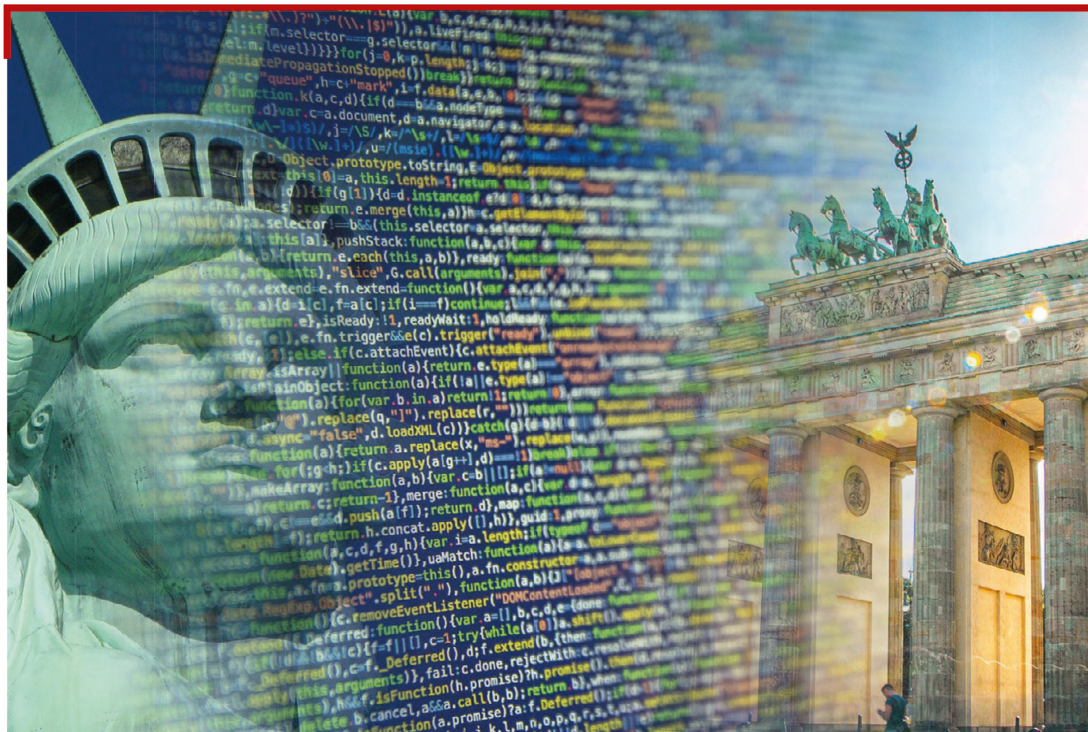


Diana D. Chiampi Ohly

SoftwareRecht: Von der Entwicklung zum Export

Probleme und Lösungen nach deutschem
und amerikanischem Recht



**Band 3 der Schriftenreihe
des Instituts für Informationsrecht
der Hochschule Darmstadt**

Diana D. Chiampi Ohly

SoftwareRecht: Von der Entwicklung zum Export

Probleme und Lösungen nach deutschem
und amerikanischem Recht

4. überarbeitete Auflage

Diana D. Chiampi Ohly

SoftwareRecht: Von der Entwicklung zum Export

Probleme und Lösungen nach deutschem und amerikanischem Recht

4. überarbeitete Auflage

ISBN 978-3-8005-1908-8

Band 3 der Schriftenreihe des Instituts für Informationsrecht
der Hochschule Darmstadt

Herausgeber(innen):

Prof. Dr. Diana D. Chiampi Ohly, LL.M. (Duke)

Attorney-at-Law (New York)

Prof. Dr. Felix Hermonies, LL.M. (R.L.), Mag. rer. publ.

Prof. Dr. Gisela Jung-Weiser

Prof. Dr. Caroline Volkmann

Prof. Dr. Thomas Wilmer

Institut für Informationsrecht (i2r)

an der Hochschule Darmstadt

Haardtring 100

64295 Darmstadt

<http://www.i2r.info>

dfv' Mediengruppe

2022 Deutscher Fachverlag GmbH, Fachmedien Recht und Wirtschaft,
Frankfurt am Main

www.ruw.

DTP: Sarah Kalck

Umschlaggestaltung: Andreas Bonin, Darmstadt, unter Verwendung der

Bilder: Lady Liberty: Ronile, Algorithmen: markusspiske, Brandenburger

Tor: valentinsan. Alle bei Pixabay unter der Pixabay License: Freie

kommerzielle Nutzung.

Druck und Bindung: docupoint GmbH, 39179 Barleben

Preis: 32, – € (zuzüglich Portokosten)

Bibliografische Information der Deutschen Nationalbibliothek

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

VORWORT ZUR 4. AUFLAGE

In den letzten Jahren hat die Digitalisierung schneller an Fahrt aufgenommen und mit ihr die Fragen danach, ob unsere Vorschriften hierauf anwendbar sind. Gerade im Bereich des Machine Learning und der Künstlichen Intelligenz tauchen daher Forderungen zur Ausweitung eines Schutzes auf maschinelle Urheber und Erfinder auf. Ebenfalls einbezogen sind die blockchainbasierten Smart Contracts sowie die Neuregelungen zum Text und Datamining. Auch die Fragen nach der Anwendbarkeit des Urheberrechts-Diensteanbieter-Gesetzes beim Cloud-Computing sowie dem Betrieb von Open Source-Plattformen werden behandelt. Die hierzu vorgestellten Neuregelungen zeigen die Reaktion des Gesetzgebers auf die fortschreitende Digitalisierung.

Daneben sind die Bereiche Open Source Software sowie das Außenwirtschaftsrecht an die neuesten Entwicklungen angepasst worden. Dieses Lehrbuch enthält damit noch mehr Lösungen proportional zum Anstieg der Probleme. Auch die Fallkonstellationen sind an die neuen Betrachtungen angepasst worden.

Mit der vierten Auflage werden weiterhin die nachfolgenden Ziele angestrebt:

- **Problembewusstsein:** Sensibilisierung für Problemfelder
- **Praxisrelevanz:** Fallbeispiele aus der Praxis
- **Aktualität:** Rechtsprechung, Forschung und Technik
- **Komplexität:** Detailanalyse
- **Rechtsvergleich:** deutsches, amerikanisches und EU-Recht
- **Lizenzanalyse:** Softwarelizenzierung und Open Source
- **Compliance:** Rechtemanagement mit Checklisten

Es wird in dieser Auflage mehr gegendert. In meinen Voraufgaben tauchen noch zu viele Informatiker auf. Ich habe aber nicht konsequent gegendert – mit Blick auf Seitenzahl und Kosten. Vielmehr sollten alle durch die verschiedenen Formen angesprochen werden. Bitte betrachten Sie jedenfalls die Verwendung der männlichen Singular- oder Pluralform, die ich noch mehrheitlich beibehalten habe, lediglich als Mittel zur Vereinfachung.

Ich bedanke mich für die Treue und dem Verlag für die Möglichkeit einer neuen Auflage. Außerdem wünsche ich Ihnen viel Spaß beim Lesen und Vertiefen.

Darmstadt, im März 2022
Diana D. Chiampi Ohly

VORWORT ZUR 1. AUFLAGE

Software kurz vor dem Release.

Der Bereichsleiter der Forschungs- und Entwicklungsabteilung des Softwarekonzerns GoodWare4U steht unter dem Druck, die brandneue Software GoodWare2go rechtzeitig zur internationalen Computermesse XBit auf den Markt zu bringen. Die Produktmarketiers sitzen in den Startlöchern, die Präsentationen, die Flyer, das gesamte Branding: alles ist fertig! Die Vertriebsleiter haben schon die wichtigsten Kunden zum Messestand geladen und kennen jedes Detail des neuen Produkts; Geschäftsmodell und Vertriebswege „stehen“. Dann ereilt die Rechtsabteilung ein Anruf des Entwicklers E1 am Vorabend des Messebeginns.

Im Produkt ist neue Technologie, die eine patentierbare Erfindung darstellen könnte. Zwar gut versteckt im Quellcode von GoodWare2go, aber nicht ausgeschlossen, dass ein Kunde sie „entdecken“ könnte, hat er erst einmal die für die Messe vorbereitete Testversion von GoodWare2go bekommen.

Der nächste Entwickler E2 meldet sich ebenfalls kurz darauf per miternächtlicher Mail mit einem neuen Problem. Er habe maßgeblich das Programm (mit-)geschrieben und könne, da das Programm noch nicht „rund“ laufe, keine Zustimmung zum Vertrieb des Programms geben. Er hält sich für den maßgeblichen Urheber. GoodWare4U müsse daher sein „OK“ zum Release abwarten. Vielleicht unproblematisch, wenn E2 Arbeitnehmer der deutschen Entwicklungsholding wäre. Was aber, wenn er ein freier Mitarbeiter der U.S.-Tochtergesellschaft GoodWare4U, Inc. ist und dort zusammen mit anderen Arbeitnehmern im U.S.-Pendant der Forschungs- und Entwicklungsabteilung (F&E), dort Research & Development (R&D)-Abteilung genannt, die Software (mit)entwickelt hat? Ist dann seine Zustimmung erforderlich? Wird dies das Release und alle Marketing- und Vertriebsaktivitäten behindern oder gar rechtlich unzulässig machen? Stellt ein anderes Hindernis wirklich die Tatsache dar, dass eine möglicherweise patentierbare Technologie im Produkt erst zum Patent angemeldet werden müsste – wie E1 behauptet –, will man den Patentschutz nicht riskieren oder gar gleich verlieren? Kommt es auch hier darauf an, ob der Mitarbeiter bei F&E oder R&D sitzt?

Gibt es zudem nur dann rechtliche Probleme, wenn unzulässigerweise Drittsoftware – wie Open Source Software oder Freeware – in das Endprodukt integriert und dann entgeltlich an jedweden Adressaten in jedem Land vertrieben werden soll? Schließlich soll GoodWare2go „verkauft“ werden und den Umsatz der GoodWare4U AG steigern. Nun gibt aber E3

zu, dass er bei der Entwicklung auch Fremdsoftware verwendet hat und gar nicht so genau weiß, wie die Lizenzbedingungen des Drittsoftwareherstellers aussehen.

Diese und eine Vielzahl anderer Probleme aus der Praxis sollen mit diesem Buch aufgegriffen werden.

Es soll damit auch das weite Betätigungsfeld der Juristen aufgeführt und Hilfestellung bei der Schaffung eines Bewusstseins im Softwareunternehmen, vor allem im Bereich der IT, geleistet werden.

Die meisten Fallgestaltungen habe ich selbst schon durchlebt und durchlitten, ob als interne oder externe Beraterin. Ich bedanke mich für die zahlreichen Impulse aus allen Bereichen eines führenden Darmstädter IT-Unternehmens, vor allem aber dem Entwicklungsbereich, wie auch denen, die mir bei der Ausweitung und Abwandlung der Fälle in den Vorlesungen mit den Studierenden des Informationsrechts und der Informatik an der Hochschule Darmstadt zuteil wurden.

Besonders bedanken darf ich mich auch bei meiner Familie für die Unterstützung und für die IT-affinen Gene.

INHALT

Fallübersicht	12
Checklisten	13
Übersichten	13
Abkürzungsverzeichnis	14
Einleitung	20
Der Fall	21
I Die Softwareentwicklung nach deutschem Recht	26
1 Urheberrechtliche Betrachtung	26
1.1 Software als urheberrechtlich geschütztes Werk	26
1.2 Besondere Regelungen für Software	38
1.2.1 Begriff „Computerprogramm“	39
1.2.2 Entwurfsphase	43
1.2.3 Abgrenzung zur Idee	44
1.2.4 Schutzzumfang	45
1.2.5 Smart Contracts und Blockchain	48
1.3 Urheber und Rechtsinhaber	54
1.3.1 Urheberschaft	55
1.3.2 Künstliche Intelligenz	61
1.3.3 Rechtsinhaberschaft im Arbeitsverhältnis	69
1.4 Der Rechtsstreit und -weg	76
1.5 Zustimmungspflichtige Handlungen	83
1.5.1 Die Änderungsbefugnis	85
1.5.1.1 Versionierung	87
1.5.1.2 Urheberrechtsvermerk und Dauer des Urheberrechts	90
1.5.2 Die Sicherungskopie	94
1.5.3 Der bestimmungsgemäße Gebrauch	95
1.5.4 Der Erschöpfungsgrundsatz	99
1.5.4.1 Veräußerung	100
1.5.4.2 AGB- und kartellrechtliche Prüfung	102
1.5.4.3 Miete	113
1.5.4.4 Download und Gebrauchsoftware	117
1.5.4.5 Volumenlizenzen	137
1.5.4.6 Pflege und Erschöpfungswirkung	145
1.5.4.7 Zweiterwerb durch Hardwareüberlassung	146

1.5.4.8	Weitere Verbote	148
1.5.4.9	Technische Maßnahmen	151
1.6	Dekompilierung	160
1.7	Code-Schutz als Geschäftsgeheimnis	170
2	Patentrechtliche Betrachtung	177
2.1	Zweck des Patents	177
2.2	Computerimplementierte Erfindungen	179
2.3	Voraussetzungen für Softwarepatente	182
2.3.1	Technizität	183
2.3.1.1	Rechtsprechung zu computerimplementierten Erfindungen	184
2.3.1.2	Rechtsprechung zu technischem Problem und technischer Leistung	191
2.3.2	Neuheitsschädliche Vorveröffentlichung	203
2.3.3	Kriterien der erfinderischen Tätigkeit	210
2.3.4	Gewerbliche Anwendbarkeit	212
2.3.5	Maschinen als Erfinder	213
2.4	Patentanmeldung	216
2.5	Arbeitnehmererfindung	220
2.6	Freie Erfindungen	231
2.7	Rechtsübertragung	237
2.8	Rechtsweg	242
2.8.1	Rechtsstreitigkeiten über Erfindungen	242
2.8.2	Beschwerdeverfahren	243
2.8.3	Klageverfahren wegen Nichtigkeit oder Zwangslizenz	245
2.8.4	Zuständigkeit in Patentstreitsachen	248
II	Die Softwareentwicklung nach amerikanischem Recht	249
1	Betrachtung nach dem Copyright Law	249
1.1	Computerprogramme als Schutzgegenstand – Copyrightable Subject Matter	249
1.2	Schutzumfang Computerprogramme – Scope of Protection	253
1.2.1	Abgrenzung Idee-Ausdrucksform – Idea-Expression Dichotomy	255
1.2.2	Umfang der Übereinstimmung mit dem Original – Substantial Similarity	257
1.2.3	Schutzumfang	259
1.3	Schutzgegenstand der Sammelwerke und abgeleitete Werke	274

