

LUCIE ANTOINE

# Verändernde Werknutzungen

*Geistiges Eigentum und  
Wettbewerbsrecht*

186

---

**Mohr Siebeck**

# Geistiges Eigentum und Wettbewerbsrecht

herausgegeben von

Peter Heermann, Diethelm Klippel †,  
Ansgar Ohly und Olaf Sosnitza

186





Lucie Antoine

# Verändernde Werknutzungen

Computerprogramme und der urheberrechtliche  
Interessenausgleich

Mohr Siebeck

*Lucie Antoine*, geboren 1992; 2012–2017 Studium der Rechtswissenschaften in München (Erste Juristische Staatsprüfung); 2017–2022 Wissenschaftliche Mitarbeiterin und Doktorandin am Lehrstuhl für Bürgerliches Recht und Recht des Geistigen Eigentums mit Informationsrecht und IT-Recht (GRUR-Lehrstuhl), Ludwig-Maximilians-Universität München, Prof. Dr. Matthias Leistner, LL.M. (Cambridge); 2022 Promotion; Rechtsreferendarin im OLG-Bezirk München.

Gedruckt mit freundlicher Unterstützung der Deutschen Vereinigung für gewerblichen Rechtsschutz und Urheberrecht (GRUR) sowie der Studienstiftung *ius vivum e.V.*

ISBN 978-3-16-162211-3 / eISBN 978-3-16-162323-3

DOI 10.1628/978-3-16-162323-3

ISSN 1860-7306 / eISSN 2569-3956 (Geistiges Eigentum und Wettbewerbsrecht)

Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation in der Deutschen Nationalbibliographie; detaillierte bibliographische Daten sind im Internet über <http://dnb.dnb.de> abrufbar. Zugl.: Diss., Ludwig-Maximilians-Universität München, 2022.

© 2023 Mohr Siebeck Tübingen. [www.mohrsiebeck.com](http://www.mohrsiebeck.com)

Das Werk einschließlich aller seiner Teile ist urheberrechtlich geschützt. Jede Verwertung außerhalb der engen Grenzen des Urheberrechtsgesetzes ist ohne Zustimmung des Verlags unzulässig und strafbar. Das gilt insbesondere für die Verbreitung, Vervielfältigung, Übersetzung sowie die Einspeicherung und Verarbeitung in elektronischen Systemen.

Gedruckt auf alterungsbeständiges Werkdruckpapier.

Printed in Germany.

## Vorwort

Verändernde Werknutzungen beschäftigen das Urheberrecht seit jeher. Denn ihre Behandlung erfordert es, die äußere Grenze des urheberrechtlichen Schutzbereichs, mithin seine „Konturen“ genauer zu definieren. Wo die Trennlinie zwischen gewünschtem Aufbauen auf Vorbekanntem und dem Ausnutzen fremder Schöpfungen, also zwischen urheberrechtlich erlaubter Inspiration und „unerwünschter“ Imitation, verläuft, lässt sich aber nicht im Sinne einer allgemeingültigen Definition für jegliche Werk und Nutzungsarten festlegen, da eine Grenzziehung stark einzelfallabhängig ist.

Im Mittelpunkt der Diskussion im deutschen Urheberrecht stand lange die Rechtsfigur der freien Benutzung nach § 24 UrhG a. F. Mit der fortschreitenden Harmonisierung des Urheberrechts verlagerte sich der wissenschaftliche Diskurs auf die unionsrechtliche Ebene. Neben der Reichweite der Harmonisierungswirkung betrifft dies vor allem die Frage nach dem europäischen Weg zu einem angemessenen Interessenausgleich bei verändernden Werknutzungen. In Bezug auf Computerprogramme wurden diese Fragen jedoch bisher kaum und vor allem nicht unter Perspektive der inzwischen bestehenden unionsrechtlichen Vorgaben erörtert.

Hier setzt die vorliegende Arbeit an: Ausgehend von den für das allgemeine Urheberrecht vorgeschlagenen Ansätzen zur Behandlung von verändernden Werknutzungen wie etwa der Flexibilisierung des Schranken catalogs und der Diskussion über eine stärkere Konturierung der Verwertungsrechte ebenso wie vom stark technisch und wirtschaftlich geprägten Charakter der Werkart Computerprogramme erarbeitet sie einen Lösungsvorschlag für die Behandlungen verändernder Werknutzungen bei Computerprogrammen. Obgleich diese spezifische Fragestellung im Zentrum der Untersuchung steht, ist es erforderlich, als Basis auch die allgemeinen urheberrechtlichen Grundsätze für die Bewertung verändernder Nutzungen zu untersuchen. Die vorgelagerte Systematisierung und Analyse der Behandlung verändernder Werknutzung im Anwendungsbereich der InfoSoc-RL bildet deshalb zusammen mit den Erläuterungen zum urheberrechtlichen Interessenausgleich nicht nur die zentrale Grundlage für die Betrachtung von verändernden Werknutzungen im Anwendungsbereich der Computerprogramm-RL, sondern stellt zugleich einen wesentlichen Nebenertrag der Unter-

suchung dar. Ausgehend von den Ansätzen einer funktionalen, schutzgegenstandsbezogenen Auslegung der Verwertungsrechte wird schließlich für Computerprogramme eine marktbezogene Abgrenzung von zustimmungspflichtiger Umarbeitung und zustimmungsfreier Nutzung vorgeschlagen.

Diese Arbeit wurde von der juristischen Fakultät der Ludwig-Maximilians-Universität München 2022 unter dem Titel „Computerprogramme und der urheberrechtliche Interessenausgleich bei verändernden Werknutzungen“ als Dissertation angenommen. Literatur und Rechtsprechung konnten für die Veröffentlichung bis Dezember 2022 berücksichtigt werden. Mein besonderer Dank gilt Herrn Professor Matthias Leistner als meinem Doktorvater, der diese Arbeit stets mit wertvollem Rat und inspirierenden Anregungen, Raum für Gedankenaustausch und gleichzeitig der Gewährung großer Freiheit unterstützt und begleitet hat. Danken möchte ich Herrn Professor Ansgar Ohly für die zügige Erstellung des Zweitgutachtens und insbesondere für die spannenden weiterführenden Denkanstöße darin, sowie für den stets hilfreichen Austausch während des gesamten Entstehungsprozesses der Arbeit. Auch beim gesamten Lehrstuhl-Team dieser Jahre bedanke ich mich, vor allem für die freundschaftliche Unterstützung. Großer Dank gilt ferner Ingrid Brunner-Adt für ihre mehr als sorgfältige Durchsicht des Manuskripts sowie Jochen Schneider für die vielen interessanten inhaltlichen Gespräche. Der Druck der Arbeit wurde großzügig durch die Deutsche Vereinigung für gewerblichen Rechtsschutz und Urheberrecht (GRUR) sowie die Studienstiftung *ius vivum* gefördert.

Von Herzen bedanke ich mich bei meinen Eltern für ihre immerwährende Unterstützung in jedweder Hinsicht; ihnen ist diese Arbeit gewidmet.

München, im Januar 2023

Lucie Antoine

# Inhaltsübersicht

Vorwort . . . . .	V
Inhaltsverzeichnis . . . . .	XI
<i>Einführung</i> . . . . .	1
A. Ausgangspunkt und Gegenstand der Untersuchung . . . . .	1
B. Begriffsbestimmungen und Eingrenzung des Forschungsgegenstands . . . . .	8
C. Stand der Forschung . . . . .	11
D. Gang der Untersuchung . . . . .	13
<i>Erster Teil: Unionsrechtliche Harmonisierung und angemessener Interessenausgleich</i> . . . . .	15
<i>Kapitel 1: Rechtlicher Rahmen des urheberrechtlichen Programmschutzes</i>	17
A. Verhältnis zwischen Regelungen des nationalen und europäischen Urheberrechts . . . . .	18
B. Harmonisierungswirkung der InfoSoc-RL . . . . .	20
C. Harmonisierungswirkung der Computerprogramm-RL . . . . .	23
D. Weitere richtlinienübergreifend harmonisierte Bereiche . . . . .	27
E. Verhältnis Computerprogramm-RL – InfoSoc-RL . . . . .	32
F. Auslegungsmethodik des EuGH und Bedeutung für die Computerprogramm-RL . . . . .	34
G. Zusammenfassung der Ergebnisse aus Kapitel 1 . . . . .	39
<i>Kapitel 2: Angemessener Interessenausgleich und spezifischer Schutzgegenstand des Urheberrechts</i> . . . . .	41
A. Verfassungsrechtliche Grundlagen: Keine schrankenlose Gewährleistung des Urheberrechts . . . . .	41
B. Interessenausgleich durch Verwertungsrechte und Schrankenbestimmungen – Ebene der Rechtssetzung . . . . .	43
C. Interessenausgleich durch konkretisierende Auslegung – Ebene der Rechtsanwendung . . . . .	48
D. Zusammenfassung der Ergebnisse aus Kapitel 2 . . . . .	113

