244 Wiederhold, in: BeckOK BGB, § 548a BGB, Rn. 6.

1245 Hilber, in: BeckOK IT-Recht, § 548a BGB, Rn. 11.

1246 Hoeren/Pinelli, 336 f.

1247 Hilber, in: BeckOK IT-Recht, § 548a BGB, Rn. 7; Redecker, Rn. 286 in diese Richtung.

1248 Hoeren/Pinelli, 337.

1249 Retzlaff, in: Grüneberg, Einführung von § 631 BGB, Rn. 8.

1250 Weidenkaff, in: Grüneberg, Einführung von § 611 BGB, Rn. 1.

1251 Busche, in: MüKo, § 631 BGB, Rn. 1.

1252 Retzlaff, in: Grüneberg, Einführung von § 631 BGB, Rn. 1, 8.

1253 Redecker, Rn. 1131. Auch andere sehen, wenn eine Rechenleistung angeboten wird (Zech, ZUM 2014, 3, 8) oder eine funktionsbezogene Auftragsdatenverarbeitung (Koch, 452) vorliegt, einen Dienstvertrag als einschlägig an. Kritisiert wird angemerkt, dass bei einer solchen Einordnung kein besonderes Leistungsstörun-

### III. Werkvertrag

Bei einem Werkvertrag verpflichten sich gemäß § 631 Abs. 1 BGB der Werkunternehmer zur Herstellung eines versprochenen Werkes und der Besteller zur Entrichtung der vereinbarten Vergütung. Gemäß § 631 Abs. 2 BGB kann „die Herstellung oder Veränderung einer Sache“ sowie „jeder andere durch Arbeit oder Dienstleistung herbeizuführender Erfolg“ Vertragsgegenstand sein. Gemäß § 633 Abs. 1 BGB muss der Werkunternehmer das Werk frei von Sach- und Rechtsmängeln verschaffen. Hauptleistungspflichten des Bestellers sind die Leistung der Vergütung gemäß § 631 Abs. 1 BGB sowie die Abnahme gemäß § 640 Abs. 1 BGB.<sup>1254</sup> Vereinzelt wird bei Cloud Computing-Lösungen, wenn konkrete Leistungen wie beispielsweise eine Steuererklärung Vertragsgegenstand sind, auf schuldrechtlicher Ebene ein Werkvertrag erkannt.<sup>1255</sup>

### IV. Typengemischter Vertrag

Teils wird ein Cloud Computing-Vertrag als eine Mischung von Miet-, Werk- und Dienstvertrag angesehen<sup>1256</sup> und eine strikte Einordnung abgelehnt,<sup>1257</sup> oder es soll, sobald Hard- und/oder Software auf Zeit überlassen werden, ein typengemischter Vertrag mit mietrechtlichem Einschlag vorliegen<sup>1258</sup> bzw. ein „komplexes Dauerschuldverhältnis mit verschiedensten Leistungselementen“<sup>1259</sup>

---

recht existiert, was nicht interessensgerecht ist (Redeker, Rn. 1132 aber richtigerweise klarstellend, dass eine Bestimmung der Rechtsnatur nicht von der Rechtsfolge her möglich ist). Allerdings stellen die hier genannten „Dienste“ kein Cloud Computing dar, vielmehr wird ein Dienst erbracht, bei welchem der Dienstverpflichtete sich einer Software bedient.

1254 Brox/Walker, § 25, Rn. 2 f., 10 ff.

1255 Redeker, Rn. 1287; Meyer, 227 in diese Richtung.

1256 Bettinger/Scheffelt, CR 2001, 729, 730 f.; Stögmüller, in: Münchener Anwaltshandbuch IT-Recht, Teil 11.4.3., Rn. 6 jedoch auf den „wesentlichen“ mietvertraglichen Charakter verweisend.

1257 Bettinger/Scheffelt, CR 2001, 729, 730 f.

1258 Pohle/Ammann, CR 2009, 273, 274 f.; Schulz/Rosenkranz, ITRB 2009, 232, 233.

1259 Hoeren/Pinelli, 335.

## V. Lizenzvertrag

Von anderen wird in Cloud Computing-Verträgen ein urheberrechtlicher Charakter bzw. eine Lizenz gesehen.<sup>1260</sup> Die Einräumung eines einfachen Nutzungsrechts wird teils auch als Miete dargestellt.<sup>1261</sup> Abzugrenzen sei von Werken wie beispielsweise Musik, welche über eine Cloud angeboten würden. Da das Anhören von Musik als Werkgenuss urheberrechtlich frei sei gemäß Art. 5 Abs. 1 Richtlinie 2001/29/EG könne beispielsweise bei Musik-Streaming-Diensten wie „Spotify“ nur ein Zugangsrecht Vertragsgegenstand sein.<sup>1262</sup>

## VI. Bereitstellung digitaler Dienstleistungen

§ 327 Abs. 1 BGB erfasst Verbraucherverträge, welche die Bereitstellung digitaler Produkte zum Gegenstand haben.<sup>1263</sup> Gemäß § 327 Abs. 2 S. 2 Nr. 1 BGB werden digitale Dienstleistungen definiert als solche, „die dem Verbraucher die Erstellung, die Verarbeitung oder die Speicherung von Daten in digitaler Form oder den Zugang zu solchen Daten ermöglichen“. Dies schließe „Saas“ und „alle Formen des (...) Cloud Computing“ mit ein.<sup>1264</sup> Die Softwarenutzung mittels Cloud Computing kann somit unter die Bereitstellung digitaler Inhalte gemäß § 327 Abs. 1 S. 1 Alt. 1 BGB subsumiert werden, allerdings erlaubt dies wie dargelegt keine Rückschlüsse auf die Rechtsnatur des Vertrages.<sup>1265</sup>

## VII. Zusammenfassung

Für die schuldrechtliche Einordnung von Cloud Computing-Verträgen werden unterschiedliche Vertragstypen vertreten. Die wohl herrschende Meinung und auch die Rechtsprechung erkennen einen Mietvertrag, die Rechtsprechung sieht aber auch lizenzrechtliche Aspekte. Daneben werden

---

1260 Hilty, CR 2012, 625, 626, 628, 629, 637 in diese Richtung; Schneider, ITRB 2014, 120, 121 bezugnehmend auf Hilty und die lizenzrechtliche Einordnung befürwortend.

1261 Hoeren/Pinelli, 340; Röhrborn/Sinhart, CR 2001, 69, 71.

1262 Hilty, in: Calboli/Lee, 64, 68.

1263 Hierzu 2. Teil § 1 B IV. 2.

1264 Grüneberg, in: Grüneberg, § 327 BGB, Rn. 5; Staudenmayer, ZEuP 2019, 663.

1265 Hierzu 2. Teil § 1 B IV. 3.

Dienst- oder Werkverträge oder ein typengemischter Vertrag bestehend aus Elementen des Dienst-, Werk- und Mietvertragsrechts gesehen. Teils wird auch eine lizenzvertragliche Einordnung vorgeschlagen.

## C. Frankreich

### I. Mietvertrag: „contrat de louage“

Verträge über Cloud Computing werden teils als Miete einer Dienstleistung („location de service“) angesehen<sup>1266</sup> bzw. der Mietvertrag als der am besten passende Vertragstyp beschrieben.<sup>1267</sup> Bei „ASP“ werde ein Zugangsrecht zur Nutzung gemietet („droit d'accès d'usage“).<sup>1268</sup> Le Tourneau spricht von einer Miete im Sinne einer „licence“.<sup>1269</sup>

### II. „Contrat d'entreprise“

Teils wird festgestellt, dass die schuldrechtliche Einordnung des „ASP“-Vertrages aufgrund verschiedenartiger Ausgestaltungsmöglichkeiten schwerfällt und von den konkreten Leistungspflichten abhängt. Cloud Computing-Verträge werden als Miete bzw. „Miete eines Dienstes“ („contrat de louage<sup>1270</sup> de service“<sup>1271</sup>) oder als ein solcher Vertrag, bei welchem eine „schlüsselfertige“ („clé en main“) Leistung als Dienstleistung („prestation de service“) geschuldet ist, beschrieben.<sup>1272</sup> Auf schuldrechtlicher Ebene seien diese als „contrat d'entreprise“ einzuordnen.<sup>1273</sup>

---

1266 Le Tourneau, Contrats du numérique, Rn. 222.12; Mendoza-Caminade, Receuil Dalloz 2012, 2142.

1267 Warusfel, in: Lamy Droit du Numérique 2023, Rn. 1721 beschreibend.

1268 Bitan, Droit et expertise des contrats informatiques, Rn. 555.

1269 Le Tourneau, Contrats du numérique, Rn. 222.12 die Begriffe „Verwertungsvertrag“ („contrat s'exploitation“) bzw. „Softwarenutzungsvertrag“ („contrat d'utilisation de logiciel“) verwendend.

1270 Le Tourneau, Contrats du numérique, Rn. 342.15.

1271 Warusfel, in: Lamy Droit du Numérique 2023, Rn. 1722 auf die Möglichkeit, dass verschiedenartige Leistungen unter diesen subsumiert werden können, hinweisend.

1272 Bitan, Droit et expertise des contrats informatiques, Rn. 571.

1273 Huet/Bouche, Rn. 136.

### III. Typengemischter Vertrag

Zum Teil wird bei einem „contrat d’hébergement“<sup>1274</sup> oder einem „contrat d’infogérance des ressources informatiques“ eine Miete erkannt, da die Nutzung eines beim Dienstleister bestehenden Servers gegen Bezahlung ausschließlich einem bestimmten Kunden vorbehalten wird. Diese Miete sei ein Annex zu einem „contrat d’entreprise“, somit bestehe ein typengemischter Vertrag.<sup>1275</sup>

### IV. Lizenzvertrag: „licence“

Teils wird eine Einräumung eines Zugangsrechts und Nutzungsrechts („droit d’accès et utilisation“) gesehen und als „licence“ beschrieben.<sup>1276</sup> Sobald eine Softwarenutzung erfolge, sei ein Verwertungsrecht („licence d’exploitation“)<sup>1277</sup> einzuräumen. Andere führen aus, dass der „ASP“-Vertrag eine klassische „licence“ darstellt,<sup>1278</sup> denn es wird ein urheberrechtliches Verwertungsrecht eingeräumt, da, unabhängig von einer Speicherung der Software beim Cloud-Nutzer, dieser eine urheberrechtlich relevante Handlung vornimmt.<sup>1279</sup> Bei „infogérance“ wird teils – etwas plakativ ausgedrückt – von dem Kauf einer Lizenz gesprochen.<sup>1280</sup> Der Cloud Computing-Vertrag müsse den Umfang des urheberrechtlichen Nutzungsrechts exakt umschreiben.<sup>1281</sup> Die sogenannte „IP-Klausel“ wird als zentrales Element des Vertrages beschrieben.<sup>1282</sup>

---

1274 Sédallian/Dupré, 314 ff. hierzu vertiefend.

1275 Costes/Marcellin/Auroux/Perray, in: Lamy Droit du Numérique 2023 Guide, Rn. 3232.

1276 Bitan, Droit et expertise des contrats informatiques, Rn. 572.

1277 Warusfel, in: Lamy Droit du Numérique 2023, Rn. 1728.

1278 Costes/Marcellin/Auroux/Perray, in: Lamy Droit du Numérique 2023 Guide, Rn. 3258.

1279 Warusfel, in: Lamy Droit du Numérique 2023, Rn. 1728 f.

1280 Bitan, Droit et expertise des contrats informatiques, Rn. 555.

1281 Warusfel, in: Lamy Droit du Numérique 2023, Rn. 1728.

1282 Warusfel, in: Lamy Droit du Numérique 2023, Rn. 1743.

## V. Bereitstellung digitaler Dienstleistungen: „fourniture de services numériques“

Art. L224–25–2 Abs. 1 Alt. 2 C. consom. normiert die Bereitstellung digitaler Dienstleistungen, welche in Nr. 7 Article Liminaire C. consom. in wortgleicher Umsetzung der Richtlinie (EU) 2019/770 definiert werden. Dies schließt die Nutzung von Software mittels Cloud Computing mit ein.<sup>1283</sup> Jedoch erlaubt diese Subsumtion wie dargelegt keine Rückschlüsse für die schuldrechtliche Einordnung der Vertrages der Nutzung von Software mittels Cloud Computing.<sup>1284</sup>

## VI. Zusammenfassung

Im französischen Recht tritt noch viel mehr als im deutschen Recht ein Problem mit der Verwendung der Vertragsterminologie zu Tage. Es werden in der Literatur sehr viele unterschiedliche Begriffe genannt, welche zum einen voneinander abgegrenzt, zum anderen aber auch als Synonyme verwendet werden. Darunter leidet auch die Einordnung der einzelnen Lebenssachverhalte und es werden je nach Art der Definition unterschiedliche Vertragstypen angenommen. Teils wird auch eine Gesamtbetrachtung vorgenommen und es erfolgt eine Subsumtion unter den „contrat de louage d’ouvrage“, allerdings soll dieser unter Umständen auch Elemente einer „licence“ enthalten. Andere sehen im Cloud Computing allein einen immaterialgüterrechtlichen Lizenzvertrag.

## D. England

In England erfolgt kaum eine Auseinandersetzung mit der Rechtsnatur von Cloud Computing-Verträgen.

---

1283 Hierzu 2. Teil § 1 B II. 2.

1284 Hierzu 2. Teil § 1 B II. 2., IV. 3.

### I. Mietvertrag: „lease“/„rent“

„ASP“- bzw. „Saas“-Verträge waren früher teils als eine Software-Miete angesehen worden, jedoch wurde dies mittlerweile aufgegeben. Der Nutzer hätte demnach keine Lizenz in Bezug auf die Software innegehabt, sondern als Dienst ausgestaltet allein Zugang zur Software über das Internet erworben.<sup>1285</sup> Dagegen war hervorgebracht worden, dass die Begriffe „lease“/„rent“ üblicherweise im Bereich des Grundstücks- und Bodenrechts („land law“) verwendet werden und somit primär nicht auf Cloud Computing anwendbar sind.<sup>1286</sup>

### II. „Service contract“

Teils werden Cloud Computing-Verträge als „service contract“ eingeordnet und es erfolgt eine Subsumtion unter einen Nominatvertrag des „SG-SA 1982“.<sup>1287</sup> Als „implied terms“ ist gemäß Sec. 13 SGSA 1982 „reasonable skill and care“ geschuldet.<sup>1288</sup> Cloud Computing stelle als Lieferung von IT einen „service“ über das Internet dar.<sup>1289</sup> „Saas“ wird teils auch als „service rental“ beschrieben, denn es wird der Zugang zu einem „service“ verschafft.<sup>1290</sup> Dabei bleibe die Software im Besitz des Anbieters und der Softwarenutzer nutze allein deren Funktionalität. Bei „ASP“/„Saas“ sende der Nutzer über das Internet Daten zum Anbieter, welche diese in verarbeiteter Form zurückschicke. Da allein der Anbieter für die Software verantwortlich sei, handle es sich um einen „service“.<sup>1291</sup> Es wird teils ein Vergleich zum Anbieten eines Telefonats gezogen.<sup>1292</sup> Die Bezahlung als Gegenleistung erfolge zum einen für die Nutzung der Software beim Anbieter, aber auch für

---

1285 Morgan/Berry, 88 (in früherer Auflage: 8. Auflage, 2009).

1286 Schriftliches Interview geführt mit Peter Church, Linklaters LLP, Antworten erhalten am 14. April 2013.

1287 Schriftliches Interview geführt mit Peter Church, Linklaters LLP, Antworten erhalten am 14. April 2013.

1288 Reed, 12.

1289 Reed, 58; Saxby, Rn. 6.909 (in früherer Auflage: 64. Ergänzungslieferung, 2012).

1290 Holt/Newton, 123; MorganBerry, 131.

1291 Morgan/Berry, 131, 277 ff.

1292 Bradgate, 14.

die Nutzung von dessen Hardware bzw. gesamter IT-Infrastruktur sowie der Wartung der Software.<sup>1293</sup> Eine Lizenz werde nicht eingeräumt.<sup>1294</sup>

### III. „Service“ im Sinne des „Consumer Rights Act 2015“

Bei der Softwarenutzung mittels Cloud Computing wird die Anwendung der Normen zur Bereitstellung eines digitalen Inhalts („supply of digital content“) gemäß „CRA 2015“ befürwortet, jedoch allein auf an den Nutzer übermittelte Software wie beispielsweise einen Client.<sup>1295</sup> Die mittels Cloud Computing genutzte Software, welche in der Cloud verbleibe, sei hingegen unter einen „service contract“ gemäß Sec. 48 Abs.1 CRA 2015 zu subsumieren.<sup>1296</sup> „Services“ im Rahmen eines Verbrauchervertrages werden in Secs. 48 bis 57 CRA 2015 entsprechend dem Begriff „service“ des „SGSA 1982“<sup>1297</sup> normiert. Besondere Regelungen zu digitalen Inhalten bzw. Diensten fehlen. Somit handelt es sich bei diesen Ausführungen um keine eigene Rechtsansicht, sondern es kann im Übrigen nach oben verwiesen werden.<sup>1298</sup>

Überdies regelt Sec. 41 CRA 2015 die Verpflichtung des Unternehmers, einen digitalen Inhalt bereitzustellen. In der Gesetzesbegründung wird klargestellt, dass sich diese Verpflichtung auf die Einräumung von Nutzungsrechten bezieht. Üblicherweise wird demnach ein auf gewisse Szenarien begrenztes Nutzungsrecht eingeräumt. Die Rechtsinhaberschaft verbleibt regelmäßig beim ursprünglichen Rechtsinhaber.<sup>1299</sup> Somit wird ein immaterialgüterrechtlicher Aspekt dieses Vertrages erkannt.

---

1293 Morgan/Berry, 279.

1294 Morgan/Berry, 131.

1295 „Consumer Rights Act 2015. Explanatory Notes“, Rn. 166; „UK Government. Department for Business Innovation & Skills. Consumer Rights Act: Digital Content. Guidance for Business“ September 2015, 6.

1296 „UK Government. Department for Business Innovation & Skills. Consumer Rights Act: Digital Content. Guidance for Business“ September 2015, 6.

1297 „Consumer Rights Act 2015. Explanatory Notes“, Rn. 34, 237.

1298 Hierzu 2. Teil § 2 D II.

1299 „Consumer Rights Act 2015. Explanatory Notes“, Rn. 200.

#### IV. Lizenzvertrag: „licence“

Im Falle einer Installation und Nutzung einer „client-side application“ bei dem bzw. durch den Nutzer wird teils eine Lizenz erkannt. Im Übrigen liege ein „service contract“ vor.<sup>1300</sup> Es sei zu differenzieren, ob der Cloud-Anbieter alle Daten zur Verfügung stelle und die Berechnungen nur bei diesem ablaufe (vgl. „Google Mail“, bei welchem letztlich nur die Ergebnisse am Browser angezeigt würden). In diesem Fall sei keine Lizenz notwendig. In Musterverträgen wird bei „ASP“-Modellen, soweit Software genutzt wird, auch eine einfache, nicht übertragbare Lizenz eingeräumt.<sup>1301</sup>

#### V. Zusammenfassung

Aus einer Betrachtung des englischen Rechts können letztlich keine Schlüsse gezogen werden. Ausführungen und Begriffe sind teils unpräzise und überschneidend, eine herrschende Meinung ist nicht erkennbar. Vorgetragen werden ein „service“-Vertrag sowie lizenzvertragliche Aspekte, dabei wird teils zwischen der Software, welche im Rahmen von Cloud Computing genutzt wird und einer Client-Software, welche der Nutzer installiert, unterschieden.

#### E. Vergleichende Betrachtung und Bewertung

##### I. Mietvertrag (Deutschland, Frankreich)

An der mietrechtlichen Einordnung wird kritisiert, dass diese nur einen Teil von Cloud Computing erfasst und die eigentliche Nutzung der Software übersieht.<sup>1302</sup> Wird wie teils im französischen Recht von der Miete eines „service“ gesprochen, so bleibt dessen Inhalt offen. Zum einen kann dieser der Zugang zur Software in der Cloud sein, vielmehr kommt jedoch die Funktionalität der Software als „service“ in Frage. Denn der Zugang zur Software ist letztlich allein ein Zwischenschritt, welcher die Software-

---

1300 Schriftliches Interview geführt mit Peter Church, Linklaters LLP, Antworten erhalten am 14. April 2013.

1301 Morgan/Burden, 149.

1302 Bitan, Droit et expertise des contrats informatiques, Rn. 571 dies für das französische Recht festhaltend.

nutzung ermöglicht. Auch beispielsweise bei einer Wohnraummiete stellt nicht die Überlassung des Schlüssels den Zweck des Vertrages dar, sondern erst die Überlassung des Wohnraums. Wird die Funktionalität der Software in den Mittelpunkt gerückt, so ist aus rechtlicher Perspektive für den Nutzer allein das Nutzungsrecht in Form eines urheberrechtlichen Vervielfältigungsrechts von Bedeutung, denn mit einem solchen kann der Nutzer die Software nutzen und von deren Funktionalität profitieren. Dieses Nutzungsrecht kann schließlich der Gegenstand der Miete sein. Die Miete eines urheberrechtlichen Vervielfältigungsrechts ist jedoch eine Umschreibung einer Einräumung eines solchen Rechts, rechtlich stellt dies eine Lizenz dar. Folglich ist die Nutzung von Software mittels Cloud Computing nicht als Mietvertrag anzusehen, vielmehr liegt ein Lizenzvertrag vor.

## II. Dienst- und Werkvertrag (Deutschland), „*contrat d’entreprise*“ (Frankreich), „*service contract*“ (England) und typengemischter Vertrag (Deutschland, Frankreich)

Grundsätzlich ist eine Subsumtion unter einen Dienst- oder Werkvertrag, einen „*contrat d’entreprise*“ in Frankreich, einen „*service contract*“ in England oder unter einen typengemischten Vertrag möglich. Allerdings ist diesbezüglich stets eine Verallgemeinerung erkennbar, denn es werden nicht die konkreten Leistungen betrachtet, sondern allein Oberbegriffe verwendet. Wie in Bezug auf die Miete dargestellt ist der Gegenstand des Vertrages das Nutzungsrecht, um die Software und letztlich deren Funktionalität nutzen zu können. Die Einräumung eines solchen Rechts stellt einen Lizenzvertrag dar. Für diesen kann jedoch das jeweilige Nominatvertragsrecht der genannten Verträge zur Anwendung kommen. Dies ist eine Frage der Rechtsfolgenseite. Selbstredend können Nebenpflichten in Bezug auf Softwarepflege, das Erstellen einer Homepage, welche den Zugang zur Software in der Cloud möglich macht bzw. die Überlassung eines sogenannten Clients, etc. bestehen. Hinsichtlich dieser Pflichten können wiederum Teile von den genannten Nominatverträgen Anwendung finden.

## III. Lizenzvertrag (Deutschland, Frankreich, England)

Wie in den vorstehenden Punkten erläutert steht das urheberrechtliche Nutzungsrecht im Mittelpunkt des Vertrages. Dessen Einräumung stellt

einen Lizenzvertrag dar. Jedoch können daneben noch vertragliche Nebenpflichten bestehen, welche Teil des Lizenzvertrages werden bzw. diesen als einen Vertrag Sui-Generis erscheinen lassen.

#### IV. Bereitstellung digitaler Inhalte (EU)

Wie dargelegt wurde die gesetzliche Ausgestaltung im Verordnungsentwurf für ein Gemeinsames Europäisches Kaufrecht in der Rechtsliteratur diskutiert und insbesondere kritisiert.<sup>1303</sup> Besonders hervorzuheben ist der Aspekt, dass jegliche Verträge, welche eine Bereitstellung digitaler Inhalte zum Gegenstand haben, mit demselben Nominatvertragsrecht, insbesondere Leistungsstörungsrecht, gesetzlich erfasst werden sollten. Es erscheint nicht praktikabel, ein unabhängig von konkreten Leistungspflichten alle möglichen Sachverhaltskonstellationen erfassendes Vertragsrechtsregime zu schaffen. Eine Subsumtion der Nutzung von Software mittels Cloud Computing unter den Vertrag der Bereitstellung digitaler Inhalte ist im Ergebnis möglich, jedoch erlaubt dies keine Rückschlüsse auf die Rechtsnatur des Vertrages.

#### V. Zusammenfassung

Ein Vertrag über die Nutzung von Software mittels Cloud Computing stellt einen Lizenzvertrag dar. Es wird ein urheberrechtliches Nutzungsrecht in Form eines Vervielfältigungsrechts eingeräumt. Daneben können weitere vertragliche Nebenpflichten bestehen. Eine Subsumtion unter den Vertrag der Bereitstellung digitaler Inhalte des Verordnungsvorschlags für ein Gemeinsames Europäisches Kaufrecht ist möglich, allerdings erlaubt dies keine Rückschlüsse auf die Rechtsnatur des Vertrages.

#### § 3. *Erstellung und Überlassung (Zugang und Nutzung) von Individualsoftware*

Verträge über die Erstellung und Überlassung von Individualsoftware sind ähnlich wie solche über die dauerhafte Überlassung von Standardsoftware seit jeher Gegenstand von Literatur und Rechtsprechung. Werden diese

---

<sup>1303</sup> Hierzu 2. Teil § 1 A I. 4.

Verträge im Folgenden betrachtet, so spielen die tatsächlich bestehenden Leistungspflichten eine entscheidende Rolle. Im Unterschied zur dauerhaften Überlassung von Standardsoftware ist auch die Erstellung der Software entsprechend den Anforderungen des Nutzers, also die Konzeption und Programmierung der Software, Vertragsgegenstand. Dabei wird die Software regelmäßig allein dem Besteller überlassen und ist nicht Gegenstand von Verträgen mit weiteren Nutzern.

## A. Europäische Union

Die Erstellung und Überlassung von Individualsoftware kann unter den Vertrag über die Bereitstellung digitaler Inhalte des Verordnungsvorschlags für ein Gemeinsames Europäisches Kaufrecht subsumiert werden. Die Definition von „digitalen Inhalten“ in Art. 2 lit. j) VO-GEKR umfasst ihrem Wortlaut nach „Daten, die – gegebenenfalls auch nach Kundenspezifikationen – in digitaler Form hergestellt und bereitgestellt werden, darunter (...) Software“.<sup>1304</sup> Dies beschreibt unstreitig Individualsoftware. Darüber hinaus handelt es sich um eine Bereitstellung im Sinne des Gesetzes.<sup>1305</sup>

## B. Deutschland

### I. Dienstvertrag

Vereinzelt wird die Erstellung und Überlassung von Individualsoftware als Dienstvertrag gemäß §§ 611 ff. BGB angesehen, allerdings werden damit

---

1304 Reich, An optional Sales Law Instrument for European Businesses and Consumers? EUI Working Papers. Law 2012/04, 69; Staudenmayer, XIV; Wendehorst, in: Schulze, Art. 5 CESL (P) Regulation, Rn. 17; Zahn, ZEuP 2014, 77, 82; Zenefels, K&R 2012, 463, 464; Zoll, in: Schulze, Common European Sales Law (Commentary), Art. 91 GEKR, Rn. 6. „Remedies for Buyers in Case of Contracts for the Supply of Digital Content, ad hoc briefing paper for the European Parliament’s Committee on Legal Affairs“, Mai 2012, PE 462.459, S. 5, 8, 24 f. Zu beachten ist die Ausnahme nach Art. 2 lit. j) vi VO-GEKR, gemäß welcher „die Erstellung neuer digitaler Inhalte oder die Veränderung vorhandener digitaler Inhalte durch den Verbraucher oder jede sonstige Interaktion mit den Schöpfungen anderer Nutzer“ vom Anwendungsbereich ausgenommen werden, Zenefels, K&R 2012, 463, 464.

1305 Hierzu 2. Teil § 1 A I. 3.

Sonderfälle der Softwareerstellung beschrieben.<sup>1306</sup> Grundsätzlich sind bei der Erstellung und Überlassung von Individualsoftware diese tatsächlich geschuldet und dies erfüllt das werkvertragliche Merkmal des über ein Tätigwerden hinausgehenden Erfolges. Folglich ist ein Dienstvertrag, bei welchem allein ein Tätigwerden geschuldet ist, nicht einschlägig und abzulehnen.

## II. Werkvertrag

Verträge über der Erstellung und Überlassung von Individualsoftware werden sowohl von einem großen Teil der Literatur<sup>1307</sup> als auch von der Rechtsprechung<sup>1308</sup> schuldrechtlich als Werkvertrag gemäß §§ 631 ff. BGB

---

1306 Redeker, Rn. 299.

1307 Bartsch, CR 2001, 649, 655; Beckmann, in: Staudinger, § 453 BGB, Rn. 61; Brandi-Dohrn, CR 1986, 63, 64; Bräutigam/Rücker, CR 2006, 361, 366 ff.; Brox/Walker, § 1, Rn. 7; Busche, in: MüKo, § 631 BGB, Rn. 143; Diedrich CR 2002, 473, 475 ff.; Fritzsche, JuS 1995, 497, 501 die geistige Tätigkeit des Programmierens in den Mittelpunkt stellend; Fritzemeyer, NJW 2011, 2918, 2920 die Softwareerstellung als Werkvertrag ansehend, ausnahmsweise aber auch als Werklieferungsvertrag einordnend; Hassemer, ZGS 2002, 95, 102; Hoeren, GRUR 2010, 665, 666; Hoeren/Pinelli, 204 f.; Kilian, CR 1986, 187, 194; Koch, 460 ff.; Köhler, CR 1987, 827, 828; Lenhard, 149 zahlreiche Literatur zitierend für die Zeit vor der Schuldrechtsreform im Jahr 2002, 164 ff.; Lejeune, in: Ullrich/Lejeune, Teil 1, Rn. 283, 294 f.; Lippert, CR 2002, 458, 464; Maume/Wilser, CR 2010, 209, 211; Metzger, AcP, Bd. 204, 2004, 231, 247 ff., 252, 263; Müller-Hengstenberg, CR 2004, 161, 164 f.; Oechsler, Rn. 1088; Peters, in: Staudinger, Vorbem zu §§ 631 ff. BGB, Rn. 79; Peters/Jacoby, in: Staudinger, § 651 BGB, Rn. 16; Redeker, Rn. 296 letztlich einen Werkvertrag befürwortend, mit Verweis auf Literatur vor dem Jahr 1990, 299; Peukert, § 35, Rn. 32 für welchen bei mit Datenträger übergebener Software jedoch ein Werklieferungsvertrag vorliegt; Retzlaff, in: Grüneberg, Einführung von § 631 BGB, Rn. 22, § 650 BGB, Rn. 5; Schneider, in: Handbuch des EDV-Rechts, M, Rn. 137 dies als h.M. darstellend, Q, Rn. 9; Stichtenroth, K&R 2003, 105, 108 die Anwendung des Werkvertragsrechts gegenüber dem Werklieferungsvertragsrecht mit den Rechtsfolgen begründend; Stieper, in: Staudinger, § 90 BGB, Rn. 15; Thewalt, 96 f.; Thewalt, CR 2002, 1, 4, 7 auch insbesondere von den Rechtsfolgen her argumentierend, indem er das Werkvertragsrecht mit dem Werklieferungsvertragsrecht, also dem Kaufrecht, vergleicht; Voit, in: BeckOK BGB, § 631 BGB, Rn. 26; Westermann, in: MüKo, Vor § 433 BGB, Rn. 18.

1308 BGH, Urteil v. 11. Februar 1971 – VII ZR 170/69, WM 1971, 615 ff. ersichtlich aus Rn. 53; BGH, Urteil v. 30. Januar 1986 – I ZR 242/83, NJW 1987, 1259 ff.; BGH, Urteil v. 24. Juni 1986 – X ZR 16/85, CR 1986, 799, 800 für die Lieferung einer EDV-Anlage nebst Programmen; BGH, Urteil v. 04. November 1987 – VIII ZR 314/86, NJW 1988, 406, 407; BGH, Urteil v. 18. Oktober 1989 – VIII ZR 325/88,

eingeordnet. Die Software stellt das zu erstellende Werk dar.<sup>1309</sup> Abzugrenzen ist hiervon die Anpassung von Individualsoftware, bei welcher nicht die Softwareerstellung im Vordergrund steht, sondern vielmehr bestehende Software an die Bedürfnisse des Nutzers adaptiert wird. Auch diese Tätigkeit wird schuldrechtlich als Werkvertrag angesehen, denn es wird ein über das Tätigwerden hinausgehender Erfolg geschuldet.<sup>1310</sup>

### III. Werklieferungsvertrag

Art. 1 Abs. 4 Richtlinie 1999/44/EG normiert die Einordnung von Verträgen über die Lieferung herzustellender oder zu erzeugender Verbrauchsgüter als Kaufverträge. Die deutsche Umsetzungsnorm dieser europarechtlichen Vorgabe ist § 650 BGB, in welcher der im deutschen Recht schon früher bestehende Werklieferungsvertrag neu gefasst wurde. Entgegen der Richtlinie 1999/44/EG wurde der persönliche Anwendungsbereich der Norm jedoch nicht auf Verbraucherverträge beschränkt. Hat der Schuldner eine bewegliche Sache, welche dieser an den Gläubiger liefert, erst noch herzustellen oder zu erzeugen, so liegt ein Werkvertrag in Form des Werklieferungsvertrages vor und über § 650 BGB kommt das Kaufrecht anstatt des Werkvertragsrechts zur Anwendung.<sup>1311</sup> Unterschiede bestehen insbe-

---

NJW 1989, 320 ff.; BGH, Urteil v. 07. März 1990 – VIII ZR 56/89, NJW 1990, 3011, 3012; BGH, Urteil v. 02. November 1995, CR 1996, 667 ff.; BGH, Urteil v. 04. März 2000 – III ZR 79/09, NJW 2010, 1449; BGH, Urteil v. 04. März 2010 – III ZR 79/09, NJW 2010, 1449. 1450 in einer Entscheidung, welche einen Internet-System-Vertrag zum Gegenstand hatte. Der BGH stellte fest, dass ein Vertrag zur Erstellung von Individualsoftware „regelmäßig als Werkvertrag (...), unter Umständen als Werklieferungsvertrag (...) anzusehen“ ist; OLG Düsseldorf, Urteil v. 18. Juli 1997 – 22 U 3/97, NJW-RR 1998, 345 ff. die Erstellung von Software als Werkvertrag einordnend. Es spielten allein schuldrechtliche Aspekte zur Werklohnforderung eine Rolle; OLG Karlsruhe, Urteil v. 16. August 2002 – 1 U 250/01, CR 2003, 95 ff.; OLG Köln, Urteil v. 10. März 2006 – 19 U 160/05, CR 2006, 440 aufgrund des „individuell geschuldeten Erfolges“ in Abgrenzung zum Kaufvertrag bei Standardsoftware; OLG München, Urteil v. 23. Dezember 2009 – 20 U 3515/09, NJW-RR 2010, 789, 790 dies als „einhellige Auffassung“ beschreibend;

1309 Koch, 460 f.; Schweinoch/Roas, CR 2004, 326, 327; Spindler/Klöhn, CR 2003, 81, 83 von einer „Verschaffung von unkörperlichen Daten“ sprechend.

1310 Busche, in: MüKo, § 631 BGB, Rn. 143. Die Anpassung von Individualsoftware wird im Folgenden nicht weiter betrachtet, denn bei dieser steht nicht die Neuerstellung und Überlassung im Vordergrund, sondern allein die Veränderung von schon existierender Software.

1311 Brox/Walker, § 23, Rn. 10 ff., Medicus/Lorenz, § 33, Rn. 8.

sondere hinsichtlich der Verjährungsfristen und Gewährleistungsrechte wie zum Beispiel dem Fehlen der im Werkvertragsrecht bestehenden Selbstvornahme.<sup>1312</sup> Der Anwendungsbereich des Werklieferungsvertrages umfasst gemäß § 650 Abs. 1 S. 3 BGB auch nicht vertretbare Sachen (§ 90 BGB) als Vertragsgegenstand; in diesem Fall sind allerdings zahlreiche werkvertragsrechtliche Normen anzuwenden.<sup>1313</sup> Der Eigentumsübergang ist in § 650 BGB nicht erwähnt und kann gesetzlich gemäß §§ 946, 94, §§ 947, 93 BGB oder vertraglich gemäß §§ 650, 433 Abs. 1 S. 1 BGB erfolgen.<sup>1314</sup>

Umstritten ist, ob die Erstellung und Überlassung von Individualsoftware auch unter den Werklieferungsvertrag subsumiert werden kann, wie dies im alten Schuldrecht vor der Schuldrechtsreform zum 01. Januar 2002 teils erfolgt war.<sup>1315</sup> Entgegen der beim Werkvertrag genannten Rechtsprechung wird auch die für einen Werklieferungsvertrag votierende Rechtsprechung als gefestigt angesehen.<sup>1316</sup> Seit der Einführung des § 650 BGB vor über 20 Jahren ist die Diskussion über die Subsumtion der Erstellung und Überlassung von Individualsoftware unter den Werklieferungsvertrag neu aufgeflammt und diese teils befürwortet worden.<sup>1317</sup> Verstärkt wurde dies durch eine baurechtliche Entscheidung des BGH zur schuldrechtlichen Einordnung der Herstellung von Silobauteilen.<sup>1318</sup> In diesem Urteil stellte der BGH fest, dass Verträge über die Lieferung herzustellender oder zu erzeugender beweglicher Sachen stets als Werklieferungsverträge

---

1312 Schneider/Bischof, ITRB 2002, 273, 274.

1313 BGH, Urteil v. 23. Juli 2009 – VII ZR 151/08, NJW 2009, 2877, 2879.

1314 Thewalt, CR 2002, 1, 2 f.

1315 BGH, Urteil v. 14. Juli 1993 – VIII ZR 147/92, NJW 1993, 2436, 2437 offenlassend. Lenhard, 150 beschreibend und diese Rechtslage nach dem alten Recht umfassend darlegend; Marly, Rn. 676 mit weiteren Verweisen; Thewalt, CR 2002, 1, 4 beschreibend mit weiteren Verweisen.

1316 BGH, Urteil v. 20. Februar 2001 – X ZR 9/99, NJW 2001, 1718 ff. Marly, Rn. 679; Thewalt, 20.

1317 Bartsch CR 2001, 649, 655; Beier, in: Pagenberg, Kap. 14, Rn. 8; Haas, in: Haas/Medicus/Rolland/Schäfer/Wendtland, Kap. 6, Rn. 70 a. E.; Kotthoff, K&R 2002, 105; Lejeune, CR 2007, 75, 78; Mankowski, MDR 2003, 854, 857; Medicus/Lorenz, § 19, Rn. 3; Meub, DB 2002, 131, 134; Peukert, § 35, Rn. 32 für Software auf einen Datenträger, im Übrigen einen Werkvertrag erkennend; Schneider, CR 2003, 317, 322 unter Anwendung von werkvertraglichen Normen gemäß § 650 Abs. 1 S. 3 BGB; Schneider/Bischof, ITRB 2002, 273; Schweinoch, CR 2009, 637, 640 f.; Schweinoch, CR 2010, 1, 2 ff.; Schweinoch/Roas, CR 2004, 326, 330; Weber/Dospil/Hanhörster 155; Westerhold/Berger, CR 2002, 81, 82 f.

1318 BGH, Urteil v. 23. Juli 2009 – VII ZR 151/08, NJW 2009, 2877 ff.

zu qualifizieren sind. Dabei ließ der BGH offen, ob der Sachbegriff des § 650 BGB ein sachenrechtlicher oder ein unionsrechtlicher ist. Allerdings tendierte der BGH zu einer sich am natürlichen Sprachgebrauch orientierenden unionsrechtlichen Auslegung und verwies insbesondere auf die dem § 650 BGB zugrunde liegende Richtlinie 1999/44/EG und auf die deutsche Gesetzesbegründung des Umsetzungsgesetzes.<sup>1319</sup> In Bezug auf den Sachbegriff sei somit nicht das deutsche Sachenrecht heranzuziehen,<sup>1320</sup> jedoch wird teils auch der deutsche Sachbegriff mit dem unionsrechtlichen gleichgesetzt<sup>1321</sup> bzw. letzterer als § 90 BGB umfassend angesehen.<sup>1322</sup> Entsprechend dem BGH muss bei § 650 BGB „die Lieferung einer zu erstellenden beweglichen Sache“ Gegenstand des Vertrages sein und Planungsleistungen, welche eine Art Vorstufe „zur im Mittelpunkt des Vertrags stehenden Lieferung herzustellender (...)teile anzusehen sind“, stehen der Anwendung des § 650 BGB nicht entgegen.<sup>1323</sup> Ist die Entwicklung hingegen eine Hauptleistungspflicht und dominiert diese, so sei Werkvertragsrecht anzuwenden.<sup>1324</sup>

### 1. Software als herzustellende oder zu erzeugende bewegliche Sache

Gemäß dem der Norm § 650 Abs.1 S.1 BGB zu Grunde liegenden § 1 Abs.2 lit. b) Richtlinie 1999/44/EG sind „bewegliche körperliche Gegenstände, mit Ausnahme von Gütern, die aufgrund von Zwangsvollstreckungsmaßnahmen oder anderen gerichtlichen Maßnahmen verkauft werden, Wasser und Gas, wenn sie nicht in einem begrenzten Volumen oder in einer bestimmten Menge abgefüllt sind“ sowie Strom als mitumfasst anzusehen. Einerseits soll der Gesetzgeber bei der Neufassung der Norm im Rahmen der Schuldrechtsreform grundsätzlich auch Softwareverträge bedacht haben, denn er hat im damaligen Fernabsatzrecht

---

1319 Gesetzentwurf der Abgeordneten (...). Entwurf eines Gesetzes zur Modernisierung des Schuldrechts, BT-Drs. 14/6040, S. 268. BGH, Urteil v. 23. Juli 2009 – VII ZR 151/08, NJW 2009, 2877, 2878.

1320 BGH, Urteil v. 23. Juli 2009 – VII ZR 151/08, NJW 2009, 2877, 2878.

1321 Deckers, CR 2002, 900, 901; Retzlaff, in: Grüneberg, § 651 BGB, Rn. 2.

1322 Gesetzentwurf der Abgeordneten (...). Entwurf eines Gesetzes zur Modernisierung des Schuldrechts, BT-Drs. 14/6040, 267 f. Busche, in: MüKo, § 650 BGB, Rn. 3.

1323 BGH, Urteil v. 23. Juli 2009 – VII ZR 151/08, NJW 2009, 2877, 2879.

1324 BGH, Urteil v. 23. Juli 2009 – VII ZR 151/08, NJW 2009, 2877, 2879. Zirkel, GRUR-Prax 2010, 237, 238.

(§ 312d Abs. 4 Nr. 2 BGB a.F.)<sup>1325</sup> sowie in der Gesetzesbegründung von § 453 BGB Software erwähnt.<sup>1326</sup> Andererseits sei der Anwendungsbereich des § 650 BGB, welcher sich allein auf Sachen beziehe, nicht eröffnet, da Verträge über die Überlassung von Standardsoftware unter § 453 BGB und nicht unter den Sachkauf gemäß § 433 BGB zu subsumieren seien.<sup>1327</sup> Dem wird entgegengehalten, dass aus der Nennung von Software in der Gesetzesbegründung von § 453 BGB kein dahingehender gesetzgeberischer Wille ableitbar ist<sup>1328</sup> bzw. allein die Nennung bei § 453 BGB auch nicht ausreichend wäre.<sup>1329</sup> Zum Teil wird auch mit dem „ASP“-Urteil des BGH argumentiert. Dieses stehe einer Anwendung von § 650 BGB nicht entgegen, denn in diesem Urteil behandle der BGH mietrechtliche Fragen der Gebrauchsüberlassung und nicht solche der Lieferung und Besitzverschaffung.<sup>1330</sup> Zudem liege auch bei einem Download eine Verkörperung im Sinne des „ASP“-Urteils vor, denn aus Nutzersicht spiele es keine Rolle, auf welchem tatsächlichen Weg die „Lieferung“ erfolge und somit die Software, schließlich auf einem Datenträger gespeichert, zu diesem gelange.<sup>1331</sup> Andere hingegen stellen allein auf die Art der Übermittlung der Software ab. So sei die Softwareerstellung grundsätzlich als Werkvertrag anzusehen. Werde die Software hingegen auf einem Datenträger übergeben, so liege § 650 BGB vor.<sup>1332</sup> Teils wird ein genereller Ansatz verfolgt und die Anwendung von § 650 BGB abgelehnt, da Software keine Sache sei.<sup>1333</sup>

In Bezug auf die Subsumtion von Software unter einen Sachbegriff kann auf obige Ausführungen zur schuldrechtlichen Einordnung der dauerhaften Überlassung von Standardsoftware verwiesen werden. Im Ergebnis scheitert eine solche rechtliche Einordnung; Software stellt keine herzustellende oder zu erzeugende bewegliche Sache dar.<sup>1334</sup>

---

1325 Heute unter der Überschrift „Außerhalb von Geschäftsräumen geschlossene Verträge und Fernabsatzverträge“ in § 312g Abs. 2 Nr. 6 BGB.

1326 Schweinoch/Roas, CR 2004, 326, 329, 330 in diese Richtung.

1327 Schweinoch/Roas, CR 2004, 326, 329, 330; Stichtenroth, K&R 2003, 105, 106 ff.

1328 Maumer/Wilser, CR 2010, 209, 211.

1329 Marly, Rn. 680 ff., 685 sich sehr ausführlich mit dem Willen des Gesetzgebers bei der Schaffung des neuen § 650 BGB auseinandersetzend, auch in Bezug auf das „CISG“.

1330 Maume/Wilser, CR 2010, 209, 211.

1331 Zirkel, GRUR-Prax 2010, 237, 238.

1332 Kraul, GRUR Int. 2009, 481, 486 f.; Peukert, § 35, Rn. 32.

1333 Taeger, NJW 2008, 3326, 3329.

1334 Hierzu 2. Teil § 1 E. I. 1.

## 2. Lieferung

Ausführungen in Bezug auf das Tatbestandsmerkmal der Lieferung erfolgen uneinheitlich. Grundsätzlich umfasst die Lieferung im Sinne des BGB die Besitz- und die Eigentumsverschaffung, eine anerkannte richtlinienkonforme Auslegung des Begriffs fehlt allerdings. Aufgrund der Verweisung des § 650 BGB ins Kaufrecht und dessen Leistungsstörungenrecht wird teils eine Übergabe und Übereignung gefordert.<sup>1335</sup> Andere beschreiben die Lieferung weniger als tatsächliche Übergabe, sondern als Synonym für den Austauschcharakter des Vertrages.<sup>1336</sup> Bei einer Online-Übermittlung entfalle eine Lieferung vollständig, denn es finde keine Bewegung einer Sache statt.<sup>1337</sup> Tatsächlich stellt § 650 S. 1 BGB auf „die Lieferung herzustellender oder zu erzeugender beweglicher Sache(n)“ ab und kann als eine Brücke vom Werkvertragsrecht ins Kaufrecht bezeichnet werden. Wird bei einem Werkvertrag eine „bewegliche Sache“ „geliefert“, so steht dieser Vertrag dem Kaufrecht näher als dem Werkvertragsrecht und zahlreiche Normen des Kaufrechts finden Anwendung. Das Kaufrecht, insbesondere der Kauf einer Sache, setzt explizit eine Übergabe und Übereignung bzw. diesen gleichstehende Handlungen voraus. Folglich kann die Lieferung grundsätzlich den kaufrechtlichen Begriffen der Übergabe und Übereignung der Kaufsache gleichgestellt werden. Software stellt jedoch keine Sache dar, sondern allenfalls der Datenträger, auf dem diese verkörpert ist.<sup>1338</sup> Da es an einer Sache fehlt, mangelt es schließlich an einem Bezugspunkt für Übergabe und Übereignung und dem Nutzer wird keine einem Eigentümer entsprechende Rechtsstellung eingeräumt. Folglich ist das Tatbestandsmerkmal der Lieferung abzulehnen.

## 3. Nutzungsrecht

Teils wird auch dem Umfang des Nutzungsrechts eine Bedeutung für die schuldrechtliche Einordnung des Vertrages zugeschrieben. Werde ein ausschließliches Nutzungsrecht für die Software eingeräumt, so liege ein Werkvertrag vor, bei einem einfachen Nutzungsrecht hingegen aufgrund der Vergleichbarkeit mit der kaufrechtlichen Überlassung von Standard-

---

1335 Maume/Wilser, CR 2010, 209, 214; Busche, in: MüKo, § 650 BGB, Rn. 7 ablehnend.

1336 Thewalt, CR 2002, 1, 4.

1337 Koch, 472.

1338 Hierzu 2. Teil § 1 E I. 1.

software ein Werklieferungsvertrag.<sup>1339</sup> Dem wird richtigerweise entgegengehalten, dass insbesondere § 650 BGB eine solche Unterscheidung nicht vorsieht.<sup>1340</sup> Auch beispielsweise in Bezug auf das Verjährungsrecht, welches sich bei einem Kauf- und bei einem Werkvertrag unterscheidet, leuchtet es nicht ein, zwischen einer Einräumung von einem einfachen oder einem ausschließlichen Nutzungsrecht zu unterscheiden. Daher ist eine solche Abgrenzung abzulehnen.

#### 4. Teleologische Betrachtung unter Heranziehung der „Silobauteile“-Entscheidung des BGH

Teils erfolgt auch eine teleologische Betrachtung, insbesondere unter der Heranziehung der Kriterien der „Silobauteile“-Entscheidung des BGH. Demnach entspricht, wenn ein über die Übergabe der Sache hinausgehender Erfolg geschuldet ist, die Anwendung des § 650 BGB nicht dem Telos der Norm,<sup>1341</sup> denn die Gesetzesbegründung konkretisiert, dass die Herstellung unkörperlicher Werke nicht unter § 650 BGB zu subsumieren ist.<sup>1342</sup> Bei unkörperlichen Werken stehe eine geistige Leistung im Vordergrund, als Beispiel können das Planen einer Maschine,<sup>1343</sup> Pläne von Architekten<sup>1344</sup> oder die Erstellung eines Gutachtens genannt werden. Bei diesen seien der „geistige Gehalt“, die „geistige Schöpfung“ bzw. das „Know-How“ oder auch der „individuelle Erfolg“ von Relevanz.<sup>1345</sup> Hingegen eine reine Verkörperung der Leistung beispielsweise auf Papier spiele keine Rolle für

---

1339 Redeker, Rn. 297c; Redeker, CR 2004, 88, 89 f. Lejeune, in: Ullrich/Lejeune, Teil 1, Rn. 294 ff. wohl auch in diese Richtung.

1340 Schweinoch/Roas, CR 2004, 326, 329.

1341 Retzlaff, in: Grüneberg, § 650 BGB, Rn. 13 auf Werkvertragsrecht verweisend; Schneider/Bischof, ITRB 2002, 273, 274.

1342 BGH, Urteil v. 23. Juli 2009 – VII ZR 151/08, NJW 2009, 2877, 2879, insbesondere Rn. 13, 15 mit Verweis auf Gesetzentwurf der Abgeordneten (...). Entwurf eines Gesetzes zur Modernisierung des Schuldrechts, BT-Drs. 14/6040, S. 268. Maumer/Wilser, CR 2010, 209, 211 mit demselben Verweis; Thewalt, 63 f.

1343 Schneider/Bischof, ITRB 2002, 273, 274.

1344 BGH, Urteil v. 23. Juli 2009 – VII ZR 151/08, NJW 2009, 2877, 2879.

1345 Busche, in: MüKo, § 631 BGB, Rn. 150 f. in diese Richtung bez. Gutachten; Hoeren/Pinelli, 207 auf die „planerische Lösung eines konstruktiven Problems“ abstellend; Koch, 471; Lejeune, in: Ullrich/Lejeune, Teil 1, Rn. 283, 294 f.; Peters/Jacoby, in: Staudinger, Vorbemerkung zu §§ 631 ff. BGB, Rn. 79; Thewalt, CR 2002, 1, 4; Voit, in: BeckOK BGB, § 631 BGB, Rn. 17, 26, 31, 36, 45 in diese Richtung.

diese rechtliche Einordnung.<sup>1346</sup> Auch bei der Erstellung von Software sei der Leistungsschwerpunkt in der geistigen Schöpfung zu sehen,<sup>1347</sup> denn die Lieferung des Datenträgers sei im Ergebnis nicht der zentrale Vertragsgegenstand<sup>1348</sup> und stelle nur eine Nebenpflicht<sup>1349</sup> bzw. Teilkomponente<sup>1350</sup> dar. Allein das Ergebnis der Tätigkeit bedürfe einer Verkörperung.<sup>1351</sup> Andere bringen an, ein solches Dominieren der Planungsleistungen liegt bei Software nur vor, wenn diese entsprechend dem konkreten Angebot bzw. der internen Kalkulation des Softwareerstellers mindestens zwei Drittel der Gesamtkosten umfasst<sup>1352</sup> und die Verkörperung allein der Perpetuierung dient.<sup>1353</sup> Letzteres ist allerdings bei Software stets der Fall.<sup>1354</sup> Zudem sind die Kosten für den Datenträger im Verhältnis zu den Entwicklungskosten zu vernachlässigen, genauso wie dies auch bei oben<sup>1355</sup> genannten Gutachten oder Plänen eines Architekten der Fall ist. Folglich stellt unter Heranziehung der Kriterien der „Silobauteile“-Entscheidung des BGH bei der Erstellung und Überlassung von Individualsoftware die Entwicklung die Hauptleistung dar und § 650 BGB ist nicht einschlägig. Demnach ist die Erstellung und Überlassung von Individualsoftware schuldrechtlich als Werkvertrag einzuordnen.

## 5. Zusammenfassung

Teilweise wird die schuldrechtliche Einordnung von Verträgen über die Erstellung und Überlassung von Individualsoftware als Werklieferungsvertrag angesehen. Als Rechtsfolge wäre in diesem Fall grundsätzlich das Kaufrecht anzuwenden. Allerdings scheidet im Gleichlauf zur Subsumtion von Stan-

---

1346 Metzger, AcP, Bd. 204, 2004, 231, 252, 263 mit einer ausgiebigen Analyse der Umstände der Entstehung des damaligen § 651 BGB, 244 f.

1347 OLG München, Urteil v. 23. Dezember 2009 – 20 U 3515/09, NJW-RR 2010, 789, 790. Lippert, CR 2002, 458, 464; Müller-Hengstenberg, NJW 1994, 3129, 3132; Voit, in: BeckOK BGB § 631 BGB, Rn. 26.

1348 Hoeren/Pinelli, 206.

1349 Beckmann, in: Staudinger, § 453 BGB, Rn. 61; Koch, 471; Voit, in: BeckOK BGB, § 631 BGB, Rn. 13 in diese Richtung.

1350 Busche, in: MüKo, § 631 BGB, Rn. 143; Diedrich, CR 2002, 473, 475.

1351 Thewalt, 64.

1352 Maume/Wilser, CR 2010, 209, 213.

1353 Zirkel, GRUR-Prax 2010, 237, 238.

1354 Schweinoch/Roas, CR 2004, 326, 328 eine Verkörperung allein aus „praktischen Gründen“ befürwortend.

1355 1. Teil § 3 D IV. 3. und in diesem Absatz.

dardsoftware unter jeglichen kaufrechtlichen Sachbegriff auch die Subsumtion von Individualsoftware unter einen solchen des § 650 BGB. Zudem ist das Tatbestandsmerkmal der Lieferung nicht erfüllt. Eine teleologische Betrachtung im Lichte der „Silobauteile“-Entscheidung des BGH spricht für eine werkvertragliche Einordnung. Für eine Abgrenzung anhand des Umfangs des eingeräumten Nutzungsrechts ergeben sich keine Anhaltspunkte. Somit ist § 650 BGB nicht einschlägig.

#### IV. Gesellschaftsvertrag

Nur in Ausnahmefällen wie komplexen Langzeitverträgen oder solchen von gemeinsamer Entwicklung und Vermarktung der Software durch den Anbieter und den Nutzer<sup>1356</sup> wird teils eine gesellschaftsvertragliche Konstellation angenommen.<sup>1357</sup> Dies wird mangels Relevanz für eine allgemeingültige Betrachtung an dieser Stelle nicht weiter vertieft.<sup>1358</sup>

#### V. Aufteilung in Softwareerstellung sowie Einräumung eines immaterialgüterrechtlichen Nutzungsrechts

In den vorstehenden Ausführungen spielten urheberrechtliche Aspekte kaum eine Rolle, es wurde allein die Erstellung der Software in den Mittelpunkt gestellt. Diese kann als Konzeption, Programmierung und tatsächliche Zurverfügungstellung beschrieben werden. Hierfür hat sich eine schuldrechtliche Einordnung als Werkvertrag herausgebildet.<sup>1359</sup> Allerdings erklärt dies nicht, wie der Nutzer neben der tatsächlichen Möglichkeit auch die rechtliche Gestattung für die Nutzung der Software erlangt, da der Nutzer eines urheberrechtlichen Nutzungsrechts bedarf.<sup>1360</sup> In der Folge wird teils vertreten, die Einräumung eines solchen Nutzungsrecht muss stets erfolgen<sup>1361</sup> bzw. stellt neben der Erstellung die Hauptleistungspflicht des

---

1356 Karger, CR 2001 357, 360; Redeker, Rn. 503.

1357 Zur GbR 2. Teil B § 3 III. 2. d).

1358 Karger, CR 2001, 357, 360 hierzu vertiefend; Müller Hengstenberg/Krcmar, CR 2002, 549, 555; Thewalt, 224 ff.

1359 Hierzu 2. Teil § 3 B I.-III, insbesondere II.

1360 Hierzu I. Teil § 3 D, E.

1361 Bartsch, CR 2012, 141, 144; Graf von Westphalen CR 1987, 477, 487 bei urheberrechtlich geschützter Software den Vertrag insgesamt als Lizenzvertrag ansehend.

Vertrages dar.<sup>1362</sup> Der Umfang des Nutzungsrechts variiere in der Praxis, allerdings seien regelmäßig sämtliche bestehenden Rechte – mit Ausnahme der unübertragbaren Urheberpersönlichkeitsrechte – an den Besteller zu übertragen bzw. einzuräumen.<sup>1363</sup> Eine solche Rechtseinräumung sei schuldrechtlich als Lizenzvertrag zu qualifizieren.<sup>1364</sup>

## VI. Herstellung bzw. Bereitstellung digitaler Produkte

§ 650 Abs. 2–4 BGB, welche in Umsetzung der Digitale-Inhalte-Richtlinie (EU) 2019/770 entstanden sind, normieren Verbraucherverträge über die Herstellung digitaler Produkte. So stellt § 327 Abs. 4 BGB ausdrücklich klar, dass digitale Inhalte, „welche nach den Spezifikationen des Verbrauchers entwickelt werden“ in den sachlichen Anwendungsbereich der Normen über die Bereitstellung digitaler Produkte fallen.<sup>1365</sup> Die Herstellung digitaler Inhalte kann schuldrechtlich entweder einen Werk-, oder einen Werklieferungsvertrag darstellen.<sup>1366</sup> In diesem Fall entziehen die §§ 650 Abs. 2–4 BGB diese Verträge dem Werk- bzw. Werklieferungsvertragsrecht und lassen vorrangig die §§ 327 ff. BGB zur Anwendung kommen.<sup>1367</sup>

In Bezug auf die Erstellung und Überlassung von Individualsoftware können insbesondere die Herstellung digitaler Inhalte sowie die Herstellung bzw. Lieferung eines körperlichen Datenträgers, der ausschließlich als Träger digitaler Inhalte dient, von Relevanz sein. § 650 Abs. 2 S. 1 Nr. 1 BGB umfasst Werkverträge bezüglich der Herstellung digitaler Inhalte wie Computerprogramme.<sup>1368</sup> Nr. 3 ist einschlägig, wenn werkvertraglich die Herstellung eines körperlichen Datenträgers, der ausschließlich als Träger digitaler Inhalte dient, geschuldet ist. In diesem Fall sind gemäß § 327 Abs. 5 BGB die Regelungen über die Bereitstellung digitaler Inhalte anzuwenden. Dies umfasst auf einem Datenträger wie einer CD, DVD

---

1362 Hoeren/Pinelli, 210 f.; Karger, CR 2001, 357, 360 allerdings anführend, dass diese Nutzungsrechtseinräumung die Hauptleistungspflicht des gesetzlich normierten Nominatvertrages (Werk- bzw. Werklieferungsvertrag) nicht verändert.

1363 Redeker, Rn. 297b.

1364 Westermann, in: MüKo, Vor § 433 BGB, Rn. 24.

1365 Grüneberg, in: Grüneberg, § 327 BGB, Rn. 6.

1366 Busche, in: MüKo, § 650 BGB, Rn. 24.

1367 Brox/Walker, Rn. 23, II.

1368 Voit, in: BeckOK BGB, § 650 BGB, Rn. 27. Zur Subsumtion der Erstellung und Überlassung von Individualsoftware unter den Werkvertrag, siehe 3. Teil § 3 B II.

oder einem USB-Stick bereitgestellte Software.<sup>1369</sup> § 650 Abs. 3 BGB hingegen regelt die Lieferung eines herzustellenden körperlichen Datenträgers, der ausschließlich als Träger digitaler Inhalte dient, im Rahmen eines Werklieferungsvertrages. In diesem Szenario gehen die Normen bezüglich der Bereitstellung digitaler Inhalte gemäß §§ 327 ff. BGB dem Werklieferungsvertragsrecht und folglich dem Kaufrecht grundsätzlich vor. Jedoch ist zu beachten, dass eine werklieferungsvertragsrechtliche Einordnung der Erstellung und Überlassung von Individualsoftware abzulehnen ist.<sup>1370</sup> Im Ergebnis kann die Erstellung und Überlassung von Individualsoftware im Rahmen eines Vertrages zwischen einem Unternehmer und einem Verbraucher als Vertrag über die Herstellung digitaler Produkte gemäß § 650 Abs. 2 Nr. 1 und Nr. 3 BGB eingeordnet werden, allerdings erlaubt dies keine Rückschlüsse auf die Rechtsnatur des Vertrages.<sup>1371</sup>

## VII. Zusammenfassung

Für die schuldrechtliche Einordnung von Verträgen über die Erstellung und Überlassung von Individualsoftware werden in Deutschland unterschiedliche Ansätze vertreten. Zum einen ist dies ein nominatvertraglicher, wobei ein Werk- bzw.- Werklieferungsvertrag zu nennen sind. Letzterer kann allerdings als fehlgehend abgelehnt werden. Daneben wird teils auch ein lizenzvertraglicher Ansatz vertreten. Demnach ist zu unterscheiden zwischen den Leistungspflichten der Erstellung der Software, welche dem Werkvertragsrecht unterliegt, und der lizenzvertraglichen Einräumung eines urheberrechtlichen Nutzungsrechts.

### C. Frankreich

Die schuldrechtliche Einordnung von Verträgen über die Erstellung und Überlassung von Individualsoftware ist im französischen Recht weit weniger umstritten als die von Verträgen, welche die dauerhafte Überlassung von Standardsoftware zum Gegenstand haben. Allerdings erfolgt meist auch an dieser Stelle keine Subsumtion unter den Gesetzestext.