1.3.1	Compilations	274
1.3.2	Derivative Works	277
1.3.3	Beispiele aus Open Source Verträgen	280
1.4	Rechtsinhaberschaft – Author- and Ownership	284
1.4.1	Miturheber – Co-Ownership	286
1.4.2	Works made for Hire	287
1.4.3	Sammelwerke	294
1.4.4	AI-Authorship	295
1.4.5	Rechtsübertragung – Transfer of Rights	298
1.5	Beschränkungen der Exklusivrechte	299
1.5.1	Berechtigte Benutzung – Fair Use	300
1.5.2	Partizipation des Rechtsinhabers – First Sale Doctrine	304
1.5.3	Weitere Beschränkungen der Exklusivrechte – Limitations on Exclusive Rights	315
1.6	Umgehung technischer Schutzmaßnahmen – Anti Circumvention	318
1.7	Copyright Notice, Registrierung und Schutzdauer	321
1.8	Infringement, Remedies und Damages	328
1.8.1	Strafverfahren	334
1.8.2	Verfahren bei Anti Circumvention	337
2	Patentierbarkeit – Patentability	339
2.1	Schutzgegenstand – Inventions patentable	340
2.2	Neuheit – Novelty Requirement	355
2.3	Priorität – Priority	366
2.4	Stand der Technik – Prior Art	369
2.5	AI-Inventor	371
2.6	Patentanmeldung – Application	372
2.7	Patentschutz – Patent Grant	382
2.8	Patentverletzung – Patent Infringement	384
2.9	Rechtsmittel – Remedies	388
3	Trade Secrets	395
III	Drittsoftware	399
1	Open Source Software	399
2	Open Source Software als Bestandteil proprietärer Software	402
2.1	Abgrenzung zu Public Domain Software, Freeware und Shareware	405
2.2	Copyleft-Effekt	407
2.2.1	Lizenzen ohne Copyleft-Effekt	410

2.2.2	Anwendbares Recht auf OSS-Verträge	412
2.2.3	Lizenzen mit strengem Copyleft-Effekt	420
2.2.4	Lizenzen mit beschränktem Copyleft-Effekt	445
3	Kompatibilität	452
IV	Exportkontrolle	458
1	Nationale und europäische Regelungen	458
1.1	Genehmigungspflichten beim Export von Software	459
1.2	Arten der Genehmigung	468
1.2.1	Ausfuhr	468
1.2.2	Allgemeine Genehmigung	471
1.2.3	Einzelgenehmigung	472
1.2.4	Sammelgenehmigung	472
1.3	Compliance und Verstöße gegen Genehmigungspflichten	473
2	U.S.-Exportkontrollvorschriften	480
2.1	Genehmigungspflichtige Exporte	482
2.2	Produktklassifizierung	485
2.3	Ausnahmen – Licence Exceptions	487
2.4	De Minimis-Level	491
2.5	Weitere Voraussetzungen	497
2.6	Verstoß gegen die Exportkontrollvorschriften	497
2.7	Berücksichtigung in Verträgen	500
	Schlusswort	503
	Literatur	506
	Aufsätze	506
	Kommentare	512
	Handbücher, Lehrbücher, Monographien und Sammelbände	513
	Stichwortverzeichnis	516

FALLÜBERSICHT

- Fall 1: „Best of S“
- Fall 2: „Entwurfsklau“
- Fall 3: „PC-Springmaus“
- Fall 4: „Undone“
- Fall 5: „Smart Chain“
- Fall 6: „Geltungsbedürfnis“
- Fall 7: „Robotic Art“
- Fall 8: „Die versagte Zustimmung“
- Fall 9: „Internet und nicht weiter!“
- Fall 10: „Legal & Tech“
- Fall 11: „Programmierpionier“
- Fall 12: „Ex-Arbeitnehmer auf Abwegen zum Rechtsweg“
- Fall 13: „DJ's Mix“
- Fall 14: „Safe mit Backup“
- Fall 15: „Recht erschöpft oder AGB okay?“
- Fall 16: „Softwareüberlassung in der Cloud“
- Fall 17: „Softwareerwerb online“
- Fall 18: „Überlassungsmix“
- Fall 19: „Gepflegtes Volumen“
- Fall 20: „Ideentest“
- Fall 21: „Rolle rückwärts“
- Fall 22: „Alles im Handbuch“
- Fall 23: „TopCode Secret“
- Fall 24: „Alles neu?“
- Fall 25: „Patente PC-Springmaus“
- Fall 26: „Quellcodeoffenbarung?“
- Fall 27: „Patente Mitarbeiterin“
- Fall 28: „Frist vermisst?“
- Fall 29: „Fristlos“
- Fall 30: „Weiterentwicklung“
- Fall 31: „Patente Kooperation“
- Fall 32: „Working together“
- Fall 33: „Mark(e)t-Testing“
- Fall 34: „Open Source inclusive“
- Fall 35: „Open und Closed Source“
- Fall 36: „Soft-Where to Go?“

CHECKLISTEN

- Checkliste 1: Abgrenzung Datenbankwerk und Datenbank
- Checkliste 2: Arbeitnehmerautor contra Rechtsinhaber
- Checkliste 3: Softwarepatente
- Checkliste 4: Patentanmeldung
- Checkliste 5: Faktoren zur Vergütungsberechnung
- Checkliste 6: Arbeitnehmererfindungsrecht
- Checkliste 7: Lizenzumfang bei Integration
- Checkliste 8: Kriterien zur Bestimmung des Umfangs der Verletzung
- Checkliste 9: Registrierung
- Checkliste 10: Drittsoftware
- Checkliste 11: Genehmigungspflicht der Ausfuhr
- Checkliste 12: Unternehmensinternes Vorgehen beim Export

ÜBERSICHTEN

- Übersicht 1: Computerprogramm-Zusammensetzung
- Übersicht 2: Versionierung
- Übersicht 3: Rechtsübertragung
- Übersicht 4: Rechte am Programm
- Übersicht 5: Vor- und Nachteile von Open Source Software
- Übersicht 6: Drittsoftware und Integration
- Übersicht 7: Lizenzumfang – Patent Grant bei OSS
- Übersicht 8: Open Source und Integration in proprietäre Software

ABKÜRZUNGSVERZEICHNIS

AAI	Allgemeine Anmerkung Informationssicherheit
a. a. O.	am angegebenen Ort
ABl.	Amtsblatt
Abs.	Absatz
AEUV	Vertrag über die Arbeitsweise der Europäischen Union
ÄndRL	Änderungsrichtlinie
AFK	Ausfuhrkontrolle
AG	Aktiengesellschaft
AGB	Allgemeine Geschäftsbedingungen
AIA	America Invents Act
AktG	Aktiengesetz
a. M.	am Main
API	Application Programming Interface
ArbNErfG	Gesetz über Arbeitnehmererfindungen
ArbnErfRL	Vergütungsrichtlinie für Arbeitnehmererfindungen
ArbR	Arbeitsrecht
Art.	Artikel
ASA	Allgemeine-Software-Anmerkung
ASP	Application Service Providing oder Provider
Assoc.	Association
AÜG	Gesetz zur Regelung der gewerbsmäßigen Arbeitnehmerüberlassung
Aufl.	Auflage
AWG	Außenwirtschaftsgesetz
AWV	Außenwirtschaftsverordnung
Az.	Aktenzeichen
AzG	Auskunft zur Güterliste
BAFA	Bundesamt für Wirtschaft und Ausfuhrkontrolle
BAnz.	Bundesanzeiger
Begr.	Begründung
Bek.	Bekanntmachung
Beschl.	Beschluss
BGB	Bürgerliches Gesetzbuch
BGBI	Bundesgesetzblatt
BGH	Bundesgerichtshof
BGHZ	Entscheidungen des Bundesgerichtshofs in Zivilsachen
BIPMZ	Blatt für Patent-, Muster- und Zeichenwesen
BIS	Bureau of Industry and Security
BKR	Zeitschrift für Bank- und Kapitalmarktrecht
BNA	Bureau of National Affairs, Inc.
BR-Drucks.	Bundesrats-Drucksache
BRegE	Entwurf der Bundesregierung
BSD	Berkeley Software Distribution
bspw.	beispielsweise
BT-Drucks.	Drucksache des Deutschen Bundestages
bzgl.	bezüglich
bzw.	beziehungsweise

CA	Computer Associates
CAD	Computer-Aided Design
CAFC	Court of Appeals for the Federal Circuit
CAM	Computer Aided Manufacturing.
CCL	Country Chart List
CCZ	Corporate Compliance Zeitschrift
CCPA	Court of Customs and Patent Appeals
CD	Compact Disk
cert.	certiorari
CIO	Chief Information Officer
Cir.	Circuit
ca.	circa
CMS	Cambridge Monitor System bzw. Content Management System
Col.	Columbia
COM	Kommission
Computer- programm-RL	Richtlinie 2009/24/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 23. April 2009 über den Rechtsschutz von Computerprogrammen
Cong.	Congress
CONTU	Commission on New Technological Uses of Copyrighted Works
Corp.	Corporation (Unternehmen)
CP	Computerprogramm
CPU	Central Processing Unit
CR	Computer und Recht (Zeitschrift)
Ct.	Court
D.	District
ders.	derselbe
d. h.	das heißt
dies.	dieselbe(n)
DL	Dienstleistung
Dok.	Dokument
DOS	Disk Operating System
DoS	Denial of Service
DPMA	Deutsches Patent- und Markenamt
DSM-RL	Richtlinie (EU) 2019/790 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 17. April 2019 über das Urheberrecht und die verwandten Schutzrechte im digitalen Binnenmarkt und zur Änderung der Richtlinien 96/9/EG und 2001/29/EG
DSRITB	Deutsche Stiftung für Recht und Informatik
DVD	Digital Versatile Disk
E	Entwurf
EAA	Export Administration Act
EAR	Export Administration Regulations
ECCN	Export Control Classification Number
Ed.	Edition
E.D. Va.	Eastern District of Virginia
EG	Europäische Gemeinschaft

e. g.	exempli gratia/beispielsweise
EGBGB	Einführungsgesetz zum Bürgerlichen Gesetzbuch
EPA	Europäisches Patentamt
EPÜ	Europäisches Patentübereinkommen
EU	Europäische Union
EuGH	Europäischer Gerichtshof
EuZW	Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht
EVB-IT	Ergänzende Vertragsbedingungen für die Beschaffung von IT-Leistungen
EWG	Europäische Wirtschaftsgemeinschaft
etc.	et cetera/und so weiter
f., ff.	folgende Seite(n)/Paragraph(en)
F./Fed.	Federal
FAQ	Frequently Asked Questions
F&E	Forschungs- und Entwicklungsabteilung
FSF	Free Software Foundation
Geo. L. Tech. Rev.	Georgetown Law Technology Review
ggf.	gegebenenfalls
GmbH	Gesellschaft mit beschränkter Haftung
GNU	Gnu is not Unix
GPL	General Public License
GRUR	Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht (Zeitschrift)
GRUR Int.	Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht Internationaler Teil (Zeitschrift)
GUI	Graphical User Interface
GVG	Gerichtsverfassungsgesetz
GVO-TT	Technologietransfer Gruppenfreistellungsverordnung
GWB	Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen (Kartellrecht)
h. M.	herrschende Meinung
H.R. Rep.	United States House of Representatives/House Report
Hrsg.	Herausgeber
HS	Halbsatz
ibid.	ibidem/ebenda
ICP	Innerbetriebliches Compliance Programm
id.	idem/derselbe/dasselbe
IdR	in der Regel
i. e.	id est/das ist
IEC	International Electrotechnical Commission
IEE	Institute of Electrical and Electronics Engineers, Inc.
IEEPA	International Emergency Economic Powers Enhancement Act
IIC	International Review of Industrial Property and Copyright Law
Inc.	Incorporated
InfoSoc-RL	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
IP	Intellectual Property

i. S. d.	im Sinne des
ISO	Internationale Organisation für Normung
IT	Informationstechnologie
ITRB	IT-Rechtsberater
iVm	in Verbindung mit
J. Intell. Prop. L.	Journal of Intellectual Property Law
J. L & Arts	Journal of Law and the Arts
JurPC	Internet-Zeitschrift für Rechtsinformatik und Informationsrecht
JuS	Juristische Schulung
KG	Kammergericht
KontraG	Gesetz zur Kontrolle und Transparenz im Unternehmensbereich
KrWaffKontrG	Kriegswaffenkontrollgesetz
LAN	Local Area Network
L.Ed.	Lawyer's Edition Supreme Court Reports
L.Ed.2d	Lawyer's Edition Supreme Court Reports, Second Series
LG	Landgericht
lit.	litera
L.J.	Law Journal
LLC	Limited Liability Company
LSK	Leitsatzkartei
Mitt.	Mitteilungen der deutschen Patentanwälte
MMR	Multimedia und Recht
MPL	Mozilla Public License
MVS	Multiple Virtual Storage
m. w. N.	mit weiteren Nachweisen
N.	Northern
NDA	Non-Disclosure Agreement
NFT	Non-fungible Token
NGO	Non-governmental Organization
NJW	Neue Juristische Wochenschrift
No.	Number
NPL	Netscape Public License
NR	Nutzungsrecht(e)
Nr.	Nummer
NZA	Neue Zeitschrift für Arbeitsrecht
NzBau	Neue Zeitschrift für Baurecht und Vergaberecht
NZG	Neue Zeitschrift für Gesellschaftsrecht
OEM	Original Equipment Manufacturer
OK	Online Kommentar
OLG	Oberlandesgericht
op.	opinion
OS	Open Source
OSS	Open Source Software
OWiG	Gesetz über Ordnungswidrigkeiten

p.	page/Seite
PatG	Patentgesetz
PatV	Patentverordnung
PC	Personal Computer
PDF	Portable Document Format
PGP	Pretty Good Privacy
PMZ	Patent-, Muster- und Zeichenwesen
RAM	Random Access Memory
RD	Rechtsprechungsdienst
R&D	Research and Development
RDG	Rechtsdienstleistungsgesetz
RDi	Recht Digital
Rdz.	Randzahl(en)
Reg.	Regulation(s)
Reg.E.	Regierungsentwurf
re. Sp.	rechte Spalte
RGZ	Reichsgericht Zivilsachen
RL	Richtlinie
ROM	Read only Memory
RR	Rechtsprechungsreport
RS	Rechtsprechung
RZ	Rechenzentrum
S.	Satz bzw. Seite(n)
SaaS	Software as a Service
S.D.N.Y.	Southern District of New York
Sec.	Section/Paragraph
Sep.	September
Ser v.	Ser vice
Sess.	Session
sog.	sogenannte/r/s/n
SSO	structure, sequence and organization
SSw	Standardsoftware
Stan.	Stanford
StGB	Strafgesetzbuch
str.	streitig
Supp.	Supplement
TA TuP	Zeitschrift für Technikfolgenabschätzung in Theorie und Praxis
Tech. L.J.	Technological Law Journal
Tel.	Telephone
Tex.	Texas
TRIPS	Agreement on Trade-Related Aspects of Intellectual Property Rights
u. a.	unter anderem
U.C.C.	Uniform Commercial Code
UCITA	Uniform Computer Information Transactions Act
UDF	Universal Disk Format