<i>Zweiter Teil: Verändernde Werknutzungen und der urheberrechtliche Status quo</i> . . . . .	115
<i>Kapitel 3: Die Behandlung verändernder Werknutzungen im deutschen und europäischen Urheberrecht</i> . . . . .	117
A. Interessenausgleich bei verändernden Werknutzungen . . . . .	117
B. Bisheriger Lösungsansatz des deutschen Urheberrechts: Die freie Benutzung . . . . .	121
C. Die Behandlung verändernder Werknutzungen im europäischen Urheberrecht . . . . .	154
 <i>Dritter Teil: Wege zum angemessenen Interessenausgleich bei verändernden Nutzungen von Computerprogrammen</i> . . . . .	 215
<i>Kapitel 4: Die Behandlung verändernder Übernahmen bei Computerprogrammen</i> . . . . .	217
A. Computerprogramme als besondere Werkkategorie des Urheberrechts . . . . .	217
B. Verändernde Werknutzungen im Anwendungsbereich der Computerprogramm-RL . . . . .	245
 <i>Kapitel 5: Schutzgegenstandsbezogene Auslegung des Umarbeitungsrechts?</i> . . . . .	 331
A. „Qualifikationsbedürfnis“ für das Umarbeitungsrecht? . . . . .	335
B. Kriterien für die schutzgegenstandsbezogene Auslegung des Umarbeitungsrechts . . . . .	357
C. Zusammenfassung der Ergebnisse aus Kapitel 5 . . . . .	383
 <i>Kapitel 6: Vorschlag eines schutzgegenstandsbezogenen Auslegungskriteriums für das Umarbeitungsrecht</i> . . . . .	 385
A. Ausgangspunkt: Beeinträchtigung der Amortisierungsmöglichkeit . . . . .	386
B. Auswirkungen auf den Markt für das Ursprungsprogramm . . . . .	388
C. Beispiel aus der Einleitung: Anwendung der vorgeschlagenen Abgrenzung . . . . .	439
D. Prüfungsschema für die schutzgegenstandsbezogene Konkretisierung des Umarbeitungsrechts . . . . .	442
E. Potentielle Folge: Stärkung der Lizenzmärkte? . . . . .	442
F. Zusammenfassung der Ergebnisse aus Kapitel 6 . . . . .	444

<i>Kapitel 7: Einordnung des Definitionsvorschlags in das Schutzsystem des Urheberrechts und Ausblick</i> . . . . .	447
A. Fehlende Bezugnahme auf eigene geistige Schöpfung als Schutzgegenstand? . . . . .	447
B. Aushöhlung des Programmschutzes? . . . . .	448
C. Alternativer Vorschlag de lege ferenda: Computerprogrammspezifische Schranke? . . . . .	449
D. Verhältnis zu urheberrechtlichen Ansprüchen bzw. zur Rechtsfolgenseite? . . . . .	452
E. Marktabgrenzung als (zu) kompliziertes Vorgehen in der Praxis? . . . . .	454
F. Ergebnis: Vereinbarkeit mit Grundsätzen des urheberrechtlichen Schutzsystems . . . . .	455
 <i>Zusammenfassung in Thesen</i> . . . . .	 457
A. Unionsrechtliche Harmonisierung und angemessener Interessenausgleich . . . . .	457
B. Verändernde Werknutzungen und der urheberrechtliche Status quo . . . . .	459
C. Wege zum angemessenen Interessenausgleich bei verändernden Nutzungen von Computerprogrammen . . . . .	461
 Literaturverzeichnis . . . . .	 467
Sachregister . . . . .	491



# Inhaltsverzeichnis

Vorwort . . . . .	V
Inhaltsübersicht . . . . .	VII
Einführung . . . . .	1
<i>A. Ausgangspunkt und Gegenstand der Untersuchung</i> . . . . .	1
I. Auf den Schultern von Riesen . . . . .	1
II. Inspiration, Innovation, Imitation und das Urheberrecht . . . . .	3
III. Computerprogramme und das „On the Shoulders of Giants Principle“ . . . . .	4
<i>B. Begriffsbestimmungen und Eingrenzung des Forschungsgegenstands</i> . . . . .	8
I. Begriff der verändernden Werknutzung . . . . .	8
II. Eingrenzung des Forschungsgegenstands: Zugang vs. Nutzung . . . . .	9
<i>C. Stand der Forschung</i> . . . . .	11
<i>D. Gang der Untersuchung</i> . . . . .	13

## Erster Teil

### Unionsrechtliche Harmonisierung und angemessener Interessenausgleich

Kapitel 1: Rechtlicher Rahmen des urheberrechtlichen Programmschutzes . . . . .	17
<i>A. Verhältnis zwischen Regelungen des nationalen und europäischen Urheberrechts</i> . . . . .	18
<i>B. Harmonisierungswirkung der InfoSoc-RL</i> . . . . .	20
I. Vollständige Harmonisierung der Ausschließlichkeitsrechte . . . . .	20
II. Ausnahmen und Beschränkungen: (Begrenzte) mitgliedstaatliche Spielräume . . . . .	21
<i>C. Harmonisierungswirkung der Computerprogramm-RL</i> . . . . .	23
I. Vollständig harmonisierte Bereiche . . . . .	23
II. Ausnahmen bzw. Schranken: Mitgliedstaatliche Spielräume? . . . . .	24

<i>D. Weitere richtlinienübergreifend harmonisierte Bereiche . . . . .</i>	27
I. Harmonisierter Europäischer Werkbegriff . . . . .	27
II. Harmonisierung des urheberrechtlichen Schutzbereichs? . . . . .	30
<i>E. Verhältnis Computerprogramm-RL – InfoSoc-RL . . . . .</i>	32
<i>F. Auslegungsmethodik des EuGH und Bedeutung für die Computerprogramm-RL . . . . .</i>	34
I. Klassischer Auslegungskanon und richtlinienübergreifende Auslegung .	34
II. Folgen für die Auslegung der Computerprogramm-RL und den Aufbau der Untersuchung . . . . .	38
<i>G. Zusammenfassung der Ergebnisse aus Kapitel 1 . . . . .</i>	39
 Kapitel 2: Angemessener Interessenausgleich und spezifischer Schutzgegenstand des Urheberrechts . . . . .	41
<i>A. Verfassungsrechtliche Grundlagen: Keine schrankenlose Gewährleistung des Urheberrechts . . . . .</i>	41
<i>B. Interessenausgleich durch Verwertungsrechte und Schrankenbestimmungen – Ebene der Rechtssetzung . . . . .</i>	43
<i>C. Interessenausgleich durch konkretisierende Auslegung – Ebene der Rechtsanwendung . . . . .</i>	48
I. Interessenausgleich durch grundrechtsbasierte Auslegung . . . . .	48
1. Ebene der Schrankenbestimmungen . . . . .	49
2. Ebene der Verwertungsrechte . . . . .	50
3. Grundrechte als Konkretisierungsmaßstab – nicht als ungeschriebene Schranke . . . . .	52
II. Interessenausgleich durch immanent beschränkte Reichweite der Verwertungsrechte . . . . .	53
1. Teleologische Auslegung als allgemeine Auslegungsmethodik und Besonderheit bei Verwertungsrechten . . . . .	53
2. Schutzgegenstandsbezogene Definition der Verwertungsrechte in der Rechtsprechung des EuGH . . . . .	56
a) Recht der öffentlichen Wiedergabe . . . . .	56
aa) Kriterien für die Bestimmung einer öffentlichen Wiedergabe . .	57
bb) Ausgangspunkt I: Auffangen verschiedener Haftungskonstellationen („Zentrale Rolle des Nutzers“) . . . .	60
cc) Ausgangspunkt II: Angemessene Vergütung als spezifischer Schutzgegenstand . . . . .	61
dd) Systematisierung durch Unterscheidung von mittelbaren und unmittelbaren Verletzungshandlungen . . . . .	64
ee) Ergebnisse und Folgerungen . . . . .	67

b) Verbreitungsrecht: EuGH UsedSoft vs. EuGH Tom Kabinet . . . . .	68
c) Vervielfältigungsrecht des Tonträgerherstellers: EuGH Pelham . . . . .	75
d) Ausschließlichkeitsrechte des Datenbankherstellers: EuGH CV-Online Latvia . . . . .	77
e) Ergebnisse und Folgerungen . . . . .	79
3. Systematisierung der schutzgegenstandsbezogenen Auslegung der Verwertungsrechte . . . . .	81
a) Grundfreiheiten als Ursprung des spezifischen Schutzgegenstands des Urheberrechts . . . . .	81
b) Weiterentwicklung: Spezifischer Schutzgegenstand als Auslegungsmaßstab der Verwertungsrechte . . . . .	83
aa) Ausgangspunkt: Verwertungsrechte als reine Vermögensrechte . . . . .	85
bb) Spezifischer Schutzgegenstand: Marktchance auf angemessene Vergütung . . . . .	88
(1) Vereinbarkeit mit Gehalt der grundrechtlichen Eigentumsgarantie . . . . .	91
(2) Angemessene Vergütung als Ausdruck der ökonomischen Funktion des Urheberrechts . . . . .	94
cc) Vereinbarkeit mit internationalen Verträgen . . . . .	103
dd) „Gerechter Ausgleich“, „angemessene Vergütung“ und das System der Schrankenbestimmungen . . . . .	105
c) Folgerungen für die Anwendung und Auslegung der Verwertungsrechte . . . . .	107
4. Ergebnisse und Folgerungen . . . . .	109
III. Funktionswidrige Nutzung als immanente Beschränkung des Schutzbereichs? . . . . .	110
IV. Ergebnis: Schutzgegenstand als immanente Beschränkung der Verwertungsrechte . . . . .	112
D. Zusammenfassung der Ergebnisse aus Kapitel 2 . . . . .	113

