

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.¹ 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.² 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 obsolet³ 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/EWG⁴, 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/EG⁵ 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.⁶

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 III 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,⁷ der Richtlinienvorschlag über bestimmte vertragsrechtliche Aspekte der Bereitstellung digitaler Inhalte⁸ sowie die schließlich angenommene Digitale-Inhalte-Richtlinie (EU) 2019/770⁹. 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.¹⁰ Dieser englischsprachige Begriff wird im „Cambridge Dictionary“ als „the instructions that control what a computer does; computer programs“ beschrieben.¹¹ 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“.¹² Im Gesetzesrecht erfolgt regelmäßig eine Umschreibung des Softwarebegriffs,¹³ um offen für neue technologische Entwicklungen zu bleiben.¹⁴ § 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.¹⁵ Im englischen Recht findet sich keine Legaldefinition von „computer software“.¹⁶ Gleiches gilt für das französische Recht und den Begriff „logiciel“,¹⁷ jedoch in einem Erlass vom 22. Dezember 1981 erfolgte eine Beschreibung als „die Gesamtheit der Programme, Verfahren, Regeln sowie deren Dokumentation“.¹⁸ 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, Datenverarbeitungsprogramm¹⁹ 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/Pinnelli, 36; Janssens, in: Stamatuodi/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, I. „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,²⁰ jedoch werden Verträge, welche die Überlassung und Nutzung von Software regeln, als „klassische“ Softwareverträge bezeichnet.²¹

Software kann anhand verschiedener Kriterien kategorisiert werden. Möglich ist unter anderem eine Unterscheidung zwischen Systemprogrammen (als Betriebssoftware) und Anwendungsprogrammen sowie zwischen Standard- und Individualsoftware.²² 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“.²³ Standardsoftware wird „für die Bedürfnisse einer Mehrzahl von Kunden am Markt und nicht speziell für einen spezifischen Auftraggeber entwickelt“.²⁴ 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, Recueil 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 unbekannte 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 unstreitig 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.

unpräzise, denn auch Individualsoftware basiert oft auf standardmäßig verwendeten Bausteinen.²⁵ Zudem wird Standardsoftware zuweilen individuell angepasst.²⁶ 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.²⁷ 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.²⁸

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.²⁹ 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.³⁰ Ein solches Speichern der Software erfolgt auf dem Server des Cloud-Anbieters (in der sogenannten Cloud),³¹ auf welchen vom Endkunden online zugegriffen werden kann.³² Folglich ist bei Cloud Computing regelmäßig auch die Nutzung von Hardware des Cloud-Anbieters Vertragsbestandteil.³³

Es mangelt an einer einheitlichen Terminologie in Bezug auf Cloud Computing. Neben dem heute vorherrschenden Begriff Cloud Computing³⁴ werden und wurden Begriffe wie Outsourcing- oder Rechenzentrumsverträge, „Application Service Provider“ bzw. „ASP“³⁵, 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.³⁶ Zuweilen kam auch der Begriff des „Grid Computing“ auf.³⁷ In Frankreich erfolgt für Cloud Computing mit „informatique en nuages“³⁸ eine wörtliche Übersetzung, auch wird der Terminus „entmaterialisierte Informatik“ („informatique dématérialisée“) verwendet.³⁹ Für „ASP“ wird der Terminus „fournisseur d'applications hébergées“ („FAH“) à distance“ genutzt.⁴⁰