UrhDaG	Gesetz über die urheberrechtliche Verantwortlichkeit von Diensteanbietern für das Teilen von Online-Inhalten
UrhG	Gesetz über Urheberrecht und verwandte Schutzrechte (Urheberrechtsgesetz)
U.S.	United States
U.S.A.	United States of America
USB	Universal Serial Bus
U.S.C.	United States Code
U.S.C.C.A.N.	United States Code Congressional and Administrative News
UWG	Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb
v.	versus
v. a.	vor allem
vgl.	vergleiche
VK	Vergabekammer
VO	Verordnung
Vol.	Volume
Vorbem.	Vorbemerkung
vorl.	vorletzter
VSE	Virtual Storage Extended
VuR	Verbraucher und Recht/Zeitschrift für Wirtschafts- und Verbraucherrecht
WCT	WIPO Coypright Treaty
WIPO	World Intellectual Property Organization
WLAN	Wireless Local Area Network
z. B.	zum Beispiel
ZfPW	Zeitschrift für die gesamte Privatrechtswissenschaft
ZPO	Zivilprozessordnung
ZRP	Zeitschrift für Rechtspolitik
ZUM	Zeitschrift für Urheber- und Medienrecht

EINLEITUNG

Von der Entwicklung bis zur Fertigstellung, dem Release und dem Einsatz einer Software im internationalen Kontext tauchen eine Reihe von juristischen Fragestellungen und Problemen auf, die im Vorwort ansatzweise dargestellt werden. Die Vertragsgestaltung spielt dabei nicht nur beim Vertrieb eine Rolle. Vielmehr ist zu berücksichtigen, dass bereits in der Entwicklungsphase – insbesondere beim Erwerb von Drittsoftware – Verträge zu schließen sind. Solche Verträge werfen vor allem im Open Source Bereich Probleme auf. Wenn eine Open Source Software in ein Produkt integriert wird, so können urheberrechtliche Beschränkungen den weiteren entgeltlichen Vertrieb behindern. Bereits hier zeigt sich die internationale Komponente, da Open Source Software vielfach in den U.S.A. entwickelt und von dort aus in Umlauf gebracht wird. Die Beurteilung der Vertriebsfähigkeit einer Software allein nach national geltenden Regelungen reicht daher nicht aus. Vielmehr ist sowohl bei der Entwicklung als auch beim späteren Vertrieb der Software das amerikanische Recht zu prüfen. Dies wird auch durch die im Eingangsfall aufgeworfenen urheberrechtlichen und patentrechtlichen Probleme aufgezeigt, die nach Maßgabe des anwendbaren Rechts zu lösen sind und zu unterschiedlichen Ergebnissen – je nachdem, ob deutsches oder amerikanisches Recht anwendbar ist – kommen können.

Es werden daher die Fragestellungen untersucht, bei denen Softwarekomponenten – auch solche von Drittanbietern – entgeltlich und unentgeltlich in das Produkt integriert werden. Da in der Praxis der Bezug von Drittsoftware aus den U.S.A. eine große Rolle spielt, wird der Fokus der internationalen Betrachtung im Bereich der Entwicklung und der Verbindung der verschiedenen Softwarekomponenten auf der Untersuchung des amerikanischen Rechts, insbesondere des Copyright und Patent Laws, liegen.

Die gesetzlichen Vorschriften, die auf Computerprogramme anwendbar sind, werden anhand zahlreicher Fallbeispiele aus der Praxis dargestellt.

Im Fokus steht dabei die Frage, welche Komponenten Informatiker der Forschungs- und Entwicklungsabteilungen (sowohl in Deutschland als auch in den U.S.A. – etwa im Konzern) in eine Software integrieren können und dürfen (insbesondere diejenigen, die sie nicht selbst entwickelt haben), wenn danach das Folgende gewährleistet werden soll:

- Die Software ist frei von Rechten Dritter; auch kein freier Mitarbeiter hat Rechte an der Software.
- Die Software soll entgeltlich vertrieben werden.
- Die Software soll in verschiedene Länder exportiert werden dürfen.
- Technische Erfindungen, die der Software zugrunde liegen, können (noch) zum Patent angemeldet werden; die Technik ist (noch) neu.

Dieses Lehrbuch widmet sich der rechtlichen Betrachtung von Software und deren Zusammensetzung von der Entwicklung bis hin zur Fertigstellung, insbesondere der Untersuchung einzelner Softwarekomponenten, die auf der Basis verschiedener – auch internationaler – Lizenzverträge zusammengesetzt und als ein einheitliches Softwareprodukt vertrieben werden sollen.

Die Fragen werden rechtvergleichend unter Prüfung und Betrachtung des nationalen wie des amerikanischen Rechts, insbesondere des Urheber-, Patent- und Außenwirtschaftsrechts und der entsprechenden Praxis erörtert.

Der Fall

Anhand des folgenden Fallszenarios soll die Komplexität der rechtlichen Analyse auf der Grundlage des Eingangsbeispiels und über dieses hinaus demonstriert werden. Es handelt sich dabei keineswegs um ein konstruiertes Beispiel. Vielmehr zeigt das Beispiel die rechtlichen Probleme der Entwicklung und des Softwarevertriebs auf und insbesondere, worauf zu achten ist, wenn

- eine Software entwickelt wird und
- danach auf dem nationalen wie internationalen Markt
- verkauft werden soll.

Die GoodWare4U AG ist eine Holding mit Sitz in Deutschland. Sie hat selbständige und unselbständige Niederlassungen in Deutschland und den U.S.A., dort die GoodWare4U, Corp. Sowohl in der AG als auch in der Niederlassung in Kalifornien, der Inc., befindet sich eine F&E- und in den U.S.A. eine R&D-Abteilung, die sich vornehmlich mit der Entwicklung von Software beschäftigen.

Daneben ist der GoodWare4U Konzern weltweit auch ein Serviceunternehmen, das etwa Software des jeweiligen Kunden individuell oder auch Software für den Kunden vollständig erstellt. Die Softwareerstellungserfolge demnach nicht nur durch F&E und R&D, sondern auch durch den Servicebereich.

Wir haben also bisher vier Komponenten der Software:

1. von F&E programmierte Software
2. von R&D programmierte Software
3. Komponenten, die im Servicegeschäft der deutschen Niederlassung als Werk- oder Dienstleistung entstanden sind
4. Komponenten, die im Servicegeschäft der U.S.-Niederlassung entstanden sind und ebenso wie die Komponenten der Ziffern 1.-3. in das Endprodukt der Software integriert werden sollen.

Nun zeigt die Praxis, dass nicht jede Software(komponente) erst durch die Erstellungsleistungen, wie in den Ziffern 1.-4. beschrieben, geschaffen wird. Vielmehr wird auch auf bereits existierende Routinen und Software zugegriffen. Das bedeutet, dass auch Drittsoftware in das Produkt integriert wird. Hier sind daher die folgenden weiteren Komponenten denkbar:

5. entgeltlich erlangte Drittsoftware mit Quellprogramm (Open Source Software)
6. unentgeltlich erlangte Drittsoftware mit Quellprogramm (Open Source Software)
7. entgeltlich erlangte Drittsoftware ohne Quellprogramm
8. unentgeltlich erlangte Drittsoftware ohne Quellprogramm (Freeware)

Ist das Computerprogramm – die neue Standardsoftware der GoodWare4U „GoodWare2go“ – erst einmal technisch fertig gestellt, so stellt sich wiederum die Frage, wem welche Rechte an den jeweiligen Komponenten bzw. am Gesamtprogramm zustehen. Auch diese Frage soll unter der Betrachtung des deutschen wie des amerikanischen Rechts untersucht werden.

Im Anschluss ist zu untersuchen, ob ein solches Produkt, bestehend aus den vorgenannten Komponenten, auch in jedem Land vertrieben und in jedes Land exportiert werden darf.

Diesbezüglich ist dann zu fragen, woher die Komponenten kommen. Es ist zu unterscheiden, ob es sich dabei um

- entgeltliche oder unentgeltliche Drittsoftware aus den U.S.A. oder um
- entgeltliche oder unentgeltliche Drittsoftware aus Deutschland handelt und
- ob die Software Technologie enthält, deren Export in bestimmte Länder verboten sein könnte.

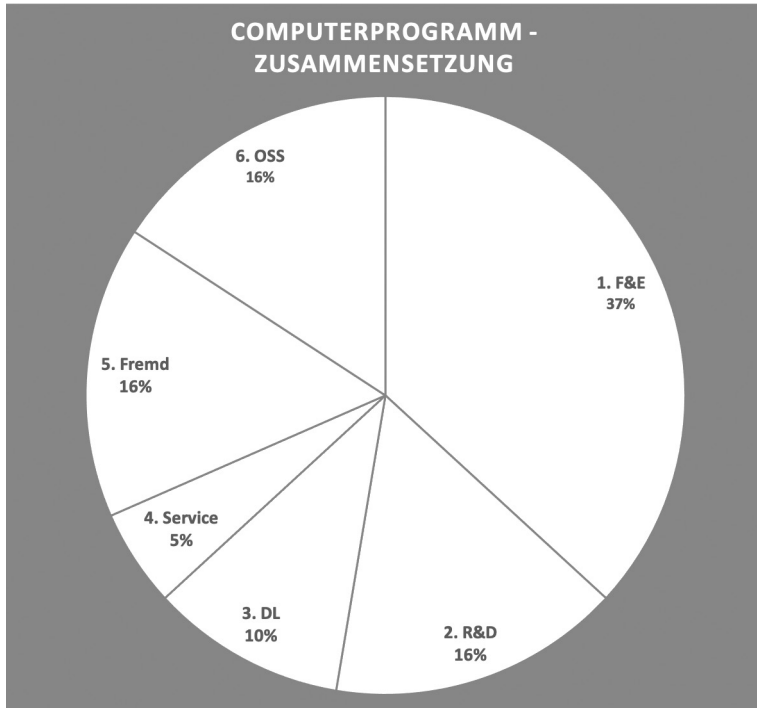
Das Werk soll dem Rechtsvergleich dienen und die Probleme untersuchen, die durch eine Zusammenarbeit auf internationaler Basis mit der Geltung verschiedener Gesetze entstehen können und Lösungsansätze praxisnah mit Checklisten anbieten. Das Werk enthält zahlreiche Fälle aus der IT-Praxis, anhand derer Rechtsprobleme aufgezeigt und die Konsequenzen für die Praxis dargestellt werden. Bei der Betrachtung des amerikanischen Rechts werden die Fälle, welche eingangs zur Erläuterung des nationalen Rechts dargestellt werden, auch wieder aufgegriffen. Die Fälle sind daher nummeriert, so dass auf sie auch an anderen Stellen wieder verwiesen werden kann. Wird der „Ausgangsfall“ zitiert, so ist damit das Fallszenario mit den verschiedenen Problemen gemeint, welche in den Ziffern 1-6 aufgeführt sind und deren Lösung sich dieses Buch widmet.

Adressaten dieses Lehrbuches sollen Studierende und Praktiker sein. Dabei richtet sich das Werk insbesondere an Studierende des Informations-, Lizenz- und IT-Rechts sowie der Informatik und Rechtsinformatik und an Unternehmensjuristen, juristische Berater, Teilnehmer des Fachanwaltslehrgangs IT-Recht sowie an Mitarbeiter und Selbständige, die an der Entwicklung von Computerprogrammen mitwirken.

Die Übersichten und Checklisten dienen zur schnellen Rekapitulation des Dargestellten und zur Erleichterung der praktischen Arbeit im Umgang mit und der rechtlichen Bewertung von Computerprogrammen und deren Bestandteilen.

Zur Veranschaulichung der aufgeworfenen und zu untersuchenden Probleme soll die nachfolgende Abbildung dienen. Bei dieser handelt es sich um eine CD-ROM oder DVD, auf welcher sich ein Computerprogramm (zerlegt in einzelne Bestandteile) befindet, und welches die vorgestellten Fragestellungen behandelt, denen sich ein international operierendes IT-Unternehmen bzw. der IT-Konzern widmen muss, bevor eine Software als (Erst-/Zweit-/...)Version in den Releasezustand überführt wird, also vertrieben werden darf. Diese Abbildung enthält die Ziffern 1–6, welche den im Ausgangsfall aufgeführten Problemstellungen entsprechen. Die Probleme zu den Ziffer 7 und 8 werden aufgrund der fehlenden Bearbeitbarkeit von Programmen, die nicht im Quellcode überlassen werden, im folgenden Bild - nicht aber in der später folgenden Analyse - ausgelassen.

Übersicht 1: Computerprogramm-Zusammensetzung



Die Fragestellungen zu den Ziffern 1, 3 und 5 werden im 1. Kapitel, die zu den Ziffern 2, 4 und 5 im 2. Kapitel und die zu den Ziffern 6, 7 und 8 im 3. Kapitel behandelt. Die Fragen der Zulässigkeit des Exports werden im 4. Kapitel behandelt.

Zu den einzelnen Problemstellungen, welche unter diesen Ziffern bereits aufgezeigt werden, erfolgt eine vertiefte Auseinandersetzung. Dafür werden jeweils Einzelfälle aus der Praxis zur Verdeutlichung des Problems gebildet und Lösungswege hierzu vorgestellt. Anhand der Fallbeispiele werden zudem die für die Entwicklung, Erstellung und den sich anschließenden Vertrieb maßgeblichen Vorschriften unter Bezugnahme auf Rechtsprechung und Literatur dargestellt. Dieses Buch verfolgt daher auch den Zweck, ein grundlegendes Verständnis für die Vielzahl der Detailprobleme – auch weit über den Ausgangsfall hinaus – zu schaffen.

Die Lösungswege sollen sodann aufzeigen, wie die unter den einzelnen Ziffern des Ausgangsfalls dargestellten Problemstellungen gelöst werden können.

In den Übersichten und Checklisten sind noch einmal die wesentlichen Punkte aufgeführt, an deren Prüfung zu denken ist, wenn das Endprodukt – in unserem Ausgangsfall die neue Standardsoftware GoodWare2go – entgeltlich, mit geschlossenem Quellcode und ohne Verletzung von Rechten Dritter in den Vertriebskanal überführt werden soll.

I **DIE SOFTWAREENTWICKLUNG NACH DEUTSCHEM RECHT**

1 Urheberrechtliche Betrachtung

1.1 Software als urheberrechtlich geschütztes Werk

Die Frage nach der Rechtsinhaberschaft an Teilen bzw. an der Software insgesamt bestimmt sich – wie in dem vorerwähnten Fallszenario – nach den Vorschriften des Urheberrechtsgesetzes, die vertraglich nur eingeschränkt abbedungen oder geändert werden können. Daher ist es erforderlich, zunächst die Vorschriften dieses Gesetzes zu betrachten und folgende Vorfragen zu klären:

- Genießt Software Urheberrechtsschutz?
- Welche Rechte stehen originär der Urheberin bzw. dem Urheber oder mehreren (Mit-)Urhebern zu?
- Gibt es Unterschiede, wenn ein freier Mitarbeiter im Gegensatz zu einer Angestellten Entwicklungs-, also Programmierleistungen erbringt?
- Wem stehen welche Rechte an der Software zu?