---

1369 Metzger, in: MüKo, § 327 BGB, Rn. 10.

1370 Hierzu 3. Teil § 3 B III.

1371 Hierzu 2. Teil § 1 B IV. 3., 4.

## I. Kaufvertrag: „vente“

Die Erstellung und Überlassung von Individualsoftware wird teils als Kaufvertrag angesehen.<sup>1372</sup> Dabei werden unterschiedliche Bezugspunkte des Vertrages genannt. Zum Teil wird in der Softwareerstellung ein Dienst („service“) erkannt und es wird der Terminus Kauf eines Dienstes („vente de service“) verwendet,<sup>1373</sup> obwohl nur eine „chose“ Gegenstand eines Kaufvertrages sein kann und bei einem „service“ grundsätzlich ein „contrat d'entreprise“ vorliegt.<sup>1374</sup> Jedoch sei sowohl bei „services“ als auch bei „choses“ als Vertragsgegenstand die Abgrenzung zwischen einem Kaufvertrag, einem „contrat d'entreprise“ und einem Vertrag Sui-Generis fließend. Es sei zu gewichten zwischen den „services“ und dem „übertragenen Material“, also danach, was den „Zusatz“ („accessoire“) darstelle. Zudem sei zu prüfen, wie spezifisch die zu verrichtende Tätigkeit sei.<sup>1375</sup> Eine solche Abgrenzung weist Ähnlichkeiten mit den in der „Silobauteile“-Entscheidung des BGH aufgestellten Kriterien für eine Abgrenzung von Werk- und Werklieferungsvertrag auf. In der Folge können vorstehende Ausführungen entsprechend herangezogen werden<sup>1376</sup> und der Schwerpunkt der zu erbringenden Leistung liegt in dem „service“ der Softwareerstellung. Für diesen erfolgt eine Vergütung und der Wert des Materials, also des Datenträgers, ist vernachlässigbar. Folglich ist eine Einordnung als Kaufvertrag demnach abzulehnen.<sup>1377</sup>

In der Rechtsprechung erfolgte bisweilen keine ausführliche Auseinandersetzung mit der schuldrechtlichen Rechtsnatur der Softwareerstellung und -überlassung. Der CA Aix-en-Provence setzte beispielsweise die Erstellung von Individualsoftware mit der dauerhaften Überlassung von Standardsoftware gleich und wandte Kaufrecht an.<sup>1378</sup> Auch in der Literatur gibt es Stimmen, welche eine solche Gleichstellung befürworten, denn der

---

1372 Warusfel, in: Lamy Droit du Numérique 2023, Rn. 1500 beschreibend.

1373 Collart Dutilleul/Delebecque, Rn. III.

1374 Hierzu 2. Teil § 1 C III.

1375 Collart Dutilleul/Delebecque, Rn. III.

1376 Hierzu 2. Teil § 3 B III.

1377 Andere sehen in der Erstellung von Individualsoftware einen möglichen Kaufvertrag über eine zukünftige Sache („vente de chose future“). Allerdings wird dieser Vorschlag im Ergebnis von denen, die ihn ansprechen, selbst abgelehnt, Warusfel, in: Lamy Droit du Numérique 2023, Rn. 1500, 1502 letztlich einen Kaufvertrag für einschlägig haltend, dies aber aufgrund der Tatsache, dass es sich um eine immaterialgüterrechtliche „cession“ handelt und diese den Vertrag dominiert.

1378 CA Aix-en-Provence, chambre 2, 01. Februar 1991, Juris-Data: 047716.

Übergang zwischen beiden Arten von Software wird als teils fließend angesehen.<sup>1379</sup> Allerdings sind Verträge über die Überlassung von Standardsoftware nicht als Kaufvertrag einzuordnen.<sup>1380</sup> Folglich ist auch eine Gleichstellung mit diesem nicht möglich. Im Ergebnis liegt kein Kaufvertrag vor.

## II. „Contrat d'entreprise“

Zum Teil wird in der französischen Literatur und Rechtsprechung<sup>1381</sup> die Erstellung und Überlassung von Individualsoftware unter den „contrat d'entreprise“ subsumiert,<sup>1382</sup> teils unter Verwendung der Termini „Dienstleistung“ („prestation de service“)<sup>1383</sup> bzw. „Bestellvertrag“<sup>1384</sup> („contrat de commande“)<sup>1385</sup> oder auch „Vertrag über Studien und Kommunikation von Know-How“ („contrat d'étude et de communication de savoir-faire“).<sup>1386</sup>

---

1379 Vivant/Lucas, JCP-E, Nr. 18, 06. Mai 1993, 246 ff., Rn. 14.

1380 Hierzu 2. Teil § 1 E I.

1381 CA Grenoble, chambre civile 1, 23. Januar 1995, Juris-Data: 1995-40858 unterscheidend zwischen einem Kaufvertrag über das Material und einem „contrat d'entreprise“ in Bezug auf die Software; TGI Paris, 10. April 2002 die Erstellung von Software als einfachen „contrat de louage d'ouvrage“ ansehend. Immaterialgüterrechte sollen durch diese Erstellung nicht übergehen; CA Poitiers, chambre civile 1, 14. Mai 2003, Comm. Com. Electr. 2003-10, comm. 92.

1382 Hollande/Linant de Bellefonds, Rn. 409; Huet, in: Catala, 800; Huet, Recueil Dalloz 1992, 221; Huet/Decocq/Grimaldi/Lécuyer/Morel-Maroger, Rn. 11115 ff., 11127 eine Nutzung der Software durch den Erwerber als möglich ansehend. Aufgrund des Erschöpfungsgrundsatzes bestünden keine urheberrechtlichen Begrenzungen eines etwaigen Nutzungsrechts; Le Tourneau, Contrats du numérique informatiques et électroniques, Rn. 223.10; Le Tourneau, Théorie et pratique des contrats informatiques, 94; May, JCP E 2004, 23, 900, 902; Sédallian/Dupré, 115 dies unter Nennung von weiteren Quellen als h.M. beschreibend; Warusfel, in: Lamy Droit du Numérique 2023, Rn. 1499 f., 1644.

1383 Hollande/Linant de Bellefonds, Rn. 409; Sédallian/Dupré, 115.

1384 Speith, 28.

1385 Blanc-Jouvan, 51; Denoix de Saint Marc, Rn. 71; Ledieu, Comm. Com. Electr. 2003-11, 12; Schmidt-Szalewski/Pierre, Rn. 347.

1386 Le Tourneau, Contrats du numérique informatiques et électroniques, Rn. 223.11; Le Tourneau, Théorie et pratique des contrats informatiques, 94; Le Tourneau/Bloch/Guettier/Giudicelli/Julien/Krajcski/Poumarède, Rn. 3342.23.

III. Aufteilung in Softwareerstellung („contrat d’entreprise“) sowie einer immaterialgüterrechtlichen Rechtsübertragung („cession“) bzw. Rechtseinräumung („licence“)

Teils wird festgehalten, dass die schuldrechtliche Einordnung als „contrat d’entreprise“ allein die Erstellung der Software betrifft<sup>1387</sup> und daneben immaterialgüterrechtliche Aspekte relevant sind,<sup>1388</sup> denn der „contrat d’entreprise“ überträgt gemäß Art. L111-1 Abs. 3 CPI ipso iure keine Immaterialgüterrechte.<sup>1389</sup> Andere sehen implizit ein Nutzungsrecht für persönliche Zwecke („droit d’usage à des fins personnelles“) als eingeräumt an,<sup>1390</sup> denn im ursprünglichen Gesetzesentwurf war eine solche Rechtseinräumung vorgesehen.<sup>1391</sup> Im Ergebnis dürfe der Vertrag über die Erstellung und Überlassung von Software nicht auf die reine Softwareerstellung reduziert werden<sup>1392</sup> und neben dem Erstellungsvertrag bestehe ein zweiter

- 
- 1387 Bertrand, Rn. 202.37; Blanc-Jouvan, 51 f.; Cahen; Costes/Marcellin/Auroux/Perray, in: Lamy Droit du Numérique 2023 Guide, Rn. 3170; Denoix de Saint Marc, Rn. 71 ff.; Gross/Bihr, Rn. 157; Huet/Bouche, Rn. 121, 123; Lucas/Devèze/Frayssinet, Rn. 742 ff., 748; Interview geführt mit Prof. Joanna Schmidt-Szalewski, CEIPI/Universität de Strasbourg, 25. April 2012, Transkription von Fabian Hafenträdl.
- 1388 Bertrand, Rn. 202.37; Blanc-Jouvan, 51, Cahen; Costes/Marcellin/Auroux/Perray, in: Lamy Droit du Numérique 2023 Guide, Rn. 3170, 3205; Gross/Bihr, Rn. 157; Le Tourneau, Contrats du numérique informatiques et électroniques, Rn. 223.12 in diese Richtung.
- 1389 Bitan, Droit et expertise des contrats informatiques, Rn. 500; Blanc-Jouvan, 52; Costes/Marcellin/Auroux/Perray, in: Lamy Droit du Numérique 2023 Guide, Rn. 2711, 3213; Huet/Bouche, Rn. 121; Ledieu, Comm. Com. Electr. 2003–11, 12; Le Tourneau, Contrats du numérique informatiques et électroniques, Rn. 223.12; Le Tourneau/Bloch/Guettier/Giudicelli/Julien/Krajewski/Poumarède, Rn. 3342.23; Schmidt-Szalewski/Pierre, Rn. 347; Sédallian/Dupré, 115; Warusfel, in: Lamy Droit du Numérique 2023, Rn. 1657. In diese Richtung CA Grenoble, chambre civile 1, 23. Januar 1995, Juris-Data: 1995–40858 zwischen einem Kaufvertrag über das Material und einem „contrat d’entreprise“ in Bezug auf das Computerprogramm unterscheidend; TGI Paris, 10. April 2002 die Erstellung von Software als „contrat de louage d’ouvrages“ ansehend, Immaterialgüterrechte gehen durch diese Erstellung demnach nicht über; CA Poitiers, chambre civile 1, 14. Mai 2003, Comm. Com. Electr. 2003–10, comm. 92.
- 1390 Bertrand, Rn. 202.37.
- 1391 Huet/Bouche, Rn. 121; Ledieu, Comm. Com. Electr. 2003–11, 12; Lucas/Devèze/Frayssinet, Rn. 532; Lucas/Lucas-Schloetter/Bernault, Rn. 836 (in früherer Auflage: 4. Auflage, 2012); Schmidt-Szalewski/Pierre, Rn. 347.
- 1392 Blanc-Jouvan, 51 f.; Denoix de Saint Marc, Rn. 71 ff.; Interview geführt mit Prof. Joanna Schmidt-Szalewski, CEIPI/Universität de Strasbourg, 25. April 2012, Transkription von Fabian Hafenträdl.

Vertrag.<sup>1393</sup> Alternativ müsse der Vertrag eine Klausel über Immaterialgüterrechte gemäß Art. L131–3 CPI beinhalten,<sup>1394</sup> welche die zentrale Vertragsbestimmung bei Verträgen über die Erstellung von Individualsoftware sei.<sup>1395</sup> Der Inhalt einer solchen Klausel unterliege grundsätzlich der Parteiautonomie<sup>1396</sup> und könne von einem einfachen Nutzungsrecht („*cession du droit d'utilisation*“) bis hin zu einer umfassenden Einräumung von Verwertungsrechten („*cession des droits d'exploitation*“/„*cession*“) reichen.<sup>1397</sup> Eine solche „*licence*“ sei schuldrechtlich als Miete oder als Vertrag *Sui-Generis* einzuordnen.<sup>1398</sup> Teils wird angemerkt, dass dem Besteller der Individualsoftware nach der Übergabe gemäß Art. L122–6–1 CPI, welcher Art. 5 Abs. 1 Richtlinie 2009/24/EG umsetzt, ein einfaches Nutzungsrecht zusteht.<sup>1399</sup> Der Ersteller habe jedoch ein Interesse, keine ausschließlichen Rechte einzuräumen, um die Software bzw. Teile von ihr weiterverwenden und -verwerten zu können.<sup>1400</sup> Der Nutzer könne jedoch mittels einer Rechtsübertragung in Form einer „*cession*“ eine exklusive Stellung erhalten,<sup>1401</sup> selbst eine „*cession totale*“ sei möglich.<sup>1402</sup>

---

1393 Blanc-Jouvan, 52; Denoix de Saint Marc, Rn. 71 ff.

1394 Huet/Bouche, Rn. 121; Le Tourneau/Bloch/Guettier/Giudicelli/Julien/Krajcski/Poumarède, Rn. 33342.23 in diese Richtung.

1395 Bitan, *Droit et expertise des contrats informatiques*, Rn. 499; Bitan, *Droit et expertise du numérique*, Rn. 272; Costes/Marcellin/Auroux/Perray, in: *Lamy Droit du Numérique 2023 Guide*, Rn. 2711 in diese Richtung.

1396 Warusfel, in: *Lamy Droit du Numérique 2023*, Rn. 1658.

1397 Bitan, *Droit et expertise du numérique*, Rn. 267.

1398 Cahen. Zur schuldrechtlichen Einordnung auch 2. Teil § 1 C IV. 2. b).

1399 Warusfel, in: *Lamy Droit du Numérique 2023*, Rn. 1657.

1400 Bitan, *Droit et expertise des contrats informatiques*, Rn. 499.

1401 Denoix de Saint Marc, Rn. 72 die „*cession*“ neben der Erstellung der Software („*louage d'ouvrage*“/„*contrat d'entreprise*“) beschreibend; Huet/Bouche, Rn. 121; May, *JCP E* 2004, 23, 900 f. zwar – unter Falschverwendung der Terminologie – von einer „*licence*“ sprechend, letztlich damit aber eine „*cession*“ meined, denn es sollen für ihn bei der Erstellung von Individualsoftware im vollen Umfang Rechte übertragen werden; Warusfel, in: *Lamy Droit du Numérique 2023*, Rn. 1657.

1402 Warusfel, in: *Lamy Droit du Numérique 2023*, Rn. 1657. Zu einer kaufrechtlichen Einordnung auch Cahen. Wird nur auf die urheberrechtlichen Aspekte abgestellt und eine Übertragung sämtlicher Verwertungsrechte auf den Nutzer gesehen, so wird teils, soweit eine „*cession*“ vorliegen soll, die Rechtsnatur des Kaufvertrages bejaht, Warusfel, in: *Lamy Droit du Numérique 2023*, Rn. 1499, 1502 sich auf ein Urteil des Cass. Com., 09. November 1993, Nr. 91–19.770, 91–20.246 beziehend, in dem dieser von einer „*vente de logiciel*“ sprach. In dem Urteil wurden einzelne Verwertungsrechte aufgezählt, welche via „*cession*“ übertragen werden sollen, es

#### IV. Bereitstellung digitaler Inhalte: „fourniture de contenus numériques“

Art. L224–25–2 Abs.1 Alt.1 C. consom. normiert die Bereitstellung digitaler Inhalte, welche in Nr.6 Article Liminaire C. consom. in wortgleicher Umsetzung der Richtlinie (EU) 2019/770 definiert werden. Gemäß Art. L224–25–2 Abs.1 S.3 C. consom. schließt dies solche digitalen Inhalte, welche, gemäß den Anforderungen des Verbrauchers zu entwickeln sind („à élaborer conformément aux spécifications du consommateur“) mit ein. Dies entspricht in wortgleicher Umsetzung Art.3 Nr.2 Richtlinie (EU) 2019/770 und umfasst die Erstellung und Überlassung von Individualsoftware.<sup>1403</sup> Diese kann somit unter die Bereitstellung digitaler Inhalte gemäß Art. L224–25–2 Abs.1 S.3 C. consom. subsumiert werden, allerdings erlaubt dies wie dargelegt keine Rückschlüsse für die schuldrechtliche Einordnung der Erstellung und Überlassung von Individualsoftware.<sup>1404</sup>

#### V. Zusammenfassung

Die Erstellung und Überlassung von Individualsoftware wird in Frankreich teils als „contrat d’entreprise“ angesehen. Andere unterscheiden wie im deutschen Recht zwischen der Erstellung und Übertragung der Software und der immaterialgüterrechtlichen Rechteeinräumung. Erster Teil ist demnach unter einen „contrat d’entreprise“, zweiter Teil regelmäßig unter eine „licence“ zu subsumieren.

#### D. England

In England werden für Individualsoftware überwiegend die Begriffe „customised software“<sup>1405</sup> und „bespoke software“<sup>1406</sup> verwendet. Für Vertreter der zweiten Ansicht liegt „customised software“ mit individuell für einen Nut-

---

wurde aber festgestellt, dass eben nicht das „ganze Eigentum an der Software“ übertragen wird. Dies war für den Cass. nicht weiter von Relevanz.

1403 Hierzu 2. Teil § 1 A I. 3.

1404 Hierzu 2. Teil § 1 C VI.

1405 Adams, JBL 2009, 4, 396 f.; Bevers, BTR 2001, 6, 449, 460; Holt, in: Holt/Newton, 9.

1406 Bainbridge, Software Licensing, 84; Lloyd, Rn. 556; Reed, 47 f.; Saxby, Rn. 6.209 (in früherer Auflage: 59. Ergänzungslieferung, 2010).

zer angepasster Software zwischen Individual- und Standardsoftware.<sup>1407</sup> Andere vermeiden diese Termini und nennen nur „software development contracts“<sup>1408</sup> bzw. „commissioning software“<sup>1409</sup> oder „commissioned software“.<sup>1410</sup>

## I. „Service contract“

### 1. Erstellung und Überlassung (Zugang und Nutzung) von Individualsoftware als „service contract“

Diskutiert wird die schuldrechtliche Einordnung der Erstellung und Überlassung von Individualsoftware als ein „service contract“ im Sinne des „SGSA 1982“. Im Unterschied zur Überlassung von schon existierender Standardsoftware wird der Schwerpunkt in der Arbeit und dem Material („work and materials“) gesehen.<sup>1411</sup> Von Relevanz hierbei ist eine Abgrenzung vom Kauf („sale“) des „SoGA 1979“.<sup>1412</sup> Gerichtlich erfolgte eine solche in mehreren historischen Entscheidungen, exemplarisch sind die Rechtssachen „Clay v. Yates“<sup>1413</sup>, „Lee v. Griffin“<sup>1414</sup> und „Robinson v. Graves“<sup>1415</sup> zu nennen. Erster Fall handelte von dem Auftrag an eine Druckerei, ein Buch zu drucken und zu liefern. Im Urteil wurde ein Vergleich mit einem Maler und auch generell mit einem Künstler angestellt und die Erstellung eines Kunstwerkes inkl. Übergabe als „service“ angesehen.<sup>1416</sup> Im zweiten Urteil wurde in zweiter Instanz festgestellt, dass vorrangig stets der konkrete Sachverhalt zu betrachten ist. Weiter wurde die „Clay v. Yates“-Entscheidung kritisiert, denn nicht immer, wenn eine gewisse Fertigkeit („skill“), verlangt

---

1407 Lloyd, Rn. 556; Reed, 47 f.

1408 Burnett, 46 ff.,

1409 Morgan/Burden, 51 ff.

1410 Morgan/Berry, 79.

1411 Bradgate/White, 117 ausführend, dass, selbst wenn Software als „good“ angesehen wird, an dieser Stelle ein „service“ vorliegt.

1412 Rowland/Kohl/Charlesworth, 494 f. hinsichtlich der beiden Verträge im Einzelnen.

1413 „Clay v. Yates“, Court of Exchequer, 01. Januar 1856, (1856) 156 E.R. 1123 ff.

1414 „Lee v. Griffin“, Court of Queen’s Bench, 09. Mai 1861, 1 B & S 272, 275 ff. In dieser Entscheidung ging es um die Herstellung von individuell angefertigten Ersatzzähnen.

1415 „Robinson v. Graves“, EWCA, 01. März 1935, 1 KB 579, 588 ff. Gegenstand der Entscheidung war ein Vertrag mit einem Künstler über die Erstellung eines Porträts.

1416 „Clay v. Yates“, Court of Exchequer, 01. Januar 1856, (1856) 156 E.R. 1123 f.

wird, liegt ein „work and labour“-Vertrag<sup>1417</sup> vor.<sup>1418</sup> Dieser Ansatz wurde wiederum im „Robinson v. Graves“-Urteil kritisch besprochen, denn bei einem Künstler ist demnach stets ein „work and labour“-Vertrag einschlägig und eine Sache wird nur als Zusatz übergeben. Übertragen auf die Erstellung von Individualsoftware bedeutet dies, dass, sobald das Know-How des Erstellers und die Programmierung an sich im Mittelpunkt stehen, was entsprechend den Ausführungen zum deutschen und französischen Recht der Fall ist,<sup>1419</sup> nach ganz überwiegender Ansicht ein „service“-Vertrag im Sinne des „SGSA 1982“ vorliegt.<sup>1420</sup> In der Rechtsprechung wurde die Einordnung der Erstellung von Individualsoftware als „service“ ausdrücklich bestätigt.<sup>1421</sup> Darüber hinaus sei zu beachten, dass, wenn die Software dem Nutzer auf einem Datenträger überlassen werde, neben einem etwaigen „service“-Vertrag über die Erstellung der Software auch ein Kaufvertrag über den Datenträger, welcher ein „good“ im Sinne des „SoGA 1979“ darstelle, hinzutreten könne.<sup>1422</sup>

Allerdings wurde für Verträge über die Herstellung und Überlassung von Individualsoftware teils auch ein „sale“ diskutiert. Im „Saphena Computing Ltd. v. Allied Collection Agencies Ltd.“-Fall<sup>1423</sup> erkannte der Ersteller in der bestellten Software eine Marktlücke und beabsichtigte die Software als Standardsoftware auf den Markt zu bringen.<sup>1424</sup> Relevant war, ob auf schuldrechtlicher Ebene ein „good“<sup>1425</sup> oder ein „service“ vorliegt. Letzt-

---

1417 Dies ist der „Vorgänger“ des im „SGSA 1982“ normierten „service contract“.

1418 Als Beispiel wurden die in diesem Fall relevanten Ersatzzähne angeführt.

1419 Hierzu im deutschen und französischen Recht 2. Teil, § 3 B III. 1. und 2., C II. und III.

1420 Bainbridge, Introduction to Information Technology Law, 225, 268 ff., 300; Bond, 43; schriftliches Interview geführt mit Peter Church, Linklaters LLP, Antworten erhalten am 14. April 2013 in diese Richtung; Fell/Antell/Exell/Picton/Roberts-Walsh/Townsend, 40; Marsoof, Int. J. Law Inf. Technol. 2012, 20 (4), 291, Rn. 3.2; Reed, 12;

1421 „Salvage Association v. CAP Financial Service Ltd.“, EWHC, 21. Oktober 1992, (1995) F.S.R. 654, 655. In diesen Fall bestellte ein Unternehmen eine Buchhaltungssoftware, welche schließlich fehlerhaft war. Ein Datenträger wurde nicht übergeben.

1422 Rowland/Kohl/Charlesworth, 495.

1423 „Saphena Computing Ltd v. Allied Collection Agencies Ltd.“, EWHC, 03. Mai 1989 (1995) F.S.R. 616.

1424 Streitentscheidend war, ob eine Rechtsübertragung („assignment“) der Urheberrechte vom Anbieter an den Besteller erfolgte. Diese urheberrechtliche Fragestellung soll an dieser Stelle aber noch ausgeblendet werden.

1425 Zur Qualifikation von Software als „good“ im Sinne des „SoGA 1979“ 2. Teil § 1 D II. 1. a).

lich erfolgte in dem Urteil keine Streitentscheidung.<sup>1426</sup> In einem anderen Fall erfolgten Ausführungen, dass, wenn im Gegensatz zu einer „licence“ alle Rechte übertragen werden, bei Bejahung der Sacheigenschaft von Software (verbunden mit einem Datenträger) ein „sale“ angenommen werden kann.<sup>1427</sup> Im Ergebnis ist die Erstellung von Individualsoftware als „service“-Vertrag im Sinne des „SGSA 1982“ anzusehen.<sup>1428</sup> Dieser umfasst allein die Erstellung der Software, hinsichtlich eines etwaigen Datenträgers soll das Kaufrecht Anwendung finden.

## 2. Exkurs: Ausgestaltung des „service contract“

Die Erstellung von Individualsoftware erfolgt im Rahmen der üblichen Softwareerstellung gemäß dem Wasserfallmodell regelmäßig in Form von drei unterschiedlichen Vertragsmodellen.<sup>1429</sup> Dies sind der „Zeit-und-Material-Vertrag“ („time and materials contract“), der „Fixpreisvertrag“ („fixed price contract“) oder ein „geschätzter Maximal/Gedeckelter-Preis-Vertrag“ („estimated maximum/capped price contract“).<sup>1430</sup> Teils werden aber auch nur ersterer und letzterer als üblich angesehen.<sup>1431</sup> Bei einem „time and materials contract“ trägt der Besteller („client“) sämtliche Aufwendungen, welche der Ersteller („supplier“) für die Herstellung der Software – also dem zur Verfügung stellen des „service“ – tätigt. Der Ersteller schuldet das Programm und konzipiert, schreibt und testet die Software. Bei diesem Ver-

---

1426 „Saphena Computing Ltd v. Allied Collection Agencies Ltd.“, EWHC, 03. Mai 1989 (1995) F.S.R. 616, 652.

1427 „The Mayor and Burgesses of the London Borough of Southwark v. IBM UK Ltd.“, EWHC, 17. März 2011, (2011) EWHC 549 (TCC), Rn. 95 ff., 97. Es geht hervor, dass Richter Akenhead die Rechtsposition des Immaterialgüterrechts betrachtet, also die Inhaberschaft („title“) übertragen werden soll.

1428 Abzugrenzen ist dies vom sogenannten „contract programming“, bei welchem der Programmierer, der bei der zur Erstellung der Software verpflichteten Partei angestellt ist, dem Besteller im Sinne einer Arbeitnehmerüberlassung überlassen wird. Die Leistungspflicht beschränkt sich in diesem Fall auf die Zurverfügungstellung des Programmierers, Morgan/Berry, 82.

1429 Agile Softwareerstellung soll an dieser Stelle außen vor bleiben. Grundsätzlich sind solche Verträge eher „Zeit-und-Material-Verträge“, schriftliches Interview geführt mit Peter Church, Linklaters LLP, Antworten erhalten am 14. April 2013.

1430 Morgan/Berry, 81, 84 f.

1431 Burnett, 48; schriftliches Interview geführt mit Peter Church, Linklaters LLP, Antworten erhalten am 14. April 2013 grundsätzlich alle drei Vertragstypen als möglich ansehend; Fell/Antell/Exell/Picton/Roberts-Walsh/Townsend, 41.

tragstyp trägt der Ersteller kaum ein finanzielles Risiko, da er jegliche Kosten auf den Besteller umlegen kann. Die Bezahlung erfolgt in regelmäßigen Abständen, zum Beispiel monatlich oder nach vereinbarten Zwischenzielen. Bei einem „fixed price contract“ verpflichtet sich der Ersteller, eine spezifische Software für einen vereinbarten Preis zu erstellen. Ein solcher Vertrag wird regelmäßig nur geschlossen, wenn der Arbeitsaufwand und somit auch die zu erwartenden Kosten im Voraus geschätzt werden können. Solche Verträge werden aber – aufgrund des Risikos der Kostensteigerungen – von Softwareerstellern vermieden. Der „estimated maximum/capped price contract“ kann als Konzessionslösung zur Vermeidung der Enge des „fixed price contracts“ und zur Weite des „time and materials contracts“ Anwendung finden. Die Basis für diesen Vertrag stellen zwar die tatsächlich aufgewendeten Ressourcen dar, allerdings ist ein Maximalbetrag zwischen den Vertragsparteien vereinbart. Nähert sich der Ersteller diesem, so ist der Besteller zu informieren. Ein Überschreiten dieser Kostengrenze ist ohne ausdrückliche Zustimmung des Bestellers nicht zulässig. Ähnlich wie beim Fixpreisvertrag wird im Voraus eine Art Kostenvoranschlag erstellt. Regelmäßig liegt der Maximalpreis 25–50 Prozent über dem geschätzten Preis.<sup>1432</sup>

## II. Aufteilung in Softwareerstellung („service contract“) sowie einer immaterialgüterrechtlichen Rechtsübertragung („assignment“) bzw. Rechtseinräumung („licence“)

Teils erfolgt im englischen Recht eine Aufteilung in die Softwareerstellung, welche, wie vorstehend beschrieben, unter einen „service contract“ subsumiert werden kann sowie der Einräumung eines immaterialgüterrechtlichen Nutzungsrechts („licence“) bezüglich der Software bzw. einer Rechtsübertragung („assignment“) der an der Software bestehenden Immaterialgüterrechte. Im Folgenden liegt der Fokus im immaterialgüterrechtlichen Teil des Vertrages. In Bezug auf den „service contract“ wird nach oben verwiesen.<sup>1433</sup>

---

1432 Morgan/Berry, 58 f.

1433 Hierzu 2. Teil § 3 D I. 1.

1. Exkurs: Urheberrechtliche Besonderheiten im englischen Recht in Bezug auf Urheberschaft („authorship“) und Rechtsinhaberschaft („ownership“)

Im englischen Urheberrecht ist keine Personenidentität zwischen dem Schöpfer und dem Rechtsinhaber am Urheberrecht zwingend. Vielmehr kann zwischen dem Schöpfer und seiner Urheberschaft („authorship“) und dem Rechtsinhaber und dessen Inhaberschaft des Urheberrechts („ownership“) unterschieden werden. Der Rechtsinhaber („owner“) hat alle wirtschaftlichen Vermögensrechte inne. Die Rechtsinhaberschaft („ownership“) bezieht sich in diesem Zusammenhang auf das Urheberrecht und nicht auf das Werkstück.<sup>1434</sup> Der Besitz eines solchen räumt keine immaterialgüterrechtliche Berechtigung ein.<sup>1435</sup>

Wird von Fällen abgesehen, in denen der Schöpfer („author“) in einem Arbeitsverhältnis ein Werk schöpft,<sup>1436</sup> so ist dieser regelmäßig auch der „erste“ Inhaber des Urheberrechts („initial owner“ bzw. „first owner“) gemäß Sec. 11 Abs. 1, 2 CDPA 1988.<sup>1437</sup> Dies gilt auch beim Fehlen vertraglicher Regelungen, denn allein die Bestellung eines urheberrechtlich geschützten Werks reicht noch nicht aus, um dem Besteller das Urheberrecht

---

1434 Flint/Fitzpatrick/Thorne, 169.

1435 Bainbridge, Intellectual Property, 232.

1436 Bainbridge, Intellectual Property, 127 f.; Burnett, 33; Flint/Fitzpatrick/Thorne, 169, 534; Speck/Lane/Alexander/Tappin/May/Berkeley/Whyte/Cregan/Jamal/Chantrielle, Rn. 11.25 ff.; Lloyd, Rn. 259. In diesem Fall ist grundsätzlich der Arbeitgeber Urheberrechtsinhaber.

1437 Bainbridge, Intellectual Property, 93, 117, 126; Flint/Fitzpatrick/Thorne, 169, 534. Speck/Lane/Alexander/Tappin/May/Berkeley/Whyte/Cregan/Jamal/Chantrielle, Rn. 11.19. Zudem gibt es Ausnahmen wie das „Crown Copyright“ (Sec. 163 CDPA 1988) oder das „Parliamentary Copyright“ (Sec. 165 CDPA 1988) oder auch für Werke, welche bei bestimmten internationalen Organisationen entstehen (Sec. 168 CDPA 1988). Urheberpersönlichkeitsrechte („moral rights“) stehen dem Schöpfer zu und sind vom Rechtsinhaber stets zu beachten, Bainbridge, Intellectual Property, 119, 126. Urheberpersönlichkeitsrechte sind im englischen Recht durch das „paternity“-Recht gemäß Sec. 88 CDPA 1988 und das „integrity“-Recht gemäß Sec. 80 CDPA 1988 ausgestaltet. Ersteres gibt dem Urheber das Recht, als Urheber ausgewiesen zu werden und letzteres gibt das Recht, eine verunglimpfende Verwendung des Werkes zu verhindern; Brown/Kheria/Cornwell/Iljadica, Rn. 6.6 f. auch auf Folgendes hinweisend: Urheberpersönlichkeitsrechte sind gemäß Sec. 94 CDPA 1988 nicht übertragbar („assignable“), aber es kann ein schriftlicher Verzicht auf diese erklärt werden gemäß Sec. 87 Abs. 2–4 CDPA 1988. Das Urheberpersönlichkeitsrecht spielt im englischen Urheberrecht allerdings eine untergeordnete Rolle als in kontinentaleuropäischen Urheberrechtsordnungen. Zudem ist es in Bezug auf Software mangels individueller Bindung von dieser an den Schöpfer stets von geringer Bedeutung.

zuzuschreiben.<sup>1438</sup> Anderslautende gesetzliche Regelungen könnten nur durch „implied terms“ wie einer „implied licence“ Anwendung finden.<sup>1439</sup> Dabei sind jedoch die gesetzlichen Wertungen der Sec. 11 Abs. 2 CDPa 1988 zu beachten.<sup>1440</sup>

Es besteht ein Unterschied zwischen dem gesetzlichen Rechtsinhaber („legal owner“) und dem vertraglichen Rechtsinhaber („beneficial owner“/„owner in equity“).<sup>1441</sup> Ein Auseinanderfallen tritt insbesondere auf, wenn ein urheberrechtlich geschütztes Werk für einen Dritten geschaffen wird, beispielsweise als Auftragswerk („commissioned work“).<sup>1442</sup> Sec. 11 CDPa 1988 bezieht sich nur auf die gesetzliche Rechtsinhaberschaft („legal title“) des „legal owner“, welcher jedoch Rechtsinhaber zu Gunsten des vertraglichen Rechtsinhabers („beneficial owner“) sein kann. Letzterer kann vom gesetzlichen Rechtsinhaber eine Übertragung („assignment“) des „legal title“ verlangen.<sup>1443</sup> Allerdings tritt diese Inhaberschaft zugunsten eines anderen („beneficial ownership“) bei Softwareverträgen nur verein-

---

1438 „Saphena Computing Ltd v. Allied Collection Agencies Ltd.“, EWHC, 03. Mai 1989 (1995) F.S.R. 616.

1439 Saxby, Rn. 6.214 (in früherer Auflage: 59. Ergänzungslieferung, 2010); Flint/Fitzpatrick/Thorne, 169.

1440 „Clearsprings Management Limited v. Business Limited and Mark Hargreaves“, EWHC, 14. Juli 2005, (2005) EWHC 1487 ff. (Ch).

1441 Bainbridge, Intellectual Property, 133, 134.

1442 Speck/Lane/Alexander/Tappin/May/Berkeley/Whyte/Cregan/Jamal/Chantrielle, Rn. 211.76.

1443 Speck/Lane/Alexander/Tappin/May/Berkeley/Whyte/Cregan/Jamal/Chantrielle, Rn. 11.75. Allein durch gutgläubigen Erwerb eines Dritten vom „legal owner“ kann der „beneficial owner“ seine Rechtsinhaberschaft („title“) verlieren. „Griggs Group Ltd v. Evans“, EWHC, 02. Dezember 2003, (2004) F.S.R. 31 ff. Zu beachten ist, dass eine Rechtsübertragung nicht formlos erfolgen darf, diesbezüglich der Fall „Lakeview Computers Plc v. Steadman“, EWCA (Civil Division) 26. November 1999 hinsichtlich der Übertragung der Urheberrechte durch den Schöpfer an eine von ihm später gegründete Firma. In dieser Entscheidung entschied Richter LJ Mummery, dass sich eine solche Rechtsübertragung durch das Verhalten („clear implication“) des ursprünglichen Rechtsinhabers vollziehen kann und die Schriftform der Sec. 90 Abs. 3 CDPa 1988 nicht einzuhalten ist (Rn. 7 ff.). Es vollziehe sich kein „legal assignment“, sondern ein „equitable assignment“, Morgan/Burden, 58 mit Verweis auf das genannte Urteil. In „Griggs Group Ltd v. Evans“, EWHC, 02. Dezember 2003, Rn. 33 wurde zur Inhaberschaft des Urheberrechts festgestellt, dass Sec. 11 CDPa 1988 sich nur auf den „legal title“, also den „legal owner“, bezieht. Generell hierzu auch Morgan/Berry, 116 ff.

zelt auf,<sup>1444</sup> beispielsweise, wenn es an ausdrücklichen vertraglichen Regelungen („express terms“) fehlt.<sup>1445</sup>

## 2. Übertragung der Rechtsinhaberschaft („ownership“): „assignment“

Sowohl in der Literatur als auch in der Rechtsprechung finden sich Ausführungen zur Übertragung („assignment“) der Immaterialgüterrechte bei der Erstellung und Überlassung von Individualsoftware. Eine Übertragung der Rechtsinhaberschaft („ownership“) kann gemäß Sec. 90 Abs. 3 CDPA 1988 durch entsprechende Vertragsbedingungen („express terms“) erfolgen, alternativ kann eine gemeinsame Rechtsinhaberschaft („joint ownership“) oder allein eine Nutzungsrechtseinräumung bestehen.<sup>1446</sup> Im Fall einer Übertragung wird der Besteller Inhaber aller Immaterialgüterrechte.

Bei der Erstellung und Überlassung von Individualsoftware werde dem Ersteller ein Rücklizenzen für die eigene Nutzung und Weiterentwicklung eingeräumt. Eine vollumfängliche Übertragung der Inhaberschaft am Urheberrecht bilde insbesondere aus wirtschaftlichen Gründen die Ausnahme,<sup>1447</sup> denn in diesem Fall könne der Ersteller keine Komponenten bzw. Teile der Software selbst weiter nutzen oder verwerten. Da Software sich oft aus verschiedenen Bausteinen zusammensetze und einzelne Unternehmen auch Know-How für ähnlich gestaltete Computerprogramme aufbauten, sei vom Ersteller eine solche Exklusivität für den Nutzer nur selten gewollt.<sup>1448</sup> Folglich liege in der Praxis die Vergütung für eine Rechtsübertragung sehr hoch und eine solche komme allenfalls in Betracht, wenn die Software komplett neuartig entwickelt werde.<sup>1449</sup> Eine Rechtsübertragung erfolge

---

1444 Bainbridge, *Intellectual Property*, 133 mit Verweis auf „John Richardson Computers Ltd. v. Flanders“, EWHC, 19. Februar 1993, (1993) FSR 497 in der dies der Fall war. Es arbeitete ein Ex-Mitarbeiter als Computerexperte für sein ehemaliges Unternehmen und lies bei diesem eine „beneficial ownership“ entstehen.

1445 Schriftliches Interview geführt mit Peter Church, Linklaters LLP, Antworten erhalten am 14. April 2013.

1446 Morgan/Burden, *Legal Protection of Software: A Handbook*, 52 ff.; 62 ff.

1447 Bainbridge, *Introduction to Information Technology Law*, 272; Morgan/Berry, 118 f.

1448 Auch ist zu beachten, dass eine Mehrfachverwendung der Software hilft, Bugs zu eliminieren und die Weiterentwicklung vereinfacht.

1449 Schriftliches Interview geführt mit Peter Church, Linklaters LLP, Antworten erhalten am 14. April 2013; auch „Clearsprings Management Limited v. Business Limited and Mark Hargreaves“, EWHC, 14. Juli 2005 (2005) EWHC 1487 (Ch), Rn. 39–48.

mittels einer ausdrücklichen Regelung („express terms“).<sup>1450</sup> Grundsätzlich herrsche in Bezug auf die immaterialgüterrechtliche Berechtigung des Nutzers ein restriktives Verständnis vor, der Umfang der Nutzungsberechtigung orientiere sich an der „kaufmännischen Wirksamkeit/Durchführbarkeit“ („business efficacy“)<sup>1451</sup> und ausschließliche Lizenzen („exclusive licence“) oder Rechtsübertragungen stellten die Ausnahme dar.<sup>1452</sup> Fehle es hingegen an „express terms“ in Bezug auf eine etwaige immaterialgüterrechtliche Berechtigung des Softwarenutzers, so könne auch mittels „implied terms“ von dem gesetzlichen Grundsatz abgewichen werden und eine Rechtsübertragung erfolgen.<sup>1453</sup>

Das zentrale Urteil zur Annahme einer solchen Rechtsübertragung ist die „Robin Ray v. Classic FM“-Entscheidung, in welcher Richter Lightman J. eine Liste mit neun Kriterien bezüglich „implied terms“ erstellte.<sup>1454</sup>

1. Es bestehen keine entgegenstehenden „express terms“ bzw. „implied terms“.
2. Grundsätzlich soll der Vertrag vorsehen, wem das Urheberrecht zusteht.
3. Die Tatsache, dass das urheberrechtlich geschützte Werk bestellt wurde, ist nicht ausreichend, um eine Übertragung der Rechtsinhaberschaft anzunehmen.<sup>1455</sup>

---

1450 Rowland/Kohl/Charlesworth, 501.

1451 „Clearsprings Management Limited v. Business Limited and Mark Hargreaves“, EWHC, 14. Juli 2005 (2005) EWHC 1487 (Ch), Rn. 7, 48.

1452 „Clearsprings Management Limited v. Business Limited and Mark Hargreaves“, EWHC, 14. Juli 2005 (2005) EWHC 1487 (Ch), Rn. 39–49.

1453 Richter Thornton in der Entscheidung „Cyprotex Discovery Ltd v. The University of Sheffield“, Technology and Construction Court, 21. Februar 2003, (2004) R.P.C.4, 43 ff., 48. Bainbridge, *Introduction to Information Technology Law*, 272; Morgan/Burden, 57; Rowland/Kohl/Charlesworth, 500 f.; Saxby, Rn. 6.209 (in früherer Auflage: 59. Ergänzungslieferung, 2010). Grundsätzlich zu „implied terms“ 2. Teil § 1 D I. 2.

1454 „Robin Ray v. Classic FM plc“, EWHC, 18. März 1998, 1998 F.S.R.622, 641 ff. Erneute Bezugnahme hierauf in „Griggs Group Ltd v. Evans“, EWHC, 02. Dezember 2003, 674, 682 ff. (Bainbridge, *Intellectual Property*, 135 hierauf ausführlich bezugnehmend); „Clearsprings Management Limited v. Business Limited and Mark Hargreaves“, EWHC, 14. Juli 2005 (2005) EWHC 1487 (Ch), Rn. 7–9 bestätigend. Diese besondere Stellung des Urteils beschreibend, „Laurence John Wrenn, *Integrated Multi-Media Solutions Limited v. Stephen Landamore*“, EWHC, 23. Juli 2007, (2007) EWHC 1833 (Pat), 2007 WL 2139934, Rn. 36.

1455 Ein Umkehrschluss aus dem Bereich des Design-Rechts, Sec. 215 Abs. 2 CDPA 1998 bzw. Sec. 2 lit. a) Registered Designs Acts 1949 (geändert durch den „CDPA 1988“), in dem explizit geregelt ist, dass der Besteller ipso iure der Inhaber des Designrechts ist. Reed, 52.

4. Zudem sind bei der Annahme von „implied terms“ strenge Maßstäbe anzuwenden.<sup>1456</sup> Die Rolle des Richters liegt in der Auslegung des von den Parteien im Vertrag Niedergeschriebenen und nicht in der Implementierung von weiteren Klauseln.<sup>1457</sup>
5. „Implied terms“ sind restriktiv anzunehmen.<sup>1458</sup>
6. Sind eine „licence“ und ein „assignment“ möglich, so besteht allein eine „licence“.<sup>1459</sup>
7. Umstände, welche ein „assignment“ rechtfertigen, sind nur in Sonderfällen anzuerkennen.<sup>1460</sup>
8. Selbst wenn eine „licence“ eingeräumt wird, ist diese sehr restriktiv auszuliegen.<sup>1461</sup>

---

1456 Hierzu J Lightman erstmals über die Annahme von „implied terms“, „Liverpool City Council v. Irwin“, „House of Lords“, 31. März 1976, (1977) A.C. 239; auf dieses Urteil bezugnehmend Lord Bingham MR. im Urteil „Philips Electronique Grand Public SA v. British Sky Broadcasting Ltd.“, EWCA, 19. Oktober 1994, (1995) E.M.L.R. 472 ff., 481; grundlegend eine australische Entscheidung in der Lord Simon of Glaisdale im Namen der Mehrheit des „Judicial Committees of the Privy Council“ im Fall „BP Refinery (Westernport) Pty Ltd v. The President, Councillors and Ratepayers of the Shire of Hastings“, HCA, 27. Juli 1977, (1978) 52 A.L.J.R. 20 ff., 26, folgende Voraussetzungen festlegte: 1. „it must be reasonable and equitable“, 2. „it must be necessary to give business efficacy to the contract, so that no term will be implied if the contract is effective without it“, 3. „it must be so obvious that „it goes without saying“, 4. „it must be capable of clear expression“, 5. „it must not contradict any express terms of the contract“.

1457 Lord Bingham im Urteil „Philips Electronique Grand Public SA v. British Sky Broadcasting Ltd“, EWCA, 19. Oktober 1994, (1995) E.M.L.R. 472, 474. Später wieder zitiert im Fall „Robin Ray v. Classic FM Pic“, EWHC, 18. März 1998, 1998 F.S.R.622, 641 f.

1458 „Robin Ray v. Classic FM Pic“, EWHC, 18. März 1998, 1998 F.S.R.622, 642 (5).

1459 „Robin Ray v. Classic FM Pic“, EWHC, 18. März 1998, 1998 F.S.R.622, 642 (6)

1460 „Robin Ray v. Classic FM Pic“, EWHC, 18. März 1998, 1998 F.S.R.622, 642 (7). Solche Sonderfälle sind hiernach gegeben, wenn der Nutzer neben dem Nutzungsrecht auch das Recht erhalten möchte, den Vertragspartner von der Nutzung auszuschließen oder das Urheberrecht gegen Dritte durchzusetzen. Beispiele hierfür seien zum einen der Fall, dass der Besteller die Software auf dem Markt ohne Konkurrenz anbieten möchte. Zum anderen, wenn die erstellte Software auf einer schon vorher bestehenden Software basiere, für welche der Besteller ausschließliche Rechte innehatte. Weiter sei dies der Fall, wenn der Ersteller als Mitglied eines Teams des Bestellers agiere und eine eigene Verwertung nicht möglich oder vorgesehen sei.

1461 „Robin Ray v. Classic FM Pic“, EWHC, 18. März 1998, 1998 F.S.R.622, 642, 643 (8). Ein Indiz für den Umfang der Lizenz könne die Höhe der Lizenzgebühr sein.

9. Als zeitlicher Bezugspunkt ist immer der Vertragsschluss maßgeblich, eine Reaktion auf veränderte Umstände – evtl. zu Gunsten einer Partei – darf nicht erfolgen.<sup>1462</sup>

Des Weiteren wurde auch auf frühere Rechtsprechung, mit welcher diese Prinzipien im Einklang stehen, verwiesen.<sup>1463</sup> In späteren Urteilen wurde diese Liste als meisterhaft („masterful“) beschrieben<sup>1464</sup> und auch angewandt.<sup>1465</sup> Dieser Kriterienkatalog bringt das restriktive Vorgehen der Gerichte zum Ausdruck, eine Rechtsübertragung („assignment“) anzunehmen, welche jede weitere Verwendung des Quellcodes durch den Ersteller unmöglich macht.

### 3. Einräumung eines Nutzungsrechts: „licence“

Verbleibe die Urheberschaft beim Softwareersteller bzw. -anbieter, so werde dem Nutzer regelmäßig ein nicht-ausschließliches („non-exclusive licence“)<sup>1466</sup> persönliches<sup>1467</sup> Nutzungsrecht eingeräumt.<sup>1468</sup> Dabei sei es nicht unüblich, dass der Rechtsinhaber insoweit eingeschränkt werde, dass er die Software nicht an einen Wettbewerber des Bestellers lizenzieren dürfe.<sup>1469</sup> In der Praxis werde regelmäßig kein eigenständiger Lizenzvertrag ab-

---

1462 „Robin Ray v. Classic FM Pic“, EWHC, 18. März 1998, 1998 F.S.R.622, 643 (9).

1463 „Robin Ray v. Classic FM Pic“, EWHC, 18. März 1998, 1998 F.S.R.622, 643 (9) zahlreiche weitere nennend.

1464 „Griggs Group Ltd. v. Evans“, EWCA, 25. Januar 2005, (2005) EWCA (Civ) 11, 706, 714, Rn. 14.

1465 „Laurence John Wrenn, Integrated Multi-Media Solutions Ltd. v. Stephen Landamore“, EWHC, 23. Juli 2007, (2007) EWHC 1833 (Pat), Rn. 35 ff., insbesondere 38. In diesem Fall wurde ein „assignment“ abgelehnt und eine ausschließliche Lizenz für die „kaufmännische Wirksamkeit“ als notwendig angesehen. Das Gericht entschied allein zwischen diesen beiden Optionen.

1466 Bainbridge, Introduction to Information Technology Law, 272; Fell/Antell/Exell/Picton/Roberts-Walsh/Townsend, 41, 43.

1467 „Clearsprings Management Limited v. Business Limited and Mark Hargreaves“, EWHC, 14. Juli 2005 (2005) EWHC 1487 (Ch), Rn. 48; Bond, 229 f. in Musterverträgen.

1468 Bainbridge, Introduction to Information Technology Law, 272.

1469 Byme/McBratney, 372.

geschlossen, sondern der Erstellungsvertrag in Form des „service contract“ enthalte lizenzrechtliche Klauseln.<sup>1470</sup>

#### 4. Zusammenfassung

Im Ergebnis wird sowohl in der Literatur als auch in der Rechtsprechung ein immaterialgüterrechtlicher Schwerpunkt des Vertrages über die Erstellung und Überlassung von Individualsoftware gesehen. Während in Bezug auf die Erstellung ein „service“ erkannt wird, kann hinsichtlich der immaterialgüterrechtlichen Berechtigung des Nutzers entweder eine Lizenz („licence“) eingeräumt werden oder im Einzelfall eine Rechtsübertragung („assignment“) erfolgen.

### III. Bereitstellung digitaler Inhalte: „supply of digital content“

Erfolgt bei der Erstellung und Überlassung von Individualsoftware als Gegenleistung die Zahlung eines Preises, so kann dieser Lebenssachverhalt unter Sec. 1 Abs.1 CRA 2015 subsumiert werden und stellt einen Verbrauchervertrag über die Bereitstellung digitaler Inhalte („contract for a trader to supply digital content to a consumer“) gemäß Sec. 33 Abs.1 CRA 2015 dar.<sup>1471</sup> Erfolgt die Überlassung auf einem Datenträger, so ist dieser als „good“ (Sache) gemäß Sec. 1 Abs. 8 CRA 2015 anzusehen, welche Gegenstand eines „Verbrauchervertrages über die Überlassung einer Sache“ („contract for a trader to supply goods to a consumer“) gemäß Sec. 3 Abs.1 CRA 2015 sein kann. Dies schließt gemäß Sec. 3 Abs.2 lit. a) CRA 2015 einen Kaufvertrag („sales contract“) mit ein. Im Ergebnis stellt die Erstellung und Überlassung von Individualsoftware von einem Unternehmer an einen Verbraucher eine Bereitstellung digitaler Inhalte im Sinne des „CRA 2015“ dar. Daneben kann jeweils noch beispielsweise ein Kaufvertrag über einen körperlichen Gegenstand wie einen Datenträger bestehen. Dies hat jedoch wedereine Implikation auf

---

1470 Bainbridge, Introduction to Information Technology Law, 300; Burnett, 36; schriftliches Interview geführt mit Peter Church, Linklaters LLP, Antworten erhalten am 14. April 2013.

1471 „Consumer Rights Act 2015. Explanatory Notes“, Rn. 166 darauf hinweisend, dass „bespoke content“ mitumfasst ist.

Nicht-Verbraucherverträge<sup>1472</sup> noch umfasst dies die immaterialgüterrechtliche Berechtigung des Softwarenutzers. Diesem sind urheberrechtliche Nutzungsrechte mittels einer Lizenz einzuräumen bzw. es können auch Rechte übertragen werden.<sup>1473</sup>

#### IV. Zusammenfassung

Im englischen Recht wird die Erstellung und Überlassung von Individualsoftware zum einen als reiner „service contract“ eingeordnet, zum anderen erfolgt eine Zweiteilung des Vertrages. Die Erstellung wird dabei als „service contract“ angesehen, in Bezug auf die Nutzungsberechtigung ist eine immaterialgüterrechtliche Komponente von Bedeutung. So kann dem Nutzer eine Lizenz („licence“) eingeräumt, aber auch die Urheberschaft übertragen werden („assignment“). Ein Verbrauchervertrag kann als Bereitstellung eines digitalen Inhalts qualifiziert werden, daneben kann ein Kaufvertrag über einen etwaigen Datenträger bestehen.

#### E. Vergleichende Betrachtung

##### I. Werkvertrag (Deutschland), „contrat d’entreprise“ (Frankreich) und „service contract“ (England)

Der deutsche Werkvertrag, der französische „contrat d’entreprise“ und der englische „service contract“ erfassen tatbestandlich die Erstellung und Überlassung von Individualsoftware. Allerdings spiegeln diese jeweils nicht alle Aspekte des Vertrages wider. Gegenstand eines Werkvertrages kann gemäß § 631 Abs. 2 BGB „die Herstellung oder Veränderung einer Sache“ sowie „jeder andere durch Arbeit oder Dienstleistung herbeizuführende Erfolg“ sein. Hierunter lassen sich unstreitig auch die Konzeption und Programmierung, letztlich alle Tätigkeiten, die mit der Softwareerstellung zusammenhängen, subsumieren. Die erstellte Software ist dabei der über das Tätigwerden hinausgehende Erfolg, welcher vom Werkunternehmer geschuldet ist. Im Gleichlauf kann eine solche Einordnung als französischer „contrat de louage d’ouvrage“ in Form des „contrat d’entreprise“ gemäß

---

1472 Bridge, Rn. 2.23; Rowland/Kohl/Charlesworth, 490 dies grundsätzlich so ansehend; Twigg-Flesner/Canavan, 48

1473 Hierzu 2. Teil § 1 D V.

Art. 1710 C. civ. erfolgen. Die Erstellung der Individualsoftware stellt den bei diesem Vertrag geschuldeten „service“, dar. Ein solcher „service“ kann auch im Sinne des englischen Sec. 12 Abs. 1 SGSA 1982 bestehen. Überdies kann auch die Übermittlung unter den Werkvertrag bzw. die jeweiligen Termini „service“ subsumiert werden. Dies gilt insbesondere für die Zurverfügungstellung von Software auf einem Datenträger, zum Download oder zum Zugriff auf einer Cloud Computing-Plattform. Hingegen eine Einräumung eines urheberrechtlichen Nutzungsrechts umfassen diese Verträge nicht.

## II. Werkvertrag (Deutschland), „contrat d'entreprise“ (Frankreich) und „service contract“ (England) jeweils i.V.m. einem immaterialgüterrechtlichen Vertrag

In der deutschen Rechtsliteratur hat die Diskussion in Bezug auf Individualsoftware seit langer Zeit fast ausschließlich die Frage zum Gegenstand, ob für die Erstellung der Werk- oder der Werklieferungsvertrag einschlägig ist. Die Relevanz dieser Streitentscheidung zeigt sich insbesondere bei fehlerhafter Software im Leistungsstörungsrecht. Immaterialgüterrechtliche Aspekte werden hingegen kaum diskutiert, nur vereinzelt wird angemerkt, dass diese von Bedeutung sind. In der Folge wird teils ein lizenzvertraglicher Teil der Erstellung und Überlassung von Individualsoftware erkannt. Der Umfang der Nutzungsrechtseinräumung soll variieren können – von einer einfachen Einzelplatzlizenz bis zu einer allumfassenden Rechtseinräumung. In Frankreich hingegen wird einer etwaigen Einräumung eines Nutzungsrechts neben dem „contrat d'entreprise“ bezüglich der Softwareerstellung größere Bedeutung zugeschrieben. Es wird regelmäßig eine Lizenz („licence“/„concession“) von urheberrechtlichen Nutzungsrechten erkannt, bis hin zu einer Rechtsübertragung („cession“), wenn somit ein „Quasi-Eigentum“ an der Software geschaffen werden soll. Ähnlich ambivalent ist die Diskussion in England. Aufgrund der dort möglichen Übertragbarkeit des Urheberrechts wird fast durchgängig ein immaterialgüterrechtlicher Teil des Vertrages über die Erstellung und Überlassung von Individualsoftware erkannt. Wird das Urheberrecht auf den Besteller übertragen, so kann ein „assignment“ des Urheberrechts erfolgen, regelmäßig wird eine „licence“ eingeräumt.

Der Blick sowohl nach Frankreich als auch nach England ist in der Folge aufschlussreich, denn in beiden Rechtsordnungen sind immaterialgüter-

rechtliche Aspekte von Bedeutung und Gegenstand der rechtlichen Diskussion. Der Blick hierauf scheint in Deutschland durch die vorherrschende schuldrechtliche Diskussion verschlossen geblieben zu sein. Der Vertrag, welcher die Erstellung und Überlassung von Individualsoftware zum Gegenstand hat, ist letztlich aufzuteilen, zum einen in die Softwareerstellung und evtl. Übermittlung, zum anderen in die immaterialgüterrechtlichen Aspekte. Nur so kann – ähnlich wie bei 2. Teil § 1 bezüglich Standardsoftware – dem Wesen des Vertrages entsprochen werden und es spiegeln sich auch immaterialgüterrechtliche Aspekte in diesem wider.

### III. Bereitstellung digitaler Inhalte (EU und England)

Wie dargelegt wurde die gesetzliche Ausgestaltung im Verordnungsentwurf für ein Gemeinsames Europäisches Vertragsrecht in der Rechtsliteratur diskutiert und insbesondere kritisiert.<sup>1474</sup> Besonders hervorzuheben ist der Aspekt, dass jegliche Verträge, welche eine Bereitstellung digitaler Inhalte zum Gegenstand haben, mit demselben Nominatvertragsrecht, insbesondere Leistungsstörungsrecht, gesetzlich erfasst werden sollen. Es erscheint nicht praktikabel, ein alle möglichen Sachverhaltskonstellationen erfassendes, normiertes und spezifisches Vertragsrechtsregime zu schaffen. Eine Subsumtion der Erstellung und Überlassung von Individualsoftware unter den Vertrag der Bereitstellung digitaler Inhalte ist möglich, jedoch erlaubt dies keine Rückschlüsse auf die Rechtsnatur des Vertrages.

Der Vertrag über die Bereitstellung von digitalen Inhalten im englischen „CRA 2015“ stellt die Bereitstellung digitaler Inhalte im Wesentlichen Kaufverträgen gleich. Insbesondere kommt ein sehr ähnliches Gewährleistungsrecht zur Anwendung. Jedoch wird in der Literatur sehr wohl erkannt, dass daneben eine immaterialgüterrechtliche Nutzungsrechtseinräumung zu erfolgen hat. Somit steht dies dem vorstehend beschriebenen Verständnis nahe.

### IV. Zusammenfassung

Ein Vertrag über die Erstellung und Überlassung (Zugang und Nutzung) von Individualsoftware ist aufzuteilen in zwei Teile: zum einen die Soft-

---

1474 Hierzu 2. Teil § 1 A I. 4.

wareerstellung und evtl. Übermittlung, zum anderen die Einräumung eines urheberrechtlichen Nutzungsrechts bzw. die Rechtsübertragung, soweit nach nationalem Urheberrecht zulässig. Nur so kann – ähnlich wie bei § 1 bezüglich Standardsoftware – dem Wesen des Vertrages entsprochen werden. Darüber hinaus ist eine Subsumtion unter den Vertrag der Bereitstellung digitaler Inhalte des Verordnungsvorschlags für ein Gemeinsames Europäisches Kaufrecht möglich, allerdings erlaubt dies keine Rückschlüsse auf die Rechtsnatur des Vertrages.

#### § 4. Ergebnis des 2. Teils

Der 2. Teil hat unterschiedliche vertragliche Konstellationen der Softwareüberlassung und -nutzung zum Gegenstand. Hierfür wurden die dauerhafte Überlassung von Standardsoftware, die Nutzung von Software mittels Cloud Computing und die Erstellung und Überlassung von Individualsoftware betrachtet. Dabei wurde erkannt, dass die jeweiligen Verträge mehrere Leistungspflichten enthalten. Vertragsgegenstand ist zum einen die Übermittlung der Software selbst, die Ausgestaltung des Zugangs zu dieser (soweit die Software in einer Cloud gespeichert ist) oder die Erstellung der Software. Der Hauptteil des Vertrages und die wesensbeschreibende Eigenschaft ist allerdings stets die lizenzvertragliche Einräumung eines urheberrechtlichen Nutzungsrechts. Auch können, soweit dies von den Vertragsparteien intendiert und gemäß der Rechtsordnung zulässig ist, Immaterialgüterrechte übertragen werden.

### 3. Teil. Kompatibilität des EU-Rechts: Richtlinie 2009/24/EG als Prüfungsmaßstab

Im Folgenden wird die Kompatibilität des EU-Rechts mit den Ergebnissen des 1. und 2. Teils geprüft. Zentral ist dabei die Fragestellung, inwieweit das Recht zum einen Arten der Überlassung von Software wie einen Download und zum anderen Arten der Softwarenutzung wie Cloud Computing zu erfassen vermag.

Aufgrund der Normenhierarchie des EU-Rechts ist vorrangig mit dem Vertrag über die Arbeitsweise der Europäischen Union („AEUV“) das Primärrecht als Prüfungsmaßstab heranzuziehen. Dieser regelt allerdings weder Vertragsrecht noch sind Normen hinsichtlich Software enthalten. Allein die Verwirklichung des Binnenmarktes gemäß Art. 26 ff. AEUV stellt diesbezüglich ein übergeordnetes Ziel dar. Auf sekundärrechtlicher Ebene enthalten die Verbraucherrechte-Richtlinie 2011/83/EU, die Digitale-Inhalte-Richtlinie 2019/770/EU und die Warenkauf-Richtlinie 2019/771/EU verbraucherschutzrechtliche, jedoch keine immaterialgüterrechtlichen, Regelungen zu Software.<sup>1475</sup> Die immaterialgüterrechtliche InfoSoc-Richtlinie 2001/29/EG lässt gemäß Art. 2 Abs. 2 lit. a) Regelungen über den rechtlichen Schutz von Computerprogrammen unberührt, nennt jedoch Rechtsbegriffe wie beispielsweise das Verbreitungsrecht und dessen Erschöpfung sowie die öffentliche Zugänglichmachung als weitere Verwertungshandlung. Die Software-Richtlinie 2009/24/EG als Nachfolgeregelung der Richtlinie 91/250/EWG normiert urheberrechtliche Aspekte in Bezug auf Software und Softwareverträge und stellt somit den zentralen Rechtstext der im 3. Teil erfolgenden Betrachtung dar. Die relevanten Begriffe sind in Art. 4 Abs. 2 Richtlinie 2009/24/EG der „Verkauf“ als Verbreitungshandlung und Tatbestand sowie die „Kopie“ als deren Gegenstand, welcher als Rechtsfolge die Erschöpfung des Verbreitungsrechts auslöst. Darüber hinaus ist auch Art. 5 Abs. 1 Richtlinie 2009/24/EG mit dem Begriff der „bestimmungsgemäßen Benutzung“ der Software, welche dem „rechtmäßigen Erwerber“ gestattet ist, von Bedeutung. Im Folgenden wird unterschieden zwischen der Überlassung von Software mittels eines Datenträgers und eines Downloads sowie der Softwarenutzung mittels Cloud Computing.

---

1475 Hierzu 2. Teil § 1 A II.

§ 1. Kopie als Vertragsgegenstand des Softwarevertrages,  
Art. 4, 5 Richtlinie 2009/24/EG

In §1 steht der Begriff der Kopie als Vertragsgegenstand bei Verträgen über die Nutzung von Software im Fokus. Der Terminus Kopie wurde nicht erst in der Richtlinie 91/250/EWG als Vorgängerrichtlinie der Richtlinie 2009/24/EG eingeführt, sondern ist in Form des Werkstücks<sup>1476</sup> einer der zentralen Begriffe des Urheberrechts. Das Werkstück stellt als Objekt eines „sachenrechtlichen Vorgangs“<sup>1477</sup> eine Verkörperung des urheberrechtlich geschützten Werks dar. Zudem dient es als Gegenstand einer urheberrechtlichen Verbreitung und somit als Anknüpfungspunkt für die mittelbare Erfassung des grundsätzlich freien Werkgenusses.<sup>1478</sup> Auch die Erschöpfung des Verbreitungsrechts bezieht sich stets auf ein Werkstück, gleiches gilt für das Vervielfältigungsrecht, welches die „Herstellung von körperlichen Festlegungen“ und somit von Werkstücken umfasst.<sup>1479</sup> Die Richtlinie 2009/24/EG nennt die Kopie in Art. 4 Abs.1 als Objekt einer Verbreitung und rückt diese dabei als Vertragsgegenstand in den Fokus von Softwareüberlassungsverträgen. Art. 4 Abs.2 Richtlinie 2009/24/EG beschreibt die Kopie im Zusammenhang mit einem Verkauf, als dessen Rechtsfolge sich das Verbreitungsrecht an dieser Kopie erschöpft. In ErwG 13 S.3 Richtlinie 2009/24/EG wird die Kopie als Gegenstand des Erwerbs im Sinne des Art.5 Abs.1 Richtlinie 2009/24/EG genannt. Ein solcher Erwerb ist möglich zum einen vom Rechtsinhaber, zum anderen von einem Dritten, der sich auf Art. 4 Abs. 2 Richtlinie 2009/24/EG berufen kann.<sup>1480</sup> ErwG 15 Richtlinie 2009/24/EG nennt den Begriff der Kopie

---

1476 Ulmer/Hoppen, CR 2008, 681, 682 das Software-Urheberrecht, welches aufgrund der Richtlinie 91/250/EWG im deutschen Recht in den §§ 69a ff. UrhG implementiert wurde, als ein solches mit eigenständigen Begriffen wie beispielsweise dem Werkbegriff beschreibend. Es wird argumentiert, dass, wenn dieser mit dem des allgemeinen Urheberrechts (§17 UrhG) identisch wäre, keine Neuformulierung hätte erfolgen müssen. Tatsächlich wollte der Gesetzgeber entsprechend dem Regierungsentwurf mit den §§ 69a ff. UrhG einen Sonderabschnitt für Software schaffen, da Software mit „klassischen“ Werken nicht vergleichbar ist. Es sollte eine Abstrahlung der softwarespezifischen Normen ins allgemeine Urheberrecht vermieden werden, BRegE, Entwurf eines Zweiten Gesetzes zur Änderung des Urheberrechtsgesetzes, BT-Drs. 12/4022 v. 18. Dezember 1992, 7 f.