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.⁴¹ Teils wird Cloud Computing inhaltlich mit „ASP“,⁴² aber auch mit „SaaS“,⁴³ gleichgesetzt, allein die Terminologie habe sich im Laufe der Zeit verändert.⁴⁴ Auch solle der Überbegriff Cloud Computing im Gegensatz zu „SaaS“ die Nutzung von Hardware umfassen.⁴⁵ Andere setzen „ASP“ und „SaaS“ gleich⁴⁶ 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.⁴⁷ „Saas“ wird als Weiterentwicklung angesehen.⁴⁸ Wiederum andere erkennen bei Cloud Computing gegenüber „ASP“ ein „Mehr“ an Speicherplatz und Datenbanken⁴⁹ und gegenüber „Saas“ ein „Mehr“ an Hardware und Systemsoftware.⁵⁰ Cloud Computing wird im Verhältnis zu „ASP“ als komplexer und individueller⁵¹ auf den Kunden zugeschnitten⁵² bzw. personalisierter⁵³ angesehen. Bei „ASP“ werde ein dedizierter Server bzw. eine dedizierte Serverfarm zur Verfügung gestellt („one to one“),⁵⁴ hingegen bei Cloud Computing fehle es an einer solchen konkreten Verbindung und der Cloud Computing Service sei daher auch skalierbarer.⁵⁵ „Saas“-Lösungen seien für die Internetnutzung geschaffen, bei „ASP“ habe es früher allein ein „Frontend“, welches einen Zugriff über das Internet möglich machte, gegeben.⁵⁶ „Saas“ erlaube eine „one to many“-Nutzung⁵⁷ und es handle sich um Massenverträge.⁵⁸ Teils wird Anwendungssoftware, welche in der Cloud liegt, als „Saas“, bei welchem wie bei „ASP“ Software verfügbar gemacht wird, beschrieben.⁵⁹ Gemäß anderer wird „ASP“ als „früheres Konzept“ qualifiziert,⁶⁰ welches durch das Bestehen einer Internetverbindung zu Cloud Computing⁶¹ bzw. „Saas“⁶² geworden ist, seine Anfänge jedoch in „Saas“ hat⁶³ 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: Schricker/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: Schricker/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.⁶⁴ „ASP“ sei der frühere Name von „Saas“.⁶⁵ Bei „ASP“ sei bei maximal 10 % eine Individualisierung erfolgt, bei „Saas“-Lösungen hingegen bei 30–40 %.⁶⁶ Es wird angemerkt, dass aus urheber- und vertragsrechtlicher Perspektive grundsätzlich eine Gleichstellung erfolgen kann.⁶⁷ In Frankreich wird der Begriff „infogérance“ für Outsourcing verwendet,⁶⁸ jedoch beinhalte dieses neben der Hardwarenutzung regelmäßig auch Cloud Computing bzw. „ASP“.⁶⁹ Auch werden „ASP“ und „Saas“ als Arten der Softwarenutzung mittels Cloud Computing beschrieben.⁷⁰

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.⁷¹ 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.⁷² 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.⁷³ Werden „spezielle Anwendungs- und Entwicklungsumgebungen“ genutzt, so liegt „Platform as a service“ vor.⁷⁴ Es wird dem Nutzer ermöglicht, entweder eigene Software⁷⁵ oder solche des Cloud-Anbieters in der Cloud zu speichern und zu nutzen.⁷⁶ Hingegen wird bei „Infrastructure as a service“ eine IT-Infrastruktur bereitgestellt, auf die online zugegriffen werden kann.⁷⁷ Es werden Betriebssoftware und Hardware angeboten, was die Nutzung eigener Anwendungssoftware des Nutzers ermöglicht.⁷⁸ Teils erfolgt eine Beschreibung als Serverhosting/-housing⁷⁹ oder es wird allein die Hardware als Vertragsgegenstand angesehen.⁸⁰ Bei „Software as a service“ hingegen wird neben der Infrastruktur auch die Nutzung der vom Anbieter auf dieser gespeicherten Software Vertragsbestandteil.⁸¹ Auf diese greift der Nutzer über das Internet zu.⁸²

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, CTR 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.⁸³ 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.⁸⁴ Tatsächlich wird Cloud Computing in der Wirtschaft immer mehr zum Standard und ersetzt sogenannte „on-premise“-Lösungen.⁸⁵ Meist muss der Nutzer allein eine Client-Software installieren,⁸⁶ also eine Benutzeroberfläche der sich in der Cloud befindenden Software, um auf letztere zugreifen zu können.⁸⁷

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 I. 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 Grützmacher, 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.⁸⁸ In Europa gab es in den 1960er Jahren erste Überlegungen zu einem immaterialgüterrechtlichen Schutz von Computerprogrammen.⁸⁹ 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“).⁹⁰ 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.⁹¹ Überdies sollte die europäische Softwareindustrie durch Softwarepatente nicht noch weiter hinter die US-amerikanische zurückgeworfen werden.⁹² Letztere hatte Interesse an einem Urheberrechtsschutz für Software, um das Auftreten von Raubkopien zu unterbinden.⁹³ 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.⁹⁴ Allerdings wurde das Urheberrecht nicht für Software geschaffen und bietet deshalb oft keine unmittelbar für Software passenden Lösungen an,⁹⁵ 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.⁹⁶ Mit diesen sollte die internationale Vereinheitlichung des Rechtsschutzes von Software vorangetrieben werden.⁹⁷

