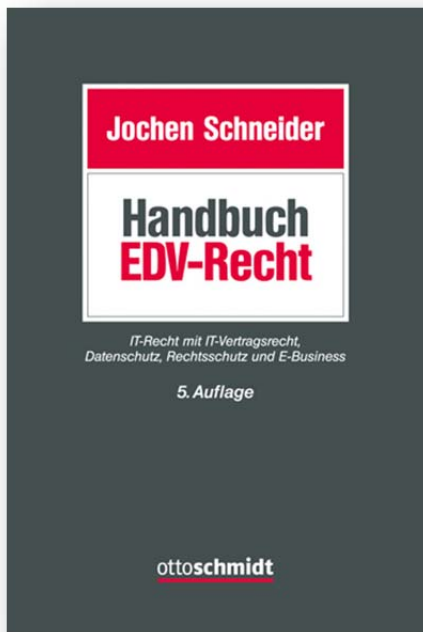


Leseprobe zu



Schneider

## Handbuch EDV-Recht

IT-Recht mit IT-Vertragsrecht, Datenschutz, Rechtsschutz und E-Business

5. neu bearbeitete Auflage, 2017, 3312 Seiten, gebunden, Handbuch, 17 x 24cm

ISBN 978-3-504-56094-2

199,00 €

Fehlerbeseitigung, des Ziehens der Sicherungskopie und des Reverse Engineering, ja auch der späteren Dekompilierung dem Anwender überhaupt etwas nutzen.

## 5. Rechtmäßige Handlungen – Bestimmungsgemäße Benutzung, Mindestrechte

### 5.1 Bedingungsfester Kern und zusätzliche vertragliche Regelungen

- 300 § 69d Abs. 1 UrhG scheint zwei Variable für Einschränkungen vorzusehen: einmal besondere **vertragliche** Vereinbarungen, zum anderen **technisch** bedingte Notwendigkeiten. Bei den vertraglichen Vereinbarungen ist aus deutscher Sicht zu fragen, ob dies auch AGB freistellt bzw. wie ggf. AGB mit Beschränkungen zu interpretieren sind.
- 301 Die Ausnahmen vom Zustimmungsvorbehalt, die als „bestimmungsgemäße Nutzung“ zusammengefasst werden können, beziehen sich pauschal auf die in § 69c UrhG genannten Einzelhandlungen (z.B. in Nr. 1: Laden, ... Ablaufen ...). Es muss deshalb im konkreten Fall erst geprüft werden, welche der in § 69c UrhG genannten Handlungen für eine bestimmungsgemäße Benutzung i.S.v. § 69d UrhG (einschließlich Fehlerbehebung) **notwendig** ist. Dabei könnten technische Gegebenheiten i.V.m. dem vorgesehenen Einsatzzweck der Software eine Rolle spielen. Vom Wortlaut her muss es sich aber um Erfordernisse handeln, die „durch jeden zur Verwendung eines Vervielfältigungsstücks Berechtigten notwendig sind“. Inwieweit bei der Ermittlung dieser Notwendigkeiten der zivilrechtliche Überlassungszweck eine Rolle spielen darf, ist strittig.<sup>485</sup>
- 302 Ausdrücklich geregelt ist ein Kernbereich **bedingungsfester** Rechte des Nutzers i.S.d. § 69d UrhG in § 69g UrhG: „Vertragliche Bestimmungen, die in Widerspruch zu § 69d Abs. 2 u. 3 UrhG und § 69e UrhG stehen, sind nichtig.“ Allerdings ist nicht klar, was diesen Kern genau ausmacht. Klar ist, dass sich kein pauschales Vervielfältigungsverbot wirksam aufstellen lässt, weil es auch die Sicherungskopie, § 69d Abs. 2 UrhG, erfassen würde. Vordringlicher wäre aber, dass auch ausdrücklich nicht der Lauf der Software oder eine der anderen in § 69d Abs. 3 UrhG genannten Handlungen untersagt werden kann. Dies ist nicht der Fall und bedarf deshalb wie – noch wesentlich problematischer – das Laden näherer Betrachtung.<sup>486</sup>
- 303 Die auch zum Kern gehörenden Regelungen zu § 69e UrhG (Dekompilierung) waren zwar heiß umkämpft, sind aber in der Praxis wohl doch nicht von allzu großer Bedeutung. Eine Ausnahme bildet die Leitbildfunktion gegenüber pauschalen Änderungs- und Dekompilierungsverboten in AGB. Diese sind aufgrund § 69f UrhG unwirksam. Zusätzlich spielt das Recht des Anwenders zur **Fehlerbeseitigung** in der Praxis eine Rolle. Gemäß BGH gehört auch dies, obwohl nicht in § 69g Abs. 2 UrhG aufgeführt, zum „bedingungsfesten Kern“<sup>487</sup> – ein weiterer Grund für die Unwirksamkeit von AGB mit Änderungsverbot. Der BGH hat die Aussage aus der E. v. 24.2.2000 noch ergänzt:<sup>488</sup> Wie auch das Programmfehlerbeseitigungsrecht „... kann das dem Nacherwerber der „erschöpften“ Kopie eines Computerprogramms durch Art. 5 Abs. 1 der Richtlinie 2009/24/EG und § 69d Abs. 1 UrhG vermittelte Recht zu dessen bestimmungsgemäßer Benutzung nicht durch vertragliche Bestimmungen ausgeschlossen werden, die dieses Recht dem Ersterwerber vorbehalten.“

485 S. z.B. eher ablehnend, sehr restriktiv wegen des **Ausnahmecharakters** *Grützmaker*, in: Wandtke/Bullinger, UrhR, § 69d UrhG Rz. 23 m.w.N., eher ablehnend gegenüber z.B. *Günther*, CR 1994, 321. Auf Überlassungszweck und sonstige vertragliche Umstände und Vereinbarungen, auch konkludent stellen ab *Dreier*, in: *Dreier/Schulze*, UrhG, § 69d UrhG Rz. 7.