## Zweiter Teil

### Verändernde Werknutzungen und der urheberrechtliche Status quo

Kapitel 3: Die Behandlung verändernder Werknutzungen im deutschen und europäischen Urheberrecht . . . . .	117
A. <i>Interessenausgleich bei verändernden Werknutzungen</i> . . . . .	117
I. Interessenlage bei verändernden Werknutzungen . . . . .	117
1. Rechtsinhaber . . . . .	117
2. Werknutzer . . . . .	118

3. Allgemeinheit . . . . .	119
II. Problem des konkreten Ausgleichs der betroffenen Interessen . . . . .	120
<i>B. Bisheriger Lösungsansatz des deutschen Urheberrechts:</i>	
<i>Die freie Benutzung</i> . . . . .	121
I. Dogmatische Einordnung der freien Benutzung:	
Schutzbereichsbeschränkung oder Schranke? . . . . .	122
1. Die freie Benutzung und ihre Funktion als Parodieschranke . . . . .	123
2. Die freie Benutzung und ihre Funktion als Schutzbereichsbeschränkung . . . . .	125
II. Kriterien für die Einordnung als freie Benutzung . . . . .	126
1. Abgrenzung zwischen Vervielfältigung und Bearbeitung . . . . .	126
2. Abgrenzung zwischen Bearbeitung und freier Benutzung . . . . .	129
a) Kriterium des hinreichenden Abstands . . . . .	130
aa) Fallgruppen unter § 24 UrhG a. F. . . . .	130
(1) Fallgruppe 1: Äußerer Abstand – Verblässensformel im engeren Sinne . . . . .	130
(2) Fallgruppe 2: Innerer Abstand – Verblässen im weiteren Sinne . . . . .	131
bb) Bedeutung für die Anwendung des § 23 Abs. 1 S. 2 UrhG . . . . .	132
cc) Hintergrund der Abstands- bzw. Verblässensformel . . . . .	132
dd) Anwendungsschwierigkeiten der Abstandsformel und Kritik . . . . .	133
ee) Analoge Anwendung der Abstandsformel auf Leistungsschutzrechte . . . . .	135
b) Zusätzliche Voraussetzung: Werkeigenschaft der neuen Gestaltung?	136
III. Rechtsfolgen einer freien Benutzung . . . . .	137
1. Reichweite der freien Benutzung . . . . .	137
2. Verhältnis der freien Benutzung zu Teileschutz und Teilvervielfältigung im UrhG . . . . .	138
IV. Unionsrechtliche Bewertung und Schicksal der freien Benutzung im UrhG . . . . .	140
1. Vorangegangene Diskussion in der Literatur . . . . .	140
2. „Zäsur“ durch EuGH Pelham . . . . .	141
a) Rezeption in der Literatur . . . . .	143
b) Rezeption durch den BGH . . . . .	145
3. Folgerungen für die Neuregelung des § 23 UrhG . . . . .	146
a) Dogmatische Verortung . . . . .	146
b) Bestimmung des hinreichenden Abstands . . . . .	148
c) Erfordernis eines neu geschaffenen Werks . . . . .	152
V. Zusammenfassung der Ergebnisse aus Kapitel 3 zur freien Benutzung als Lösungsansatz des deutschen Urheberrechts . . . . .	152

C. Die Behandlung verändernder Werknutzungen im europäischen Urheberrecht . . . . .	154
I. Grundsatz: Jede Nutzung eines schutzfähigen Werkteils als Vervielfältigung . . . . .	155
1. Fehlendes ausdrückliches Bearbeitungsrecht in der InfoSoc-RL . . . . .	156
2. Die Behandlung verändernder Nutzungen durch den EuGH . . . . .	157
a) Infopaq: Teileschutz und Teilvervielfältigung bei elf Wörtern . . . . .	157
b) BSA: Wesentliches Element und unvollkommene Nutzung . . . . .	160
c) Murphy: Eigenständige Schutzfähigkeit von Werkteilen als zentraler Maßstab . . . . .	162
d) Painer: Europäisches Verblässen und Relativität des Schutzbereichs? . . . . .	164
e) SAS Institute: Klassischer Teileschutz im Anwendungsbereich der InfoSoc-RL . . . . .	166
f) Pelham: Teilvervielfältigungen unter Art. 2 lit. c InfoSoc . . . . .	167
aa) Inhalt der Entscheidung . . . . .	167
bb) Argumentationsstruktur des EuGH . . . . .	169
cc) Folgen für die Auslegung des Vervielfältigungsbegriffs aus Art. 2 lit. a InfoSoc-RL . . . . .	170
(1) Angemessener Interessenausgleich als Ausgangspunkt . . . . .	170
(2) Verallgemeinerungsfähigkeit der grundrechtsbasierten Auslegung des Vervielfältigungsbegriffs bei verändernden Werknutzungen? . . . . .	171
(3) Verallgemeinerungsfähigkeit der schutzzweckbezogenen Auslegung des Vervielfältigungsbegriffs bei verändernden Nutzungen? . . . . .	174
(4) Bedeutung der Werkeigenschaft des nutzenden Gegenstands? . . . . .	180
(5) Verallgemeinerungsfähigkeit des Kriteriums der Wiedererkennbarkeit? . . . . .	181
dd) „Inspiration“ durch vorbestehendes Werk und „Wiedererkennbarkeit“ im weiteren Sinne . . . . .	184
ee) Ergebnis: Ablehnung einer Dogmatik der freien Benutzung – Teileschutz als Grundsatz . . . . .	187
ff) Zusammenfassung und Folgerungen . . . . .	188
g) Implikationen für die Auslegung des Werkbegriffs . . . . .	189
3. Absage an freie Benutzung nach mitgliedstaatlichen Grundsätzen . . . . .	190
4. Zusammenfassung der Ergebnisse . . . . .	192
II. Freistellung verändernder Werknutzungen durch Schrankenbestimmungen . . . . .	194
1. Rechtsprechung des EuGH zu Schranken bei verändernden Werknutzungen . . . . .	195

a) Infopaq: Flüchtige Vervielfältigung auch bei fehlender technischer Bedingtheit? . . . . .	195
b) Murphy: Technisch bedingte flüchtige Vervielfältigung . . . . .	196
c) Painer: Zitatrecht und Porträtfotografie . . . . .	197
d) Deckmyn: Definition des Parodiebegriffs . . . . .	197
e) Spiegel Online: Erweiterung des Zitatrechts auf besondere Formen des Zitats . . . . .	198
f) Pelham: Zitatrecht als Grundlage für flexible Beurteilung verändernder Werknutzungen? . . . . .	199
2. Extensive Schrankenauslegung bei verändernden Werknutzungen? . .	200
a) Nutzung zu Zwecken von Karikatur, Parodie und Pastiche . . . . .	201
b) Zitatrecht . . . . .	205
c) Unwesentliches Beiwerk . . . . .	208
3. Drei-Stufen-Test als möglicher Flexibilisierungsmechanismus? . . . .	209
4. Keine allgemeine Freistellung verändernder Werknutzungen auf Schrankenebene . . . . .	209
III. Zusammenfassung der Ergebnisse aus Kapitel 3 zur Behandlung verändernder Werknutzungen im europäischen Urheberrecht . . . . .	213

### Dritter Teil

#### Wege zum angemessenen Interessenausgleich bei verändernden Nutzungen von Computerprogrammen

Kapitel 4: Die Behandlung verändernder Übernahmen bei Computerprogrammen . . . . .	217
<i>A. Computerprogramme als besondere Werkkategorie des Urheberrechts</i> . . . . .	217
I. Ausgangspunkt: Unterschiede von Computerprogrammen zu klassischen Werkarten . . . . .	218
1. Technischer Charakter – Zweckgebundenheit – Wirtschaftliche Bedeutung . . . . .	218
2. Abkehr von der engen Bindung zwischen Urheber und Werk . . . . .	222
3. Beziehung zwischen Nutzer und Code als urheberrechtlichem Schutzobjekt . . . . .	225
4. Interessenlage bei verändernden Nutzungen von Computerprogrammen. . . . .	226
a) Rechtsinhaber: „Schöpfer“ vs. Softwarehersteller . . . . .	226
b) Werknutzer: Programmanwender und Softwareentwickler . . . . .	228
c) Allgemeinheit . . . . .	231
II. Bewusste Entscheidung für einen urheberrechtlichen Programmschutz . .	233