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.⁹⁸ Die Europäische Kommission sah ab Mitte der 1980er Jahre diesbezüglich Harmonisierungsbedarf und in der Folge erschienen im Jahr 1985 ein Weißbuch⁹⁹ und im Jahr 1988 ein Grünbuch.¹⁰⁰ 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.¹⁰¹ 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.¹⁰² 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 Gestaltungshöhe¹⁰³ – und somit insgesamt an die Gewährung von urheberrechtlichem Schutz von Software.¹⁰⁴ In der Folge waren nur ein Bruchteil der Computerprogramme urheberrechtlich geschützt, Schätzungen liegen zwischen 5 % und 20 %.¹⁰⁵ 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.¹⁰⁶ 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.¹⁰⁷ Somit wurde auf die Gestaltungshöhe als Tatbestandsmerkmal verzichtet und der urheberrechtliche Schutz von Software auch auf Werke der „kleinen Münze“ ausgeweitet.¹⁰⁸

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.¹⁰⁹ Die gerichtliche Anerkennung von Software als urheberrechtlich geschütztes Werk erfolgte erstmals im Juni 1984 durch das TGI Paris,¹¹⁰ eine gesetzliche Normierung als urheberrechtliches Werk erfolgte im Juli 1985.¹¹¹ Die erste höchstgerichtliche Entscheidung des „Cour de Cassation“ hierzu erging im darauffolgenden Jahr.¹¹² Konkretisiert wurde dieser Rechtsschutz im Jahr 1991 durch die Umsetzung der Richtlinie 91/250/EWG in das französische Recht.¹¹³ 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 1982.¹¹⁴ Mit dem „Copyright (Computer Software) Amendement Act 1985“ normierte der Gesetzgeber schließlich „computer programs“ als Sprachwerk,¹¹⁵ was heute in Sec. 3 Abs. 1 lit. (b) CDPA 1988 festgehalten wird. Die Richtlinie 91/250/EWG wurde mit der „Copyright (Computer Programs) Regulation 1992“¹¹⁶ 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 Évreux, 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 dar¹¹⁷ und werden als Sprachwerke geschützt.¹¹⁸ Erforderlich ist eine persönliche geistige Schöpfung mit wahrnehmbarer Formgestalt, welche Individualität aufweist.¹¹⁹ 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.¹²⁰ Der Schutz gilt gemäß Art. 1 Abs. 2 Richtlinie 2009/24/EG für „alle Ausdruckformen“, somit ist neben dem ausführbaren Objektcode auch der Quellcode umfasst.¹²¹ Allerdings existiert bei Software eine „Ausdrucksform“ allein in einer abstrakten Art und Weise.¹²² 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 plakativ 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.¹²³ Die Art des verwendeten Speichermediums ist für die Subsumtion unter das Urheberrecht nicht von Bedeutung.¹²⁴ Computerprogramme können auch in Hardware integriert sein, wie es bei sogenannter Firmware bzw. „embedded systems“ der Fall ist.¹²⁵ Der Schutz besteht in sämtlichen Entstehungsphasen der Software.¹²⁶ Auch einzelne Teile von Computerprogrammen sind – soweit sie die Schutzvoraussetzungen erfüllen – schutzfähig.¹²⁷ 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,¹²⁸ welche dem Urheber eine angemessene Vergütung sichern,¹²⁹ indem dieser an der wirtschaftlich relevanten Nutzung seines Werks partizipieren kann.¹³⁰ Diese Beteiligung erfolgt über ein „System der Verwertungsrechte“ bzw. „Stufensystem zur mittelbaren Erfassung des Endverbrauchers“.¹³¹ 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 angeknüpft¹³² und der Werkgenuss selbst bleibt urheberrechtlich frei.¹³³ Verwertungsrechte unterscheiden nach körperlicher und nach unkörperlicher Verwertung.¹³⁴ Das Vervielfältigungs- und das Verbreitungsrecht erfassen grundsätzlich körperliche Verwertungshandlungen,¹³⁵ im Fokus steht das „Werk in seiner körperlich fixierten Form“.¹³⁶ Eine CD-ROM oder andere Datenträger mit Software stellen ein körperliches Werkstück ebendieser dar.¹³⁷ 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.¹³⁸ Diese Erweiterung soll der Urheber kontrollieren können und für eine solche, vorausgesetzt, dass er dieser zustimmt, eine Vergütung erhalten.¹³⁹ 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.¹⁴⁰ 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“,¹⁴¹ welche dazu geeignet ist, „diese den menschlichen Sinnen unmittelbar oder – durch eine den Inhalt verarbeitende Maschine – mittelbar wahrnehmbar zu machen.“¹⁴² Die Dauerhaftigkeit der Vervielfältigung ist nicht von Relevanz.¹⁴³ 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,¹⁴⁴ dabei wird die Terminologie des § 69c UrhG der des § 16 UrhG gleichgesetzt.¹⁴⁵ 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 Jahren¹⁴⁶ und somit ungefähr seit Beginn der juristischen Erfassung von und Diskussionen über Software gibt es diese nahezu unumstrittene Übereinkunft,¹⁴⁷ 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.¹⁴⁸ In einem Bericht der französischen Nationalversammlung wird diesbezüglich von einer „juristisch ein bisschen bizarren Konstruktion“ eines „Nutzungsrechts“ gesprochen.¹⁴⁹ Als Begründung für diese Subsumtion wurde insbesondere angeführt, dass aus technischen Gründen bei der Nutzung tatsächliche Vervielfältigungen entstehen.¹⁵⁰ Folglich sei ein „Recht zum Werkgenuss“ notwendig, welches das Urheberrecht im Grundsatz nicht vorsehe.¹⁵¹ 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.¹⁵² 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.¹⁵³ 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.¹⁵⁴ Von anderen wird angeführt, dass die Abkehr vom freien Werkgenuss den Preis darstellt, welcher für den urheberrechtlichen Schutz von Software zu zahlen ist¹⁵⁵ bzw. eine solche Erweiterung der Rechte des Urhebers mit der Schaffung von Sonderregelungen für neue Technologien gewollt war.¹⁵⁶