486 S. zur Unklarheit des Inhalts des zwingenden Kerns *Grützmaker*, in: Wandtke/Bullinger, UrhR, § 69d UrhG Rz. 34. S.a. Rz. 402 ff.

487 BGH v. 24.2.2000 – I ZR 141/97, CR 2000, 656 – Programmfehlerbeseitigung, der u.a. zitiert: *Lehmann*, NJW 1993, 1822; *Lehmann*, in: Festschrift für Schrickler, S. 543 (555).

488 BGH v. 17.7.2013 – I ZR 129/08, CR 2011, 223 m. Anm. *Rössel*, Rz. 32: „zwingender Kern“ unter Hinweis auf BGH v. 24.2.2000 – I ZR 141/97, CR 2000, 656 – Programmfehlerbeseitigung.

Das ist das Ende für schuldrechtlich zu qualifizierende **Weitergabeverbote**.<sup>489</sup> „Der unabdingbare **Kern** von § 69d UrhG betrifft den ‚sachenrechtlichen‘ Teil, wirkt dann aber auch ins Schuldrecht, indem auch Individualvereinbarungen diesen zwingenden *Kern* nicht tangieren können.“<sup>490</sup> Wichtig ist, dass weder beim EuGH noch bei der E. des BGH zu UsedSoft das AGB-Recht eine Rolle spielte. Insofern steht die Bewährungsprobe für viele AGB noch aus, die mittelbar die Weitergabe beschränken oder im Ergebnis aufheben würden, wenn sie wirksam wären.

Allerdings hätte bei den Oracle-AGB Veranlassung zur Prüfung des Abtretungsverbots auch unter AGB-Rechtsaspekten bestanden. Wenn aber das Weitergabeverbot als Individualvereinbarung unwirksam ist, dann gilt dies erst recht bei AGB. Dabei ist das gesetzliche Leitbild i.S.d. § 307 BGB der § 69d UrhG, nicht etwa § 34 UrhG.<sup>491</sup>

Die Auslegungsrichtungen des BGB und des UrhG widersprechen sich in der Tendenz. Gemäß BGB ist dem Vertragszweck zur Geltung zu verhelfen. Das Urheberrecht stellt auf eine restriktive Position ab, wonach der Urheber nur das Minimum überträgt, das der Zweckübertragung genügt (s.a. Rz. 120 ff.). Es stört die urheberrechtliche Sichtweise also nicht, wenn die zivilrechtliche Leistungsaussage urheberrechtlich eingeschränkt wird, auch wenn dies vertragsrechtlich nicht hinnehmbar erscheint. Möglicherweise ist aber die wirksame Waffe gegenüber der praktischen Aushöhlung nicht das Vertragsrecht allein, sondern das Kartellrecht i.V.m. dem Vertragsrecht.<sup>492</sup>

In manchen AGB wird versucht, im Hinblick auf zu regelnde Restriktionen die bestimmungsgemäße Benutzung und deren einzelne Vorgänge, wie etwa Laden oder Vervielfältigung, zu definieren. Soweit dies im Widerspruch zu den durch die Art des Programms und dessen vorgesehenem Einsatz benötigten Rechtseinräumungen steht, kommt in Betracht, dass die bestimmungsgemäße Benutzung durch diese Beschränkungen zu weit **ausgehöhlt** oder ins **Gegenteil verkehrt** wird.<sup>493</sup>

Wenn der Anwender das, was er im Minimum benötigt, nicht erhält, wird zwecks Ermittlung der Mindestrechte auf solche **Handlungen bzw. Erklärungen** zurückzugreifen sein, die – AGB-rechtlich – als Individualvereinbarungen ohnehin Vorrang haben, und seien es nur **konkludente** Erklärungen, aus denen sich auf den Umfang der erforderlichen Nutzungen schließen lässt, wie etwa

- Beschreibung von Eigenschaften der Software, die selbst auf Vervielfältigungsvorgängen beruhen (Ein- und Auslagern zwischen Speicher und Hauptspeicher), Hinweise in der Dokumentation/der Bedienungsanleitung, insb. auch zur Installation und zur Sicherungskopie, also zu Vervielfältigungshandlungen, oder
- Hinweise auf die vorgesehene Konfiguration (Doppel-/Mehrfachprozessor,<sup>494</sup> Spiegel der Anwendung u.Ä., Regeln für Cluster, Vergütung unabhängig von Zahl der Installationen bis zu bestimmter Gesamtleistung, MIPS/MOPS, Zahl bzw. Größe der Prozessoren o.Ä.)

489 S. *Schneider/Spindler*, CR 2014, 213 (215).

490 *Schneider/Spindler*, CR 2014, 213 (215), unter Berücksichtigung der Entwicklung bei der EuGH-Rspr. in EuGH v. 27.6.2013 – C-457/11 – C-460/11, CR 2013, 557 – VG Wort/Kyocera (m.Verw. wegen des europarechtlichen Bedarfs an Harmonisierung auf *Spindler*, JZ 2014, 198) und EuGH v. 2.5.2012 – C-406/10, CR 2012, 428 – SAS-Institute zu einem unwirksamen Nachahmungsverbot.

491 A.M. *Haberstumpf*, CR 2012, 561 (567); *Scholz*, GRUR 2015, 142 (143); s. aber zum Leitbild Kaufrecht: *Schneider/Spindler*, CR 2014, 213.

492 S. zum Kartellrecht L.

493 S.a. *Haberstumpf*, in: *Lehmann, Rechtsschutz*, II, Rz. 121 zur „*protestatio facto contraria*“ m.w.N.; zu den Beschränkungen s. *Polley*, CR 1999, 345; *Hoeren/Schuhmacher*, CR 2000, 137 ff.; s.a. Rz. 385 ff., 329 ff. und 444 ff.

494 S.a. *Hoppen*, CR 2007, 129 (130, 132), zur Behandlung in den ORACLE- und Microsoft-AGB.

- Funktionen, die zwangsläufig zu Vervielfältigungshandlungen führen, wie z.B. Datenspeicherung, bei der die Software ganz oder teilweise mitkopiert wird u.Ä.,
- Überlassung von Kopierprogrammen i.V.m. einem Dongle, wo also die Software beliebig oft gespeichert, aber nur einmal genutzt werden kann,
- Mitüberlassung von „Werkzeugen“, etwa zur Bearbeitung (s. zu Customizing Rz. 93, zu Bearbeitung Rz. 214 ff.).