1477 Ulmer/Hoppen, CR 2008, 681, 682.

1478 Zum grundsätzlich freien Werkgenuss I. Teil § 3 C I.

1479 Blocher, in: Walter, Art. 4 Richtlinie 2009/24/EG, Rn. 7.

1480 EuGH, Urteil v. 03. Juli 2012 – C 128/11 („UsedSoft v. Oracle“), NJW 2012, 2565 ff., Rn. 80 ff. klarstellend. Hierzu auch I. Teil § 3 E I.

eines Programms hinsichtlich der Beschreibung des Umfangs möglicher Verwertungsrechte. In ErwG 16 Richtlinie 2009/24/EG findet der Terminus Kopie im Zusammenhang mit vertraglichen Regelungen zu Sicherungskopien Erwähnung, in Art. 5 Abs. 2 Richtlinie 2009/24/EG hinsichtlich der Erstellung einer Sicherungskopie. Art. 7 Richtlinie 2009/24/EG nennt die Kopie in Bezug auf besondere Schutzmaßnahmen der einzelnen Mitgliedstaaten.

#### A. Kopie bei der Softwarenutzung nach Überlassung der Software mittels eines Datenträgers

Wird Software verkörpert auf einem Datenträger wie einer CD-ROM, DVD oder einem USB-Stick, etc. überlassen, so unterscheidet sich die Software mit dem Datenträger aus urheberrechtlicher Sicht nicht wesentlich von einem gedruckten Buch bzw. einer Video-DVD oder anderen Gegenständen, welche unstreitig urheberrechtliche Werkstücke darstellen. Es wird eine spezifische körperliche Kopie mittels einer Verbreitung Gegenstand des Rechtsverkehrs. Urheberrechtliche Besonderheiten bestehen nicht.

#### B. Kopie bei der Softwarenutzung nach Überlassung der Software mittels eines Downloads

Wird Software mittels eines Downloads überlassen und somit kein herkömmliches körperliches Werkstück in Form eines Datenträgers in den Rechtsverkehr übergeben, ist fraglich, ob eine urheberrechtliche Kopie vorliegt.

#### I. Scheitern der Subsumtion unter traditionellen Begriff der Kopie

Bei einer Online-Überlassung wird die Software vom Softwareanbieter auf eine Website hochgeladen (Upload) und zum Herunterladen (Download) durch den Nutzer bereitgestellt. Tatsächlich erfolgt nicht vor jedem Download ein neuer Upload, denn ein Download stellt technisch ein „Ab-

schreiben“ und kein „Schicken“ dar.<sup>1481</sup> Ein einziger Upload ist folglich ausreichend für unzählige Downloads. Die Kontrolle an einem Werkstück wird nicht abgegeben, denn es mangelt an der physischen Übergabe einer Kopie der Software<sup>1482</sup> und somit *prima vista* an einer Verbreitungshandlung. Ein neues Werkstück wird durch den Download erst beim Nutzer von diesem auf dessen eigener Computerfestplatte erstellt.<sup>1483</sup> Aber auch dieses stellt kein zum Beispiel mit einem Buch vergleichbares Werkstück dar, denn, falls eine erneute Weitergabe der Software erfolgt, wird nicht das durch den Download auf der Festplatte erzeugte Werkstück weitergeben, sondern der Zweitnutzer wird wie bei einem Download eine neue Kopie erstellen oder es wird vom Erstnutzer eine weitere zur Weitergabe bestimmte Kopie auf einem Datenträger erstellt und an den Zweitnutzer übergeben. Im Ergebnis fehlt es somit an den tatbestandlichen Voraussetzungen einer traditionellen Kopie, welche in den Rechtsverkehr übergeben wird und in diesem zirkuliert, und eine Subsumtion unter das Verbreitungsrecht gemäß Art. 4 Abs. 1 lit. c), Abs. 2 Richtlinie 2009/24/EG wäre abzulehnen.<sup>1484</sup> In der Folge wäre die Richtlinie 2009/24/EG auf die Softwareüberlassung mittels eines Downloads nicht mehr anwendbar.<sup>1485</sup> Jedoch hätte bei einer solchen Auslegung die Richtlinie 2009/24/EG schon zu Beginn des aktuellen Jahrtausends mit dem Beginn des massenhaften Downloads von Software diese Art der Softwareüberlassung nicht mehr erfasst. Allein schon die Tatsache, dass die Richtlinie 2009/24/EG in ihrer jetzigen Form erst im Jahr 2009 erlassen wurde, spricht gegen eine solche enge Auslegung.

---

1481 Hilty, *sic!* 1997, 128, 134 noch mit einem solchen argumentierend, um im Schweizer Recht eine Gleichstellung mit der Verbreitung von körperlichen Softwarekopien herzustellen (Art. 10 Abs. 2 lit. b. Alt. 3 URG nennt neben dem Anbieten und Veräußern auch „sonst wie zu verbreiten“).

1482 Koch, ITRB 2013, 9, 14 zwar in anderem Sachzusammenhang, aber darauf hinweisend, dass es bei einem Download an der Überlassung einer Kopie mangelt.

1483 Hilty, in: Bruun/Dinwoodie/Levin/Ohly, 272, 277; Hilty, Urheberrecht, Rn. 314 in diese Richtung.

1484 Ohly, JZ 2013, 42 dies beschreibend und in der Folge ausführend, dass in diesem Fall auch keine Erschöpfung des Verbreitungsrechts eintreten kann.

1485 Hoeren, GRUR 2010, 665, 669 zur damaligen Zeit eine solche Unanwendbarkeit befürwortend.

## II. Weiterentwicklung des Begriffs der Kopie in der „UsedSoft v. Oracle“-Entscheidung des EuGH

### I. „UsedSoft v. Oracle“-Entscheidung des EuGH – Sachverhalt und Vorlagefragen

Im Juli 2012 erging das Urteil des EuGH in der Rechtssache „UsedSoft v. Oracle“. Der EuGH war vom BGH in einem seit dem Jahr 2005 in Deutschland anhängigen Rechtsstreit zwischen der UsedSoft GmbH, einem Anbieter von sogenannter „Gebrauchtssoftware“ und dem Softwareentwickler Oracle Corporation im Rahmen eines Vorabentscheidungsverfahrens angerufen worden. Dem Fall lag folgender Sachverhalt zu Grunde: Oracle entwickelte und vertrieb Software, größtenteils mittels Downloads (zu 85 %). Der potentielle Nutzer konnte die Software von der Oracle-Webseite herunterladen und diesem wurde mittels eines „Lizenzvertrages“ ein dauerhaftes und nicht-abtretbares Recht, diese Software auf seinem Server zu speichern und durch eine im Vertrag festgelegte Anzahl von Nutzern mit eigenen Arbeitsplätzen zu nutzen („Softwarelizenzen“), eingeräumt. Daneben bot Oracle im Rahmen eines Softwarepflegevertrages Updates sowie Patches an. Die Software konnte alternativ auf einem Datenträger wie einer CD-ROM oder DVD bezogen werden. UsedSoft handelte mit vorgenannten Softwarelizenzen und mit einer gewisse Nutzeranzahl umfassenden Teilen von diesen. Die Erwerber der Softwarelizenzen luden, soweit diese noch nicht über die Software verfügten, diese von der Oracle-Webseite herunter. Zudem erhielten die Erwerber Updates und Patches von Oracle. Die Echtheit der gehandelten Softwarelizenzen wurde notariell bestätigt.<sup>1486</sup> Der BGH wollte in seinen Vorlagefragen zum einen wissen, ob „derjenige, der sich auf eine Erschöpfung des Rechts zur Verbreitung der Kopie eines Computerprogramms berufen kann, „rechtmäßiger Erwerber“ im Sinne von Art. 5 Abs. 1<sup>4</sup> Richtlinie 2009/24/EG ist. Zum anderen stellte er die Frage, ob „für den Fall, dass die erste Frage bejaht wird“, „sich das Recht zur Verbreitung der Kopie“ nach Art. 4 Abs. 2 1 Richtlinie 2009/24/EG erschöpft, „wenn der Erwerber die Kopie mit Zustimmung des Rechtsinhabers durch Herunterladen des Programms aus dem Internet auf einen Datenträger angefertigt hat.“ Würde zweite Frage bejaht werden, fragte das Gericht zudem, ob „sich auch derjenige, der eine „gebrauchte“ Softwarelizenz erworben hat, für

---

<sup>1486</sup> EuGH, Urteil v. 03. Juli 2012 – C 128/11 („UsedSoft v. Oracle“), NJW 2012, 2565 ff., Rn. 21 ff.

das Erstellen einer „Kopie“ als „rechtmäßiger Erwerber“ nach Art. 5 Abs. 1, Art. 4 Abs. 2 Richtlinie 2009/24/EG „auf die Erschöpfung des Rechts zur Verbreitung der vom Erstnutzer mit Zustimmung des Rechtsinhabers durch Herunterladen des Programms aus dem Internet auf einen Datenträger angefertigten Kopie des Computerprogramms berufen“ kann, „wenn der Erstnutzer seine Kopie gelöscht hat oder nicht mehr verwendet.“<sup>1487</sup> Letztlich zielte die Vorlage an den EuGH darauf ab, ob die Online-Überlassung von Software aus urheberrechtlicher Perspektive mit der Überlassung von auf einem Datenträger verkörperter Software gleichgestellt werden kann.

## 2. „Erweiterter Begriff der Kopie“ im Sinne des EuGH

Der EuGH legte in dieser Entscheidung indirekt<sup>1488</sup> den Begriff der Kopie aus und beschrieb diesen in Bezug auf heruntergeladene Software als „körperlichen oder nichtkörperlichen Gegenstand“<sup>1489</sup> Weiter führte er aus, dass eine Beschränkung des Art. 4 Richtlinie 2009/24/EG auf Kopien, welche „sich auf einem materiellen Datenträger wie einer CD-ROM oder DVD befinden“, sich nicht aus der Richtlinie 2009/24/EG ergibt. Es spielt „keine Rolle, ob dem Kunden die Kopie des Computerprogramms vom Rechtsinhaber über das Herunterladen von dessen Internetseite oder auf einem materiellen Datenträger wie einer CD-ROM oder DVD zur Verfügung gestellt“ wird.<sup>1490</sup> Insbesondere die offene Formulierung „(Verkauf) einer Kopie“ in Art. 4 Abs. 2 Richtlinie 2009/24/EG umfasst demnach körperliche und unkörperliche und somit auch „heruntergeladene Kopien“,<sup>1491</sup> welche dem Nutzer zur Verfügung gestellt und an diesen übertragen werden.<sup>1492</sup>

---

1487 EuGH, Urteil v. 03. Juli 2012 – C 128/11 („UsedSoft v. Oracle“), NJW 2012, 2565 ff., Rn. 34.

1488 Die Ausführungen können als indirekt bezeichnet werden, da der EuGH entsprechend der zweiten Vorlagefrage vielmehr die Erschöpfung des Verbreitungsrechts rechtlich zu bewerten hatte. Als Gegenstand des Verbreitungsrechts ist die Kopie von Relevanz.

1489 EuGH, Urteil v. 03. Juli 2012 – C 128/11 („UsedSoft v. Oracle“), NJW 2012, 2565 ff., Rn. 42.

1490 EuGH, Urteil v. 03. Juli 2012 – C 128/11 („UsedSoft v. Oracle“), NJW 2012, 2565 ff., Rn. 47, 59.

1491 EuGH, Urteil v. 03. Juli 2012 – C 128/11 („UsedSoft v. Oracle“), NJW 2012, 2565 ff., Rn. 55, 59 klarstellend.

1492 EuGH, Urteil v. 03. Juli 2012 – C 128/11 („UsedSoft v. Oracle“), NJW 2012, 2565 ff., Rn. 47 f.

### 3. Argumente des EuGH für den „Erweiterten Begriff der Kopie“

Der EuGH nannte zahlreiche Argumente für den von ihm vertretenen „Erweiterten Begriff der Kopie“ in der Richtlinie 2009/24/EG und somit für eine Subsumtion der dauerhaften Überlassung von Standardsoftware mittels eines Downloads unter das urheberrechtliche Verbreitungsrecht.

#### a) Wortlaut der Richtlinie 2009/24/EG

Der EuGH zog Art.1 Abs.2 Richtlinie 2009/24/EG heran, welcher normiert, dass Computerprogrammen der „gemäß dieser Richtlinie gewährte Schutz (...) für alle Ausdrucksformen“ zukommt. Zudem regelt ErwG 7 Richtlinie 2009/24/EG, dass Computerprogramme, welche in den Schutzbereich der Richtlinie fallen, „Programme in jeder Form umfassen, auch solche, die in die Hardware integriert sind“. Dies zeigt für den EuGH die Intention des Gesetzgebers, körperliche und unkörperliche Kopien gleichzustellen.<sup>1493</sup>

#### b) Richtlinie 2009/24/EG als Lex Specialis zur Richtlinie 2001/29/EG

Der EuGH führte aus, dass die Überlassung von Standardsoftware mittels eines Downloads eine Verbreitung im Sinne des Art.4 Richtlinie 2009/24/EG (damals noch die Richtlinie 91/250/EWG) darstellt und nicht allein eine öffentliche Wiedergabe in Form einer öffentlichen Zugänglichmachung gemäß Art.3 Abs.1 Richtlinie 2001/29/EG.<sup>1494</sup> Die Anwendbarkeit der Richtlinie 2009/24/EG wird in Art.1 Abs.1 lit. a) Richtlinie 2001/29/EG geregelt, demgemäß die Richtlinie 2001/29/EG die Richtlinie 2009/24/EG „unberührt“ lässt und „in keiner Weise“ „beeinträchtigt“. Hieraus ergibt sich eine Stellung der Richtlinie 2009/24/EG als Lex Specialis gegenüber der Richtlinie 2001/29/EG.<sup>1495</sup> Somit ist allein rele-

---

1493 EuGH, Urteil v. 03. Juli 2012 – C 128/11 („UsedSoft v. Oracle“), NJW 2012, 2565 ff., Rn. 57 f.

1494 EuGH, Urteil v. 03. Juli 2012 – C 128/11 („UsedSoft v. Oracle“), NJW 2012, 2565 ff., Rn. 50 ff.

1495 EuGH, Urteil v. 03. Juli 2012 – C 128/11 („UsedSoft v. Oracle“), NJW 2012, 2565 ff., Rn. 51, 56; später ausdrücklich bestätigt u.a. in EuGH, Urteil v. 19. Dezember 2019 – C 263/18 („Tom Kabinet“), NJW 2020, 827 ff., Rn. 55.

vant, ob eine Handlung unter den Verbreitungsbegriff aus Art. 4 Richtlinie 2009/24/EG zu subsumieren ist.<sup>1496</sup> Liegt in dieser Handlung auch eine öffentliche Zugänglichmachung im Sinne des Art. 3 Abs. 1 Richtlinie 2001/29/EG, so ist eine solche nicht von Relevanz.<sup>1497</sup>

c) Verbreitung als öffentliche Wiedergabe zuzüglich einer Eigentumsübertragung

Zur Begründung, warum in der Überlassung von Software mittels eines Downloads eine Verbreitung zu sehen ist, verwies der EuGH insbesondere auf Art. 6 Abs. 1 WCT.<sup>1498</sup> Aus diesem ergibt sich, dass eine öffentliche Wiedergabe im Sinne des Art. 3 Richtlinie 2001/29/EG durch eine Eigentumsübertragung zu einer urheberrechtlichen Verbreitung wird. Auch Art. 4 Richtlinie 2001/29/EG, welcher im Gleichlauf zu Art. 4 Richtlinie 2009/24/EG das Verbreitungsrecht zum Gegenstand hat, zeigt dies,<sup>1499</sup> denn „das Herunterladen einer Kopie eines Computerprogramms und der Abschluss eines Lizenzvertrages über die Nutzung dieser Kopie (bilden) ein unteilbares Ganzes“, was zu einer Übertragung von „Eigentum“ an der Kopie führt.<sup>1500</sup> Bei einer Softwareüberlassung mittels eines Downloads und dem Abschluss eines Lizenzvertrages, welcher gegen eine Einmalzahlung ein unbefristetes Nutzungsrecht einräumt und somit eine „dauerhafte Nutzbarmachung“ der Kopie darstellt, wird das Eigentum an der Kopie an den Nutzer übertragen, wenn der Urheber eine dem „wirtschaftlichen Wert“ der Kopie entsprechende Vergütung erhält. Demnach kann ein Eigentums-

---

1496 EuGH, Urteil v. 03. Juli 2012 – C 128/11 („UsedSoft v. Oracle“), NJW 2012, 2565 ff., Rn. 60 dies offenlassend.

1497 EuGH, Urteil v. 03. Juli 2012 – C 128/11 („UsedSoft v. Oracle“), NJW 2012, 2565 ff., Rn. 51.

1498 2000/278/EG: Beschluß des Rates vom 16. März 2000 über die Zustimmung – im Namen der Europäischen Gemeinschaft – zum WIPO-Urheberrechtsvertrag und zum WIPO-Vertrag über Darbietungen und Tonträger“, ABl. L 89 v. 11. April 2000, S. 6–7.

1499 EuGH, Urteil v. 03. Juli 2012 – C 128/11 („UsedSoft v. Oracle“), NJW 2012, 2565 ff., Rn. 52 mit Verweis in Bezug auf die Auslegung der Art. 3 f. Richtlinie 2001/29/EG auf EuGH, Urteil v. 17. April 2008 – C 456/06 („Peek & Cloppenburg“), GRUR 2008, 604 ff.

1500 EuGH, Urteil v. 03. Juli 2012 – C 128/11 („UsedSoft v. Oracle“), NJW 2012, 2565 ff., Rn. 44, 46.

übergang sowohl bei einer körperlichen als auch bei einer unkörperlichen Kopie erfolgen.<sup>1501</sup>

d) Einheitlichkeit der Begriffe im Urheberrecht und Wille des EU-Gesetzgebers

Zudem ging der EuGH auf die Einheitlichkeit der Begriffe im Urheberrecht ein. „Grundsätzlich“ haben die Begriffe dieselbe Bedeutung,<sup>1502</sup> aber ein eventueller Konflikt der Erweiterung des Begriffs der Kopie aus Art. 4 Richtlinie 2009/24/EG mit dem „WCT“ und dessen Umsetzungsnorm im EU-Recht,<sup>1503</sup> namentlich der Richtlinie 2001/29/EG, insbesondere deren ErwG 28 und 29, sind nicht relevant, denn „der Unionsgesetzgeber (hat) im konkreten Kontext dieser (Software-) Richtlinie einen anderen Willen zum Ausdruck gebracht.“<sup>1504</sup>

e) Anwendung des Erschöpfungsgrundsatzes aufgrund des „Spezifischen Gegenstands“ des Urheberrechts

Auch unter Beachtung der Rechtsfolgen hat für den EuGH eine solche Gleichstellung von körperlichen und unkörperlichen Kopien zu erfolgen und auf letztere ist der Erschöpfungsgrundsatz ebenfalls anzuwenden. In der Folge kann durch den Rechtsinhaber eine Weiterverbreitung von unkörperlichen Kopien nicht verhindert werden und es muss keine erneute Zahlung eines Entgelts für eine jede solche Handlung erfolgen. Eine solche zusätzliche Vergütung für den Rechtsinhaber ginge „über das zur Wahrung

---

1501 EuGH, Urteil v. 03. Juli 2012 – C 128/11 („UsedSoft v. Oracle“), NJW 2012, 2565 ff., Rn. Rn. 43–47, insbesondere 45 f.

1502 EuGH, Urteil v. 03. Juli 2012 – C 128/11 („UsedSoft v. Oracle“), NJW 2012, 2565 ff., Rn. 60 mit Verweis auf EuGH, Urteil v. 04. Oktober 2011 – C 403/08, C429/08 („Football Association Premier League Ltd.“), NJW 2012, 213 ff., Rn. 187 f.

1503 ErwG 15 Richtlinie 2001/29/EG; EuGH, Urteil v. 03. Juli 2012 – C 128/11 („UsedSoft v. Oracle“), NJW 2012, 2565 ff., Rn. 60.

1504 EuGH, Urteil v. 03. Juli 2012 – C 128/11 („UsedSoft v. Oracle“), NJW 2012, 2565 ff., Rn. 60.

des spezifischen Gegenstands des fraglichen geistigen Eigentums Erforderliche hinaus“.<sup>1505</sup>

#### 4. Bewertung der Rechtsprechung des EuGH

##### a) Wortlaut der Richtlinie 2009/24/EG

In Bezug auf den Wortlaut der Richtlinie 2009/24/EG erfolgen in der Literatur insbesondere Ausführungen, wenn der EuGH diesen überschritten haben soll. Es wird dabei nicht stets auf die Kopie Bezug genommen, sondern es werden der Begriff des Verkaufs und die mit diesem einhergehende Eigentumsübertragung in den Mittelpunkt gestellt. Allerdings ist die Kopie Gegenstand beider Begriffe. So wird festgehalten, dass bei einem Download kein Eigentum an einer Kopie übertragen wird und der EuGH den Wortlaut der Richtlinie überschritten hat,<sup>1506</sup> was inhaltlich aber befürwortet und als wirtschaftlich zutreffend, mit dem Binnenmarkt argumentierend<sup>1507</sup> bzw. als den Sachverhalt pragmatisch betrachtend<sup>1508</sup> beschrieben wird.

Die Richtlinie 2009/24/EG nennt in Art. 4 Abs. 1 lit. c) ein „originales Computerprogramm“ und „Kopien“ sowie in Abs. 2 den „Erstverkauf einer Kopie“. ErwG 7 stellt klar, dass die Richtlinie „Computerprogramme“ in jeder Form umfasst, auch solche „die in die Hardware integriert sind“. ErwG 13 erwähnt die „Benutzung einer Kopie“ im Zusammenhang mit dem „Laden und Ablaufen“, aber auch die „Verwendung des Programms“ und den „Erwerb einer Kopie“. Dabei kann eine Gleichstellung der Termini Programm bzw. Computerprogramm und Kopie erkannt werden. So scheinen sich die „Benutzung einer Kopie“ und die „Verwendung des Programms“ inhaltlich nicht zu unterscheiden und dem „Erweiterten Begriff der Kopie“ nicht entgegenzustehen. Weitere Argumente für die Existenz von allein körperlichen Kopien ergeben sich nicht. Der Wortlaut der Richtlinie 2009/24/EG spricht in der Folge nicht gegen die vom EuGH durchgeführte Erweiterung des Begriffs der Kopie.

---

1505 EuGH, Urteil v. 03. Juli 2012 – C 128/11 („UsedSoft v. Oracle“), NJW 2012, 2565 ff., Rn. 63 mit Verweis auf EuGH, Urteil v. 04. Oktober 2011 – C 403/08 und C 429/08 („Football Association Premier League Ltd.“), NJW 2012, 213 ff., Rn. 105 f.

1506 Grützmaker, ZGE 2013, 46, 53 f.; Vivant, in: Lamy Droit du Numérique 2023, Rn. 54 in diese Richtung; Witzel CRI 2012, 116, 121.

1507 Grützmaker, ZGE 2013, 46, 53 f.

1508 Vivant, in: Lamy Droit du Numérique 2023, Rn. 54 in diese Richtung; Witzel, CRI 2012, 116, 121.

b) Richtlinie 2009/24/EG als Lex Specialis zur Richtlinie 2001/29/EG

Die Einordnung der Richtlinie 2009/24/EG als Lex Specialis zur Richtlinie 2001/29/EG wird in der Literatur teils begrüßt,<sup>1509</sup> aber auch kritisiert. Dementsprechend wird ausgeführt, dass bei jeglichen urheberrechtlich geschützten Gütern eine Online-Überlassung rechtlich auf identische Weise zu erfassen ist.<sup>1510</sup> Allerdings ist diesbezüglich der Regelungszusammenhang zu beachten. So erfolgte der Hinweis des EuGH auf die Stellung der Richtlinie 2009/24/EG als Lex Specialis bei der Abgrenzung zur öffentlichen Zugänglichmachung gemäß Art. 3 Richtlinie 2001/29/EG. Eine solche Verwertungshandlung ist in der Richtlinie 2009/24/EG nicht vorgesehen. Somit ist vom Gesetzgeber schon die Entscheidung ergangen, dass bei unterschiedlichen Werkarten grundsätzlich auch unterschiedliche Verwertungsstatbestände bestehen können.

Gegen eine Einordnung als Lex Specialis wird angemerkt, dass die Richtlinie 2001/29/EG erst nach der Richtlinie 91/250/EWG erlassen wurde und somit Lex Posterior ist.<sup>1511</sup> Hiermit ist ein Hinweis auf den Rechtsgrundsatz „Lex posterior derogat legi priori“ angedacht. Allerdings stellen ErwG 50 S.1 und Art.1 Abs.2 lit. a) Richtlinie 2001/29/EG ausdrücklich klar, dass der Regelungsbereich der Richtlinie 91/250/EWG unberührt bleibt.<sup>1512</sup> Zudem wurde die Richtlinie 91/250/EWG in Form der Richtlinie 2009/24/EG im Jahr 2009 unter voller Kenntnis der Richtlinie 2001/29/EG neu erlassen, folglich stellt vielmehr die Richtlinie 2009/24/EG das spätere Gesetz dar.

Überdies wird argumentiert, dass die Annahme einer Lex Specialis Stellung keine gesetzliche Stütze hat.<sup>1513</sup> Auch hiergegen kann der Verweis der Richtlinie 2001/29/EG auf die Richtlinie 91/250/EWG angeführt werden. Zudem ist zu beachten, dass die Richtlinie 2009/24/EG im Unterschied

---

1509 Blocher/Walter, in: Walter/v. Lewinski, Art.4 Computer Program Directive, Rn. 5.4.41; Eilmannberger, GRUR 2009, 1123, 1125; Grützmaker, ZGE 2013, 46, 56; Hilty, GRUR 2018, 865, 866 eine solche Stellung feststellend; Hilty, in: Calboli/Lee, 64; Malevanny, CR 2013, 422, 423; Ohta, The IPKat Blog v. 30. Januar 2015 in diese Richtung, jedoch kritisierend, dass sich der Trend verfestigt, den Erschöpfungsgrundsatz in beiden Richtlinien unterschiedlich auszulegen; Rauer/Ettig, EWS 2012, 322, 326; Senfleben, NJW 2012, 2924 f.; Walter, MR-Int 1–2/12, 41.

1510 Treppoz, RTDEur. 2012, 947 ff.

1511 Heydn, MMR 2012, 586, 592; Stieper, ZUM 2012, 668, 668 f.

1512 Janssens, in: Stamatuodi/Torremans, Rn. 5.04 hinweisend, dass diese Klarstellung in der Richtlinie 2001/29/EG erfolgte, um dem Lex Posterior-Einwand entgegenzutreten.

1513 Hansen/Wolf-Rojczyk, GRUR 2012, 904, 909.

zur Richtlinie 2001/29/EG einen rechtlichen Spezialbereich normiert. Denn das Urheberrecht in der Informationsgesellschaft würde auch das Softwareurheberrecht beinhalten. Letzteres ist aber spezialgesetzlich in der Richtlinie 2009/24/EG geregelt.

Inhaltlich wird gegen die Argumentation des EuGH vorgetragen, dass die Richtlinie 2001/29/EG mit dem Download Sachverhalte regelt, welche zur Zeit der Entstehung der Richtlinie 91/250/EWG im Jahr 1991 technisch noch nicht in vergleichbarer Weise erfolgten. Art. 1 Abs. 2 lit. a) Richtlinie 2001/29/EG, welcher besage, dass diese die Richtlinie 91/250/EWG „unberührt“ lasse, sei daher nicht von Relevanz, da letztere und die softwarerechtliche „Nachfolgerichtlinie“ 2009/24/EG den Sachverhalt des Downloads überhaupt nicht erfassten. In der Folge schließe die Richtlinie 2001/29/EG eine Regelungslücke und normiere auch den Sachverhalt des Downloads.<sup>1514</sup> Zudem sei das Recht der öffentlichen Zugänglichmachung zu beachten,<sup>1515</sup> auch wenn Art. 4 Abs. 1 lit. c) Richtlinie 2009/24/EG von „jeder Form der öffentlichen Verbreitung“ spreche, was allumfassend klinge. Denn die öffentliche Zugänglichmachung werde in der Richtlinie 2009/24/EG allein aus historischen Gründen nicht erwähnt. Zum Entstehungszeitpunkt der Vorgängerrichtlinie im Jahr 1991 sei eine Online-Übermittlung noch nicht denkbar gewesen und in der Folge auch nicht bedacht worden. Art. 8 WCT habe im Jahr 1996 das Recht der öffentlichen Zugänglichmachung als eigenständiges Verwertungsrecht erstmals definiert und dieses habe mit der Richtlinie 2001/29/EG Eingang ins EU-Recht erhalten.<sup>1516</sup> Dies wird zum Teil auch anders gesehen und explizit auf Art. 1 Abs. 2 lit. a) Richtlinie 2001/29/EG verwiesen, gemäß dem die Richtlinie 2009/24/EG Vorrang hat.<sup>1517</sup> Es wird allerdings auch ausgeführt, dass der Wille des Gesetzgebers, bei Software keine öffentliche Zugänglichmachung zu erkennen, nicht zu begründen ist,<sup>1518</sup> denn eine solche liegt bei der Online-Überlassung von Software vor.<sup>1519</sup> Andere merken an, dass die

---

1514 Heydn, MMR 2012, 586, 592.

1515 Peukert, § 21, Rn. 14 den EuGH dahingehend kritisierend, dass Art. 3 Abs. 3 Richtlinie 2001/29/EG, welcher eine Erschöpfung des Rechts der öffentliche Zugänglichmachung ausschließt, zur Anwendung hätte kommen müssen.

1516 Senftleben, NJW 2012, 2924 f.

1517 Blocher/Walter, in: Walter/v. Lewinski, Art. 4 Computer Program Directive, Rn. 5.4.39 f.

1518 Stieper, ZUM 2012, 668, 668 f.

1519 Cabay, AM 2013, 303, 310; Koch, ITRB 2013, 38, 39 selbst nach der „UsedSoft v. Oracle“-Entscheidung des EuGH; a.A. bspw. Grützmaker, ZGE 2013, 46, 58 f. ausdrücklich dagegen.

fehlende Normierung der öffentlichen Zugänglichmachung in der Richtlinie 2009/24/EG für eine Subsumtion der Online-Überlassung von Software unter das Verbreitungsrecht spricht.<sup>1520</sup> Letzterem ist zuzustimmen, denn die Software-Richtlinie gilt in Form der Richtlinie 2009/24/EG. Im Jahr 2009 war das Recht der öffentlichen Zugänglichmachung sehr wohl bekannt und der Gesetzgeber hat sich sehenden Auges gegen die Regelung einer öffentlichen Zugänglichmachung von Software entschieden. Im Ergebnis erfasst die Richtlinie 2009/24/EG mit den in dieser normierten Verwertungshandlungen den Download von Software und stellt eine *Lex Specialis* zur Richtlinie 2001/29/EWG dar. Heute ist diese *Lex Specialis* Stellung zudem gefestigte Rechtsprechung des EuGH.<sup>1521</sup>

Dieses *Lex Specialis*-Verständnis führt dazu, dass softwarespezifische Ausführungen, welche die Richtlinie 2009/24/EG und somit dem Rechtsschutz von Computerprogrammen zum Gegenstand haben, nicht ohne weiteres auf andere digitale Güter wie E-Books, Filme oder Musik und deren Nutzung mittels Downloads oder Streaming übertragen werden können.<sup>1522</sup> Vielmehr ist deren digitale Nutzung allein unter die InfoSoc-Richtlinie 2001/29/EG zu subsumieren.<sup>1523</sup>

### c) Verbreitung als öffentliche Wiedergabe zuzüglich einer Eigentumsübertragung

Die nicht näher differenzierenden Ausführungen des EuGH, dass eine Handlung der öffentlichen Wiedergabe gemäß Art. 3 Abs. 1 Richtlinie 2001/29/EG durch eine Eigentumsübertragung zu einer Verbreitung im Sinne des Art. 4 Abs. 2 Richtlinie 2009/24/EG wird, erfährt in der Literatur teils Kritik und stattdessen wird eine Einzelfallbetrachtung befürwortet.<sup>1524</sup> Für andere kann eine Verwertungshandlung nicht sowohl körperlich als auch unkörperlich sein<sup>1525</sup> bzw. nicht zwei unterschiedliche Verwertungstat-

---

1520 Rigamonti, GRUR Int. 2009, 22.

1521 EuGH, Urteil v. 19. Dezember 2019 – C 263/18 („Tom Kabinet“), NJW 2020, 827 ff., Rn. 55, 60.

1522 EuGH, Urteil v. 19. Dezember 2019 – C 263/18 („Tom Kabinet“), NJW 2020, 827 ff. Schneider, ITRB 2014, 120, 122 darauf hinweisend.

1523 Aufgrund der Schwerpunktsetzung dieser Arbeit auf Software erfolgen diesbezüglich keine weiteren Ausführungen. Bezüglich der digitalen Nutzung von Werkarten, welche nicht Software sind, siehe beispielhaft Hilty, in: Calboli/Lee, 64, 74 ff.

1524 Walter, MR Int 1–2/12, 43.

1525 Heydn, MMR 2012, 586, 591 f.; Stieper, ZUM 2012, 668, 668.

bestände erfüllen.<sup>1526</sup> Der EuGH schaffe durch die Einordnung als Verbreitung ein „mixtum compositum ohne klare Abgrenzungen“ und vermische dogmatisch inkorrekt körperliche und unkörperliche Verwertungen.<sup>1527</sup> Eine unkörperliche Verbreitung sei systemwidrig<sup>1528</sup> und daher gehe der EuGH fehl, indem er auf „Biegen und Brechen“ eine unkörperliche Verwertung in eine „körperliche Werkweitergabe“ umdeute.<sup>1529</sup> Allerdings ging der EuGH in der „UsedSoft v. Oracle“-Entscheidung von einer unkörperlichen Verbreitung aus. Er erweiterte somit allein den Begriff der Verbreitung und nahm keine Umdeutung vor. Ob zugleich eine öffentliche Zugänglichmachung im Sinne der Richtlinie 2001/29/EG vorliegt, bestimmte der EuGH nicht abschließend.

Die Literatur setzt sich auch mit dem vom EuGH hervorgebrachten Abgrenzungsmerkmal der Eigentumsübertragung auseinander. Allein schon die Bezugnahme auf eine solche wird kritisiert,<sup>1530</sup> denn Art. 345 AEUV schreibt vor, dass „die Verträge (...) die Eigentumsordnung in den verschiedenen Mitgliedstaaten unberührt“ lassen.<sup>1531</sup> Daher habe der EuGH über den Bezugspunkt des Eigentumsrechts nicht zu entscheiden, denn dieser sei allein durch die nationalen Rechtsordnungen zu bestimmen.<sup>1532</sup> Der BGH äußerte sich in der „UsedSoft II“-Entscheidung zur Kompetenz des EuGH und erkannte im „UsedSoft v. Oracle“-Urteil des EuGH keine Definition des sachenrechtlichen Eigentumsbegriffs. Der BGH stellte klar, dass die dauerhafte Einräumung eines Nutzungsrechts auch eine Eigentumsübertragung im Sinne des Unionsrechts darstellt.<sup>1533</sup> Diesbezüglich ist dem BGH zuzustimmen, denn der Begriff der Eigentumsübertragung, wie ihn der EuGH in Bezug auf die urheberrechtliche Einordnung der Überlassung von Software mittels eines Downloads in Rn. 52 der „UsedSoft v. Oracle“-Entscheidung verwendete,<sup>1534</sup> ist im Kontext des gesamten Urteils zu verste-

---

1526 Wiebe, in: Münchener Anwaltshandbuch IT-Recht, Teil 3, Rn. 94 (in früherer Auflage: 3. Auflage, 2013).

1527 Koch, ITRB 2013, 9, 16; Wiebe, in: Münchener Anwaltshandbuch IT-Recht, Teil 3, Rn. 93 in diese Richtung (in früherer Auflage: 3. Auflage, 2013).

1528 Heydn, MMR 2012, 586, 591 f.

1529 Dreier/Leistner, GRUR 2013, 881, 888; Zech, ZUM 2014, 3, 10 in diese Richtung.

1530 Haberstumpf, CR 2012, 561 f.

1531 Moritz, K&R 2012, 456, 459.

1532 Haberstumpf, CR 2012, 561 f. Beispielsweise in Deutschland §§ 903, 929 BGB.

1533 BGH, Urteil v. 17. Juli 2013 – I ZR 129/08 („UsedSoft II“), NJW-RR 2014, 360 ff., Rn. 36.

1534 EuGH, Urteil v. 03. Juli 2012 – C 128/11 („UsedSoft v. Oracle“), NJW 2012, 2565 ff., Rn. 52.

hen. So führte der EuGH in den Rn. 42 bis 47 aus, dass der Terminus Eigentumsübertragung Teil des Verkaufsbegriffs aus Art. 4 Abs. 2 Richtlinie 2009/24/EG ist. In den Rn. 44 bis 46 legte der EuGH zudem explizit dar, was der Bezugspunkt eines Eigentumsübergangs bei einer Softwareüberlassung mittels eines Downloads ist. Demnach sieht der EuGH, dass bei der Softwareüberlassung mittels eines Downloads und dem Abschluss eines Lizenzvertrages, welcher gegen eine Einmalzahlung ein unbefristetes Nutzungsrecht einräumt und somit eine „dauerhafte Nutzbarmachung“ der Kopie darstellt, das Eigentum an der Kopie übertragen wird, wenn der Urheber eine dem „wirtschaftlichen Wert“ der Kopie entsprechende Vergütung erhält.<sup>1535</sup> Folglich hat jede Diskussion um eine sachenrechtliche Subsumtion der Softwareüberlassung mittels eines Downloads unter nationale Rechtsordnungen auf dieser Ebene nicht weiter Beachtung zu finden, denn eine solche nimmt der EuGH nicht vor.<sup>1536</sup> Im Ergebnis bestehen diesbezüglich keine Bedenken im Zusammenhang mit Art. 345 AEUV.

Die konkrete Bezugnahme des EuGH auf den Terminus „Eigentum an der Kopie“ wird als unpräzise beschrieben, denn in der entscheidungsre-

---

1535 EuGH, Urteil v. 03. Juli 2012 – C 128/11 („UsedSoft v. Oracle“), NJW 2012, 2565 ff., Rn. 45.

1536 Haberstumpf, CR 2012, 563 f. bezüglich einer solchen sachenrechtlichen Subsumtion ausführend, dass, wenn in der Folge das deutsche Recht betrachtet wird, es bei einem Download an der Übereignung einer Sache fehlt. Denn an der Hardware des Nutzers, auf der eine Kopie der Software gespeichert werde, träten keine Veränderungen in Bezug auf Eigentum und Besitz auf. Es erfolge allein die „Herstellung einer Kopie“, dabei werde aber kein körperlicher Gegenstand (Sache) übergeben. Somit könne nach deutschem Recht diesbezüglich keine Eigentumsübertragung erfolgen. Auch eine Subsumtion unter eine Eigentumsübertragung an einem „sonstigen Gegenstand“ gemäß § 453 BGB scheitere. Bei dieser Norm könne eine faktische Position, ähnlich wie bei einem Stromlieferungsvertrag, übertragen werden, denn Strom stelle keine Sache dar, könne aber gekauft werden. Ähnlich wie der Stromlieferant die Verfügungsgewalt verliere und den Strom neu beschaffen müsse, könne dies an dem nichtkörperlichen Gegenstand, welcher bei der Softwareüberlassung übertragen werde, vorliegen. Diesem entspreche die in Deutschland teils vertretene „Datenbestandstheorie“. Haberstumpf sieht den EuGH in Rn. 55 diese Theorie bestätigen, denn der EuGH sprach von „der Kopie“, ohne auf die Körperlichkeit abzustellen. Dieser Datenbestand ist für Haberstumpf demnach der „Objektcode in hexadezimaler Schreibweise“, was zu einer Gleichstellung von Computerprogrammen mit anderen Sprachwerken führt. Problematisch sei, dass bei der Übertragung die Verfügungsgewalt nicht verloren gehe, denn eine solche könne nur an körperlichen Gegenständen bestehen. Zudem kritisiert Haberstumpf, dass durch den EuGH eine Vermischung von „physischen Gegenständen“ sowie „geistigen Gegenständen“ erfolgt. Beide Eigenschaften könne ein Gegenstand jedoch nicht parallel aufweisen.

levanten Vertragskonstellation sind weder das Eigentum am Datenträger der Software<sup>1537</sup> noch die Inhaberschaft am Urheberrecht relevant.<sup>1538</sup> Für manche erfolgt offensichtlich keine Eigentumsübertragung<sup>1539</sup> bzw. es geht „kein Eigentumsrecht an einem körperlichen oder unkörperlichen Gegenstand“ über.<sup>1540</sup> Da keine Übermittlung einer Kopie an den Nutzer erfolge, sondern dieser eine neue Kopie erstelle, könne an dieser kein Eigentum übertragen werden.<sup>1541</sup> Überdies könne an Daten kein Eigentum erlangt werden<sup>1542</sup> und die jeweilige Hardware sei bereits im Eigentum des Nutzers.<sup>1543</sup> Als Vergleich wird ein Gedicht genannt. Werde ein solches aus dem Internet heruntergeladen und ausgedruckt, so gehöre das Druckerpapier schon der Person, die den Download und Ausdruck vornehme. Folglich finde keine Eigentumsübertragung an dem Gedicht und auch kein Kauf von diesem statt.<sup>1544</sup> Teils wird der EuGH als vom Ergebnis her argumentierend dargestellt. Da sich am Ende beim Nutzer eine Kopie befinde, solle ein Eigentumsübergang stattgefunden haben.<sup>1545</sup>

Tatsächlich ist jedoch festzuhalten, dass es an einem Eigentumsübergang – um in den Worten des EuGH zu sprechen – „nach allgemein anerkannter Definition“ fehlt. Es tritt kein Rechtssubjektwechsel in Bezug auf einen körperlichen Gegenstand ein, insbesondere erlangt der Softwarenutzer keine Hardware. An der Software kann mangels Sachqualität auch kein Eigentum bestehen.<sup>1546</sup> Auch in Bezug auf Urheberrechte tritt kein Rechtssubjektwechsel ein. Weder wird – soweit dies in den einzelnen Rechtsordnungen zulässig ist – die Inhaberschaft am Urheberrecht übertragen noch wird – was einem Rechtssubjektwechsel nahekäme – ein unbegrenztes und ausschließliches Nutzungsrecht eingeräumt. Gegenstand des Vertrages ist

---

1537 Gaudrat, RTDCom. 2013, 80 ff. Rn. 25; Ohly, JZ 2013, 43, 44.

1538 Ohly, JZ 2013, 42, 43 auch wenn dieser an dieser Stelle „Nachsicht“ mit dem EuGH üben möchte, um die „Interpretation“ des Terminus „Erstverkauf“ nicht überzustrapazieren.

1539 Haberstumpf, GRUR Int. 2013, 627, 635; Vivant, in: Lamy Droit du Numérique 2023, Rn. 54.

1540 Haberstumpf, CR 2012, 561.

1541 Hilty, CR 2012, 625, 630; Grützmaker, ZGE 2013, 46, 54 zustimmend; Koch, ITRB 2013, 9, 10 ff.; Stieper, ZUM 2012, 668, 668.

1542 Wiebe, in: Münchener Anwaltshandbuch IT-Recht, Teil 3, Rn. 93 (in früherer Auflage: 3. Auflage, 2013).

1543 Hilty, CR 2012, 625, 629; Wiebe, in: Münchener Anwaltshandbuch IT-Recht, Teil 3, Rn. 93 (in früherer Auflage: 3. Auflage, 2013).

1544 Gaudrat, RTDCom. 2013, 80 ff. Rn. 25; Hilty, CR 2012, 625, 629.

1545 Gaudrat, RTDCom. 2013, 80 ff. Rn. 26.

1546 Hierzu 2. Teil § 1 E. I. 1. b).

allein ein dauerhaftes einfaches Nutzungsrecht für die Software in Form der vom Nutzer selbst erstellten Kopie.<sup>1547</sup> Ein solches Nutzungsrecht kann der Softwareanbieter beliebig oft Nutzern einräumen. Die einzige tatsächliche Veränderung ist die Verfügbarkeit der Software auf dem Computer des Softwarenutzers nach dem Download sowie der Bestand des vorgenannten Nutzungsrechts bei diesem. Im Gegenzug hat der Softwareanbieter ein Entgelt erhalten, welches dem wirtschaftlichen Wert der Kopie entspricht. Dieser wirtschaftliche Wert ist aber nicht allein die Kopie und die damit einhergehende Verfügbarkeit der Software, sondern vielmehr das Bestehen des eingeräumten Nutzungsrechts.

Überdies erfolgen auch Stellungnahmen hinsichtlich der Ausführungen des EuGH zur „dauerhaften Nutzbarmachung“ der Kopie bzw. dem „unbefristeten Nutzungsrecht“.<sup>1548</sup> Denn dieses Tatbestandsmerkmal solle umgangen werden können, indem beispielsweise ein Vertrag mit der Dauer von 99 Jahren abgeschlossen werde. Es wird auch darauf hingewiesen, dass Lizenzen nicht dauerhaft sind, sondern maximal für die Dauer des Schutzrechts eine Nutzung gestatten.<sup>1549</sup> Allerdings kann dabei de facto eine Dauerhaftigkeit angenommen werden, denn jedes dauerhafte Nutzungsrecht wird mit Ablauf der Schutzdauer obsolet. Zudem sind Computerprogramme unstreitig nicht so lange verwendbar, wie der urheberrechtliche Rechtsschutz besteht. Letztlich würde die vom EuGH genannte Dauerhaftigkeit kein Hindernis darstellen. Im Ergebnis ist festzuhalten, dass es an einem Eigentumsübergang fehlt, insbesondere ist der mögliche Bezugspunkt eines solchen unklar.

#### d) Einheitlichkeit der Begriffe im Urheberrecht und Wille des EU-Gesetzgebers

Es wird angemerkt, dass grundsätzlich alle Begriffe des Urheberrechts einheitlich auszulegen sind.<sup>1550</sup> Dies wird dahingehend verstanden, dass in allen Richtlinien bei einer Kopie bzw. einem Werkstück an die Körperlich-

---

1547 Koch, ITRB 2013, 9, 10 ff.

1548 EuGH, Urteil v. 03. Juli 2012 – C 128/11 („UsedSoft v. Oracle“), NJW 2012, 2565 ff., Rn. 45.

1549 Leriche/Ruelle, RLDI 2012, 86, 30, 34 beschreibend.

1550 Jani, ELR 2012, 21, 25; Prof. Dr. Matthias Leistner, Podiumsdiskussion zum Weiterverkauf von Softwarelizenzen am Max-Planck-Institut für Innovation und Wettbewerb in München, 13. November 2013, Transkription von Fabian Hafenträdl.

keit angeknüpft werden muss, wie es sowohl in der Richtlinie 2001/29/EG als auch in der Richtlinie 96/9/EG<sup>1551</sup> der Fall ist.<sup>1552</sup> Andere sehen eine solche Einheitlichkeit nicht als geboten an und es ist demnach möglich, dass hinsichtlich Software bei einem Download eine Verbreitung, hinsichtlich anderer urheberrechtlich geschützter Werke jedoch eine öffentliche Zugänglichmachung vorliegt.<sup>1553</sup> Allerdings legte der EuGH in der „UsedSoft v. Oracle“-Entscheidung allein den Verbreitungsbegriff des Art. 4 Abs. 1 Richtlinie 2009/24/EG aus und bezog zu anderen digitalen Gütern keine Stellung.

Teils wird auf den EuGH selbst Bezug genommen, welcher in der „Infopaq“-Entscheidung<sup>1554</sup> den Werkbegriff der Richtlinie 2001/29/EG mit dem von zwei weiteren Richtlinien gleichstellte, obwohl eine einheitliche Definition im EU-Urheberrecht fehlt.<sup>1555</sup> Jedoch erfolgte dies nur klarstellend im Rahmen der Erschließung des Werkbegriffs aus der RBÜ über das harmonisierte europäische Urheberrecht hin zur Richtlinie 2001/29/EG. Die Aussage des EuGH erscheint daher nicht konstitutiv, sondern rein deklaratorisch.

Auch wird weitere Rechtsprechung des EuGH angeführt: Dieser stellt im „Peek & Cloppenburg“-Urteil<sup>1556</sup> klar, „dass es nicht Sache des Gerichtshofs (ist), zugunsten der Urheber neue Rechte zu schaffen“. Vielmehr sei es Aufgabe des Gesetzgebers, das Recht anzupassen.<sup>1557</sup> Gegenstand der Entscheidung mit der Vorlagefrage, ob gewisse Handlungen eine Verbreitung „in sonstiger Weise“ im Sinne des Art. 4 Abs. 1 Richtlinie 2001/29/EG darstellen, war der Umfang des Verbreitungsrechts. Der EuGH führte aus, dass für eine Verbreitung stets ein Eigentumsübergang erforderlich ist und, wenn ein solcher fehlt, dann ist es allein Sache des Gesetzgebers den

---

1551 Richtlinie 96/9/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 11. März 1996 über den rechtlichen Schutz von Datenbanken; ABl. L 77 v. 27. März 1996, 20–28.

1552 EuGH, Urteil v. 09. November 2004 – C 203/02 („British Horseracing“), GRUR 2005, 244 ff., Rn. 59. Der EuGH stellte fest, dass im Falle einer Online-Übermittlung der Datenbank keine Erschöpfungswirkung eintritt, auch nicht an einem „mit Zustimmung des Rechtsinhabers angefertigten physischen Vervielfältigungsstück“ der Datenbank.

1553 Bainbridge, Information technology and intellectual property law, Rn. 3.120 in diese Richtung.

1554 EuGH, Urteil v. 16. Juli 2009 – C 5/08 („Infopaq“), GRUR 2009, 1041 ff., Rn. 35, 38.

1555 Ohly, JZ 2013, 42, 43.

1556 Rauer/Ettig, EWS 2012, 322, 326 mit Verweis auf EuGH, Urteil v. 17. April 2008 – C 456/06 („Peek & Cloppenburg“), GRUR 2008, 604 ff.

1557 Koch, ITRB 2013, 38, 39 in diese Richtung; Rauer/Ettig, EWS 2012, 322, 326.

Verbreitungsbegriff auszuweiten.<sup>1558</sup> Für den EuGH war in diesem Fall das Tatbestandsmerkmal des Eigentumsübergangs nicht erfüllt und er lehnte eine Subsumtion unter den Begriff der Verbreitung ab. In der „UsedSoft v. Oracle“-Entscheidung hingegen soll der Begriff der Verbreitung – entsprechend dem EuGH – nicht um einen Lebenssachverhalt, den dieser tatbestandlich nicht umfasst, erweitert werden, sondern aus Sicht des EuGH stellt auch der Download von Software eine Verbreitung dar, soweit die weiteren Tatbestandsmerkmale des Verbreitungsbegriffs wie insbesondere ein Eigentumsübergang erfüllt sind. Einen solchen erkannte der EuGH und sah sich somit nicht in einer Situation wie in der „Peek & Cloppenburg“-Entscheidung, in welcher dieser eine Subsumtion ablehnte und de lege ferenda hätte handeln müssen.

Dem Grundsatz der Einheitlichkeit der Begriffe im Urheberrecht ist nicht immer Geltung zu verschaffen, denn es ist Vorsicht geboten, nicht beispielsweise über einen systemfremden technischen Sonderfall das System abzuändern.<sup>1559</sup> So ist Software als Sprachwerk gemäß der Richtlinie 2009/24/EG urheberrechtlichem Schutz zugänglich, hat mit anderen Sprachwerken wie zum Beispiel Romanen, etc. jedoch nicht viel gemein. Auch die urheberrechtliche Relevanz der Nutzung von Software steht im Widerspruch zur grundsätzlich geltenden Freiheit des Werkgenusses. Letztlich wird Software zwar unter den urheberrechtlichen Werkbegriff subsumiert, aber aufgrund zahlreicher insbesondere auch technischer Eigenschaften stellt diese kein „typisches“ urheberrechtliches Werk dar, sondern ist vielmehr systemfremd. Ähnliches gilt auch für Datenbanken. Es besteht die Gefahr, dass im Softwareurheberrecht Ausnahmen zum allgemeinen Urheberrecht geschaffen werden, um den Besonderheiten von Software gerecht zu werden, und dass diese Ausnahmen in der Folge aufgrund der „Einheitlichkeit der Begriffe“ im Urheberrecht auf das gesamte – und somit das allgemeine – Urheberrecht übertragen werden. So würde sich dieses aufgrund eines Umstandes, welcher im geschlossenen System des allgemeinen Urheberrechts keines Wandels bedürfte, trotzdem verändern. Folglich ist Vorsicht geboten, systemfremde Ausnahmen zu verallgemeinern und es hat stets eine Einzelfallbetrachtung zu erfolgen. Im Gegensatz zu diesen Ausführungen wurde teils aber auch das „UsedSoft v. Oracle“-Urteil

---

1558 EuGH, Urteil v. 17. April 2008 – C 456/06 („Peek & Cloppenburg“), GRUR 2008, 604 ff., Rn. 34, 39.

1559 Interview geführt mit Prof. Justine Pila, University of Oxford, März 2013, Transkription von Fabian Hafensbrädl. OLG Hamm, Urteil v. 15. Mai 2014 – 22 U 60/13, NJW 2014, 3659, 3665 in diese Richtung.

des EuGH in Bezug auf den Erschöpfungsgrundsatz als Präjudiz für das gesamte Urheberrecht angesehen, bis eine neue gesetzliche Regelung der urheberrechtlichen Erschöpfung erfolgen wird.<sup>1560</sup> Dies ist aus vorgenannten Gründen jedoch abzulehnen.

Zudem wird in der Literatur der vom EuGH beschriebene Wille des Unionsgesetzgebers, das Verbreitungsrecht auf nicht „materielle Güter“ auszuweiten, als inexistent beschrieben. Bei einer solchen Abweichung von urheberrechtlichen Grundsätzen sei eine ausdrückliche Anordnung vom Gesetzgeber zu erwarten bzw. erforderlich. Eine solche fehle aber in der Richtlinie 2009/24/EG,<sup>1561</sup> auch wird eine solche Gestaltungsfreiheit teils grundsätzlich abgelehnt.<sup>1562</sup> Andere hingegen stimmen dem EuGH in Bezug auf dessen Ausführungen zum gesetzgeberischen Willen des Unionsgesetzgebers zu.<sup>1563</sup> Tatsächlich fehlen eindeutige Stellungnahmen des Gesetzgebers zu seinem ursprünglichen Willen. Zusammenfassend kann festgehalten werden, dass aus der vom EuGH beschriebenen Einheitlichkeit der Begriffe im Urheberrecht bzw. dem beschriebenen Willen des EU-Gesetzgebers im Zusammenhang mit der Auslegung von Art. 4 Abs. 2 Richtlinie 2009/24/EG keine gesicherten Schlüsse gezogen werden können.

#### e) Anwendung des Erschöpfungsgrundsatzes aufgrund des „Spezifischen Gegenstands“ des Urheberrechts

In Bezug auf den „Spezifischen Gegenstand des Urheberrechts“ wird ausgeführt, dass der EuGH nicht weiter bedacht hat, dass eine solche Argumentation letztlich auf unkörperliche Kopien sämtlicher urheberrechtlich geschützter Werke übertragen werden kann.<sup>1564</sup> Teils wird dem EuGH inhaltlich zugestimmt, denn dieser hatte bereits in der „Football Association Premier League Ltd.“-Entscheidung mit dem „Spezifischen Gegenstand“ argumentiert,<sup>1565</sup> jedoch wird kritisiert, dass es an klaren Kriterien für eine Gleichstellung der „online“-Welt mit der „offline“-Welt fehlt.<sup>1566</sup> Es gehe über den „Spezifischen Gegenstand“ des Urheberrechts hinaus, wenn der

---

1560 Hartmann GRUR Int. 2012, 980, 982.

1561 Rauer/Ettig, EWS 2012, 322, 326.

1562 Koch, ITRB 2013, 38, 39.

1563 Stieper, GRUR 2014, 270, 271.

1564 Vivant, in: Lamy Droit du Numérique 2023, Rn. 54.

1565 Ohly, JZ 2013, 42, 44 f.

1566 Dreier/Leistner, GRUR 2013, 881, 888.

Softwareanbieter, allein weil die Software mittels eines Downloads überlassen werde, die Weitergabe von Kopien beschränken könne.<sup>1567</sup> Grundsätzlich ist einer Argumentation mit dem „Spezifischen Gegenstand“ des Urheberrechts zuzustimmen, denn das Urheberrecht erfüllt keinen Selbstzweck, vielmehr ist es als Mittel zu verstehen, welches zur Innovationsförderung geschaffen wurde. In der Folge ist stets dieser „Spezifische Gegenstand“ des Urheberrechts zu beachten, besonders auch bei einer Rechtsfortbildung, wie sie an dieser Stelle durch den EuGH erfolgte. Inwieweit der „Spezifische Gegenstand“ des Urheberrechts eine solche Ausweitung des Begriffs der Kopie verlangt, wird im Folgenden noch darzulegen sein.

#### f) Ausweitung des Erschöpfungsgrundsatzes im Spiegel der Grundfreiheiten

Die Anerkennung einer „digitalen Erschöpfung“ entgegen der Datenbank-Richtlinie 96/9/EG und der Richtlinie 2001/29/EG wird als wenig überraschend beschrieben, da das Urteil des EuGH unter dem Mantel der Grundfreiheit des freien Warenverkehrs gemäß Art. 34, 35 AEUV zu sehen ist. Schon im Jahr 1971 führte der EuGH den Erschöpfungsgrundsatz zur Durchsetzung des freien Warenverkehrs an,<sup>1568</sup> auch in dem Schlussantrag zur „UsedSoft v. Oracle“-Entscheidung wurden der Sinn und Zweck des Erschöpfungsgrundsatzes als ein Ausgleich zwischen dem Monopolrecht des Urhebers und dem freien Warenverkehr beschrieben.<sup>1569</sup> Unter diesem Blickwinkel stellten die genannten Richtlinien allein eine Ausnahme zur Warenverkehrsfreiheit dar.<sup>1570</sup> Es ist nicht ersichtlich, dass die Grundfreiheiten einer solchen Ausweitung des Begriffs der Kopie entgegenstehen.

---

1567 Hilty, in: Calboli/Lee, 64, 79 f.

1568 EuGH, Urteil v. 08. Juni 1971 – 78/70 („Deutsche Grammophon v. Metro SB“), NJW 1971, 1533 ff., Rn. 10 ff. Ulmer/Hoppen, ITRB 2012, 232, 233 darauf verweisend.

1569 EuGH, Schlussantrag v. 24. April 2012 – C 128/11 („UsedSoft v. Oracle“), BeckRS 2012, 81372, Rn. 43.

1570 Senftleben, NJW 2012, 2926.

g) Abgrenzung der Richtlinie 2009/24/EG von der Richtlinie 96/9/EG

Gegen eine Ausweitung des Begriffs der Kopie und in der Folge auch des Erschöpfungsgrundsatzes auf Download-Sachverhalte werden die ErwG 33 und 43 der Richtlinie 96/9/EG<sup>1571</sup> sowie die „British Horseracing“-Entscheidung<sup>1572</sup> des EuGH angeführt.<sup>1573</sup> Diese schließen für Online-Datenbanken eine Erschöpfung des Verbreitungsrechts aus, was verdeutlichen soll, dass der Erschöpfungsgrundsatz nur in Bezug auf Waren und nicht auf Dienstleistungen zur Anwendung kommt.<sup>1574</sup> Die Richtlinie 2001/29/EG wird gemäß ErwG 16 durch die Richtlinie 2000/31/EG<sup>1575</sup> in urheberrechtlicher Hinsicht ergänzt. Art. 1 Nr. 2 Richtlinie 2000/31/EG definiert einen „Dienst“ als jede „auf individuellen Abruf eines Empfängers erbrachte Dienstleistung“. Eine Datenbank stellt einen solchen Dienst dar,<sup>1576</sup> wie in folgenden Ausführungen der Literatur zutreffend dargelegt wird: Die Erbringung einer Dienstleistung erfolgt „on-demand“ und die Vergütung wird für jede einzelne Nutzung in Form eines Zugriffs auf die stets aktuelle Datenbank geleistet.<sup>1577</sup> Der Dienst wird schließlich im Moment der Generierung kon-

---

1571 Blocher, in: Walter, Art. 4 Richtlinie 2009/24/EG, Rn. 29; Blocher/Walter, in: Walter/v. Lewinski, Art. 4 Computer Program Directive, Rn. 5.4.38.

1572 EuGH, Urteil v. 09. November 2004, C 203/02 („British Horseracing“), GRUR 2005, 244 ff., insbesondere Rn. 58, 59 in welchen bei Datenbanken im Falle einer Online-Übermittlung für das vom Nutzer erstellte körperliche Exemplar sowie für die Datenbank an sich die Erschöpfung des Verbreitungsrechts abgelehnt wird.

1573 EuGH, Schlussantrag v. 24. April 2012 – C 128/11 („UsedSoft v. Oracle“), BeckRS 2012, 81372, Rn. 35 (Vorbringen von Oracle) darauf verweisend. Senftleben, NJW 2012, 2924 f. beschreibend.

1574 Blocher, in: Walter, Art. 4 Richtlinie 2009/24/EG, Rn. 29; Blocher/Walter, in: Walter/v. Lewinski, Art. 4 Computer Program Directive, Rn. 5.4.38.

1575 Richtlinie 2000/31/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 8. Juni 2000 über bestimmte rechtliche Aspekte der Dienste der Informationsgesellschaft, insbesondere des elektronischen Geschäftsverkehrs, im Binnenmarkt („Richtlinie über den elektronischen Geschäftsverkehr“), ABl. L 178 v. 17. Juli 2000, S. 1–16.

1576 Ohly, JZ 2013, 42, 43. Blocher, in: Walter, Art. 4 Richtlinie 2009/24/EG, Rn. 29; Blocher/Walter, in: Walter/v. Lewinski, Art. 4 Computer Program Directive, Rn. 5.4.41 jeweils darauf hinweisend, dass allein die Tatsache, dass Dienstleistungen in unbegrenzter Anzahl wiederholt werden können, nicht von Bedeutung ist, denn auch bei der Herstellung von beispielsweise einer CD-ROM mit Software besteht keine Mengenbegrenzung. Somit könne keine Abgrenzung allein anhand des „Transportmittels“ erfolgen.

1577 Blocher, in: Walter, Art. 4 Richtlinie 2009/24/EG, Rn. 29; Blocher/Walter, in: Walter/v. Lewinski, Art. 4 Computer Program Directive, Rn. 5.4.39 f.; Eilmannberger, GRUR 2009, 1123, 1125.

sumiert<sup>1578</sup> und das Partizipationsinteresse des Urhebers besteht an jedem einzelnen Zugriff.<sup>1579</sup>

Rechtlich anders zu bewerten ist hingegen ein Szenario, in welchem eine spezifische zu einem Stichtag bestehende Version einer Datenbank zum Download überlassen wird. In diesem Fall sind vorstehende Kriterien nicht erfüllt, ähnlich wie beim Download einer Software. Zwar ist auch bei letzterer jede Nutzung urheberrechtlich relevant, jedoch wird vom Nutzer stets eine identische, ursprünglich vom Softwareanbieter heruntergeladene Software genutzt.<sup>1580</sup> Eine Nutzung erfolgt nicht im Moment des Downloads,<sup>1581</sup> sondern zu einem späteren Zeitpunkt auch ohne Internetverbindung zum Softwareanbieter.<sup>1582</sup> Daher ist die Software als Ware zu qualifizieren, welche mittels eines Downloads einmalig überlassen wird.<sup>1583</sup> Dies gilt auch für vorstehend beschriebene Version einer Datenbank zu einem Stichtag. Folglich ist es richtig, dass die Richtlinie 2009/24/EG eine gesetzliche Anordnung entsprechend der Datenbankrichtlinie, welche die Erschöpfung einer „Online-Verbreitung“ ausschließt, nicht enthält.<sup>1584</sup> Erwägungen der Richtlinie 96/9/EG sind im Ergebnis bei Software nicht heranzuziehen.