III. Verbreitungsrecht

An dieser Stelle erfolgt allein eine kurze Einführung in das urheberrechtliche Verbreitungsrecht. Softwarespezifische Einzelheiten werden im 3. Teil dieser Arbeit betrachtet.¹⁵⁷ Die Erlaubnis zur Herstellung von Vervielfältigungsstücken gestattet nicht auch deren Verbreitung, sondern hierfür bedarf es eines zusätzlichen Verbreitungsrechts,¹⁵⁸ welches ein selbstständiges Verwertungsrecht darstellt.¹⁵⁹ Faktisch ist eine Verbreitung sowohl in körperlicher als auch in unkörperlicher Form möglich, urheberrechtlich wird grundsätzlich nur erstere als eine Verbreitung eingeordnet.¹⁶⁰ 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/EG¹⁶¹ maßgeblich. Dieser Begriff ist ökonomisch

wenn der Rechteinhaber 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.¹⁶² Das Anbieten hat an die Öffentlichkeit zu erfolgen.¹⁶³ Inverkehrbringen ist „jede Handlung, die die Vervielfältigungsstücke aus der internen Betriebs-sphäre der allgemeinen Öffentlichkeit des Handelsverkehrs zuführt“.¹⁶⁴ 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“,¹⁶⁵ also das Werkstück, welches durch die Erstverbreitung verkehrsfähig wird.¹⁶⁶ 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.¹⁶⁷

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.¹⁶⁸ 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.

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

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.¹⁷² Hierbei wird zwischen dem Laden der Software in den Arbeitsspeicher und dem Ablaufen¹⁷³ 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)¹⁷⁴ von einer auf einem Server oder der Festplatte dauerhaft gespeicherten Kopie vorübergehend in den Arbeitsspeicher des Computers des Nutzers geladen.¹⁷⁵ 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.¹⁷⁶ 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.¹⁷⁷ Gemäß einer anderen Ansicht sind auf Grund des Wortlauts vorübergehende Vervielfältigungen stets vom urheberrechtlichen Vervielfältigungsbegriff mitumfasst,¹⁷⁸ denn dieser Begriff wird als „unerweiterbar weit“ verstanden.¹⁷⁹ Argumentiert wird zum einen mit dem Wortlaut der englischen Fassung der Richtlinie,¹⁸⁰ zum anderen mit dem Laden selbst, denn dieses stellt demnach die Voraussetzung für eine „zusätzliche Nutzung“ dar.¹⁸¹ 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.¹⁸²

-
- 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.¹⁸³ Das Ablaufen ist eine Rechenoperation,¹⁸⁴ bei der einzelne Befehle übertragen werden.¹⁸⁵ Es befinden sich stets nur kleine Teile des Computerprogramms auf dem Prozessor, welche jeweils gelöscht werden, bevor neue Übertragungen erfolgen.¹⁸⁶ Am Ende des jeweiligen Vorgangs existieren die Ergebnisse des Rechengangs, welche mit dem urheberrechtlich geschützten Software-Werk nichts gemein haben. Beim Ablaufen der Software erfolgt technisch¹⁸⁷ und gemäß der herrschenden Meinung auch urheberrechtlich keine Vervielfältigung.¹⁸⁸ Teils wird aber auch im Ablaufen eine urheberrechtliche Vervielfältigung gesehen, welche mit der Funktionalität der Software begründet wird.¹⁸⁹ 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: Schriker/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/Köklü, 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.¹⁹⁰ 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.¹⁹¹ 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. Grützmaier 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.¹⁹²