Mit diesen Anknüpfungsmöglichkeiten ist allerdings zumindest teilweise der strittige Bereich der Vertragsauslegung und Interpretation des Überlassungszwecks erreicht.

Zunächst wird man schematisch auf die für Software typische Stufung Installieren/Speichern, „Laden“ und Ablauf abstellen können, um die rechtmäßigen Handlungen, aber auch die urheberrechtlich relevanten herausfinden zu können.

## 5.2 Installieren, drei Stufen der Handlungen

309 Bezogen auf den **Ausgangspunkt**, einen Rechner (PC), sind es **drei Stufen** aus der Aufzählung in § 69c Nr. 1 UrhG, die der Anwender als Vervielfältigungshandlungen realisiert, die er andererseits ausführen muss, um die Software nutzen zu können: Installieren, Laden und Ablaufen lassen (s. Rz. 195 ff.). Strittig bzw. unklar war bei den Nutzungshandlungen v.a. das **Laden**. Der **Ablauf** oder Lauf der Software ist nach h.M. **keine** urheberrechtlich relevante Vervielfältigung, Rz. 326 f.

310 Die **Installation** ist nach absolut h.M. eine urheberrechtlich relevante Vervielfältigung.<sup>495</sup> Dass die Installation bzw. Einspeicherung eine urheberrechtlich relevante Vervielfältigung ist, jedoch im Prinzip zur **bestimmungsgemäßen Nutzung** gehört, also erlaubt und nur bedingt einschränkbar ist, ergibt sich bereits aus den meisten Bedienungsanleitungen, die zum Installieren Anweisungen geben, ebenso auch zur Sicherung.<sup>496</sup>

Klauseln, die das Installieren verbieten und nur das Starten vom Originaldatenträger aus erlauben, sind i.d.R. unwirksam, weil sie den bedingungsfesten Kern der bestimmungsgemäßen Nutzung unzumutbar einschränken.<sup>497</sup> Ausnahmen könnten sein, dass eine Software nur vorübergehend genutzt werden darf und dafür eine Installation nicht erforderlich ist. Relevant wird die Thematik v.a. i.V.m. Download bzw. Online-Beschaffung und hier wiederum bei „Gebrauchtssoftware“.<sup>498</sup>

311 Kritisch bzw. unklar können die näheren **Umstände der Installation** werden: Die mehrfache Installation wäre bei Einfachlizenz verboten. Wird diese Software auf einem als Server fungierenden PC installiert, wäre dies aber (noch) keine unerlaubte Vervielfältigung.<sup>499</sup> Die Bedeutung des Streits um die Beurteilung des Ladens zeigt sich beim nächsten Schritt: Wäre das **Laden** keine Vervielfältigung, keine urheberrechtlich relevante Handlung, könnte die Software gleichzeitig auf beliebig vielen Rechnern, die am Netz angeschlossen sind, geladen werden. Eine Zustimmung des Berechtigten wäre nicht erforderlich. Eine eventuelle Be-

495 S. BGH v. 20.1.1994 – I ZR 267/91, CR 1994, 275 – Holzhandelsprogramm, m. Anm. *Hoeren* und *Lehmann* (s. Rz. 15.); zur Lit. s. z.B. *Hoeren/Schuhmacher*, CR 2000, 137 (139) unter Verweis auf BGH v. 4.10.1990 – I ZR 139/89, CR 1991, 80 – Betriebssystem; *Marly*, Praxishandbuch Softwarerecht, Rz. 1591 ff. m.w.N.; *Hoeren*, CR 2006, 573 (574).

496 S.a. die Beispiele in R Rz. 218 ff. Unter Aspekten der Leistungsstörung ist Anbietern zu empfehlen, den Kunden die Installation vornehmen zu lassen; s.a. M Rz. 183 ff., 240 f. und Anhang I. M6 Ziff. 1.3 sowie M4 (Ziff. 1.3 – nicht geschuldet) und M5 (Ziff. 1.3 Herstellung der Ablauffähigkeit mit Migration) im Vergleich.

497 *Schuhmacher*, CR 2000, 641 (645).

498 Das LG München I (v. 15.3.2007 – 7 O 7061/06, CR 2007, 356, [357/358]) stellte gerade darauf ab, dass die gesteigerte Programmnutzung dadurch erfolgt, dass das Laden einem weiteren Anwender ermöglicht wird; s.a. Rz. 319.

499 S. *Hoeren/Schuhmacher*, CR 2000, 137 (142).

schränkung auf bestimmte Konfiguration bzw. Zahl wäre allenfalls zwischen den Vertragspartnern relevant.

Das Lizenzmodell mit „**Dongle**“ (s.a. Rz. 447 ff., 459 ff.) basiert andererseits darauf, dass der Kunde die Software bei sich so oft installieren darf, wie er will. Jedoch ist die Zahl der „Lizenzen“ i.S. **gleichzeitiger** Nutzung begrenzt. Für diese Zahl der Nutzer sind die Lizenzen zu vergüten und entsprechend viele Dongles zu erwerben. 312

Installieren und Speichern sind Unterfälle der Vervielfältigung. Demgegenüber ist der nächste Schritt, das Ablaufenlassen oder der „**Lauf**“ der Software keine Vervielfältigung, die besonderer Erlaubnis bedarf. Zwar ist das „**Anzeigen**“, das dabei erfolgt, eine der in § 69c UrhG aufgelisteten Handlungen (Nr. 1), die einer Zustimmung bedürfen, s. Rz. 198, gehört jedoch zur bestimmungsgemäßen Benutzung nach § 69d UrhG. 313