Das Urheberrecht basiert auf Art. 1 (Schutz der Menschenwürde), Art. 2 Abs. 1 (Recht auf freie Entfaltung der Persönlichkeit) sowie Art. 14 (Gewährleistung des Eigentums) des Grundgesetzes. Das bedeutet, es gibt demnach zwei Schutzbereiche: das Urheberpersönlichkeitsrecht, basierend auf Art. 1 und 2 Abs. 1 GG sowie das Leistungsschutzrecht, basierend auf Art. 14 GG. Diese beiden Säulen des Urheberrechtsgesetzes zeigen sich schon im Titel: „Gesetz über Urheberrechte und verwandte Schutzrechte“.

Das Urheberpersönlichkeitsrecht zeigt seine Ausprägung u. a. in den folgenden Regelungen:

- Das Urheberrecht ist vererblich, § 28 Abs. 1 UrhG.
- Das Urheberrecht als Ganzes kann nicht übertragen werden, § 29 Abs. 1 UrhG; es können jedoch gemäß § 29 Abs. 2 UrhG Nutzungsrechte eingeräumt werden; diese bestimmen sich nach den §§ 31 ff. UrhG.
- Die Verwertungsrechte stehen einzig dem Urheber zu und umfassen das Recht, das Werk körperlich zu verwerten (für die IT insbesondere Vervielfältigen, Verbreiten, öffentliche Zugänglichmachung, § 15 UrhG).

UrhG § 11 Allgemeines

Das Urheberrecht schützt den Urheber in seinen geistigen und persönlichen Beziehungen zum Werk und in der Nutzung des Werkes. Es dient zugleich der Sicherung einer angemessenen Vergütung für die Nutzung des Werkes.

Diese Vorschrift zeigt diese beiden Schutzgegenstände des Urheberrechtsgesetzes: Satz 1 betrifft das Urheberpersönlichkeitsrecht und Satz 2 das Recht auf Vergütung (Leistungsschutzrecht). Die §§ 12 und 15 ff. UrhG definieren sodann den Inhalt des Urheberpersönlichkeitsrechts.

Durch das Leistungsschutzrecht erfahren die getätigten Investitionen Schutz durch das Gesetz. Dies kommt in den Regelungen zu den verwandten Schutzrechten zum Ausdruck. Die Vorschriften der §§ 87a ff. UrhG beinhalten Leistungsschutzrechte. Dies verdeutlicht ein Vergleich zwischen den §§ 4 Abs. 2 und 87a UrhG. Bei § 4 UrhG steht das Werk im Vordergrund, während § 87a UrhG die Investition und damit den Schutz des Eigentums gewährleistet.

Die gesetzessystematische Einordnung sieht den Schutz des Datenbankwerkes in Teil 1, Abschnitt 2: „Das Werk“ des Gesetzes vor. Dies zeigt deutlich auf, dass der Werkscharakter und damit die geistige Schöpfung und nicht etwa die Aufwände und Investitionen im Vordergrund stehen, was anhand des folgenden Fallbeispiels 1 verdeutlicht werden soll.¹

Fall 1: „Best of S“

Das Systemhaus S entwickelt eine Software mit verschiedenen statisch eingebundenen Programmbibliotheken, welche die Kunden nach dem jeweiligen Verwendungszweck zusammen mit den von S erworbenen Softwareprodukten verwenden können, um einzelne Klassen für das Programmieren grafischer Benutzeroberflächen (GUI) aufzurufen und zu nutzen.

S nennt ihre Sammlung daher „Best of S“. Konkurrent (K) übernimmt eine Vielzahl der auf der „Best of S“-CD enthaltenen Programme und erstellt ein „parasitäres Konkurrenzprodukt“², das er dann als „Greatest Hits of

¹ Die Fallbeispiele werden auch im Rahmen der Analyse des U.S.-Rechts wieder aufgegriffen, um einen Rechtsvergleich zum jeweiligen Problem durchzuführen. In diesem Zusammenhang werden die Fallbeispiele entsprechend ihrer numerischen Aufzählung im weiteren Verlauf des Buches nach den Fallziffern (Bsp. „Fall 1“) zitiert.

² Erwägungsgrund 42 der Datenbank-RL.

K“ vertreiben will. Durch das „Abschlanke“ wird das Produkt für die Endkunden von K noch übersichtlicher. S bemerkt dies und will K wegen Urheberrechtsverletzung verklagen; denn schließlich hat S viel Zeit – und damit auch Geld – in die Zusammenstellung der „Best of S“-Sammlung investiert. Ist der Anspruch der S begründet?

Dieser Fall soll zunächst den Unterschied zwischen dem Schutz des Werkes einerseits und den der Investition andererseits zum Ausdruck bringen. Erst in den nachfolgenden Fällen wird dann die Frage nach dem Urheberrechtsschutz für Software zu klären sein. An dieser Stelle gilt es zunächst, die gesetzessystematische Ein- und Anordnung aufzuzeigen. Es wird daher einfach – nur zur Lösung und zum Verständnis des Falles – vorausgesetzt, Software hätte Werkscharakter.

Für Sammlungen – auch solche von Software auf einer CD – sind zunächst die beiden nachfolgenden Vorschriften zu betrachten.

UrhG § 4 Sammelwerke und Datenbankwerke

(1) Sammlungen von Werken, Daten oder anderen unabhängigen Elementen, die aufgrund der Auswahl oder Anordnung der Elemente eine persönlich geistige Schöpfung sind (Sammelwerke), werden, unbeschadet eines an den einzelnen Elementen gegebenenfalls bestehenden Urheberrechts oder verwandten Schutzrechts, wie selbständige Werke geschützt.

(2) Datenbankwerk im Sinne dieses Gesetzes ist ein Sammelwerk, dessen Elemente systematisch oder methodisch angeordnet und einzeln mit Hilfe elektronischer Mittel oder auf andere Weise zugänglich sind. Ein zur Schaffung des Datenbankwerkes oder zur Ermöglichung des Zugangs zu dessen Elementen verwendetes Computerprogramm (§ 69a) ist nicht Bestandteil des Datenbankwerkes.

Das Leistungsschutzrecht des § 87a UrhG ist dagegen in Teil 2 bei den verwandten Schutzrechten in Abschnitt 6 „Schutz des Datenbankherstellers“ zu finden.

UrhG § 87a Begriffsbestimmungen

(1) Datenbank im Sinne dieses Gesetzes ist eine Sammlung von Werken, Daten oder anderen unabhängigen Elementen, die systematisch oder methodisch angeordnet und einzeln mit Hilfe elektronischer Mittel oder auf andere Weise zugänglich sind und deren Beschaffung, Überprüfung oder Darstellung eine nach Art oder Umfang wesentliche Investition erfordert. Eine in ihrem Inhalt nach Art oder Umfang wesentlich geänderte Datenbank gilt als neue Datenbank, sofern die Änderung eine nach Art oder Umfang wesentliche Investition erfordert.

(2) Datenbankhersteller im Sinne dieses Gesetzes ist derjenige, der die Investition im Sinne von Absatz 1 vorgenommen hat.

Beide Vorschriften stimmen zwar vom Wortlaut her zum Teil überein. Allerdings kommt jeweils klar der Zweck der Vorschrift zum Ausdruck: § 4 UrhG schützt das Werk und § 87a UrhG die Investition.

Das Datenbankwerk des § 4 Abs. 2 UrhG stellt einen Sonderfall des Sammelwerks dar und wird als eigene Werkart angesehen, sofern es sich um eine persönlich geistige und schöpferische Leistung bei der Anordnung der enthaltenden Elemente handelt. Bei der Auswahl der Elemente und deren Anordnung muss also eine gewisse Individualität erkennbar sein. Vom Schutzzumfang werden elektronische („mit Hilfe elektronischer Mittel“) und nicht elektronische („oder auf andere Weise“) Datenbanken erfasst. Klassenbibliotheken werden als Datenbankwerke eingestuft, wenn eine „besondere“ Art der Sammlung gegeben ist. Die „Besonderheit“ darf sich dabei jedoch nicht in den Eigenschaften der gesammelten Dateien erschöpfen.³ Denn es geht um die Besonderheit der individuellen Anordnung. Bei elektronischen Datenbanken liegt die schöpferische Leistung nicht in der Anordnung der Daten im Speichermedium, da dies meist durch ein Programm vorgegeben ist und dieses ausdrücklich nicht Bestandteil des Schutzes ist (§ 4 Abs. 2 S. 2 UrhG). Eine individuelle Leistung kann aber in der Eigenart des Datenbankmanagements liegen.⁴ Wird dagegen auf notwendige oder übliche Zugangssysteme zurückgegriffen, so scheidet eine schöpferische Leistung aus.

Wichtig ist, dass der geistige Gehalt über die bloße Summe der Inhalte der Einzelwerke, Daten bzw. Elemente hinausgeht und eine eigene schöp-

³ OLG Hamburg, GRUR-RR 2002, 217, 219.

⁴ Hierzu Marquardt in: Wandtke/Bullinger, § 4 Rdz. 5.

ferische Leistung ausweist.⁵ Dabei kann die Besonderheit der geistigen Schöpfung auch in den ergänzenden Angaben oder in der textlichen Ausgestaltung gesehen werden.⁶

Da das Datenbankwerk gesetzessystematisch den Schutzbereich des Urheberrechts betrifft, ist die für die Werksqualität eigenschöpferische Auswahl nötig.⁷ Als Sammelwerke vom Schutz ausgeschlossen sind damit Anordnungen, die alphabetisch oder numerisch sind, wie im Telefonbuch die Haus- und Telefonnummern.⁸ Dies gilt auch für rein chronologische Anordnungen; denn bei diesen Arten von Anordnungen liegt keine schöpferische Leistung⁹ vor. So wäre etwa eine reine Gesetzeswiedergabe auf CD-ROM ausgeschlossen, das Zusammenstellen von Rezepten, angeordnet nach bestimmten Kochutensilien, kann dagegen ein Sammelwerk darstellen¹⁰.

Als Datenbankwerk nicht anerkannt wurde eine neue Zusammenstellung von Chart-Listen. Im Fall HIT BILANZ ging es um die Darstellung von Musikhits nach Rangziffer, Titel und Interpret. Es wurde der Werkscharakter mit der Begründung der fehlenden persönlichen geistigen Schöpfung abgelehnt, da „die Struktur des Datenbankwerkes weder ganz noch in einem selbständig schützbaeren Teil übernommen worden sei“.¹¹ In der Nutzung von Einzeldaten aus den Charts für die Erstellung der HIT BILANZ liege keine Bearbeitung oder Umgestaltung eines etwaigen Datenbankwerks im Sinne des § 23 Abs. 2 UrhG, weil ein hinreichender Abstand zwischen den jeweiligen Strukturen bestehe.¹² Denn die Anordnung beinhaltete den Musiktitel mit Begleitinformationen nach Rangplätzen, was den gängigen Kriterien einer numerischen Anordnung (unter Berücksichtigung der Verkaufszahlen und Zahlen von Rundfunksendungen) entsprach, wonach die Rangziffer des jeweiligen Musikstücks sich aus der Häufigkeit, mit der ein Titel im Hörfunk gespielt oder im Handel verkauft wurde, ergab. Die Ermittlung der Rangziffer war kostenintensiv. Das Vorliegen eines Leistungsschutzrechts wurde bejaht und festgestellt, dass „sowohl in qualitativer als auch in quantitativer Hinsicht (der) wesentliche Teil der Datenbanken (...) vervielfältigt und verbreitet“ wurde und sich die

⁵ Hierzu OLG Nürnberg, GRUR 2002, 607 m. w. N.

⁶ Marquardt in: Wandtke/Bullinger, § 4 Rdz. 108.

⁷ BGH, MMR 2011, 104, 106.

⁸ BGH, GRUR 1999, 923, 924.

⁹ Hierzu im Einzelnen unter 1.2.

¹⁰ LG Frankfurt am Main, ZUM 2013, 151, 154.

¹¹ BGH, GRUR 2005, 857 – HIT BILANZ.

¹² BGH, GRUR 2005, 857 f.

„Übernahme der Daten insbesondere auf diejenigen Teile (bezog), die mit erheblichen Investitionen verbunden“ waren.¹³

Leitsatz:

Ein Verstoß gegen das ausschließliche Recht eines Datenbankherstellers, die Datenbank insgesamt oder in einem nach Art oder Umfang wesentlichen Teil der Datenbank zu vervielfältigen, kann auch gegeben sein, wenn Daten entnommen und auf andere Weise zusammengefasst werden. Auf die Übernahme der Anordnung der Daten in der Datenbank des Herstellers kommt es für den Schutz nach § 87b I 1 UrhG nicht an. Die andersartige Anordnung der entnommenen Daten durch den Verwender hat nicht zur Folge, dass diese ihre Eigenschaft als wesentlicher Teil der Datenbank verlieren.

Im Gegensatz zu Datenbankwerken stellt eine Datenbank keine eigene Werkart dar. Vielmehr gewährt § 87a UrhG ein Recht auf Vergütung; denn der Hersteller einer Datenbank trägt das Investitionsrisiko. Dieses Recht auf Schutz der Investitionen stellt ein Recht sui generis dar,¹⁴ das auf Art. 7 der Richtlinie 96/9/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 11.03.1996 über den rechtlichen Schutz von Datenbanken (Datenbank-RL) basiert. Während der erste Richtlinienentwurf aus dem Jahr 1992 noch auf den Schutz elektronischer Datenbanken beschränkt war, schützen die am 01.01.1998 in Kraft getretenen §§ 87a-e UrhG auch nicht-elektronische Datenbanken. Zuvor waren Datenbanken, die keine Werke darstellten (auch nichtschöpferische Datenbanken genannt) lediglich nach Maßgabe der wettbewerbsrechtlichen Vorschriften geschützt.

In den BGH-Entscheidungen Gedichttitelliste I und II hatte der BGH über den folgenden Sachverhalt zu entscheiden.¹⁵ Der Kläger stellte die Liste „Die 1100 wichtigsten Gedichte der deutschen Literatur zwischen 1730 und 1900“ zusammen und veröffentlichte diese im Internet. Zur Erstellung der Liste wurden u. a. aus einer Vielzahl von Gedichten diejenigen ausgewählt, die mindestens dreimal aufgeführt waren. Die Erstellung dauerte mehr als zwei Jahre; die Kosten beliefen sich auf etwa 34.900 Euro. Die Beklagte bot sodann eine CD-ROM mit dem Titel „1000 Gedichte, die jeder haben muss“ an. 856 Gedichte stammten dabei aus weitgehend derselben Zeitspanne (1720-1900) und waren mit der Liste des Klägers identisch. Bei der Zusammenstellung der CD-ROM hatte sich die Beklagte an der Liste

¹³ BGH, GRUR 2005, 857, 859.

¹⁴ Zur Reichweite dieses Rechts vgl. EuGH, GRUR 2005, 244 f.

¹⁵ BGH, NJW 2008, 755.

des Klägers orientiert. Die Auswahl wurde jeweils kritisch geprüft. Die Gedichttexte selbst wurden aus eigenem digitalem Material entnommen.