3. Cloud Computing

Selbstredend stellt das Speichern der Software auf einem Server des Anbieters – also in der Cloud – eine urheberrechtliche Vervielfältigung dar.¹⁹³ 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 Grützmaier, in: Wandtke/Bullinger, § 69c UrhG, Rn. 7 f. 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.¹⁹⁴ 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.¹⁹⁵ 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.¹⁹⁶ 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.¹⁹⁷

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 Anbieter¹⁹⁸ vervielfältigt und somit allein dieser ein urheberrechtliches Nutzungsrecht innehaben muss.¹⁹⁹ Auch aus wirtschaftlichen Gründen sei eine etwaige Vervielfältigung dem Anbieter zuzu-

194 Bettinger/Scheffelt, CR 2001, 729, 733; Bisges, MMR 2012, 574, 577; Czychowski/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.²⁰⁰ 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.²⁰¹ 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,²⁰² denn es ist dieser, der die Funktionalität der Software nutzt und die zu verarbeitenden Daten in die Software eingibt.²⁰³ Es nehme stets der Nutzer eine urheberrechtliche Vervielfältigung vor, je nach technischer Ausgestaltung könne allerdings auch der Anbieter vervielfältigen.²⁰⁴ 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.²⁰⁵ Teils wird vertreten, dass der Nutzer hierfür jedoch kein Vervielfältigungsrecht benötigt.²⁰⁶ 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 Grützmacher, 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.²⁰⁷

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.²⁰⁸ 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.²⁰⁹ Der Nutzer erhalte keine Kopie der Software²¹⁰ und nutze auch nicht die Software bzw. eine Rechenleistung, sondern allein deren Funktionalität.²¹¹ Die Software verbleibe im Eigentum des Anbieters²¹² 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.²¹³ Wesentlich bei Cloud Computing seien die Bereithaltung der IT-Infrastruktur, von Computer-Plattformen sowie von Programmen.²¹⁴ 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.²¹⁵

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.²¹⁶ Auch werde die Art der Überlassung der Software, ob via Datenträger oder via Download, in der Literatur und auch Rechtsprechung bereits gleichgestellt.²¹⁷ 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.²¹⁸

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.

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.²¹⁹ So wird teils angemerkt, ob und wie technische Vervielfältigungen stattfinden ist kein adäquater Anknüpfungspunkt mehr. Es müsse ein neues System gefunden werden,²²⁰ welches auch offen sei für neue technische Innovationen, welche die Aufteilung in Laden und Ablaufen nicht mehr erfüllten.²²¹

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, 67 f. 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.²²² 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,²²³ 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.²²⁴

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.²²⁵

Software wird beschrieben als ein technisches Geschehen, mit welchem „technische Effekte“ erzielt werden können,²²⁶ sie erfüllt demnach eine technische Funktion,²²⁷ Steuerungsfunktion²²⁸ bzw. steuere eine Maschine.²²⁹ Normiert werde diese Funktion in der Programmiersprache durch Algorithmen, welche Verfahrensregeln darstellten.²³⁰ 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.²³¹ So wird metaphorisch erklärt, dass die Software in der Malerei nicht das Gemälde ist, sondern der Pinsel, dessen Verwendung dem Maler offensteht.²³² 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,²³³ dieses sei rein statischer Natur und bleibe bei der Nutzung stets unverändert.²³⁴ 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 ähnlich²³⁵ und erfüllt seine Funktionalität erst durch eine spezifische Nutzungshandlung, welche durch den Nutzer vorgenommen wird.²³⁶ 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 Computerprogrammen²³⁷ 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.²³⁸ 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 (Scharen, 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.²³⁹ 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.²⁴⁰ Dabei ist jedoch unstreitig, 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.²⁴¹ 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 entrichtet. 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.²⁴²

Der EuGH hat dies in der „Premier League Broadcasting“-Entscheidung²⁴³ 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,²⁴⁴

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,²⁴⁵ 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“²⁴⁶ 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.²⁴⁷ 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“.²⁴⁸ 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 geblickt²⁴⁹ oder es werden Verwertungsrechte als Mittel angesehen, die das Urheberrecht zur Verfügung stellt.²⁵⁰ 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.²⁵¹ 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,²⁵² 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.²⁵³ Es läuft eine Information einmal durch die „Maschine Software“, eine Vervielfältigung der Software inklusive der Information „A“ entsteht und es erscheint das Ergebnis „B“.²⁵⁴ 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

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.²⁵⁵

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/Köklü, 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.²⁵⁶

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 Erwerbsstatbestände mit ein.²⁵⁷ Gesetzliche Erwerbsstatbestände 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.²⁵⁸

Unstreitig ist Erwerber, wer eine Kopie aufgrund eines Vertrages mit dem Urheberrechtsinhaber von diesem erhält. In diesem Fall kann der Erwerber als Ersterwerber bzw. Erstinhaber bezeichnet werden, denn die Kopie wird diesem als Erstem vom Urheberrechtsinhaber überlassen. Der Erwerb und in der Folge der Erwerber 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.²⁵⁹ Da dem Rechtsinhaber als Erstverbreiter das Verbreitungsrecht an der Kopie zusteht,²⁶⁰ ist ein Erwerb von ebendiesem rechtmäßig.