Dass die Kategorie des „**Anzeigens**“ bei indirekter Nutzung erfüllt wird, ist relativ naheliegend, rechtfertigt aber nicht, dass der Lizenzgeber eine besondere Vergütung für die Erlaubnis **indirekter Nutzung** (s. Rz. 212, 326, 332 ff.) verlangt.<sup>500</sup> Diese Thematik wird in den Kommentaren relativ schwach, also wenig behandelt. Bei *Dreier/Schulze*<sup>501</sup> z.B. findet sich folgende Textstelle im Kontext: 314

„Auch der normale Programmlauf dürfte demnach insoweit als urheberrechtlich relevante Vervielfältigung anzusehen sein, als damit ein Laden schutzfähiger Teile in den Arbeitsspeicher verbunden ist. Keine Vervielfältigungshandlung liegt dagegen im bloßen Laufenlassen, also in den reinen Rechenoperationen, sowie der bloßen Sichtbarmachung des Programms auf dem Bildschirm (vgl. auch insoweit die Nachweise bei SL/Loewenheim, Rz. 8 f; WB/Grützmaker, Rz. 8)“.

Die ist aber konkret gegen eine Relevanz der indirekten Nutzung zu interpretieren, da es sich insoweit regelmäßig um die bloße **Sichtbarmachung** des Programms (dessen Oberfläche) oder sogar nur der Daten handelt. Das gilt sogar, wenn insoweit technisch bedingt die Software (teilweise) vorübergehend zwischengespeichert (und insofern technisch vervielfältigt) würde.<sup>502</sup>

### 5.3 „Laden“ der Software

Laden ist eine der Handlungen, die explizit in § 69c UrhG als zustimmungsbedürftig aufgeführt ist (Nr. 1). Voraussetzung ist, dass dafür eine Vervielfältigung erforderlich ist. In Bezug auf das *Laden* in den Arbeitsspeicher ist h.M., dass es sich insoweit, wenn auch nur vorübergehend, nicht nur um eine technische **Vervielfältigung**, sondern um eine auch **urheberrechtlich relevante** (Vervielfältigungs-)Handlung handelt. Nach Erw.grd. 13 RL 2009/24/EG (früher Erw.grd. 17 RL 91/250/EWG) hängen Laden und Ablauf engst zusammen: „Dies bedeutet, dass das Laden und Ablaufen, sofern es für die Benutzung einer Kopie eines rechtmäßig erworbenen Computerprogramms erforderlich ist, sowie die Fehlerberichtigung nicht vertraglich untersagt werden dürfen.“<sup>503</sup> 315

Sehr bekannt geworden ist die E. des LG Mannheim: „Die Benutzung eines Softwareprogrammes ist keine urheberrechtlich relevante Handlung“.<sup>504</sup> Eine Urheberrechtsverletzung kommt nur dann in Betracht, bzw. Vervielfältigung liegt nur vor, wenn und soweit „eine weitere körperliche Festlegung eines Werkes stattfindet, die geeignet ist, das Werk den menschlichen Sinnen auf irgendeine Weise unmittelbar oder mittelbar wahrnehmbar zu machen“.<sup>505</sup> 316

500 S. zu AGB und zur urheherr. Beurteilung *Oelschlägel/Schmidt*, ITRB 2015, 72.

501 *Dreier*, in: *Dreier/Schulze*, UrhG, § 69c UrhG Rz. 8.

502 U.a. auch gestützt auf EuGH v. 5.6.2014 – C-360/13, CR 2014, 594.

503 S.a. EuGH v. 3.7.2012 – C-128/11, Rz. 76 – *Oracle/UsedSoft*.

504 LG Mannheim v. 11.9.1998 – 7 O 142/98, CR 1999, 360 (Ls.) m. krit. Anm. *Bartsch*.

505 LG Mannheim v. 11.9.1998 – 7 O 142/98, CR 1999, 360 (Ls.) unter Hinweis auf BGH v. 4.10.1990 – Betriebssystem, m. krit. Anm. *Bartsch*.

Ob dies allerdings angesichts der „Onlineerschöpfung“ (EuGH, BGH) noch als Erklärung gilt, darf bezweifelt werden, während das Ergebnis überzeugt.

Die Bedeutung des Urteils des LG Mannheim ergibt sich daraus, dass sich das Gericht insoweit auf ein Urteil des BGH, das **vor** der Einführung der §§ 69a ff. UrhG erging, wörtlich bezieht. Die Kernfrage ist, ob das LG Mannheim die Notwendigkeit und die Problematik des Ladens in den Arbeitsspeicher übersieht, weil es keine Differenzierung zwischen Ablauf und Laden vornimmt,<sup>506</sup> oder ob der Rückschluss zu ziehen ist, dass der Ablauf das Laden voraussetzt, also das LG Mannheim auch das **Laden** implizit als urheberrechtlich nicht relevante Handlung angesehen hat.<sup>507</sup>

- 317 Wenn man i.R.d. Beantwortung der Frage nach der Sachqualität auf die Repräsentation auf einen, wenn auch flüchtigen Datenträger abstellt,<sup>508</sup> liegt es nahe, ist allerdings nicht zwingend, den Vorgang, die Software in diesen Speicher zu laden, als urheberrechtlich relevante Vervielfältigung anzusehen.<sup>509</sup> Die Lit. war zumindest überwiegend der Auffassung, das Laden sei, anders als der Ablauf, eine **urheberrechtlich relevante (Vervielfältigungs-)Handlung** und bedürfe somit der Zustimmung des Berechtigten.<sup>510</sup> *Hoeren* bietet eine Gegenüberstellung der Ansichten.<sup>511</sup> Es kommt aber auf die Einordnung des Ladens nicht an, wenn der Zweiterwerber zur Vervielfältigung berechtigt ist.<sup>512</sup> Wichtig wäre die Beurteilung des Ladens dennoch bei nutzungsintensitätsabhängigem Vergütungsmodell für den Nutzungsumfang beim Zweiterwerber.
- 318 Die gegenteilige Ansicht wird v.a. in älterer Lit. vertreten.<sup>513</sup> *Hoeren* neigte früher der Auffassung zu, es spreche mehr dafür, das Laden nicht als Vervielfältigung im urheberrechtlichen Sinne zu sehen.<sup>514</sup> Inzwischen hält er die Beantwortung zumindest i.V.m. der Downloadproblematik wieder offen, wobei die Relevanz der Antwort nicht hoch ist, wenn der Zweiterwerber seinerseits ein Recht zur Nutzung hat und das Laden i.R.d. § 69d Abs. 1 UrhG vornehmen darf.<sup>515</sup>
- 319 Dezidiert für die Qualifikation des Ladens als urheberrechtlich relevante Vervielfältigung hat sich das LG München I ausgesprochen.<sup>516</sup> Die Auslegung orientiert sich dabei (allein) an dem **Partizipationsinteresse** des Rechtsinhabers.<sup>517</sup>
- „Daher liegt eine Vervielfältigung im rechtlichen Sinne immer dann vor, wenn der technische Vervielfältigungsvorgang zu einer gesteigerten Programmnutzung führt [Dreier/Schulze, UrhG, 2. Aufl., § 69c Rz. 8; Schricker/Loewenheim, Urheberrecht, § 69c UrhG, Rz. 6]. Dies ist zum Schutz des Urhe-