1. Urheberrecht und die Berücksichtigung programmspezifischer Besonderheiten . . . . .	233
2. Folge: Programmschutz als spezieller urheberrechtlicher Regelungsbereich . . . . .	235
III. Zentrale Regelungsziele und Schutzzweck der Computerprogramm-RL . . . . .	236
1. Investitionsschutz durch Ausschließlichkeitsrechte auf Rechtsinhaberseite . . . . .	236
2. Sicherstellung des freien Programmschaffens auf Nutzerseite . . . . .	238
3. Interoperabilität als zu sicherndes Allgemeininteresse . . . . .	240
4. Marktbezogene Betrachtung und Verkehrsfähigkeit von Computerprogrammen . . . . .	241
IV. Folge: Eigenständige Dogmatik und Auslegungspraxis der Computerprogramm-RL . . . . .	244
<i>B. Verändernde Werknutzungen im Anwendungsbereich der Computerprogramm-RL . . . . .</i>	<i>245</i>
I. Frühere Lösung des UrhG: Freie Benutzung auch für Computerprogramme . . . . .	246
II. Reichweite der Verwertungsrechte bei verändernder Nutzung von Computerprogrammen . . . . .	250
1. Voraussetzung: Schutzfähigkeit der betroffenen Programmbestandteile	251
a) Schutzobjekt des urheberrechtlichen Programmschutzes . . . . .	251
aa) Begriff des Computerprogramms . . . . .	251
(1) Steuerungselement als entscheidende Voraussetzung . . . . .	252
(2) Eigenständiger Schutz der Programmstruktur unter der Computerprogramm-RL? . . . . .	257
(3) Kein Schutz für Hybrids als Computerprogramme . . . . .	261
(4) Zusammenfassung und Ergebnisse . . . . .	264
bb) Begriff des Entwurfsmaterials . . . . .	265
b) Dem Programmschutz zugängliche Codeelemente . . . . .	269
aa) Schutzfähige Elemente: Alle Ausdrucksformen von Computerprogrammen . . . . .	269
bb) Schutzausschluss für Ideen und Grundsätze . . . . .	270
(1) Folge: Schutzausschluss bei bestehenden Freihaltebedürfnissen . . . . .	272
(2) Schutzausschluss auch für Schnittstellen? . . . . .	273
cc) Eigene geistige Schöpfung bei Computerprogrammen . . . . .	279
(1) Ausschluss technisch vorgegebener Gestaltungen und Spielraum für kreative Entscheidung . . . . .	281
(2) Schöpferprinzip bei Computerprogrammen und Investitionsschutzziel . . . . .	285

c) Ergebnis: Begrenzter Umfang urheberrechtsschutzfähiger Elemente des Programmcodes . . . . .	286
2. Verändernde Nutzung von Programmcode als Eingriff in	
Vervielfältigungs- und Umarbeitungsrecht . . . . .	288
a) Verhältnis zwischen Umarbeitungs- und Vervielfältigungsrecht . . . . .	288
b) Begriff der Umarbeitung . . . . .	291
aa) Erfordernis einer Veränderung des Programmcodes . . . . .	292
bb) Sonderfall: Umarbeitung des Entwurfsmaterials durch Erstellung des Programms? . . . . .	296
cc) Zusammenfassung . . . . .	299
c) Abgrenzung von Vervielfältigung und Umarbeitung . . . . .	300
aa) Abgrenzungsansätze für Vervielfältigung und Umarbeitung im deutschen Urheberrecht . . . . .	300
bb) Unionsrechtliche Vorgaben für Abgrenzung zwischen Umarbeitung und Vervielfältigung? . . . . .	301
cc) Umarbeitung bei vollständiger identischer Übernahme von Programmcode? . . . . .	302
d) Zusammenfassung . . . . .	303
3. Zusammenfassung der Ergebnisse . . . . .	304
III. Freistellung verändernder Nutzungen von Computerprogrammen durch Schrankenbestimmungen . . . . .	305
1. Ausnahmen der Computerprogramm-RL . . . . .	306
a) Besonderer Charakter der computerprogrammspezifischen Ausnahmebestimmungen . . . . .	306
b) Vervielfältigungs- und Umarbeitungshandlungen als bestimmungsgemäße Nutzung . . . . .	309
aa) Beispiel aus der Einleitung – Erste Fallkonstellation . . . . .	313
bb) Haftungsrechtliches Verhältnis von vertraglichen Bestimmungen und urheberrechtlichen Ausschließlichkeitsrechten . . . . .	314
cc) Beispiel aus der Einleitung – Zweite Fallkonstellation . . . . .	315
c) Tinkering-Ausnahme: Ausreichendes Mittel für den angemessenen Interessenausgleich? . . . . .	316
d) Erweiterung der bereichsspezifischen Ausnahmen durch die DSM-RL? . . . . .	317
e) Umarbeitungshandlungen und Dekompilierung i. S. d. Art. 6 Computerprogramm-RL . . . . .	318
f) Ergebnisse und Folgerungen . . . . .	319
2. Rückgriff auf Schranken katalog der InfoSoc-RL? . . . . .	320
a) Anwendbarkeit der InfoSoc-RL neben der Computerprogramm-RL . . . . .	320
b) Anwendbarkeit des Zitatrechts auf Computerprogramme? . . . . .	323

c) Anwendbarkeit der Schranke für Karikatur, Parodie, Pastiche auf Computerprogramme? . . . . .	325
d) Anwendbarkeit des Art. 5 Abs. 1 InfoSoc-RL . . . . .	326
e) Keine passende Schrankenbestimmung für umgearbeitete Computerprogramme . . . . .	326
3. Zusammenfassung und Ergebnisse . . . . .	327
IV. Zusammenfassung der Ergebnisse aus Kapitel 4 . . . . .	327
 Kapitel 5: Schutzgegenstandsbezogene Auslegung des Umarbeitungsrechts? . . . . .	 331
A. „Qualifikationsbedürfnis“ für das Umarbeitungsrecht? . . . . .	335
I. Funktion und Schutzzweck der Verwertungsrechte aus der Computerprogramm-RL . . . . .	336
1. Angemessene Vergütung als spezifischer Schutzgegenstand? . . . . .	336
2. Ausschließliche Verwertungsbefugnis und zeitliche Komponente . . . . .	338
II. Reichweite und Schutzzweck des Umarbeitungsrechts . . . . .	340
1. Schutzzweck des Umarbeitungsrechts . . . . .	341
a) Begründung des ursprünglichen Kommissions-Entwurfs . . . . .	341
b) Begründungsansätze in der Literatur . . . . .	342
c) Bedeutung der Nichtanwendbarkeit der Urheberpersönlichkeits- rechte auf Computerprogramme . . . . .	344
d) Folgerungen und Ergebnisse . . . . .	344
2. Praktische Implikationen für die Auslegung des Umarbeitungsrechts . . . . .	346
a) Technisch bedingte Umarbeitungen . . . . .	346
b) Starke Ausschließlichkeitsposition durch „Nachschaffungsfeindlichkeit“ . . . . .	346
c) Relativierung der Ausschließlichkeitsposition infolge Durchsetzungsschwierigkeiten . . . . .	347
3. Wirtschaftliche Auswirkungen von Umarbeitungen . . . . .	347
a) Auswirkungen auf die Markt- und Ausschließlichkeitsposition des Rechtsinhabers . . . . .	348
b) Vergleich: Wirtschaftliche Auswirkungen von durch Schrankenbestimmungen freigestellten verändernden Nutzungen . . . . .	350
c) Ökonomische Bedeutung verändernder Nutzungen aus Perspektive der Marktgegenseite . . . . .	352
d) Marktstruktur bei Computerprogrammen und Software-Anwendungen . . . . .	353
4. Zusammenfassung und Ergebnisse . . . . .	354
III. Zusammenfassung und Ergebnisse . . . . .	355