Zum anderen könnte eine Person die Kopie von einem anderen Erwerber erhalten, welcher die Kopie selbst vom Urheberrechtsinhaber oder von einem wiederum anderen Erwerber erwarb. Der Erwerber kann in diesem Fall Zweiterwerber bzw. Zweitnutzer²⁶¹ 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.²⁶² Auch für die Bestimmung der Rechtmäßigkeit des Erwerbs durch den Zweitnutzer ist auf die dem Erwerb zu Grunde liegende Verbreitung abzustellen.²⁶³ 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.²⁶⁴ Als Argument gegen eine solche Einordnung wurde die Entstehungsgeschichte der ersten Software-Richtlinie 91/250/EWG angeführt,²⁶⁵ 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,²⁶⁶ auch nehme Art. 5 Abs. 1 Richtlinie 2009/24/EG Bezug auf die Fehlerberichtigung, welche ein tatsächliches verfügen über eine Kopie voraussetze.²⁶⁷ 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.²⁶⁸

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 (käuflchen) 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.“²⁶⁹ 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.²⁷⁰ 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 Erschöpfungsgrundsatz²⁷¹ die „praktische Wirksamkeit“ genommen wird, denn der Softwareanbieter könnte sich auf sein Vervielfältigungsrecht aus Art. 4 Abs. 1 lit. a) Richtlinie 2009/24/EG berufen²⁷² 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.²⁷³

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.²⁷⁴ 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,²⁷⁵ die Art und Ausgestaltung der Software unter Beachtung von wirtschaftlichen und technischen Gesichtspunkten,²⁷⁶ „sonstige vertragliche Umstände“²⁷⁷ bzw. „alle tatsächlichen Umstände der Gebrauchsüberlassung“²⁷⁸ heranzuziehen. Könne der Wille des Urheberrechtsinhabers nicht ermittelt werden, so habe eine Bestimmung unter Berücksichtigung der Verkehrsauffassung zu erfolgen.²⁷⁹ Eine objektive und technische Betrachtung der Software sei geboten,²⁸⁰ denn der Entwurf der Richtlinie 2009/24/EG habe noch „Handlungen (...), soweit sie für die Verwendung des Programms erforderlich sind,“ genannt.²⁸¹ Insbesondere bei Standardsoftware sei eine rein objektive Betrachtung von Relevanz.²⁸² Bezüglich der vertraglichen Bestimmungen kämen die allgemeinen Grenzen der Privatautonomie sowie im Bereich von Allgemeinen Geschäftsbedingungen die §§ 305 ff. BGB zur Anwendung.²⁸³ 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.²⁸⁴ 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: Schricker/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: Schricker/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.²⁸⁵ Allein die Nützlichkeit oder Zweckmäßigkeit reiche nicht aus, es müsse nur auf diese Weise die bestimmungsgemäße Benutzung gesichert werden können,²⁸⁶ dies also „durch andere zumutbare Maßnahmen“ nicht möglich sein. Zudem sei ErwG 13 Richtlinie 2009/24/EG zu beachten, welcher eine technische Erforderlichkeit nenne.²⁸⁷ 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.²⁸⁸ In der Literatur²⁸⁹ und in der Rechtsprechung des EuGH²⁹⁰ 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.²⁹¹