506 So etwa *Bartsch*, CR 1999, 361; a.M. *Hoeren/Schuhmacher*, CR 2000, 137 (143).

507 Für diese Interpretation: *Hoeren/Schuhmacher*, CR 2000, 137 (143); s.a. *Schuhmacher*, CR 2000, 641 (645).

508 S. M Rz. 25, M Rz. 677 unter Hinweis u.a. auf BGH v. 15.11.2006 – XII ZR 120/04, CR 2007, 75.

509 Ausführlich zur Irrelevanz der Charakteristik des Speichermediums *Marly*, Praxishandbuch Softwarerecht, Rz. 154 ff., 157.

510 Vgl. *Brandi-Dohrn*, BB 1994, 658 (659) m.w.N.; *Marly*, Urheberrechtsschutz, S. 164 ff.; *Haberstumpf*, in: *Lehmann, Rechtsschutz*, Kap. II Rz. 117 ff.; a.M. *König*, Das Computerprogramm im Recht, 1991, Rz. 524; unklar *Gantner*, jur-pc 1994, 2752 (I), 2793 (II), 2853 (III); a.M. *Hoeren/Schuhmacher*, CR 2000, 137 (143 f.). S. z.B. jeweils m.w.N. *Jörg Schneider*, CR 1990, 503 zu den Vervielfältigungsvorgängen; *Loewenheim*, in: *Schricker/Loewenheim, UrhR*, § 69c UrhG Rz. 9; *Vinck*, in: *Fromm/Nordemann*, § 9 UrhG Rz. 3; *Marly*, Praxishandbuch Softwarerecht, Rz. 155 ff.; *Bartsch*, CR 1999, 361.

511 *Hoeren*, CR 2006, 573 (575 f.), s.a. *Huppertz*, CR 2006, 145 (147).

512 *Hoeren*, CR 2006, 573 (575 f.).

513 S. Nachw. bei *Hoeren/Schuhmacher*, CR 2000, 137 (143), darunter *Hoeren*, Softwareüberlassung als Sachkauf, 1987, Rz. 112.

514 *Hoeren/Schuhmacher*, CR 2000, 137 (143 f.).

515 *Hoeren*, CR 2006, 573 (576 f.).

516 LG München I v. 15.3.2007 – 7 O 7061/06, CR 2007, 356.

517 LG München I v. 15.3.2007 – 7 O 7061/06, CR 2007, 356, s. zum Fortgang BGH v. 17.7.2013 – I ZR 129/08, Rz. 65 – *UsedSoft II*, wie LG München I, aber **nur** bezogen auf Oracle, wie der Abgleich mit BGH v. 11.12.2014 – 8/13 – *UsedSoft III* mit Abspaltbarkeit bei echten Lizenzen zeigt. S.a. Rz. 406.

bers bei so verletzlichen Werken wie Computerprogrammen erforderlich (Schricker/Loewenheim, Urheberrecht, § 69c UrhG, Rz. 9). Eine gesteigerte Programmnutzung liegt gerade dann vor, wenn wie hier durch das Laden des Programms in den Arbeitsspeicher des Rechners des Anwenders einem zusätzlichen Anwender die Nutzung ermöglicht wird.<sup>518</sup>

Das trifft letztlich auf jede Nutzung von Software in modernerer Infrastruktur zu, lässt aber außer Acht, dass das **Laden** mit gesteigerten **Nutzungsmöglichkeiten** nicht unbedingt etwas zu tun haben muss. Bei **Onlinenutzung** leuchtet das Argument des LG noch eher ein, weil das Laden praktisch mit der (zeitweisen) Überlassung erfolgt. Bei kaufrechtlich zu beurteilender Überlassung per Download passt das Ergebnis nicht (s.a. zum Problem Rz. 399 ff., 403).

Im **Ergebnis** ist festzustellen, dass wohl weit überwiegend das Laden als urheberrechtlich relevant, aber für den berechtigten Benutzer erlaubt und unverbietbar angesehen wird. Relevant kann die Frage noch bei Systemen werden, die ein vorgängiges, einmaliges Installieren (er)fordern, jedoch das Laden in eine Vielzahl von CPU erlauben bzw. erfordern, evtl. auch bei Multicore-Geräten,<sup>519</sup> aber auch in Netzen.