Zur Abgrenzung wird teils auch auf die als „ungenau“ beschriebene deutsche Umsetzung des ErWG 29 Richtlinie 2001/29/EG verwiesen. Im Englischen nennt dieser „services and online services in particular“, was im Deutschen als „Dienstleistungen allgemein (...) (und) Online Dienste im Besonderen“ übersetzt wurde. Für Hoeren hätte es im Deutschen besser „Dienstleistungen im Allgemeinen sowie Dienstleistungen, die online erbracht werden“ heißen sollen. Letztlich stelle Software keine „Dienstleistung, die online erbracht wird“ dar.<sup>1585</sup> Tatsächlich hätte die von Hoeren vorgeschlagene Formulierung den Wesensunterschied von Waren und Dienstleistungen unterstrichen. Zusammenfassend steht die Richtlinie 96/9/EG dem vom EuGH entwickelten „Erweiterten Begriff der Kopie“ nicht entgegen.

---

1578 Blocher/Walter, in: Walter/v. Lewinski, Art. 4 Computer Program Directive, Rn. 5.4.41.

1579 Blocher, in: Walter, Art. 4 Richtlinie 2009/24/EG, Rn. 29.

1580 Eilmannsberger, GRUR 2009, 1123, 1125; Hoeren, MMR 2010, 447, 448.

1581 Blocher/Walter, in: Walter/v. Lewinski, Art. 4 Computer Program Directive, Rn. 5.4.41; Grigoriadis, JICLT 2013, 198, 203.

1582 Blocher/Walter, in: Walter/v. Lewinski, Art. 4 Computer Program Directive, Rn. 5.4.41.

1583 Ohly, JZ 2013, 42, 43.

1584 Senftleben, NJW 2012, 2924 f.

1585 Hoeren, MMR 2010, 447, 448.

## h) Gefahr von Raubkopien

Teils wird ohne näher zu differenzieren angeführt, dass der EuGH mit der „UsedSoft v. Oracle“-Entscheidung Raubkopien „alle Tore“ geöffnet hat.<sup>1586</sup> Schon früher wurde dazu erklärt, dass bei der Online-Überlassung die rechtliche Zuordnung von Software erschwert wird und diese Art der Softwareüberlassung anfälliger für Produktpiraterie ist. Insbesondere sei eine Weitergabe der Software an zwei verschiedene Zweitnutzer möglich.<sup>1587</sup> Zudem werde ein direkter Konkurrenzmarkt geschaffen, da „gebrauchte Software“ sich von „neuer“ qualitativ nicht unterscheide. Auch fehle es unter Umständen an äußeren Merkmalen wie einer Verpackung oder einem Echtheitszertifikat. Außerdem wird angeführt, es kann auch ein legaler Zweitmarkt verschwinden, denn es besteht für den Zweitnutzer stets das Risiko, eine Raubkopie zu erwerben.<sup>1588</sup> Dies spreche gegen eine analoge Anwendung des Erschöpfungsgrundsatzes bei der Online-Übermittlung.<sup>1589</sup> Dem wird entgegengehalten, dass es Zweck der Norm ist, das Urheberrecht mit dem freien Warenverkehr in Einklang zu bringen und nicht, Urheber vor Produktpiraterie zu schützen.<sup>1590</sup> Auch könne der Softwareanbieter auf die digitale Überlassung verzichten<sup>1591</sup> bzw. sich durch beispielsweise „Digital-Rights-Management“ und Aktivierungsschlüssel schützen,<sup>1592</sup> um eine Individualisierung der Nutzer vorzunehmen und somit das Risiko von Raubkopien zu senken.<sup>1593</sup> Zudem sei auch bei auf einem Datenträger überlassener Software die Möglichkeit von Mehrfachnutzung gegeben, denn auch bei einer Weitergabe des Datenträgers bestehe das Risiko, dass der Erstnutzer die Nutzung der bereits installierten Software fortsetze.<sup>1594</sup> Somit erhöhe sich bei online überlassener Software die Missbrauchsgefahr

---

1586 Hansen/Wolff-Rojczyk, GRUR 2012, 904, 909; Seitz, 165 in diese Richtung beschreibend.

1587 Seitz, 165 beschreibend; Spindler, CR 2008, 69, 72.

1588 Seitz, 165 f. beschreibend.

1589 Spindler, CR 2008, 69, 72.

1590 Rigamonti, GRUR Int. 2009, 20 f. zwar auf das Schweizer Recht bezogen, aber sinngemäß anwendbar.

1591 Seitz, 167 beschreibend.

1592 Hilty, in: Calboli/Lee, 64, 71, 76, 79 f. in diese Richtung; Larriue/Le Stanc/Tréfigny, Recueil Dalloz 2012, 2343 ff., III. C.; Rauer/Ettig, EWS 2012, 322, 327.

1593 Grützmaker, ZGE 2013, 46, 68 f.

1594 Auch Feiler/Schuba, in: Taeger, 359; Ruffler, EIPR 2011, 375, 381; Seitz, 170 bei beiden Überlassungsarten schließlich vergleichbare Risiken erkennend.

nicht.<sup>1595</sup> Dem ist im Grundsatz zuzustimmen. Ohne in eine Argumentation auf tatsächlicher Ebene einzusteigen, ist generell festzustellen, dass die mögliche Gefahr von mehr Raubkopien nicht die Auslegung urheberrechtlicher Begriffe wie den der Kopie abschließend beeinflussen kann und darf. Eine etwaige Verhinderung von Raubkopien hat insbesondere über die Rechtsfolgenseite zu erfolgen. Im Ergebnis spricht auch eine teils identifizierte Gefahr von Raubkopien nicht gegen den vom EuGH entwickelten „Erweiterten Begriff der Kopie“.

#### i) Zusammenfassung

Dem „Erweiterten Begriff der Kopie“ im Sinne des EuGH steht insbesondere entgegen, dass es an der vom EuGH beschriebenen Eigentumsübertragung fehlt. Es ist unklar, was konkret Gegenstand einer Verbreitung sein soll.

### 5. Kongruenz des „Erweiterten Begriffs der Kopie“ mit internationalem Urheberrecht

Im Folgenden wird der vom EuGH entwickelte „Erweiterte Begriff der Kopie“ auf Kongruenz mit internationalem Urheberrecht geprüft.

#### a) TRIPS-Abkommen und Revidierte Berner Übereinkunft

Sowohl das TRIPS-Abkommen als auch die RBÜ regeln keine Details in Bezug auf eine Kopie bzw. ein Werkstück. Das TRIPS-Abkommen normiert in Verbindung mit der RBÜ Mindestregeln über den Schutz von Computerprogrammen als Sprachwerke<sup>1596</sup> und schreibt in Art. 10 Abs. 1 TRIPS-Abkommen vor, dass „Computerprogramme in Quellcode oder Programmcode (...) als Werke der Literatur nach der Berner Übereinkunft (1971) geschützt“ werden. Art. 9 Abs. 1 TRIPS-Abkommen verweist auf die RBÜ, welche in Art. 14 Abs. 1 Nr. 1 dem Urheber das Vervielfältigungs- und das Verbreitungsrecht zuschreibt. In der Folge sind diesbezüglich keine Konflikte ersichtlich.

---

1595 Seitz, 168.

1596 Grützmaker, in: Wandtke/Bullinger, Vor §§ 69a ff. UrhG, Rn. 8 f.

b) „Word Copyright Treaty“ bzw. Richtlinie 2001/29/EG als dessen EU-rechtliche Umsetzung

Der „WCT“ ist ein im Jahr 1996 unter dem Dach der „WIPO“ verabschiedetes Sonderabkommen im Sinne von Art. 20 S.1 RBÜ<sup>1597</sup> und sollte den internationalen Urheberrechtsschutz an das digitale Zeitalter anpassen. Art. 4 WCT legt dabei fest, dass Software im Sinne des Art. 2 RBÜ als Sprachwerk urheberrechtlich geschützt ist. Daneben ist der „WCT“ für die Auslegung der Richtlinie 2009/24/EG von Relevanz, auch wenn in dieser ein wie in ErwG 15 Richtlinie 2001/29/EG bestehender Verweis auf den „WCT“ fehlt.<sup>1598</sup> Die Richtlinie 2001/29/EG gilt unter anderem als Umsetzung des „WCT“ in das europäische Recht<sup>1599</sup> und ist gemäß dem EuGH daher auch im Lichte des „WCT“ auszulegen.<sup>1600</sup> Von Bedeutung für den Begriff der Kopie sind insbesondere Art. 6 WCT i.V.m. der Vereinbarten Erklärung zu Art. 6 und 7 WCT<sup>1601</sup> sowie Art. 10 WCT i.V.m. mit der Vereinbarten Erklärung zu Art. 10 WCT. In der Richtlinie 2001/29/EG ist neben den ErwG 15, 20 ff., 28 f. und 33 auch Art. 4 mit Regelungen zum Verbreitungsrecht diesbezüglich von Relevanz.

(1) Art. 6 WCT i.V.m. den Vereinbarten Erklärungen zu Art. 6 und 7 WCT, Art. 4 Richtlinie 2001/29/EG

Art. 6 Abs. 1 WCT normiert das Verbreitungsrecht. Demnach haben Urheber „das ausschließliche Recht, zu erlauben, dass das Original und Vervielfältigungsstücke ihrer Werke durch Verkauf oder sonstige Eigentumsübertragung der Öffentlichkeit zugänglich gemacht werden.“ Allerdings gilt dieses Recht nicht unbegrenzt, denn nach Abs. 2 haben die unterzeichnenden Staaten als Vertragsparteien das Recht, festzulegen, „unter welchen Voraussetzungen sich das Recht gemäß Abs. 1 nach dem ersten mit Erlaubnis des

---

1597 v. Lewinski, in: Handbuch des Urheberrechts, § 63, Rn. 93, 95.

1598 Jani, ELR 2012, 21, 25.

1599 ErwG 15 Richtlinie 2001/29/EG. EuGH, Urteil v. 03. Juli 2012 – C 128/11 („UsedSoft v. Oracle“), NJW 2012, 2565 ff., Rn. 60; EuGH, Urteil v. 19. Dezember 2019 – C 263/18 („Tom Kabinet“), NJW 2020, 827 ff., Rn. 15, 39. Marly, Rn. 197.

1600 EuGH, Urteil v. 17. April 2008 – C 456/06 („Peek & Cloppenburg“), GRUR 2008, 604 ff., Rn. 31.

1601 In Abgrenzung zu Art. 6 normiert Art. 8 WCT auch die öffentliche Wiedergabe als Verwertungstatbestand. In den ErwG 23–25 und in Art. 3 Richtlinie 2001/29/EG wird die öffentliche Wiedergabe ins EU-Recht umgesetzt, Reinbothe/v. Lewinski, Art. 6 WCT, Rn. 15.

Urhebers erfolgten Verkauf des Originals oder eines Vervielfältigungsstücks oder der ersten sonstigen Eigentumsübertragung erschöpft.“ Zu Art. 6 WCT normieren die Vereinbarten Erklärungen zu Art. 6 und 7 WCT, dass die Begriffe Original und Vervielfältigungsstücke „sich ausschließlich auf Vervielfältigungsstücke, die als körperliche Gegenstände in Verkehr gebracht werden können“, beziehen.

In Art. 6 WCT wird großteils hineingelesen, dass der „WCT“ den urheberrechtlichen Begriff der Verbreitung auf eine solche in körperlicher Form<sup>1602</sup> („physical“ bzw. „tangible objects“<sup>1603</sup>) beschränkt, was durch die Vereinbarten Erklärungen zu Art. 6 und Art. 7 WCT klargestellt wird.<sup>1604</sup> Mit diesen werde von einem Download abgegrenzt<sup>1605</sup> und in der Folge sei auf einem Datenträger verkörperte Software von der Norm erfasst,<sup>1606</sup> eine „unkörperliche Verbreitung“<sup>1607</sup>, „online-Kommunikation“,<sup>1608</sup> „elektronische Vervielfältigung oder Kopie“,<sup>1609</sup> ein „unkörperlicher Gegenstand“ oder „trägerloses Vervielfältigungsstück“ wie eine „digitale Kopie“<sup>1610</sup> hingegen nicht. Zur Begründung für die Begrenzung auf eine Verbreitung in körperlicher Form wird teils die Entstehungsgeschichte des „WCT“ herangezogen. So habe bei dessen Ausarbeitung die Absicht bestanden, die traditionelle Bedeutung des körperlichen Werkstücks als Objekt des Verbreitungsrechts beizubehalten<sup>1611</sup> und einen Download hingegen unter Art. 8 WCT zu subsumieren.<sup>1612</sup> Es sei eine Klarstellung in diesem Sinne im

---

1602 Heydn, MMR 2012, 586, 591 f.; Hilty, CR 2012, 625, 630; Koch, ITRB 2013, 38, 39; Rauer/Bibi, GRUR-Prax 2020, 55, 57; Stieper, ZUM 2012, 668; Vinje/Marsland/Gärtner, CRI 2012, 97, 100.

1603 Reinbothe/v. Lewinski, Art. 8 WCT, Rn. II, 16.

1604 Hilty, sic! 1997, 128, 135 ausführend, dass Art. 6 WCT selbst auf einen Download anwendbar wäre, dem aber die Vereinbarten Erklärungen entgegenstehen; Heydn, MMR 2010, 309, 310; Koch, ITRB 2013, 38, 39; Ohly, JZ 2011, 32, 43; v. Lewinski, GRUR Int. 1997, 667, 674; Reinbothe/v. Lewinski, Art. 6 WCT, Rn. II f. EuGH, Urteil v. 19. Dezember 2019 – C 263/18 („Tom Kabinet“), NJW 2020, 827 ff., Rn. 38 f., insbesondere 40 in diese Richtung.

1605 Heydn, MMR. 2011, 309, 310; v. Lewinski, GRUR Int. 1997, 667, 674.

1606 Reinbothe/v. Lewinski, Art. 6 WCT, Rn. II.

1607 Dreier, IIC 1998, 622, 623; Heydn, MMR 2012, 591, 592; Krüger/Biehler/Apel, MMR 2013, 760, 764; Stieper, ZUM 2012, 668.

1608 Leriche/Ruelle, RLDI 2012, 86, 30, 31; Reinbothe/v. Lewinski, Art. 8 WCT, Rn. 16.

1609 v. Lewinski, GRUR Int. 1997, 667, 674.

1610 EuGH, Urteil v. 10. November 2016 – C 174/15 („Vereniging Openbare Bibliotheken“), NJW 2017, 461 ff., Rn. 34, 39.

1611 Cabay, AM 2013, 303, 310; Krüger/Biehler/Apel, MMR 2013, 760, 764; v. Lewinski, GRUR Int 1997, 667, 674.

1612 Cabay, AM 2013, 303, 310.

„WCT“ bzw. der Vereinbarten Erklärung erfolgt, da über eine Erweiterung des Begriffs der Verbreitung auf digitale Übertragungen explizit diskutiert und diese letztlich durch das „Committee of Experts“ abgelehnt worden sei.<sup>1613</sup>

Andere hingegen sehen in der Vereinbarten Erklärung allein das Erfordernis normiert, dass die Originale oder Vervielfältigungsstücke als verkörperte Kopien in Verkehr gebracht werden „können“. Dies sei bei Software der Fall, auch wenn diese tatsächlich online übermittelt werde.<sup>1614</sup> Zudem sei Software – sobald nach dem Download eine Fixierung erfolge – auch im Sinne eines „tangible object“ verkörpert.<sup>1615</sup> Daher solle auch ein Download eine Verbreitung im Sinne des Art. 6 WCT darstellen,<sup>1616</sup> auch stehe die Anwendung der Norm auf digitale Werke im Einklang mit der gefestigten US-amerikanischen Rechtsansicht,<sup>1617</sup> welche von Bedeutung sei, da der Inhalt des „WCT“ maßgeblich von der Mitwirkung der USA beeinflusst worden sei. Auch werde in den USA zum einen der Terminus „tangible object“ nicht allein auf Datenträger reduziert,<sup>1618</sup> zum anderen sei der Regelungszusammenhang der Vereinbarten Erklärung zu berücksichtigen. Der Terminus „transfer of ownership“ in Art. 6 Abs. 2 WCT stehe nicht für einen sachenrechtlichen Eigentumsübergang,<sup>1619</sup> sondern sei dem amerikanischen Recht nachempfunden worden, in welchem die Übertragung von Urheberrechten oder die Einräumung von „exklusiven Lizenzen“ darunter verstanden würden.<sup>1620</sup> Somit habe die Norm eine rein urheberrechtliche Bedeutung.<sup>1621</sup> Der Bezug auf die Verkörperung in der Vereinbarten Erklärung sei nur erfolgt, um klarzustellen, dass eine rein vorübergehend bestehende Vervielfältigung nicht Gegenstand eines „transfer of ownership“ sein

---

1613 Leriche/Ruelle, RLDI 2012, 86, 30, 31; Reinbothe/v. Lewinski, Art. 8 WCT, Rn. 16.

1614 Malevanny, CR 2013, 422, 424; Redeker, CR 2014, 73, 77; Ruffler, EIPR 2011, 375, 381.

1615 Rigamonti, GRUR Int. 2009, 21.

1616 Ruffler, EIPR 2011, 375, 381.

1617 Rigamonti, GRUR Int. 2009, 21, Fn. 97 ff.

1618 Malevanny, CR 2013, 422, 424 mit Verweis auf das „United States Copyright Office“ (<http://www.copyright.gov/help/faq/faq-digital.html>; in vormaliger Fassung, verfügbar am 01. Oktober 2019) erklärend, dass dieses unter einer solchen auch eine Datei versteht und von einer Reduktion auf die Körperlichkeit keine Rede sein kann. Allerdings sprach das „United States Copyright Office“ allein von der Speicherung auf einem Datenträger.

1619 Malevanny, CR 2013, 422; Rigamonti, GRUR Int. 2009, 21.

1620 Rigamonti, GRUR Int. 2009, 21.

1621 Malevanny, CR 2013, 422.

könne.<sup>1622</sup> Dem wird entgegengehalten, dass schon die Abstimmung auf den Eigentumsübergang fehlerhaft sei, denn in der Vereinbarten Erklärung werde allein von „Körperlichkeit“ gesprochen. Zudem wird teils auf das deutsche Recht verwiesen, in welchem ein Eigentumsübergang allein an Sachen und nicht an Immaterialgütern erfolgen kann.<sup>1623</sup> Andere hingegen argumentieren dahingehend, dass Art. 6 Abs. 2 WCT nur den territorialen Umfang der Erschöpfungswirkung regelt und es den Vertragsstaaten insbesondere freisteht, eine Erschöpfung des Verbreitungsrechts zu normieren. Eine Aussage bezüglich einer notwendigen „Körperlichkeit“ der Übertragung sei hingegen nicht Regelungsgegenstand.<sup>1624</sup> Teils wird auch die Bindungswirkung der Vereinbarten Erklärung in Frage gestellt.<sup>1625</sup> Da diese aus dem Jahr 1996 stamme und damals der Sachverhalt des Gebrauchtssoftwarehandels bzw. des Downloads noch nicht Gegenstand der Betrachtungen war, bestehe eine ungewollte Regelungslücke.<sup>1626</sup> Andere sehen hingegen auch die unkörperliche Verbreitung von Art. 6 Abs. 1 WCT umfasst, allerdings ist demnach eine Erschöpfung ausgeschlossen.<sup>1627</sup> Teils wird auf den Neuerlass der Richtlinie 91/250/EWG mit der Richtlinie 2009/24/EG im Jahr 2009 verwiesen, welcher nicht im Widerspruch zum „WCT“ erfolgt sein kann.<sup>1628</sup> Der BGH sah in Art. 6 WCT nur Mindestrechte, welche um die unkörperliche Verbreitung erweitert werden können.<sup>1629</sup>

Zusammenfassend ist festzuhalten, dass Art. 6 WCT i.V.m. den Vereinbarten Erklärungen zu Art. 6 und 7 WCT dem Wortlaut nach von „tangible fixed copies that can be put into circulation as tangible objects“ spricht. Eine Softwarekopie, welche Gegenstand eines Downloads ist stellt keine „greifbare, feste Kopie dar, welche als greifbares Objekt Gegenstand des Rechtsverkehrs werden kann“. Erst die Verkörperung beim Nutzer selbst, also dessen Festplatte, könnte als ein solches Objekt Gegenstand des Rechtsverkehrs werden. Die fehlende Körperlichkeit stellt somit vielmehr die Qualität dar, welche Software bei einem Download zukommen soll.

---

1622 Rigamonti, GRUR Int. 2009, 21; Reinbothe/v. Lewinski, Art. 6 WCT, Rn. 12 auch auf eine solche Dauerhaftigkeit einer Verbreitung im Sinne des Art. 6 WCT verweisend; Rosati, JIPLP, 2012, 7, 11, 786, 787; Ruffler, EIPR 2011, 375, 381.

1623 Heydn, MMR 2012, 586, 591, 592.

1624 Lutz, 70.

1625 Hartmann, GRUR Int. 2012, 980, 982 wohl in diese Richtung.

1626 Hilty, in: Calboli/Lee, 64, 69 f. beschreibend; Malevanny, CR 2013, 422, 423; Sosnitzer, K&R 2011, 243, 244.

1627 Heydn, MMR 2012, 586, 591.

1628 Vinje/Marsland/Gärtner, CRi 2012, 97, 100.

1629 BGH, Urteil v. 17. Juli 2013 – I ZR 129/08 („UsedSoft II“), NJW-RR 2014, 360 ff., Rn. 40.

Weitere Argumente – insbesondere in Bezug auf die Entstehungsgeschichte des „WCT“ – ließen möglicherweise andere Schlussfolgerungen zu, allerdings steht eine solche Auslegung stets im Widerspruch zum Wortlaut. Zudem gibt es widersprüchliche Angaben, welche nicht ohne Weiteres aufgeklärt werden können. Im Ergebnis ist demnach der Download von Art 6 WCT als nicht umfasst anzusehen.

Eine ähnliche Formulierung wie Art. 6 WCT nehmen ErwG 28 Richtlinie 2001/29/EG sowie Art. 4 Richtlinie 2001/29/EG auf, die in Bezug auf das Verbreitungsrecht normieren, dass dieses das Recht umfasst, „die Verbreitung eines in einem Gegenstand verkörperten Werks zu kontrollieren.“ In der Folge wird vom „Original“, von „Vervielfältigungsstücken“ und von dem „Wiederverkauf dieses Gegenstands“ gesprochen. Vorstehende Ausführungen zu Art. 6 WCT i.V.m. den Vereinbarten Erklärungen zu Art. 6 und 7 WCT gelten entsprechend.

In ErwG 29 Richtlinie 2001/29/EG wird abgegrenzt von „Dienstleistungen allgemein“ und „Online-Diensten“, bei welchen sich die Frage der Erschöpfung nicht stellt, selbst wenn der Nutzer bei der Nutzung eines solchen Dienstes mit Zustimmung des Rechtsinhabers ein materielles Vervielfältigungsstück erstellt. Grund hierfür sei, dass das „Geistige Eigentum“ in diesem Fall nicht in einem materiellen Träger verkörpert werde, sondern vielmehr eine jede „Bereitstellung eines Online-Dienstes“ eine zustimmungsbedürftige Handlung darstelle. Da der „Online-Verkehr“ früher als Dienstleistung verstanden worden sei, werde ErwG 29 Richtlinie 2001/29/EG restriktiv ausgelegt und entfalte nur bei Dienstleistungen Wirkung.<sup>1630</sup> Eine solche liege bei Software aber nicht vor.<sup>1631</sup> Tatsächlich ist jedoch auch die Bindungswirkung der ErwG umstritten. Der EuGH ließ diese im „UsedSoft v. Oracle“-Urteil offen,<sup>1632</sup> gemäß Leitfäden der Europäischen Union werden Erwägungsgründe „im Gegensatz zum verfügbaren Teil so formuliert, dass ihre Unverbindlichkeit deutlich wird“.<sup>1633</sup> Erwägungsgründe, welche im Widerspruch zum Gesetzestext stünden, sei-

---

1630 Lehmann, GRUR Int. 2015, 677, 678.

1631 Feiler/Schuba, in: Taeger, 358 f.; zu der Abgrenzung von einer Dienstleistung 3. Teil § 1 B II. 4. g).

1632 EuGH, Urteil v. 03. Juli 2012 – C 128/11 („UsedSoft v. Oracle“), NJW 2012, 2565 ff., Rn. 53 ff.

1633 Hartmann, GRUR Int. 2012, 980, 982 verweisend auf Gemeinsamer Leitfaden des Europäischen Parlaments, des Rates und der Kommission für Personen, die an der Abfassung von Rechtstexten der Europäischen Union mitwirken, 2015, Ziff. 10.1.

en nicht zu beachten.<sup>1634</sup> Teils wird auch ausgeführt, dass die Erwägungsgründe auf der noch in der Richtlinie 2001/29/EG bestehenden Trennung zwischen Dienstleistungen und Waren basierten, welche in den 1990er Jahren die Rechtssetzung der Europäischen Union dominiert habe. Allerdings stehe dahinter keine urheberrechtliche Wertung und auch die Übertragbarkeit auf digitale Güter sei mehr als fraglich.<sup>1635</sup> Vielmehr sei die in der „UsedSoft v. Oracle“-Entscheidung erstmals durchbrochene Trennung von körperlicher Verbreitung und unkörperlicher öffentlicher Zugänglichmachung der richtige Weg, um den technischen Rahmenbedingungen gerecht zu werden.<sup>1636</sup> Jedenfalls stellt die Übermittlung von Software mittels eines Downloads keinen „Online-Dienst“ dar, denn, um vorgenannte Terminologie aufzugreifen, bei mittels eines Downloads übermittelter Software ist das „Geistige Eigentum“ in der beim Nutzer heruntergeladenen Kopie verkörpert. Für die anschließende Nutzung der Software ist auch keine weitere technische Verbindung zwischen dem Softwareanbieter und dem Nutzer erforderlich. Hingegen von einem Dienst kann gesprochen werden, wenn bei jeder tatsächlichen Softwarenutzung eine Dienstleistung des Anbieters erfolgen würde. Dies ist wie beschrieben in dieser Konstellation jedoch nicht der Fall.<sup>1637</sup>

## (2) Art. 10 WCT

Art. 10 WCT erlaubt es den Vertragsparteien in Gesetzen „Beschränkungen oder Ausnahmen in bestimmten Sonderfällen vor(zu)sehen, die weder die normale Verwertung der Werke beeinträchtigen noch die berechtigten Interessen der Urheber unzumutbar verletzen“. Zudem ist Folgendes zu beachten: „Bei der Anwendung der Berner Übereinkunft begrenzen die Vertragsparteien in Bezug auf die darin vorgesehenen Rechte Beschränkungen oder Ausnahmen auf bestimmte Sonderfälle, die weder die normale Verwertung der Werke beeinträchtigen noch die berechtigten Interessen der Urheber unzumutbar verletzen.“ Wird Art. 6 WCT als nur bei körperlichen Werkstücken anwendbar angesehen, so könnte über diesen in Art. 10 WCT normierten Drei-Stufen-Test eine Ausnahme erfolgen. Art. 10 WCT sei sehr weit auszulegen, allerdings stünde eine Ausweitung der Erschöpfung des

---

1634 Hartmann, GRUR Int. 2012, 980, 982 mit Verweis auf weitere Quellen.

1635 Hartmann, GRUR Int. 2012, 980, 982 f.

1636 Hartmann, GRUR Int. 2012, 980, 983 wohl in diese Richtung.

1637 Hierzu 3. Teil § 1 B II. 4. g).

Verbreitungsrechts nicht im Einklang mit dem Drei-Stufen-Test.<sup>1638</sup> Es fehle schon an dem notwendigen „bestimmten Sonderfall“,<sup>1639</sup> denn die „Online-Erschöpfung“ betreffe den gesamten Vertrieb von Computerprogrammen.<sup>1640</sup> Andere sehen eine solche Erweiterung als möglich an – beispielsweise wie in Art. 4 Abs. 2 Richtlinie 2009/24/EG i.V.m. der Rechtsprechung des EuGH geschehen.<sup>1641</sup> Wiederum andere vertreten die Ansicht, aufgrund von Art. 6 Abs. 2 WCT kann Art. 10 WCT Art. 6 WCT nicht begrenzen,<sup>1642</sup> denn gemäß Art. 6 Abs. 2 WCT haben die Vertragsparteien das Recht, festzulegen, „unter welchen Voraussetzungen sich das Recht gemäß Abs. 1 nach dem ersten mit Erlaubnis des Urhebers erfolgten Verkauf des Originals oder eines Vervielfältigungsstücks oder der ersten sonstigen Eigentumsübertragung erschöpft.“ Auch wird ausgeführt, dass eine Erweiterung des Erschöpfungsgrundsatzes auf die unkörperliche Überlassung von Software sowohl dem Softwarenutzer als auch dem Softwareanbieter und somit allen Beteiligten dient. Insbesondere sei der Rechtsinhaber durch Unterlassungs- und Schadensersatz-, aber auch durch den in § 98 UrhG normierten Vernichtungsanspruch geschützt. Zudem diene die Anwendung des Drei-Stufen-Tests der Erweiterung der Allgemeinheit und wäre auf „einige“ und „gewisse“ Nutzungshandlungen beschränkt.<sup>1643</sup> Demnach wäre eine Erlaubnis nach dem Drei-Stufen-Test möglich. Gewarnt wird aber dahingehend, dass bei einer Erweiterung einzelner Rechte stets zu beachten ist, dass hierdurch der gesamte Regelungskomplex unterlaufen werden kann. Daher, aber auch insgesamt in Bezug auf den „WCT“, wird die „UsedSoft v. Oracle“-Entscheidung teils als „fragwürdig“ angesehen.<sup>1644</sup> Zusammenfassend ist festzuhalten, dass eine solche Ausnahme nach dem Drei-Stufen-Test zumindest möglich erscheint.

### (3) Zusammenfassung

Art. 6 WCT i.V.m. den Vereinbarten Erklärungen zu Art. 6 und 7 WCT steht im Widerspruch zum „Erweiterten Begriff der Kopie“ des EuGH. Allerdings ist dies allein ein rechtliches Hindernis auf der Ebene des

---

1638 Cabay, AM 2013, 303, 315.

1639 Koch, ITRB 2013, 38, 39.

1640 Krüger/Biehler/Apel, MMR 2013, 760, 765.

1641 Lutz, 70.

1642 Reinbothe/v. Lewinski, Art. 6 WCT, Rn. 114.

1643 Lutz, 75 ff., 78.

1644 Krüger/Biehler/Apel, MMR 2013, 760, 764 f.

internationalen Rechts. Die Europäische Union und ihre Mitgliedstaaten sind zwar zur Umsetzung des „WCT“ verpflichtet, aber es ist zu beachten, dass dieser aus dem Jahr 1996 datiert und somit nicht mehr „up to date“ ist. Letztlich spricht ein Verstoß gegen den „WCT“ dem Grundsatz nach gegen einen „Erweiterten Begriff der Kopie“. Ein systematischer und vertieft urheberrechtlicher Widerspruch ist – wie die bisherigen Ausführungen zum 3. Teil dieser Arbeit zeigen – nicht ersichtlich. Unter Umständen wäre überdies der in Art. 10 WCT normierte Drei-Stufen-Test anwendbar und erfüllt.

## 6. Zusammenfassung

Als Zwischenergebnis steht dem „Erweiterten Begriff der Kopie“ im Sinne des EuGH insbesondere entgegen, dass es an der vom EuGH beschriebenen Eigentumsübertragung fehlt, da schon der Gegenstand der Verbreitung unklar ist. Zudem liegt ein Widerspruch zu Art. 6 WCT i.V.m. den vereinbarten Erklärungen zu Art. 6 und 7 WCT zumindest nahe.

## III. Alternativvorschläge für eine Weiterentwicklung des Begriffs der Kopie

Motiviert durch den „UsedSoft v. Oracle“-Fall und die EuGH-Entscheidung erfolgte in der Rechtsliteratur eine Welle an Veröffentlichungen zu den in diesem Urteil aufgeworfenen Rechtsfragen, einschließlich zahlreicher Vorschläge für eine Weiterentwicklung des Begriffs der Kopie im Zeitalter des Downloads.

### 1. Zum Download bereitgestellte Kopie

Ein solcher Vorschlag knüpft an die vom Softwareanbieter auf den Server hochgeladene Kopie und somit an den Upload an. Auch der EuGH gab dieser Ansicht eine Argumentationsgrundlage, indem dieser im „UsedSoft v. Oracle“-Urteil ausführte, dass der Softwarenutzer vom Urheberrechtsinhaber eine Kopie erwirbt, die sich „auf dessen Internetseite“ befindet.<sup>1645</sup> In

---

<sup>1645</sup> EuGH, Urteil v. 03. Juli 2012 – C 128/11 („UsedSoft v. Oracle“), NJW 2012, 2565 ff., Rn. 75.

dieser vom Rechtsinhaber durch den Upload „in Verkehr gebrachten“<sup>1646</sup> Kopie wird der Vertragsgegenstand erkannt. Allerdings fehlen Erklärungen, ob und in welcher Form nach der Überlassung beim Softwarenutzer diese Kopie fortbesteht. Würde durch einen Upload eine Kopie erstellt werden, so wäre nach dem einmaligen Download das Verbreitungsrecht an dieser erschöpft. Allerdings tritt mit einem Download beim Softwareanbieter sowohl rechtlich als auch tatsächlich kein Verlust auf<sup>1647</sup> und es wird keine spezifische Kopie Gegenstand des Rechtsverkehrs. Auch mangelt es zum Zeitpunkt des Uploads an einer Individualisierung. Diese Rechtsansicht ist im Ergebnis abzulehnen.

## 2. Bit-Strom/Datenbestand als Kopie

Eine andere Ansicht stellt die Online-Übermittlung der Kopie in den Mittelpunkt. Die vom Softwareanbieter hochgeladenen und bei einem Download mittels eines Bit-Stroms übertragenen Daten sind demnach als ein Vervielfältigungsstück zu qualifizieren,<sup>1648</sup> teils wird auch von einem Datenbestand gesprochen.<sup>1649</sup> Allerdings fehlt es auf technischer Ebene an einem solchen „Versenden“, denn ein Download stellt ein „Abschreiben“ dar.<sup>1650</sup> Zudem wird der Betrachtung eines Bit-Stroms oder Datenbestands entgegengebracht, dass ein solcher stets einer Verkörperung auf der Hardware bedarf und diese in den Mittelpunkt zu stellen ist.<sup>1651</sup> Insbesondere aus den genannten technischen Gründen ist diese Rechtsansicht abzulehnen.

---

1646 Feiler/Schuba, in: Taeger, in: Taeger, 351, 357.

1647 Haberstumpf, NJOZ 2015, 793, 799.

1648 Bröckers, MMR 2011, 18, 19 beschreibend; Ulmer/Hoppen, CR 2008, 681 ff.

1649 Grützmacher, in: Wandtke/Bullinger, § 69c UrhG, Rn. 48 f. in diese Richtung, aber das Vervielfältigungsrecht selbst in den Mittelpunkt stellend. LG Düsseldorf, Urteil v. 26. November 2008 – 12 O 431/08, CR 2009, 221, 222 in diese Richtung, allerdings auch wegen diesen Ausführungen aufgehoben von OLG Düsseldorf, Urteil v. 29. Juni 2009 – 20 U 247/08, GRUR-RR 2010, 4 ff., welches den Fokus auf den Datenbestand als nicht zutreffend beschreibt.

1650 Hierzu 3. Teil § 1 B I.

1651 Bröckers, MMR 2011, 18, 19.

### 3. Beim Softwarenutzer erstellte Kopie

Der Fokus könnte auf die bei einem Download auf dem Computer des Nutzers erstellte Kopie gelegt werden. Auch diesbezüglich werden Ausführungen des EuGH in der „UsedSoft v. Oracle“-Entscheidung hinsichtlich der „von der Internetseite des Urhebers heruntergeladene(n) Kopie“ herangezogen.<sup>1652</sup> Sowohl bei der Überlassung von Software mittels eines Datenträgers als auch mittels eines Downloads sei eine permanente Speicherung und somit eine Kopie der Software auf der Festplatte des Nutzers vorhanden. Dies entspreche wirtschaftlich und rechtlich einem „körperlichen Werkexemplar“.<sup>1653</sup> Tatsächlich besteht beim Nutzer in beiden Fällen eine solche Kopie. Allerdings wird nicht erklärt, wie diese Kopie Gegenstand des Rechtsverkehrs wurde. Auch ist zu beachten, dass bei der Überlassung von Software mittels eines Datenträgers nicht die beim Nutzer gespeicherte Kopie die verbreitete Kopie darstellt, sondern vielmehr der vom Nutzer erworbene Datenträger (CD-ROM, DVD, etc.) samt der Software. Die Installation ist eine zusätzliche Vervielfältigung der Software, die bei einem Erwerb von Software auf einem Datenträger erforderlich ist. Auch eine heruntergeladene Kopie wird bei einer Weitergabe zu einem späteren Zeitpunkt nicht Gegenstand des Rechtsverkehrs, denn in diesem Fall wird nicht die Festplatte des Computers des Erstnutzers ausgebaut und weitergegeben, sondern eine erneute Abschrift erstellt. Somit ist das Abstellen auf die beim Nutzer erstellte Kopie nicht vorzugswürdig.

### 4. Verkürzung der Verbreitungshandlung des Softwareanbieters

Diese Rechtsansicht stellt die Verbreitungshandlung in den Mittelpunkt und sieht diese bei der Überlassung von Software mittels eines Downloads als verkürzt an. Die Verbreitung sei mit dem Upload beendet, denn mit diesem verlasse die Kopie den Machtbereich des Erstellers. Mit dem Download durch den Softwarenutzer werde die Verkörperung der Kopie von diesem selbst vorgenommen.<sup>1654</sup> Diese Kopie schließe die Installation der

---

1652 Wolff-Rojczyk, ITRB 2014, 75, 77 bei einem erneuten Download durch den Zweitnutzer einen Widerspruch im Urteil des EuGH erkennend, da dieser davon spricht, dass diese Kopie auch an einen Zweitnutzer weitergegeben wird.

1653 Rigamonti, GRUR Int. 2009, 14, 17.

1654 Malevanny, CR 2013, 422, 423 mit Verweis auf Rigamonti, GRUR Int. 2009, 14, 18 den Upload des Softwareerstellers auf seine Homepage mit dem zur Verfügung

Software auf der Hardware des Nutzers mit ein. Da eine solche Installation durch den Nutzer auch bei Überlassung von Software mittels eines Datenträgers erfolge, entfalle bei einem Download allein der Zwischenschritt der Erstellung einer Softwarekopie auf einem Datenträger durch den Softwareanbieter. Die bei dem Download erfolgende Vervielfältigung bzw. die bei Überlassung eines Datenträgers erfolgende „erste Installation“ seien einer Verbreitung immanent. Das Vervielfältigungsrecht, welches für die Speicherung der Software erforderlich sei, folge aus dem Verbreitungsrecht.<sup>1655</sup> Diese Rechtsansicht kann jedoch die Trennung von Verbreitung und Kopie nicht erklären. Während die Verbreitungshandlung mit dem Upload beendet sein soll, fehlt es noch an Kopien, welche erst mit einem Download erstellt werden können. Allerdings ist jeweils eine spezifische Kopie Gegenstand einer Verbreitungshandlung und in der Folge sind Verbreitung und Kopie keine voneinander unabhängigen Begriffe. Daher stellt auch dies keinen gangbaren Alternativvorschlag für den Begriff der Kopie dar.

## 5. Virtuelles Vervielfältigungsstück

Ein anderer Ansatz ist von abstrakter Natur und fokussiert auf ein virtuelles Vervielfältigungsstück. Redeker stützt dies vorrangig auf die BGH-Rechtsprechung zur Sachqualität von Software. Da online übermittelte Software in schuldrechtlichen Entscheidungen als Sache angesehen worden sei, habe auf urheberrechtlicher Ebene auch eine Einordnung als Werkstück zu erfolgen und es müsse ein von einem Datenträger unabhängiges Rechtsgut „Information“, welches zwischen einer Sache und einem Recht stehe, Anerkennung finden.<sup>1656</sup> Somit könne im Datenstrom ein urheberrechtliches Werkstück gesehen werden und es werde die Türe geöffnet für ein „Informationsexemplar“ als Kopie. Zudem schlägt Redeker vor, möglicherweise auf den Datenstrom zu verzichten<sup>1657</sup> und ein sogenanntes virtuelles Vervielfältigungsstück zu erkennen. Nicht die tatsächlich gespeicherte und genutzte Kopie stehe im Fokus, sondern das dahinterstehende virtuelle Exemplar, welches beispielsweise bei der Weitergabe von Software auch vom

---

stellen einer Druckerpresse vergleichend. Ähnlich auch Witte, ITRB 2005, 86, 89 einen Vergleich ziehend zum Holzkauf im Wald verbunden mit einer Abtransporterlaubnis.

1655 Malevanny, CR 2013, 422, 423 in diese Richtung, 424 f.

1656 Redeker, CR 2011, 634, 635 dies beschreibend.

1657 Redeker, CR 2011, 634, 638 f.

Erstnutzer an einen Zweitnutzer übertragen werde. Es habe eine Entkopplung vom „physikalischen Substrat“ zu erfolgen und der Erstnutzer erhalte etwas, was nach einer Weiterübertragung allein noch beim Zweitnutzer bestehe.<sup>1658</sup> Eine solche abstrakte Betrachtung hat den Vorteil, dass diese von jeglichen tatsächlichen Gegebenheiten gelöst werden kann, allerdings fällt es schwer, ein virtuelles Vervielfältigungsstück inhaltlich zu begreifen, denn es fehlt an Anknüpfungspunkten. Rechtlich bleibt der Inhalt eines virtuellen Vervielfältigungsstücks und somit der Gegenstand einer Verbreitung offen, vielmehr scheint es, dass nach der Entkopplung von allem Physischen allein das Nutzungsrecht als Gegenstand verbleibt. Im Ergebnis ist ein virtuelles Vervielfältigungsstück in der von Redeker vorgeschlagenen Ausgestaltung abzulehnen.

## 6. Konkreter Datensatz

Ein weiterer Vorschlag für eine Weiterentwicklung des Begriffs der Kopie liegt im „konkreten Datensatz“ als Bezugspunkt.<sup>1659</sup> Ohly beschreibt diesen im Zusammenhang mit der Erschöpfung des Verbreitungsrechts. Ein solcher Datensatz sei als eine gespeicherte „Version“ des Programms zu verstehen. Lösche nach einer Übertragung von Software vom Erst- an einen Zweitnutzer der Erstnutzer die Software bei sich, so bestehe der Datensatz allein beim Zweitnutzer fort.<sup>1660</sup> Allerdings ist ein solcher Datensatz nicht Gegenstand des Rechtsverkehrs<sup>1661</sup> und wird nicht vom Erstnutzer an den Zweitnutzer weiterübertragen. So haben nach einer „Weitergabe“ der Software von einem Erst- an einen Zweitnutzer nach dem Kopiervorgang sowohl der Erst- als auch der Zweitnutzer eine Kopie der Software. Erst

---

1658 Redeker, CR 2014, 73, 75.

1659 Dreier/Leistner, GRUR 2013, 881, 887 von einem „Datensatz“ sprechend, aber allein die Rechtsprechung des EuGH beschreibend und keinen neuen Anknüpfungspunkt für die Kopie hervorbringend; Ohly, JZ 2013, 42, 44 auch auf die „UsedSoft v. Oracle“-Entscheidung des EuGH bezugnehmend; Spindler, CR 2008, 69, 73 den Datensatz bei der online-Übermittlung als neuen Anknüpfungspunkt ansehend, allerdings hierbei einen Widerspruch zum allgemeinen Urheberrecht erkennend.

1660 Ohly, JZ 2013, 42 in diese Richtung mit Verweis auf EuGH, Urteil v. 03. Juli 2012 – C 128/11 („UsedSoft v. Oracle“), NJW 2012, 2565 ff., Rn. 70.

1661 Bei einem Download erfolgt keine bildliche Übertragung, sondern allein ein Abschreiben; auch ein Erstnutzer, der das Programm an einen Zweitnutzer weitergibt, gibt nicht die ursprünglich bei ihm entstandene Verkörperung, also seine Computerfestplatte, weiter.

durch die Löschung beim Ersthalter erfolgt wieder eine Reduktion auf einen einzigen Datensatz. Im Ergebnis ist somit auch dieser vorgeblich technische Alternativvorschlag abzulehnen.

## 7. Zusammenfassung

Auch die in der Literatur hervorgebrachten Vorschläge<sup>1662</sup> für eine Bestimmung des Begriffs der Kopie bei einem Download sind in gleicher Weise wie der des EuGH nicht mehr mit dem traditionellen Begriff der Kopie bzw. des Werkstücks vereinbar. Es fehlt jeweils ein vom Rechtsinhaber in den Rechts- und Wirtschaftsverkehr eingebrachtes körperliches Werkstück, welches zum Nutzer gelangt. Die zum Download bereitgestellte Kopie, ein Bit-Strom bzw. Datensatz und die bei dem Softwarenutzer erstellte Kopie eignen sich nicht als neuer Bezugspunkt des urheberrechtlichen Begriffs der Kopie. Auch eine Verkürzung der Verbreitungshandlung auf den Upload kann eine solche nicht erklären. Ein konkreter Datensatz wird nicht Gegenstand des Rechtsverkehrs. Ein virtuelles Vervielfältigungsstück erscheint *prima vista* sinnvoll, da es sich von tatsächlichen technischen Einzelheiten löst. Allerdings ist offen, was es konkret darstellen soll.

## IV. Zusammenfassung

Dem traditionellen Begriff der Kopie, welcher einem urheberrechtlichen Werkstück entspricht, werden im Falle der Softwareüberlassung mittels eines Downloads Grenzen aufgezeigt. Der EuGH hat in der Richtlinie 2009/24/EG keinen Hinweis auf das Kriterium der Körperlichkeit gesehen und daher bei der Softwareüberlassung mittels eines Downloads die Verbreitung einer Kopie befürwortet. Allerdings ist unklar, was Gegenstand der vom EuGH bei einer Verbreitung erkannten Eigentumsübertragung

---

1662 Überdies wird auch erklärt, dass „unkörperliche Objekte innerhalb der für einen Menschen erschließbaren Realität weitgehend auf der gleichen Existenzebene wie körperliche Dinge“ stehen und folglich auch „unkörperliche Kopien“ als Gegenstand eines Kaufvertrages in Frage kommen. Daten würden zu Vervielfältigungsstücken und seien unabhängig von einem Datenträger, Malevanny, CR 2013, 422, 423. Fraglich ist allerdings, ob dies einer juristischen Prüfung standhält, denn „die gleiche Existenzebene“ und auch „unkörperliche Objekte“ stellen keine juristischen Termini dar. Die daraus gezogene Schlussfolgerungen hingegen sind juristischer Natur. In der Folge überzeugt auch diese Rechtsansicht nicht.

sein soll. Darüber hinaus steht dieser vom EuGH vorgeschlagene neue Begriff der Kopie möglicherweise im Widerspruch zum „WCT“. Die Literatur hat keine überzeugenden Alternativvorschläge für den Begriff der Kopie hervorgebracht.

### C. Kopie bei der Softwarenutzung mittels Cloud Computing

Der Download von Software stellt für die Nutzung dieser nicht mehr den Status quo dar, sondern dieser liegt in Cloud Computing. Es ist allein die Rechtsprechung des EuGH, die erst bei dem technischen Schritt des Downloads angekommen ist. Der Sachverhalt der im Jahr 2012 ergangenen „UsedSoft v. Oracle“-Entscheidung geht schließlich auf einen Rechtsstreit zurück, der im Jahr 2005 in Deutschland anhängig wurde. Wird Software mittels Cloud Computing genutzt, so mangelt es an einer dauerhaften Installation der Software beim Nutzer.<sup>1663</sup> Allenfalls befindet sich eine separate Client-Software bei diesem. Allein für einzelne Nutzungen greift der Nutzer auf die Software, welche sich auf Servern des Softwareanbieters in der Cloud befindet, zu. In der Folge wird keine Kopie Gegenstand des Rechtsverkehrs. Eine Verbreitung einer solchen kann nicht erkannt werden, denn es fehlt stets an einer Verkörperung der Software beim Nutzer. Es findet eine sogenannte „Entkörperlichung“ statt<sup>1664</sup> und ein „Gleichlauf“ zur Überlassung von Software mittels eines Datenträgers besteht nicht. Allein eine Softwarenutzung erfolgt – dies ist allen drei Überlassungs- bzw. Nutzungsarten von Software (Übergabe eines Datenträgers, Download bzw. Nutzung mittels Cloud Computing) gemein.

In Bezug auf den Begriff der Kopie des EuGH in der „UsedSoft v. Oracle“-Entscheidung ist festzuhalten, dass bei einer Softwarenutzung mittels Cloud Computing eine Einhaltung des Rechtsrahmens des „WCT“ unter keinen Umständen befürwortet werden kann. Es fehlt in diesem Szenario unstreitig an einer Verbreitungshandlung. Somit erscheint das Urheberrecht an dieser Stelle „endgültig überfordert“<sup>1665</sup> und das Vorliegen einer Kopie ist zu verneinen.<sup>1666</sup>

---

1663 Hilty, CR 2012, 625, 629 f.; Hilty, in: Bruun/Dinwoodie/Levin/Ohly, 272, 277.

1664 Zech, MMR 2013, 3, 4 f. auch hierzu.

1665 Ohly, in: Dreier/Hilty, 379, 393.

1666 Hilty, CR 2012, 625, 630 klarstellend.

## D. Zusammenfassung

Der Begriff der Kopie erscheint als tauglicher Anknüpfungspunkt, soweit Software auf einem Datenträger überlassen wird. In diesem Fall liegt ein Werkstück in der Form vor, wie das Urheberrecht traditionell ein solches vorsieht. Ein körperlicher Gegenstand wird verbreitet und geht dadurch in den Rechtsverkehr über. Sobald Software mittels eines Downloads überlassen wird, werden dem traditionellen Verständnis des Werkbegriffs Grenzen aufgezeigt. Der EuGH begründete in der „UsedSoft v. Oracle“-Entscheidung mittels einer wertenden Betrachtung eine Kopie und auch eine Eigentumsübertragung an einer solchen. Dem stehen allerdings gewichtige Bedenken entgegen. Erfolgt die Softwarenutzung mittels Cloud Computing, fehlt es an jedem Anknüpfungspunkt für eine Kopie, denn eine solche verbleibt beim Softwareersteller bzw. -anbieter. Die Kopie aus Art. 4 Abs. 1, Abs. 2 Richtlinie 2009/24/EG stellt somit bei Software keinen möglichen Vertragsgegenstand mehr da, denn die Online-Nutzung mittels Cloud Computing – wie sie dem technischen Status quo entspricht – wird von dieser Norm nicht mehr erfasst.

### § 2. Lösungsansatz: Nutzungsrecht anstatt der Kopie als Vertragsgegenstand

Als Ergebnis des 1. Teils dieser Arbeit ist die Nutzung von Software als urheberrechtlich relevante Vervielfältigung zu qualifizieren. Folglich muss der Nutzer stets ein Nutzungsrecht in Form eines Vervielfältigungsrechts innehaben, unabhängig davon, ob diesem die Software mittels eines Datenträgers oder eines Downloads überlassen wurde oder ob dieser die Software mittels Cloud Computing nutzt. Dieses Nutzungsrecht wurde im 2. Teil dieser Arbeit als Gegenstand des Softwarevertrages in Form einer Lizenz identifiziert. Plakativ ausgedrückt stellt sich nun im 3. Teil die Frage, ob das Nutzungsrecht bzw. die Lizenz als die „neue“ Kopie gelten kann.<sup>1667</sup> Dies hätte allerdings weitreichende Folgen, denn der Begriff der Kopie ist in Art. 4 Abs. 1, 2 Richtlinie 2009/24/EG als Bezugspunkt des Verkaufs und somit als Gegenstand der urheberrechtlichen Verbreitung von Relevanz, auch kann sich das Verbreitungsrecht an der Kopie erschöpfen.

---

1667 LG Hamburg, Urteil v. 29. Juni 2006 – 315 O 343/06, CR 2006, 812, 813 und LG München, Urteil v. 28. Oktober 2007 – 30 O 8684/07, MMR 2008, 563, 565 in Bezug auf Volumenlizenzen dies so beschreibend. Berger, GRUR 2002, 198, 201 in diese Richtung; Huppertz, CR 2008, 417, 418; Ohly, JZ 2013, 42 beschreibend.

## A. Von der Kopie zum Nutzungsrecht

Ein Schwenk des Fokus weg von der Kopie hin zum Nutzungsrecht erfolgt teils auch in der Literatur.<sup>1668</sup> Es wird angeführt, dass der Download lediglich eine „faktische“ Ermöglichung der Nutzung ist,<sup>1669</sup> selbst in physischen Kopien werden keine urheberrechtlichen Begriffe wie Vervielfältigungsstücke oder Kopien gesehen, sondern nur Mittel, um das Nutzungsrecht ausüben zu können.<sup>1670</sup> Geschäftsmodelle entwickelten sich weg von der Eigentumsverschaffung an einer Kopie und hin zum Verschaffen von Zugang zu dem Werk bzw. dem Schutzgegenstand.<sup>1671</sup> Der EuGH wolle die „abstrakte Nutzungsmöglichkeit“ zum Gegenstand von Rechtsgeschäften machen.<sup>1672</sup> Andere merken an, dass aufgrund der durch die Installation von Software auftretenden fehlenden Bindung der Software mit einem spezifischen Datenträger als Werkstück die „Position des zur Verwendung eines Vervielfältigungsstücks (bzw. zur Benutzung) Berechtigten“ als weiterer Übertragungsgegenstand angesehen werden kann. Allein dieses Recht werde übertragen.<sup>1673</sup> Wie der EuGH darlegte, folgt „die Lizenz (...) dem Schicksal der Kopie und die Kopie dem Schicksal der Lizenz“.<sup>1674</sup> Somit werde wie die Kopie auch die Lizenz verkehrsfähig.<sup>1675</sup> Die „UsedSoft v. Oracle“-Entscheidung des EuGH zeige, dass die Lizenzen (Nutzungsrechte) Vertragsgegenstand seien und nicht mehr die Kopie.<sup>1676</sup> Jedoch wird auch angemerkt, dass der BGH in der „UsedSoft I“-Entscheidung<sup>1677</sup> das Nutzungsrecht als Vertragsgegenstand nicht einmal erwähnte, und somit

---

1668 Hilty, GRUR 2018, 865, 869 den Fokus des EuGH auf das „Gebrauchsrecht“ beschreibend; Ohly, in: Dreier/Hilty, 379, 393 dies als neuen Ansatz darstellend; Spindler CR 2008, 69.

1669 Haberstumpf, CR 2012, 561, 566.

1670 Weisser/Färber, MMR 2014, 364, 365.

1671 Hilty, in: Bruun/Dinwoodie/Levin/Ohly, 272, 275 vom Zugang zum Schutzgegenstand sprechend („depend on access to the subject matter of the protection“); Hilty, GRUR 2018, 865, 866.

1672 Senfleben, NJW 2012, 2924, 2926 neutral beschreibend; Zech, ZUM 2014, 3, 9.

1673 Blocher, in: Walter, Art. 4 Richtlinie 2009/24/EG, Rn. 29; Blocher/Walter, in: Walter/v. Lewinski, Art. 4 Computer Program Directive, Rn. 5.4.44 f.

1674 EuGH, Urteil v. 03. Juli 2012 – C 128/11 („UsedSoft v. Oracle“), NJW 2012, 2565 ff., Rn. 84.

1675 Malevanny, CR 2013, 422, 423.

1676 Gaudrat, RTDCom. 2013, 790 ff., Rn. 8; Wiebe, in: Münchener Anwaltshandbuch IT-Recht, Teil 3, Rn. 94 in diese Richtung (in früherer Auflage: 3. Auflage, 2013).

1677 BGH, Urteil v. 03. Februar 2011 – I ZR 129/08 („UsedSoft I“), GRUR 2011, 418, Rn. 32.

ein solches wohl für „absurd“ gehalten hat.<sup>1678</sup> In der „UsedSoft II“-Entscheidung des BGH sprach dieser jedoch mehrmals von „Lizenzen“ als Vertragsgegenstand des Geschäftsmodells des Unternehmens UsedSoft.<sup>1679</sup>

Aber auch systematisch sprechen Argumente für ein Verschieben des Blickwinkels von der Kopie hin zum Nutzungsrecht. Das urheberrechtliche Werkstück wies traditionell Eigenschaften auf, welche bei digitalen Gütern wie Software in dieser Art nicht vorliegen. Zum einen war es im Gegensatz zu Software nicht ohne jede Mühe möglich, ein Vervielfältigungsstück herzustellen. In der Folge war eine rivale Nutzung eines Werkstücks kaum möglich. Zum anderen gab es eine Abnutzung des Werkstücks durch den wiederholten Werkgenuss wie beispielsweise Kratzer auf einer CD oder aus einem Buch herausgerissene Seiten.<sup>1680</sup> Diese Eigenschaften des Werkstücks standen dem freien Werkgenuss gegenüber. Der Urheber konnte überblicken, in welchem Umfang ein freier Werkgenuss bei einem Werkstück möglich ist und daran seine Preiskalkulation orientieren, um eine angemessene Vergütung beim Erstverkauf sicherzustellen. Das körperliche Werkstück stellte dabei den Anknüpfungspunkt für die Absicherung der Vergütung dar. Rechtlich wurden diese Wertungen im „System der Verwertungsrechte“ umgesetzt, indem insbesondere das Verbreitungs- und das Vervielfältigungsrecht an den Begriff des Werkstücks anknüpfen. Im digitalen Zeitalter haben sich die Rahmenbedingungen jedoch geändert. Eine Kopie kann in Sekundenschnelle vervielfältigt werden und eine wiederholte und auch rivale Nutzung ist in fast unbegrenztem Maße ohne Qualitätsverlust möglich. Beispielsweise für eine rivale Nutzung in einem Netzwerk ist nur eine Kopie auf einem zentralen Server erforderlich. Zudem ist auch die Nutzung von Software urheberrechtlich relevant und der freie Werkgenuss ist nicht mittelbar über das „System der Verwertungsrechte“ zu erfassen. Überdies liegt ein körperliches Werkstück nicht immer vor. Folglich ist es fraglich, ob die Kopie noch als „Mittel zum Zweck“ heranzuziehen ist, oder, ob der Fokus unmittelbar auf das Nutzungsrecht gelegt werden kann. Aus wirtschaftlicher Perspektive ist allein das Nutzungsrecht von Bedeutung, denn an dessen Ausgestaltung orientiert sich regelmäßig die vom Nutzer

---

1678 Ohly, JZ 2013, 42; Spindler CR 2008, 69, 73 f. sich noch vor jeder „UsedSoft-Diskussion“ aufgrund von Sinn und Zweck des Erschöpfungsgrundsatzes gegen ein von ihm genanntes „unbundling“ von Werkstück und Nutzungsrecht aussprechend.

1679 BGH, Urteil v. 17. Juli 2013 – I ZR 129/08 („UsedSoft II“), NJW-RR 2014, 360 ff., Rn. 22, 26, 42, 57 etc.

1680 Kerber, ZGE 2016, 149, 161 auf die gleichbleibende Qualität im Falle einer Datenübertragung verweisend.

zu zahlende Vergütung des Rechtsinhabers. Im Falle eines Downloads oder der Softwarenutzung mittels Cloud Computing wird dem Nutzer kein körperlicher Gegenstand übertragen, an welchem dieser Eigentum erwerben kann. Es verbleibt allein das Nutzungsrecht an der Software, welches dem Nutzer eingeräumt werden kann, neben der tatsächlichen Zugriffsmöglichkeit auf die Software.

Dem steht auch die „Allposters“-Entscheidung des EuGH<sup>1681</sup> nicht entgegen. Diese könnte prima vista als eine Rückbesinnung auf das körperliche

---

1681 EuGH, Urteil v. 22. Januar 2015 – C 419/13 („Allposters“), GRUR Int. 2015, 284 ff. In dieser Entscheidung befasste sich der EuGH insbesondere mit Rechtsfragen hinsichtlich des Erschöpfungsgrundsatzes (auch in Bezug auf die Richtlinie 2001/29/EG). Der Sachverhalt betrifft die Erstellung von Bildern auf Leinwänden durch das Unternehmen Allposters. Dieses verwendete Poster von urheberrechtlich geschützten Werken und transferiert mittels eines mechanisch-chemischen Verfahrens die Abbildung auf dem Poster physisch auf eine Leinwand, welche sie rahmt und veräußert. Nach dem Übertragungsvorgang ist die Abbildung auf dem Papierposter physisch nicht mehr existent, denn diese wurde „abgelöst“ und auf die Leinwand „übertragen“, auf welcher sie fortbesteht. Als Vorlagefrage war zu entscheiden, ob das Verbreitungsrecht des Urhebers an der Abbildung durch das Inverkehrbringen des Posters in der Weise erschöpft war, dass sich der Urheber auch in Bezug auf die Weiterverbreitung der Abbildung, wie diese nach Übertragung auf der Leinwand fortbesteht, nicht mehr auf sein Verbreitungsrecht berufen kann. Der EuGH entschied wie folgt: Das Verbreitungsrecht knüpft nicht an der Tinte, welche übertragen wird, an, sondern am körperlichen Träger der Tinte. Dieser ist in einem Fall das Papierposter, im anderen die Leinwand, also „insgesamt gesehen materiell (nicht) der Gegenstand“, der ursprünglich in Verkehr gebracht wurde (Rn. 45) (Im Englischen: The „object itself, taken as a whole“ has to be „physically“ the „object, that was placed onto the market“). In der Folge stellt die Abbildung auf der Leinwand eine Reproduktion, also ein weiteres Vervielfältigungsstück des Werkes, dar. In Bezug auf dieses neue Vervielfältigungsstück ist auch durch Inverkehrbringen des Papierposters keine Erschöpfung des Verbreitungsrechts eingetreten (Rn. 49). Schließlich handelt es sich um unterschiedliche Vervielfältigungsstücke. Argumentativ bezog sich der EuGH auf die Richtlinie 2001/29/EG, insbesondere die ErwG 9 und 10, nach welchen ein hohes Schutzniveau für den Urheber zu gewährleisten ist, um diesem eine angemessene Vergütung für die Werknutzung zu sichern (Rn. 47). Da die Abbildung auf Leinwand werthaltiger ist als eine Abbildung auf einem Papierposter, hat eine angemessene Vergütung des Urhebers für die Verwertung der Abbildung auf der Leinwand zu erfolgen (Rn. 48). Die „Allposters“-Entscheidung kann als eine wichtige Entscheidung des EuGH zum Verbreitungsrecht in der „analogen Welt“ angesehen werden (ähnliche Entscheidungen auch in Kanada („Théberge v. Galerie d'Art du Petit Champlain Inc“, 2002 SCC 34) und den USA („CM Paula Company v. Logan“, 355 F Supp. 189), in welchen entschieden wurde, dass keine Vervielfältigung vorliegt, wenn die Abbildung ohne Veränderung übertragen wird. Folglich wurde dort eher die Abbildung an sich in den Mittelpunkt gestellt.). Allerdings ist die Entscheidung des

Werkstück und als Abkehr von abstrakten Betrachtungen wie einer solchen des Nutzungsrechts verstanden werden, denn der EuGH legte den Fokus auf den Träger des urheberrechtlichen Werkes und nicht auf das Werk selbst. So ist gemäß dem EuGH das physische Trägermedium Anknüpfungspunkt sowohl des Vervielfältigungs- als auch des Verbreitungsrechts, auch wenn das Werk selbst von diesem Trägermedium faktisch abgelöst wurde. Jedoch handelt es sich um eine Entscheidung aus der „analogen Welt“ und digitale Aspekte standen nicht im Vordergrund. Darüber hinaus ist zu beachten, dass diese Entscheidung über das Verbreitungsrecht und insbesondere die Qualität des Werkstücks allein die Richtlinie 2001/29/EG betrifft, zu welcher die Richtlinie 2009/24/EG in einem als *Lex Specialis* Verhältnis steht. Somit hat dieses Urteil trotz des Fokus auf die Körperlichkeit keine entscheidende Relevanz für die vom EuGH in der „UsedSoft v. Oracle“-Entscheidung aufgestellten Grundsätze.<sup>1682</sup>

## B. Mögliche rechtliche Hindernisse für ein Nutzungsrecht als Vertragsgegenstand

Wird das Nutzungsrecht in den Mittelpunkt gestellt und anstatt der Kopie als Vertragsgegenstand einer Handlung ähnlich einer urheberrechtlichen Verbreitung angesehen, so stehen diesem möglicherweise rechtliche Hindernisse entgegen.