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.²⁹² Zum einen wird vorgeschlagen, dass die bestimmungsgemäße Benutzung durch den Lizenzvertrag, welchen der Softwareanbieter mit dem Erstnutzer abgeschlossen hat, definiert wird.²⁹³ 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,²⁹⁴ was als interessensgerecht²⁹⁵ sowohl für den Nutzer als auch den Softwareanbieter angesehen wird.²⁹⁶ 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.²⁹⁷ Diesbezüglich wird kritisiert, dass der BGH keine Begründung für das Fortgelten von Beschränkungen anführte.²⁹⁸ Andere schlagen vor, auf den vom Zweitnutzer abgeschlossenen Vertrag abzustellen.²⁹⁹ 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,³⁰⁰ 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 eine 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; Grützmacher, 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.³⁰¹ Letzteres wird insbesondere befürwortet, wenn die Software in einer eigenen Cloud-Umgebung und nicht die Software als „service“ genutzt wird.³⁰² 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.³⁰³ Jedoch ist vieles umstritten,³⁰⁴ 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,³⁰⁵ 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.³⁰⁶ 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.³⁰⁷ Darüber hinaus verbietet Art. 8 Abs. 2 Richtlinie 2009/24/EG zwar aushöhlende vertragliche Bestimmungen,³⁰⁸ bezieht sich jedoch seinem Wortlaut nach nicht auf Art. 5 Abs. 1 Richtlinie 2009/24/EG,³⁰⁹ was wiederum für die Dispositivität von Art. 5 Abs. 1 Richtlinie 2009/24/EG herangezogen wird.³¹⁰ 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.³¹¹ Schließlich beschreibt ErwG 13 Richtlinie 2009/24/EG einen solchen zwingenden Kern ausdrücklich.³¹²

Die Bestimmung des Inhalts des zwingenden Kerns habe anhand von objektiven Kriterien zu erfolgen.³¹³ Alle für die Nutzung des Programms technisch erforderlichen Handlungen seien erlaubt.³¹⁴ Dies umfasse die Installation³¹⁵ und das Laden,³¹⁶ 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 Anwaltshandbuch 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 Anwaltshandbuch IT-Recht, Teil 2.1, Rn. 55.

zur Nutzung,³¹⁷ insbesondere seien alle Handlungen, welche dem üblichen Werkgenuss dienen, mitumfasst.³¹⁸ Das wirtschaftliche Partizipationsinteresse des Urhebers stelle eine Grenze dar.³¹⁹ Diese Minimalbefugnis gestatte wohl keine Nutzung in einem Netzwerk,³²⁰ auch eine Nutzung der Software im Rahmen von Cloud Computing sei nicht mehr mitumfasst.³²¹ Für manche sollen alle Handlungen, die bei Cloud Computing erfolgen, jedoch abgedeckt sein.³²² 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.³²³

Wirkt die Norm als Schrankenbestimmung,³²⁴ 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;

tragliche Einräumung eines Nutzungsrechts erforderlich, denn das Gesetz selbst gestattet die Nutzung. In diesem Fall ist auch der zwingende Kern als Schrankenbestimmung zu qualifizieren.³²⁵ 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.³²⁶ In diesem Fall ist Art. 5 Abs. 1 Richtlinie 2009/24/EG eine Auslegungsregel³²⁷ und keine Schrankenregelung im eigentlichen Sinn.³²⁸ 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.³²⁹

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 gelangten.³³⁰ 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 Lenhard, 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,³³¹ wie der EuGH in der „Ranks“-Entscheidung für zweiten Fall auch klarstellte.³³² 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.³³³ Dies widerspreche dem Rechtssatz „*nemo plus iuris transferre potest quam ipse habet*“.³³⁴ 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.³³⁵ 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.³³⁶ 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 Grützmacher, CR 2011, 485, 487.

durch Art. 5 Abs. 1 Richtlinie 2009/24/EG wieder korrigieren.³³⁷ 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.³³⁸ 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 fehlerhaft.³³⁹ 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.³⁴⁰ Zudem wird in der Formulierung „in Ermangelung spezifischer vertraglicher Bestimmungen“ ein Hinweis gesehen, dass keine vertragliche Einräumung von Nutzungsrechten erfolgt.³⁴¹ 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.³⁴² 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.³⁴³ 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.³⁴⁴ Zum anderen habe die Norm auch in der Rechtsfolge vertragsrechtliche Elemente, da eine bestimmungsgemäße Benutzung durch den konkreten Vertrag definiert werde.³⁴⁵ Beidem kann zugestimmt werden.

In Verbindung mit der RBÜ³⁴⁶ 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.³⁴⁷ Auch diesem Argument gegen eine Einordnung als Schrankenregelung kann grundsätzlich zugestimmt werden.