Beim ASP wird die Software dem Kunden bereitgestellt, zusammen mit diversen Services, ohne dass es zu Übertragungen der Software bzw. zu Vervielfältigungen dieser Software des ASP beim Kunden kommen muss.<sup>520</sup> Allerdings ist dies je nach Ausgestaltung denkbar. Normalerweise wird insofern keine Weitergabe/Verbreitung und hinsichtlich der Nutzung durch den Kunden keine Vervielfältigung vorliegen.<sup>521</sup> Allerdings wird die Software vermietet, was besonderer vertraglicher Regelung bedarf.<sup>522</sup>

Bei **SaaS** „nutzt“ der Kunde die Software über einen sog. Thin Client, also ein eher „dummes“ Endgerät.<sup>523</sup> Er „lädt“ die Software nicht bei sich, die Software wird ihm auch nicht teilweise „überlassen“, sodass keine Vervielfältigungshandlungen in Sicht sind. Das Laden findet beim Betreiber statt, aber nicht spezifisch für jeden Kunden, wie dies evtl. bei Service-Rechenzentren (U Rz. 18 ff.) erfolgen würde. Es gibt also keine Vervielfältigung durch den Kunden, insb. wenn man den Ablauf nicht als Vervielfältigung qualifiziert, s. Rz. 326. Wohl aber ist denkbar, diese Form der Nutzung durch den Betreiber als öffentlich Zugänglichmachen zu interpretieren, s.a. Rz. 236 ff.

Der Bezug per **Download** erfolgt über eine Vervielfältigung beim Herunterladen und lässt die alten Fragen nach der Relevanz der einzelnen, dabei erforderlichen Handlungen erneut aufkommen. Der Streit entzündete sich v.a. an dem Weitervertrieb von „Gebrauchtsoftware“.<sup>524</sup> Dabei spielt auch die urheberrechtliche Beurteilung des Ladens eine Rolle, weil dies der erste Vorgang ist, der in der Sphäre des Kunden eine Vervielfältigung darstellen könnte. Er ist nach Ansicht des LG München nicht durch § 44a UrhG als vorübergehende Vervielfältigungshandlung privilegiert, schon weil es am Merkmal „keine eigenständige wirtschaftliche Bedeutung“ fehlt.<sup>525</sup>

Nach der hier vertretenen Auffassung spielt es für die isolierte Beurteilung des Ladens keine Rolle, ob der **Bezug** der Software datenträgerbasiert oder nicht („Online“) erfolgt. Hat der

518 LG München I v. 15.3.2007 – 7 O 7061/06, CR 2007, 356 (357 f.).

519 S. aber LG Frankfurt v. 30.3.2012 – 3-12 O 24/11, CR 2013, 768 für CPU-Klausel und dazu Rz. 376.

520 Schuldrechtlich ist dies trotz des Verbleibs der Software beim ASP Vermietung, s. BGH v. 15.11.2016 – XII ZR 120/04 – ASP.

521 S. schon *Grützmacher*, ITRB 2001, 59 (60).

522 S. zur Vermietung BGH v. 15.11.2006 – XII ZR 120/04, CR 2007, 75 – ASP; im Anschluss daran: OLG Hamburg v. 15.12.2011 – 4 U 85/11, MMR 2012, 740; s.a. Rz. 494 f.

523 S.a. *Schuster/Reichl*, CR 2010, 38; *Pohle/Ammann*, K&R 2009, 625.

524 LG München I v. 15.3.2007 – 7 O 7061/06, CR 2007, 356 (358); zum einstweiligen Verfügungsverfahren s. *Hoeren*, CR 2006, 573 (575); *Lehmann*, CR 2006, 655 Anm. zu OLG München v. 3.8.2006 – 6 U 1818/06.

525 LG München I v. 15.3.2007 – 7 O 7061/06, CR 2007, 356.

Nutzer ein Nutzungsrecht, darf er i.R.d. bestimmungsgemäßen Nutzung auch den Vorgang des Ladens vornehmen. Die eigentliche Kernfrage ist, ob der Nutzer ein Recht zur Nutzung wirksam erhalten hat. Bei Gebrauchtssoftware soll ein Weitergabeverbot gemäß vieler AGB greifen, ohne von der kaufrechtlichen Einordnung abzurücken. Dann hätte der Zweiterwerber, dem das Nutzungsrecht weitergereicht („abgetreten“) wurde, keine wirksame Rechteinräumung als Grundlage für seine Nutzung (s. aber Rz. 399 ff.).

#### 5.4 Ablauf der Software

- 326 Der Ablauf der Software jedenfalls gilt als **Werkgenuss** und ist insofern frei, bedarf also noch nicht einmal der spezifischen Freistellung durch § 69d UrhG, obwohl dieser den gleichen Gedanken enthält. Da der Ablauf das vorgängige „Laden“ – auch bei speicherresidenter Software – zumindest einmal erfordert, ist davon die Rede, auf die Kategorie des Ablaufs als solche käme es hinsichtlich der Notwendigkeit des Vervielfältigens nicht an.<sup>526</sup> V.a. sei die Differenzierung nicht praktikabel.<sup>527</sup> Für die Hersteller wäre dies günstig: Viele AGB knüpfen unmittelbar an die Nutzung i.S.d. Ablaufs an, so etwa die mittelbare/indirekte Nutzung. Andererseits wird aber durchaus auch das Installieren, etwa nach Zahl der Server und oder Clients, auf denen dies erlaubt ist, als preisbildend für die Lizenz angesehen. Wenn aber die Installation erlaubt wird, kann schlecht die folgende Nutzung und das dafür erforderliche Laden verboten sein. Bei **speicherresidenten** Programmen fällt insoweit Installieren und Laden zusammen.<sup>528</sup>
- 327 Der **Ablauf** der Software ist keine urheberrechtlich relevante Vervielfältigung, sondern der – freie – Werkgenuss. An dessen Ausübung können schuldrechtliche Tatbestände anknüpfen, etwa die Zahl der Abläufe pro Zeiteinheit. Solche Vergütungsmodelle wären aber – wirkungsvolle Formulierung i.Ü. vorausgesetzt – nur bei Miete als AGB wirksam.<sup>529</sup> Nach Weitergabe gekaufter Exemplare dürfte dieses Vergütungskonzept nicht mehr gegenüber den nachfolgenden Erwerbern durchsetzbar sein.