Das Gericht stufte die Liste des Klägers als Datenbankwerk (§ 4 Abs. 2 UrhG) und den Kläger als Urheber ein. Die klagende Universität, welche die vorbezeichneten Investitionskosten zu tragen hatte, wurde als Datenbankherstellerin im Sinne des § 87a Abs. 2 UrhG qualifiziert.

Für den Schutz der Sammlung „Gedichttitelliste“ als Datenbankwerk wurde es als ausreichend erachtet, dass die Sammlung in ihrer Struktur, die durch Auswahl oder Anordnung des Inhalts der Datenbank geschaffen worden ist, einen individuellen Charakter aufweisen konnte.¹⁶

Leitsätze:

1. Für den Schutz einer Sammlung (hier: einer Gedichttitelliste) als Datenbankwerk reicht es aus, dass die Sammlung in ihrer Struktur, die durch Auswahl oder Anordnung des Inhalts der Datenbank geschaffen worden ist, einen individuellen Charakter hat.
2. Die Verkörperung der auf persönlicher geistiger Schöpfung beruhenden Konzeption in einer Datenbank ist zwar Voraussetzung für den urheberrechtlichen Schutz als Datenbankwerk; der Urheber muss die dafür notwendigen nichtschöpferischen Arbeiten aber nicht selbst erbracht haben.
3. Das Recht des Urhebers an einem Datenbankwerk und das Leistungsschutzrecht des Datenbankherstellers bestehen unabhängig voneinander mit verschiedenem Schutzgegenstand.

Die folgende Frage wurde sodann dem Gerichtshof der Europäischen Gemeinschaften vorgelegt.¹⁷

Leitsatz:

Dem Gerichtshof der Europäischen Gemeinschaften wird zur Auslegung des Art. 7 Abs. 2 lit. a der Richtlinie 96/9/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 11. März 1996 über den rechtlichen Schutz von Datenbanken (Datenbankrichtlinie) folgende Frage zur Vorabentscheidung vorgelegt:
Kann eine Übernahme von Daten aus einer (gemäß Art. 7 Abs. 1 der Datenbankrichtlinie) geschützten Datenbank in eine andere Datenbank auch dann eine Entnahme im Sinne des Art. 7 Abs. 2 lit. a der Datenbankrichtlinie sein, wenn sie aufgrund von Abfragen der Datenbank nach einer Abwägung im

¹⁶ BGH, NJW 2008, 755. Kritisch zur Individualität der Liste: Ehmann, GRUR 2008, 474 f; dort auch zur „Sweat-of-the-Brow-Doctrine“, die in den U.S.A. aufgegeben worden ist. Hierauf wird in Kapitel II.1.3.1 dieses Buches noch eingegangen.

¹⁷ BGH, GRUR 2007, 688 – Gedichttitelliste II.

Einzelnen vorgenommen wird, oder setzt eine Entnahme im Sinne dieser Vorschrift einen Vorgang des (physischen) Kopierens eines Datenbestandes voraus?

Hierauf erging folgendes Urteil des EuGH.¹⁸

Leitsatz:

Die Übernahme von Elementen aus einer geschützten Datenbank in eine andere Datenbank aufgrund einer Bildschirmabfrage der ersten Datenbank und einer im Einzelnen vorgenommenen Abwägung der darin enthaltenen Elemente kann eine „Entnahme“ im Sinne des Art. 7 der Richtlinie 96/9/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 11. März 1996 über den rechtlichen Schutz von Datenbanken sein, soweit es sich bei dieser Operation um die Übertragung eines in qualitativer oder quantitativer Hinsicht wesentlichen Teils des Inhalts der geschützten Datenbank oder um die Übertragung unwesentlicher Teile handelt, die durch ihren wiederholten und systematischen Charakter möglicherweise dazu geführt hat, dass ein wesentlicher Teil dieses Inhalts wiedererstellt wird; die Prüfung, ob dies der Fall ist, ist Sache des vorlegenden Gerichts.

In Gedichttitelliste III hat der BGH das Folgende festgestellt:¹⁹

„(...) b) Die Klägerin genießt für diese Datenbank das Schutzrecht sui generis nach § 87b Abs. 1 UrhG. Sie hat als Herstellerin für die Beschaffung, die Überprüfung und die Darstellung des Inhalts der Datenbank wesentliche Investitionen von der Art geleistet, wie sie für den Schutz nach § 87a UrhG erforderlich sind.

c) Die Beklagte hat als Grundlage für die Auswahl der Gedichte auf ihrer CD-ROM – zumindest wiederholt und systematisch – einen wesentlichen Teil der Daten, die in der Datenbank der Klägerin enthalten sind, benutzt (...) (und hat) einen nach Art und Umfang wesentlichen Teil dieser Datenbank vervielfältigt und vertrieben und damit in das der Klägerin zustehende ausschließliche Recht nach § 87b Abs. 1 UrhG eingegriffen. Dem steht der Umstand nicht entgegen, dass die Beklagte die Gedichttexte selbst nicht der Datenbank der Klägerin, sondern eigenem digitalem Material entnommen hat. Nach den Feststellungen des Berufungsgerichts hat sich die Beklagte bei der Auswahl der Gedichte weitgehend an der Gedichttitelliste der Klägerin orientiert, auch wenn sie die von der Klägerin getroffene Auswahl kritisch überprüft und einige der dort aufgeführten Gedichte weggelassen sowie einige wenige

¹⁸ EuGH, GRUR 2008, 1077.

¹⁹ BGH, MMR 2010, 41, 42, Rdz. 14–17.

hinzugefügt hat. Wie der Gerichtshof der Europäischen Gemeinschaften auf die Vorlagefrage des Senats entschieden hat, kann auch eine solche Übernahme von Elementen aus einer geschützten Datenbank eine Entnahme i. S. des Art. 7 der Datenbankrichtlinie und damit eine Vervielfältigung i. S. des § 87b Abs. 1 UrhG darstellen. Unerheblich ist dabei, ob die Übertragung durch ein (physisches) Kopieren oder auf andere Weise erfolgt (...)"

Allerdings oblag dem Senat die Prüfung der Frage, ob die Beklagte im Streitfall auf die beschriebene Weise einen in qualitativer oder quantitativer Hinsicht wesentlichen Teil des Inhalts der geschützten Datenbank der Klägerin übernommen hat. Diese Voraussetzung war entgegen der Auffassung der Revision zu bejahen.

Leitsatz:²⁰

Ein qualitativ und quantitativ wesentlicher Teil des Inhalts einer Datenbank ist entnommen worden, wenn etwa 75 % der Titel einer Gedichttitelliste fast unverändert übernommen worden sind.

Wegen der Verletzung des Leistungsschutzrechts an der Datenbank stand der Klägerin ein Anspruch auf Ersatz des Schadens zu, der ihr durch die Vervielfältigung und Verbreitung der Sammlung der Beklagten entstanden ist (§ 97 Abs. 1 iVm § 87b Abs. 1 UrhG).

Der EuGH erläutert, wie Art. I und II der Datenbank-RL auszulegen sind: dahingehend,

„dass eine auf die Suche von Inhalten von Datenbanken spezialisierte Internet-Suchmaschine, die die Gesamtheit oder wesentliche Teile einer im Internet frei zugänglichen Datenbank kopiert und indexiert und es dann ihren Nutzern ermöglicht, auf ihrer eigenen Website nach im Hinblick auf ihren Inhalt relevanten Kriterien Recherchen in dieser Datenbank durchzuführen, eine ‚Entnahme‘ und eine ‚Weiterverwendung‘ des Inhalts dieser Datenbank im Sinne dieser Bestimmung vornimmt, die vom Hersteller einer solchen Datenbank untersagt werden können, sofern diese Handlungen seine Investition in die Beschaffung, Überprüfung oder Darstellung dieses Inhalts beeinträchtigen, das heißt, dass sie eine Gefahr für die Möglichkeiten darstellen, diese Investition durch den normalen Betrieb der fraglichen Datenbank zu amortisieren, was das vorlegende Gericht zu überprüfen hat.“²¹

²⁰ BGH, MMR 2010, 41.

²¹ EuGH, GRUR 2021, 1075 – Leitsatz: CV-Online/Melons.

Bei einem Datenbankwerk dagegen stellt eine Entnahme einzelner Daten aus einer Datenbank nicht automatisch eine Verwertung des (gesamten) Sammelwerkes dar, wenn diese „keinerlei Bezug zu Auswahl und Anordnung“ der Datenbank²² hat. Mit dem am 07.06.2021 durch Gesetz vom 31.05.2021 eingeführten § 44 b UrhG gibt es nun eine Vorschrift²³, die auf alle Werke anwendbar ist, die sich für eine automatisierte Analyse eignen.²⁴

UrhG § 44b Text und Data Mining

(1) Text und Data Mining ist die automatisierte Analyse von einzelnen oder mehreren digitalen oder digitalisierten Werken, um daraus Informationen insbesondere über Muster, Trends und Korrelationen zu gewinnen.

(2) Zulässig sind Vervielfältigungen von rechtmäßig zugänglichen Werken für das Text und Data Mining. Die Vervielfältigungen sind zu löschen, wenn sie für das Text und Data Mining nicht mehr erforderlich sind.

(3) Nutzungen nach Absatz 2 Satz 1 sind nur zulässig, wenn der Rechtsinhaber sich diese nicht vorbehalten hat. Ein Nutzungsvorbehalt bei online zugänglichen Werken ist nur dann wirksam, wenn er in maschinenlesbarer Form erfolgt.

Bei der Vervielfältigung ist ebenfalls an die Anfertigung digitaler Vervielfältigungsstücke gedacht, § 44b Abs. 1 UrhG. Nach § 44b Abs. 3 UrhG kann der Rechtsinhaber sich das Recht zum Text und Data Mining jedoch vorbehalten, etwa durch vertragliche Vereinbarungen.²⁵ Über den ebenfalls neuen § 69d Abs. 4 UrhG findet § 44b UrhG Anwendung auf Computerprogramme.

Neben der Vervielfältigung sind nun auch die weiteren Umarbeitungen gestattet, was z.B. eine Übersetzung einer Programmiersprache in eine andere beinhalten könnte.²⁶ Die Vorschrift des § 60d UrhG, wonach das Text und Data Mining für die wissenschaftliche Forschung erlaubt wird, ist jedoch nach § 69d Abs. 6 UrhG ausgeschlossen.

²² OLG München, MMR 2007, 525, 526.

²³ BGBl. I S. 1204.

²⁴ Umsetzung der Richtlinie (EU) 2019/790 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 17. April 2019 über das Urheberrecht und die verwandten Schutzrechte im digitalen Binnenmarkt und zur Änderung der Richtlinien 96/9/EG und 2001/29/EG (nachfolgend „DSM-RL“).

²⁵ Erwägungsgrund 18 der DSM-RL.

²⁶ Paul in: Borges/Hilber, § 69d, Rdz. 48.

Ebenso findet sich nun im 87c Abs. 1 Nr. 4 UrhG eine neue Regelung zum Text und Data Mining, welche das Recht der Datenbankhersteller beschränkt.

UrhG § 87c Schranken des Rechts des Datenbankherstellers

(1) Die Vervielfältigung eines nach Art oder Umfang wesentlichen Teils einer Datenbank ist zulässig

1. zum privaten Gebrauch; dies gilt nicht für eine Datenbank, deren Elemente einzeln mit Hilfe elektronischer Mittel zugänglich sind,
2. zu Zwecken der wissenschaftlichen Forschung gemäß § 60c,
3. zu Zwecken der Veranschaulichung des Unterrichts und der Lehre gemäß den §§ 60a und 60b,
4. zu Zwecken des Text und Data Mining gemäß § 44b,
5. zu Zwecken des Text und Data Mining für Zwecke der wissenschaftlichen Forschung gemäß § 60d,
6. zu Zwecken der Erhaltung einer Datenbank gemäß § 60e Absatz 1 und 6 und § 60f Absatz 1 und 3.

(2) Die Vervielfältigung, Verbreitung und öffentliche Wiedergabe eines nach Art oder Umfang wesentlichen Teils einer Datenbank ist zulässig zur Verwendung in Verfahren vor einem Gericht, einem Schiedsgericht oder einer Behörde sowie für Zwecke der öffentlichen Sicherheit.

(3) Die §§ 45b bis 45d sowie 61d bis 61g gelten entsprechend.

(4) Die digitale Verbreitung und digitale öffentliche Wiedergabe eines nach Art oder Umfang wesentlichen Teils einer Datenbank ist zulässig für Zwecke der Veranschaulichung des Unterrichts und der Lehre gemäß § 60a.

(5) Für die Quellenangabe ist § 63 entsprechend anzuwenden.

(6) In den Fällen des Absatzes 1 Nr. 2, 3, 5 und 6 sowie des Absatzes 4 ist § 60g Absatz 1 entsprechend anzuwenden.

Dem Wortlaut des § 87c Abs. 1 UrhG entsprechend, darf damit ein wesentlicher Teil einer Datenbank für die nachfolgenden Zwecke vervielfältigt werden, während im Rahmen des Text und Data Minings nach § 44b UrhG auch vollständige Werke erfasst werden, was – auch im Hinblick auf die anderen Grenzen für den Umfang der Verwertung bei den anderen Handlungen – nicht einfach ist. Es fragt sich dabei, ob dies zur Konsequenz hat, dass sich damit die 10 bzw. 15%-Regelung der §§ 60a und b UrhG gemäß § 87c Abs. 1 Nr. 3 UrhG auf den wesentlichen Teil beschränken müssen.²⁷

Was die Herstellereigenschaft betrifft, so ist auch im IT-Projekt, in welchem ein Arbeitnehmer an der Herstellung einer Datenbank beteiligt ist, wegen der Absicherung des Investitionsrisikos allein der Auftraggeber als Hersteller

²⁷ Hierzu auch Vohwinkel in: Ahlberg/Götting/Lauber-Rönsberg, § 87c Rdz. 8

zu betrachten.²⁸ Er allein trägt die Investitionen und ist damit schutzbedürftig. Es kommt darauf an, in wessen Namen und auf wessen Rechnung die relevanten Finanzierungs-, Beschaffungs- und Personalverträge geschlossen werden.²⁹ Ob es dagegen darauf ankommt, wem die Nutzungsrechte am Inhalt der Datenbank zustehen, wird unterschiedlich bewertet. Da es für den Schutz der Investition nicht darauf ankommt, ob es sich um Elemente (Töne, Texte, Bilder, Zahlen, Fakten oder Daten) handelt, die vom Hersteller selbst erzeugt worden sind oder aus fremden Quellen stammen,³⁰ kann es nicht maßgeblich bei der Bestimmung der Herstellereigenschaft darauf ankommen, wem die Rechte am Datenbankinhalt zustehen.

Der Schutz nach § 87a UrhG zugunsten des Herstellers der Datenbank besteht wegen des verschiedenartigen Schutzgegenstandes auch neben dem Schutz nach § 4 Abs. 2 UrhG.³¹ Dass es sich im Einzelfall um ein Datenbankwerk handelt, schließt den Schutz der Investition gemäß § 87a UrhG neben dem Schutz als urheberrechtsfähiges Werk aus § 4 Abs. 2 UrhG nicht aus. Der Leitsatz zu Gedichttitelliste I bestätigt dies; denn danach bestehen das Recht des Urhebers an einem Datenbankwerk und das Leistungsschutzrecht des Datenbankherstellers unabhängig voneinander.