Das vom BGH in der „UsedSoft III“-Entscheidung statuierte Fortleben von Nutzungsbeschränkungen³⁴⁸ spreche für die Annahme eines vertragsrechtlichen Verständnisses der Norm.³⁴⁹ 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 1. 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“³⁵⁰ erklärt werden. Somit könne, im Falle der Einordnung als Schranke, keine „Parallelität der rechtlichen Beurteilung der Zulässigkeit einer Handlung“ erfolgen.³⁵¹ Dem wird entgegengesetzt, dass das Patentrecht Software nicht schütze und zudem auf eine Subsumtion von Software unter dieses nicht vorbereitet sei.³⁵² 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.³⁵³ 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.“³⁵⁴ 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.³⁵⁵ 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.³⁵⁶ Aufgrund dieser Bezugnahmen auf eine konkrete Lizenz zur Einräumung von Nutzungsrechten an den Lizenznehmer wird eine Einordnung als Schranke abgelehnt.³⁵⁷ 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.³⁵⁸ 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“.³⁵⁹ 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.³⁶⁰ 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.³⁶¹ 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 Grützmacher, 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.³⁶² 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.³⁶³ Diesem Punkt ist grundsätzlich zuzustimmen.

Für die Bestimmung des Inhalts der „bestimmungsgemäßen Benutzung“ ist stets der Vertrag zwischen dem Rechtsinhaber und dem Erstnutzer heranzuziehen.³⁶⁴ 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.³⁶⁵ 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.³⁶⁶ 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/Adolphs, 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.³⁶⁷ 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.³⁶⁸ 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.³⁶⁹

2. Exkurs: Rechtsfigur der „implied licence“

Eine „implied licence“ ist als „implied contract“ ein Rechtsinstitut aus dem Vertragsrecht³⁷⁰ und stellt keine gesetzliche Lizenz dar.³⁷¹ 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, Grützmacher, 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.³⁷² 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.³⁷³ Das Modell der „implied licence“ kann auch als „konkludente Lizenzerteilung“ bezeichnet werden,³⁷⁴ Der Inhalt der „implied licence“ bestimmt sich danach, was für die Parteien „als vernünftigerweise vereinbart“ gilt,³⁷⁵ der konkrete Umfang ergibt sich aus den Umständen oder ist mittels allgemeiner Auslegungsregeln zu bestimmen.³⁷⁶ Der „implied contract“ in Form der „implied licence“ ist insbesondere im Patentrecht von Bedeutung,³⁷⁷ kann aber auch im Urheberrecht zur Anwendung kommen,³⁷⁸ selbst wenn dies aufgrund des grundsätzlich freien Werkgenusses bisher nicht von besonderer Relevanz war.³⁷⁹ Im deutschen Urheberrecht spiegelt sich die Wertung einer „implied licence“ auch in der Zweckübertragungslehre wider.³⁸⁰ Teils wird auch in deutscher urheberrechtlicher Rechtsprechung eine „implied licence“ erkannt. So bezeichnete der BGH eine solche als „schlichte Einwilligung“.³⁸¹ 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.³⁸² 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.³⁸³ Übertragen auf Software bedeute dies, dass, wenn der Rechtsinhaber eine Softwarekopie in den Rechtsverkehr überlasse, er davon auszugehen habe, dass eine Nutzung erfolge.³⁸⁴ 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.³⁸⁵

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)³⁸⁶ 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.³⁸⁷ 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/Köklü/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 Willensbildung³⁸⁸ dahingehend vor, dass eine nicht-ausschließliche Lizenz eingeräumt wird.³⁸⁹

3. „Implied licence“ bei Softwareverträgen

Bei Softwareverträgen wird in zwei alternativen Sachverhaltskonstellationen eine „implied licence“ erkannt.³⁹⁰ Erste Sachverhaltskonstellation stellt die Verbindung zwischen dem Rechtsinhaber und dem Erstnutzer dar. Diesbezüglich kann die „implied licence“ als Ergänzung eines bestehenden Vertrages auftreten.³⁹¹ Enthält dieser Vertrag atypischerweise keine Bestimmungen über ein Nutzungsrecht in Form spezifischer vertraglicher Bestimmungen, so kann mittels einer „implied licence“ ein Nutzungsrecht eingeräumt werden.³⁹² Wird der im Patentrecht bei Verfahrenspatenten auftretende Rechtsgedanke auf Software übertragen – welche aufgrund ihrer Funktionalität Verfahrenspatenten wesensmäßig sogar nahesteht³⁹³ – 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“.³⁹⁴ 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.³⁹⁵ Als Inhalts-

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

389 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 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“ „entsprach“; 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“.³⁹⁶ Es besteht ein Zusammenhang mit dem Erschöpfungsgrundsatz³⁹⁷ und die „implied licence“ wird als eine Art „tandem doctrine“ zur „first sale doctrine“ beschrieben.³⁹⁸ 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“).³⁹⁹ 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“).⁴⁰⁰ In diesem Fall gestattet Art. 5 Abs. 1 Richtlinie 2009/24/EG die Nutzung der Kopie („implied licence“).⁴⁰¹

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 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/Köklü/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.

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.