<i>B. Kriterien für die schutzgegenstandsbezogene Auslegung des Umarbeitungsrechts</i> . . . . .	357
<i>I. Anwendbarkeit bereits etablierter Kriterien des EuGH auf Computerprogramme?</i> . . . . .	357
1. Übertragbarkeit der Pelham-Kriterien auf Computerprogramme . . . . .	357
a) Grundrechtsabwägung: Bedeutung der unternehmerischen Freiheit?	358
b) „Wiedererkennbarkeit“ als verallgemeinerbares investitionsschutzbezogenes Kriterium? . . . . .	362
2. Verallgemeinerbarkeit der Kriterien des Rechts der öffentlichen Wiedergabe? . . . . .	364
a) Zweitverwertung als gemeinsames Charakteristikum . . . . .	364
b) Werknutzung vs. Werkverwendung als verallgemeinerbares Prinzip?	365
c) „Neues Publikum“ als Abgrenzungskriterium für verändernde Werknutzungen bei Computerprogrammen? . . . . .	367
3. Ergebnisse und Folgerungen . . . . .	368
<i>II. Lösungsansätze zum UrhG und ihre Anwendbarkeit auf Computerprogramme</i> . . . . .	368
1. Quantität der Übernahme als Maßstab für Vervielfältigung und Umarbeitung . . . . .	369
2. Wesentlich ähnliche Ausdrucksform (Art. 6 Abs. 2 lit. c) als Indiz? . . . . .	373
3. Wirtschaftliche Betrachtung von Umarbeitungskonstellationen . . . . .	375
a) Ausgangspunkt: Vom urheberrechtlichen Schutz von Computerprogrammen zum allgemeinen Prinzip einer wirtschaftlichen Betrachtung? . . . . .	375
b) Berücksichtigung im Rahmen des § 24 UrhG a.F. . . . .	376
aa) Wirtschaftliche Betrachtung für verändernde Übernahmen bei urheberrechtlich geschützten Gegenständen . . . . .	376
bb) Wirtschaftliche Betrachtung für verändernde Übernahmen bei leistungsschutzrechtlich geschützten Gegenständen . . . . .	378
cc) Wirtschaftliche Verwertungsmöglichkeit als Faktor für Bestimmung des Schutzbereichs . . . . .	380
4. Zusammenfassung und Folgerungen . . . . .	382
<i>C. Zusammenfassung der Ergebnisse aus Kapitel 5</i> . . . . .	383
 Kapitel 6: Vorschlag eines schutzgegenstandsbezogenen Auslegungskriteriums für das Umarbeitungsrecht . . . . .	 385
<i>A. Ausgangspunkt: Beeinträchtigung der Amortisierungsmöglichkeit</i> . . . . .	386
<i>B. Auswirkungen auf den Markt für das Ursprungsprogramm</i> . . . . .	388
<i>I. Bestimmung des relevanten Marktes (Marktabgrenzung)</i> . . . . .	388

1. Kartellrechtliche Maßstäbe für die Marktabgrenzung als Ausgangspunkt . . . . .	388
a) Marktbegriff . . . . .	388
b) Sachlich relevanter Markt . . . . .	389
c) Räumlich relevanter Markt . . . . .	391
2. Bestimmung des relevanten Markts für das Ursprungsprogramm bei Umarbeitungsfällen . . . . .	392
a) Übertragbarkeit der kartellrechtlichen Grundsätze auf die Marktdefinition im Urheberrecht . . . . .	392
b) Marktabgrenzung und Besonderheiten des Geistigen Eigentums . .	393
c) Sachlich relevanter Markt . . . . .	393
aa) Bezugspunkt für die Marktabgrenzung in Umarbeitungsfällen .	394
bb) Lizenzmarkt . . . . .	396
(1) Urheberrechtliche Lizenzierungspraxis von Programmcodes	397
(2) Kein eigenständiger Markt für grundsätzlich lizenzierbare Codeteile? . . . . .	398
(3) Berücksichtigung potenzieller Märkte? . . . . .	400
(4) Berücksichtigung potenzieller Märkte im Rahmen des US-amerikanischen fair use: Möglicher Anknüpfungspunkt?	401
(5) Ergebnis: Definition der zu berücksichtigenden potenziellen Lizenzmärkte . . . . .	404
cc) Anwenderseitiger Produktmarkt . . . . .	406
(1) Primär- und Sekundärmärkte vs. Systemmarkt? . . . . .	409
(2) Einheitlicher Markt oder mehrere Märkte bei funktioneller Überschneidung . . . . .	410
(3) Berücksichtigungsfähige potentielle Märkte . . . . .	412
dd) Zeitliche Komponente . . . . .	412
d) Räumlich relevanter Markt . . . . .	413
e) Zusammenfassung und Ergebnisse . . . . .	413
3. Zusammenfassung . . . . .	414
II. Beeinträchtigung der Amortisierungsmöglichkeit durch Auswirkungen auf den Markt des Ursprungsprogramms . . . . .	414
1. Abstrakte vs. konkrete Beeinträchtigung . . . . .	415
2. Lizenzmarkt . . . . .	416
3. Anwenderseitiger Produktmarkt . . . . .	417
a) Fallgruppe 1: Konkurrenz von Primär- und Sekundärprogramm auf gleichem (Primär-)Markt . . . . .	417
aa) Substitution des Ursprungsprogramms . . . . .	417
bb) Berücksichtigung ersparter Aufwendungen auf Nutzerseite? . .	419
cc) Zeitliches Element . . . . .	422
dd) Ergebnis und Folgerungen . . . . .	425

b) Fallgruppe 2: Angebot des umgearbeiteten Programms auf Sekundär- bzw. Folgemarkt . . . . .	426
aa) „Automatische“ Zuordnung von Sekundärmärkten an den Rechtsinhaber? . . . . .	427
bb) Berücksichtigung ersparter Aufwendungen? . . . . .	429
cc) Abgeleitete Märkte im Entwurf eines „International Instrument on Permitted Uses in Copyright Law“ . . . . .	430
dd) Folgefrage: Privilegierung des „berechtigten Nutzers“? . . . . .	431
ee) Zusammenfassung . . . . .	433
c) Fallgruppe 3: Angebot auf einem eigenständigen Markt (der kein Folgemarkt ist) . . . . .	433
d) Weitere zu berücksichtigende Faktoren? . . . . .	434
aa) Berücksichtigung besonderer Nutzungszwecke, insbesondere Interoperabilität? . . . . .	434
bb) Marktbeschädigung bzw. -versagen? . . . . .	435
4. Umsetzung von Entwurfsmaterial in Programmcodeform . . . . .	436
5. Verändernde Nutzung zum privaten Gebrauch bzw. ohne Gewinnerzielungsabsicht . . . . .	436
C. <i>Beispiel aus der Einleitung: Anwendung der vorgeschlagenen    Abgrenzung</i> . . . . .	439
I. Erste Fallkonstellation: Umarbeitung des Programmcodes zu eigenen Nutzungszwecken bei vertraglicher Untersagung . . . . .	439
II. Zweite Fallkonstellation: Vermarktung der Umarbeitung mit erweiterten Funktionen . . . . .	440
III. Dritte Fallkonstellation: Umarbeitung zu Interoperabilitätszwecken . . . . .	441
D. <i>Prüfungsschema für die schutzgegenstandsbezogene Konkretisierung    des Umarbeitungsrechts</i> . . . . .	442
E. <i>Potentielle Folge: Stärkung der Lizenzmärkte?</i> . . . . .	442
F. <i>Zusammenfassung der Ergebnisse aus Kapitel 6</i> . . . . .	444
 Kapitel 7: Einordnung des Definitionsvorschlags in das Schutzsystem des Urheberrechts und Ausblick . . . . .	 447
A. <i>Fehlende Bezugnahme auf eigene geistige Schöpfung als    Schutzgegenstand?</i> . . . . .	447
B. <i>Aushöhlung des Programmschutzes?</i> . . . . .	448
C. <i>Alternativer Vorschlag de lege ferenda:    Computerprogrammspezifische Schranke?</i> . . . . .	449
D. <i>Verhältnis zu urheberrechtlichen Ansprüchen bzw. zur    Rechtsfolgenseite?</i> . . . . .	452

<i>E. Marktabgrenzung als (zu) kompliziertes Vorgehen in der Praxis? . . .</i>	454
<i>F. Ergebnis: Vereinbarkeit mit Grundsätzen des urheberrechtlichen Schutzsystems . . . . .</i>	455
Zusammenfassung in Thesen . . . . .	457
<i>A. Unionsrechtliche Harmonisierung und angemessener Interessenausgleich . . . . .</i>	457
<i>B. Verändernde Werknutzungen und der urheberrechtliche Status quo . . .</i>	459
<i>C. Wege zum angemessenen Interessenausgleich bei verändernden Nutzungen von Computerprogrammen . . . . .</i>	461
Literaturverzeichnis . . . . .	467
Sachregister . . . . .	491



# Einführung

## A. Ausgangspunkt und Gegenstand der Untersuchung

### *I. Auf den Schultern von Riesen*

„If I have seen further it is by standing on the shoulder of giants.“<sup>1</sup>

Kreatives Schaffen ist nicht ohne das Aufbauen auf Vorbekanntem möglich.<sup>2</sup> Neue Werke entstehen nicht im „luftleeren Raum“,<sup>3</sup> Schöpfer werden nicht „ex nihilo“<sup>4</sup> tätig. Als Anregung und Grundlage für eigene geistige Schöpfungen, die den Gegenstand des urheberrechtlichen Schutzes darstellen, dienen bereits bestehende Gestaltungen, die vielfach ihrerseits urheberrechtlich geschützte Werke sind. Werke sind neben den durch den Urheber „neu“ hinzugefügten schöpferischen Bestandteilen von der Inspiration und dem Erkenntnisgewinn geprägt, die sich aus der Auseinandersetzung mit vorhandenem Werkschaffen ergeben. Dies gilt für die klassischen urheberrechtlichen Schutzgegenstände der Literatur,<sup>5</sup>

---

<sup>1</sup> Dieses Zitat wird *Isaac Newton* zugeschrieben bzw. wurde von diesem jedenfalls verwendet. Zit. nach *Lemley*, 75 *Texas Law Review* 1997, 989 (997) Fn. 30, der für den Bereich des „computer law“ sogar auf die Verwendung als „OTSOG (‘On the Shoulders of Giants’) principle“ hinweist.