### I. Bezug des Nutzungsrechts auf konkretes Vervielfältigungsstück

Es wird angemerkt, dass ein Nutzungsrecht sich stets auf ein konkretes Vervielfältigungsstück bezieht.<sup>1683</sup> Als Argumentationsstütze wird die „UsedSoft

---

EuGH kritikwürdig. Entgegengehalten werden kann diesem, dass die Veränderung der Abbildung ohne Zutun des Urhebers erfolgt und mit einer neuen Rahmung bzw. Einfassung in ein (hochwertiges) Passepartout vergleichbar ist. In einem solchen Fall erhält der Urheber auch keine erneute Vergütung. Zudem wird durch den EuGH der Fokus auf den Träger des Bildnisses gelegt. Allerdings stellt die Essenz des urheberrechtlichen Schutzes die geistige Schöpfung, also das Bildnis selbst dar. Dies bleibt bei der Übertragung unverändert. Der Käufer möchte schließlich keine Bearbeitung bzw. Annäherung an das berühmte Werk erhalten, sondern die originale Abbildung, welche abgelöst und übertragen wurde.

1682 Hansen, GRUR-Prax 2015, 62 klarstellend.

1683 Spindler, CR 2008, 69, 73 f.

v. Oracle“-Entscheidung des EuGH angeführt, in welcher dieser ausführte, dass die heruntergeladene Kopie und der Abschluss eines Lizenzvertrages ein „unteilbares Ganzes“ darstellen.<sup>1684</sup> Allerdings soll keine Trennung von Kopie und Nutzungsrecht erfolgen. Vielmehr stellt sich die Frage, ob – wenn eine Kopie im traditionellen Sinne und auch gemäß der Definition des EuGH aus der „UsedSoft v. Oracle“-Entscheidung nicht mehr vorliegt – das vom EuGH beschriebene „unteilbare Ganze“ allein auf das Nutzungsrecht reduziert werden kann. Eine solche Reduktion zeigt sich insbesondere bei Sachverhalten, bei welchen Volumenlizenzen bzw. Client-Server-Modelle eine Rolle spielen. Bei einer Erweiterung der Anzahl von „Lizenzen“, also von Nutzungsrechten, erwirbt der Nutzer keine weiteren Kopien, da er schon über eine Masterkopie verfügt oder sich eine solche in der Cloud befindet. In diesem Fall beschränkt sich der Erwerb allein auf einzelne Nutzungsrechte. Darüber hinaus beziehen sich Verwertungsrechte im Allgemeinen nicht auf ein spezifisches Werkstück, sondern auf das Werk und gemäß § 11 UrhG steht stets die „Nutzung des Werkes“ im Mittelpunkt. Allein das Verbreitungsrecht kann sich hinsichtlich eines einzelnen Werkstücks erschöpfen, es besteht aber in Bezug auf das Werk an sich beim Urheber fort. Im Ergebnis erscheint der Bezug eines Nutzungsrechts auf ein konkretes Vervielfältigungsstück grundsätzlich nicht zwingend.

## II. Gesetzeswortlaut

Manche führen gegen eine Fokussierung auf das Nutzungsrecht an, dass der Gesetzeswortlaut von einer Kopie und nicht von einem Recht spricht.<sup>1685</sup> Jedoch ist zu beachten, dass eine Kopie insbesondere bei der Softwarenutzung mittels Cloud Computing nicht mehr Gegenstand des Vertrages über die Nutzung von Software ist. Daher soll mit dem Fokus auf das Nutzungsrecht eine Rechtsfortbildung einhergehen. Eine solche geht regelmäßig über das de lege lata bestehende Recht und somit den Gesetzeswortlaut hinaus.

---

1684 Heydn, MMR 2012, 586, 592 den EuGH dahingehend kritisierend, dass dieser in Rn. 71 den isolierten „Zuerwerb von Lizenzen“ bei Volumenlizenzen erlaubt, obwohl in einem solchen Fall diese konkrete Verbindung fehlt. Hierzu auch 3. Teil § 3 C II. 4. c).

1685 Bröckers, MMR 2006. 18, 19.

### III. Nutzungsrecht allein als Beschreibung des Umfangs der erlaubten Nutzung

Teils wird ein Nutzungsrecht nur als den Umfang der erlaubten Nutzung beschreibend angesehen.<sup>1686</sup> Dem kann entgegengestellt werden, dass ein Nutzungsrecht nicht allein die Ausgestaltung einer erlaubten Nutzung konkretisiert, sondern vorrangig die Erlaubnis selbst einräumt.<sup>1687</sup> Folglich verfängt dieses Argument nicht.

### IV. Vertragliche Beschränkung der Übertragung eines Nutzungsrechts

Haberstumpf sieht es als möglich an, dass die Übertragbarkeit des Nutzungsrechts vertraglich ausgeschlossen wird. Daher scheitert letztlich auch die Substitutionstheorie des EuGH und ein Nutzungsrecht könne die Kopie nicht ersetzen.<sup>1688</sup> Jedoch ist zu beachten, dass, soweit die Voraussetzungen der Erschöpfung des Verbreitungsrechts bei einer physischen Kopie vorliegen, diese eintritt und eine dem zwingenden Gesetzesrecht entgegenstehende vertragliche Ausgestaltung unwirksam ist.<sup>1689</sup> Eine dementsprechende Regelung könnte auf das Nutzungsrecht als neue Kopie angewandt werden. Folglich wäre auch bei diesem eine vertragliche Ausgestaltung, welche die Übertragung des Nutzungsrechts einschränkt, unwirksam.

### V. Verkehrsfähigkeit und gutgläubiger Erwerb von Rechten

Teils wird vorgebracht, dass einem Nutzungsrecht im Gegensatz zu einer körperlichen Kopie ein Anknüpfungspunkt für einen Rechtsschein fehlt und somit ein gutgläubiger Erwerb von Nutzungsrechten nicht möglich ist.<sup>1690</sup> Bei einem körperlichen Gegenstand begründen im deutschen Sa-

---

1686 Bröckers, MMR 2006, 18, 19.

1687 Schulze, in: Dreier/Schulze, § 15 UrhG, Rn. 5 ff. Hierzu auch I. Teil § 3 E.

1688 Haberstumpf, CR 2012, 561, 569 f.; Heckmann, juris Praxis Report IT-Recht, 5/2014 Anm. 3.; Moritz, juris Praxis Report IT-Recht, 5/2014, Anm. 3.

1689 Hoeren/Pinelli, 59 f. für vertragliche Beschränkungen mit dinglicher Wirkung auf § 137 Abs.1 BGB verweisend, welcher eine solche Einschränkung der Erschöpfungswirkung ausschließt; auch seien solche Klauseln AGB-rechtlich unwirksam, 64 f.

1690 Dreier/Vogel, 122 in diese Richtung; Loewenheim/J. B. Nordemann/Ohly, in: Handbuch des Urheberrechts, § 26, Rn.1, 9; Ohly, JZ 2013, 42; Pahlow, 205;

chenrecht der Besitz und die damit einhergehende Fähigkeit, dem Erwerber Besitz einzuräumen, einen solchen Rechtsscheintatbestand und erfüllen den sachenrechtlichen Publizitätsgrundsatz.<sup>1691</sup> Von Hilty wird festgehalten, dass die Anerkennung eines solchen Rechtsscheintatbestands bei Rechten einen Verstoß gegen den Rechtsgrundsatz „*nemo plus iuris transferre potest, quam ipse habet*“<sup>1692</sup> darstellen würde, da der Erwerber im Ergebnis Rechte eines größeren Umfangs erwerben könnte, als dem Abgebenden zustanden.<sup>1693</sup> Teils wird auch ein Vergleich zum Forderungserwerb gezogen, bei welchem sich im deutschen Recht der Zessionär nicht auf einen Gutgläubensschutz berufen kann.<sup>1694</sup> Es wird ausgeführt, dass der EuGH in der „UsedSoft v. Oracle“-Entscheidung im Ergebnis die Verkehrsfähigkeit von Rechten anerkannt und damit einen „Systembruch“ begangen hat, dessen Folgen er sich wohl nicht bewusst gewesen war.<sup>1695</sup> Teils wird auch auf § 33 UrhG verwiesen, welcher die Weiterwirkung von Nutzungsrechten gegenüber später eingeräumten Nutzungsrechten regelt, sowie eine solche Wirkung auch für den Fall normiert, dass der Inhaber des Rechts, welcher das Nutzungsrecht eingeräumt hat, wechselt oder auf sein Recht verzichtet. § 33 UrhG beschreibe einen Bestandsschutz, welcher einem gutgläubigen Erwerb von Rechten zuwiderlaufe.<sup>1696</sup>

Vorgenanntem ist grundsätzlich zuzustimmen. Allerdings handelt es sich hierbei um eine vertrags- bzw. sachenrechtliche Rechtsfolge und nicht um eine urheberrechtliche Fragestellung. Folglich sind vertrags- bzw. sachenrechtliche Lösungen zu finden, auch ist es offen, ob ein Gutgläubensschutz erforderlich ist. Beispielsweise könnten zum einen Echtheitszertifikate Abhilfe schaffen, zum anderen könnte der gutgläubige Erwerber eines Nutzungsrechts schutzlos sein. Im Ergebnis stellt dies kein überzeugendes urheberrechtliches Hindernis für ein Nutzungsrecht als Vertragsgegenstand dar.

---

Schneider/Spindler, CR 2012, 489, 493; Spindler, CR 2008, 69, 73 f.; Wandtke/Gruner, in: Wandtke/Bullinger, Vor §§ 31 ff. UrhG, Rn. 45.

1691 Kindl, in: BeckOK BGB, § 932 BGB, Rn. 1.

1692 BGH, Urteil v. 21. November 1958 – I ZR 98/57, GRUR 1959, 200 ff. auf diesen Rechtsgrundsatz verweisend. Hierzu auch I. Teil § 3 E III. 1.

1693 Hilty, Urheberrecht, Rn. 566.

1694 Wandtke/Grunert, in: Wandtke/Bullinger, Vor §§ 31 ff. UrhG, Rn. 46.

1695 Schneider/Spindler, CR 2012, 489, 493.

1696 Pahlow, 204.

## VI. § 34 UrhG: Zustimmungspflicht des Urhebers zur Rechtsübertragung

In § 34 UrhG wird ein rechtliches Hindernis für das Nutzungsrecht als Vertragsgegenstand gesehen.<sup>1697</sup> Dieser normiert in Abs.1 S.1, dass „ein Nutzungsrecht (...) nur mit Zustimmung des Urhebers übertragen werden“ kann. Gemäß Abs.1 S.2 darf der Urheber „die Zustimmung nicht wider Treu und Glauben verweigern“.<sup>1698</sup> Allerdings ist die Regelung des Abs.1 UrhG gemäß Abs. 5 S.2 UrhG abdingbar. Prima vista erscheint es so, dass die Übertragung eines Nutzungsrechts für Software nur mit Zustimmung des Urhebers erfolgen kann.

### 1. Anwendbarkeit von § 34 Abs.1 UrhG auf Software

Die grundsätzliche Anwendbarkeit des § 34 UrhG bei Software folgt aus § 69a Abs.4 UrhG, welcher regelt, dass „auf Computerprogramme (...), die für Sprachwerke geltenden Bestimmungen Anwendung“ finden, soweit die §§ 69a ff. UrhG nichts anderes bestimmen. Dieser Verweis wird als eingeschränkte Rechtsgrundverweisung qualifiziert.<sup>1699</sup>

Umstritten ist, ob § 34 UrhG bei Softwareverträgen tatbestandlich zur Anwendung kommt. Dies wird teils abgelehnt, denn der Norm wird ein alleinig<sup>1700</sup> oder vorwiegend<sup>1701</sup> urheberpersönlichkeitsrechtlicher Charakter zugeschrieben. Die Norm manifestiert demnach die Bindung des Urhebers zu seinem Werk und ermöglicht dem Urheber die Steuerung der Übertragung von Nutzungsrechten. Allerdings fehlten dem Sprachwerk Software jegliche persönlichkeitsrechtlichen Aspekte bzw. seien nur sehr eingeschränkt vorhanden.<sup>1702</sup> Daher wird teils vorgetragen, dass die An-

---

1697 Bröckers, MMR 2006, 18, 19; Schulze, in: Dreier/Schulze, § 34 UrhG, Rn.10 ausführend, dass § 34 UrhG allein bei der Rechtsübertragung und somit bei dem dinglichen Rechtsgeschäft zur Anwendung kommt, nicht jedoch bei dem zugrundeliegenden Kausalgeschäft.

1698 Der Begriff des „Rechtsinhabers“ in den §§ 69a ff. UrhG entspricht wegen § 69a Abs.4 UrhG dem Begriff des Urhebers in § 34 UrhG, denn diese Termini sind in den §§ 69a ff. UrhG in entsprechender Verwendung. Lutz, 130; Seitz, 239.

1699 Seitz, 239.

1700 Bröckers, MMR 2011, 18, 22; Grützmaker, CR 2007, 549, 554 dies als h.M. darstellend; Lutz, 130; Seitz, 247 ff.

1701 Seitz, 235.

1702 Grützmaker, in: Wandtke/Bullinger, § 69a UrhG, Rn. 70; Grützmaker, CR 2007, 549, 554 f.; Hantschel, 317, Seitz, 235.

wendbarkeit von § 34 UrhG auf Computerprogramme im Rahmen einer teleologischen Reduktion abzulehnen ist.<sup>1703</sup> Andere wiederum nehmen trotz der persönlichkeitsrechtlichen Wertungen der Norm eine direkte Anwendbarkeit von § 34 UrhG auch bei Software an<sup>1704</sup> und verlangen die Zustimmung des Urhebers bei der Übertragung von Lizenzen.<sup>1705</sup> Daneben wird § 34 Abs.1 UrhG teils auch ein verwertungsrechtlicher und somit wirtschaftlicher Charakter zugeschrieben: Dem Urheber soll die Möglichkeit gegeben werden, die Verwertung seines Werkes zu steuern.<sup>1706</sup> Solche wirtschaftlichen Interessen bestehen bei Softwareverträgen grundsätzlich.

## 2. Zustimmungspflicht des Urhebers zu Rechtsübertragungen gemäß § 34 Abs. 1 S. 2 UrhG

In der Rechtsliteratur wird auch die Zustimmungspflicht des Urhebers gemäß § 34 Abs.1 S.2 UrhG diskutiert. Demnach darf der Urheber die Zustimmung zur Übertragung von Nutzungsrechten nicht wider Treu und Glauben verweigern. Es habe eine umfassende Interessensabwägung zu erfolgen.<sup>1707</sup> Teils wird argumentiert, dass aufgrund der bei Software fehlenden urheberpersönlichkeitsrechtlichen Bindung des Urhebers zu seinem Werk stets Zustimmungspflicht besteht,<sup>1708</sup> oder es muss bei Werken von geringer Schöpfungshöhe wie Massengütern (zum Beispiel auch bei Standardsoftware) zumindest jedwede Abwägung stets zugunsten der Übertragbarkeit ausfallen.<sup>1709</sup> Andere hingegen bringen vor, auch bei Software sind Gründe, welche im Erstnutzer, aber auch in der Branchenüblichkeit bestehen, bei einer Abwägung zu berücksichtigen.<sup>1710</sup> Entsprechend dem BGH stellen Geschäftsmodelle oder Preisdifferenzierungen keinen besonderen

---

1703 Ohly, in: Dreier/Hilty, 379, 393 im Sinne einer Einschränkung bei „massenhaft geschlossene(n) Endnutzerverträgen“; Seitz, 247 ff.

1704 Scholz, GRUR 2015, 142.

1705 Hoeren/Pinelli, 108; Loewenheim/J. B. Nordemann/Ohly, in: Handbuch des Urheberrechts, § 28, Rn. 1; Wandtke/Grunert, in: Wandtke/Bullinger, § 34 UrhG, Rn. 7, jedoch auf die Erschöpfung des Verbreitungsrechts verweisend. Das Nutzungsrecht ergebe sich schließlich aus § 69d UrhG.

1706 Haberstumpf, CR 2009, 345, 348; Loewenheim/J. B. Nordemann/Ohly, in: Handbuch des Urheberrechts, § 28, Rn. 6; Nordemann, CR 1996, 5, 8.

1707 Loewenheim/J. B. Nordemann/Ohly, in: Handbuch des Urheberrechts, § 28, Rn. 10.

1708 Grützmaker, CR 2007, 549, 554 f.

1709 Hantschel, 316.

1710 Grützmaker, CR 2007, 549, 554 f.

Grund für eine Zustimmungspflicht dar.<sup>1711</sup> Teils erfolgt auch ein Vorschlag zur Gesetzesänderung. So sollen bei Massengeschäften<sup>1712</sup> oder bei „kaufweiser“ Überlassung<sup>1713</sup> etwaige eingeräumte einfache Nutzungsrechte stets übertragbar sein. Abstrakt wird angemerkt, ein Lizenzgeber soll den Wechsel eines Lizenznehmers nur bei Vorliegen eines berechtigten Interesses verhindern können. Ein solches fehle, wenn die Pflichten des Lizenznehmers durch einen Dritten in nicht „relevant abweichender Qualität“ erfüllt werden könnten.<sup>1714</sup> Dies wäre bei der Überlassung von Standardsoftware wohl der Fall, insbesondere wenn die Lizenzgebühr schon entrichtet wurde.

3. Art. 4 Abs. 2, 5 Abs. 1 Richtlinie 2009/24/EG als *Leges Speciales* zu § 34 UrhG

Insbesondere nach der „UsedSoft v. Oracle“-Entscheidung des EuGH wurde das Verhältnis von § 34 Abs.1 UrhG zu Art.4 Abs.2 Richtlinie 2009/24/EG (§ 69c Nr.3 S.2 UrhG) und Art.5 Abs.1 Richtlinie 2009/24/EG (§ 69d UrhG) diskutiert. Dabei wurden Art. 4 Abs. 2,<sup>1715</sup> 5 Abs.1 Richtlinie 2009/24/EG<sup>1716</sup> bzw. die deutschen Umsetzungsnormen als *Leges Speciales* zu § 34 UrhG angesehen,<sup>1717</sup> denn Art. 4 Abs. 2 Richtlinie 2009/24/EG wäre wirkungslos, wenn eine Weiterverbreitung der Software aufgrund des Erschöpfungsgrundsatzes möglich ist, jedoch § 34 UrhG einer Nutzung der Software entgegensteht.<sup>1718</sup> Haberstumpf sieht durch die „UsedSoft v. Oracle“-Entscheidung des EuGH § 34 UrhG nicht berührt,

---

1711 Grützmaker CR 2007, 549, 555 mit Verweis auf BGH, Urteil v. 06. Juli 2000 – I ZR 244/97 („OEM“), NJW 2000, 3571 ff., Rn. 31 klarstellend: „Ihr Interesse, gegenüber zwei verschiedenen Käufergruppen unterschiedliche Preise für dieselbe Ware zu fordern und dies mit Hilfe des Urheberrechts durchzusetzen, erscheint nicht ohne weiteres schützenswert“; Hilty, in: Calboli/Lee, 64, 71 f. in diese Richtung.

1712 Zech, ZUM 2014, 3, 10.

1713 Koch, ITRB 2013, 38, 41.

1714 Hilty, Lizenzvertragsrecht, 756.

1715 Bröckers, MMR 2011, 18; Grützmaker, in: Wandtke/Bullinger, § 69a UrhG, Rn. 77 § 69c UrhG im Ergebnis Vorrang einräumend; Hoeren, CR 2006, 573, 575; Hoeren, GRUR 2010, 665, 668 mit weiteren Verweisen; Koch, 859.

1716 Grützmaker, in: Wandtke/Bullinger, § 69a UrhG, Rn. 77 § 69d UrhG im Ergebnis Vorrang einräumend; Lutz, 131; Seitz, 240 f. in diese Richtung.

1717 Lutz, 132 f. ausführend, dass, wenn es an deren Anwendbarkeit fehlt, § 34 Abs. 1 UrhG fortgelten soll.

1718 Hoeren, GRUR 2010, 665, 668; Koch, 859; Lutz, 131 f.

denn eine Auslegung dieser Norm liegt nicht in der Kompetenz des EuGH. Somit komme § 34 UrhG zur Anwendung.<sup>1719</sup>

#### 4. Bewertung

§ 34 UrhG soll vorrangig persönlichkeitsrechtlichen, aber auch wirtschaftlichen Interessen des Urhebers zur Geltung verhelfen. Urheberpersönlichkeitsrechtliche Aspekte sind in Bezug auf Software als Werkkategorie von sehr untergeordneter Bedeutung. Software ist zwar als Sprachwerk geschützt, allerdings spiegelt sich in dem in Programmiersprache verfassten Text keine Persönlichkeit des Urhebers wider. In der Folge können allein wirtschaftliche Aspekte von Relevanz sein. Dabei ist die Sonderstellung von Software im Urheberrecht zu beachten. So ist der Werkgenuss nicht frei und für die Nutzung ist ein Nutzungsrecht in Form eines Vervielfältigungsrechts erforderlich. § 34 UrhG regelt hinsichtlich Software nicht nur Verwertungshandlungen, welche den Werkgenuss mittelbar erfassen, sondern die Werknutzung selbst. Kommt § 34 UrhG zur vollen Anwendung, so wäre es dem Urheber möglich, die Softwarenutzung weitreichend zu kontrollieren, mehr als er bspw. das Lesen eines von ihm verfassten Buches kontrollieren kann. Überdies ist zu beachten, dass mit Art. 5 Abs. 1 Richtlinie 2009/24/EG eine Norm geschaffen wurde, welche dem rechtmäßigen Erwerber insbesondere bestimmte Vervielfältigungen gestattet. Diese Norm wäre zweckfrei, wenn der Urheberrechtsinhaber einer Softwarenutzung gemäß § 34 UrhG regelmäßig widersprechen könnte. Zudem werden durch die Wertungen, welche hinter dem Erschöpfungsgrundsatz stehen, die wirtschaftlichen Interessen des Urhebers gewahrt. Außerdem ist § 69a Abs. 4 UrhG zu beachten, welcher § 69d UrhG als Umsetzungsnorm von Art. 5 Abs. 1 Richtlinie 2009/24/EG Vorrang vor dem allgemeinen Urheberrecht, also auch vor § 34 UrhG, zuschreibt. Auch ist § 34 Abs. 1 UrhG gemäß § 34 Abs. 5 S. 2 UrhG abdingbar. Die Norm stellt somit keinen fundamentalen Rechtsgrundsatz dar. In der Folge steht § 34 UrhG einem Nutzungsrecht als Vertragsgegenstand nicht im Weg.

---

1719 Haberstumpf, CR 2012, 561, 566 f. auch mit Verweis auf BGH, Urteil v. 06. Juli 2000 – I ZR 244/97 („OEM“), NJW 2000, 3571, 3572.

## 5. Zusammenfassung

§ 34 UrhG steht einem Nutzungsrecht als Vertragsgegenstand nicht entgegen.

## VII. Zusammenfassung

Wird das Nutzungsrecht anstatt der Kopie als Vertragsgegenstand angesehen, so sind keine Rechtsgrundsätze erkennbar, welche mit einem solchen Ansatz im Konflikt stehen.

### C. Änderungsvorschlag: Art. 4 Abs. 1 Richtlinie 2009/24/EG

Als praktische Umsetzung der Ersetzung des Terminus Kopie durch ein Nutzungsrecht kommt de lege ferenda eine Änderung des Wortlauts von Art. 4 Richtlinie 2009/24/EG in Betracht. Die Worte Kopie bzw. Programmkopie sind durch Nutzungsrecht zu ersetzen. Art. 4 Abs. 1 Richtlinie 2009/24/EG könnte somit zum einen für die Sachverhalte, welche keine Kopie mehr enthalten, eine Ergänzung erhalten. Art. 4 Abs. 1 lit. c) Richtlinie 2009/24/EG würde in diesem Fall wie folgt lauten:

*„jede Form der öffentlichen Verbreitung des originalen Computerprogramms oder einer Kopie davon, einschließlich der Vermietung, und jede Form der Einräumung eines Nutzungsrechts für das Computerprogramm, einschließlich einer mietähnlichen Einräumung oder einer Übertragung eines solchen Nutzungsrechts.“*

Alternativ könnte auch der Fokus allein auf das Nutzungsrecht gelegt werden. In diesem Fall würde eine Änderung des Wortlauts in folgender Weise erfolgen:

*„jede Form der Einräumung eines Nutzungsrechts für das Computerprogramm, einschließlich einer mietähnlichen Einräumung oder einer Übertragung eines solchen Nutzungsrechts.“*

Änderungsvorschläge bezüglich Art. 4 Abs. 2 Richtlinie 2009/24/EG werden in den §§ 4 ff. des 3. Teils der Arbeit besprochen.

## D. Zusammenfassung

Das Nutzungsrecht für die Software in Form eines Vervielfältigungsrechts erscheint als tauglicher Gegenstand des Softwareüberlassungsvertrages. Grundsätzliche urheberrechtliche Bedenken bestehen nicht.

### § 3. Erstverkauf gemäß Art. 4 Abs. 2 Richtlinie 2009/24/EG als Voraussetzung der Erschöpfung des Verbreitungsrechts

Der Fokus von § 3 liegt in der Erschöpfung des Verbreitungsrechts, welche gemäß Art. 4 Abs. 2 Richtlinie 2009/24/EG einen „Erstverkauf“ als Erstverbreitung durch den Urheberrechtsinhaber voraussetzt.

## A. Erschöpfung des Verbreitungsrechts

Der Erschöpfungsgrundsatz ist eine international und allgemein anerkannte Regel des Immaterialgüterrechts,<sup>1720</sup> welche ihren Ursprung im Patent- und im Markenrecht hat.<sup>1721</sup> Im EU-Recht kann dieser als eine Ausprägung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes, welcher in Art. 36 S. 2 AEUV verankert ist, angesehen werden.<sup>1722</sup> Im Bereich des Urheberrechts wurde die Erschöpfung des Verbreitungsrechts in der deutschen Rechtsprechung erstmals im Jahr 1906 vom Reichsgericht<sup>1723</sup> anerkannt.<sup>1724</sup> Normiert ist dieser Grundsatz in § 17 Abs. 2 UrhG, mit der europarechtlichen Grundlage in Art. 9 Abs. 2 Richtlinie 92/100/EWG sowie in Art. 4 Abs. 3 Richtlinie 2001/29/EG.<sup>1725</sup> Für Computerprogramme ist der Erschöpfungsgrundsatz in Art. 4 Abs. 2 Richtlinie 2009/24/EG bzw. im deutschen Recht in der Umsetzungsnorm § 69c Nr. 3 S. 2 UrhG gesondert geregelt. Der Erschöpfungsgrundsatz besagt, dass, sobald eine Ware, in welcher ein Immaterialgüterrecht, hier das Urheberrecht, verwirklicht ist (Werkstück), mit

---

1720 Ohly, JZ 2013, 42; Schack, Rn. 448; Seitz, 140 f.

1721 Huet, Recueil Dalloz 1992, 221 ff., 8.

1722 Enchelmaier, GPR 2013, 224, 227.

1723 RG v. 16. Juni 1906 – Rep. I, 5/06 („Koenigs Kursbuch“), RGZ 63, 394, 399.

1724 Schack, Rn. 448, 452; Seitz, 141.

1725 Aufgrund der Territorialität des Urheberrechts hat die Erschöpfung nur Wirkung im jeweiligen Geltungsbereich des Rechts. Für § 17 Abs. 2 UrhG gilt die „gemeinschaftsweite Erschöpfung“ im Gebiet der Europäischen Union bzw. des Europäischen Wirtschaftsraums.

Zustimmung des Berechtigten durch Veräußerung im Gebiet der Europäischen Union bzw. des Europäischen Wirtschaftsraums in Verkehr gebracht wurde, der Berechtigte einer weiteren Verbreitung des Werkstücks nicht widersprechen kann.<sup>1726</sup> Eine solche ist nicht mehr vom Schutzrecht umfasst,<sup>1727</sup> dem Urheber steht allein ein Recht auf Erstverbreitung zu.<sup>1728</sup>

Der Erschöpfungsgrundsatz findet nur in Bezug auf das Verbreitungsrecht Anwendung und stellt keine allgemein auf Verwertungsrechte anwendbare Regel dar.<sup>1729</sup> Gegenstand der Erschöpfung ist im Gleichlauf zum Verbreitungsrecht ein einzelnes Vervielfältigungsstück,<sup>1730</sup> denn nur an diesem hat der Urheber durch die Erstverbreitung seine Herrschaft aufgegeben<sup>1731</sup> und allein dessen Verkehrsfähigkeit soll sichergestellt werden. Da ein einzelnes Werkexemplar grundsätzlich nur einmal genutzt werden kann, ist dem Urheber kein weitergehender Schutz an diesem Werkstück mehr zu gewähren<sup>1732</sup> und die Erschöpfung tritt abstrakt von der in dem Werkstück verkörperten Information ein.<sup>1733</sup> Auf den Erschöpfungsgrundsatz kann sich berufen, wer eine weitere Verbreitung vornimmt bzw. vornehmen möchte.<sup>1734</sup> Rechtlich ist der Erschöpfungsgrundsatz als Schrankenre-

---

1726 EuGH, Urteil v. 31. Oktober 1974 – 15/74 („Centrafarm“), NJW 1975, 516 ff.; BGH, Urteil v. 14. Dezember 1999 – X ZR 61/98 („Karate“), NJW-RR 2000, 569 f., Rn. 9, 15. Blocher, in: Walter, Richtlinie 2009/24/EG, Art. 4, Rn. 27; Dogan, 59; Heerma, in: Wandtke/Bullinger, § 17 UrhG, Rn. 28 ff.; Janssens, in: Stamatuodi/Torremans, Rn. 5.76; Lettl, § 4, Rn. 47 ff.; Loewenheim, in: Schrickler/Loewenheim, § 69c UrhG, Rn. 32; Ohly, JZ 2013, 42; Redeker, Rn. 55; Schack, Rn. 448 ff., insbesondere 450; Schulze, in: Dreier/Schulze, § 15 UrhG, Rn. 18, § 17 UrhG, Rn. 4, 24.

1727 Schulze, in: Dreier/Schulze, § 15 UrhG, Rn. 18.

1728 Lettl § 4, Rn. 47; Schulze, in: Dreier/Schulze, § 15 UrhG, Rn. 18; Schulze, in: Dreier/Schulze, § 17 UrhG, Rn. 24.

1729 BGH, Urteil v. 04. Mai 2000 – I ZR 256/97 („Parfumflakon“), NJW 2000, 3783 ff. Loewenheim, in: Handbuch des Urheberrechts, § 20, Rn. 40. Das Vervielfältigungsrecht kann sich demnach nicht erschöpfen, Jani, ELR 2012, 21, 27 mit Verweis auf EuGH, Urteil v. 09. November 2004, C 203/02 („British Horseracing“), GRUR 2005, 244 ff., Rn. 61.

1730 Bericht der Kommission an den Rat, das Europäische Parlament und den Wirtschafts- und Sozialausschuss über die Umsetzung und die Auswirkungen der Richtlinie 91/250/EWG über den Rechtsschutz von Computerprogrammen, KOM (2000) 199 endg., 10. April 2000. Heerma, in: Wandtke/Bullinger, § 17 UrhG, Rn. 30; Hoeren, GRUR 2010, 665; Schulze, in: Dreier/Schulze, § 17 UrhG, Rn. 25; Schrickler, in: Ganea/Heath/Schrickler, 447, 453.

1731 Schulze, in: Dreier/Schulze, § 17 UrhG, Rn. 25.

1732 Ohly, JZ 2013, 42.

1733 Redeker, CR 2011, 634.

1734 Heerma, in: Wandtke/Bullinger, § 17 UrhG, Rn. 37.

gelung des Verbreitungsrechts zu qualifizieren.<sup>1735</sup> Die im deutschen Recht teils angenommene dingliche Wirkung von Nutzungsbeschränkungen tritt grundsätzlich hinter der Erschöpfung und der Verkehrsfähigkeit zurück,<sup>1736</sup> allenfalls, „wenn es sich um übliche, technisch und wirtschaftlich eigenständige und damit klar abgrenzbare Nutzungsformen handelt“, welche von der Nutzungsrechtseinräumung nicht umfasst werden, kann dies zu einem Vorrang der Nutzungsbeschränkung führen.<sup>1737</sup>

Auch im Softwareurheberrecht kommt hinsichtlich des Tatbestandsmerkmals der Veräußerung der allgemeine Verbreitungsbegriff des § 17 Abs. 1 UrhG,<sup>1738</sup> welcher das Anbieten und das Inverkehrbringen umfasst,<sup>1739</sup> zur Anwendung. Ein Inverkehrbringen verlangt ein Zuführen des Werkstücks „aus der Sphäre des Schöpfers in den allgemeinen Handelsverkehr“.<sup>1740</sup> Der konkrete Inhalt ist streitig. So wird vorgeschlagen, den Verbreitungsbegriff eher weit auszulegen.<sup>1741</sup> Wesensbeschreibend sei eine „endgültige Aufgabe der Verfügungsmöglichkeit“<sup>1742</sup> oder der Herrschaft über das Werkstück<sup>1743</sup> bzw. der Wille, die „Kontrolle über den Verbleib des Werkstücks“ aufzugeben.<sup>1744</sup> Teils erfolgt jedoch eine formale Abstellung auf einen Kaufvertrag oder auf eine rechtsgeschäftliche Eigentumsübertragung am Werkstück.<sup>1745</sup> Wirtschaftlich müsse ein endgültiger Austausch

---

1735 Schack, Rn. 448.

1736 BGH, Urteil v. 06. Juli 2000 – I ZR 244/97 („OEM“), NJW 2000, 3571 ff., Rn. 27. Heerma, in: Wandtke/Bullinger, § 17 UrhG, Rn. 40.

1737 BGH, Urteil v. 06. Juli 2000 – I ZR 244/97 („OEM“), NJW 2000, 3571 ff., Rn. 27.

1738 Dreier, in: Dreier/Schulze, § 69c UrhG, Rn. 20 mit Verweis auf BRegE, Entwurf eines Zweiten Gesetzes zur Änderung des Urheberrechtsgesetzes, BT-Drs. 12/4022 v. 18. Dezember 1992, S. 11.

1739 Zum Begriff des Inverkehrbringens I. Teil § 3 C III.

1740 Lettl, § 4, Rn. 46; Loewenheim, in: Handbuch des Urheberrechts, § 20, Rn. 29; Schulze, in: Dreier/Schulze, § 17 UrhG, Rn. 15.

1741 Dreier, in: Dreier/Schulze, § 69c UrhG, Rn. 20; Lettl, § 4, Rn. 46 ausführend, nach richtlinienkonformer Auslegung (Art. 4 Richtlinie 2001/29/EG) ist ein Eigentumsübergang erforderlich. Diese „Eigentumsübertragung“ basiere auf Art. 6 Abs. 1 WCT/Art. 8, 12 WPPT; Schack, Rn. 446 aber schon einschränkend aufgrund der geforderten Eigentumsübertragung; Schulze, in: Dreier/Schulze, § 17 UrhG, Rn. 4a. Nach der deutschen Rechtsprechung ist eine Besitzüberlassung von körperlichen Werkexemplaren grundsätzlich ausreichend, BGH, Urteil v. 05. Oktober 2006 – I ZR 247/03 („Le Corbusier Möbel“), GRUR 2007, 50, 51, Rn. 14.

1742 Heerma, in: Wandtke/Bullinger, § 17 UrhG, Rn. 29; Pahlow, 239.

1743 Wiebe, in: Münchener Anwaltshandbuch IT-Recht, Teil 2.1, Rn. 41.

1744 Marly, Rn. 186; Schulze, in: Dreier/Schulze, § 17 UrhG, Rn. 15 in diese Richtung.

1745 Eine solche Eigentumsübertragung jedoch fordernd: BGH, Urteil v. 23. Februar 1995 – I ZR 68/93 („Mauerbilder“), NJW 1995, 1556 ff., Rn. 11, 26; BGH, Urteil

der Leistung stattfinden. Dabei sei auch die Lebensdauer des Werkstücks – hier des Computerprogramms – von Relevanz und es könne auch bei zeitlich befristeten Verträgen eine Endgültigkeit erkannt werden.<sup>1746</sup> Andere hingegen erkennen bei einer Überlassung der Software auf Zeit keinen Erstverkauf im Sinne der Richtlinie 2009/24/EG, wenn nach Beendigung des Lizenzvertrages eine Rückgabe oder eine Vernichtung intendiert ist.<sup>1747</sup>

Die hinter dem Erschöpfungsgrundsatz stehenden Wertungen stellen eine Balance zwischen sich widerstreitenden Interessen dar. Es bestehen mehrere Theorien zur Begründung der urheberrechtlichen Erschöpfung.<sup>1748</sup> Auf der einen Seite steht das Verwertungsinteresse des Urhebers an dem einzelnen Werkstück. Dieser möchte von der Verwertung seines Werkes profitieren und den wirtschaftlichen Wert von diesem erhalten (Belohnungstheorie<sup>1749</sup>).<sup>1750</sup> Anknüpfungspunkt der Verwertungsrechte ist jeweils das Werk.<sup>1751</sup> So wird in der Erschöpfung und der damit einhergehenden Einschränkung des Verbreitungsrechts ein tiefgreifender Einschnitt in Art. 14 GG gesehen.<sup>1752</sup> Das Interesse des Urhebers wird jedoch mit dem Entgelt bei der ersten Veräußerung befriedigt,<sup>1753</sup> eine weitere Verbreitung ist in der Folge eine freie Werknutzung.<sup>1754</sup> Im Sinne der Eigentumstheorie überlagert das Eigentumsrecht am Werkstück das Verbreitungsrecht und gestattet eine Weiterveräußerung.<sup>1755</sup> Allerdings kann das Eigentum an der Kopie auch begrenzt werden. Das Urheberrecht ist folglich ein Recht Dritter, welches gemäß § 903 BGB dem Eigentumsrecht Grenzen setzt.<sup>1756</sup> Da-

---

v. 03. März 2005 – I ZR 133/02 („Atlanta“), NJW 2005, 1581 ff., Rn. 21; EuGH, Urteil v. 17. April 2008 – C 456/06 („Le Corbusier“), GRUR 2008, 604 ff., Rn. 33 klarstellend. Heydn, CR 2010, 765, 771.

1746 Marly, Rn. 186.

1747 Dreier, in: Dreier/Schulze, § 69c UrhG, Rn. 22.

1748 Seitz, 142 ff. sehr ausführlich.

1749 Kulpe, 31; Marly; Rn. 181; Senftleben, NJW 2012, 2924.

1750 Blocher, in: Walter, Richtlinie 2009/24/EG, Art. 4, Rn. 27; Hoeren, GRUR 2010, 665; Huppertz, CR 2006, 145, 146; Kulpe, 31; Loewenheim, in: Handbuch des Urheberrechts, § 1, Rn. 6, § 19, Rn. 1; Marly, Rn. 181; Schack, Rn. 450; Schuppert/Greissinger, CR 2005, 81, 86.

1751 Loewenheim, in: Handbuch des Urheberrechts, § 19, Rn. 5.

1752 Schricker, in: Ganea/Heath/Schricker, 447, 449.

1753 BGH, Urteil v. 23. Februar 1995 – I ZR 68/93 („Mauerbilder“), NJW 1995, 1556, 1557. Heerma, in: Wandtke/Bullinger, § 17 UrhG, Rn. 23; Joos, 55; Kulpe, 31; Loewenheim, in: Handbuch des Urheberrechts, § 20, Rn. 48 in diese Richtung.

1754 Blocher, in: Walter, Richtlinie 2009/24/EG, Art. 4, Rn. 27; Joos, 53 in diese Richtung; Kulpe, 31.

1755 Kulpe, 31 f. in diese Richtung.

1756 Joos, 51 f.

rüber hinaus besteht ein Interesse der Allgemeinheit, im Rechtsverkehr klare und übersichtliche Verhältnisse zu schaffen. Werkstücke sollen verkehrsfähig<sup>1757</sup> und somit im Sinne des freien Warenverkehrs handelbar werden, ohne einer Zustimmungsbedürftigkeit des Urhebers zu unterliegen<sup>1758</sup> (Verkehrstheorie<sup>1759</sup> bzw. Verkehrssicherungstheorie<sup>1760</sup>). Bei weiteren Verbreitungen überwiegt das Interesse des Rechts- und Handelsverkehrs.<sup>1761</sup> Teils werden auch Kombinationen der Theorien wie die Verkehrssicherungs-Belohnungstheorie genannt, welche unterschiedliche Interessen einem Ausgleich zuführen.<sup>1762</sup>

#### B. Erstverkauf bei der Softwarenutzung nach Überlassung der Software mittels eines Datenträgers

Wird Software verkörpert auf einem Datenträger wie beispielsweise einer CD-ROM oder DVD dauerhaft überlassen, so unterscheidet sich Software nicht wesentlich von einem gedruckten Buch oder anderen Gegenständen, die unstreitig urheberrechtliche Werkstücke darstellen. Es wird durch eine Verbreitung eine spezifische körperliche Kopie Gegenstand des Rechtsverkehrs. Der Datenträger mit der auf diesem gespeicherten Software kann dabei Gegenstand eines Kaufvertrages sein und übereignet werden. In dieser Konstellation ist ein Erstverkauf im Sinne des Art. 4 Abs. 2 Richtlinie 2009/24/EG zu befürworten.

---

1757 BGH, Urteil v. 23. Februar 1995 – I ZR 68/93 („Mauerbilder“), NJW 1995, 1556, 1557; Kulpe, 33; Loewenheim, in: Handbuch des Urheberrechts, § 20, Rn. 39; Marly, Rn. 181.

1758 Blocher, in: Walter, Richtlinie 2009/24/EG, Art. 4, Rn. 27; Hoeren, GRUR 2010, 665; Huppertz, CR 2006, 145, 146; Kulpe, 33; Lettl, § 4, Rn. 47 in diese Richtung; Loewenheim, in: Handbuch des Urheberrechts, § 20, Rn. 39; Marly, Rn. 181; Schack, Rn. 448, 450; Schuppert/Greissinger, CR 2005, 81, 86.

1759 Senfleben, NJW 2012, 9424.

1760 Kulpe, 33; Marly, Rn. 181.

1761 Peukert, § 21, Rn. 9; Seitz, 141.

1762 Kulpe, 34; 31 ff. vertiefend zu den Theorien.

## C. Erstverkauf bei der Softwarenutzung nach Überlassung der Software mittels eines Downloads

### I. Scheitern der Subsumtion unter traditionellen Begriff des Erstverkaufs

Wie oben<sup>1763</sup> dargestellt fehlt es im Falle der Softwareüberlassung mittels eines Downloads an der Verbreitung einer im traditionellen Sinn verstandenen körperlichen Kopie. Eine physische Übergabe eines Werkstücks findet nicht statt. Aufgrund des Fehlens einer körperlichen Kopie würde in der Folge bei einem Download von Software weder eine Verbreitung eines körperlichen Werkstücks noch ein Erstverkauf erfolgen. Würde somit an diesem Verständnis der körperlichen Kopie festgehalten werden, so wäre die Softwareüberlassung mittels eines Downloads von Art. 4 Abs. 1 lit. c) und Abs. 2 Richtlinie 2009/24/EG nicht mehr erfasst und es könnte auch kein Erstverkauf und folglich keine Erschöpfung des Verbreitungsrechts eintreten.

### II. Weiterentwicklung des Begriffs des Erstverkaufs in der „UsedSoft v. Oracle“-Entscheidung des EuGH

#### 1. „Erweiterter Begriff des Erstverkaufs“ im Sinne des EuGH

Der EuGH legte in der „UsedSoft v. Oracle“-Entscheidung den Begriff des Erstverkaufs gemäß Art. 4 Abs. 2 Richtlinie 2009/24/EG aus. Insbesondere äußerte sich der EuGH zur Vertragsbeziehung zwischen einem Softwareanbieter und einem Softwarenutzer, welchem Software mittels eines Downloads überlassen wird.<sup>1764</sup> Der EuGH definierte einen Verkauf im Sinne einer „allgemein anerkannten Definition“ als „eine Vereinbarung, nach der eine Person ihre Eigentumsrechte an einem ihr gehörenden körperlichen oder nichtkörperlichen Gegenstand gegen Zahlung eines Entgelts an eine andere Person abtritt.“<sup>1765</sup> Für den EuGH war eine Kopie ein „körperlicher

---

1763 3. Teil § 1 B.

1764 EuGH, Urteil v. 03. Juli 2012 – C 128/11 („UsedSoft v. Oracle“), NJW 2012, 2565 ff., Rn. 38 ff.

1765 EuGH, Urteil v. 03. Juli 2012 – C 128/11 („UsedSoft v. Oracle“), NJW 2012, 2565 ff., Rn. 42.

oder nichtkörperlicher Gegenstand“,<sup>1766</sup> an welchem eine „Eigentumsübertragung“<sup>1767</sup> erfolgen kann. Durch das Entgelt muss dem Urheber ermöglicht werden, mit dem Erstverkauf und der damit verbundenen dauerhaften Nutzbarmachung den „wirtschaftlichen Wert“ der Kopie zu erzielen und somit eine „angemessene Vergütung“ zu erlangen.<sup>1768</sup>

## 2. Argumente des EuGH für den „Erweiterten Begriff des Erstverkaufs“

### a) Einheitlichkeit und Autonomie der Begriffe im Unionsrecht sowie Gleichbehandlungsgrundsatz

Einleitend führte der EuGH in der „UsedSoft v. Oracle“-Entscheidung aus, dass nach seiner ständigen Rechtsprechung sowohl aus dem „Gebot der einheitlichen Anwendung des Rechts“ als auch aus dem Gleichbehandlungsgrundsatz<sup>1769</sup> folgt, dass unionsrechtliche Begriffe, welche ihren Ursprung nicht im nationalen Recht haben, in der gesamten Europäischen Union autonom und einheitlich auszulegen sind.<sup>1770</sup> Die Einheitlichkeit ist erforderlich, um Unterschiede in den Rechtsordnungen der Mitgliedstaaten nicht zur Anwendung kommen zu lassen.<sup>1771</sup> In Bezug auf die Richtlinie 2009/24/EG wurde festgestellt, dass der Begriff des Erstverkaufs nicht ein nationaler, sondern ein autonomer Begriff des Unionsrechts ist<sup>1772</sup> und dies folglich eine einheitliche Auslegung gebietet. Dabei steht der Terminus

---

1766 EuGH, Urteil v. 03. Juli 2012 – C 128/11 („UsedSoft v. Oracle“), NJW 2012, 2565 ff., Rn. 42. Hierzu 3. Teil § 1 B II.

1767 Zur Eigentumsübertragung 3. Teil § 1 B II., insbes. 3. c).

1768 EuGH, Urteil v. 03. Juli 2012 – C 128/11 („UsedSoft v. Oracle“), NJW 2012, 2565 ff., Rn. 45, 63.

1769 EuGH, Urteil v. 03. Juli 2012 – C 128/11 („UsedSoft v. Oracle“), NJW 2012, 2565 ff., Rn. 39, 61.

1770 EuGH, Urteil v. 03. Juli 2012 – C 128/11 („UsedSoft v. Oracle“), NJW 2012, 2565 ff., Rn. 39 mit Verweis auf weitere Urteile des EuGH, welche die ständige Rechtsprechung begründen.

1771 EuGH, Urteil v. 03. Juli 2012 – C 128/11 („UsedSoft v. Oracle“), NJW 2012, 2565 ff., Rn. 41 ff.

1772 EuGH, Urteil v. 03. Juli 2012 – C 128/11 („UsedSoft v. Oracle“), NJW 2012, 2565 ff., Rn. 40 zur Untermauerung zudem auf die ErwG 4 und 5 Richtlinie 2009/24/EG verweisend, welche sich allerdings nur auf den Rechtsschutz und nicht auf Vertragsrecht beziehen. Solch ein autonomer Begriff des Unionsrechts wurde auch schon früher beschrieben in der Entscheidung EuGH, Urteil v. 26. April 2012 – C 510/10, („TV2 Danmark A/S v. NCB – Nordisk Copyright Bureau“), Rn. 34. Dort handelte es sich mit dem Terminus „mit eigenen Mitteln“ in Art. 5 Abs. 2

des Verkaufs in engem Zusammenhang mit dem in der „UsedSoft v. Oracle“-Entscheidung auch weiterentwickelten Begriff der Kopie.<sup>1773</sup> Zudem stellte der EuGH fest, dass der Begriff des Verkaufs, insbesondere zur Vermeidung von Umgehungsversuchen durch eine andere Bezeichnung des Vertrages wie beispielsweise als Lizenzvertrag weit auszulegen ist.<sup>1774</sup> Auch der Gleichbehandlungsgrundsatz gebietet eine solche weite Auslegung des Verkaufsbegriffs des Art. 4 Abs. 2 Richtlinie 2009/24/EG.<sup>1775</sup>

#### b) Wirtschaftliche Vergleichbarkeit und funktionelle Entsprechung

Weiter erklärte der EuGH, dass der Begriff des Verkaufs einer funktionalen Auslegung zugänglich ist und die Überlassung von Software mittels eines Downloads wirtschaftlich einer Überlassung mittels eines Datenträgers gleichsteht bzw. dieser funktionell entspricht. Beide Fälle sind unter Art. 4 Richtlinie 2009/24/EG zu subsumieren.<sup>1776</sup>

#### c) Vertrag als unteilbares Ganzes (Gesamtbetrachtung)

Die Softwareüberlassung mittels eines Downloads erfolgt in mehreren Schritten. Es kann beispielsweise die Software kostenlos heruntergeladen und daneben ein Lizenzvertrag über deren Nutzung abgeschlossen werden. Oracle war in der „UsedSoft v. Oracle“-Entscheidung der Ansicht, dass die frei zugängliche Zurverfügungstellung der Software zum Download kein Teil des Vertrages ist und allein der für die Nutzung relevante Lizenzvertrag unter den Verkaufsbegriff der Richtlinie 2009/24/EG zu subsumieren ist.<sup>1777</sup> Der EuGH hingegen sah das Herunterladen einer Kopie des Computerprogramms und den „Abschluss eines Lizenzvertrags über die Nutzung dieser

---

lit. d) Richtlinie 2001/29 um einen engeren Begriff als den allein schon nach dem Wortlaut in das Schuldrecht abstrahlenden Terminus Verkauf.

1773 Zum Begriff der Kopie in der „UsedSoft v. Oracle“-Entscheidung 3. Teil § 1 B II.

1774 EuGH, Urteil v. 03. Juli 2012 – C 128/11 („UsedSoft v. Oracle“), NJW 2012, 2565 ff., Rn. 49.

1775 EuGH, Urteil v. 03. Juli 2012 – C 128/11 („UsedSoft v. Oracle“), NJW 2012, 2565 ff., Rn. 61.

1776 EuGH, Urteil v. 03. Juli 2012 – C 128/11 („UsedSoft v. Oracle“), NJW 2012, 2565 ff., Rn. 61.

1777 EuGH, Urteil v. 03. Juli 2012 – C 128/11 („UsedSoft v. Oracle“), NJW 2012, 2565 ff., Rn. 43.

Kopie“ als ein unteilbares Ganzes an. „Das Herunterladen (...) wäre nämlich sinnlos, wenn diese Kopie nicht genutzt werden dürfte“. Beide Teile sind „im Hinblick auf die rechtliche Einordnung“ in ihrer Gesamtheit zu prüfen“. Verwiesen wird hierzu auf frühere Rechtsprechung.<sup>1778</sup>

### 3. Bewertung der Rechtsprechung des EuGH

#### a) Generelle Bewertung der Rechtsprechung

Teils wird die Weiterentwicklung des Begriffs des Verkaufs ohne näher zu differenzieren befürwortet<sup>1779</sup> oder auch die Rechtsprechung des EuGH als „dogmatisch fehl(gehend)“<sup>1780</sup> oder juristisch wenig überzeugend<sup>1781</sup> beschrieben. Andere kritisieren, dass eine Subsumtion unter das Verbreitungsrecht gemäß Art. 4 Abs. 2 Richtlinie 2009/24/EG erfolgte, ohne dass die Tatbestandsmerkmale erfüllt sind.<sup>1782</sup> Hätte der EuGH einen Kauf im Sinne des Art. 4 Abs. 2 Richtlinie 2009/24/EG verneint, wäre mangels einer urheberrechtlichen Verbreitung auch die Überlassung der Software durch den Erstnutzer an den Zweitnutzer urheberrechtlich nicht relevant und genuin urheberrechtliche Einschränkungen bestünden nicht. In der Folge hätten auf vertragsrechtlicher Ebene Weitergabebeschränkungen „intuitu personae“ oder aufgrund eines Verstoßes gegen den „ordre public“ für unwirksam erklärt werden können.<sup>1783</sup> Selbstredend wäre ein solcher

---

1778 EuGH, Urteil v. 03. Juli 2012 – C 128/11 („UsedSoft v. Oracle“), NJW 2012, 2565 ff., Rn. 44 mit Verweis auf EuGH, Urteil v. 06. Mai 2010 – C 45/08 und C 09/08 („Club Hotel Loutraki AE“), Rn. 48 f. in welchem der EuGH Folgendes ausführte: Sobald ein gemischter Vertrag vorliegt, dessen einzelne Teile aber „untrennbar miteinander verbunden (sind) und somit ein unteilbares Ganzes“ bilden, ist der Vertrag hinsichtlich seiner Rechtsnatur „einheitlich zu prüfen“ und die Regelungen, die den „Hauptgegenstand oder vorherrschenden Bestandteil des Vertrages“ darstellen, sind als Prüfungsmaßstab anzusehen. Der EuGH verwies zudem auf zahlreiche frühere Urteile, welche in diese Richtung ergingen.

1779 Blocher, in: Walter, Art. 4 Richtlinie 2009/24/EG, Rn. 28; Blocher/Walter, in: Walter/v. Lewinski, Art. 4 Computer Program Directive, Rn. 5.4.37 jeweils in diese Richtung; Grützmaker, ZGE 2013, 46, 52 f. vertiefend zu dem Verkaufsbegriff des EuGH; Senftleben, NJW 2012, 2927 in diese Richtung; Treppoz, RTDEur. 2012, 947 ff.

1780 Schack, Rn. 490.

1781 Sirinelli, Receuil Dalloz 2012, 2836 ff.

1782 Leriche/Ruelle, RLDI 2012, 86, 30, 35 darauf verweisend, dass der Tatbestand der Verbreitung nicht mehr erfüllt ist.

1783 Gaudrat, RTDCom. 2013, 80 ff. Rn. 17b, 21.

Weg über das Vertragsrecht möglich gewesen, allerdings muss auch in diesem stets eine Abwägung der widerstreitenden Interessen des Urheberrechtsinhabers sowie des Erst- und des Zweitnutzers erfolgen. Im Ergebnis sollte vielmehr versucht werden, das Urheberrecht mit dem technischen Fortschritt in Einklang zu bringen, anstatt eine Subsumtion unter dieses abzulehnen und mittels anderer Rechtsbereiche ein teils künstliches neues Regulatorium zu schaffen.

Wiederum andere sehen in der „UsedSoft v. Oracle“-Entscheidung des EuGH eine Stellungnahme zur Rechtsnatur von Softwareüberlassungsverträgen. Die Überlassung von Standardsoftware sei nach dem Urteil endgültig im Sinne des BGH als Kaufvertrag einzuordnen<sup>1784</sup> und den lizenzvertraglichen Vorschlägen<sup>1785</sup> sowie dem Ausweichen vor dem Gewährleistungs- sowie dem Haftungsrecht des Kaufrechts sei abermals eine Absage erteilt worden.<sup>1786</sup> Dies erscheint jedoch zweifelhaft, denn der EuGH hatte mit der „UsedSoft v. Oracle“-Entscheidung kaum die Intention, einen in diesem Maße nur in Deutschland bestehenden schuldrechtlichen Streit zu lösen. Vielmehr legte der EuGH im Rahmen des Vorabentscheidungsverfahrens allein die Richtlinie 2009/24/EG aus.

#### b) Einheitlichkeit und Autonomie der Begriffe im Unionsrecht sowie Gleichbehandlungsgrundsatz

Die Definition des Verkaufsbegriffs als autonom wird teils als plausibel befürwortet, denn dieser ist unabhängig von einer schuldrechtlichen Vertragstypologie zu bestimmen.<sup>1787</sup> Eine Bewertung von Sachverhalten müsse „nach dem wirtschaftlichen Zweck“ erfolgen, um die Umgehung von gesetzlichen Wertungen auszuschließen.<sup>1788</sup> Rigamonti zieht einen Vergleich zum Begriff der Veräußerung im Schweizer Art. 12 Abs. 2 URG: Dieser ist urheberrechtlich auszulegen und verlangt weder eine „faktische Übergabe“ noch eine „sachenrechtliche Eigentumsübertragung“<sup>1789</sup> allein die „dauer-

---

1784 Prof. Dr. Thomas Hoeren auf dem Seminar „Aktuelle Entwicklungen im IT-Vertrags- und Datenschutzrecht“ in Münster, 31. März 2017, Transkription von Fabian Hafenträger; Koch, ITRB 2013, 9, 10; Schneider/Spindler, CR 2012, 489, 492.

1785 Hoeren/Försterling, MMR 2012, 642, 645; Schneider/Spindler, CR 2012, 489, 494.

1786 Hoeren/Försterling, MMR 2012, 642, 645.

1787 Malevanny, CR 2013, 422; Ulmer/Hoppen, ITRB 2012, 232, 233 f.

1788 Ulmer/Hoppen, ITRB 2012, 232, 233 f.

1789 Stieper, in: Staudinger, § 90 BGB, Rn. 13.

hafte Verschaffung der Verfügungsgewalt“ spielt eine Rolle. Daher ist nicht „auf Biegen und Brechen“ an dem körperlichen Exemplar festzuhalten<sup>1790</sup> und Art. 4 Abs. 2 Richtlinie 2009/24/EG weit auszulegen. Dies schließt „jede Form der Verbreitung“ und folglich auch eine unkörperliche mit ein. Rigamonti verweist zudem auf einen Bericht der Europäischen Kommission aus dem Jahr 2000,<sup>1791</sup> demgemäß die Verbreitung explizit nicht auf „materielle Vervielfältigungsstücke“ beschränkt ist. Zudem besteht für Rigamonti auch eine wirtschaftliche und rechtliche Vergleichbarkeit der Online-Übermittlung mit der analogen Übergabe eines Datenträgers.<sup>1792</sup> Kritisiert wird von anderen, dass der EuGH trotz Berufung auf eine allgemein anerkannte unionsrechtliche Definition jegliche Quellenangabe, insbesondere eine Bezugnahme auf die Richtlinie 1999/44/EG bzw. den EU-Verordnungsvorschlag zum Gemeinsamen Europäischen Kaufrecht, vermissen ließ.<sup>1793</sup>

Der EuGH legte in der „UsedSoft v. Oracle“-Entscheidung mit Art. 4 Abs. 2 Richtlinie 2009/24/EG eine urheberrechtliche Norm aus, welche die Erschöpfung des Verbreitungsrechts regelt. Somit erscheint es konsequent, die in dieser Norm verwendeten Begriffe auch autonom und folglich urheberrechtlich zu definieren. Dieser urheberrechtliche Verkaufsbegriff kann enger oder weiter als ein schuldrechtlicher Verkaufsbegriff sein. Tatsächlich ist von einem weitergehenden Begriff auszugehen, da gewisse bei einem Kaufvertrag erforderliche gesetzliche Merkmale wie eine Übergabe der Kaufsache oder eine Eigentumsübertragung im Urheberrecht nicht zwingend sind. Letztlich muss ein Lebenssachverhalt vorliegen, welcher aus urheberrechtlichen Gesichtspunkten die Erschöpfung des Verbreitungsrechts rechtfertigt. Die Nähe des Terminus Verkauf zum schuldrechtlichen Begriff des Kaufvertrages begründet in der Folge keine andere Auslegung der urheberrechtlichen Norm, daher erscheint eine Bezugnahme auf Verbraucherschutz- bzw. schuldrechtliche Definitionen des Begriffs Verkauf nicht zielführend. Im Ergebnis ist dem EuGH zuzustimmen.

Ein Gleichbehandlungsgrundsatz kann nur vorschreiben, Gleiches gleich bzw. Ungleiches ungleich zu behandeln. Inwieweit an dieser Stelle Gleichheit oder Ungleichheit gegeben ist, soll in diesem 3. Teil der Arbeit un-

---

1790 Rigamonti, GRUR Int. 2009, 18 f.

1791 Bericht der Kommission an den Rat, das Europäische Parlament und den Wirtschafts- und Sozialausschuss über die Umsetzung und die Auswirkungen der Richtlinie 91/250/EWG über den Rechtsschutz von Computerprogrammen, KOM (2000) 199 endg. v. 10. April 2000, S. 18.

1792 Rigamonti, GRUR Int. 2009, 18 f.

1793 Ohly, JZ 2013, 42, 43.

tersucht werden. Daher dient der Gleichbehandlungsgrundsatz nicht als Argumentationsstütze.

### c) Wirtschaftliche Vergleichbarkeit und funktionelle Entsprechung

Die Ausführungen des EuGH bezüglich der wirtschaftlichen Vergleichbarkeit und der funktionellen Entsprechung werden in der Literatur ausführlich kommentiert. So wird teils eine funktionelle Entsprechung von der Softwareüberlassung mittels eines Datenträgers mit der Überlassung mittels eines Downloads befürwortet.<sup>1794</sup> Schließlich sei in beiden Fällen am Ende die Software auf einem Datenträger beim Nutzer gespeichert.<sup>1795</sup> Softwareanbieter, welche die Überlassung mittels eines Downloads anböten, sollten keine weitergehenden Rechte haben als solche, die allein eine Überlassung mittels eines Datenträgers offerierten.<sup>1796</sup> Dazu bestehe auch eine technische Vergleichbarkeit, da sich für eine unterschiedliche rechtliche Betrachtung keine Anhaltspunkte fänden.<sup>1797</sup> Es liege allein eine technische Veränderung in der Übermittlung vor, das Computerprogramm sei aber identisch.<sup>1798</sup> Tatsächliche Unterschiede im Lebenssachverhalt der Überlassung seien allein dem „technischen Wandel“ geschuldet.<sup>1799</sup> Nicht alle urheberrechtlichen Werke könnten so schnell, kostengünstig sowie ohne Qualitätsverlust übertragen werden. Der Nutzer befinde sich faktisch jedoch in der gleichen Position wie nach der Überlassung der Software mittels eines Datenträgers.<sup>1800</sup> Auch aus ökonomischen Gesichtspunkten

---

1794 Blocher, in: Walter, Richtlinie 2009/24/EG, Art. 4, Rn. 28 sowie Blocher/Walter, in: Computer Program Directive, Art. 4, Rn. 5.4.37 schon vor der „UsedSoft v. Oracle“-Entscheidung des EuGH; Cassagnabère, RJEP 2013–6, 709, chron. 3, Rn. 24; Castets-Renard, RLDI 2012, 86, 87 ff.; Dreier, IIC 1998, 623, 630 f. in diese Richtung schon sehr früh und auch explizit auf die wirtschaftliche Vergleichbarkeit bezugnehmend, letztlich aber eine Subsumtion unter das Verbreitungsrecht ablehnend; Huet, Recueil Dalloz 2012, 2102 ff.; Ohly, JZ 2013, 42, 44; Orthmann/Kuß, K&R 2012, 2262, 2264; Rauer/Ettig, EWS 2012, 322, 326; Sosnitzer, K&R 2011, 243, 244 ausführend, dem Softwareanbieter ist es „völlig egal“, ob er die Software online oder auf einem Datenträger vertreibt; Stieper, ZUM 2012, 668, 669.