Was aber die Rechte am Computerprogramm betrifft, welches zur Schaffung oder zum Betrieb einer elektronischen Datenbank verwendet wird, so ist dieses weder in § 4 UrhG noch in § 87a UrhG geregelt. § 4 Abs. 4 S. 2 UrhG schließt dies gerade explizit aus. Geschützt werden solche Programme vielmehr von den besonderen Vorschriften zum Schutz von Computerprogrammen, §§ 69a ff. UrhG.

Checkliste 1: Abgrenzung Datenbankwerk und Datenbank

Sammlung von verschiedenen Computerprogrammen auf einer CD, DVD, virtuellen Datenbank etc.

- ohne besondere, kreative Anordnung liegt kein Datenbankwerk vor; ein Investitionsschutz ist trotzdem denkbar: § 4 Abs. 2 S. 1 UrhG (–) + § 87a UrhG (+).
- mit besonderer kreativer Anordnung liegt ein Datenbankwerk vor: § 4 Abs. 2 S. 1 UrhG (+) + § 87a UrhG (+).
- Eine Software-Datenbank ist nur nach § 69a UrhG schutzfähig und kein Datenbankwerk. Daneben ist ein Investitionsschutz denkbar: § 4 Abs. 2 S. 2 iVm § 69a UrhG = § 4 Abs. 2 S. 1 UrhG (–) + § 87a UrhG (+/–).

²⁸ Zum Investitionsrisiko auch OLG Köln, GRUR-RR 2006, 78 f.

²⁹ Vogel in: Schricker/Loewenheim, § 87a, Rdz. 72.

³⁰ Hermes in: Wandtke/Bullinger, § 87a, Rdz. 9.

³¹ Hierzu EuGH, MMR 2016, 51 – Datenbankschutz topografischer Karten – TK 50, nach Vorlagebeschluss des BGH, NJW 2015, 816.

1.2 Besondere Regelungen für Software

Das Urheberrechtsgesetz vom 9. September 1965 (BGBl. I S. 1273) wurde zuletzt durch Artikel 25 des Gesetzes vom 23. Juni 2021 (BGBl. I S. 1858) geändert.

Der Urheberrechtsschutz für Computerprogramme hielt Einzug in das Urheberrechtsgesetz, nach Umsetzung der Richtlinie 91/250/EWG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 14. Mai 1991 über den Rechtsschutz von Computerprogrammen und wurde nach Umsetzung der Richtlinie 2009/24/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 23. April 2009 über den Rechtsschutz von Computerprogrammen (ABl. L 111 S. 16), (nachfolgend Computerprogramm-Richtlinie) ersetzt. Durch das zweite Gesetz zur Änderung des Urheberrechtsgesetzes vom 9. Juni 1993 wurden die Besonderen Bestimmungen für Computerprogramme in die neuen §§ 69a ff. UrhG eingeführt. Bis zur Novellierung des Urheberrechtsgesetzes im Jahr 1993 musste eine gewisse Schöpfungshöhe erreicht sein, um Computerprogramme als Werke charakterisieren zu können. Computerprogramme wurden daher gemäß § 2 Abs. 1 Nr. 1 UrhG als Sprachwerk – u. U. auch als Darstellung gemäß § 2 Abs. 1 Nr. 7 UrhG – geschützt. Für die Qualifizierung als Sprachwerk spricht zudem, dass ein Sprachwerk auch aus mathematischen Zahlen bestehen kann.³² Voraussetzung nach der Rechtsprechung war aber, dass das Programm das Programmschaffen eines Durchschnittsprogrammierers „erheblich“ überstieg.³³ Die sogenannte „kleine Münze“ des Programmschaffens, also Werke von geringem schöpferischem Wert, waren damit noch vom Urheberrechtsschutz ausgeschlossen.³⁴ Mit der Novellierung wurden die Computerprogramme – und somit ein weiteres Beispiel für ein Sprachwerk – in den Katalog der Werkarten unter den Oberbegriff der „Sprachwerke“ in § 2 Abs. 1 Nr. 1 UrhG explizit aufgenommen. Hierbei ist von einer niedrigen Schutzuntergrenze für Computerprogramme auszugehen, d. h. die Schöpfungs-/Gestaltungshöhe wird regelmäßig erreicht sein.³⁵

UrhG § 2 Geschützte Werke

(1) Zu den geschützten Werken der Literatur, Wissenschaft und Kunst gehören insbesondere:

1. Sprachwerke, wie Schriftwerke, Reden und Computerprogramme; (...)

³² RGZ 121, 357, 358 – Rechentabellen; BGH, GRUR 1959, 251 – Einheitsfahrtschein.

³³ BGH, GRUR 1985, 1041, 1046 – Inkasso-Programm.

³⁴ Hierzu Loewenheim/Leistner in: Schricker/Loewenheim, § 2, Rdz. 61 ff.

³⁵ Zum Maßstab der Gestaltungshöhe der verschiedenen Werkarten, s. Normdemann in: Loewenheim, § 9 Rdz. 18 ff.

Damit wurden die Innovationen der Hersteller von Computerprogrammen nun auch ausdrücklich unter den Schutz des Urheberrechtsgesetzes gestellt. Nach der Struktur des Gesetzes gibt es allgemeine und besondere Bestimmungen der §§ 69a ff. UrhG. Abschnitt 8 des ersten Teils des Gesetzes beinhaltet „Besondere Bestimmungen für Computerprogramme“. Diese in das Urheberrechtsgesetz eingefügten §§ 69a ff. UrhG gewähren Computerprogrammen, einschließlich des Entwurfsmaterials, urheberrechtlichen Schutz, sofern eine persönliche geistige Schöpfung vorliegt.

1.2.1 Begriff „Computerprogramm“

Eine Definition des Terminus Computerprogramm enthält das Gesetz nicht, auch nicht in diesen „Besonderen Bestimmungen“. Es ist anzunehmen, dass der Gesetzgeber befürchtete, eine solche sei auf Grund der technischen Entwicklung schnell wieder hinfällig.

Die World Intellectual Property Organization definiert Computerprogramm wie folgt: „Computerprogramm ist eine Folge von Befehlen, die nach Aufnahme in einen maschinenlesbaren Träger fähig sind zu bewirken, dass eine Maschine mit informationsverarbeitenden Fähigkeiten eine bestimmte Funktion oder Aufgabe oder ein bestimmtes Ergebnis anzeigt, ausführt oder erzielt.“³⁶

Nach dem Richtlinienentwurf der EG-Kommission zum Rechtsschutz von Computerprogrammen aus dem Jahr 1989 ist ein Computerprogramm das „in jeder Form, Sprache und Notation oder in jedem Code gewählte Ausdrucksmittel für eine Folge von Befehlen, die dazu dient, einen Computer zur Ausführung einer bestimmten Aufgabe oder Funktion zu veranlassen. Hierbei sollen „alle menschlich wahrnehmbaren und maschinenlesbaren Formen von Programmen erfasst sein, aus denen das Programm (...) entwickelt wurde oder entwickelt werden kann (...).“³⁷

Demgegenüber werden Material wie Bedienungsanleitungen oder Wartungshandbücher nicht als Teil oder Ausdrucksformen des Computerprogramms angesehen“.

Die DIN 44300 definierte Software als „eine nach den Regeln der verwendeten Sprache festgelegte syntaktische Einheit aus Anweisungen und Vereinbarungen, welche die zur Lösung einer Aufgabe notwendigen Elemente umfasst“.

³⁶ Mustervorschriften, GRUR Int. 1978, 286, 290 ff.

³⁷ Art. 1 Abs. 1 des Vorschlags für eine Richtlinie des Rates über den Rechtsschutz von Computerprogrammen, ABl. 89/C/91/05, 09.

Damit ist Software nicht allein der Quelltext, denn dieser ist nur Text, ohne dass er eine Maschine steuert.

Abgelöst wurde diese DIN durch die ISO/IEC 2382:2015, die Software kategorisiert. Die nachfolgende Definition von Computerprogrammen und Software enthält die ISO/IEC/IEEE 24765:2017.

3.726 – computer program: 1. combination of computer instructions and data definitions that enable computer hardware to perform computational or control functions 2. syntactic unit that conforms to the rules of a particular programming language and that is composed of declarations and statements or instructions needed for a certain function, task, or problem solution (...)

3.3783 – software: 1. computer programs, procedures and possibly associated documentation and data pertaining to the operation of a computer system (...) 2. all or part of the programs, procedures, rules, and associated documentation of an information processing (...)

3. program or set of programs used to run a computer (...)

Beide Definitionen sehen im Computerprogramm ein Ausdrucksmittel (entsprechend des Sprachwerks nach § 2 Abs. 1 Nr. 1 UrhG) als Folge von Befehlen zur Erreichung einer bestimmten Funktion oder Lösung einer Aufgabe.

Dabei wird der Begriff der Software nicht als Synonym für Computerprogramm verstanden; denn der Begriff „Software“ umfasst auch digitale Texte, Soundfiles, Grafiken oder sonstige Daten und Datenbanken, bei denen es sich nicht um Computerprogramme im technischen Sinne handelt. Ein weiterer Unterschied besteht darin, dass für Computerprogramme Steuerbefehle notwendig sind.³⁸ Die Definition der WIPO hat dies ebenfalls demonstriert („Folge von Befehlen“). Zusammenfassend kann man dies auf die Kurzformel bringen: Software löst Probleme! Und sie ist überall: im Fernseher, im Tablet, in der Smartwatch, in der Spülmaschine, im Fotoapparat ...

Man spricht dann auch von embedded Software, wenn diese in Produkten enthalten – also eingebettet – ist.³⁹

Es ist auch zu erwähnen, dass der Terminus des Computerprogramms keineswegs in allen – auf Computerprogramme anwendbaren – gesetzlichen Regelungen auftaucht. In den einzelnen Gesetzestexten taucht die folgende Terminologie auf:

³⁸ OLG Hamburg, CR 1998, 332, 333 f. – Computerspielergänzung; OLG Rostock CR 2007, 737 f.

³⁹ Zur physischen Verbingung und Interaktion zwischen Soft- und Hardware s. Erwägungsgrund 10 der Computerprogramm-Richtlinie.

- § 2 Abs. 1 Nr. 1 UrhG: „Computerprogramme“
- § 69e Abs. 1 UrhG : „Code“
- § 1 Abs. 3 Nr. 3 PatG: „Programme für Datenverarbeitungsanlagen“
- § 312g Abs. 2 Nr. 6 BGB: „Computersoftware“:

In der Praxis – wie in diesem Buch – werden die folgenden Begriffe synonym für Computerprogramm verwendet, wobei inhaltlich nur das unter dem jeweiligen Begriff verstanden werden soll, was das Urheberrecht unter dem Begriff des Computerprogramms versteht:⁴⁰

- Software
- Softwareprodukt
- Produkt
- Programm
- Werk
- System

Es ist dann wiederum zu differenzieren, welchen Zwecken die Software dienen soll. Davon wiederum ist die Vertragsart abhängig, auf deren Grundlage die Software überlassen wird.

Als Softwarearten gibt es grundsätzlich die folgenden zwei Arten:

- Standardsoftware
- Individualsoftware

Individualsoftware wird grundsätzlich für den Erwerber „zugeschnitten“ oder zumindest auf seine Bedürfnisse hin angepasst (Customizing). Es gibt dabei verschiedene Methoden, Software als Individualsoftware zu entwickeln.⁴¹ Dabei sollen hier zwei Methoden erläutert werden, die die Entwicklung in einem Kundenprojekt als Auftragsentwicklung betreffen. Einmal gibt es die klassische Wasserfallmethode mit den aufeinanderfolgenden Phasen: Planung, Analyse, Design, Implementierung, Abnahme und Echtbetrieb. Da die Phasen nacheinander durchlaufen und abgearbeitet werden, muss immer wieder auch nach den vorherigen Phasen geschaut werden, damit nach Abschluss der Entwicklung auch alles noch aktuell ist. Deshalb werden in Praxisprojekten auch die für die jeweils weitere Entwicklung dienlichen Dokumente der Leistungsbeschreibung, die Pflichtenhefte, als begleitende Anleitung für das konkrete „Wie“ der Zielerreichung von den Parteien fortgeschrieben.

⁴⁰ Wenn daher der Begriff „Software“ oder „Programm“ verwendet wird, dann soll dies als Synonym für „Computerprogramm“ verstanden werden. Dies gilt für alle Kapitel dieses Buches.

⁴¹ Eine Übersicht hierzu bietet auch Sarre in: Auer-Reinsdroff/Conrad, § 1, Rdz. 25 ff.

Bei der agilen Programmierung durch Scrum⁴² wird im Rahmen der Entwicklung iterativ vorangegangen. Schon die Terminologie bei dieser Art der Softwareentwicklung zeigt Unterschiede zum Wasserfall. Beim klassischen Wasserfall werden regelmäßig nach Projektfortschritt Meilensteine eingelegt, verbunden mit dem Erreichen von Zwischenzielen, etwa dem Abschluss der Programmierung einer Teilfunktionalität des Computerprogramms. Beim Scrum dagegen werden Sprints eingelegt. D.h. nicht, dass bei der Scrum-Methode im Ergebnis alles schneller geht, es gibt aber Meetings in kürzeren Zeitabständen. Die Projektmitarbeiter beider Teams – der Auftraggeberin und der Auftragnehmerin – tauschen sich auch regelmäßig untereinander aus, es werden aber in kürzeren Zeitabständen Meetings abgehalten und Zwischenetappen auf dem Weg zum Ziel in kleinere Abschnitte unterteilt, um den Projektfortschritt zu besprechen.

Standardsoftware dagegen ist eine Software, die für eine Vielzahl von Anwendern/Nutzern konzipiert ist, die diese ohne größere Anpassungsleistungen nutzen können, also so etwas wie ein Massenprodukt.

Im Einzelfall kann die Frage, ob Standard- oder Individualsoftware dem Kunden gegenüber geschuldet wird und welche rechtlichen Regelungen daher bei der Vertragsgestaltung anwendbar sind – einschließlich der Frage nach der Einräumung der urheberrechtlichen Nutzungsrechte –, große Schwierigkeiten bereiten. Hier sind u. a. folgende Fragen und Probleme denkbar:

- Der Auftragnehmer soll Software neu erstellen, bereits vorhandene Software des Auftraggebers verändern und anpassen. Ist nun das Endprodukt gänzlich neu und handelt es sich um Individualsoftware, wenn Standardsoftware zur Erstellung verwendet wurde?
- Ab wann wird aus der Veränderung einer Standardsoftware Individualsoftware?