<sup>2</sup> BGH Urt. v. 30.04.2020 – I ZR 115/16, GRUR 2020, 843, Rn. 34 – Metall auf Metall IV; *Dreier/Schulze/Schulze*, 6. Aufl., § 24 Rn. 1; *Schricker/Loewenheim/Loewenheim*, 6. Aufl., § 24 Rn. 1; *Dreier/Leistner*, GRUR 2013, 881 (882); *Geiger*, GRUR Int 2008, 459 (463); *Grünberger*, ZUM 2015, 273 (277); *Hilty*, in: Ohly/Klippel (Hrsg.), S. 118f. *Loewenheim*, in: FS Ahrens, S. 247; *Stieper*, AfP 2015, 301 (301); *Torremans*, in: FS Rosén, S. 806; *Wielsch*, S. 31 ff.; *Wielsch*, ZGE 2013, 274 (294). S. a. *Kitch*, 53 *Vanderbilt Law Review* 2000, 1727 (1739); *Landes/Posner*, 18 *Journal of Legal Studies* 1989, 325 (332f.); *Lemley*, 75 *Texas Law Review* 1997, 989 (997); *Netanel*, 106 *Yale Law Journal* 1996, 283 (303); *Samuelson*, 101 *Georgetown Law Journal* 2013, 1505 (1506 ff.).

<sup>3</sup> *Dreier/Schulze/Schulze*, 6. Aufl., § 24 Rn. 1; *Lemley*, 75 *Texas Law Review* 1997, 989 (997).

<sup>4</sup> *Dreier*, GRUR 2011, 1059 (1060); s. a. *Rehbinder/Peukert*, Rn. 73.

<sup>5</sup> Klassische Beispiele hier sind etwa Fortsetzungen, Prequels etc. Zur urheberrechtlichen Problematik grundlegend BGH Urt. v. 29.4.1999 – I ZR 65/96, GRUR 1999, 984 – Laras Tochter; dazu *Loewenheim*, in: FS Ahrens, S. 249 f.; zu Fortsetzungen urheberrechtlich geschützter Werke u. a. *Schmidt-Hern*, S. 48 ff.

Kunst und Musik,<sup>6</sup> bei stärker zweckgebundenen Gestaltungen wie wissenschaftlichen Werken<sup>7</sup> ebenso wie bei der Entwicklung von Computerprogrammen als gänzlich technisch geprägten Schöpfungen.<sup>8</sup>

Zwar kann ein Schöpfer stets auf gemeinfreie Güter bzw. Elemente, die nicht oder nicht mehr<sup>9</sup> urheberrechtlich geschützt sind, zurückgreifen.<sup>10</sup> Dies alleine ist jedoch, insbesondere aufgrund der urheberrechtlichen Schutzdauer von 70 Jahren p. m. a., nicht ausreichend.<sup>11</sup> Dem Urheberrecht, aber auch den anderen Rechten des Geistigen Eigentums<sup>12</sup> ist deshalb die Wertung immanent, dass Aufgreifen und Weiterentwickeln von bestehenden Werken ein wesentlicher Bestandteil von gesellschaftlichem und technischem Fortschritt und Innovation sind. Auch ökonomisch betrachtet liegt es im Interesse der Allgemeinheit, ein „Maximum“ neuen Werkschaffens zu fördern, das wiederum neuen Schöpfern „erkenntnismehrend“ als Basis dienen kann.<sup>13</sup>

---

<sup>6</sup> Als Beispiel sei Mozarts „Hochzeit des Figaro“ genannt, s. *Nordemann*, GRUR 1964, 117 (117), dort auch mit weiteren Beispielen. Während sich die „Übernahme“ als spezifische Ausdrucksform sowohl in der Kunst, u. a. in Form der Collage (dazu *Czernik*) oder der sog. Appropriation Art (dazu *Huttenlauch*; *E. Bauer*; *Peifer*, in: FS Wandtke, S. 99 ff.) bzw. sonstigen modernen Kunstformen (s. *Fischer*), als auch in der Musik durch Remixing, Sampling, Mash-Ups etc. (s. dazu *Häuser*; *Salagean*; *Gelke*; *Döhl*; *Pötzlberger*) sowie im Bereich des User Generated Content (dazu *C. Bauer*, UGC, für den speziellen Fall der „Fan Art“ s. *Summerer* sowie *Peifer*, in: FS Wandtke, S. 99 ff.) etabliert haben, stoßen die Wertungen des Urheberrechts dort an ihre Grenzen.

<sup>7</sup> S. ausführlich *van Elten*.

<sup>8</sup> Zum Aufbauen auf Vorbekanntem im Bereich des Patentrechts *Krusemarck*, S. 9 ff.; *Wegmann*, S. 337.

<sup>9</sup> Zu urheberrechtlichen Werken nach Ablauf der Schutzfrist ausführlich *Stang*, passim.

<sup>10</sup> *Schricker/Loewenheim/Loewenheim*, 6. Aufl., § 24 Rn. 1.

<sup>11</sup> *Wandtke/Bullinger/Bullinger*, 5. Aufl., § 24 Rn. 1; *Lemley*, 75 Texas Law Review 1997, 989 (991); *Kreutzer*, S. 373 ff.; vgl. *Krusemarck*, S. 319; *Wegmann*, S. 38.

<sup>12</sup> Auch Marken-, Design- und Patentrecht als weitere Rechte des Geistigen Eigentums kennen entsprechende Wertungen. Dementsprechend liegt ein Eingriff in den Schutzbereich im Patentrecht nur bei *äquivalenter Benutzung* (§ 14 PatG) bzw. im Markenrecht nur bei Verwendung in *ähnlicher Form* (§ 14 II Nr. 2 MarkenG) oder im Designrecht nur bei übereinstimmendem Gesamteindruck (§ 38 I 2 DesignG) vor, s. *Ohly*, GRUR 2017, 964 (967) sowie ZUM 2021, 745 (746). Zum Patentrecht sowie dem Gebrauchsmusterrecht ausführlich, *Wegmann*, S. 338 ff. Grundlegend zur Reichweite der Patentansprüche aus ökonomischer Perspektive etwa *Merges/Nelson*, 90 Columbia Law Review 1990, 839; in Bezug auf Weiterentwicklungen i. S. v. „improvement“, *Lemley*, 75 Texas Law Review 1997, 989 (1000 ff.).

<sup>13</sup> *Hilty*, GRUR 2009, 633 (636).

## II. Inspiration, Innovation, Imitation und das Urheberrecht

Aufgabe des Urheberrechts ist es folglich nicht nur, den Schutz des Rechtsinhabers zu gewährleisten, sondern zugleich hinreichenden Freiraum für Inspiration und Innovation aufrecht zu erhalten. In diesem Spannungsfeld stehen sich das Interesse des Rechtsinhabers an einer umfassenden Kontrolle über die Nutzung seines Werks und der Partizipation an dieser sowie das Interesse von Nutzern und Allgemeinheit an möglichst umfassendem Zugang zu Werken als Anregung und Grundlage für eigenes schöpferisches Tätigwerden gegenüber.<sup>14</sup> Diese Interessen müssen durch die urheberrechtlichen Regelungen und ihre Anwendung miteinander in Ausgleich gebracht werden.

Verändernde Werknutzungen stellen das Urheberrecht vor die Herausforderung, die äußere Grenze des Schutzbereichs, mithin seine „Konturen“ genauer zu definieren.<sup>15</sup> Wo die Trennlinie zwischen gewünschtem Aufbauen auf Vorbestandem und dem Ausnutzen fremder Schöpfungen, also zwischen urheberrechtlich erlaubter Inspiration und „unerwünschter“ Imitation,<sup>16</sup> verläuft, lässt sich aber nicht im Sinne einer allgemeingültigen Definition für jegliche Werk- und Nutzungsarten festlegen, da eine Grenzziehung stark einzelfallabhängig ist. Die äußeren Grenzen des urheberrechtlichen Schutzbereichs stellen sich deshalb verschwommen dar. Aus dieser Rechtsunsicherheit resultieren an den Randbereichen des urheberrechtlichen Gewährleistungsgehalts *chilling effects*, die es einzuhegen gilt.<sup>17</sup>

Will man die Reichweite des urheberrechtlichen Schutzbereichs für verändernde Nutzungen definieren, wirft dies die Fragen auf, wo diese Grenzziehung dogmatisch zu verorten und anhand welcher Kriterien sie vorzunehmen ist. Denn zunächst versetzen die in Form von *property rules* gestalteten urheberrechtlichen Ausschließlichkeitsrechte den Rechtsinhaber in die Lage, die Nutzung von geschützten Werken, ganz oder in Teilen, im Wege eines Unterlassungsanspruchs zu untersagen. Die Ausschließlichkeitsposition des Rechtsinhabers besteht aber nicht uneingeschränkt, da dieser andernfalls jegliche auf seinem Werk aufbauende Weiterentwicklung zu Lasten von neuem Werkschaffen bzw. kulturellem, in-

---

<sup>14</sup> Dreier/Schulze/Schulze, 6. Aufl., § 24 Rn. 1; Wegmann, S. 38; Krusemarck, S. 319; s. a. Dreier, GRUR 2011, 1059 pointiert zu „Copy & Paste“.