#### 5.5 Nutzung – üblicher Vertragsgegenstand

##### 5.5.1 Nutzungsrecht

- 328 I.d.R. verwenden die Lizenz-AGB und –Verträge nicht die Handlungskategorien des § 69c UrhG, mit Ausnahme der „Vervielfältigung“, auch nicht des § 69d UrhG. Es ist von **Nutzungsrecht** die Rede. Der Begriff der „Nutzung“ ist sehr vielseitig interpretierbar. § 31 UrhG bietet die Legaldefinition für „Nutzungsrecht“ und die Grundlage für die Übertragungszwecklehre in Abs. 5, wobei das Nutzungsrecht das „Nutzen“ gewährt.
- 329 Speziell für Software (also anders als in §§ 31 ff. UrhG) ist in § 69c UrhG von **Nutzung** überhaupt nicht die Rede, während in § 69d UrhG die bestimmungsgemäße „**Benutzung**“ geregelt ist (s. Rz. 253 ff.). In § 31 UrhG ist im Zshg. mit der Definition des „Nutzungsrechts“ von „**nutzen**“ die Rede. Ganz offensichtlich werden „nutzen“, „benutzen“ bzw. „Benutzung“ praktisch **synonym** verstanden bzw. eingesetzt.<sup>530</sup> Die „bestimmungsgemäße Benutzung“ in § 69d UrhG ist eine Art Oberbegriff, der verschiedene Handlungen umfassen kann, die aber im Hinblick auf die unterschiedlichen Ausprägungen von Software inhaltlich und im Verhältnis zueinander variieren. Zur Ausfüllung müssen also jeweils die Handlungen, die in § 69c UrhG für zustimmungsbedürftig erklärt werden, im konkreten Fall ermittelt

526 EuGH v. 3.7.2012 – C-128/11, Rz. 74 – Oracle/UsedSoft, s.a. Rz. 399 ff.

527 *Grützmacher*, in: Wandtke/Bullinger, UrhR, § 69c UrhG Rz. 7 referiert insoweit *Juncker/Benecke*, Rz. 64.

528 S. zu In-memory-Technologien *Söbbing*, ITRB 2014, 92.

529 S. BGH v. 24.10.2002 – I ZR 3/00, CR 2003, 323 m. Anm. *Wiebe/Neubauer*.

530 S. synonyme Verwendung etwa bei BGH v. 17.7.2013 – I ZR 129/08, CR 2014, 168 – UsedSoft II, zitiert z.B. aus Ls. 4 in Rz. 402 und BGH-Rz. 68 in Rz. 271.



und danach untersucht werden, ob die Berechtigung zur Ausübung über die **Notwendigkeit** der Handlungen, die § 69d UrhG auflistet, gegeben ist.

§ 69d UrhG regelt die **wesentlichen** Handlungen des Berechtigten als „**Ausnahmen**“ gegenüber § 69c UrhG („Zustimmungsbedürftige Handlungen“).<sup>531</sup> Tatsächlich geht es aber um den Kern dessen, was der Berechtigte ggf. darf. In § 69d Abs. 1 UrhG wird der Berechtigte insofern von **weiterer Zustimmung** befreit, als er Handlungen vornimmt bzw. vornehmen möchte, die „für eine bestimmungsgemäße Benutzung des Computerprogramms einschließlich der Fehlerberichtigung durch **jeden** zur Verwendung ... Berechtigten notwendig sind“.

D.h. auch, dass erst für zusätzliche Rechte, die nicht durch die Ausprägung als Mindestrecht gedeckt sind, eine Zustimmung (Erlaubnis) des Herstellers nach § 69c UrhG erforderlich werden kann. Das ist das Problem bei speziellen Ausprägungen für Nutzungsrechte, die auf der Ebene der „bestimmungsgemäßen Benutzung“ liegen, diese also näher regeln und v.a. einschränken. Solche Einschränkungen erscheinen nach § 69c UrhG möglich, sind aber nach § 69d UrhG nicht wirksam, wenn sie die Mindestrechte aushöhlen oder einschränken. Finanziell besonders relevant ist insofern die indirekte Nutzung.

### 5.5.2 Besonderheit „indirekte Nutzung“

Besondere Nutzungsform ist v.a. die „**indirekte Nutzung**“<sup>532</sup> oder ebenso verwendet „indirekter Zugriff“. Dabei kann **Zugriff** auf Inhalte, die die Software verarbeiten, speichern oder sonstwie manipulieren, nicht mit Nutzung der Software gleichgesetzt werden. Allerdings könnte eine der in § 69c UrhG genannten Handlungen, die also der Zustimmung bedürfen, vorliegen: § 69c UrhG nennt explizit (und abschließend) Handlungen, die zur Vervielfältigung führen bzw. dieser Kategorie unterfallen: Laden, Anzeigen, Ablaufen und Übertragen sowie Speichern des Computerprogramms, s. Rz. 200. „Anzeigen“ würde der Kategorie „Zugriff“ wohl nahe kommen. Manche Hersteller regeln in ihren AGB als eine Nutzungsform, die gesondert zu gestatten und v.a. zu vergüten ist, die „**indirekte Nutzung**“ bzw. den indirekten Zugriff zusätzlich. Demnach wären „Lizenzen“ für indirekte Nutzung erforderlich.<sup>533</sup> Als **Nutzungskategorie** ist zu fragen, ob dabei eine „Vervielfältigung“, und weiter, ob, falls dies bejaht wird, nicht eine Form der bestimmungsgemäßen Nutzung vorliegt. Hintergrund ist dabei, dass der Ablauf, der Werkgenuss, trotz Nennung in § 69c Nr. 1 UrhG für Berechtigte frei ist,<sup>534</sup> wobei die vorgelagerten Schritte Vervielfältigung darstellen können, insb. Installieren und Laden, s. Rz. 309 ff., 315 ff.

Als Vervielfältigung kommt bei bei indirekter Nutzung im Wesentlichen „**Anzeigen**“ als eine der in 69c UrhG genannten Handlungen in Betracht. Bei indirekter Nutzung liegt ggf. Betrachten der Ergebnisse der Verarbeitung vor. Als urheberrechtsrelevanter Vorgang wäre aber nur das Anzeigen des **Computerprogramms** selbst relevant. Dies liegt aber bei indirekter Nutzung nicht vor. „Indirekter Zugriff“ ist insofern noch deutlicher, nämlich auf Ergebnisse und Daten, aber nicht auf Software bezogen.