1795 Hoeren, CR 2006, 573, 574.

1796 Ohly, JZ 2013, 42, 44.

1797 Rauer/Ettig, EWS 2012, 322, 326.

1798 Blocher/Walter, in: Walter/v. Lewinski, Art. 4 Computer Program Directive, Rn. 5.4.41.

1799 Feiler/Schuba, in: Taeger, 354 f.

1800 Blocher, in: Walter, Richtlinie 2009/24/EG, Art. 4, Rn. 29.

liege Vergleichbarkeit vor.<sup>1801</sup> Zudem wird im Gleichlauf mit dem EuGH auf Art. 1 Abs. 2 Richtlinie 2009/24/EG verwiesen, demgemäß Software in jeder Form geschützt ist. Darin wird die Aussage gesehen, dass eine Unterscheidung nach verkörperter und nicht verkörperter Software nicht erfolgen darf.<sup>1802</sup> Der Urheber habe bei beiden Überlassungsarten die Möglichkeit, abschließend wirtschaftlich zu profitieren.<sup>1803</sup> In Frankreich wird in die gleiche Richtung argumentiert, auch Verträge über einen Tonträger („phonogramme“) waren unabhängig von dem Trägermedium betrachtet worden.<sup>1804</sup> Des Weiteren wird teils kritisiert,<sup>1805</sup> dass mit dieser Gleichstellung das Recht letztlich als Regulator der Wirtschaft herabgesetzt und nicht mehr als eigenständige Disziplin angesehen wird. Zudem fehle jeglicher wissenschaftliche Ansatz, der diese Gleichstellung rechtfertige.<sup>1806</sup> Auch mangle es durch die Bezugnahme auf die wirtschaftliche Vergleichbarkeit an allgemeingültigen Regeln, wann eine „digitale Erschöpfung“ mit der „analogen Erschöpfung“ gleichgestellt werden könne.<sup>1807</sup> Weiter stelle ein solcher Vergleich eine rein pragmatische Betrachtung dar und es werde sich vom Wortlaut des Art. 4 Abs. 2 Richtlinie 2009/24/EG gelöst.<sup>1808</sup> Auch würden durch den Gesetzgeber und die Rechtsprechung geschaffene Nuancen der Verwertungsrechte außer Kraft gesetzt.<sup>1809</sup>

Eine funktionelle Betrachtung folgt nicht streng dem Gesetzestext, sondern erfasst vielmehr die Wertungen und Rechtsgedanken einer Norm. Tatsächlich scheint eine solche funktionelle Entsprechung zu bestehen. Ein Download und der Erwerb eines Datenträgers samt Installation stellen

---

1801 Dreier, IIC 1998, 623, 630 ff. beschreibend.

1802 Castets-Renard, RLDI 2012, 86, 87 ff.

1803 Vortrag von UsedSoft im Verfahren vor dem EuGH im „UsedSoft v. Oracle“-Fall, zusammengefasst im EuGH Schlussantrag v. 24. April 2012 – C 128/11 („UsedSoft v. Oracle“), BeckRS 2012, 81372, Rn. 31.

1804 Cass. Ire civ., II. September 2013, Nr. 12–17, 794, Juris-Data 2013–018957, JCP G, 42, 14. Oktober 2013, 1071 f. mit Anmerkung Binctin; TGI Paris, 15. Januar 2010, Comm. Com. Electr. 2010–6, chron. 4 mit Anmerkung X. Daverat.

1805 Teils wird dies aber auch neutral bewertet. So stellt Vivant fest, dass mit dieser „wirtschaftlichen Betrachtung“ juristisch unterschiedliche Sachverhalte undifferenziert betrachtet werden und schreibt „Pourquoi pas?“ („Warum nicht?“), Vivant, in: Lamy Droit du Numérique 2023, Rn. 54.

1806 Gaudrat, RTDCom. 2013, 80 ff., Rn. 31.

1807 Dreier/Leistner, GRUR 2013, 881, 888.

1808 Vivant, in: Lamy Droit du Numérique 2023, Rn. 54 in diese Richtung; Witzel CRI 2012, 116, 121.

1809 Pollaud-Dulian, RTDCom. 2012, 542 ff. A 2 ausführend, in der Folge kann auch der Musikkdownload einem CD-Kauf entsprechen.

zwar unterschiedliche Wege dar, wie Software auf die Festplatte des Nutzers gelangen kann, die Software kann bei diesen beiden Installationsarten jedoch nahezu identisch sein. Vorsicht ist stets geboten bei Aussagen mit wirtschaftlichem Bezug. Offensichtlich treten bei beiden Absatzarten unterschiedliche Intermediäre auf. Auch ist bei der Überlassung mittels eines Datenträgers ein solcher samt Verpackung herzustellen und bei der Überlassung mittels eines Downloads eine Internetseite mit Downloadmöglichkeit einzurichten und zu unterhalten. Es sind somit tatsächliche Unterschiede vorhanden, welche wirtschaftliche Auswirkungen haben können. Teils werden Kosten für die Herstellung von CDs etc. ebenso wie die der Downloadmöglichkeit als marginal beschrieben, wobei letztere nochmals geringer sind. Es wird auch darauf hingewiesen, dass die Weitergabe digitaler Kopien wesentlich kostengünstiger ist, als jene von körperlichen Gegenständen.<sup>1810</sup> Eine wirtschaftswissenschaftliche Analyse kann an dieser Stelle jedoch nicht erfolgen.<sup>1811</sup> Somit kann dieses Argument nicht abschließend bewertet werden.

#### d) Vertrag als unteilbares Ganzes (Gesamtbetrachtung)

Teils wird die Bezeichnung des Vertrages als unteilbares Ganzes und die Bezugnahme des EuGH auf frühere Rechtsprechung als rein „apodiktisch“ bezeichnet, denn es fehlt jede Begründung.<sup>1812</sup> Andere sehen die Gesamtbetrachtung des EuGH, welche ohne näher zu differenzieren erfolgte, als nicht zutreffend an.<sup>1813</sup> Es wird angemerkt, dass durch die Einordnung als ein unteilbares Ganzes eine Subsumtion unter die Richtlinie 2009/24/EG möglich wird.<sup>1814</sup> Letztlich ist zu beachten, dass eine Überlassung der Software ohne Nutzungsrechtseinräumung sowie eine Nutzungsrechtseinräumung ohne Überlassung jeweils keinen Sinn ergeben. In keinem dieser beiden

---

1810 Kerber, ZGE 2016, 148, 161

1811 Kerber, ZGE 2016, 148, 159 ff. eine solche im Ansatz versuchend und Pro- und Contra-Argumente für eine digitale Erschöpfung und somit mittelbar für eine wirtschaftliche Vergleichbarkeit und eine funktionelle Entsprechung von der Softwareüberlassung mittels eines Datenträgers und mittels eines Downloads beschreibend. Jedoch stellt der Wirtschaftswissenschaftler Kerber auch klar, dass diese Ausführungen nur sehr vorläufiger Natur sind. Vielmehr sei empirische Forschung geboten, 166.

1812 Moritz, K&R 2012, 456.

1813 Weisser/Färber, MMR 2014, 364, 366.

1814 Senfleben, NJW 2012, 2925.

Szenarien wäre eine Nutzung der Software gestattet bzw. faktisch möglich. Somit kann folgerichtig nur eine Gesamtbetrachtung erfolgen. Der Softwareüberlassungsvertrag hat mit der Überlassung und der Nutzungsrechtseinräumung zwei Hauptleistungspflichten, wie dies beispielsweise bei einem Kaufvertrag mit der Übergabe und der Übereignung auch der Fall ist.

e) Tatbestandsmerkmale des Verkaufsbegriffs im Sinne des EuGH: Kopie, Eigentumsübertragung und Entgelt in Höhe des wirtschaftlichen Werts

In Bezug auf die Kopie und die Eigentumsübertragung als Tatbestandsmerkmale des Verkaufsbegriffs wird nach oben verwiesen.<sup>1815</sup> Zu den Ausführungen des EuGH zum Entgelt in Höhe des wirtschaftlichen Werts der Kopie erfolgten in der Literatur zahlreiche Anmerkungen. Es wurde festgestellt, dass bis zum „UsedSoft v. Oracle“-Urteil des EuGH Softwareanbieter bei ihrer Preiskalkulation nicht mit der Existenz eines Zweitmarktes von Software kalkulieren mussten.<sup>1816</sup> Eine solche Berücksichtigung hätte zu höheren Verkaufspreisen geführt und in der Folge den Gebrauchthandel eingeschränkt.<sup>1817</sup> Im Ergebnis gäbe es weniger Käufer, denn diese würden von höheren Preisen „abgeschreckt“.<sup>1818</sup>

Die Tatsache, dass Preise unter Verkennung beispielsweise eines Gebrauchtmrktes kalkuliert wurden, stellt ein allgemeines unternehmerisches Risiko dar, solange Geschäftstätigkeiten, die sich in noch bestehenden rechtlichen Grauzonen bewegen, sich noch neu entwickeln. Grundsätzlich ist die Entstehung von Geschäftsmodellen, welche auf fremden Produkten basieren, einer freien Marktwirtschaft jedoch immanent. Auch kann sich die Preiskalkulation als Reaktion auf die Rechtslage ändern. Zudem verwies der BGH in der „UsedSoft II“-Entscheidung richtigerweise darauf, dass gemäß dem EuGH allein die Möglichkeit der Erlangung einer angemessenen Vergütung erforderlich ist. Der BGH stellte klar, dass Oracle die Möglichkeit gehabt hat, jeden tatsächlichen Download von der Zahlung eines

---

1815 Hierzu 3. Teil § 1 II. 3., 4.

1816 Heckmann, juris Praxis Report IT-Recht, 5/2014, Anm. 3, Moritz, K&R 2012, 456, 458 f.

1817 Moritz, K&R 2012, 456, 458 f.; Schulze, NJW 2014, 721, 724.

1818 Schulze, NJW 2014, 721, 724.

Entgelts abhängig zu machen.<sup>1819</sup> Marly merkt an, dass es zudem nicht Aufgabe der Gerichte sein kann, die „Wirtschaftlichkeit der Preispolitik“ von Softwareanbietern zu prüfen und möglicherweise zu korrigieren.<sup>1820</sup> Es ist zuzustimmen, dass schlechtes betriebswirtschaftliches Handeln nicht ausreichend ist, um urheberrechtliche Rechtsfolgen herbeizuführen. Der These, dass höhere Preise einen Gebrauchtmärkte verhindern, kann ohne näher zu differenzieren nicht zugestimmt werden. Jedoch erscheint dies unter Betrachtung der Existenz von Gebrauchtmärkten für andere hochpreisige Güter auf den ersten Blick eher überraschend. Gleiches gilt für die Aussage, aufgrund steigender Preise würden Käufer „abgeschreckt“. Es könnte auch Gegenteiliges der Fall sein, da sich aufgrund des Gebrauchtmärktes eine Perspektive für einen Weiterverkauf ergibt, was die tatsächlichen Kosten für die vorübergehende Nutzung der Software reduziert. Allerdings wären hierfür wirtschaftswissenschaftliche Betrachtungen anzuführen, aufgrund der juristischen Schwerpunktsetzung dieser Arbeit soll dies an dieser Stelle jedoch nicht erfolgen.<sup>1821</sup>

Auch wird angemerkt, dass bei der Erstveräußerung eines körperlichen Werkstücks ein Preis gefunden wird, welcher eine weitere Vergütung des Urhebers bei potentiellen Weiterverkäufen mittelbar berücksichtigt. Auch habe eine potentielle qualitative Verschlechterung des Werkstücks bzw. dessen Untergang Beachtung zu finden. Aufgrund der Digitalisierung fehle nun ein solcher Qualitätsverlust und eine ex-ante Abschätzung in Bezug auf den Lebenszyklus des Werkstücks sei kaum mehr möglich. Dieser fehlende Qualitätsverlust spreche gegen eine Vergleichbarkeit von Gebrauchtmärkten von digitalen und analogen Gütern.<sup>1822</sup> Allerdings erscheint unklar,

---

1819 BGH, Urteil v. 17. Juli 2013 – I ZR 129/08 („UsedSoft II“), NJW-RR 2014, 360 ff., Rn. 62.

1820 Marly, GRUR 2013, 283, 284 richtigerweise klarstellend, dass es allein auf eine Möglichkeit zur Realisierung einer angemessenen Vergütung ankommt.

1821 Kerber, ZGE 2016, 149, 161 darauf hinweisend, dass bei Befürwortung der Erschöpfung den Rechtsinhabern Mittel der Preisdifferenzierung wegfallen würden, welche ihnen eine höhere Vergütung ermöglichen könnten. So weist der Wirtschaftswissenschaftler Kerber darauf hin, dass es die digitale Wirtschaft den Rechtsinhabern ermöglicht, mittels „Big Data“ und personalisiertem „Pricing“ in Echtzeit weit höhere Margen zu erzielen, als dies beim Absatz von körperlichen Gegenständen noch der Fall gewesen war.

1822 Nicholsen, SCRIPTed 2013, 389, 399; Ohly, in: Dreier/Hilty, 379, 393 auch in diese Richtung argumentierend und feststellend, dass durch einen Gebrauchthandel der Primärmarkt für die Softwareanbieter „untergraben“ wird. Dies wird gegen eine „digitale Erschöpfung“ angeführt, weiter aber nicht begründet; Schulze, NJW 2014, 721, 724.

was einer solchen ex-ante Abschätzung im Weg steht, denn der Markt für digitale Güter sollte ausreichend belastbare Zahlen für die hier relevanten Fragestellungen liefern können. Auch wenn sich digitale Software qualitativ nicht verschlechtert, so ist diese aufgrund des technischen Fortschritts stets nur eine begrenzte Zeit einsetzbar.

Teils wird auch auf die sich weiterentwickelnden Geschäftsmodelle abgestellt: So erfolgt heute nicht mehr eine Einmalzahlung beim Erstverkauf, sondern vielmehr wird über Abonnement-Modelle bzw. der Streaming-Nutzung eine monatliche Gebühr für die Nutzung bezahlt. Der Nutzer könne somit keinen Restwert erzielen, wenn er seine Nutzung aufgeben möchte.<sup>1823</sup> Dieser tatsächlichen Entwicklung ist zuzustimmen, denn je kürzer eine Nutzung noch möglich ist, desto geringer wird der monetarisierbare Restwert sein. Die Höhe der Vergütung kann somit besser dem Marktwert des sich aus der Nutzung der Software ergebenden wirtschaftlichen Vorteil anpassen. Im Ergebnis führt dies zu einer sinkenden Relevanz dieser rechtlichen Fragestellung.

André Lucas kritisiert die Bezugnahme auf den wirtschaftlichen Wert, welcher weder ein Begriff des Urheber- noch des Vertragsrechts ist.<sup>1824</sup> Hinsichtlich der angemessenen Vergütung wird angemerkt, dass eine solche nicht durch eine einzelne Handlung erfolgen kann, sondern das Ergebnis einer allumfassenden Verwertung ist. Überdies sei der Begriff der angemessenen Vergütung in diesem Zusammenhang dem Recht fremd und gehe fehl.<sup>1825</sup> Jedoch stellt der Begriff des wirtschaftlichen Werts der Kopie die Kehrseite der angemessenen Vergütung des Urhebers dar. Eine angemessene Vergütung kann der Urheber durch ein Entgelt in Höhe des wirtschaftlichen Werts der Kopie bzw. des Nutzungsrechts erhalten. In Deutschland findet die angemessene Vergütung unter anderem in § 32 Abs. 2 S. 2 UrhG Erwähnung. Demnach ist die Vergütung „im Übrigen (...) angemessen, wenn sie im Zeitpunkt des Vertragsschlusses dem entspricht, was im Geschäftsverkehr nach Art und Umfang der eingeräumten Nutzungsmöglichkeit, insbesondere nach Dauer und Zeitpunkt der Nutzung, unter Berücksichtigung aller Umstände üblicher- und redlicherweise zu leisten ist.“ Die Voraussetzung der „Erforderlichkeit“, „um das Ziel des Schutzes des fraglichen geistigen Eigentums zu erreichen“ wurde vom EuGH auch schon in

---

1823 Hilty, in: Bruun/Dinwoodie/Levin/Ohly, 272, 279; Hilty, GRUR 2018, 865, 873

1824 Lucas, Pi 2012, 14, 333, 336 f.

1825 Binctin, Rn. 1415.

der „Football Association Premier League“-Entscheidung erarbeitet,<sup>1826</sup> ist auch aus dem Markenrecht bekannt<sup>1827</sup> und spiegelt schließlich auch den Beteiligungsgrundsatz gemäß § 11 S. 2 UrhG wider. Aufgrund der Erschöpfung des Verbreitungsrechts müsse die angemessene Vergütung allein mit dem Erstverkauf erzielt werden können.<sup>1828</sup> Somit kann eine angemessene Vergütung als Tatbestandsmerkmal des Begriffs des Verkaufs befürwortet werden.

f) Zusammenfassung und Konkretisierung durch die „Ranks“-Entscheidung des EuGH

Der EuGH legte in der „UsedSoft v. Oracle“-Entscheidung den Begriff des Erstverkaufs gemäß Art. 4 Abs. 2 Richtlinie 2009/24/EG aus und erweiterte diesen. Das Gericht stellte fest, dass ein Verkauf im Sinne einer allgemein anerkannten Definition und einer weiten Auslegung eine Vereinbarung darstellt, bei welcher aufgrund einer Gesamtbetrachtung (unteilbares Ganzes) eine Person ihre Eigentumsrechte an einem ihr gehörenden körperlichen oder nichtkörperlichen Gegenstand (Kopie) gegen Zahlung eines Entgelts an eine andere Person abtritt (dauerhafte Nutzbarmachung). Das Entgelt muss dem Urheber ermöglichen, mit dem Erstverkauf den wirtschaftlichen Wert der Kopie und somit eine angemessene Vergütung zu erlangen.

In dem vom EuGH entwickelten „Erweiterten Begriff der Programmkopie“ ist keine Aussage bezüglich der Rechtsnatur von Softwareverträgen nach nationalen Vertragsrechtsregimes zu erkennen. Der vom EuGH festgestellten Einheitlichkeit und Autonomie der Begriffe im Unionsrecht ist zuzustimmen. Auch ist in der Überlassung der Software mittels eines Downloads und der Einräumung von Nutzungsrechten ein unteilbares Ganzes zu erkennen und es hat eine Gesamtbetrachtung zu erfolgen. Die wirtschaftliche Vergleichbarkeit der Überlassung von Software mittels eines Datenträgers mit der mittels eines Downloads kann nicht abschließend bewertet werden. Der Rechtsinhaber kann ein Entgelt in Höhe des wirtschaftlichen Werts des Nutzungsrechts erhalten. Hingegen ermangelt es bei der

---

1826 EuGH, Urteil v. 04. Oktober 2011 – C 03/08 und C 429/08 („Football Association Premier League Ltd.“), NJW 2012, 213 ff., Rn. 105.

1827 EuGH, Urteil v. 18. Juni 2009 – C 487/07 („L’Oréal/Bellure“), GRUR 2009, 756 ff. in der von der „Benutzung der Marke, die die Funktion der Marke beeinträchtigen könnte“ die Rede ist. Senffleben, NJW 2012, 2924, 2926 mit weiteren Verweisen bezüglich des Marken- und Patentrechts.

1828 Hartmann, GRUR Int. 2012, 980, 980.

Überlassung von Software mittels eines Downloads an einer Kopie, folglich kann auch kein Eigentumsübergang an einer solchen erkannt werden.

Der EuGH konkretisierte in der „Ranks“-Entscheidung im Jahr 2016 seine Definition des Verkaufsbegriffs aus Art. 4 Richtlinie 2009/24/EG und führte aus, dass der „weit auszulegende Begriff“ „sämtliche Formen der Vermarktung der Kopie eines Computerprogramms umfasst, die dadurch gekennzeichnet seien, dass gegen Zahlung eines Entgelts, das dem Inhaber des Urheberrechts ermöglichen soll, eine dem wirtschaftlichen Wert der Kopie angemessene Vergütung zu erzielen,“ dem Nutzer „ein Recht zur (...) unbefristeten Nutzung eingeräumt wird.“<sup>1829</sup>

#### 4. Weitere Voraussetzungen und Besonderheiten gemäß der „UsedSoft v. Oracle“-Entscheidung des EuGH

Zudem erfolgten vom EuGH in der „UsedSoft v. Oracle“-Entscheidung weitere Ausführungen bezüglich der Erschöpfung des Verbreitungsrechts bei der Softwareüberlassung mittels eines Downloads.

##### a) Aktualisierte Programmversion als Gegenstand der Erschöpfung

Software wird auch nach Überlassung regelmäßig durch Updates und Patches aktualisiert und es gibt somit üblicherweise keine statische Programmversion. Dies ist meist schon der Tatsache geschuldet, dass Software Bugs enthält und keine fehlerfreien Softwareprodukte vertrieben werden. Eine Weiterentwicklung – auch anhand von Erfahrungen aus der Praxis – ist üblich. So entspricht die ursprünglich mittels eines Downloads oder eines Datenträgers überlassene Programmversion nicht der, die regelmäßig beim Nutzer gespeichert ist, genutzt und auch möglicherweise an einen Zweitnutzer überlassen wird. Fraglich ist, ob sich die Erschöpfung des Verbreitungsrechts auch auf diese aktualisierte Version bezieht. Insbesondere ist dabei zu beachten, dass bezüglich der Updates ein eigener Wartungsvertrag zwischen dem Nutzer und dem Ersteller der Software bestehen kann. In diesem Zusammenhang führte der EuGH aus, dass ein Wartungsvertrag zu einer Reparatur bzw. Aktualisierung der ursprünglich überlassenen Ko-

---

1829 EuGH, Urteil v. 12. Oktober 2016 – C 166/15 („Ranks“), GRUR 2016, 1271 ff., Rn. 28.

pie führt und verbesserte, veränderte und ergänzte Funktionen Bestandteil der ursprünglich überlassenen Kopie werden. Dies gelte auch bei einem von der Überlassung separaten, zeitlich befristeten Wartungsvertrag, unabhängig davon, ob dieser erst nach erstmaliger Überlassung der Software abgeschlossen werde. In der Folge erstreckte sich die Erschöpfung des Verbreitungsrechts auch auf eine aktualisierte Kopie und gestatte deren Weitergabe.<sup>1830</sup> In der Literatur wird angemerkt, dass auch bei auf einem Datenträger überlassener Software aufgrund von Patches und Updates diese selten noch in ihrer ursprünglichen Form besteht.<sup>1831</sup> Daher wird die Ausweitung der Erschöpfungswirkung auf die aktuellste beim Nutzer bestehende Version befürwortet und als zwingend angesehen, um dem Erschöpfungsgrundsatz bei Software überhaupt Wirkung verleihen zu können.<sup>1832</sup> Teils wird diese Erweiterung der Erschöpfung des Verbreitungsrechts auch als das bahnbrechende Element dieser EuGH-Entscheidung angesehen.<sup>1833</sup> In der „UsedSoft II“-Entscheidung des BGH wird die früher ergangene Rechtsprechung dahingehend verstanden, dass auch Updates oder Patches, welche ohne einen separaten Wartungsvertrag zur Verfügung gestellt wurden, umfasst sind.<sup>1834</sup>

Im Ergebnis ist dem EuGH zuzustimmen. Eine Begrenzung der Wirkung des Erschöpfungsgrundsatzes auf die ursprünglich überlassene Version des Programmes würde den Eigenheiten von Software nicht gerecht werden und zu einer faktischen Aushebelung des Erschöpfungsgrundsatzes und somit von zentralen urheberrechtlichen Wertungen bei Software führen.

Überdies sieht Art. 8 Abs. 2 lit. b) Richtlinie (EU) 2019/770 für Verbraucherverträge über die Bereitstellung digitaler Inhalte zudem eine Aktualisierungspflicht für Anbieter vor. In ErwG 47 wird konkretisiert, dass eine solche Pflicht für einen Zeitraum gilt, „den der Verbraucher vernünftigerweise erwarten würde“. Dies umfasse bei zeitlich beschränkter Überlassung den gesamten Überlassungszeitraum und bei dauerhafter Überlassung könne für eine Bestimmung beispielsweise der Gewährleistungszeitraum herange-

---

1830 EuGH, Urteil v. 03. Juli 2012 – C 128/11 („UsedSoft v. Oracle“), NJW 2012, 2565 ff., Rn. 68 f.

1831 Spindler, CR 2008, 69.

1832 Schneider/Spindler CR 2012, 489, 493 bezugnehmend auf das Szenario, dass ein von der Überlassung unabhängiger Wartungsvertrag besteht.

1833 Witzel CRi 2012, 116, 122.

1834 Schneider, ITRB 2014, 120.

zogen werden. Der Zeitraum für die Bereitstellung von Sicherheitsupdates könne über diesen jedoch noch hinausgehen.<sup>1835</sup>

b) Pflicht zur Löschung bestehender Kopien nach Weitergabe

Ein weiterer Aspekt betrifft die Anzahl bestehender körperlicher Kopien. Wird eine Kopie, welche mittels eines Downloads oder auch mittels eines Datenträgers überlassen wurde, aufgrund der Erschöpfung des Verbreitungsrechts legal weitergegeben, war offen, wie mit Kopien, welche sich bei dem abgebenden Nutzer befinden, zu verfahren ist. Gemäß dem EuGH ist, wenn eine Verbreitung unter Berufung auf die Erschöpfung des Verbreitungsrechts erfolgt, sicherzustellen, dass im Zeitpunkt der Weitergabe sämtliche beim abgebenden Nutzer bestehenden Kopien der Software „unbrauchbar“ gemacht werden.<sup>1836</sup> Andernfalls liege ein Verstoß gegen das allein dem Urheber zustehende Vervielfältigungsrecht vor.<sup>1837</sup> Regelmäßig bestehen sowohl für den Zweitnutzer als auch für den Softwareanbieter Probleme, eine etwaige Unbrauchbarmachung nachzuprüfen. Der EuGH verweist darauf, dass es dem Softwareanbieter freisteht, technische Schutzmaßnahmen wie Produktschlüssel anzuwenden.<sup>1838</sup>

In der Literatur wird dem EuGH grundsätzlich zugestimmt.<sup>1839</sup> Bei dem Erstnutzer dürfe nach der Weitergabe keine Kopie verbleiben.<sup>1840</sup> Teils wird auch die vom EuGH geforderte Unbrauchbarmachung der Kopie im Detail betrachtet. Dabei wird kritisiert, dass während der Übertragung der Software vom Erst- zum Zweitnutzer zumindest kurzzeitig bei beiden eine Kopie besteht, was zu einem rechtswidrigen Zustand führt. Eine Heilung durch das nachträgliche Unbrauchbarmachen wird als rechtlich problematisch bzw. nicht ausreichend angesehen.<sup>1841</sup> Auch wird vorgeschlagen, dass der Erstnutzer, wenn er die in Nutzung befindliche Kopie durch eine neue,

---

1835 Martens, Rn. 258 ff.; Sattler, NJW 2020, 3623, Rn. 16.

1836 EuGH, Urteil v. 03. Juli 2012 – C 128/11 („UsedSoft v. Oracle“), NJW 2012, 2565 ff., Rn. 78.

1837 EuGH, Urteil v. 03. Juli 2012 – C 128/11 („UsedSoft v. Oracle“), NJW 2012, 2565 ff., Rn. 70.

1838 EuGH, Urteil v. 03. Juli 2012 – C 128/11 („UsedSoft v. Oracle“), NJW 2012, 2565 ff., Rn. 79.

1839 Grützmacher, ZGE 2013, 46, 66 mit weiteren Verweisen; Senftleben, NJW 2012, 2925 f.

1840 Hilty, Lizenzvertragsrecht, 769.

1841 Stieper, ZUM 2012, 668, 669.

an den Zweitnutzer zu übertragende Kopie substituiert, dafür sorgen muss, dass die ursprüngliche Kopie unbrauchbar gemacht wird. Dies sei Voraussetzung für das Eintreten der Erschöpfung. Somit könne der Erschöpfungsgrundsatz aufrechterhalten bleiben, auch wenn es an einer körperlichen Kopie als Gegenstand des Rechtsverkehrs fehle.<sup>1842</sup> Auch der BGH ging davon aus, dass die Berechtigung des Zweitnutzers aus Art. 5 Abs. 1 Richtlinie 2009/24/EG die Unbrauchbarmachung der Kopien des Erstnutzers zum Zeitpunkt der Weitergabe verlangt. Die Möglichkeit der Verwendung technischer Schutzmaßnahmen durch den Softwareanbieter ist für den BGH irrelevant.<sup>1843</sup> Die Prüfungsmechanismen hinsichtlich des geforderten tatsächlichen Löschens der Kopie des Erstnutzers<sup>1844</sup> bzw. die Erbringung eines dementsprechenden Beweises<sup>1845</sup> werden als großes Hindernis für den Gebrauchtssoftwarehandel angesehen. Als Beweismittel bezüglich der Löschung werden Echtheitszertifikate sowie digitale Signaturen vorgeschlagen, auf rechtlicher Ebene insbesondere eine Beweislastumkehr.<sup>1846</sup> Der BGH stellte in der „UsedSoft II“-Entscheidung klar, dass der Zweitnutzer die Unbrauchbarmachung nachzuweisen hat<sup>1847</sup> bzw. derjenige, der sich auf Art. 5 Abs. 1 Richtlinie 2009/24/EG beruft.<sup>1848</sup> Daraus wird gefolgt, dass der Zweitnutzer stets bezüglich der Tatbestandsmerkmale des Art. 4 Abs. 2, Art. 5 Abs. 1 Richtlinie 2009/24/EG beweisbelastet ist.<sup>1849</sup> Im Detail sah der BGH eine notarielle Erklärung des Erstnutzers darüber, dass „er rechtmäßiger Inhaber der Lizenzen gewesen sei, diese nicht mehr benutze und den Kaufpreis vollständig bezahlt habe“<sup>1850</sup> bzw. eine Vernichtungserklärung<sup>1851</sup> nicht als ausreichend an. Das OLG München<sup>1852</sup> führte im Jahr 2015 in

---

1842 Haberstumpf, CR 2012, 561, 569.

1843 BGH, Urteil v. 19. März 2015 – I ZR 4/14 („Green-IT“), MMR 2015, 735 ff., Rn. 51 f.

1844 Moritz, K&R 2012, 456, 458.

1845 Ohly, in: Dreier/Hilty, 379, 392.

1846 Ohly, JZ 2013, 42, 44 noch vor der „UsedSoft II“-Entscheidung des BGH.

1847 BGH, Urteil v. 17. Juli 2013 – I ZR 129/08 („UsedSoft II“), NJW-RR 2014, 360 ff., Rn. 64.

1848 BGH, Urteil v. 19. März 2015 – I ZR 4/14 („Green-IT“), MMR 2015, 735 ff., Rn. 50.

1849 BGH, Urteil v. 17. Juli 2013 – I ZR 129/08 („UsedSoft II“), NJW-RR 2014, 360 ff., Rn. 64; BGH, Urteil v. 11. Dezember 2014 – I ZR 8/13 („UsedSoft III“), GRUR 2015, 772 ff.; Rn. 46. Heydn, MMR 2014, 239, 240.

1850 BGH, Urteil v. 17. Juli 2013 – I ZR 129/08 („UsedSoft II“), NJW-RR 2014, 360 ff., Rn. 64.

1851 BGH, Urteil v. 17. Juli 2013 – I ZR 129/08 („UsedSoft II“), NJW-RR 2014, 360 ff., Rn. 64; BGH, Urteil v. 11. Dezember 2014 – I ZR 8/13 („UsedSoft III“), GRUR 2015, 772 ff., Rn. 46.

1852 OLG München, Beschluss v. 02. März 2015 – 6 U 2759/07, MMR 2015, 397, 400.

Bezug auf das Geschäftsmodell von UsedSoft aus, dass der Zweitnutzer „im Einzelnen vortragen (muss), dass

- der Rechtsinhaber seine Zustimmung zum Download der betreffenden Softwarelizenzen gegen Zahlung eines Entgelts erteilt hat,<sup>1853</sup>
- der Rechtsinhaber seinen Erwerbern ein Recht zur zeitlich unbegrenzten Nutzung der jeweiligen Kopie eingeräumt hat,<sup>1854</sup>
- die Nutzung von Updates der Software im jeweiligen konkreten Einzelfall von einem zwischen dem Rechtsinhaber und dem ursprünglichen Erwerber abgeschlossenen Wartungsvertrag gedeckt ist,<sup>1855</sup>
- der Ersterwerber seine eigene Kopie zum Zeitpunkt des Weiterverkaufs unbrauchbar macht, auf seinem Server mithin keine Vervielfältigung mehr erhalten bleibt,<sup>1856</sup> sodass eine unzulässige Aufspaltung der Lizenzen ausgeschlossen ist, und
- im jeweiligen Einzelfall sichergestellt ist, dass der Nacherwerber die Kopie nur in dem Ersterwerber vertraglich gestatteten – bestimmungsgemäßen – Umfang nutzt.“<sup>1857</sup>

Nur mit einer Löschung der beim Erstnutzer bestehenden Kopie kann sichergestellt werden, dass bei diesem keine fortdauernde rechtswidrige Nutzung der Software erfolgt. Die Tatsache, dass während des und im zeitlichen Zusammenhang zum Übertragungsvorgang möglicherweise kurzzeitig zwei Kopien fortbestehen, ist hingegen nicht entscheidend. Zum einen kann sich diese technische Gegebenheit bei der Übertragung von Software ändern. Zum anderen soll das Recht, wie in Bezug auf den „Technischen Ansatz“ bei der Softwarenutzung dargelegt, nicht von technischen Einheiten abhängen, sondern vielmehr technologieneutral sein.<sup>1858</sup> Jedoch sind technische Prüfungsmechanismen für die Löschung einzuführen. Beweisforderungen müssen allgemeinen Anforderungen des Zivilrechts entsprechen, denn es ist nicht erkennbar, warum an den Gebrauchtmärkte von

---

1853 BGH, Urteil v. 17. Juli 2013 – I ZR 129/08 („UsedSoft II“), NJW-RR 2014, 360 ff., Rn. 64.

1854 BGH, Urteil v. 17. Juli 2013 – I ZR 129/08 („UsedSoft II“), NJW-RR 2014, 360 ff., Rn. 61.

1855 BGH, Urteil v. 17. Juli 2013 – I ZR 129/08 („UsedSoft II“), NJW-RR 2014, 360 ff., Rn. 62.

1856 BGH, Urteil v. 17. Juli 2013 – I ZR 129/08 („UsedSoft II“), NJW-RR 2014, 360 ff., Rn. 63–65.

1857 BGH, Urteil v. 17. Juli 2013 – I ZR 129/08 („UsedSoft II“), NJW-RR 2014, 360 ff., Rn. 68.

1858 Hierzu 1. Teil § 3 D.

Software besonders hohe Beweisanforderungen zu stellen sind. Die vom BGH aufgestellten Hürden erscheinen allein aufgrund ihres Detailgrades eher hoch zu sein.

c) Keine Aufspaltung von Volumenlizenzen

Typischerweise werden einzelne Teile von Volumenlizenzen in Unternehmen nicht mehr benötigt bzw. sollen hinzuerworben werden. Fraglich ist, ob diese Gegenstand des Gebrauchtssoftwarehandels sein können. Gemäß dem EuGH ist eine Aufspaltung von Volumenlizenzen unzulässig,<sup>1859</sup> denn in diesem Fall macht der abgebende Nutzer die bei ihm noch bestehende Kopie nicht unbrauchbar. Der EuGH unterschied somit zwischen der tatsächlich bestehenden Kopie und den einzelnen Nutzungsrechten und sah die Kopie als Bezugspunkt an.<sup>1860</sup> Das Aufspaltungsverbot von Volumenlizenzen wird teils als ständige Rechtsprechung sowie als herrschende Meinung beschrieben.<sup>1861</sup> Allerdings wird auch festgestellt, dass ein Verbot des reinen Zuerwerbs von einzelnen Lizenzen, ohne tatsächlich eine Kopie erlangen zu wollen, eine starke Begrenzung des Gebrauchtssoftwaremarktes darstellt.<sup>1862</sup> Andere lehnen ein urheberrechtliches Aufspaltungsverbot ab und sehen allenfalls eine Vertragsverletzung bzw. eine Treuwidrigkeit des Weiterverkäufers als möglich an.<sup>1863</sup> Teils wird ausgeführt, der EuGH hat sich nicht allgemein gegen eine Aufspaltung von Volumenlizenzen ausgesprochen, sondern gegen die im Fall vorliegenden Client-Server-Lizenzen, denn ein Löschen – wie es der EuGH nach der Weitergabe fordert – erfolgt bei Client-Server-Lizenzen nicht und die auf dem Server vorgehaltene Kopie wird mit einer verringerten Anzahl von Clients bzw. Nutzungsrechten weitergenutzt.<sup>1864</sup> Letztlich dürfe es zu keiner Zunahme von Vervielfältigungsstücken auf den Servern des Erst- und des Zweitnutzers

---

1859 EuGH, Urteil v. 03. Juli 2012 – C 128/11 („UsedSoft v. Oracle“), NJW 2012, 2565 ff., Rn. 69.

1860 EuGH, Urteil v. 03. Juli 2012 – C 128/11 („UsedSoft v. Oracle“), NJW 2012, 2565 ff., Rn. 70, 71 in diese Richtung.

1861 Heydn, MMR 2012, 686, 692 zustimmend mit weiteren Verweisen; Rauer/Ettig, EWS 2012, 322, 327; Walter, MR-Int 1–2/12, 41.

1862 Moritz, K&R 2012, 456, 458.

1863 Haberstumpf, NJOZ 2015, 793, 804.

1864 Hilty/Köklü/Hafenbrädl, IIC 2013, 263, 283; Hoeren/Försterling, MMR 2012, 642, 645; Ohly, JZ 2013, 42, 44; Redeker, CR 2014, 73, 76.

kommen.<sup>1865</sup> Für andere ist eine Aufspaltung von Volumenlizenzen generell unzulässig,<sup>1866</sup> teils wird auch eine weitere Entscheidung des EuGH für erforderlich gehalten.<sup>1867</sup> Der BGH führte in der „UsedSoft III“-Entscheidung aus, dass eine Aufspaltung von Volumenlizenzen – im Gegensatz zu Client-Server-Lizenzen – im Einklang mit dem „UsedSoft v. Oracle“-Urteil des EuGH rechtmäßig ist, soweit eine tatsächliche Aufspaltung der im Volumen erworbenen Kopien erfolgt (in der Regel bei eigenständigen Installationen auf mehreren Arbeitsplätzen).<sup>1868</sup>

In Bezug auf die Sicherstellung der „angemessenen Vergütung“ des Urhebers hat keine Unterscheidung zwischen den einzelnen technischen Ausgestaltungen von Volumenlizenzen zu erfolgen. Es ist irrelevant, ob viele Einzelplatzlizenzen oder eine Client-Server-Lizenz mit einer zentralen Kopie, auf welche über Clients zugegriffen wird, Gegenstand des Softwareüberlassungsvertrages sind. Zudem können sich technische Gegebenheiten bei der Nutzung von Software ändern. Auch soll das Recht, wie in Bezug auf den „Technischen Ansatz“ bei der Softwarenutzung dargelegt, nicht von technischen Einzelheiten abhängen, sondern ein technologieneutraler Ansatz ist zu bevorzugen.<sup>1869</sup> In der Folge ist eine allein auf die „angemessene Vergütung“ abstellende Betrachtung zu befürworten. Grundsätzlich ist bei Volumenlizenzen und damit einhergehenden Preisnachlässen zu beachten, dass es einem Softwareanbieter freisteht, solche anzubieten<sup>1870</sup> und es nicht Zweck des Urheberrechts ist, schlechtes betriebswirtschaftliches Handeln des Softwareanbieters zu korrigieren.<sup>1871</sup> Letztlich ist es dem Rechtsinhaber möglich, mittels seiner Preispolitik eine angemessene Vergütung zu erzielen. Im Ergebnis ist eine mögliche Aufspaltung von Volumenlizenzen zu befürworten.

---

1865 BGH, Urteil v. 17. Juli 2013 – I ZR 129/08 („UsedSoft II“), NJW-RR 2014, 360 ff., Rn. 63, 65.

1866 Heydn, MMR 2012, 586, 592; Rössl, ITRB 2013, 28, 29

1867 Redeker, CR 2014, 73, 76.

1868 BGH, Urteil v. 11. Dezember 2014 – I ZR 8/13 („UsedSoft III“), GRUR 2015, 772 ff., Rn. 45. Schon früher OLG Frankfurt am Main, Urteil v. 18. Dezember 2012 – 11/U 68/11, GRUR 2013, 279, 282 B. I. 2. b).

1869 Hierzu I. Teil § 3 D.

1870 Grützmacher CR 2010, 141, 142 hierzu ausführlicher; Hilty/Köklü/Hafenbrädl, IIC 2013, 263, 283; Marly, GRUR 2013, 283, 284.

1871 Hilty/Köklü/Hafenbrädl, IIC 2013, 263, 283 in diese Richtung.

### III. Zusammenfassung

Dem traditionellen Begriff des Erstverkaufs der Kopie werden im Fall der Softwareüberlassung mittels eines Downloads Grenzen aufgezeigt. Der EuGH hat diesen Sachverhalt noch unter die Richtlinie 2009/24/EG subsumiert, allerdings sind die Tatbestandsmerkmale der Norm nicht erfüllt. Es fehlt sowohl an einer Kopie als auch an einer Eigentumsübertragung. Zutreffend ist allein, dass das Entgelt den wirtschaftlichen Wert der Kopie bzw. des Nutzungsrechts widerspiegeln muss, um somit eine angemessene Vergütung des Urhebers sicherzustellen. Rechtspolitisch ist dem EuGH zu der Erweiterung des Begriffs des Erstverkaufs jedoch zuzustimmen. Es sollte eine Gesamtbetrachtung des Überlassungsvertrages erfolgen sowie der Begriff des Verkaufs urheber- und nicht schuldrechtlich und folglich weit ausgelegt werden. Somit können die urheberrechtlichen Wertungen, welche hinter dem Verbreitungsrecht und seiner Erschöpfung stehen, zur Geltung kommen. Überdies ist dem EuGH insoweit zuzustimmen, als stets die aktuellste beim Nutzer bestehende Programmversion Gegenstand der Erschöpfung ist. Auch ist eine Pflicht zur Löschung bestehender Kopien nach der Weitergabe zwingend. Fehl geht der EuGH hingegen mit seinen Ausführungen zum Verbot der möglichen Aufspaltung von Volumenlizenzen. Eine solche Möglichkeit der Aufspaltung ist vielmehr zu befürworten.

#### D. Erstverkauf bei der Softwarenutzung mittels Cloud Computing

Zu beachten ist, dass der Download von Software nicht mehr den Status quo der Softwarenutzung darstellt, denn dieser liegt im Cloud Computing.<sup>1872</sup> Allerdings besteht bei der Softwarenutzung mittels Cloud Computing allein beim Softwareersteller bzw. Anbieter des Cloudservices eine Kopie gemäß Art. 4 Abs. 2 Richtlinie 2009/24/EG. Eine Subsumtion einer solchen unter das Verbreitungsrecht kann nicht mehr erfolgen.<sup>1873</sup> Auch kann die Kopie nicht Gegenstand einer Eigentumsübertragung an den Nutzer sein. In der Folge fehlt es an den wesentlichen Tatbestandsmerkmalen des Verkaufsbegriffs. Allein die Zahlung einer angemessenen Vergütung ist möglich. Diese erfolgt aber nicht für das Eigentum an einer Kopie

---

1872 Hierzu 3. Teil § 1 C.

1873 Lehmann, GRUR Int. 2015, 677, 678 in diese Richtung; Leriche/Ruelle, RLDI 2012, 86, 30, 35 darauf verweisend, dass eine solche nicht Gegenstand eines Verkaufs sein kann.

bzw. für die Überlassung einer solchen, sondern für die Verschaffung der Möglichkeit, die Software mittels Cloud Computing nutzen zu können, welche insbesondere mit der Einräumung eines Nutzungsrechts einhergeht. Im Ergebnis mangelt es bei der Softwarenutzung mittels Cloud Computing an einem Erstverkauf im Sinne des Art. 4 Abs. 2 Richtlinie 2009/24/EG.

## E. Zusammenfassung

Der Erstverkauf stellt die zentrale tatbestandliche Voraussetzung der Erschöpfung des Verbreitungsrechts dar. Soweit Software auf einem Datenträger überlassen wird und dieser regelmäßig Gegenstand eines Kaufvertrages ist, erschöpft sich mit diesem Kauf das Verbreitungsrecht an dem vertragsgegenständlichen Werkstück. Im Fall der Nutzung von Software nach deren Überlassung mittels eines Downloads erweiterte der EuGH den Begriff des Erstverkaufs in der „UsedSoft v. Oracle“-Entscheidung und stellte fest, dass ein Kaufvertrag „eine Vereinbarung (ist,) nach der eine Person an eine andere Person ihre Eigentumsrechte an einem ihr gehörenden körperlichen oder nichtkörperlichen Gegenstand abtritt“. Dies erfolge gegen Zahlung eines Entgelts in Höhe des „wirtschaftlichen Werts“ der Kopie, um eine „angemessene Vergütung“ des Urhebers sicherzustellen. Allerdings fehlt es entgegen den Ausführungen des EuGH bei der Softwareüberlassung mittels eines Downloads an einer Kopie und in der Folge scheitert auch eine Eigentumsübertragung an einer solchen. Allein das Tatbestandsmerkmal der angemessenen Vergütung kann erfüllt werden. Wird Software mittels Cloud Computing genutzt, so mangelt es zudem an jedem Anknüpfungspunkt für eine Kopie und einer Eigentumsübertragung – auch die Grenzen der EuGH-Rechtsprechung sind überschritten. Die Richtlinie 2009/24/EG würde de lege lata diese Lebenssachverhalte nicht mehr erfassen.

## § 4. Lösungsansatz: Urheberrechtlicher Verkaufsbegriff als Tatbestandsmerkmal der Erschöpfung des Verbreitungsrechts

Die Analyse des „Erweiterten Begriff des Erstverkaufs“ im Sinne des EuGH ergab, dass dieses Tatbestandsmerkmal der urheberrechtlichen Erschöpfung bei der Subsumtion der Softwareüberlassung mittels eines Downloads unter Art. 4 Abs. 2 Richtlinie 2009/24/EG an Grenzen stößt, auch wenn der EuGH eine solche Subsumtion noch befürwortete. Wie der EuGH

in der „UsedSoft v. Oracle“-Entscheidung darlegte, kann in diesem Fall jedoch nicht mehr mit dem schuldrechtlichen Verkaufsbegriff argumentiert werden. Dies führte letztlich auch zur „UsedSoft v. Oracle“-Entscheidung in einem Vorabentscheidungsverfahren, denn vom Vorlagegericht war erkannt worden, dass eine Subsumtion eines Downloads von Software unter Art. 4 Richtlinie 2009/24/EG nicht mehr ohne Bedenken möglich ist. Allerdings ist die Realität der Nutzung von Software weiter als die Vorlagefragen an den EuGH. Software wird heute regelmäßig mittels Cloud Computing genutzt. In diesem Fall fehlt es, auch unter Zugrundelegung des „Erweiterten Begriff des Erstverkaufs“ im Sinne des EuGH, zum einen an einer einem Nutzer überlassenen Kopie und zum anderen an einer Eigentumsübertragung an einer solchen.

Demgegenüber könnten der Begriff des Erstverkaufs gemäß Art. 4 Abs. 2 Richtlinie 2009/24/EG und dessen Tatbestandsmerkmale Kopie, Eigentumsübertragung sowie die Vergütung als Gegenleistung einer anderen Auslegung zugänglich sein, um auch die Softwarenutzung mittels Cloud Computing noch zu erfassen. Dafür müsste der Begriff des Erstverkaufs jedoch in seinen urheberrechtlichen Regelungskontext gestellt werden. In der Folge könnte die Verwendung eines dem schuldrechtlichen Kaufvertrag nahestehenden Begriffs des Erstverkaufs, welcher allein die Nutzung der Software nach Überlassung auf einem Datenträger erfasst, als ein überholter und allein der Vergangenheit geschuldeter Fehlgriff bezeichnet werden. Denn nur bei körperlichen Werkstücken entspricht der urheberrechtliche auch dem schuldrechtlichen Verkaufsbegriff und erlaubt eine quasi-identische Verwendung, wie sie vor der „UsedSoft v. Oracle“-Entscheidung des EuGH stets erfolgt war.

#### A. Historischer Anknüpfungspunkt für urheberrechtlichen Verkaufsbegriff

Für eine solche neue urheberrechtliche Definition des Begriffs des Erstverkaufs gibt es auch historische Anhaltspunkte. Zwar erfolgten sowohl in der Richtlinie 2009/24/EG als auch in der Vorgängerrichtlinie 91/250/EWG keine Erläuterungen des Terminus Verkauf, jedoch lassen sich aus dem Richtlinienvorschlag der Kommission aus dem Jahr 1988<sup>1874</sup> Rückschlüs-

---

1874 Vorschlag der Kommission für eine Richtlinie des Rates über den Rechtsschutz von Computerprogrammen, ABl. EG C 91/4 v. 12. April 1989; Geänderter Vorschlag für eine Richtlinie des Rates über den Rechtsschutz von Computerprogrammen, ABl. EG C 320 v. 20. Dezember 1990, S. 22–30.

se ziehen. In diesem wurde ausgeführt, dass Softwareprodukte meist Lizenzvereinbarungen unterliegen, allein Standardsoftwareprogrammpakete und Spiele wurden davon ausgenommen.<sup>1875</sup> „Shrink-wrap licences“ (Verpackungslizenzen) wurden derart beschrieben, dass bei solchen die „Anwendungsbedingungen“ mit dem „Produkt“ derart verbunden sind, dass dieses „praktisch verkauft“ wird. Allerdings sei der Gesamtvertrag eine „Lizenz“.<sup>1876</sup> Ein „Verkauf“ bedeutet demnach, dass eine „körperliche Kopie des Programms“ verbunden mit „Rechten zur Anwendung“ an den Nutzer übergeht. Im Gegensatz dazu wurden Lizenzverträge „im konventionellen Sinne“ beschrieben. Bei individuell ausgehandelten Lizenzbedingungen sprach der Richtlinienvorschlag von einer „Lizenzerteilung im konventionellen Sinn“ und bei der Überlassung von Standardsoftware von einem „Verkauf“ – allerdings in Anführungszeichen. Nach den Erklärungen der Begriffe wurden schließlich die Termini „Lizenzvereinbarung“ bzw. „Kauf“ dementsprechend verwendet.<sup>1877</sup> Es erscheint so, dass der Terminus „Lizenzvereinbarung“/„Lizenz“ benutzt wurde, soweit allein Lizenzbedingungen den Vertragsgegenstand ausmachen und die Art und Weise, wie die Software vom Nutzer erlangt wird, offenbleiben kann. Sobald hingegen ein körperlicher Datenträger, auf welchem die Software gespeichert ist, Gegenstand des Vertrages ist und auch im schuldrechtlichen Sinn verkauft wird, wurde trotz der daneben bestehenden Lizenz, wohl der Vereinfachung halber, von einem „Kauf“ gesprochen. In einem Arbeitsdokument des Wirtschafts- und Sozialausschusses der Europäischen Gemeinschaft aus dem Jahr 1989 wird angemerkt, dass nur die wenigsten Computerprogramme „verkauft“ werden. Vielmehr würden diese lizenziert und der Urheberrechtsinhaber behalte alle Immaterialgüterrechte.<sup>1878</sup> Die in dieser Arbeit behandelte Überlassung von Standardsoftware entspricht demnach einer solchen Lizenz, denn es wird allenfalls ein einfaches, nicht-ausschließliches Nutzungsrecht eingeräumt. In gleiche Richtung ging der deutsche Regie-

---

1875 Geänderter Vorschlag für eine Richtlinie des Rates über den Rechtsschutz von Computerprogrammen, ABl. EG C 320 v. 20. Dezember 1990, S. 22–30, Erster Teil, Allgemeines, 3.3.

1876 Geänderter Vorschlag für eine Richtlinie des Rates über den Rechtsschutz von Computerprogrammen, ABl. EG C 320 v. 20. Dezember 1990, S. 22–30, Erster Teil, Allgemeines, 3.4.

1877 Geänderter Vorschlag für eine Richtlinie des Rates über den Rechtsschutz von Computerprogrammen, ABl. EG C 320 v. 20. Dezember 1990, S. 22–30, Erster Teil, Allgemeines, 3.5. und dann im weiteren Richtlinienvorschlag.

1878 Arbeitsdokument des Wirtschafts- und Sozialausschusses v. 03. April 1989 IND/360, S. 4.

rungsentwurf aus dem Jahr 1992 zur Umsetzung der Richtlinie 91/250/EWG. Dieser umfasste als „Erwerber“ den Begriff des Lizenznehmers<sup>1879</sup> sowie den des Käufers.<sup>1880</sup> Als Bezugspunkt des Kaufs kam der Datenträger in Betracht<sup>1881</sup> oder unter Verwendung der urheberrechtlichen Terminologie die Kopie.<sup>1882</sup>

Wird somit wie bei einem Download keine körperliche Kopie von der Software übergeben, so erscheint es möglich, sich wieder von dem Begriff des Kaufs zu lösen und diese „Fehlverwendung“ aus dem Jahr 1988 rückgängig zu machen. Denn bei der Betrachtung der Entstehungsgeschichte des Terminus Verkauf aus Art. 4 Abs. 2 Richtlinie 91/250/EWG sowie Richtlinie 2009/24/EG zeigt sich, dass keineswegs ein schuldrechtlicher Kaufvertrag über die Software bestehen sollte. Es wurde vielmehr der Fokus auf den immaterialgüterrechtlichen Lizenzvertrag gelegt und ein etwaiger Kauf bezog sich allein auf einen Datenträger.<sup>1883</sup> Eine solche immaterialgüterrechtliche Betrachtung des Verkaufsbegriffs wird teils in der Literatur befürwortet,<sup>1884</sup> aber auch abgelehnt.<sup>1885</sup> Auch wird teils die Subsumtion von einem Download unter einen Kaufvertrag begrüßt. Bei einem Kaufvertrag müsse schließlich keine Übergabe eines Werkstücks erfolgen, es sei auch eine Online-Übermittlung möglich.<sup>1886</sup> Es ist festzuhalten, dass durch das „UsedSoft v. Oracle“-Urteil des EuGH keine Festlegung auf die schuldrechtliche Rechtsnatur des Vertrages erfolgte und vorgeblich schuldrechtliche Ausführungen des EuGH nicht überzubewerten sind. Dieser war in seinen Ausführungen schließlich an den Wortlaut der Richtlinie und den dort verwendeten Begriff des Verkaufs gebunden.<sup>1887</sup> Darüber hinaus ist zu beachten, dass allein bei einem urheberrechtlichen Verständnis des Kaufbe-

---

1879 Blocher, in: Walter, Art. 5 Richtlinie 2009/24/EG, Rn. 10.

1880 BRegE, Entwurf eines Zweiten Gesetzes zur Änderung des Urheberrechtsgesetzes, BT-Drs. 12/4022 v. 18. Dezember 1992, 12.

1881 Bröckers, MMR 2011, 18, 18.

1882 Geänderter Vorschlag für eine Richtlinie des Rates über den Rechtsschutz von Computerprogrammen, ABl. EG C 320 v. 20. Dezember 1990, S. 6.

1883 Beispielsweise wird auch hinsichtlich des Terminus des „Vermietens“ im Urheberrecht erkannt, dass dies kein schuldrechtlicher Begriff ist, Bartsch, CR 2012, 141, 145.

1884 Hilty, GRUR 2018, 856, 867 in Bezug auf den Verkaufsbegriff des § 17 Abs. 2 UrhG von einem urheberrechtlichen und nicht kaufrechtlichen Begriff sprechend; Joos, 74 f.; Moritz, K&R 2012, 456 f. wohl in diese Richtung.

1885 Marly, Rn. 662 und 707 ff. die „UsedSoft v. Oracle“-Entscheidung des EuGH vertragsrechtlich interpretierend.

1886 Hierzu 3. Teil § 3 C II. 3.

1887 Hilty/Köklü/Hafenbrädl, IIC 2013, 263, 274 in diese Richtung; Ohly, JZ 2013, 43.

griffs auf eine Übergabe der Kaufsache als wesensbeschreibendes Element eines Kaufvertrages im Sinne des § 433 BGB verzichtet werden kann. Bei der Softwarenutzung mittels Cloud Computing ermangelt es schließlich unstreitig an einer Sache, welche übergeben wird. Vielmehr greift der Softwarenutzer bei jeder Nutzung auf die in der Cloud liegende Software zu. Aus urheberrechtlicher Perspektive müsse jedoch auch in diesem Fall, im Gleichlauf zur Überlassung mittels eines Datenträgers oder mittels eines Downloads, das Nutzungsrecht des Softwarenutzers begründet werden. Bei letztgenannten Überlassungs- bzw. Nutzungsarten regele dies der Erschöpfungsgrundsatz.<sup>1888</sup>

## B. Urheberrechtlicher Verkaufsbegriff und Erschöpfungsgrundsatz

Der EuGH stellte fest, dass ein Kaufvertrag im Sinne des Art. 4 Abs. 2 Richtlinie 2009/24/EG eine Vereinbarung ist, nach der eine Person an eine andere Person ihre Eigentumsrechte an einem ihr gehörenden körperlichen oder nichtkörperlichen Gegenstand abtritt und dies gegen Zahlung eines Entgelts in Höhe des wirtschaftlichen Werts der Kopie, um eine angemessene Vergütung des Urhebers sicherzustellen. Übertragen auf die analoge Welt beschreibt dies den Verkauf eines Werkstücks wie beispielsweise eines Buches. Ein solcher Verkauf entspricht einer urheberrechtlichen Verbreitung. Es tritt unstreitig eine Erschöpfung des Verbreitungsrechts an diesem Buch als Werkstück ein.

### I. Tatbestand eines urheberrechtlichen Verkaufsbegriff

Wird bei der Softwareüberlassung der Terminus der Kopie durch den des Nutzungsrechts ersetzt,<sup>1889</sup> so kann an diesem Recht keine Eigentumsübertragung erfolgen. Nutzungsrechte werden im deutschen Urheberrecht eingeräumt. Einer Übertragung von Eigentum kommt allerdings die Einräumung eines dauerhaften Nutzungsrechts nahe, denn ein solches berechtigt zur dauerhaften Nutzung der Software, ähnlich wie das Eigentumsrecht grundsätzlich dazu berechtigt, mit der Sache dauerhaft nach Belieben zu verfahren, beispielsweise im deutschen Recht gemäß § 903 BGB. Auch

---

1888 Hilty, GRUR 2018, 865, 867.

1889 Hierzu 3. Teil § 2.

die Zahlung eines Entgelts – bei der Softwareüberlassung zum Beispiel eine Einmalzahlung – entspricht dem beschriebenen Lebenssachverhalt des Buchkaufs. Ein sogenannter „urheberrechtlicher Erstverkauf“ könnte beschrieben werden als die Verschaffung der Möglichkeit der tatsächlichen Nutzung der Software sowie die Einräumung eines dauerhaften Nutzungsrechts gegen eine Einmalzahlung als angemessene Vergütung. Der Bezugspunkt des urheberrechtlichen Verkaufsbegriffs wäre in diesem Fall nicht mehr etwas Körperliches wie ein physischer Datenträger, sondern „die Kopie des Computerprogramms selbst und die mit ihr verbundene Nutzungslizenz.“<sup>1890</sup> Fehlt es an der Kopie, so würde allein die Nutzungslizenz, also das Nutzungsrecht, als Bezugspunkt sowohl des Verkaufs als auch in der Folge des Erschöpfungsgrundsatzes dienen.

## II. Bewertung der Ausweitung des Erschöpfungsgrundsatzes

Ein Lösen des Erschöpfungsgrundsatzes von dem Vorliegen eines körperlichen Werkstücks wird kontrovers diskutiert. Teils wird angemerkt, der Erschöpfungsgrundsatz sei dem Urheberrecht immanent und solle nicht am mangelnden körperlichen Werkstück bei einem Download scheitern.<sup>1891</sup> Auch wird eine Übertragung des Rechtsgedankens der Erschöpfung auf online-überlassene Software begrüßt, wenn ein dauerhaftes Nutzungsrecht gegen Entgelt eingeräumt wird.<sup>1892</sup> André Lucas führt aus, dass es künstlich erscheint, die Wirkungen des Erschöpfungsgrundsatzes von der Existenz eines Kaufvertrages über einen Datenträger abhängig zu machen, insbesondere ist auch der Wert des Datenträgers vernachlässigbar. Vielmehr solle die Vertragsrealität und somit die Software unabhängig von ihrem Träger betrachtet werden.<sup>1893</sup> Insbesondere, wenn es auch an einem Download ermangelt, handelt es sich tatsächlich nicht mehr um eine Ausweitung des Erschöpfungsgrundsatzes, sondern vielmehr um die Schaffung einer Rechtsfigur, welche Wertungen des Erschöpfungsgrundsatzes übernimmt.

Andere sehen in diesem Szenario eine Grenze überschritten und weisen bezüglich des Rechts zur Weiterveräußerung darauf hin, dass der Erschöpfungsgrundsatz das rechtlich schwerer zu erklärende Modell der stillschwei-

---

1890 EuGH, Urteil v. 12. Oktober 2016 – C 166/15 („Ranks“), GRUR 2016, 1271 ff., Rn. 34.

1891 Hoeren, CR 2006, 573, 574.

1892 Sosnitza, ZUM 2009, 521.

1893 Lucas, Pi 2009, 31, 268, 269.

genden Lizenz verdrängt hatte,<sup>1894</sup> diese Verdrängung aber unter Umständen zu voreilig erfolgte. Sobald ein körperliches Werkexemplar fehle, komme der Erschöpfungsgrundsatz tatbestandlich nicht mehr zur Anwendung,<sup>1895</sup> und der Bezugspunkt verschiebe sich weg vom Vervielfältigungsstück hin zum Vervielfältigungsrecht, was dem Erschöpfungsgrundsatz widerspreche.<sup>1896</sup> Es wird erkannt, dass sich das Nutzungsrecht scheinbar selbst erschöpfe und nicht mehr das Verbreitungsrecht in Bezug auf eine Kopie. Im Ergebnis sei allenfalls eine analoge Anwendung des Erschöpfungsgrundsatzes möglich.<sup>1897</sup> Eine solche Übertragung des Erschöpfungsgrundsatzes auf digitale Sachverhalte hätte jedoch nicht mehr viel gemein mit dem ursprünglich im Patentrecht entwickelten immaterialgüterrechtlichen Rechtsgrundsatz.<sup>1898</sup> Hilty versucht einen Vergleich der Interessenslagen zwischen der Überlassung von Software mittels eines Datenträgers und der Nutzung von Software mittels Cloud Computing, bezweifelt letztlich jedoch eine vergleichbare Interessenslage,<sup>1899</sup> denn die Rechtsinhaber haben mittels technischer Schutzmaßnahmen und vertraglicher Gestaltungsmöglichkeiten ausreichend Mittel zur Hand, um insbesondere auch bei Cloud Computing-Lösungen ihre Interessen zu schützen.<sup>1900</sup> Diese erlaubten es Anbietern mehr und mehr, jede einzelne Nutzung zu kontrollieren und damit dem Urheberrecht zu entziehen.<sup>1901</sup> Letztlich „werde es irrelevant, ob die Nutzung selbst urheberrechtlich relevant“ sei.<sup>1902</sup> Immaterialgüterrechtliche Rechtsfiguren wie beispielsweise die der „implied licence“ würden mittels technischer Schutzmaßnahmen und entsprechenden Vertragsbedingungen bei Cloud-Modellen verhindert.<sup>1903</sup>

---

1894 Hilty, in: Harrer/Portmann/Zäch, 61, 78 mit weiteren Verweisen u.a. auf Kohler, Josef, Handbuch des deutschen Patentrechts, 1890, 452 ff.

1895 Hilty, in: Harrer/Portmann/Zäch, 61, 78

1896 Senfleben, NJW 2012, 2925 f.

1897 Wiebe, in: Münchener Anwaltshandbuch IT-Recht, Teil 3, Rn. 94 (in früherer Auflage: 3. Auflage, 2013).

1898 Hilty, in: Bruun/Dinwoodie/Levin/Ohly, 272, 283 davon sprechend, dass außerhalb des Bereichs physischer Güter der Anwendungsbereich des Erschöpfungsgrundsatzes „erschöpft“ ist bzw. mit dem Titel der Veröffentlichung die Frage stellend, ob sich das Rechtsinstitut der Erschöpfung „erschöpft“ hat.