Vor der Beantwortung auch solcher Fragen ist es erst einmal erforderlich, die rechtlichen Regelungen des Urheberrechtsgesetzes zu betrachten, um feststellen zu können, ob Software und welche Anteile und Arten von Software Urheberrechtsschutz genießen, also als Werke zu qualifizieren sind. Erst danach schließt sich die Frage an, wer Rechtsinhaber ist und demzufolge Dritten Rechte an der Software – sei es an Standard- oder Individualsoftware – einräumen kann. Die Vorschriften der „Besonderen Bestimmungen für Computerprogramme“ sollen dabei anhand der Analyse von Fallbeispielen verständlich gemacht werden.

⁴² Bei Scrum handelt es sich um eine Technik der agilen Programmierung.

1.2.2 Entwurfsphase

Fall 2: „Entwurfsklau“

Technology Evangelist E hat das Programm „Mission DoS-Land“ zur Abwehr von mutwilligen Blockaden und Attacken geschrieben und will das Programm auch gleich seinen Anhängern verkünden. Dies erfolgt über Foren und Konferenzen. Auch möchte er damit Geld verdienen und begibt sich auf große „Roadshow“. Auf seinem Computer sind Kopien des gesamten Entwurfsmaterials für sein neues Programm. Sein Konkurrent K bricht bei ihm ein, entschlüsselt die Daten auf dem Computer von E und schreibt anhand der gefundenen Dokumente ein ähnliches Programm. Hat K nun eine Urheberrechtsverletzung gemäß der §§ 97 ff. UrhG begangen, deren Beseitigung E verlangen kann?

§ 97 UrhG gewährt einen Anspruch auf Beseitigung der Beeinträchtigung sowie – im Wiederholensfalle – auf Unterlassung und setzt zunächst die Verletzung eines urheberrechtlich geschützten Werkes voraus.

UrhG § 97 Anspruch auf Unterlassung und Schadensersatz

(1) Wer das Urheberrecht oder ein anderes nach diesem Gesetz geschütztes Recht widerrechtlich verletzt, kann von dem Verletzten auf Beseitigung der Beeinträchtigung, bei Wiederholungsgefahr auf Unterlassung in Anspruch genommen werden. Der Anspruch auf Unterlassung besteht auch dann, wenn eine Zuwiderhandlung erstmalig droht.

Es ist also zunächst zu prüfen, ob es sich um ein schutzfähiges Werk handelt und ob E daran Rechte zustehen. Ob es sich um ein urheberrechtlich geschütztes Werk handelt, legt § 69a UrhG fest.

UrhG § 69a Gegenstand des Schutzes

- (1) Computerprogramme im Sinne dieses Gesetzes sind Programme in jeder Gestalt, einschließlich des Entwurfsmaterials.
- (2) Der gewährte Schutz gilt für alle Ausdrucksformen eines Computerprogramms. Ideen und Grundsätze, die einem Element eines Computerprogramms zugrunde liegen, einschließlich der den Schnittstellen zugrundeliegenden Ideen und Grundsätze, sind nicht geschützt.

(3) Computerprogramme werden geschützt, wenn sie individuelle Werke in dem Sinne darstellen, dass sie das Ergebnis der eigenen geistigen Schöpfung ihres Urhebers sind. Zur Bestimmung ihrer Schutzfähigkeit sind keine anderen Kriterien, insbesondere nicht qualitative oder ästhetische, anzuwenden.

(4) Auf Computerprogramme finden die für Sprachwerke geltenden Bestimmungen Anwendung, soweit in diesem Abschnitt nichts anderes bestimmt ist.

(5) Die §§ 32 bis 32g, 36 bis 36d, 40a und 41 sind auf Computerprogramme nicht anzuwenden.

§ 69a Abs. 1, letzter HS UrhG schützt auch das Entwurfsmaterial zur Entwicklung von Computerprogrammen. Demgemäß liegt eine Urheberrechtsverletzung vor; denn die Unterlagen des E stellen Entwurfsmaterialien dar.

Zum Entwurfsmaterial gehören auch die Vorstufen des Computerprogramms, wie Flussdiagramme und Programmablaufpläne,⁴³ ebenso das Pflichtenheft, das Ergebnis der Analysephase und Vorgabe für die Entwicklung, was aber auch ein Schriftwerk nach § 2 Abs. 1 Nr. 1 UrhG sein kann.⁴⁴ Die Handbücher mit Bedienungsanleitung sind ebenso schutzfähig nach den allgemeinen Regelungen des § 2 Abs. 1 Nrn. 1 und 7 UrhG.⁴⁵

Zudem ist es unerheblich, in welcher Form die verschiedenen Entwurfsmaterialien vorliegen. Denn grundsätzlich ist die Form der Verkörperung für den Schutz unerheblich, § 69a Abs. 2 S.1 UrhG. Demnach ist ein auf CD-ROM oder DVD verkörpertes Computerprogramm ebenso geschützt ist wie das auf einer Festplatte nach einem Download gespeicherte Computerprogramm. Die Einwände des K sind daher haltlos.

1.2.3 Abgrenzung zur Idee

Fall 3: „PC-Springmaus“

Informatikerin I träumt eines Nachts davon, wie man die PC-Maus zum Springen bringen kann. Am nächsten Tag erzählt Sie Ihrem Teamleiter T des Systemhauses S, dessen Angestellte sie ist, von Ihrer nächtlichen

⁴³ BGH, GRUR 1985, 1041, 1047.

⁴⁴ Kaboth/Spies in Ahlberg/Götting/Lauber-Rönsberg, § 69a, Rdz.4; Wiebe in: Spindler/Schuster, § 69a, Rdz. 7-9.

⁴⁵ Wiebe in: Spindler/Schuster, § 69a, Rdz. 11.

Erleuchtung und davon, dass sie diese Toys-4-IT anbieten wolle. T vertritt die Ansicht, alle Rechte an der Entwicklung stünden S zu.

Grundsätzlich gilt im Urheberrecht der Grundsatz, dass nur die Ausdrucksform eines Werkes geschützt ist, nicht jedoch die Idee. § 69a Abs. 2 UrhG ist die Ausprägung dieses urheberrechtlichen Grundsatzes bezogen auf Computerprogramme. Zudem sollen neue abstrakte Ideen nicht durch ein Urheberrecht monopolisiert werden.⁴⁶ Diese Intention drückt auch § 69a Abs. 2 S. 2 UrhG aus, so dass I keine Urheberrechte zustehen.

1.2.4 Schutzzumfang

Fall 4: „Undone“

Informatikerin I schreibt ein CAD-Programm, mit deren Hilfe Architekten Gebäude- und Wohnungspläne entwerfen können. Handelt es sich hierbei um ein urheberrechtlich geschütztes Computerprogramm, auch wenn I selbst der Ansicht ist, das Programm sei noch nicht richtig „schön“ und müsse daher noch weiter entwickelt werden?

Computerprogramme sind schutzfähig, wenn sie individuelle Werke in dem Sinne darstellen, dass sie das Ergebnis der eigenen geistigen Schöpfung ihres Urhebers sind.

Es kommt nicht darauf an, dass das Computerprogramm qualitative oder ästhetische Kriterien erfüllt, also „schön“ ist.

Die Anforderungen, die an die Schutzfähigkeit gestellt werden, wurden im Vergleich zu der früher auch für Computerprogramme geltenden Regelung des § 2 Abs. 2 UrhG mit der Computerprogramm-Richtlinie herabgesetzt. Die Anforderungen nach Maßgabe des gesetzlichen Wortlauts des § 69a Abs. 3 S. 1 und des § 2 Abs. 2 UrhG sind ansonsten nahezu identisch:

UrhG § 2 Geschützte Werke

(2) Werke im Sinne dieses Gesetzes sind nur persönliche geistige Schöpfungen.

Nach § 69a Abs. 1 UrhG gilt der gewährte Schutz für alle Ausdrucksformen eines Computerprogramms, die das Ergebnis der eigenen geistigen Schöpfung sind, § 69a Abs. 3 S. 1 UrhG. Der Gesetzgeber hat jedoch hierbei nicht

⁴⁶ Kaboth/Spies in: Ahlberg/Götting/Lauber-Rönsberg, § 69a, Rdz. 10. Zur Abgrenzung: OLG Celle, CR 1994, 748.

festgelegt, welche Kriterien konkret im Einzelfall bei der Beurteilung der Werksqualität zugrunde gelegt werden sollen. Dies lässt sich aber anhand der Rechtsprechung feststellen. Bei komplexen Computerprogrammen besteht eine tatsächliche Vermutung für eine hinreichende Individualität der Programmgestaltung⁴⁷ und damit für Werksqualität.

In der Praxis bedeutet dies, dass der Schutzbereich für Computerprogramme weitreichend ist. Als Computerprogramme werden insbesondere qualifiziert:

- Anwenderprogramme, wie Textverarbeitungsprogramme oder Grafikprogramme;
- Standardsoftware sowie speziell erstellte Individualsoftware;
- Programmteile (Routinen);
- Quellprogramm⁴⁸ und Objektprogramm⁴⁹ sind beide gleichermaßen Gegenstand des Schutzes;⁵⁰
- Schnittstellen;
- Betriebssysteme;⁵¹
- Individuelle Schnittstellenspezifikationen;
- In die Hardware integrierte Programme (Firmware, embedded Software);⁵²
- Innovative Anwendungen von Algorithmen.

Ein besonderes Problem der Schutzfähigkeit stellen Algorithmen dar. In der Informatik versteht man hierunter eine Verarbeitungsvorschrift, die so präzise gefasst ist, dass sie von einem mechanisch oder elektronisch arbeitenden Gerät durchgeführt werden kann.⁵³

Nicht schutzfähig sind allgemeine Algorithmen höherer Stufe sein, welche sich bei der Lösung bestimmter Probleme bewährt haben und so als wissenschaftlich angesehen und von jedem Programmentwickler benötigt werden und solche, die zum Standardrepertoire der Programmieretechnik gehören. Hingegen können aber die konkrete Ausgestaltung eines Algorithmus in einem Programm sowie die innovative Anwendung von Algorithmen durchaus geschützt sein.

⁴⁷ BGH, GRUR 2005, 860 f. – Fash 2000.

⁴⁸ Auch Quellcode oder engl. Source Code genannt.

⁴⁹ Auch Objektcode oder engl. Object Code genannt.

⁵⁰ EuGH, GRUR 2011, 220, 222; Redeker, Rdz. 4.

⁵¹ BGH, GRUR 1991, 449, 451. Betriebssysteme haben die Aufgabe, eine Benutzerschnittstelle, Programmierschnittstelle sowie die Verwaltung von Ressourcen der Maschine bereit zu stellen, wozu Prozessoren, Haupt- und Hintergrundspeicher, Geräte wie Terminal und Drucker gehören. Zudem übernehmen sie die Koordination von Prozessen.

⁵² Kaboth/Spies in: Ahlberg/Götting/Lauber-Rönsberg, § 69a Rdz. 3.

⁵³ Kaboth/Spies in: Ahlberg/Götting/Lauber-Rönsberg, § 69a Rdz. 12.

Der Programmiererin muss es möglich sein, bei der konkreten Ausgestaltung seines Programms zwischen verschiedenen Formeln und Abläufen zu wählen.

Bei den Benutzeroberflächen wird vertreten, dass diese technisch durch ein Computerprogramm generiert und erst durch den Programmablauf sichtbar gemacht werden.⁵⁴

Ausgenommen vom urheberrechtlichen Schutzzumfang sind dagegen:

- Begleitmaterialien des eigentlichen Programms, wie Handbücher, Bedienungsanleitungen oder Wartungsbücher. Diese können aber den Urheberrechtsschutz als Sprachwerk gemäß § 2 Abs. 1 Nr. 1 UrhG genießen;
- Hyperlinks sowie Dongles, welche (auf eine Schnittstelle aufgesteckt) nur das Laufenlassen eines Programms ermöglichen;⁵⁵
- Webseiten als solche;⁵⁶
- Algorithmen, die zum Standardrepertoire der Programmiertechnik gehören. Der Algorithmus als Rechenregel ist nicht urheberrechtsschutzfähig, da die Idee zur allgemeinen Nutzung außerhalb des Schutzbereiches liegt, § 69a Abs. 2 S. 2 UrhG;
- Allgemein verwendete Programmiersprachen;⁵⁷
- Allgemein verwendete Regeln der Interoperabilität von Schnittstellen;
- Computerschriften;⁵⁸
- auf HTML basierende Webseiten, zumal der Code keine § 69a UrhG unterfallenden Daten enthält;⁵⁹
- Programmiersprachen, wie z.B. Java, C++ oder Python.

Man kann daher im Regelfall davon ausgehen, dass Computerprogramme – wenn sie nicht völlig banal sind – als schutzfähige Werke qualifiziert werden können.

⁵⁴ OLG Karlsruhe, GRUR 1994, 726; EuGH, GRUR 2011, 220, 222.

⁵⁵ Dreier in: Dreier/Schulze, § 69a, Rdz. 12.

⁵⁶ Ibid. Nach dem OLG Düsseldorf stellen Internet-Seiten auch als Multimediaerzeugnisse keine Computerprogramme dar. Einzelne Webseiten können aber Werkschutz iSd § 2 UrhG erlangen, nicht aber als Computerprogramm, MMR 1999, 729, 730.

⁵⁷ EuGH, ITRB 2012, 147. danach sind zudem die Funktionalität und das Dateiformat vom Urheberrechtsschutz ausgeschlossen.

⁵⁸ Grützmacher in: Wandtke/Bullinger, § 69a, Rdz. 8 – Designschutz; a.A. LG Köln, MMR 2000, 492.

⁵⁹ Kaboth/Spies in: Ahlberg/Götting/Lauber-Rönsberg, § 69a Rdz. 7.

1.2.5 Smart Contracts und Blockchain

Der Softwarebegriff umfasst auch Smart Contracts. Dabei handelt es sich nicht um eine bestimmte Vertragsart, sondern vielmehr um ein Computerprogramm, welches vertragliche Regelungen abbildet und abrufbar macht. Das Computerprogramm ist in der Programmiersprache Solidity geschrieben.⁶⁰ Ein Smart Contract kann auf eine Blockchain (Ethereum), welche eine dezentralisierte Datenbank darstellt, eingespielt werden. Auf allen Rechnern der teilnehmenden Nutzer (Nodes) ist dann derselbe Smart Contract gespeichert und abrufbar. Das macht es auch schwierig, nachträglich Mängel zu beseitigen. Smart Contract Regelungen, die auf einer Blockchain zur Verfügung gestellt werden, sind nach dem Wenn-Dann-Prinzip abrufbar und bilden ab, wie und ob der Vertrag geschlossen und von den Parteien erfüllt worden ist.

Nehmen wir nachfolgenden Fall an.

Fall 5: „Smart Chain“

Die Green42 AG („G“) hat einen Online-Service, über den ihre Kundinnen Lebensmittel bestellen, die dann geliefert oder abgeholt werden können. K ist eine treue Kundin der G und hat schon oft Salatboxen bei ihr bestellt und zudem die Green42 App auf ihr Handy geladen, damit sie von überall her ihre Bestellung aufgeben kann. Beim Abholservice gelangen die Kundinnen der G an ihre Einkaufskörbe, indem sie per QR-Code ein Fach mittels Smart Lock⁶¹, einer elektronischen Schließvorrichtung, öffnen können, hinter deren „Tür“ sich die bestellte Ware befindet. Die Fächer sind nach vorne hin von den Kunden zu öffnen, nach hinten können sie von der Lagerhalle aus befüllt werden. Kundin K hat eine Salatbox für zwei Personen bei der G bestellt und möchte diese abholen.