Insofern verbleibt von den in § 69c Nr. 1 UrhG genannten Handlungen das „**Ablaufen**“. Tatsächlich kann über indirekte Nutzung auch das Ablaufen angestoßen werden. Dieser Ablauf ist aber frei, wie schon vermerkt. Schuldrechtlich können an ihn Vergütungsstatbestände anknüpfen, was aber nur inter partes greifen kann und AGB-rechtlich i.V.m. Kauf als nutzungsintensitätsabhängige Vergütung erheblichen Bedenken begegnet. S.a. Rz. 371 ff.

531 Auch in § 69e UrhG Dekompilierung steckt eine Ausnahme.

532 Z.B. und v.a. bei SAP, s.a. mit AGB-Zitat R. 97.

533 Auch relevant für den „Zukauf“, s. als Thema nach Vermessung Rz. 371, 433.

534 Dreier, in: Dreier/Schulze, UrhG, Rz. 8 zu § 69c UrhG: Keine Vervielfältigung „liegt im bloßen Laufenlassen, also in den reinen Rechenoperationen, sowie der bloßen Sichtbarmachung des Programms auf dem Bildschirm (vgl auch insoweit die Nachw. etwa bei SL/Loewenheim Rn 8 f; WB/Grützmacher Rn 8)“.

- 335 Anders wäre es, wenn indirekte Nutzung als eine **eigene Nutzungsart** qualifiziert werden könnte. Einen Anhaltspunkt bietet, wenn der Hersteller für die beiden Nutzungsarten wahlweise – mit oder ohne „indirekte“ Nutzung – verschiedene Versionen seiner Software anbietet.<sup>535</sup> Dies erscheint nicht marktüblich.
- 336 Der Umstand, dass die indirekte Nutzung über die **Schnittstellen** erfolgt, verstärkt die Einordnung als bestimmungsgemäße Benutzung. Die benutzte Schnittstelle ist ihrerseits (auch) Software, wird aber insoweit bestimmungsgemäß benutzt und durch diese Nutzung nicht vervielfältigt. Die Schnittstelle bewirkt keine Vervielfältigung. Im Ergebnis fehlt für „indirekte Nutzung“ die urheberrechtl. Grundlage, in der Folge auch für Audits, die das prüfen sollen, s.a. R Rz. 185, R Rz. 273, R Rz. 455.
- 337 Dieselben Argumente, die gegen Qualifikation der **Oberfläche** als geschützte Software sprechen (s. Rz. 61, 89), greifen auch hier: „Insbesondere ist die grafische Benutzeroberfläche eine Interaktionsschnittstelle, die eine Kommunikation zwischen dem Computerprogramm und dem Benutzer ermöglicht. Daher ermöglicht es die grafische Benutzeroberfläche nicht, das Computerprogramm zu vervielfältigen, sondern stellt lediglich ein Element dieses Programms dar, mittels dessen die Benutzer die Funktionen dieses Programms nutzen.“<sup>536</sup>

### 5.5.3 Embedded Systems

- 338 Eine weitere Ausformung der „Benutzung“ erfolgt bei Anbindung oder Einbindung der Software an bzw. in **Hardware**. Software „im Gehäuse“ (auf bzw. in Hardware), die mitüberlassen wird, ohne dass der Kunde überhaupt etwas ähnliches wie Einspielen oder Installieren vorzunehmen hat, eröffnet wesentlich weniger Spielraum für bestimmungsgemäße Benutzung bzw. Vervielfältigungshandlungen als etwa das Überlassen eines (kundenseits) noch zu installierenden Programms. Hierzu erhält der Kunde noch Installationshinweise für die verschiedenen Arten von „freigegebener“ Hardware. Evtl. besteht die Notwendigkeit, noch unterschiedliche Parameter einzustellen.
- 339 Dass auch „**Software im Gehäuse**“ vom urheberrechtlichen Schutz erfasst ist, ergibt sich schon vom Wortlaut her, nachdem Computerprogramme „in jeder Gestalt“ geschützt sind (§ 69a Abs. 1 UrhG). Dennoch erläutert die amtliche Begründung zu § 69a Abs. 1 UrhG noch bei „Gestalt“, was unter „Software im Gehäuse“ verstanden wird, indem auf Erw.grd. 7 RL 91/250/EWG (nun 2009/24/EG) verwiesen wird, wonach der Begriff „Computerprogramm“ Programme in jeder Form erfassen soll, „auch solche, die **in die Hardware integriert sind**“.

### 5.6 Dekompilierung

- 340 Die Entstehungsgeschichte der einzelnen Software in Stufen vom Entwurf zum ablauffähigen Programm lässt sich bis zu einem gewissen Grade zurückspiegeln durch den Einsatz von Werkzeugen, die eine Rückentwicklung des Objektprogramms in den Source Code ermöglichen. Dies funktioniert – je nach Art des Codes, der Programmiersprache und der vorhandenen Werkzeuge dafür – nicht zu 100 %, jedoch kann i.d.R. aus dem Objektcode ein verstehbarer Quellcode erzeugt werden. Diese Rückwärtsentwicklung, sog. Dekompilierung, ist sicher eine Vervielfältigungshandlung, für die dem Handelnden (Lizenznehmer) die entsprechenden Rechte nicht ohne weiteres zustehen.
- 341 Die Spezialregelung des § 69e UrhG erlaubt diese Dekompilierung unter engen, aber nicht einfach zu konkretisierenden **Voraussetzungen**. Vom Wortlaut her würde nach einer der wichtigsten Voraussetzungen die Notwendigkeit bestehen müssen, dass ein unabhängig ge-

535 S. etwa zu entsprechender Überlegung bei OEM-Software BGH v. 6.7.2000 – I ZR 244/97, CR 2000, 651 – OEM (offengelassen, Tendenz aber ablehnend).

536 EuGH v. 22.12.2010 – C-393/09, Ls. 2 Satz 3 und 4 – BSA/Kulturministerium.