1899 Hilty, Urheberrecht, Rn. 315,

1900 Hilty, Urheberrecht, Rn. 318; Hilty, in: Bruun/Dinwoodie/Levin/Ohly, 272, 278;

1901 Hilty, in: Bruun/Dinwoodie/Levin/Ohly, 272, 278, 281; Hilty, Urheberrecht, Rn. 317.

1902 Hilty, in: Bruun/Dinwoodie/Levin/Ohly, 272, 278.

1903 Hilty, in: Bruun/Dinwoodie/Levin/Ohly, 272, 281.

Bei Ablehnung einer „Online-Erschöpfung“ könnten Rechtsinhaber vertraglich eine Weitergabe ausschließen und somit Schutz erfahren.<sup>1904</sup> Auch seien etwaige technische Schutzmaßnahmen nicht per se schlecht, denn der Schutz von Geschäftsmodellen könne legitim sein. Jedoch seien solche technischen Schutzmaßnahmen nur schutzwürdig, soweit diese sich im bestehenden Rechtsrahmens bewegen. Der Gesetzgeber müsse eine Richtungsentscheidung für die nun bestehenden neuen technischen Rahmenbedingungen treffen und festlegen, wie mit diesen umzugehen sei.<sup>1905</sup> Auch Ohly verlangt eine Intervention des Gesetzgebers und stellt fest, dass der Erschöpfungsgrundsatz auf nicht-rivalen Nutzungen von Werkstücken basiert, bei digitalen Gütern ist hingegen eine rivale Nutzung möglich. Die Anerkennung des Erschöpfungsgrundsatzes bei der Einräumung von Nutzungsrechten würde schließlich zur Verkehrsfähigkeit von Nutzungsrechten führen.<sup>1906</sup> Zuzustimmen ist in jedem Fall, dass der Gesetzgeber eine Entscheidung treffen muss, ob und welche neuen Regelungen erforderlich sind, um insbesondere die digitale Werknutzung abzubilden. Wie oben beschrieben stellt sich die Frage der Einordnung der Online-Nutzung nicht nur in Bezug auf die Erschöpfung des Verbreitungsrechts, sondern schon bei der Subsumtion der Nutzung von Software mittels Cloud Computing unter die Software-Richtlinie 2009/24/EG. Jedoch birgt dies stets die Gefahr, dass der Gesetzgeber und in der Folge die das Gesetz konkretisierenden Gerichtsentscheidungen einem Wettlauf gegen die Entwicklung von Geschäftsmodellen nicht standhalten. Insbesondere ist zu beachten, dass Geschäftsmodelle maßgeblich auch von technischen Entwicklungen abhängen, welche nicht vorausgesagt werden können. Tatsächlich ist festzustellen, dass derzeit das Vertragsrecht bzw. rechtmäßige technische Schutzmaßnahmen ein opportunes Mittel darstellen, um die Interessen der Urheber zu schützen. Jedoch ist auch hier auf nachgelagerter Ebene stets eine Abwägung erforderlich, ob bei der Bestimmung des Rechtsrahmens für technische Schutzmaßnahmen oder insbesondere bei der AGB-Kontrolle von Vertragsbedingungen. Es erscheint fraglich, ob es möglich sein wird, hier einen klaren Rechtsrahmen und somit auch Rechtssicherheit zu schaffen, wie es der „Schwarz-Weiß-Ansatz“ des Erschöpfungsgrundsatzes bisher schaffen konnte und an diesen angelehnte Modelle es unter Umständen in der Zukunft schaffen könnten.

---

1904 Hilty, GRUR 2018, 865, 879.

1905 Hilty, in: Calboli/Lee, 64, 78 f.; Hilty, in: Bruun/Dinwoodie/Levin/Ohly, 272, 280, 281.

1906 Ohly, JZ 2013, 44.

Auch wird angemerkt, dass es bei der Nutzung von digitalen Werken über Cloud-Modelle in der Regel an einer Einmalzahlung fehlt, sondern es erfolgen fortlaufende Zahlungen für die jeweiligen Nutzungszeiträume. Dies führe dazu, dass kein Restwert beim Erstnutzer verbleibe, welchen dieser zu monetarisieren beabsichtige.<sup>1907</sup> Daher sinke auch die praktische Relevanz dieser Fragestellungen.<sup>1908</sup> Auch sei zu beachten, dass ein Beharren auf dem Erschöpfungsgrundsatz Rechtsinhaber motiviere, weiter auf Cloud-Nutzungsmodelle zu setzen.<sup>1909</sup> Es ist zuzustimmen, dass durch Zeitverträge mit einer kurzen Vertragsdauer bzw. per-per-use Modellen die faktische Relevanz dieser Fragestellungen sinkt. Jedoch stellt dies keinen Nachteil dar. Solche Vertragsmodelle haben das Potential, den wirtschaftlichen Wert einer Nutzung noch präziser zu bestimmen und die Vergütung daran anzupassen. Das „Preis-Leistungs-Verhältnis“ kann somit sowohl auf Anbieter- als auch auf Nutzerseite optimiert werden. Insbesondere für Nutzer bieten Modelle, bei welchen eine große Auswahl an verschiedenartigen Softwares angeboten werden, jedoch keine hohen Anschaffungskosten anfallen, einen Vorteil. Im Ergebnis kann sich das Lizenzverträgen anhaftende Risiko der unklaren tatsächlichen späteren Nutzung der Lizenz bzw. des Lizenzgegenstands hierdurch maßgeblich reduzieren.

Auch aus vertragsrechtlicher Perspektive wird gegen eine im Widerspruch zum Willen des Urhebers stehende Übertragung der Nutzungsrechte argumentiert. So stehe der Ausschluss eines Parteiwechsels im Einklang mit der „allgemeinen lizenzvertraglichen Dogmatik“, welche „zentral auf Vertragsfreiheit beruht.“<sup>1910</sup> Bei den hier in Frage stehenden Massenverträgen komme es dem Urheber jedoch in der Regel nicht darauf an, wer sein Werk nutze und eine Übertragung des Nutzungsrecht erscheine gerechtfertigt.<sup>1911</sup> Auch Art. 5 Abs. 1 Richtlinie 2009/24/EG unterstreiche diese Ansicht, in dem dieser von der „Ermangelung spezifischer vertraglicher Bestimmungen“ spreche. Auch wenn der Norm ein „zwingender Kern“ zugeschrieben werde, enthielte dieser kaum, „dass eine Nutzungsberechtigung übertragbar sein muss.“<sup>1912</sup> Dem ist grundsätzlich zuzustimmen, jedoch ist das Interesse des Lizenzgebers an einem spezifischen Nutzer bei Massenverträgen wie Software wohl vernachlässigbar. Auch bei körperlichen Werk-

---

1907 Hilty, in: Bruun/Dinwoodie/Levin/Ohly, 272, 279.

1908 Hilty, in: Calboli/Lee, 64, 81 f.

1909 Hilty, Urheberrecht, Rn. 317.

1910 Hilty, GRUR 2018, 865, 873 f.

1911 Hilty, in: Calboli/Lee, 64, 79 f.

1912 Hilty, GRUR 2018, 865, 874.

stücken von Software konnte der Rechtsinhaber die Nutzung eines Werkstücks nicht steuern, sobald sein Verbreitungsrecht an diesem erschöpft war.

Letztlich wird vorgeschlagen, Lösungen über andere Rechtsbereiche herbeizuführen. So sei beispielsweise das Kartellrecht ein besseres rechtliches Mittel, um missbräuchliches Verhalten von Rechtsinhabern einzuschränken.<sup>1913</sup> Auch könnte das Verbraucherschutzrecht zielgerichteter sein.<sup>1914</sup> Jedoch sei zu beachten, dass bestehender Wettbewerb letztlich am effektivsten den Verbraucherschutz sicherstelle.<sup>1915</sup> Insbesondere das Verbraucherschutzrecht kann ein Mittel darstellen, um verbraucherpezifischen Interessen Schutz zukommen zu lassen. Mit der Richtlinie (EU) 2019/770 ist für digitale Inhalte ein Schritt in diese Richtung erfolgt. Jedoch stellen Verbraucherverträge bei Software nur einen Teil des Marktsegments dar und der Handel mit Gebrauchtssoftware wird eher von Unternehmerverträgen geprägt.

Im Ergebnis wird daran festgehalten, eine immaterialgüterrechtliche Lösung zu suchen. Auch wenn es an Erfüllung der Tatbestandsmerkmale der Erschöpfung fehlt, sollen die hinter diesen stehenden Wertungen übertragen werden und nicht das Urheberrecht und seine Rechtsinstitute nicht mehr zur Anwendung kommen. Immaterialgüterrechtliche Fragestellungen wie der Umfang der Ausschließlichkeitsrechte des Urhebers sollen urheberrechtlich gelöst werden, mittels eines urheberrechtlichen Verkaufsbegriffs gemäß Art. 4 Abs. 2 Richtlinie 2009/24/EG. Daher wird an dieser Stelle vorgeschlagen, eine dem Erschöpfungsgrundsatz entsprechende Rechtsfigur zu schaffen, welche jedoch Nutzungsrechte anstelle von Kopien zum Gegenstand hat. Liegt in der Folge ein urheberrechtlicher Verkauf vor, so stellt dies eine dem Erstverkauf als Tatbestandsmerkmal des Erschöpfungsgrundsatzes entsprechende Handlung dar. Im Ergebnis kann sich der Rechtsinhaber bezüglich dieses spezifischen Nutzungsrechts, welches dieser eingeräumt hat, nicht mehr auf sein Quasi-Verbreitungsrecht berufen und eine weitere Übertragung dieses Nutzungsrecht bedarf demnach nicht mehr der Zustimmung des Rechtsinhabers. Diese Entscheidung mag zu überdenken sein, insbesondere wenn absehbar ist, dass ein neuer gesetzlicher Rahmen greifbar erscheint, welcher unabhängig von einzelnen „Trends“ bei Geschäftsmodellen und in der technischen Entwicklung Antworten auf die bei der Nutzung von Software mittels Cloud Computing

---

1913 Hilty, in: Calboli/Lee, 64, 81 f.

1914 Hilty, in: Calboli/Lee, 64, 82.

1915 Hilty, Urheberrecht, Rn. 317.

auf tretenden vorwiegend immaterialgüterrechtlichen Rechtsfragen geben kann.

#### C. Änderungsvorschlag: Art. 4 Abs. 2 Richtlinie 2009/24/EG

Als praktische Umsetzung kommt de lege ferenda eine Änderung des Wortlauts von Art. 4 Abs. 2 Richtlinie 2009/24/EG in Betracht. Der in Bezug auf die Kopie beschriebene Erschöpfungsgrundsatz müsste an den urheberrechtlichen Verkaufsbegriff angepasst werden, da es Sachverhalte wie die Softwareüberlassung mittels eines Downloads bzw. die Softwarenutzung mittels Cloud Computing gibt, welche einen Erstverkauf einer Kopie nicht mehr enthalten. Art. 4 Abs. 2 Richtlinie 2009/24/EG könnte somit zum einen für diese Sachverhalte eine Ergänzung erhalten und würde wie folgt lauten:

*„Mit dem Erstverkauf einer Programmkopie oder der einem solchen entsprechenden Einräumung eines Nutzungsrechts an dem Computerprogramm in der Gemeinschaft durch den Rechtsinhaber oder mit seiner Zustimmung erschöpft sich in der Gemeinschaft das Recht auf die Verbreitung dieser Kopie bzw. kann der Rechtsinhaber einer Weiterübertragung dieses vorstehend beschriebenen Nutzungsrechts nicht mehr widersprechen; ausgenommen hiervon ist jedoch das Recht auf Kontrolle der Weitervermietung des Programms oder einer Kopie davon bzw. der mietähnlichen Einräumung oder Übertragung dieses in Halbsatz 1 beschriebenen Nutzungsrechts.“*

Alternativ könnte auch der Fokus allein auf das Nutzungsrecht gelegt werden. In diesem Fall würde eine Änderung des Wortlauts in folgender Weise erfolgen:

*„Mit der einem Erstverkauf einer Programmkopie entsprechenden Einräumung eines Nutzungsrechts an dem Computerprogramm in der Gemeinschaft durch den Rechtsinhaber oder mit seiner Zustimmung in der Gemeinschaft kann der Rechtsinhaber einer Weiterübertragung dieses Nutzungsrechts nicht mehr widersprechen; ausgenommen hiervon ist jedoch das Recht auf Kontrolle einer mietähnlichen Einräumung oder Übertragung dieses in Halbsatz 1 beschriebenen Nutzungsrechts.“*

#### D. Exkurs: Übertragung eines zeitlich beschränkten Nutzungsrechts

Fraglich ist, ob eine Übertragung der Rechtsfigur der Erschöpfung des Verbreitungsrechts auf die Einräumung eines zeitlich beschränkten Nutzungsrechts möglich ist. Denn in diesem Fall liegt grundsätzlich allein eine Vermietung im Sinne des Art. 4 Abs. 1 lit. c) Richtlinie 2009/24/EG vor. Die Einordnung einer solchen Vermietung als Erstverkauf im Sinne des Art. 4 Abs. 2 Richtlinie 2009/24/EG wird teils abgelehnt,<sup>1916</sup> denn bei einer zeitlich befristeten Softwareüberlassung bzw. Nutzung fehle es an der Aufgabe der Verfügungsmöglichkeit durch den Softwareanbieter.<sup>1917</sup> In der „Green-IT“-Entscheidung des BGH übertrug dieser die Wertungen der Erschöpfung auch auf die Softwareüberlassung auf Zeit. In dem streitgegenständlichen Sachverhalt wurde Software überlassen und ein in der Regel einjähriges Nutzungsrecht eingeräumt. Nach Ablauf dieses Jahres war die Software aus technischen Gründen nicht mehr nutzbar. Der BGH subsumierte diesen Sachverhalt unter Art. 4 Abs. 2 Richtlinie 2009/24/EG, da dem Nutzer ein Recht „für die gesamte Zeit der Funktionsfähigkeit“ eingeräumt wurde.<sup>1918</sup> In diesem Sinne wird auch in der Literatur teils bei zeitlich begrenzter Softwareüberlassung die Möglichkeit einer für den Zeitraum der Überlassung eintretenden Erschöpfung angesprochen.<sup>1919</sup> Kämen allein die oben genannten urheberrechtlichen Ausführungen zur Anwendung,<sup>1920</sup> würde Folgendes gelten: Wenn der Softwareanbieter gegen Einräumung eines Nutzungsrechts für eine bestimmte Dauer eine dem wirtschaftliche Wert des Nutzungsrechts entsprechende angemessene Vergütung erhalten hat, ist es für diesen nicht von Relevanz, wer die Software im Einzelfall nutzt, denn er konnte für in Frage stehendes Nutzungsrecht abschließend profitieren. Insbesondere ein legitimes Interesse des Softwareanbieters an der Verhinderung einer Weitergabe des Nutzungsrechts ist nicht ersichtlich.<sup>1921</sup>

---

1916 Haberstumpf, CR 2012, 561, 568.

1917 Marly, Rn. 185 f.

1918 BGH, Urteil v. 19. Mai 2015 – I ZR 4/14 („Green-IT“), MMR 2015, 735 ff., Rn. 37.

1919 Bainbridge, Information technology and intellectual property law, Rn. 3.130 beschreibend, jedoch mit der Eingrenzung, dass dies wohl zu weit geht.

1920 3. Teil § 4 A, B.

1921 Hilty/Köckli/Hafenbrädl, IIC 2013, 263, 280 f. Eine abschließende Antwort auf diese Rechtsfrage kann an dieser Stelle aufgrund der anderen Schwerpunktsetzung der Arbeit nicht gegeben werden.

Die Softwareüberlassung auf Zeit wurde als „Allheilmittel“ angesehen und eine Änderung von Geschäftsmodellen der Softwareanbieter vorausgesetzt, denn damit könne der Erschöpfungsgrundsatz noch umgangen werden.<sup>1922</sup> Folglich habe die „UsedSoft v. Oracle“-Entscheidung des EuGH am Ende viel Lärm um nichts gemacht,<sup>1923</sup> auch würden Zeitverträge die Verwaltungskosten und somit auch den Preis für Software erhöhen. Ein Verschwinden des Gebrauchtsoftwaremarktes wurde prophezeit.<sup>1924</sup> Teils wurden auch Cloud Computing<sup>1925</sup> wie „Saas“<sup>1926</sup> als Lösung für die Softwareindustrie angesehen, denn unter Beibehaltung der Kriterien des EuGH in der „UsedSoft v. Oracle“-Entscheidung wäre die Richtlinie 2009/24/EG nicht anwendbar und der Erschöpfungsgrundsatz käme nicht zur Geltung.<sup>1927</sup>

Tatsächlich gibt es auch heute noch einen Markt für Gebrauchtsoftware, allerdings haben sich auch Cloud Computing Lösungen etabliert, welche die Nutzung der Software auf Zeit gestatten. Microsoft 365 kann diesbezüglich als eines der prominentesten Beispiele genannt werden. Im Ergebnis lässt sich keine pauschale Antwort geben, denn auch beispielsweise die datenschutzrechtlichen Rahmenbedingungen entwickeln sich fortlaufend weiter und insbesondere die Nutzung von Cloud Computing mit der Speicherung von personenbezogenen Daten auf Servern von Cloud Anbietern in den USA werfen für Unternehmen im EWR als Nutzer neue rechtliche Fragestellungen auf. Somit kann keineswegs von Cloud Computing Lösungen bzw. Zeitverträgen als „Allheilmittel“ gesprochen werden und auch die dauerhafte Überlassung von Standardsoftware ist als Geschäftsmodell noch omnipräsent, insbesondere bei von Unternehmen massenhaft genutzten Standardsoftwareprodukten.

---

1922 Coulaud, RLDI 2012, 85, 129 f.; Göbel, ELR 2012, 226, 231; Hartmann, GRUR Int. 2012, 980, 986 f.; Marly, Rn. 236; Mendoza-Caminade, Recueil Dalloz 2012, 2142 ff.; Moritz, K&R 2012, 456, 458; Redeker, CR 2014, 73, 78; Roth, ZUM 2015, 981, 983 auch darauf hinweisend, dass noch keine im selben Sachzusammenhang ergangene Rechtsprechung besteht; Schack, Rn. 453; Stothers, EIPR 2012, 787, 791; Vinje/Marsland/Gärtner, CRi 2012, 97, 100.

1923 Vivant, in: Lamy Droit du Numérique 2023, Rn. 54.

1924 Vinje/Marsland/Gärtner, CRi 2012, 97, 100.

1925 Marly, Rn. 236; Moritz, K&R 2012, 456, 458; Stothers, EIPR 2012, 787, 791.

1926 Grigoriadis, JICLT 2013, 198, 204 f.; Redeker, CR 2014, 73, 78.

1927 Hoeren/Pinelli, 64 in diese Richtung; Janssens, in: Stamatuodi/Torremans, Rn. 5.91; Marly, Rn. 184; Redeker, CR 2014, 73, 78; Senftleben, NJW 2012, 2927 auch mit Verweis auf weitere Literatur.

## E. Zusammenfassung

Der traditionelle Erschöpfungsgrundsatz kann in der digitalen Welt nicht mehr zur Anwendung kommen, insbesondere ermangelt es an einem körperlichen Werkstück, welches Gegenstand eines Erstverkaufs wird. Wird allerdings der Verkaufsbegriff urheberrechtlich ausgelegt und werden allein die hinter diesem stehenden rechtlichen Wertungen betrachtet, so kann dies in der Folge auch für die Rechtsfigur des Erschöpfungsgrundsatzes gelten. Liegt demnach ein urheberrechtlicher Verkauf vor, so kann dies einem Erstverkauf im Sinne des Erschöpfungsgrundsatzes gleichgestellt werden und die Rechtsfolgen der Erschöpfung des Verbreitungsrechts können eintreten. Eine weitere Übertragung des Nutzungsrechts bedarf somit nicht der Zustimmung des Softwareerstellers bzw. -anbieters als Urheberrechtshaber. Im Ergebnis erscheint es möglich, eine neue Rechtsfigur parallel zum urheberrechtlichen Erschöpfungsgrundsatz zu entwickeln.

### *§ 5. Nutzungsberechtigung des Zweitnutzers: Rechtmäßiger Erwerber und dessen bestimmungsgemäße Benutzung der Software gemäß Art. 5 Abs. 1 Richtlinie 2009/24/EG*

Gegenstand dieses § 5 ist die Berechtigung des Zweiterwerbers bzw. Zweitnutzers zur Nutzung der Software sowie der Umfang der bestimmungsgemäßen Benutzung gemäß Art. 5 Abs. 1 Richtlinie 2009/24/EG. Streitig war lange Zeit, ob ein Zweitnutzer als Erwerber im Sinne des Art. 5 Abs. 1 Richtlinie 2009/24/EG angesehen werden kann; wie dargelegt<sup>1928</sup> wird dies heute befürwortet. Jedoch ist zu prüfen, ob die Überlassung von Software mittels eines Downloads den Erwerbstatbestbestand des Art. 5 Abs. 1 Richtlinie 2009/24/EG erfüllt. Falls dies befürwortet werden kann, ist zu bestimmen, ob ein Download der Software zur Erlangung von dieser unter die bestimmungsgemäße Benutzung im Sinne der Norm zu subsumieren ist.

---

1928 1. Teil § 3 E I.

A. Rechtmäßiger Erwerber und dessen bestimmungsgemäße Benutzung der Software nach Überlassung der Software mittels eines Datenträgers

Wird Software verkörpert auf einem Datenträger wie beispielsweise einer CD-ROM oder DVD dauerhaft überlassen, so wird eine spezifische körperliche Kopie durch einen Verbreitungsgegenstand des Rechtsverkehrs. Der Datenträger mit der auf diesem gespeicherten Software kann dabei Gegenstand eines Erstverkaufs gemäß Art. 4 Abs. 2 Richtlinie 2009/24/EG sein. In der Folge ist das Verbreitungsrecht an dieser Kopie erschöpft. Der Erwerb der Kopie, an welcher das Verbreitungsrecht erschöpft ist, stellt einen rechtmäßigen Erwerb im Sinne des Art. 5 Abs. 1 Richtlinie 2009/24/EG dar.<sup>1929</sup> Der Umfang der bestimmungsgemäßen Benutzung, welche dem rechtmäßigen Erwerber gestattet ist, ergibt sich aus dem zwischen dem Rechtsinhaber und dem Ersterwerber abgeschlossenen Vertrag. Die Installation der Software ergibt sich jedenfalls aus dem zwingenden Kern des Art. 5 Abs. 1 Richtlinie 2009/24/EG, falls es diesbezüglich an vertraglichen Bestimmungen mangelt.<sup>1930</sup>

B. Rechtmäßiger Erwerber und dessen bestimmungsgemäße Benutzung der Software nach Überlassung der Software mittels eines Downloads

I. Scheitern der Subsumtion unter traditionellen Begriff des rechtmäßigen Erwerbs

Im Falle der Softwareüberlassung mittels eines Downloads fehlt es an der Verbreitung einer im traditionellen Sinn verstandenen körperlichen Kopie und folglich an einem Erwerb im Sinne des Art. 5 Abs. 1 Richtlinie 2009/24/EG. Eine solche Überlassung kann auch nicht unter den Begriff des Erstverkaufs gemäß Art. 4 Abs. 2 Richtlinie 2009/24/EG subsumiert werden, auf welchen sich ein Zweitnutzer als rechtmäßiger Erwerber berufen müsste.<sup>1931</sup> Zusammenfassend würde Art. 5 Abs. 1 Richtlinie 2009/24/EG die Überlassung von Software mittels eines Downloads nicht mehr erfassen.

---

1929 1. Teil § 3 E I.

1930 1. Teil § 3 E II. 1.

1931 Hierzu 3. Teil § 3 B, C.

## II. Weite Auslegung der Begriffe Erwerb und bestimmungsgemäße Benutzung: „UsedSoft v. Oracle“- und „Ranks“-Entscheidungen des EuGH

Der EuGH nahm in der „UsedSoft v. Oracle“-Entscheidung jedoch eine weite Auslegung des Art. 5 Abs. 1 Richtlinie 2009/24/EG vor. Zum einen stellte der EuGH fest, dass neben dem Ersterwerber auch ein Zweiterwerber rechtmäßiger Erwerber im Sinne des Art. 5 Abs. 1 Richtlinie 2009/24/EG sein kann.<sup>1932</sup> Zudem subsumierte der EuGH auch die Überlassung der Software mittels eines Downloads sowohl unter den Begriff des Erwerbs gemäß Art. 5 Abs. 1 Richtlinie 2009/24/EG durch den Ersterwerber<sup>1933</sup> als auch unter den Begriff des Verkaufs gemäß Art. 4 Abs. 2 Richtlinie 2009/24/EG und befürwortete in diesem Szenario die Einordnung als Verbreitung einer Kopie.<sup>1934</sup> Darüber hinaus führte der EuGH aus, dass der Download der Kopie von der Internetseite des Softwareanbieters eine „Vervielfältigung (darstellt), die erforderlich ist, damit der rechtmäßige Erwerber das Computerprogramm bestimmungsgemäß nutzen kann.“<sup>1935</sup> Daher kann derjenige, der sich rechtmäßig auf Art. 5 Abs. 1 Richtlinie 2009/24/EG beruft, die Kopie von der Webseite des Softwareanbieters herunterladen.<sup>1936</sup> In der „Ranks“-Entscheidung ergänzte der EuGH, dass „der Erwerb und das Herunterladen einer auf der Webseite des Rechtsinhabers befindlichen Kopie eines Computerprogramms“ von Art. 5 Abs. 1 Richtlinie 2009/24/EG mitumfasst sind, denn „ein solcher Download ist notwendig, um die Software bestimmungsgemäß benutzen zu können.“<sup>1937</sup>

---

1932 Hierzu I. Teil § 3 E I.

1933 EuGH, Urteil v. 03. Juli 2012 – C 128/11 („UsedSoft v. Oracle“), NJW 2012, 2565 ff., Rn. 75.

1934 Hierzu 3. Teil § 1 B II., § 3 C II.

1935 EuGH, Urteil v. 03. Juli 2012 – C 128/11 („UsedSoft v. Oracle“), NJW 2012, 2565 ff., Rn. 75 für den Ersterwerber, 81 für den Zweiterwerber.

1936 EuGH, Urteil v. 03. Juli 2012 – C 128/11 („UsedSoft v. Oracle“), NJW 2012, 2565 ff., Rn. 81.

1937 EuGH, Urteil v. 12. Oktober 2016 – C 166/15 („Ranks“), GRUR 2016, 1271 ff., Rn. 49 f.

### III. Argumente des EuGH für eine weite Auslegung der Begriffe Erwerb und bestimmungsgemäße Benutzung

Für eine Subsumtion der Überlassung von Software unter den Begriff des Erwerbs erfolgten keine weiteren Ausführungen des EuGH. In Bezug auf die Subsumtion des Downloads für die Erstinstallation unter den Terminus der bestimmungsgemäßen Benutzung gemäß Art. 5 Abs. 1 Richtlinie 2009/24/EG führte der EuGH hingegen ErwG 13 Richtlinie 2009/24/EG an, nach welchem das Laden der Kopie gestattet ist, soweit dieses für die Benutzung der Kopie erforderlich ist.<sup>1938</sup>

### IV. Bewertung der Rechtsprechung des EuGH

#### 1. Download von Software als Erwerb

In der Literatur erfolgt keine Bewertung der Subsumtion der Überlassung von Software mittels eines Downloads unter den Begriff des Erwerbs durch den Erstnutzer. Hingegen die Qualifikation der Überlassung der Software vom Erstnutzer an den Zweitnutzer, bei welchem der Zweitnutzer die Software mittels eines Downloads vom Rechtsinhaber faktisch erlangt, ist Gegenstand von Ausführungen in der Literatur. So wird der EuGH dahingehend interpretiert, dass sich aus der „UsedSoft v. Oracle“-Entscheidung nicht ergibt, ob der Zweitnutzer aus Art. 5 Abs. 1 Richtlinie 2009/24/EG ein Nutzungsrecht ableiten kann, da der EuGH in dem Urteil *prima vista* von der Weitergabe der Kopie verbunden mit der Lizenz spricht. Darin wird erkannt, dass ohne Übergabe einer solchen Kopie Art. 5 Abs. 1 Richtlinie 2009/24/EG kein Nutzungsrecht einräumt.<sup>1939</sup> Allerdings ergibt

---

1938 EuGH, Urteil v. 03. Juli 2012 – C 128/11 („UsedSoft v. Oracle“), NJW 2012, 2565 ff., Rn. 76.

1939 Hansen/Wolff-Rojczyk, GRUR 2012, 904, 910 ausführend, dass der EuGH regelmäßig von der Weitergabe der Lizenz verbunden mit der Weitergabe der Kopie spricht. Darin wird erkannt, dass ohne Übergabe einer solchen Kopie Art. 5 Abs. 1 Richtlinie 2009/24/EG kein Nutzungsrecht einräumt. Das Recht zur originären Erstellung einer Kopie aus Art. 5 Abs. 1 Richtlinie 2009/24/EG bezieht sich hiernach gemäß Rn. 85 des Urteils nur auf den Download einer „verbesserten und aktualisierten (Version des) Computerprogramms“. Diese Interpretation wird als zwingend angesehen, da nur so der Fokus auf die Verkehrsfähigkeit der Kopie – also des Vervielfältigungsstücks – und nicht auf die Verkehrsfähigkeit des Vervielfältigungsrechts gelegt werden kann. Dem kann allerdings entgegengehalten

eine Gesamtschau des Urteils, dass der EuGH wohl das Nutzungsrecht in den Mittelpunkt stellen wollte und nicht stets die Übergabe einer Kopie erfolgen muss,<sup>1940</sup> schließlich basiert die Entscheidung unstreitig auf einem Sachverhalt, in dem es an der Übergabe einer körperlichen Kopie fehlte.

Bei der Softwareüberlassung mittels eines Downloads, insbesondere wenn auch der Zweitnutzer die Kopie mittels eines Downloads vom Softwareanbieter erhält, mangelt es an dem Erwerb einer Kopie durch den Zweit- vom Erstnutzer.<sup>1941</sup> Jedoch hat der EuGH nach Anerkennung einer Kopie und eines Erstverkaufs gemäß Art. 4 Richtlinie 2009/24/EG in Konsequenz auch den Tatbestand des Erwerbs gemäß Art. 5 Abs. 1 Richtlinie 2009/24/EG bejaht, auch wenn im der „UsedSoft v. Oracle“-Entscheidung zu Grunde liegenden Sachverhalt keine Übergabe eines physischen Gegenstands an den Zweitnutzer erfolgte, denn dieser hatte die vertragsgegenständliche Software selbst von der Oracle-Webseite heruntergeladen. Eine Kopie der Software hatte der Zweitnutzer damit nicht vom Erstnutzer erhalten und eine solche folglich nicht von diesem erworben.<sup>1942</sup> Wie oben dargelegt fehlt es zudem an einer tatbestandlichen Erfüllung des Art. 4 Richtlinie 2009/24/EG und folglich auch an dem Erstverkauf gemäß Art. 4 Abs. 2 Richtlinie 2009/24/EG, welcher für den Zweitnutzer als Bezugspunkt des Erwerbs gemäß Art. 5 Abs. 1 Richtlinie 2009/24/EG dient. Wird jedoch das Nutzungsrecht in den Mittelpunkt gestellt und ein urhe-

---

werden, dass der EuGH erkennt, dass die Lizenz, also das Nutzungsrecht, der Vertragsgegenstand ist. Dies ergibt sich aus den Rn. 22, 23, 24, 26, 28 und 33 bei der Sachverhaltsbeschreibung. Dazu führt der EuGH in Rn. 44 aus, dass das Herunterladen der Kopie sowie der Abschluss eines Lizenzvertrages ein unteilbares Ganzes bilden. In Rn. 69 wird zum Ende hin klar („Das Recht zur Nutzung (...) weiterzuverkaufen“), dass das Recht der Gegenstand des Vertrages ist. Im darauffolgenden Satz in Rn. 70 ist zwar vom Verkauf der Kopie die Rede, allerdings wird explizit auf Art 4 Abs. 2 Richtlinie 2009/24/EG verwiesen. Somit war der EuGH an dieser Stelle an den Wortlaut der Norm gebunden. Auch in den von Hansen/Wolff-Rojczyk zitierten Rn. 77, 80, 81 und 88 ist jeweils eine Referenz zum Wortlaut der Richtlinie gegeben. Zudem verweist die von den Autoren genannte Rn. 85 auf Rn. 81, in welcher das Herunterladen der aktuellen Version als Handlung, die von Art. 5 Abs. 1 Richtlinie 2009/24/EG gedeckt ist, beschrieben wird. Rn. 85 hat folglich wohl nur klarstellende Wirkung in der Hinsicht, dass die aktualisierte Version Bezugspunkt ist. Im Ergebnis ist festzuhalten, dass die Interpretation von Hansen/Wolff-Rojczyk zwar prima vista schlüssig erscheint, eine Gesamtschau des Urteils jedoch eine andere Interpretation nahelegt. Allerdings ist es nicht abschließend möglich, den tatsächlichen Willen des EuGH zu ergründen.

1940 Hoeren, CR 2006, 573, 575 in diese Richtung.

1941 Hierzu 3. Teil § 1 B I., II., § 3 C I., II.

1942 Hilty, GRUR 2018, 865, 869 darauf hinweisend.

berrechtlicher Verkaufsbegriff des Art. 4 Abs. 2 Richtlinie 2009/24/EG angenommen,<sup>1943</sup> so kann auch in diesem Szenario gemäß Art. 5 Abs. 1 Richtlinie 2009/24/EG zutreffend ein Erwerb eines Nutzungsrechts erkannt werden.

## 2. Erstinstallation der Software als bestimmungsgemäße Benutzung

Die Subsumtion der Erstinstallation der Software unter den Begriff der bestimmungsgemäßen Benutzung wird in der Literatur umfassend bewertet. Teils wird die Speicherung der vom Softwareanbieter online bereitgestellten Software als von der bestimmungsgemäßen Benutzung umfasst angesehen. Diese Vervielfältigung könne durch den Zweitnutzer und somit einem Erwerber gemäß Art. 5 Abs. 1 Richtlinie 2009/24/EG erfolgen.<sup>1944</sup> Mit der Einräumung des Rechts zum Download der Software werde die Kopie substituiert.<sup>1945</sup> Dem EuGH ist zuzustimmen, denn der Download der Software substituiert neben der Kopie im Allgemeinen auch die Installation der Software, welche beispielsweise bei der Überlassung der Software auf einem Datenträger erforderlich ist. Unstreitig ist in letzterem Szenario die Installation der Software von der bestimmungsgemäßen Benutzung der Kopie umfasst.<sup>1946</sup> Der Weg, auf welchem der Zweitnutzer die Kopie erlangt, ob durch Übertragung vom Erstnutzer, durch Übergabe eines Datenträgers oder durch Download vom Softwareanbieter ist gemäß dem BGH in der „UsedSoft II“-Entscheidung nicht von Relevanz.<sup>1947</sup>

Es wird angemerkt, dass Art. 5 Abs. 1 Richtlinie 2009/24/EG entsprechend ErwG 13 Richtlinie 2009/24/EG das Laden und Ablaufen miteinschließt, nicht genannt ist jedoch die Erlangung der Software.<sup>1948</sup> Allerdings ist eine solche Begrenzung des Anwendungsbereichs den genannten Normen nicht ausdrücklich zu entnehmen, vielmehr wird „jede andere Handlung“ gestattet, „wenn sie für die bestimmungsgemäße Benutzung der Ko-

---

1943 Hierzu 3. Teil § 1, 3.

1944 Feiler/Schuba, in: Taeger, 362; Janssens, in: Stamatuodi/Torremans, Rn. 5.106; Seitz, 137 die Installation als von der bestimmungsgemäßen Benutzung umfasst einordnend.

1945 Walter, MR Int 1–2/12, 42 f.

1946 Zur bestimmungsgemäßen Benutzung I. Teil § 3 E II.

1947 BGH, Urteil v. 17. Juli 2013 – I ZR 129/08 („UsedSoft II“), NJW-RR 2014, 360 ff., Rn. 44 ff.

1948 Walter, MR Int 1–2/12, 42 f. letztlich aber eine wie durch den EuGH erfolgte teleologische Betrachtung als justiziabel ansehend.

pie notwendig ist“. Wird die Installation als für die Nutzung von Software notwendig angesehen, dann kann dieser Kritikpunkt nicht überzeugen.

Zudem wird bei Anerkennung eines Erwerbs im Fall der Überlassung von Software mittels eines Downloads angemerkt, dass der Zweitnutzer keine Möglichkeit hat, die Software zu erlangen, wenn der Softwareanbieter keine permanente Downloadmöglichkeit zur Verfügung stellt.<sup>1949</sup> Darüber hinaus sei die Erstellung einer Kopie zur Weitergabe durch den Erstnutzer regelmäßig nicht möglich, denn dieser könne sich diesbezüglich nicht auf Art. 5 Abs. 1 Richtlinie 2009/24/EG berufen, da eine solche Vervielfältigung allein der Weitergabe der Software diene und nicht deren Nutzung durch den Erstnutzer.<sup>1950</sup> Jedoch erfolge der Download allein als Vorstufe für die spätere Nutzung der Software und sei somit eine Art „Vorbereitungshandlung“.<sup>1951</sup> Tatsächlich wurde in dem der „UsedSoft v. Oracle“-Entscheidung des EuGH zu Grunde liegenden Sachverhalt die Software nicht vom Erstan den Zweitnutzer übertragen, sondern es erfolgte ein Download durch den Zweitnutzer von der Webseite des Softwareanbieters. Im Ergebnis ist nach der „UsedSoft v. Oracle“-Entscheidung unklar, wie zu verfahren ist, wenn es an einer solchen Downloadmöglichkeit fehlt. Jedoch stellte der EuGH in der „Ranks“-Entscheidung klar, dass, wenn die ursprüngliche erworbene körperliche Kopie beschädigt oder zerstört ist, der Zweitnutzer stets die Möglichkeit haben muss, eine Kopie von der Webseite des Softwareanbieters herunterzuladen. Andernfalls wäre der Erschöpfungsgrundsatz unbillig eingeschränkt. Eine früher rechtmäßig erstellte Sicherungskopie könne jedoch nicht an den Zweitnutzer weitergegeben werden, denn an dieser sei keine Erschöpfung eingetreten.<sup>1952</sup> Allerdings ist zu beachten, dass bei anderen körperlichen Werkstücken eine solche Pflicht des Urhebers nicht besteht. Ist ein Papierbuch beschädigt oder geht es verloren, so kann der Erstnutzer ein solches nur noch schwer bzw. nicht mehr weiterveräußern. In diesem Fall hat ein Zweitnutzer gegen den Urheber keinen Anspruch auf ein neues Exemplar. Ein Erklärungsansatz könnte – zumindest mittelbar – in der Funktionalität der Software liegen. Der Werkgenuss eines Buches ist urheberrechtlich frei, das Risiko des Untergangs des Buches ist eingepreist. Bei Software hingegen ist die Nutzung urheberrechtlich

---

1949 Koch, ITRB 2013, 9, 14 f.

1950 Rauer/Ettig, EWS 2012, 322, 327; Seitz, 137 f.; Spindler, CR 2008, 69, 75 f.

1951 Hilty, MMR 2003, 3, 12.

1952 EuGH, Urteil v. 12. Oktober 2016 – C 166/15 („Ranks“), GRUR 2016, 1271 ff., Rn. 51 ff.; Janssens, in: Stamatuodi/Torremans, Rn. 5.85 bezüglich der Weitergabe der Sicherungskopie.



fältigungen für die bestimmungsgemäße Benutzung der Software gemäß Art. 5 Abs. 1 Richtlinie 2009/24/EG erfolgen. Im Ergebnis beschrieb der EuGH allein die Rechtsfolgen der Erschöpfung des Verbreitungsrechts, denn die Erlaubnis Software zu erwerben, verbunden mit einem Verbot, diese zu nutzen, entspricht selbstredend nicht der Ratio Legis. Zu beachten sei überdies, dass letztlich nicht eine größere Anzahl von Kopien im Rechtsverkehr bestehe bzw. in Benutzung sei, als ursprünglich vom Rechteinhaber verbreitet worden sei.<sup>1956</sup> Im Ergebnis sprechen keine gewichtigen Gründe gegen eine Subsumtion der Erstinstallation unter die bestimmungsgemäße Benutzung durch einen Zweitnutzer.

### 3. Zusammenfassung

Bei der Softwareüberlassung mittels eines Downloads mangelt es an einem Erwerb einer Kopie durch den Erst- vom Zweitnutzer, auch wenn der EuGH in der „UsedSoft v. Oracle“-Entscheidung in Fortsetzung seiner Rechtsprechung zu Art. 4 Richtlinie 2009/24/EG einen solchen Erwerb erkannte. Die Erstinstallation ist unter den Begriff der bestimmungsgemäßen Benutzung gemäß Art. 5 Abs. 1 Richtlinie 2009/24/EG zu subsumieren.

### V. Zusammenfassung

Bei der Softwareüberlassung mittels eines Downloads mangelt es an einem Erwerb einer Kopie durch den Erst- vom Zweitnutzer, auch wenn der EuGH in der „UsedSoft v. Oracle“-Entscheidung in Fortsetzung seiner Rechtsprechung zu Art. 4 Richtlinie 2009/24/EG einen solchen Erwerb erkannte. Wird jedoch das Nutzungsrecht in den Mittelpunkt gestellt und auch ein urheberrechtlicher Verkaufsbegriff des Art. 4 Abs. 2 Richtlinie 2009/24/EG angenommen, so kann bei Art. 5 Abs. 1 Richtlinie 2009/24/EG zutreffend der Erwerb eines Nutzungsrechts erkannt werden. Im Ergebnis ist dem EuGH und der „UsedSoft v. Oracle“-Entscheidung zumindest aus rechtspolitischen Gründen zuzustimmen. Zudem ist es zutreffend, die Erstinstallation unter den Begriff der bestimmungsgemäßen Benutzung der Software zu subsumieren.

---

<sup>1956</sup> Rigamonti, GRUR Int. 2009, 25.

### C. Rechtmäßiger Erwerber bei der Softwarenutzung mittels Cloud Computing

Zu beachten ist, dass der Download für die Nutzung von Software nicht mehr den Status quo der Softwarenutzung darstellt. Vielmehr liegt dieser im Cloud Computing.<sup>1957</sup> Allerdings besteht bei der Softwarenutzung mittels Cloud Computing allein beim Softwareanbieter eine Kopie und es mangelt an einem Erwerb einer solchen durch den Nutzer. Cloud Computing ist somit von Art. 5 Abs.1 Richtlinie 2009/24/EG nicht mehr umfasst.<sup>1958</sup> Allerdings könnte bei Cloud Computing ein Erwerb eines Nutzungsrechts sowohl durch den Erst- als auch durch den Zweitnutzer erkannt werden. Hierfür müsste dieses als Vertragsgegenstand angesehen werden.<sup>1959</sup>

### D. Zusammenfassung

Soweit Software auf einem Datenträger überlassen wird, kann ein Erwerb einer Programmkopie, insbesondere in Form eines Verkaufs gemäß Art. 4 Abs. 2 Richtlinie 2009/24/EG erfolgen. Bei der Softwareüberlassung mittels eines Downloads, insbesondere wenn der Zweitnutzer die Kopie vom Softwareanbieter erhält, kann jedoch kein Erwerbsgeschäft in Hinsicht auf eine Kopie erkannt werden, weder im Verhältnis zwischen dem Softwareanbieter und dem Erstnutzer noch zwischen dem Erst- und dem Zweitnutzer. Im Falle eines eigenständigen Downloads der Software durch den Zweitnutzer vom Rechtsinhaber erwirbt der Zweitnutzer vom Erstnutzer allein ein Nutzungsrecht. Sobald Software mittels Cloud Computing genutzt wird, mangelt es stets an einem Erwerb im Sinne des Art. 5 Abs.1 Richtlinie 2009/24/EG. In der Folge ist Cloud Computing von Art. 5 Abs.1 Richtlinie 2009/24/EG nicht mehr umfasst, außer es wird das Nutzungsrecht als Vertragsgegenstand angesehen.

---

1957 Hierzu 3. Teil § 1 C, § 3 D.

1958 Hilty, sic! 1997, 128, 138; Hilty/Köklü/Hafenbrädl, IIC 2013, 263, 277.

1959 Hierzu 3. Teil § 2.

§ 6. Lösungsansatz: Rechtmäßiger Nutzer anstatt rechtmäßiger Erwerber,  
Art. 5 Abs. 1 Richtlinie 2009/24/EG

Um Art. 5 Abs. 1 Richtlinie 2009/24/EG bzw. die in dieser Norm verkörperten Wertungen auch für die Softwarenutzung mittels Cloud Computing aufrechtzuerhalten, sind mehrere Wege möglich. Grundsätzlich sind die Erkenntnisse aus § 2 und § 4 des 3. Teils dieser Arbeit anzuwenden. So ist zum einen das Nutzungsrecht als Vertragsgegenstand anzusehen, zum anderen ist der Begriff des Verkaufs aus Art. 4 Abs. 2 Richtlinie 2009/24/EG urheberrechtlich auszulegen. In der Folge kann auch eine Einschränkung des Verbreitungsrechts parallel zur Erschöpfung angenommen werden.

De lege lata könnte Art. 5 Abs. 1 Richtlinie 2009/24/EG als Verkörperung des Rechtsgedankens der „implied licence“ angesehen werden.<sup>1960</sup> In diesem Fall kann diese Rechtsfigur zur Anwendung kommen, wenn Art. 5 Abs. 1 Richtlinie 2009/24/EG auf tatbestandlicher Ebene nicht mehr einschlägig ist.<sup>1961</sup> So wird teils angemerkt, beim Abschluss eines Softwarevertrages erfolgt eine Zustimmung im Sinne von Art. 5 Abs. 1 Richtlinie 2009/24/EG<sup>1962</sup> bzw. im Falle eines Erwerbs im Sinne des Art. 5 Abs. 1 liegt zumindest eine „implied licence“ vor. Deren Inhalt bestimme sich in Ermangelung expliziter Regelungen nach Art. 5 Abs. 1 Richtlinie 2009/24/EG.<sup>1963</sup> Letztlich ist die bestimmungsgemäße Benutzung gemäß Art. 5 Abs. 1 Richtlinie 2009/24/EG gestattet.<sup>1964</sup>

De lege ferenda könnte der Wortlaut von Art. 5 Abs. 1 Richtlinie 2009/24/EG abgeändert werden. So könnten anstatt des „Erwerber(s)“ wie im deutschen Urheberrecht in § 69d UrhG die Termini „Nutzer“, „rechtmäßiger Nutzer“<sup>1965</sup> (englisch: „lawful user“<sup>1966</sup>) oder „Nutzungsberechtigter“<sup>1967</sup> verwendet werden. Der Begriff Nutzer wurde teils auch schon früher als passend angesehen und der Begriff Erwerber allein als

---

1960 Zur „implied licence“ 1. Teil § 3 E III. 2., 3.; 3. Teil § 6.

1961 Hilty, Lizenzvertragsrecht, 261; Hilty, in: Calboli/Lee, 64, 67, 73 in diese Richtung.

1962 Marly, Rn. 243 ff. in diese Richtung.

1963 Hilty, sic! 1997, 128, 138 ff.

1964 Hierzu 1. Teil § 3 E II., 3. Teil § 5 B IV. 2.

1965 Hilty, GRUR 2018, 865, 875; Pollaud-Dulian, RTDCom. 2012, 542 ff., B.

1966 Hilty/Köklü/Hafenbrädl, IIC 2013, 263, 278; Janssens, in: Stamatouodi/Torremans, Rn. 5.100 ff. auf eine solche Umsetzung der Richtlinie 91/250/EWG in anderen Mitgliedstaaten verweisend.

1967 Rehbinder/Peukert, § 29, Rn. 6.

ein Redaktionsversehen in der Richtlinie beschrieben.<sup>1968</sup> Durch diese Änderung könnte die Norm an die Lizenzberechtigung anknüpfen<sup>1969</sup> und sich von der Terminologie des Verkaufs lösen.

Art. 5 Abs. 1 Richtlinie 2009/24/EG würde wie folgt lauten:

In Ermangelung spezifischer vertraglicher Bestimmungen bedürfen die in Artikel 4 Absatz 1 Buchstaben a und b genannten Handlungen nicht der Zustimmung des Rechtsinhabers, wenn sie für eine bestimmungsgemäße Benutzung des Computerprogramms einschließlich der Fehlerberichtigung durch den rechtmäßigen *Nutzer* notwendig sind.

### § 7. Gesamtergebnis einschließlich Ergebnis des 3. Teils

Wie im 1. Teil dargestellt, ist die Nutzung von Software als urheberrechtliche Vervielfältigung und folglich als urheberrechtlich relevante Handlung einzuordnen. Eine dementsprechende Subsumtion unter den die Nutzung von Software regelnden Art. 4 Abs. 1 lit. c) Richtlinie 2009/24/EG erfolgt in Literatur und Rechtsprechung anhand des sogenannten „Technischen Ansatzes“, welcher insbesondere zwischen den einzelnen technischen Vorgängen des Ladens und Ablaufens differenziert. Jedoch ist dieser „Technische Ansatz“ nicht mehr zielführend, sobald eine Nutzung von Software mittels Cloud Computing – dem heutigen Status quo der Softwarenutzung – erfolgt. Als Lösung dieses Dilemmas wird ein „Funktionaler Ansatz“ vorgeschlagen, welcher die Eigenart von Software als urheberrechtlich geschütztes Werk widerspiegelt, auf die Funktionalität von Software abstellt und unabhängig von der Art der Softwarenutzung diese zu erfassen vermag. Das für die Nutzung von Software gemäß Art. 4 Abs. 1 lit. c) Richtlinie 2009/24/EG zwingende urheberrechtliche Vervielfältigungsrecht ist dem Nutzer vertraglich einzuräumen. Denn auch Art. 5 Abs. 1 Richtlinie 2009/24/EG ist vertragsrechtlicher Natur und normiert kein gesetzliches Nutzungsrecht bzw. stellt keine Schrankenbestimmung dar.

Der 2. Teil rückt die schuldrechtliche Rechtsnatur von Softwareverträgen in den Fokus. Dabei werden unterschiedliche vertragliche Konstellationen der Softwareüberlassung und -nutzung betrachtet, konkret die dauerhaf-

---

1968 BRegE, Entwurf eines Zweiten Gesetzes zur Änderung des Urheberrechtsgesetzes, BT-Drs. 12/4022 v. 18. Dezember 1992, S. 12; Blocher, in: Walter, Art. 5 Richtlinie 2009/24/EG, Rn. 42

1969 Hilty, CR 2012, 625, 629 f.

te Überlassung von Standardsoftware, die Nutzung von Software mittels Cloud Computing und die Erstellung und Überlassung von Individualsoftware. Diese werden unter das deutsche, französische und englische nationale Vertragsrecht sowie den ehemals vorliegenden EU-Verordnungsvorschlag für ein Gemeinsames Europäisches Kaufrecht sowie die schließlich angenommene Richtlinie (EU) 2019/770 subsumiert. Dabei wurde erkannt, dass die jeweiligen Verträge mehrere Leistungspflichten enthalten. Vertragsgegenstand ist zum einen die Übermittlung der Software selbst, die Ausgestaltung des Zugangs zu dieser (soweit die Software in einer Cloud gespeichert ist) oder die Erstellung der Software. Der Hauptteil des Vertrages und die wesensbeschreibende Eigenschaft ist allerdings stets die lizenzvertragliche Einräumung eines urheberrechtlichen Nutzungsrechts (im Sinne des Art. 4 Abs. 1 lit. c) Richtlinie 2009/24/EG). Auch können, soweit dies von den Vertragsparteien intendiert und gemäß der Rechtsordnung zulässig ist, Immaterialgüterrechte übertragen werden

Das EU-Recht, namentlich die Richtlinie 2009/24/EG als urheberrechtlicher Rechtsrahmen für Software, ist jedoch nur bedingt kompatibel mit den vorstehend genannten Ergebnissen des 1. und 2. Teils. Die Richtlinie 2009/24/EG kann Lebenssachverhalte wie die Überlassung von Software mittels eines Downloads nur noch eingeschränkt erfassen, auch wenn der EuGH in der „UsedSoft v. Oracle“-Entscheidung dies noch befürwortete. Erfolgt die Nutzung von Software jedoch mittels Cloud Computing, so kann eine solche nicht mehr unter den bestehenden Wortlaut der Richtlinie 2009/24/EG subsumiert werden. Ein Lösungsansatz stellt – unter Berücksichtigung der Ergebnisse des 2. Teils, insbesondere der lizenzvertraglichen Elemente der Softwareverträge – ein Abrücken von der sogenannten Kopie als Vertragsgegenstand dar. Denn es ist vielmehr das Nutzungsrecht, welches auch Gegenstand des in Frage stehenden Lizenzvertrages ist, in den Mittelpunkt zu stellen. Durch eine solche Veränderung des Blickwinkels bestehen sowohl *de lege lata* als auch *de lege ferenda* Lösungsansätze. So wäre *de lege ferenda* der Wortlaut von Art. 4 Abs. 1 Richtlinie 2009/24/EG und Art. 4 Abs. 2 Richtlinie 2009/24/EG zu ändern, um auch die unkörperliche Überlassung und Nutzung von Software zu erfassen. Bezüglich Art. 5 Abs. 1 Richtlinie 2009/24/EG kommt zum einen eine Änderung *de lege ferenda* in Betracht. Andererseits kann aber auch *de lege lata* die Anwendung der Rechtsfigur der „implied licence“ eine Lösung bringen.

# Literaturverzeichnis

Stand der Arbeit: 01. Dezember 2023

- Adams, John N., Software and digital content, JBL 2009, 4, 396–402
- Afori, Orit, Implied Licence: An emerging New Standard in Copyright Law, HTLJ, 25, 2009, 275–325
- Atkins, Ruth, Koffmann, Macdonald, & Atkins' law of contract, 10. Auflage, 2022
- Ayad, Patrick/Schnell, Sebastian, Gemeinsames Europäisches Kaufrecht – für Unternehmen attraktiv?, BB 2012, 1487–1495
- Azéma, Jacques/Galloux, Jean-Christophe, Droit de la propriété industrielle, 7. Auflage, 2017
- Bach, Ivo, Neue Richtlinien zum Verbrauchsgüterkauf und zu Verbraucherverträgen über digitale Inhalte, NJW 2019, 1705–1711
- Bah, Yacine, L'épuisement du droit de distribution aux antipodes des traditionnelles licences d'utilisation de logiciels et le rappel à l'ordre par le juge européen (affaire Oracle c/ UsedSoft), RLDI, 90, 2013, 60–65
- Bainbridge, David, Software Copyright Law, 4. Auflage, 1999
- Bainbridge, David, Software Licensing, 2. Auflage, 1999
- Bainbridge, David, Introduction to Information Technology Law, 7. Auflage, 2011
- Bainbridge, David, Intellectual Property, 10. Auflage, 2018
- Bainbridge, David, Information technology and intellectual property law, 7. Auflage, 2019
- Bartsch, Michael, Das neue Schuldrecht – Auswirkungen auf das EDV-Vertragsrecht, CR 2001, 649–657
- Bartsch, Michael, Software als Rechtsgut. Zur Wahrnehmung von Software aus Sicht des Rechts, zur Begriffsbildung im Recht und zu den praktischen Konsequenzen, CR 2010, 553–559
- Bartsch, Michael, Softwarerechte bei Projekt- und Pflegeverträgen. Urheberrechtlicher Schutz für Leistungsgegenstände in drei typischen Fallkonstellationen, CR 2012, 141–146
- Baus, Christoph, Umgehung der Erschöpfungswirkung durch Zurückhaltung von Nutzungsrechten, MMR 2002, 14–17
- Beale, Hugh, Chitty on Contracts, Volume 1 General Principles, 34. Auflage, 2021
- Beale, Hugh, Chitty on Contracts, Volume 2 Specific Contracts, 34. Auflage, 2021
- Bechtold, Stefan, Multimedia- und Urheberrecht – einige grundsätzliche Anmerkungen, GRUR 1998, 18–27
- BeckOK BGB. Hau, Wolfgang/Posek, Roman (Hrsg.), 67. Edition, 2023

- BeckOK IT-Recht. Borges, Georg/Hilber, Marc (Hrsg.), 11. Edition, 2023
- BeckOK UrhR. Götting, Horst-Peter/Lauber-Rönsberg, Anne/Rauer, Nils (Hrsg.), 39. Edition, 2023
- Bénabent, Alain, Droit des contrats spéciaux civils et commerciaux, 14. Auflage, 2021
- Benkard, Patentgesetz, Gebrauchsmustergesetz, Patentkostengesetz, Kommentar. Bacher, Klaus (Hrsg.), 12. Auflage, 2023
- Bensoussan, Alain, Le logiciel et le droit, 2. Auflage, 1998
- Bensoussan, Alain, Le contrat SAAS de vente de logiciels, (<https://www.alain-bensoussan.com/wp-content/uploads/242309.pdf>) (aufgerufen am 01. Dezember 2023)
- Berger, Christian, Urheberrechtliche Erschöpfungslehre und digitale Informationstechnologie, GRUR 2002, 198–203
- Bertrand, André R., Droit d'auteur, 3. Auflage, 2010
- Bettinger, Torsten/Scheffelt, Michael, Application Service Providing: Vertragsgestaltung und Konfliktmanagement, CR 2001, 729–741
- Beurskens, Michael/Kamocki, Pawel/Ketzan, Erik, Les autorisations tacites – une révolution silencieuse en droit d'auteur numérique. Perspectives étasunienne, allemande et française, RIDA, 238, 2013–10, 3–109
- Bevens, Gwen, Value added tax and electronic commerce, BTR 2001, 6, 449–481
- Binctin, Nicolas, Droit de la propriété intellectuelle, 7. Auflage, 2022
- Binctin, Nicolas, Un phonogramme n'est pas un disque, JCP G, 42, 14. Oktober 2013, 1071 ff.
- Bisges, Marcel, Urheberrechtliche Aspekte des Cloud Computing. Wirtschaftlicher Vorteil gegenüber herkömmlicher Softwareüberlassung, MMR 2012, 574–578
- Bisges, Marcel, Beeinträchtigung des Systems der Urhebervergütung für Privatkopien durch Cloud-Dienste, GRUR 2013, 146–150
- Bismuth, Yves/Martin, Mathieu, Pratique contractuelle. Contrats de l'informatique. La clause d'accès aux codes de sources, Comm. Com. Electr. 2013–3, 4, 48–50
- Bitan, Hubert, Droit des créations immatérielles: logiciels, bases de données, autres œuvres sur le Web 2.0, 2010
- Bitan, Hubert, Droit et expertise des contrats informatiques. Contrats des communications électroniques. Vision expertale de la protection des données, 2010
- Bitan, Hubert, Droit et expertise du numérique. Créations immatérielles. Données personnelles. E-réputation/Droit à l'oubli/Neutralité. Responsabilités civile et pénale, 2015
- Blanc, Nathalie, Les contrats du droit d'auteur à l'épreuve de la distinction des contrats nommés et innommés, 2010
- Blanc-Jouvan, Guillaume: Droit de la propriété intellectuelle: théorie et pratique, propriété littéraire, artistique et industrielle, 2011
- Blocher, Walter, Der Schutz von Software im Urheberrecht, 1989
- Bond, Robert, Software contracts: law, practice and precedents, 4. Auflage, 2010
- Bormann, Friedrich/Bormann, Michael, Rechtsnatur und Rechtsschutz der Software, DB 1991, 2641–2649

- Bradgate, Robert, Consumer Rights in Digital Products. A research report prepared for the UK Department for Business, Innovation and Skills, 2010
- Bradgate, Robert/White, Fidelma, Commercial Law, 2008
- Brandi-Dohrn, Anselm, Die gewährleistungsrechtliche Einordnung des Software-Überlassungsvertrages, CR 1986, 63–73
- Brandi-Dohrn, Anselm/Lejeune, Matthias/Stögmüller, Thomas/Heydn, Truiken/Moritz, Hans-Werner/Scherenberg, Oliver/Schneider, Jochen, Das Schicksal der Software-Lizenz bei nachträglicher Insolvenz des Lizenzgebers. Warum der Ansatz „Insolvenz olé, Lizenz passée“ nicht passt, CR 2012, 216–221
- Bräutigam, Peter/Rücker, Daniel, Softwareerstellung und § 651 BGB – Diskussion ohne Ende oder Ende einer Diskussion?, CR 2006, 361–368
- Brazell, Lorna, Intellectual Property Handbook, 2. Auflage, 2013
- Bridge, Michael, The sale of goods, 4. Auflage, 2019
- Bröckers, Stefan, Software-Gebrauchthandel: Der Teufel steckt im Detail. Technische Besonderheiten und gesetzlicher Änderungsbedarf, MMR 2011, 18–23
- Brown, Abbe/Kheria, Smita/Cornwell, Jane/Iljadica, Marta, Contemporary Intellectual Property Law and Policy, 6. Auflage, 2023
- Brox, Hans/Walker, Wolf-Dieter, Besonderes Schuldrecht, 47. Auflage, 2023
- Burnett, Rachel, IT Contracts, 2009
- Bydlinski, Peter, Der Sachbegriff im elektronischen Zeitalter: zeitlos oder anpassungsbedürftig?, AcP, Bd. 198, 1998, 287–328
- Byrne, Noel/McBratney, Amanda, Licensing technology, 3. Auflage, 2005
- Cabay, Julien, L'épuisement en ligne du droit d'auteur. Pérégrinations le long des frontières américaines et européennes du droit de distribution, AM 2013, 303–318
- Cahen, Murielle, La nature juridique du contrat de licence sur un logiciel, 06. November 2008, (nicht mehr verfügbar)
- Caron, Christophe, Les licences de logiciels dits „libres“ à l'épreuve du droit d'auteur français, Recueil Dalloz 2003, 23, 1556–1559
- Caron, Christophe, Le programme d'ordinateur selon la Cour de justice (II): la vente d'une copie immatérielle de programme vaut épuisement du droit!, Comm. Com. Electr. 2012–10, Commentaires, 21–22
- Cassagnabère, Hervé, Chronique annuelle 2012 de jurisprudence de la Cour de Justice de l'Union Européenne, RJEP 2013–6, 709, chron. 3
- Castets-Renard, Céline, L'interprétation du droit d'auteur européen sur les logiciels par la Cour de justice, RLDI 2012, 86, 87 ff.
- Castro, Clarice/Reed, Chris/de Quieroz, Ruy, On the Application of the Common European Sales Law to some Models of the Cloud Computing Services, ELJT, Vol. 4, Nr. 3, Dezember 2013
- Clément-Fontaine, Mélanie, Faut-il consacrer un statut légal de l'œuvre libre?, Pi 2008, 26, 69–76
- Collart Dutilleul, Francois/Delebecque, Philippe, Contrats civils et commerciaux, 11. Auflage, 2019

- Cordier, Gaetan/Adolphs, Mark, *Approche franco-allemande de la revente de logiciels*, *Comm. Com. Electr.* 2010–2, Fiche pratique, 47–48
- Coulaud, Mathieu, CJUE, 3 juillet 2012, *UsedSoft GmbH c/ Oracle International Corp.* (Affaire C-128/11): une décision surprenante restreint, dans certains cas, le droit des éditeurs de logiciels, *RLDI* 2012, 85, 129–130
- Croze, Hervé/Bismuth, Yves, *Le contrat dit licence de logiciel*, *JCP E* 1986, études et commentaires, 14659, 121–127
- Czychowski, Christian/Bröker, Klaus Tim, *ASP – Ein Auslaufmodell für das Urheberrecht?*, *MMR* 2002, 81–84
- Davis, Colin/Cheng, Tania, *Intellectual Property Law in the UK*, 2011
- Davies, Iwan, *Sale and Supply of Goods*, 2. Auflage, 1996
- Deckers, Stefan, *Allgemeine Geschäftsbedingungen im Web-Design-Vertrag. Zulässigkeit üblicher Klauseln und vertragliche Gestaltungsmöglichkeiten für Besteller einer Web-Site*, *CR* 2002, 900–907
- Delamer, Franck/van Eeckhout, Arnaud, *Licence de logiciel: son régime juridique à l'épreuve de la pratique*, *Revue des contrats*, 01. Juli 2004, Nr. 3, 817 ff.
- Denoix de Saint Marc, Stéphanie, *Le contrat de commande en droit d'auteur français*, 1999
- Diedrich, Kay, *Typisierung von Softwareverträgen nach der Schuldrechtsreform. Lösungsansätze für neue Abgrenzungsfragen*, *CR* 2002, 473–480
- Dnes, Antony W., *Should the UK Move to a Fair-Use Copyright Exception?*, *IIC* 2013, 418–445
- Dobson, Paul, *Sale of Goods and Consumer Credit*, 6. Auflage, 2000
- Dobson, Paul/Stokes, Rob, *Commercial law*, 8. Auflage, 2012
- Dogan, Fatih, *Patentrechtlicher Schutz von Computerprogrammen*, 2005
- Dreier, Thomas, *The Council Directive of 14 May 1991 on the Legal Protection of Computer Programs*, *EIPR*, 1991, 319–330
- Dreier, Thomas, *Adjustment of Copyright Law to the Requirements of the Information Society*, *IIC* 1998, 623–640
- Dreier, Thomas/Leistner, Matthias, *Urheberrecht im Internet: die Forschungsherausforderungen*, *GRUR* 2013, 881–897
- Dreier/Schulze, *Urheberrechtsgesetz, Kommentar*. Dreier, Thomas/Schulze, Gernot (Hrsg.), 7. Auflage, 2022
- Dreier, Thomas/Vogel, Rupert, *Software- und Computerrecht*, 2008
- Druschel, Johannes, *Die Regelung digitaler Inhalte im Gemeinsamen Europäischen Kaufrecht (GEKR)*, *GRUR Int.* 2015, 125–137
- Druschel, Johannes/Lehmann, Michael, *Ein digitaler Binnenmarkt für digitale Güter*, *CR* 2016, 244–251
- Enchelmaier, Stefan, *The Inexhaustible Question – Free Movement of Goods and Intellectual Property in the European Court of Justice's Case Law*, 2002–2006, *IIC* 2007, 453–470

- Enchelmaier, Stefan, Erschöpfung des Rechts zum (Weiter-) Verkauf „gebrauchter“ Software. Anmerkung zu EuGH, Rs. C-128/11 UsedSoft/Oracle, 3.7.2012, GPR 2013, 224, 227
- Eichelberger/Wirth/Seifert, Urheberrechtsgesetz mit Verwertungsgesellschaftengesetz, Handkommentar. Eichelberger, Jan/Wirth, Thomas/Seifert, Fedor (Hrsg.), 4. Auflage, 2022
- Eilmannsberger, Thomas, Immaterialgüterrechtliche und kartellrechtliche Aspekte des Handels mit gebrauchter Software, GRUR 2009, 1123–1128
- Eresio, Nicolas, L'exclusivité contractuelle, 2008
- Feiler, Thomas/Schuba, Marc, UsedSoft-Urteil des EuGH – Nicht alle Fragen zum Handel mit Gebrauchtsoftware sind „erschöpft“, in: Taeger, Jürgen (Hrsg.), IT und Internet – mit Recht gestalten, 2012, 351–365
- Fell, John/Antell, John/Exell, Jonathan/Picton, Vivian/Roberts-Walsh, Adrian/Townsend, Louise, IT-Law, 2007
- Flint, Michael/Fitzpatrick, Nicholas/Thorne, Clive, A Users Guide to Copyright, 6. Auflage, 2006
- Freiherr von Gamm, Otto-Friedrich, GRUR 1986, 730–731
- Fritzemeyer, Wolfgang, Die rechtliche Einordnung von IT-Verträgen und deren Folgen. Endlich Klarheit oder doch eine „never ending story“?, NJW 2011, 2918–2922
- Fritzsche, Jörg, Rechtsfragen der Herstellung und Überlassung von Software, JuS 1995, 497–504
- Gaudrat, Philippe, Les modèles d'exploitation du droit d'auteur, RTDCom. 2009, 323 ff.
- Gaudrat, Philippe, Jeu vidéo: le logiciel remis à sa place, RTDCom. 2010, 319 ff.
- Gaudrat, Philippe, Droit d'utilisation d'un progiciel (Com. 12 juin 2012, n° 11–20.204, non publié au bulletin), RTDCom. 2013, 75 ff.
- Gaudrat, Philippe, Licences de programmes d'occasion téléchargés à partir d'Internet – Epuisement du droit de distribution et notion „d'acquéreur légitime“, RTDCom. 2013, 790 ff.
- Gautier, Pierre-Yves, Sur ce que les logiciels sont bien susceptibles d'être l'objet d'un contrat de vente et des conséquences qui s'ensuivent, RTDCiv. 1994, 373 ff.
- Giedke, Anna, Cloud Computing: Eine wirtschaftsrechtliche Analyse mit besonderer Berücksichtigung des Urheberrechts, 2013
- Giroit, Clarisse, La validité des licences de logiciel sous plastique en droit français: les enseignements du droit comparé, DIT 1998–1, 7–14
- Göbel, Alexander, The principle of exhaustion and the resale of downloaded software – the UsedSoft/Oracle case (UsedSoft GmbH/Oracle International Corporation, ECJ (Grand Chamber), Judgement of 3 July 2012, C-128/11), ELR 2012, 226–234
- Goldmann, Bettina/Redecke, Rebecca, Gewährleistung bei Softwarelizenzverträgen nach dem Schuldrechtsmodernisierungsgesetz, MMR 2002, 3–8
- Graf von Westphalen, Friedrich, Rechtsprobleme des Computer-Leasing, CR 1987, 477–489

- Gräfin von Westerholt, Margot /Berger, Konrad, Der Application Service Provider und das neue Schuldrecht. Vertragsrechtliche Fragen zu seiner Stellung zwischen Lieferanten und Kunden, CR 2002, 81–88
- Green, Sarah/Saidov, Djakhongir, Software as goods, JBL 2007, 3, 161–181
- Grigoriadis, Lazaros, The distribution of software in the European Union after the decision of the CJEU „UsedSoft GmbH v. Oracle International Corp.“ („UsedSoft“), JICLT 2013, 198–204
- Gross, Bernard/Bihr, Phillipe, Contrats, Vente civiles et commerciales, Baux d’habitation, Baux commercial, 2. Auflage, 2002
- Groß, Michael, Der Lizenzvertrag, 12. Auflage, 2020
- Grüneberg, Bürgerliches Gesetzbuch, Kommentar. Grüneberg, Christian (Hrsg), 82. Auflage, 2023
- Grünwald, Andreas/Döpfkens, Harm-Randolf, Cloud Control? Regulierung von Cloud Computing Angeboten, MMR 2011, 287–290
- Grützmaker, Malte, Application Service Providing – Urhebervertragsrechtliche Aspekte, ITRB 2001, 59–63
- Grützmaker, Malte, Gebrauchsoftware und Übertragbarkeit von Lizenzen. Zu den Rechtsfragen auch jenseits der Erschöpfungslehre, CR 2007, 549–556
- Grützmaker, Malte, Gebrauchsoftwarehandel mit erzwungener Zustimmung – eine gangbare Alternative? Zugleich Anmerkung zur Entscheidung des LG Mannheim, Urt. v. 22.12.2009 – 2 O 37/09, zur Zustimmungspflicht des Softwareherstellers bei Lizenzübertragung, CR 2010, 141–147
- Grützmaker, Malte, Lizenzgestaltung für neue Nutzungsformen im Lichte von § 69d UrhG (Teil 1). Die dogmatischen Grundlagen, CR 2011, 485–491
- Grützmaker, Malte, Lizenzgestaltung für neue Nutzungsformen im Lichte von § 69d UrhG (Teil 2). Die urheber- und vertragsrechtliche Ebene bei Core, Cluster, Cloud & Co., CR 2011, 697–705
- Grützmaker, Malte, Endlich angekommen im digitalen Zeitalter!? Die Erschöpfungslehre im europäischen Urheberrecht: der gemeinsame Binnenmarkt und der Handel gebrauchter Software, ZGE 2013, 46–83
- Grynbaum, Luc, Pas de résolution du contrat informatique pour une anomalie de logiciel, Comm. Com. Electr. 2004–10, comm. 116
- Guibault, Lucia/Helberger, Natalie/Loos, Marco/Mak, Chantal/Pessers, Lodewijk/van der Sloot, Bart, Digital Consumers and the Law. Towards a Cohesive European Framework, 2012
- Haase, Heiko, Die Patentierbarkeit von Computersoftware. Eine Untersuchung unter juristischen und wirtschaftlichen Aspekten, 2003
- Haberstumpf, Helmut, Das Software–Urhebervertragsrecht im Lichte der bevorstehenden Umsetzung der EG-Richtlinie über den Rechtsschutz von Computerprogrammen, GRUR 1992, 715–724
- Haberstumpf, Helmut, Handbuch des Urheberrechts, 2. Auflage, 2000
- Haberstumpf, Helmut, Der Handel mit gebrauchter Software und die Grundlagen des Urheberrechts, CR 2009, 345–353.