Betrachten wir zuerst den Bestellvorgang: Hier gibt es die verschiedenen Willenserklärungen und sobald die Bestellung aufgegeben ist, erfolgt eine Annahme durch die G und sodann entstehen Pflichten. *Wenn* also die K bestellt, *dann* muss sie nach Annahme der G zahlen. So sieht es der Bestellvorgang vor. *Wenn* gezahlt ist, heißt es *dann* für die G: Ware zum vereinbarten Termin bereitstellen bzw. liefern! Das IT-System hat damit die vertraglichen Voraussetzungen – hier für einen Kaufvertrag – geprüft, festgestellt, dass eine Bedingung („wenn“) erfüllt ist und weiter auf der Blockchain die jeweilige Konsequenz („dann“) festgelegt.

Weiter zum Fall: Den Vertrag hat K mittels des Smart Contract Programms, das auf der Blockchain liegt, abgeschlossen und den QR Code für die Abholung bekommen. K eilt freudig zum Fach, in dem die Salatbox liegt;

⁶⁰ <https://docs.soliditylang.org/en/v0.8.11/>.

⁶¹ Hierzu auch Paulus/Matzke, ZfPW 2018, 431, 434.

nur der QR Code ist fehlerhaft, das Fach lässt sich nicht öffnen. Oder aber das Gemüse ist welk und verfault. Da hätten wir also den Salat! Alternativ könnte es aber auch sein, dass die K keinen QR Code bekommt, sondern ein Fach gemietet hat, das sie mit einem Datenträger öffnet. *Wenn* sie die Zahlung *nicht* geleistet hat, *dann* lässt sich die Tür zum Fach gar *nicht* oder so lange nicht öffnen, bis sie den vollständigen Betrag gezahlt hat. Diese und andere Fallvariationen zeigen auf, welche vertragsrechtlichen Probleme, insbesondere die des Leistungsstörungenrechts, hierbei relevant sein können. Wie ist aber nun die urheberrechtliche Seite zu beurteilen? Der Smart Contract ermöglicht den Austausch der verschiedenen Leistungen⁶² (Entgelt gegen Ware); er heißt also nur Contract – ist aber ein Programm. Bereits im Jahr 1994 hat Nick Szabo den Smart Contract folgendermaßen als „a computerized transaction protocol that executes the terms of a contract“ definiert⁶³ und im Jahr 1996 als technische Abbildung eines Vertrages folgendermaßen formuliert:

„The success of the common law of contracts, combined with the high cost of replacing it, makes it worthwhile to both preserve and to make use of these principles where appropriate. Yet, the digital revolution is radically changing the kinds of relationships we can have. (...)

Computers make possible the running of algorithms heretofore prohibitively costly, and networks the quicker transmission of larger and more sophisticated messages. Furthermore, computer scientists and cryptographers have recently discovered many new and quite interesting algorithms. Combining these messages and algorithms makes possible a wide variety of new protocols.

New institutions, and new ways to formalize the relationships that make up these institutions, are now made possible by the digital revolution. I call these new contracts ‚smart‘, because they are far more functional than their inanimate paper-based ancestors. No use of artificial intelligence is implied. A smart contract is a set of promises, specified in digital form, including protocols within which the parties perform on these promises.

The basic idea of smart contracts is that many kinds of contractual clauses (such as liens, bonding, delineation of property rights, etc.) can be embedded in the hardware and software we deal with, (...)“⁶⁴

⁶² Guggenberger in: Handbuch Multimedia-Recht, Teil 13.7, Rdz. 3.

⁶³ Szabo, Smart Contracts (1994); <https://www.fon.hum.uva.nl/rob/Courses/InformationInSpeech/CDROM/Literature/LOTwinterschool2006/szabo.best.vwh.net/smart.contracts.html>.

⁶⁴ Szabo, Smart Contracts: Building Blocks for Digital Markets (1996); https://www.fon.hum.uva.nl/rob/Courses/InformationInSpeech/CDROM/Literature/LOTwinterschool2006/szabo.best.vwh.net/smart_contracts_2.html. Zu den

Ein Smart Contract ist damit nicht als Künstliche Intelligenz zu bezeichnen, sondern vielmehr als Programm, das rechtliche Transaktionen und Geschäftsabläufe automatisiert.⁶⁵ Alles ist bereits vorher programmiert; das Programm schreibt also keinen neuen Code, sondern führt das vorher Eingeprogrammierte durch. Hierdurch werden Verträge und deren Vertragsklauseln in digitale Programme übertragen.⁶⁶ Gründe hierfür sind auch, dass somit umfangreiche Vertragswerke strukturiert werden können, wie etwa in der Immobilienwirtschaft⁶⁷ oder bei der Geltendmachung von Entschädigungsansprüchen, z. B. bei Verspätung oder Ausfall von Flügen gegenüber Flugfahrtunternehmen⁶⁸. Das bedeutet auch, dass die Abbildung der über Smart Contracts hinterlegten Klauseln eines Vertrages zur Automatisierung führt und daher es sich bei dieser Digitalisierung um Legal Tech Anwendungen handeln kann, die die Anwendbarkeit des Rechtsdienstleistungsgesetzes nach sich ziehen und damit die Frage aufwerfen, wie weit dieser „Markt“ die anwaltliche Beratung entbehrlich macht, wenn hiermit eine Vielzahl gleichgelagerter Fälle abgewickelt werden können.⁶⁹ Der BGH hat den Einsatz eines Vertragsgenerators nicht als klassische Rechtsdienstleistung nach dem RDG eingestuft; denn es wird ein Vertrag erzeugt, aber nicht in konkreten fremden Angelegenheiten beraten,⁷⁰ wie dies § 2 Abs. 1 RDG voraussetzt. Damit sei ein Vertragsgenerator mit einem „detaillierten Formularhandbuch“ vergleichbar.⁷¹ Schließlich werden Antworten zu bestimmten Fragen in Form von Textbausteinen – den Vertragsklauseln – entwickelt. Anders wäre der Fall zu beurteilen, wenn es zudem eine individuelle Rechtsberatung gegeben hätte. Auch eine App, über die unsere Kundin die Ware bestellt hat, ist als Applikation nichts anderes als eine Anwendungssoftware und damit ein Computerprogramm, denn die Fragen der Gestaltungshöhe lassen sich auch hier regelmäßig zugunsten der Werksqualität bejahen. Viel diskutiert worden ist auch die Frage, ob es sich bei der Blockchain um ein Computerprogramm iSd § 2 I Nr. 1, § 69a UrhG, ein Datenbankwerk iSd § 4 II UrhG und bzw. oder eine Datenbank iSd § 87a UrhG handelt. Es stellt sich damit die Frage, ob diese – wie der Smart Contract – ebenfalls urheberrechtlich geschützt sein kann.

„Smart Contracts“ im Sinne von Szabo, s. Braegelmann/Kaulartz, Rechtshandbuch Smart Contracts, Kapitel 1, Rdz. 10 ff.

⁶⁵ Vgl. Paulus, JuS 2020, 107; Eschenbruch/Gerstberger, NZBau 2018, 3 f.

⁶⁶ Weshalb auch dies schon als Contractware bezeichnet wird; vgl. Raskin, Max, Geo. L. Tech. Rev. 2017, 305, 307, 311 ff.

⁶⁷ Eschenbruch/Gerstberger, NZBau 2018, 3, 7.

⁶⁸ Tavakoli, Automatische Fluggast-Entschädigung durch smart contracts, ZRP 2020, 46 ff.

⁶⁹ Zu den Vorteilen von Legal Tech Anwendungen s. Hartung, S. 10.

⁷⁰ BGH, MMR 2021, 961, 962.

⁷¹ BGH, a. a. O., 963.

In Fall 5 wird der Vertrag über das Computerprogramm „Smart Contract“ auf der Blockchain abgeschlossen. Bei der Blockchain handelt es um ein Netz von Rechnern, die alle gleichermaßen berechtigt sind und damit um ein sog. Peer-to-Peer Netzwerk⁷². Im Gegensatz hierzu ist das Client-Server-Netzwerk zu sehen, bei dem alle Transaktionen über einen zentralen Rechner ablaufen. Eine Blockchain verbindet demnach verschiedene Computer miteinander zu einem Netzwerk, wie hier die der G und K, bei dem auf jedem Computer eine Kopie der Transaktionsvorgänge abgebildet ist. Es gibt keine zentrale Überwachungsstelle, alles ist für alle Vertragsparteien transparent, gleich sowie nachträglich nicht veränderbar⁷³ und gilt daher als besonders sicher. Außerdem spielt die Geschwindigkeit, in der die Daten mittels Blockchain über das Netz verteilt werden können, eine erhebliche Rolle.

Die Daten werden in Blöcke gefasst und aneinandergehängt, wie eine Kette. Daher kommt der Begriff „Blockchain“. Die Reihenfolge, in der die Blöcke aneinander gekettet sind, ist chronologisch und erfolgt mit Hilfe kryptographischer Verfahren.⁷⁴ Die einzelnen Blöcke bilden zusammen eine Datenbank, wobei die Blöcke zwar einzeln abrufbar sind, aber auch systematisch bzw. methodisch angeordnet sein müssten, um die Voraussetzungen des § 4 Abs. 2 UrhG zu erfüllen.⁷⁵

Da die Blockchain Transaktionen nachvollziehbar gestaltet sind und nacheinander Blöcke in Ketten reiht, handelt es sich letztlich um eine chronologische Anordnung, die auf das vorbestimmte technische Verfahren zurückgeht. Ein Entscheidungsspielraum für eine „kreative oder künstlerische Entscheidung“⁷⁶ ist dabei allerdings nicht gegeben.

Als Vorteile der Blockchain gelten auch die dauerhafte Speicherung, die Fälschungssicherheit und Transparenz.⁷⁷ Damit eignet sich die Blockchain-technologie auch für Zahlungssysteme, wie die für Smart Contracts öffentlich genutzte Ethereum-Blockchain.⁷⁸ Daneben gibt es verschiedene

⁷² Nakamoto, Bitcoin: A Peer-to-Peer Electronic Cash Systeme, www.bitcoin.com. Zu den technischen Aspekten vgl. Schrey/Thalhofer, Rechtliche Aspekte der Blockchain, NJW 2017, 1431, 1432; Cohn/West/Parker, Geo. L. Tech. Rev. 2017, 273, 277.

⁷³ Zum Begriff der Blockchain s. Groh in: Weber, Rechtswörterbuch, Definition Blockchain. Leistner/Zurth in Loewenheim, Handbuch des Urheberrechts § 49 Rdz. 149.

⁷⁴ Leistner/Zurth in: Loewenheim, Handbuch des Urheberrechts, § 49 Rdz. 149.

⁷⁵ Ebenfalls ablehnend Leistner in: Schricker, Loewenheim, § 4 Rdz. 30; Möllenkamp/Shmatenko, Handbuch Multimedia-Recht, Teil 13.6, Rdz. 25, wonach kein Werk iSd §§ 2, 4 Abs. 1, wohl aber nach §§ 4 Abs. 2, 87a UrhG vorliegen kann, Rdz. 26-28.

⁷⁶ So Rein in: Sassenberg/Faber, Rechtshandbuch Industrie 4.0 und Internet of Things, § 14 Rdz. 26.

⁷⁷ Hierzu auch Legner, VuR 2021, 10, 11.

⁷⁸ <https://www.unternehmenswelt.de/ethereum-alle-fakten>.

Use Cases für die Warenwirtschaft (Lieferketten, Wertschöpfungsketten) oder die Musikindustrie (nach Download erfolgt die Zahlung an Künstlerinnen). Es können zudem globale Register zum Schutz von IP auf- und ausgebaut werden. Des Weiteren lässt sich auch ein Rechtemanagement auf diese Art und Weise abbilden. Es könnten auch für die verschiedenen Vertragsarten nach Maßgabe des Wenn-Dann-Prinzips die entsprechenden Nutzungsrechtsklauseln eingestellt werden. Wenn eine Kundin ein einfaches Nutzungsrecht an einer Standardsoftware erwerben will, dann wird dies von einer Kaufpreiszahlung abhängig gemacht; der Vertrag enthält dann eine dem § 31 Abs. 1 und 2 UrhG entsprechende Klausel zur Rechteinräumung. Auch die Rechteketten können hierüber transparent gestaltet werden, und bei einer Rückabwicklung können die Smart Contracts hierzu Möglichkeiten zum Sachmängelmanagement vorsehen.⁷⁹

Die Blockchain dokumentiert demnach Transaktionen und den Austausch von Daten und kann daher als digitales Register bezeichnet werden; dies hängt aber nicht mehr direkt von der Programmierfähigkeit ab. Allenfalls der erste Block der Blockchain, der Genesis-Block genannt wird, wird durch die Programmierfähigkeit erstellt und kann als persönlich geistige Schöpfung betrachtet werden. Allerdings kann der Genesis-Block ansonsten keine weiteren Befehle abgeben. Liegt ein Smart Contract auf der Blockchain, so wird die Anwendung nämlich hierüber abgebildet. Die Blockchain hat damit eher eine Verwaltungsfunktion. Die Schutzfähigkeit des Programms zu ihrer Erstellung ist ohnehin nach § 4 Abs. 2 S. 2 UrhG gemäß § 69a UrhG schutzfähig.

Es bleibt daher die Frage nach der Einstufung als Datenbank iSd § 87a UrhG. Die Tatsache, dass die Blockchain nicht lediglich einen Datenhaufen abbildet, ist offensichtlich; die Abbildung erfolgt – wie gesagt – in zeitlicher Abfolge und ist chronologisch angeordnet.

Eine Investition, die zugunsten der Peer-to-Peer Netzwerknutzer anspruchsbegründend sein könnte, würde schon mehr erfordern, als etwa ein Up- bzw. Download. Das Erstellen der Datenbankinhalte müsste dann unter den Investitionsbegriff subsumierbar sein. Dabei geht es um die Investition zur Erstellung der Datenbank als solche, denn schließlich geht es um den Anreiz für die Errichtung solcher Systeme und nicht um die Elemente, die später in einer Datenbank zusammengestellt werden können.⁸⁰ Die „Investition in die Beschaffung des Inhalts einer Datenbank betrifft die Mittel, die der Suche nach vorhandenen Elementen und deren Sammlung

⁷⁹ Hierzu auch Schawe, MMR 2021, 218, 220.

⁸⁰ Die Investition in die Beschaffung des Inhalts einer Datenbank betrifft die Mittel, die der Suche nach vorhandenen Elementen und deren Sammlung in dieser Datenbank gewidmet sind, unter Ausschluss der Mittel, die für das Erzeugen der Elemente als solches eingesetzt werden. EuGH GRUR Int. 2005, 239, 242 – Fixtures Fußballspielpläne I.