<sup>15</sup> Leistner, ZGE 2009, 403 (419); Ohly, in: Hugenholtz, S. 97 f.

<sup>16</sup> „Unerwünscht“ i. d. S. ist eine Imitation im Urheberrecht natürlich lediglich während der Schutzdauer und soweit gerade kein Fall einer „erwünschten“ Imitation gegeben ist (etwa in Form einer Parodie, die durch eine entsprechende Schrankenbestimmung freigestellt ist, dazu näher unten S. 201 ff.).

<sup>17</sup> Peifer, in: FS Wandtke, S. 105; allgemein Leistner, ZGE 2009, 403 (419); s. a. Schlussanträge GA Saugmandsgaard Øe v. 15.7.2021 – C-401/19 – Polen/Europ. Parlament, Rn. 187.

novativem Fortschritt verhindern könnte.<sup>18</sup> Dies ist deshalb gerechtfertigt, da jeder Urheber, dessen Werk als Inspiration und Anregung verwendet wurde, selbst auf bestehenden fremden Schöpfungen aufbauen konnte.<sup>19</sup>

### III. Computerprogramme und das „On the Shoulders of Giants Principle“

Nicht nur den klassischen urheberrechtlich geschützten Werkarten, sondern auch Computerprogrammen ist das „On the Shoulders of Giants principle“,<sup>20</sup> also das Zurückgreifen auf vorbestehendes Schaffen, inhärent. Der urheberrechtliche Schutz von Computerprogrammen wurde geschaffen, um den erheblichen Investitionsaufwand, der für die Entwicklung von Computerprogrammen erforderlich ist, auf Rechteinhaberseite durch ein Ausschließlichkeitsrecht abzusichern. Bedeutung hat dieses Ziel erst recht in einer digitalen, datengetriebenen Gesellschaft und Wirtschaft, deren Grundlage Computerprogramme als „Werkzeuge“ für die Nutzung von elektronischen Geräten und deren Interaktion bzw. Kommunikation miteinander bilden. Ergänzt wird dieser Schutz zwar durch den Patentschutz für computerimplementierte Erfindungen sowie den Schutz von Programmcodes als Geschäftsgeheimnis; diese decken jedoch jeweils andere Aspekte ab:<sup>21</sup> Während das Patentrecht die zugrunde liegende technische Lehre schützt und nicht Programme für Datenverarbeitungsanlagen als solche,<sup>22</sup> der

<sup>18</sup> Wandtke/Bullinger/Bullinger, 5. Aufl., § 24 Rn. 1; Schricker/Loewenheim/Loewenheim, 6. Aufl., § 24 Rn. 1; zuletzt BGH Urt. v. 30.4.2020 – I ZR 115/16, GRUR 2020, 843, Rn. 34 – Metall auf Metall IV.

<sup>19</sup> Vgl. Schricker/Loewenheim/Loewenheim, 6. Aufl., § 24 Rn. 1; Dreier/Schulze/Schulze, 6. Aufl., § 24 Rn. 1; BeckOK UrhR/Ahlberg/Lauber-Rönsberg, 31. Ed., § 24 Rn. 1; Loewenheim, in: FS Ahrens, S. 247.

<sup>20</sup> So Lemley, 75 Texas Law Review 1997, 989 (997) Fn., 30, s. bereits Kap. 1 Fn. 1.

<sup>21</sup> Fromm/Nordemann/Czychowski, 12. Aufl., vor §§ 69a Rn. 22 f.; s. ausführlich Schricker/Loewenheim/Spindler, 6. Aufl., vor §§ 69a ff. Rn. 8 ff.

<sup>22</sup> Aufgrund des Schutzausschlusses von Programmen für Datenverarbeitungsanlagen (§ 1 Abs. 3 lit. 3 PatG), setzt dies hinreichende Technizität voraus. Zur Entwicklung der daraus resultierenden Abgrenzungsfragen sowie zur unterschiedlichen Entscheidungspraxis von BGH und EPA ausführlich Schwarz/Kruspig, S. 52 ff., 123 ff. S. i. Ü. Horns, GRUR 2001, 1 (2 ff.); Leistner, in: Depenheuer/Peifer, S. 198 ff. Für eine empirische Analyse s. etwa Studie von Blind et al., passim, aus ökonomischer und juristischer Perspektive. Aktuell diskutiert in diesem Zusammenhang wird insbesondere die Patentierbarkeit von computerprogrammmbasierten Simulationsverfahren (s. Moufang, GRUR Int 2018, 1146 sowie die Entscheidung des EPA (GBK) v. 10.3.2021 – G 0001/19 und dazu Anm. Zech, GRUR 2021, 940) und von Anwendungen künstlicher Intelligenz (s. Ménière/Pihlajamaa, GRUR 2019, 332; Baldus, MitttdPatA 2020, 51), da jeweils die Grundsätze für computerimplementierte Erfindungen maßgeblich sind (s. für KI und ML ausdrücklich EPA, Richtlinien für die Prüfung, G-II. 3.3.1, abrufbar unter: [https://www.epo.org/law-practice/legal-texts/html/guidelines/d/g\\_ii\\_3\\_3\\_1.htm](https://www.epo.org/law-practice/legal-texts/html/guidelines/d/g_ii_3_3_1.htm)).

Geheimnisschutz zwar erhebliche praktische Bedeutung hat,<sup>23</sup> aber kein Exklusivrecht gewährt,<sup>24</sup> erstreckt sich der urheberrechtliche Programmschutz auf die konkrete Ausdrucksform eines Computerprogramms, mithin den Programmcode (sowohl in Quell- als auch Objektcodeform).

Bei verändernden Nutzungen von urheberrechtlich geschütztem Programmcode tritt zu den ohnehin im gesamten Urheberrecht schwierigen Abgrenzungsfragen eine Vielzahl weiterer Ebenen hinzu: Bei Computerprogrammen handelt es sich um eine Werkart, die eine Sonderstellung im System des Urheberrechts einnimmt. Mit der Richtlinie über den Rechtsschutz von Computerprogrammen<sup>25</sup> besteht für sie ein eigenständiges, bereichsspezifisches Regelungsregime. Überdies erlangt die lizenzvertragliche Ebene besondere praktische Bedeutung, denn Konzepte wie „Werkgenuss“ und „Eigentum“ stoßen bei Computerprogrammen an ihre Grenzen. Gleichzeitig besteht ein allgemeines Innovationsinteresse und Bedürfnis an interoperablen und sich an neue technische Gegebenheiten anpassenden Programmen. Da die Entwicklung von Computerprogrammen einer hohen Innovationsgeschwindigkeit unterliegt,<sup>26</sup> vermag der Ablauf der Schutzdauer alleine erst recht nicht für ausreichenden Freiraum sorgen. Die Definition des urheberrechtlichen Schutzbereichs und der angemessene Ausgleich der betroffenen Interessen von Rechtsinhaber, Nutzer und Allgemeinheit bei der verändernden Nutzung von Computerprogrammen muss somit noch weitere Gesichtspunkte und Konstellationen auffangen, als es im klassischen Urheberrecht der Fall ist.

Das Zurückgreifen auf geschützte Programmcodes und ihre Weiterentwicklung kann in verschiedensten Konstellationen auftreten: Ein berechtigter Nutzer, der Nutzungsrechte an einem Programm erworben hat, möchte dieses an seine Bedürfnisse anpassen und greift dafür ändernd in den Programmcode ein, arbeitet ihn mithin um. Programmcode bzw. bestimmte Codeteile dienen als Grundlage für eine Weiterentwicklung, Verbesserung oder Erweiterung und münden in ein neues Programm. Die Nutzung von geschützten Codebestandteilen kann aber auch erforderlich sein, um die Interoperabilität mit einem anderen Programm oder Hardware-Komponenten herzustellen. Ein *standing on the shoulder* ist aufgrund des technischen Charakters und der Funktionsbezogenheit von Computerprogrammen somit praktisch noch bedeutsamer. Dies verdeutlicht die Praxis der Softwareentwicklung, in der die Verwendung von bestehenden Codekomponen-

---

<sup>23</sup> S. *Lehmann*, NJW 1993, 1822 (1824), wonach Quellcode „zu den bestgeschütztesten (sic) Geheimnissen rund um eine Software“ gehört.