- Haberstumpf, Helmut, Der Handel mit gebrauchter Software im harmonisierten Urheberrecht. Warum der Ansatz des EuGH einen falschen Weg zeigt, CR 2012, 561–572
- Haberstumpf, Helmut, Das System der Verwertungsrechte im harmonisierten Urheberrecht, GRUR Int. 2013, 627–635
- Haberstumpf, Helmut, Verkauf immaterieller Güter, NJOZ 2015, 793–804
- Haedicke, Maximilian, Rechtskauf und Rechtsmängelhaftung, 2003
- Hagemester, Roland, Der Handelsvertreter im englischen Recht und seine Ansprüche bei Beendigung des Vertretervertrages, 2004
- Handbuch des EDV-Rechts. Schneider, Jochen (Hrsg.), 5. Auflage, 2017
- Handbuch Multimedia-Recht, Rechtsfragen des elektronischen Geschäftsverkehrs. Hoeren, Thomas/Sieber, Ulrich/Holznel, Bernd (Hrsg.), 59. Ergänzungslieferung, 2023
- Handbuch des Urheberrechts. Loewenheim, Ulrich (Hrsg.), 3. Auflage, 2021
- Hansen, Hauke, Keine Erschöpfung bei der Reproduktion ohne Zustimmung des Urhebers, GRUR Prax 2015, 62
- Hansen, Hauke/Wolff-Rojczyk, Oliver, Erschöpfung des Verbreitungsrechts bei „gebrauchten“ Softwarelizenzen – UsedSoft, GRUR 2012, 904–910
- Hantschel, Ines, Softwarekauf und -weiterverkauf. Zur Vertragsnatur und Erschöpfungswirkung körperlicher und unkörperlicher Übertragungsformen von Software, 2011
- Halliday, David/Dollery, Sam, Beyond the cloud, Comms. L. 2009, 14(3), 77–79
- Hartmann, Thomas, Weiterverkauf und „Verleih“ online vertriebener Inhalte. Zugleich Anmerkung zu EuGH, Urteil vom 3. Juli 2012 – Rs. C-128/11, UsedSoft/Oracle, GRUR Int. 2012, 980–989
- Hassemer, Michael, Kaufverträge nach der Schuldrechtsreform – Vertragsgestaltung gegenüber Verbrauchern und im Handelsgeschäft, ZGS 2002, 95–102
- Heckmann, Dirk, Hürden für den Handel mit „gebrauchter“ Software per Download („UsedSoft II“), juris Praxis Report IT-Recht, 5/2014, Anm. 3
- Heussen, Benno, Urheber- und lizenzrechtliche Aspekte bei der Gewährleistung von Computersoftware – Zugleich zum Problem der Rechtsnatur von Lizenzverträgen, GRUR 1987, 779–791
- Heydn, Triuken J., Identitätskrise eines Wirtschaftsguts: Software im Spannungsfeld zwischen Schuldrecht und Urheberrecht. Eine grundsätzliche Betrachtung, CR 2010, 765–776
- Heydn, Triuken, Anmerkung zu BGH: Handel mit „gebrauchten“ Softwarelizenzen – UsedSoft, MMR 2011, 309–311
- Heydn, Triuken, Anmerkung zu EuGH: Handel mit gebrauchter Software – Usedsoft, MMR 2012, 591–593
- Heydn, Triuken, Anmerkung zu BGH, Urteil vom 17. Juli 2013 – I ZR 129/08 (OLG München), MMR 2014, 239–241
- Hill, W. Wesley, Media monitoring, copyright and technology: implications of recent cases, GRUR Int. 2013, 979–984

- Hilty, Reto M., Der Schutz von Computerprogrammen – nationale und internationale Normen auf dem Prüfstand des Internets, sic! 1997, 128–141
- Hilty, Reto M., Lizenzvertragsrecht. Systematisierung und Typisierung aus schutz- und schuldrechtlicher Perspektive, 2001
- Hilty, Reto M., Softwarevertrag: Qualifikation im Lichte des gesetzlichen Gebrauchsrechts, in: Harrer, Friedrich/Portmann, Wolfgang/Zäch, Roger (Hrsg.), Besonderes Vertragsrecht – aktuelle Probleme. Festschrift für Heinrich Honsell zum 60. Geburtstag, 2002, 61–85
- Hilty, Reto M., Der Softwarevertrag – ein Blick in die Zukunft. Konsequenzen der trägerlosen Nutzung und des patentrechtlichen Schutzes von Software, MMR 2003, 3–15
- Hilty, Reto M., Die Rechtsnatur des Softwarevertrages. Erkenntnisse aus der Entscheidung des EuGH UsedSoft v. Oracle, CR 2012, 625–637
- Hilty, Reto M., Optionales europäisches Privatrecht (« 28. Modell »), RabelsZ 2012, 76/2, 339–373.
- Hilty, Reto M., Softwareurheberrecht statt Softwarepatente? Forderungen der deutschen Politik unter der Lupe, in: Alexander, Christian/Bornkamm, Joachim/Buchner, Benedikt/Fritzsche, Jörg/Lettl, Tobias (Hrsg.), Festschrift für Helmut Köhler zum 70. Geburtstag, 2014, 289–298
- Hilty, Reto M., „Exhaustion“ in the digital age, in: Calboli, Irene/Lee, Edwrad (Hrsg.), Research handbook on intellectual property exhaustion and parallel imports, 2016, 64–83
- Hilty, Reto M., Urheberrecht, 2. Auflage, 2020
- Hilty, Reto M., Legal Concept of “Exhaustion”: Exhausted?, in: Bruun, Niklas/Dinwoodie, Graeme B./Levin, Marianne/Ohly, Ansgar (Hrsg.), Transition and Coherence in Intellectual Property Law: Essays in Honour of Annette Kur, 2021, 272–283
- Hilty, Reto M./Geiger, Christophe, Patenting Software, A Judicial and Socio-Economic Analysis, IIC 2005, 615–646
- Hilty, Reto M./Köklü, Kaya, Reichweite des Rechtsschutzes von Computerprogrammen. Eine Kritik an der EuGH-Rechtsprechung, in: Büscher, Wolfgang/Erdmann, Willi/Haedicke, Maximilian/Köhler, Helmut/Loschelder, Michael (Hrsg.), Festschrift für Joachim Bornkamm zum 65. Geburtstag, 2014, 797–809
- Hilty, Reto M./Köklü, Kaya/Hafenbrädl, Fabian, Software Agreements: Stocktaking and Outlook – Lessons from the UsedSoft v. Oracle Case from a Comparative Law Perspective, IIC 2013, 263–292
- Hoeren, Thomas, Softwareüberlassung an der Schnittstelle von Urheber- und Vertragsrecht. Zugleich eine kritische Auseinandersetzung mit Heussen, GRUR 1987, 779 ff., GRUR 1988, 340–349
- Hoeren, Thomas, Der Softwareüberlassungsvertrag als Sachkauf. Ansätze zu einer neuen Vertragstypologie im Bereich der Standardsoftware, CR 1988, 908–917
- Hoeren, Thomas, Der urheberrechtliche Erschöpfungsgrundsatz bei der Online-Übertragung von Computerprogrammen, CR 2006, 573–578
- Hoeren, Thomas, Der Erschöpfungsgrundsatz bei Software. Körperliche Übertragung und Folgeprobleme, GRUR 2010, 665–673

- Hoeren, Thomas, Die Online-Erschöpfung im Softwarebereich, Fallgruppen und Beweislast, MMR 2010, 447–450
- Hoeren, Thomas/Försterling, Matthias, Onlinevertrieb „gebrauchter“ Software. Hintergründe und Konsequenzen der EuGH-Entscheidung „UsedSoft“, MMR 2012, 642–647
- Hoeren, Thomas/Pinelli, Stefan, IT-Vertragsrecht, 3. Auflage, 2022
- Hoeren, Thomas/Schuhmacher, Dirk, Verwendungsbeschränkungen im Softwarevertrag. Überlegungen zum Umfang des Benutzungsrechts für Standardsoftware, CR 2000, 137–146
- Holländer, Günther, Ist der Lauf eines Computerprogrammes eine Vervielfältigung im Sinne von § 16 UrhG trotz § 20 UrhG?, GRUR 1991, 421–422
- Hollande, Alain/Linart de Bellefonds, Xavier, Pratique du droit de l'informatique et de l'internet: logiciels, systèmes, internet, 6. Auflage, 2008
- Holt, Jeremy/Newton, Jeremy, A Managers Guide to IT Law, 2. Auflage, 2011
- Huet, Jérôme, Anmerkung zu Cass. com., 22. Mai 1991, Rechtssache LCE gegen Artware, DIT 1991–3, 27–29
- Huet, Jérôme, L'Europe des logiciels : le principe de la protection par le droit d'auteur (directive communautaire du 14 mai 1991), Recueil Dalloz 1992, 221 ff.
- Huet, Jérôme, De la «vente» de logiciels, in: Catala, Pierre (Hrsg.), 2001, 799–815
- Huet, Jérôme, Cas d'application dénuée d'ambiguïté des règles de la vente à la fourniture d'un système informatique et de progiciels, Comm. Com. Electr. 2003–12, comm. 123
- Huet, Jérôme, Le marché des logiciels d'occasion et la libre circulation des produits culturels, Recueil Dalloz 2012, 2101 f.
- Huet, Jérôme/Bouche, Nicolas, Les contrats informatiques, 2012
- Huet, Jérôme/Decocq, Georges/Grimaldi, Cyril/Lecuyer, Hervé, Les principaux contrats spéciaux, in: Ghestin, Jacques (Hrsg.), Traité de droit civil, 3. Auflage, 2012
- Huppertz, Peter, Handel mit Second Hand-Software. Analyse der wesentlichen Erscheinungsformen aus urheber- und schuldrechtlicher Perspektive, CR 2006, 145–151
- Huppertz, Peter, Anmerkung zu LG München I: Zulässiger Handel mit gebrauchten Softwarelizenzen. LG München I, 28. November 2007, Az: 30 O 8684/07, CR 2008, 418–419
- Intveen, Michael/Lohmann, Lutz, Die Haftung des Providers bei ASP-Verträgen. Wornach richtet sich die Providerhaftung und welche vertraglichen Möglichkeiten zur Beschaffung gibt es noch?, ITRB 2002, 210–213
- Jani, Ole, „Secondhand“ Software: Does European Copyright Law Permit the Sale of Secondhand Files?, ELR 2012, 21–29
- Joos, Ulrich, Die Erschöpfungslehre im Urheberrecht. Eine Untersuchung zu Rechtsinhalt und Aufspaltbarkeit des Urheberrechts mit vergleichenden Hinweisen auf Warenzeichenrecht, Patentrecht und Sortenschutz, 1991
- Junker, Abbo/Benecke, Martina, Computerrecht, 3. Auflage, 2003
- Kamlah, Dietrich, Softwareschutz durch Patent und Urheberrecht. Ein Vergleich für die Praxis, CR 2010, 485–492

- Karger, Michael, Rechtseinräumung bei Software-Erstellung, CR 2001, 357–366
- Kerber, Wolfgang, Exhaustion of Digital Goods: An Economic Perspective, ZGE 2016, 149–169
- Kilian, Wolfgang, Vertragsgestaltung und Mängelhaftung bei Computersoftware, CR 1986, 187–196
- Kindermann, Manfred, Vertrieb und Nutzung von Computersoftware aus urheberrechtlicher Sicht, GRUR 1983, 150–161
- Koch, Frank, Computer-Vertragsrecht, 7. Auflage, 2009
- Koch, Frank, Auswirkungen des EuGH-Urteils zum Gebrauchtssoftwarehandel auf das Urheberrecht – Teil 1. Zur Erschöpfung des Verbreitungsrechts bei Online-Überlassung von Software, ITRB 2013, 9–17
- Koch, Frank, Auswirkungen des EuGH-Urteils zum Gebrauchtssoftwarehandel auf das Urheberrecht – Teil 2. Zur Erschöpfung des Verbreitungsrechts bei Online-Überlassung von Software, ITRB 2013, 38–41
- Köhler, Helmut, Rechtsfragen zum Softwarevertrag. Zugleich Besprechung des BGH-Urteils vom 25. März 1987, CR 1987, 827–835
- König, Mark-Michael, Das Computerprogramm im Recht. Technische Grundlagen, Urheberrecht und Verwertung, Überlassung und Gewährleistung, 1991
- Kotthoff, Jost, Softwareerstellungs-Verträge nach der Schuldrechtsmodernisierung, K&R 2002, 105–110
- Kulpe, Carmen, Der Erschöpfungsgrundsatz nach Europäischem Urheberrecht, 2012
- Kramme, Malte, Vertragsrecht für digitale Produkte. Die Umsetzung der Digitale-Inhalte-Richtlinie im Schuldrecht AT, RD i 2021, 20–28
- Kraßer, Rudolf/Ann, Christoph, Patentrecht, 7. Auflage, 2016
- Kraul, Torsten, Multimediaverträge nach deutschem und englischem Recht, GRUR Int. 2009, 481–490
- Krüger, Stefan/Biehler, Manuel/Apel, Simon, Keine „UsedGames“ aus dem Netz. Unanwendbarkeit der „UsedSoft“-Entscheidung des EuGH auf Videospiele, MMR 2013, 760–765
- Lamy Droit du Numérique 2023. Vivant, Michel (Hrsg.), 2023
- Lamy Droit du Numérique 2023 Guide, Solutions et applications. Costes, Lionel (Hrsg.), 2023
- Lando, Ole/Beale, Hugh, The Principles of European Contract Law, Parts I and II, 1999
- Lando, Ole/Clive, Eric/Prüm, Andre/Zimmermann, Reinhardt, The Principles of European Contract Law III, 2003
- Laronze, Bertrand, L'usufruit des droits de propriété intellectuelle, 2006
- Lauer, Jörg, Verträge über Software-Leistungen in der Praxis, BB 1982, 1758–1763
- Larrieu, Jacques/Le Stanc, Christian/Tréfigny, Pascale, Droit du numérique. août 2011–août 2012, Recueil Dalloz 2012, 2343 ff.
- Le Stanc, Christian, Anmerkung zu CA Paris, 25<sup>ième</sup> chambre, B, 22. Juni 2001, Sté Unisys France c/ Sté Cogim et autres, Comm. Com. Electr. 2001–12, 25–26

- Le Stanc, Christian, Trame commentée de contrat de prestations informatiques et de mise à disposition de logiciel, *Propriété industrielle*, 2014–2, Nr. 2, form. 2
- Le Tourneau, Philippe, *Théorie et pratique des contrats informatiques*, 2000
- Le Tourneau, Philippe, *Contrats du numérique informatiques et électroniques*, 12. Auflage, 2022
- Le Tourneau, Philippe/Bloch, Cyril/Guettier, Christophe/Giudicelli, André/Julien, Jérôme/Krajieski, Didier/Poumarède, Matthieu, *Droit de la responsabilité et des contrats régimes d'indemnisation*, 13. Auflage, 2023
- Ledieu, Marc-Antoine, Et si la licence de logiciel était une location?, *Comm. Com. Electr.* 2003–11, 12–19
- Ledieu, Marc-Antoine, Le contrat de licence de logiciel; les points clés de négociation, *Cahiers de droit de l'entreprise*, 2005, 3, 61–64
- Lehmann, Michael, Anmerkung zu BGH, Urt. v. 20. Januar 1994, („Holzhandelsprogramm“), *CR* 1994, 277–279
- Lehmann, Michael, Digitalisierung, Cloud Computing und Urheberrecht, *GRUR Int.* 2015, 677–680
- Lehmann, Michael/Giedke, Anna, Cloud Computing – technische Hintergründe für die territorial gebundene rechtliche Analyse. Cloudspezifische Serververbindungen und eingesetzte Visualisierungstechnik, *CR* 2013, 608–616
- Lehmann, Michael/Giedke, Anna, Urheberrechtliche Fragen des Cloud Computing, *CR* 2013, 681–688
- Leible, Stephan, Von einem Berg sowie Mäusen und anderen Tieren – Das optionale Instrument ante portas, *EuZW* 2011, 809
- Lemley, Mark/Menell, Peter/Merges, Robert/Samuels, Pamela/Carver, Brian, *Software and Internet Law*, 4. Auflage, 2011
- Lenhard, Frank, Vertragstypologie von Softwareüberlassungsverträgen: neues Urhebervertragsrecht und neues Schuldrecht unter Berücksichtigung der Open-Source-Softwareüberlassung, 2006
- Leistner, Matthias, Gebrauchtssoftware auf dem Weg nach Luxemburg. Der Vorlagebeschluss des BGH in Sachen Oracle v. UsedSoft, *CR* 2011, 209–215
- Leistner, Matthias, The German Federal Supreme Court's Judgement on Google's Images Search – A Topical Example of the „Limitations“ of the European Approach to Exceptions and Limitations, *IIC* 2011, 417–442
- Lerich, Stéphane/Ruelle, Julie, L'épuisement des droits à l'ère de la dématérialisation: une première avancée (à propos de l'arrêt UsedSoft c/ Oracle, CJUE, 3 juillet 2012), *RLDI* 2012, 86, 30–37
- Lettl, Tobias, *Urheberrecht*, 4. Auflage, 2021
- Lippert, Pascal, Neue sicherheitsbezogene IT-Dienstleistungen, *CR* 2002, 458–465
- Loewenheim, Ulrich, Urheberrechtliche Probleme bei Multimedienwendungen, *GRUR* 1996, 830–836
- Loewenheim, Ulrich, Software aus zweiter Hand, in: Schierenholz, Anke/Melichar, Ferdinand (Hrsg.), *Kunst, Recht und Geld. Festschrift für Gerhard Pfennig zum 65. Geburtstag*, 2012, 66–74

- Loos, Marco/Helberger, Natali/Guibault, Lucie/Mak, Chantal, The Regulation of Digital Content Contracts in the Optional Instrument of Contract Law, ERPL 2011, 729–758
- Loos, Marco/Helberger, Natali/Guibault, Lucie/Mak, Chantal/Pessers, Lodewijk/Cseres, Katalin/van der Sloot, Bart/Tigner, Ronan, Analysis of the applicable legal frameworks and suggestions for the contours of a model system of consumer protection in relation to digital content contracts. Final Report. Comparative analysis, Law & Economics analysis, assessment and development of recommendations for possible future rules on digital content contracts. With an executive summary of the main points, Amsterdam: University of Amsterdam, Centre for the Study of European Contract Law, 2011, IVIR, 2011, ([https://www.researchgate.net/profile/Lucie-Guibault/publication/251314129\\_Analysis\\_of\\_the\\_Applicable\\_Legal\\_Frameworks\\_and\\_Suggestions\\_for\\_the\\_Contours\\_of\\_a\\_Model\\_System\\_of\\_Consumer\\_Protection\\_in\\_Relation\\_to\\_Digital\\_Content\\_Contracts/links/5720839708aed056fa23c733/Analysis-of-the-Applicable-Legal-Frameworks-and-Suggestions-for-the-Contours-of-a-Model-System-of-Consumer-Protection-in-Relation-to-Digital-Content-Contracts.pdf](https://www.researchgate.net/profile/Lucie-Guibault/publication/251314129_Analysis_of_the_Applicable_Legal_Frameworks_and_Suggestions_for_the_Contours_of_a_Model_System_of_Consumer_Protection_in_Relation_to_Digital_Content_Contracts/links/5720839708aed056fa23c733/Analysis-of-the-Applicable-Legal-Frameworks-and-Suggestions-for-the-Contours-of-a-Model-System-of-Consumer-Protection-in-Relation-to-Digital-Content-Contracts.pdf)) (aufgerufen am 01. Dezember 2023)
- Lorenz, Stephan, Das Kaufrecht und die damit verbundenen Dienstverträge im Common European Sales Law, AcP, Bd. 212, 2012, 702–847
- Lloyd, Ian, Cyber Law in the United Kingdom, 3. Auflage, 2017
- Lucas, André, Le droit de l'informatique. 1987
- Lucas, André, 3. Droits patrimoniaux. 1. Logiciels – Epuisement du droit de distribution. Besprechung des Urteils CA Douai, 16.01.2009, Pi 2009, 31, 268–270
- Lucas, André, Droit de distribution – Logiciel – Téléchargement – Epuisement (oui). CJUE, gde ch., 3 juillet 2012 aff. C-128/11 UsedSoft c/ Oracle International Corp, Pi 2012, 14, 333–337
- Lucas, André/Devèze, Jean/Frayssinet, Jean, Droit de l'informatique et de l'Internet, 2001
- Lucas, André/Lucas-Schloetter, Agnès/Bernault, Carine, Traité de la propriété littéraire et artistique, 5. Auflage, 2017
- Lutz, Helmuth, Lizenzierung von Computerprogrammen, GRUR 1976, 331–337
- Lutz, Holger, Softwarelizenzen und die Natur der Sache: eine vertragstypologische Einordnung von Softwareüberlassungsverträgen unter besonderer Berücksichtigung von Erschöpfungsgrundsatz und bestimmungsgemäßer Benutzung, 2009
- Malevanny, Nikita, Die UsedSoft-Kontroverse: Auslegung und Auswirkungen des EuGH-Urteils, CR 2013, 422–427
- Mankowski, Peter, Werkvertragsrecht – Die Neuerungen durch § 651 BGB und der Abschied vom Werklieferungsvertrag, MDR 2003, 854–860
- Marly, Jochen/Jobke, Nils, BGH: Softwareüberlassung im ASP-Vertrag hat grundsätzlich mietvertraglichen Charakter. BGB § 535. Zur Rechtsnatur der Softwareüberlassung im Rahmen eines ASP-Vertrages. BGH, Urteil vom 15.11.2006 – XII ZR 120/4 (LG Mühlhausen), NZM 2007, 379. Anmerkung, LMK 2007, 209583
- Marly, Jochen, Der Handel mit so genannter „Gebrauchsoftware“, EuZW 2012, 654–657

- Marly, Jochen, Anmerkung zu OLG Frankfurt, Urteil v. 18. Dezember 2012 – 11 U 68/11, GRUR 2013, 283–285
- Marly, Jochen, Praxishandbuch Softwarerecht, 7. Auflage, 2018
- Marsoof, Althaf, A case for sui generis treatment of software under the WTO regime, Int. J. Law Inf. Technol. 2012, 20 (4), 291–311
- Martens, Sebastian, Schuldrechtsdigitalisierung. Einführung in die Änderungen des Kauf- und Verbraucherrechts, insbesondere in die Regelungen der Verträge über digitale Produkte (§§ 327 ff. BGB), 2022
- Masadeh, Aymen, Classification of the software contract, M.J.L.S. 2005, 9 (1/2), 43–64
- Maume, Philipp/Wilser, Christian, Viel Lärm um nichts? Zur Anwendung von § 651 BGB auf IT-Verträge, CR 2010, 209–214
- May, Benjamin, Contrats informatiques: Gare au Charivari des licences de logiciel, JCP E 2004, 23, 900–903
- McGuire, Mary-Rose, Nutzungsrechte an Computerprogrammen in der Insolvenz. Zugleich eine Stellungnahme zum Gesetzesentwurf zur Regelung der Insolvenzfähigkeit von Lizenzen, GRUR 2009, 13–22
- McGuire, Mary-Rose, Die Lizenz: Eine Einordnung in die Systemzusammenhänge von BGB und Zivilprozessrecht, 2012
- McGuire, Mary-Rose, Lizenzen in der Insolvenz: ein neuer Anlauf zu einer überfälligen Reform, GRUR 2012, 657–664
- Medicus, Dieter/Lorenz, Stephan, Schuldrecht II. Besonderer Teil, 18. Auflage, 2018
- Melullis, Klaus-Jürgen, Zur Patentfähigkeit von Programmen für Datenverarbeitungsanlagen, GRUR 1998, 843–853
- Mendoza-Caminade, Alexandra, Vers une libéralisation du commerce du logiciel en Europe?, Recueil Dalloz 2012, 2142 ff.
- Meub, Michael, Schuldrechtsreform: Das neue Werkvertragsrecht, DB 2002, 131–134
- Meyer, Oliver, Aktuelle vertrags- und urheberrechtliche Aspekte der Erstellung, des Vertriebs und der Nutzung von Software, 2008
- Metzger, Axel, Zur Zulässigkeit von CPU-Klauseln in Softwarelizenzverträgen, NJW 2003, 1994–1995
- Metzger, Axel, Der neue § 651 BGB. Primat des Kaufrechts oder restriktive Auslegung, AcP, Bd. 204, 2004, 231–263
- Micklitz, Hans-W./Reich, Norbert, The Commission Proposal for a „Regulation on a Common European Sales Law (CESL)“ – Too broad or not broad enough?, EUI Working Papers. LAW 2012/04. European Regulatory Private Law Project (ER-PL-03). European Research Council (ERC) Grant, 2012
- Miles, Richard, Blackstone’s sale and supply of goods and services, 2001
- Möhring, Philipp, Die Schutzfähigkeit von Programmen für Datenverarbeitungsanlagen, GRUR 1967, 269–278
- Montero, Etienne, Les contrats de l’informatique et de l’internet, 2005

- Morgan, Richard/Burden, Kit, Legal Protection of Software: A Handbook, 2002
- Morgan, Richard/Berry, David, Morgan, Burden and Berry on IT Contracts, 10. Auflage, 2021
- Moritz, Hans-Werner, Überlassung von Programmkopien – Sachkauf oder Realakt in Vertrag sui generis?, CR 1994, 257–263
- Moritz, Hans-Werner, Vervielfältigungsstück eines Programms und seine berechtigte Verwendung. § 69d UrhG und seine neueste Rechtsprechung, MMR 2001, 94–97
- Moritz, Hans-Werner, § 69d UrhG im Spiegel der Meinungen, MMR aktuell 9/2002, V ff.
- Moritz, Hans-Werner, Eingeschränkte Zulässigkeit der Weiterveräußerung gebrauchter Software. Zugleich Kommentar zu EuGH, Urt. v. 3. 7. 2012 – Rs. C-128/11, UsedSoft/Oracle, K&R 2012, 493 ff. (in diesem Heft), K&R 2012, 456–459
- Moritz, Hans-Werner, Hürden für den Handel mit „gebrauchter“ Software per Download („UsedSoft II“), juris Praxis Report IT-Recht, 5/2014, Anm. 3
- Moritz, Ralf, Überlassung von Computersoftware, CR 1989, 1049–1056
- Moser, Claudia, Der Kommissionsvorschlag für eine Verordnung über ein Gemeinsames Europäisches Kaufrecht, in: Remien, Oliver/Herrler, Sebastian/Limmer, Peter (Hrsg.), Gemeinsames Europäisches Kaufrecht für die EU? Analyse des Vorschlags der Europäischen Kommission für ein optionales Europäisches Vertragsrecht vom 11. Oktober 2011, 2012, 7–14
- Müller-Hengstenberg, Claus-Dieter, Bemerkung zum Software-Gewährleistungsrecht. Eine Erwidern auf Brandi-Dohrn und Kilian, CR 1986, 441–443
- Müller-Hengstenberg, Claus-Dieter, Computersoftware ist keine Sache, NJW 1994, 3128–3134
- Müller-Hengstenberg, Claus-Dieter, Mitwirkungspflichten des Auftraggebers bei IT-Projekten, CR 2002, 549–557
- Müller-Hengstenberg, Claus-Dieter, Vertragstypologie der Computersoftwareverträge. Eine kritische Auswertung höchstrichterlicher Rechtsprechung zum alten Schuldrecht für die Beurteilung nach dem neuen Schuldrecht, CR 2004, 161–166
- Münchener Anwaltshandbuch IT-Recht. Leupold, Andreas/Wiebe, Andreas/Glossner, Silke (Hrsg.), 4. Auflage, 2021
- Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch. Säcker, Franz Jürgen/Rixecker, Roland/Oetker, Hartmut/Limberg, Bettina (Hrsg.),  
– Band 1, §§ 1–240 BGB, 9. Auflage, 2021  
– Band 4, §§ 433–534 BGB, 8. Auflage, 2019  
– Band 5, §§ 535–630h BGB, 9. Auflage, 2023  
– Band 7, §§ 705–853 BGB, 9. Auflage, 2023
- Nicholsen, Andrew, Old habit die hard?: UsedSoft v. Oracle, SCRIPTed. A Journal of Law, Technology & Society, 2013, 389–407
- Niemann, Fabian, Shift der urheberrechtlichen Verwertungsrechte in der arbeitsteiligen digitalen Welt. Auswirkungen der BGH-Entscheidungen zu Online-Videorekorden (shift.tv, save.tv) auf Outsourcing, Virtualisierung und Web 2.0 Dienste, CR 2009, 661–666

- Niranjan, Venkatesan, A software transfer agreement and its implications for contract, sale of goods and taxation, *JBL* 2009, 8, 799–825
- Nordemann, Wilhelm, CPU-Klauseln in Software-Überlassungsverträgen, *CR* 1996, 5–10
- Oechler, Jürgen, *Vertragliche Schuldverhältnisse*, 2013
- Ohta, Tom, Exhaustion of rights (first sale doctrine): what are the broader implications of the CJEU's ruling in *Art & Allposters*?, *The IPKat-Blog*, 30. Januar 2015, (<http://ipkitten.blogspot.nl/2015/01/exhaustion-of-rights-first-sale.html>) (aufgerufen am 01. Dezember 2023)
- Orthmann, Jan-Peter/Kuß, Christian, Der digitale Flohmarkt – das EuGH-Urteil zum Handel mit Gebrauchtsoftware und dessen Auswirkungen, *BB* 2012, 2262–2265
- Ohly, Ansgar, Anmerkung zu Urteil v. 3. 7. 2012 – Rs. C-128/11, *UsedSoft/Oracle*, *JZ* 2013, 42–44
- Ohly, Ansgar, Gesetzliche Schranken oder individueller Vertrag?, in: Dreier, Thomas/Hilty, Reto M. (Hrsg.), *Vom Magnettonband zu Social Media. Festschrift 50 Jahre Urheberrechtsgesetz (UrhG)*, 2015, 379–398
- Ortiz, Rafael Illescas/Viscasillas, Pilar Perales, The scope of the Common European Sales Law: B2B, goods, digital content and services, *JITLB* 2012, 11, 3, 241–258
- Ostendorf, Patrick, Geplanter neuer Rechtsrahmen für Online-Warenhandel und Bereitstellung digitaler Inhalte im Europäischen Binnenmarkt, *ZRP* 2016, 69–72
- O'Sullivan, Janet, O'Sullivan's & Hilliard's *The Law of Contract*, 10. Auflage, 2022
- Pagenberg, Jochen/Beier, Dietrich/Abel, Stefan, *Lizenzverträge*, 6. Auflage, 2008
- Pahlow, Louis, *Lizenz und Lizenzvertrag im Recht des Geistigen Eigentums*, 2006
- Pech, Sebastian, *Lizenzmodelle in der Cloud. Diskussionsbericht zum gleichnamigen Symposium des Instituts für Urheber- und Medienrecht am 18. Oktober 2013*, *ZUM* 2014, 22–25
- Perner, Stefan, Zum Anwendungsbereich des Gemeinsamen Europäischen Kaufrechts (Art. 1 – Art. 16 VO-Entwurf), in: Wendehorst, Christiane/Zöchling-Jud, Brigitte (Hrsg.), *Am Vorabend eines Gemeinsames Europäischen Kaufrechts. Zum Verordnungsentwurf der Europäischen Kommission vom 11.10.2011*, 2012, 21–42
- Peukert, Alexander, Der Schutzbereich des Urheberrechts und das Werk als öffentliches Gut. Insbesondere: Die urheberrechtliche Relevanz des privaten Werkgenusses, in: Hilty, Reto M./Peukert, Alexander (Hrsg.), *Interessenausgleich im Urheberrecht*, 2004, 11–46,
- Peukert, Alexander, Das Urheberrecht und die zwei Kulturen der Online-Kommunikation, *GRUR-Beilage* 2014, 77–93
- Peukert, Alexander, Das Sacheigentum in der Informationsgesellschaft, in: Ohly, Ansgar/Bodewig, Theo/Dreier, Thomas/Götting, Horst-Peter/Haedicke, Maximilian/Lehmann, Michael (Hrsg.), *Perspektiven des Geistigen Eigentums und Wettbewerbsrecht. Festschrift für Gerhard Schrickler zum 70. Geburtstag*, 2005, 149–163
- Peukert, Alexander, *Urheberrecht und verwandte Schutzrechte*, 19. Auflage, 2023
- Plana, Sandrine, La recherche de la nature juridique du logiciel: la quête du graal, *RIDA*, 213, 2007–7, 86–137

- Pfeiffer, Thomas, Anwendungsbereich: Vertragsparteien und Vertragsgegenstand, in: Remien, Oliver/Herrler, Sebastian/Limmer, Peter (Hrsg.), *Gemeinsames Europäisches Kaufrecht für die EU? Analyse des Vorschlags der Europäischen Kommission für ein optionales Europäisches Vertragsrecht vom 11. Oktober 2011*, 2012, 35–42
- Pisulinski, Jerzy, *The Application of the CESL to a Contract for the Supply of Digital Content (e.g. Software)*, in: Moccia, Luigi (Hrsg.), *The making of European private law: why, how, what, who*, 2013, 205–216
- Pohle, Jan/Ammann, Thorsten, *Über den Wolken... – Chancen und Risiken des Cloud Computing*, CR 2009, 273–278
- Pollaud-Dulian, Frédéric, Anmerkung zu CJUE, 3 juillet 2012, n° C-128/11, *UsedSoft (Sté) c/ Oracle–International Corp. (Sté)*, RTDCom. 2012, 542 ff.
- Pres, Andreas, *Gestaltungsformen urheberrechtlicher Softwarelizenzverträge*, CR 1994, 520–525
- Pres, Andreas, *Gestaltungsformen urheberrechtlicher Softwarelizenzverträge. Eine juristische und ökonomische Untersuchung unter besonderer Berücksichtigung des Zweiten Gesetzes zur Änderung des Urheberrechtsgesetzes vom 9. Juni 1993*, 1994
- Quinn, Frances, *Elliot & Quinn's Contract Law*, 12. Auflage, 2019
- Rauer, Nils/Bibi, Alexander, *Erschöpfung auch bei anderen unkörperlichen Werken als Software?*, GRUR-Prax 2020, 55–57
- Rauer, Nils/Ettig, Diana, *Urheberrecht: EuGH trifft Grundsatzentscheidung zu „gebrauchter“ Software. Zugleich Anmerkung zu EuGH, 3. 7. 2012 – Rs. C-128/11, Used-Soft/Oracle*, EWS 2012, 328, EWS 2012, 322–327
- Redeker, Helmut, *Wer ist Eigentümer von Goethes Werther?*, NJW 1992, 1739–1740
- Redeker, Helmut, *Softwareerstellung und § 651 BGB*, CR 2004, 88–91
- Redeker, Helmut, *Software – ein besonderes Gut*, NJOZ 2008, 2917–2926
- Redeker, Helmut, *Information als eigenständiges Rechtsgut. Zur Rechtsnatur der Information und dem daraus resultierenden Schutz*, CR 2011, 634–639
- Redeker, Helmut, *Das Konzept der digitalen Erschöpfung – Urheberrecht für die digitale Welt. Was eigentlich übertragen wird und weitergegeben werden darf*, CR 2014, 73–78
- Redeker, Helmut, *IT-Recht*, 8. Auflage, 2023
- Reed, Chris, *Computer Law*, 7. Auflage, 2011
- Reinbothe, Jörg/von Lewinski, Silke, *World Intellectual Property Organization: The WIPO Treaties 1996: The WIPO Copyright Treaty and the WIPO Performances and Phonograms Treaty; commentary and legal analysis*, 2002
- Remien, Oliver, *Verpflichtungen des Verkäufers nach EU-Kaufrecht*, in: Schmidt-Kessel, Martin, *Ein einheitliches europäisches Kaufrecht? Eine Analyse des Vorschlags der Kommission*, 2012, 307–326
- Rigamonti, Cyrill, *Der Handel mit Gebrauchtssoftware nach schweizerischem Urheberrecht*, GRUR Int. 2009, 14–26
- Röhrborn, Jens/Sinhart, Michael, *Application Service Providing – juristische Einordnung und Vertragsgestaltung*, CR 2001, 69–77

- Rosati, Eleonora, Exhaustion also applies to first sale of downloaded software, *JIPLP* 2012, 7, 11, 786–788
- Roth, Hans-Peter, Green-IT: BGH bestätigt “UsedSoft”-Rechtsprechung zur digitalen Erschöpfung beim Handel mit Gebrauchsoftware. Zugleich Anmerkung zu BGH, Urteil vom 19. März 2015 – I ZR 4/14 (ZUM-RD 2015, 642), *ZUM* 2015, 981–985
- Rowland, Diane/Kohl, Uta/Charlesworth, Andrew, *Information Technology Law*, 5. Auflage, 2017
- Ruffler, Friedrich, Is trading in used software an infringement of copyright? The perspective of European Law, *EIPR* 2011, 375–383
- Saxby, Stephen, *Encyclopedia of information technology law*, Loseblatt-Ausgabe, 97. Lieferung, 2023
- Sahin, Ali/Haines, Alexander, Einräumung von Nutzungsrechten im gestuften Vertrieb von Standardsoftware. Unter welchen Voraussetzungen kann ein Vertragshändler Endkunden Nutzungsrechte einräumen?, *CR* 2005, 241–247
- Schack, Heimo, *Urheber- und Urhebervertragsrecht*, 10. Auflage, 2021
- Schmidt-Kessel, Der Entwurf für ein Gemeinsames Europäisches Kaufrecht: Kommentar. Schmidt-Kessel, Martin (Hrsg.), 2012
- Schmidt-Kessel, Martin, Der Vorschlag der Kommission für ein Optionales Instrument – Einleitung, in: Schmidt-Kessel, Martin (Hrsg.), *Ein einheitliches europäisches Kaufrecht? Eine Analyse des Vorschlags der Kommission*, 2012, 1–27
- Schmidt-Kessel, Martin, Anwendungsbereich, Ausgestaltung der Option und andere Fragen zur Verordnung, in: Schmidt-Kessel, Martin (Hrsg.), *Ein einheitliches europäisches Kaufrecht? Eine Analyse des Vorschlags der Kommission*, 2012, 29–50
- Schmidt-Kessel, Martin/Young Linda/Benninghoff, Sonja/Langhanke, Carmen/Russek, Grzegorz, *Obligationenrecht (einschl. ziviles Verbraucherschutzrecht)*. Should the Consumer Rights Directive apply to digital content?, *GPR* 2011, 7–15
- Schmidt-Szalewski, Joanna/Pierre, Jean-Luc, *Droit de la propriété industrielle*, 4. Auflage, 2007
- Schneider, Jochen, Softwareerstellung und Softwareanpassung – Wo bleibt der Dienstvertrag? Ein Plädoyer für die Einordnung von Verträgen zur Anpassung – Änderung von Software als Dienstvertrag und zugleich Anmerkung zu OLG Karlsruhe v. 16.8.2002 – 1 U 250/01, *CR* 2003, 317–323
- Schneider, Jochen, Spätfolgen der UsedSoft-Entscheidung des EuGH. Wie sieht die Softwarelizenz 2020 aus? Vorschläge zur Überlassung von Standardsoftware, *ITRB* 2014, 120–122
- Schneider, Jochen/Bischof, Elke, Das neue Recht für Softwareerstellung/-anpassung, *ITRB* 2002, 273–276
- Schneider, Jochen/Spindler, Gerald, Der Kampf um die gebrauchte Software – Revolution im Urheberrecht? Das Urteil des EuGH vom 3.7.2012 – Rs. 128/11 – „UsedSoft“ Gebrauchsoftware, *CR* 2012, 489–498
- Schneider, Jochen/Spindler, Gerald, Der Erschöpfungsgrundsatz bei „gebrauchter“ Software im Praxistest. Der Umgang mit dem unabdingbaren Kern als Leitbild für Softwareüberlassungs-AGB und andere praxisrelevante Aspekte aus BGH, *Urt. v. 17.7.2013 – I ZR 129/08 – UsedSoft II*, *CR* 2014, 168 ff., *CR* 2014, 213–223

- Scholz, Jochen, Mögliche vertragliche Gestaltungen zur Weitergabe von Software nach „UsedSoft II“, GRUR 2015, 142–149
- Schopper, Alexander, Verpflichtungen und Abhilfen der Parteien eines Kaufvertrages oder eines Vertrages über die Bereitstellung digitaler Inhalte (Teil IV CESL-Entwurf), in: Wendehorst, Christiane/Zöchling-Jud, Brigitte (Hrsg.), Am Vorabend eines Gemeinsames Europäischen Kaufrechts. Zum Verordnungsentwurf der Europäischen Kommission vom 11.10.2011, 2012, 107–146
- Schöttle, Hendrick, Software als digitales Produkt. Was bringen die gesetzlichen Neuregelungen, MMR 2021, 683–690
- Schricker, Gerhard, Bemerkungen zur Erschöpfung im Urheberrecht, in: Ganea, Peter/Heath, Christopher/Schricker, Gerhard (Hrsg.), Urheberrecht. Gestern – Heute – Morgen. Festschrift für Adolf Dietz zum 65. Geburtstag, 2001, 447–457
- Schricker/Loewenheim, Urheberrecht. Kommentar. Loewenheim, Ulrich/Leistner, Matthias/Ohly, Ansgar (Hrsg.), 6. Auflage, 2020
- Schuhmacher, Dirk, Wirksamkeit von typischen Klauseln in Softwareüberlassungsverträgen, CR 2000, 641–651
- Schuller, Christopher/Zenefels, Alexander, Obligations of Sellers and Buyers, in: Dannemann, Gerhard/Vogenauser, Stefan (Hrsg.), The Common European Sales Law in Context. Interactions with English and German Law, 2013, 581–611
- Schulte-Nölke, Hans, Vor- und Entstehungsgeschichte des Vorschlags für ein Gemeinsames Europäisches Kaufrecht, in: Schulte-Nölke, Hans/Zoll, Fryderyk/Jansen, Nils/Schulze, Reiner (Hrsg.), Der Entwurf für ein optionales europäisches Kaufrecht, 2012, 1–20
- Schulz, Carsten/Rosenkranz, Timo, Cloud Computing – Bedarfsorientierte Nutzung von IT-Ressourcen, ITRB 2009, 232–236
- Schulze, Gernot, Werkgenuss und Werknutzung in Zeiten des Internets, NJW 2014, 721–726
- Schulze, Common European Sales Law (CESL) – Commentary –. Schulze, Reiner (Hrsg.), 2012
- Schulze, Reiner, Die Digitale-Inhalte-Richtlinie – Innovation und Kontinuität im europäischen Vertragsrecht, ZEuP 2019, 695–723
- Schuppert, Stefan/Greissinger, Christian, Gebrauchthandel mit Softwarelizenzen. Wirksamkeit und Weitergabebeschränkungen, CR 2005, 81–87
- Schuster, Fabian/Reichl, Wolfgang, Cloud Computing & SaaS: Was sind die wirklich neuen Fragen? Die eigentlichen Unterschiede zu Outsourcing, ASP & Co liegen im Datenschutz und der TK-Anbindung, CR 2010, 38–43
- Schweinoch, Martin, Anmerkung zu BGH v. 23. Juli 2009 – VII ZR 151/08, CR 2009, 637–641
- Schweinoch, Martin, Geänderte Vertragstypen in Softwareprojekten. Auswirkungen des BGH-Urteils vom 23.7.2009 auf die vertragstypologische Einordnungen üblicher Leistungen, CR 2010, 1–8
- Schweinoch, Martin/Roas, Rudolf, Paradigmenwechsel für Projekte: Vertragstypologie der Neuerstellung von Individualsoftware, CR 2004, 326–331

- Sédallian, Valérie/Dupré, Jérôme, *Le contrat d'achat informatique: aspects juridiques et pratiques*, 2005
- Sedlmeier, Tobias/Kolk, Daniel, ASP – Eine vertragstypologische Einordnung, *MMR* 2002, 75–80
- Seitz, Stephan, „Gebrauchte“ Softwarelizenzen: der Zweiterwerb von Nutzungsrechten an Computerprogrammen, 2010
- Senftleben, Martin, Die Fortschreibung des urheberrechtlichen Erschöpfungsgrundsatzes im digitalen Umfeld. Die UsedSoft-Entscheidung des EuGH: Sündenfall oder Befreiungsschlag, *NJW* 2012, 2924–2927
- Sirinelli, Pierre, *Propriété littéraire et artistique*. Février 2011–juillet 2012, *Recueil Dalloz* 2012, 2836 ff.
- Sordet, Emmanuel/Milchior, Richard, *Le Cloud computing, un objet juridique non identifié?*, *Comm. Com. Electr.* 2011–11, étude 20
- Sosnitzka, Olaf, *Gemeinschaftsrechtliche Vorgaben und urheberrechtlicher Gestaltungsspielraum für den Handel mit gebrauchter Software*, *ZUM* 2009, 512–526
- Sosnitzka, Olaf, „Gebrauchte Software“: Licht und Schatten auf dem Weg von Karlsruhe nach Luxemburg. *Zugleich Kommentar zu BGH, Beschl. v. 3. 2. 2011 – I ZR 129/08, K&R* 2011, 252 ff. (in diesem Heft), *K&R* 2011, 243–244
- Speck, Adrian/Lane, Lidsey/Alexander, Daniel/Tappin, Michael/May, Charlotte/Berkeley, Iona/Whyte, James/Cregan, Quentin/Jamal, Isabel/Chantrienne, Ashton, *The Modern Law of Copyright and Designs*, Volume 1 and 2; 5. Auflage, 2018
- Speith, Claudia, *Der Verlagsvertrag über Werke der Literatur im französischen Recht*, 2003
- Spindler, Gerald, *Neue Qualifikationsprobleme im E-Commerce. Verträge über die Verschaffung digitalisierter Informationen als Kaufvertrag, Werkvertrag, Verbrauchsgüterkauf*, *CR* 2003, 81–86
- Spindler, Gerald, *Der Handel mit Gebrauchtsoftware – Erschöpfungsgrundsatz quo vadis?*, *CR* 2008, 69–77
- Spindler, Gerald, *Verträge über digitale Inhalte – Anwendungsbereich und Ansätze. Vorschlag der EU-Kommission zu einer Richtlinie über Verträge zur Bereitstellung digitaler Inhalte*, *MMR* 2016, 147–153
- Spindler, Gerald, *Umsetzung der Richtlinie über digitale Inhalte in das BGB. Schwerpunkt 1: Anwendungsbereich und Mangelbegriff*, *MMR* 2021, 451–457
- Spindler, Gerald/Sein, Karin, *Die endgültige Richtlinie über Verträge über digitale Inhalte und Dienstleistungen. Anwendungsbereich und grundsätzliche Ansätze*, *MMR* 2019, 415–420
- Stamatuodi/Torremans, *EU Copyright Law, A Commentary*. Stamatuodi, Irene/Torremans, Paul (Hrsg.), 2. Auflage, 2018
- Staudenmayer, Dirk, *Der Kommissionsvorschlag für eine Verordnung zum Gemeinsamen Europäischen Kaufrecht*, *NJW* 2011, 3491–3498
- Staudenmayer, Dirk, *Verträge über digitalen Inhalt. Der Richtlinienvorschlag der Europäischen Kommission*, *NJW* 2016, 2719–2725

- Staudenmayer, Dirk, Digitale Verträge – Die Richtlinienvorschläge der Europäischen Kommission, ZEuP 2016, 801–831
- Staudenmayer, Dirk, Die Richtlinien zu den digitalen Verträgen, ZEuP 2019, 663–693
- Staudenmayer, Dirk, Auf dem Weg zum digitalen Privatrecht – Verträge über digitale Inhalte, NJW 2019, 2497–2501
- Staudinger, J. von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen, von Staudinger, Julius (Begründer)
- Buch 1. Allgemeiner Teil. §§ 90–124; 130–133, 2021
  - Buch 2. Recht der Schuldverhältnisse. §§ 433–448, 2023
  - Buch 2. Recht der Schuldverhältnisse. §§ 433–480, 2014
  - Buch 2. Recht der Schuldverhältnisse. §§ 631–650v, 2019
  - Wiener UN-Kaufrecht (CISG), 2017
- Stern, Richard, Some reflections on parallel importation of copyrighted products into the United States and the relation of the exhaustion doctrine to the doctrine of implied license, EIPR 1989, 119–127
- Stichtenroth, Jonas, Softwareüberlassungsverträge nach dem Schuldrechtsmodernisierungsgesetz, K&R 2003, 105–110
- Stieper, Malte, Anmerkung zu EuGH, Urteil vom 3. Juli 2012 – C-128/11 – UsedSoft, ZUM 2012, 668–669
- Stieper, Malte, Anmerkung zu BGH, Urteil vom 17. Juli 2013 – I ZR 129/08 (OLG München), GRUR 2014, 270–272
- Stimmel, Ulrike, Die Beurteilung von Lizenzverträgen unter der Rom I-Verordnung, GRUR Int. 2010, 783–792
- Stoffel-Munck, Philippe, Petit montage pour échapper à bon compte à la garantie des vices infectant le logiciel crée, Comm. Com. Electr. 2002–II, comm. 144
- Stothers, Christopher, When is copyright exhausted by a software licence? UsedSoft v Oracle, EIPR 2012, 787–791
- Taeger, Jürgen, Die Entwicklung des Computerrechts in den Jahren 2005/2006, NJW 2007, 326–331
- Taylor, Mark/Matteucci, Matteo, Cloud computing, CTRLR 2010, 16, 2, 57–59
- Thewalt, Stephan, Softwareerstellung als Kaufvertrag mit werkvertraglichem Einschlag. § 651 BGB nach der Schuldrechtsreform, CR 2002, 1–7
- Thewalt, Stephan, Der Softwareerstellungsvertrag nach der Schuldrechtsreform: Rechtsnatur, Leistungsbestimmung und Mängelhaftung, 2004
- Thomas, Sean, Goods with embedded software: obligations under section 12 of the Sale of Goods Act 1979, IRLTC 2012, 26 (2/3), 165–183
- Treppoz, Edouard, La difficile adaption de la théorie de l'épuisement à la dématérialisation, RTDEur. 2012, 947 ff.
- Troller, Alois, Der urheberrechtliche Schutz von Inhalt und Form der Computerprogramme (II), CR 1987, 278–284
- Twigg-Flesner, Christian/Canavan, Rick, Atiyah and Adams' Sale of Goods, 14. Auflage, 2021

- Ullmann, Eike, Zur Vergütung eines im Arbeitsverhältnis erstellten Computer-Programms, CR 1986, 564–571
- Ullrich/Lejeune, Der internationale Softwarevertrag. Ullrich, Hanns/Lejeune, Mathias (Hrsg.), 2. Auflage, 2006
- Ulmer, Detlef, Der Bundesgerichtshof und der moderne Vertragstyp „Softwareüberlassung“, CR 2000, 493–499
- Ulmer, Detlef, Erschöpfung bei heruntergeladener Programmkopie – UsedSoft ./ Oracle, ITRB 2012, 171–172
- Ulmer, Detlef/Hoppen, Peter, Was ist das Werkstück des Software-Objekcodes? Ein technisch fundierter Ansatz zur Erschöpfungs-Debatte bei Online-Übertragungen, CR 2008, 681–685
- Ulmer, Detlef/Hoppen, Peter, Die UsedSoft-Entscheidung des EuGH: Europa gibt die Richtung vor. Zu Voraussetzungen und Umfang der Erschöpfung des Verbreitungsrechts, ITRB 2012, 232–239
- Ulmer, Eugen/Kolle, Gert, Der Urheberrechtsschutz von Computerprogrammen, GRUR Int. 1982, 489–500
- Varet, Eleonore, L'affaire UsedSoft/Oracle: l'édition logicielle mise à l'épreuve, Expertises 2012, 349–355
- Vinje, Thomas/Marsland, Vanessa/Gärtner, Anette, Software Licensing After Oracle v. UsedSoft. Implications of Oracle v. UsedSoft (C-128/11) for European copyright law, CRi 2012, 97–102
- Vivant, Michel, Anmerkung zu Cour d'Appel, Paris, 13ième chambre, A, 04. Juni 1985, „Valadon et autres“, JCP E 1985, études et commentaires, 14409, 89
- Vivant, Michel, L'informatiques dans la théorie générale du contrat, Recueil Dalloz 1994, 117–122
- Vivant, Michel/Bruguière, Jean-Michel, Droit d'auteur, 4. Auflage, 2019
- Vivant, Michel/Lucas, André, Droit de l'informatique, JCP E 1993, 18, 246 ff.
- von Lewinski, Silke, Die diplomatische Konferenz der WIPO 1996 zum Urheberrecht und zu verwandten Schutzrechten, GRUR Int. 1997, 667–681
- Wagner, Gerhard, Transaktionskostensenkung durch Europäisches Kaufrecht? – Der Blue Botton klemmt, ZEuP 2012, 455–460
- Wandtke, Artur-Axel, Copyright oder Droit d'auteur im technologischen Zeitalter, in: Becker, Jürgen/Hilty, Reto M./Stöckli, Jean-Fritz/Würtenberger, Thomas (Hrsg.), Recht im Wandel seines sozialen und technologischen Umfeldes. Festschrift für Manfred Rehbinder, 2002, 389–404
- Wandtke/Bullinger, Praxiskommentar zum Urheberrecht. Wandtke, Artur-Axel/Bullinger, Winfried (Hrsg.), 6. Auflage, 2022
- Walter, Europäisches Urheberrecht, Kommentar. Walter, Michel (Hrsg.), 2001
- Walter, Michel, EuGH: Handel mit Gebrauchsoftware („Oracle/UsedSoft“), MR-Int 2/12, 40–42
- Walter/von Lewinski, European Copyright Law, A Commentary. Walter, Michel/von Lewinski, Silke (Hrsg.), 2010

- Weber, Hans-Joachim/Dospil, Joachim/Hanhörster, Hedwig, Mandatspraxis Neues Schuldrecht, 2002
- Wendland, Matthias, Ein neues europäisches Vertragsrecht für den Online-Handel? Die Richtlinienvorschläge der Kommission zu vertragsrechtlichen Aspekten der Bereitstellung digitaler Inhalte und des Online-Warenhandels, *EuZW* 2016, 126–131
- Weisser, Ralf/Färber, Claus, Weiterverkauf gebrauchter Software – UsedSoft-Rechtsprechung und ihre Folgen. Erschöpfungsgrundsatz und Schutz der Softwarehersteller, *MMR* 2014, 364–367
- Whittaker, Simon/Riesenhuber Karl, Conceptions of Contract, in: Dannemann, Gerhard/Vogenauer, Stefan (Hrsg.), *The Common European Sales Law in Context. Interactions with English and German Law*, 2013, 120–159
- Wicker, Magda, Vertragstypologische Einordnung von Cloud Computing Verträgen. Rechtliche Lösungen bei auftretenden Mängeln, *MMR* 2012, 783–788
- Witzel, Michaela, Gewährleistung und Haftung in Application Service Providing-Verträgen. Ausgestaltung von Gewährleistung und Haftung von ASP-Verträgen, *ITRB* 2002, 183–187
- Witzel, Michaela, EU: Exhaustion of Distribution Right for Software, Copy. CJEU Decision of 3 July 2012, Remarks, *CRi* 2012, 116–123
- Wolff-Rojcyk, Oliver, Erwerb und Nutzung gebrauchter Software – UsedSoft II, *ITRB* 2014, 75–77
- Zahn, Bastian, Die Anwendbarkeit des Gemeinsamen Europäischen Kaufrechts auf Verträge über digitale Inhalte, *ZEuP* 2014, 77–96
- Zech, Herbert, Lizenzen für die Benutzung von Musik, Film und E-Books in der Cloud. Das Verhältnis von Urheber- und Vertragsrecht bei Verträgen über den Werkkonsum per Cloud Computing, *ZUM* 2014, 3–10
- Zenefels, Alexander, Die digitalen Inhalte im neuen Gemeinsamen Europäischen Kaufrecht, *K&R* 2012, 463–469
- Zirkel, Markus, Gestaltung von Software-Verträgen nach der „Silobauteile“-Entscheidung des BGH, *GRUR-Prax* 2010, 237–241
- Zöchling-Jud, Brigitta, Acquis–Revision, *Common European Sales Law und Verbraucherrichtlinie*, *AcP*, Bd. 212, 2012, 550–574
- Zoll, Fryderyk, Das Dienstleistungsrecht im Vorschlag für ein gemeinsames Europäisches Kaufrecht, in: Schulte-Nölke, Hans/Zoll, Fryderyk/Jansen, Nils/Schulze, Reiner (Hrsg.), *Der Entwurf für ein optionales europäisches Kaufrecht*, 2012, 279–298