<sup>24</sup> Köhler/Bornkamm/Fedderson/*Alexander*, 40. Aufl., § 1 GeschGehG Rn. 13.

<sup>25</sup> Richtlinie 2009/24/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 23.4.2009 über den Rechtsschutz von Computerprogrammen (im Folgenden: Computerprogramm-RL).

<sup>26</sup> S. etwa *Leistner*, in: *Deppenheuer/Peifer*, S. 190; *Marly*, Praxishandbuch, 7. Aufl., Rn. 34 ff.; *Kreutzer*, S. 378 ff.

ten elementarer Bestandteil ist. Hinzu treten die bereits erwähnten Interoperabilitätsgesichtspunkte. Überdies führt die stetig wachsende Bedeutung von Open Source Software zu einer im Gegensatz zu proprietären Strukturen erheblich größeren Verfügbarkeit und Zugänglichkeit von Quellcode als Grundlage für weiterentwickelndes Schaffen.<sup>27</sup>

Art. 4 Abs. 1 lit. b Computerprogramm-RL (bzw. § 69c Nr. 2 UrhG) ordnet dem Rechtsinhaber ausdrücklich das ausschließliche Recht zur Umarbeitung zu. Es trifft jedoch keine Aussage darüber, wie weit diese Verwertungsbefugnis reichen soll.<sup>28</sup> Dies würde auf den ersten Blick bedeuten, dass grundsätzlich jede verändernde Nutzung von urheberrechtlich geschütztem Programmcode, auch wenn sie nur in der Übernahme eines sehr kurzen, aber für sich genommen schutzfähigen Codeteils besteht,<sup>29</sup> als Urheberrechtsverletzung zu werten ist, die der Rechtsinhaber in Durchsetzung seiner Ausschließlichkeitsrechte untersagen kann. Aber kann dies im Lichte des Vorgesagten tatsächlich die Antwort des Urheberrechts sein?

Die Zweifel an diesem Ergebnis sollen abstrakt an folgendem Beispiel illustriert werden, das später in der Untersuchung wieder aufgegriffen werden wird.<sup>30</sup>

Softwarehersteller A (zugleich Rechtsinhaber) räumt dem Kunden K Rechte für die Nutzung eines Softwarepakets für zentralisiertes Projektmanagement ein. Der Lizenzvertrag untersagt K („Umfang der Lizenz“) ausdrücklich, das Softwarepaket unmittelbar oder mittelbar zu vervielfältigen, es zu dekompileieren und/oder daran Maßnahmen des Reverse-Engineering durchzuführen sowie die Software zu ändern, zu korrigieren oder anzupassen sowie unmittelbar oder mittelbar sekundäre und ergänzende Werke in Bezug auf diese Software zu erstellen.

a) Da das Programm gewisse Projektabläufe bei K nicht umfassend wiederzugeben vermag, erstellt K für seine eigenen Nutzungszwecke unter Änderung des Quellcodes selbst einige neue, für seine Geschäftsabläufe geeignete Formulare.

In Fallkonstellation a) stellt sich die Frage, wie weit die eingeräumten Rechte von K, der „berechtigter“ Programmnutzer ist, reichen sollen. Einerseits handelt es sich um eine Umarbeitung, die den Kern der „bestimmungsgemäßen“ Benutzung des Programms durch K betrifft. Zugleich hat A jedoch explizit jegliche

<sup>27</sup> Open Source-rechtliche Fragen, wie etwa zur Infektionswirkung bei Copyleft-Lizenzen bleiben für die Zwecke der vorliegenden Untersuchung grundsätzlich außer Betracht und sollen nur an einigen relevanten Stellen im Sinne eines weiterführenden Ausblicks in Bezug genommen werden.

<sup>28</sup> Vgl. Fromm/Nordemann/Czychowski, 12. Aufl., vor §§ 69a ff. Rn. 16.

<sup>29</sup> Man denke nur an die – unter den Voraussetzungen des Werkbegriffs –grundsätzlich in Betracht kommende Schutzfähigkeit eines elf Wörter langen Textauszugs, s. EuGH Urt. v. 16.7.2009 – C-5/08, GRUR 2009, 1041 – Infopaq.

<sup>30</sup> Als Ausgangspunkt dient der dem Verfahren IT Development zugrunde liegende Sachverhalt, s. EuGH Urt. v. 18.12.2019 – C-666/18, GRUR 2020, 186.

Umarbeitungen vertraglich untersagt. Wie verhalten sich verändernde Nutzungen also in Verhältnis zu einer grundsätzlich berechtigten Nutzung durch den Lizenznehmer?

b) K hat nach und nach immer weitere Änderungen am Programmcode vorgenommen, die sich nicht mehr nur auf das Ergänzen von Formularen beschränken. Vielmehr wurden dem Programm neue Funktionen hinzugefügt und unter anderem die Anbindung an wichtige branchenspezifische Programme ermöglicht. Nachdem die Weiterentwicklung zum „neuen“ Programm mit erheblichem Aufwand und Kosten verbunden war, möchte K dieses auf dem Markt anbieten, da auch andere Anwender aus seiner Branche entsprechende Nutzungsbedürfnisse zu haben scheinen und folglich potentielle Abnehmer darstellen würden.

In Fallkonstellation *b)* ist die Position von K noch schwieriger einzuordnen. Zunächst geht es nicht mehr nur um die Benutzung des Programms, für die A Nutzungsrechte eingeräumt hat, sondern um eine Weiterentwicklung des Programms. Einerseits geht diese über ein bloßes Ausnutzen der Leistung von A hinaus, da durch die Veränderung des Programmcodes neue Funktionen hinzugefügt wurden. Andererseits verwendet K jedenfalls Teile des Programmcodes von A als Grundlage für das neue Programm. Wo also ist hier die Grenze zwischen urheberrechtsrelevanter Umarbeitung und sich außerhalb des Schutzbereichs bewegender Weiterentwicklung zu ziehen und vor allem, anhand welcher Kriterien?

c) K arbeitet den Programmcode nicht zu eigenen Zwecken um, sondern verwendet Codebestandteile aus dem Programm von A lediglich aus Interoperabilitätszwecken, damit er ein bereits bestehendes eigenes Programm über eine Schnittstelle an das Programm von A anbinden kann.

Fallkonstellation *c)* unterscheidet sich von lit. *b)* dadurch, dass K gerade nicht auf dem Programm des A als solchem aufbaut, sondern lediglich Schnittstellencode übernimmt, um Interoperabilität mit einem anderen Programm herzustellen. Hier tritt der Konflikt zwischen Kontrollinteresse des Rechtsinhabers und dem Interoperabilitätsinteresse auf Seiten von Nutzern und Allgemeinheit zutage. Dass das Kontrollinteresse des Rechtsinhabers aus urheberrechtlicher Perspektive stets überwiegen soll, überzeugt indessen schon bei einem Gedanken an die kartellrechtliche Behandlung von Interoperabilitätssachverhalten nicht.

Bereits aufgrund dieser ersten, bewusst allgemein gehaltenen Überlegungen scheint das Ergebnis, dass ein Rechtsinhaber jegliche verändernde Nutzung eines urheberrechtlich geschützten Programmcodes verhindern kann, in Widerspruch zu dem mit dem durch das Urheberrecht zu gewährleistenden Freiraum für Inspiration und Innovation sowie dem angemessenen Ausgleich der Interessen von Rechtsinhaber, Nutzer und Allgemeinheit zu stehen.

Die vorliegende Arbeit stellt sich deshalb der Herausforderung, eine äußere Grenze des urheberrechtlichen Schutzbereichs für Computerprogramme zu defi-

nieren und dadurch Leitlinien und Kriterien für die Beurteilung von verändernden Werknutzungen in diesem spezifischen Bereich zu erarbeiten.

## B. Begriffsbestimmungen und Eingrenzung des Forschungsgegenstands

### 1. Begriff der verändernden Werknutzung

In der Literatur wird eine Vielzahl unterschiedlicher Begriffe verwendet, um das Phänomen verändernder Werknutzungen zu beschreiben. Teilweise werden diese als „transformative“<sup>31</sup> oder „modifizierende Nutzungen“<sup>32</sup> beschrieben. Diese Umschreibung legt den Schwerpunkt auf die Tätigkeit desjenigen, der auf ein bestehendes Werk zurückgreift und es modifiziert bzw. transformiert. Verwendet werden unter Bezugnahme auf die neu entstehende Schöpfung ferner die Begriffe „nachschafter Werke“<sup>33</sup>, „abhängige Schöpfung“<sup>34</sup> oder „abgeleitete“ bzw. „derivative“ Werke. Mit impliziter Betonung einer künstlerischen Gestaltung wird oftmals der Begriff der „kreativen Nutzungen bzw. Umgestaltungen“ gewählt.<sup>35</sup>

Für die vorliegende Untersuchung soll der weitgehend neutrale Begriff der „verändernden Werknutzung“ gewählt werden.<sup>36</sup> Dieser betont zum einen, dass es lediglich um Fälle geht, in denen schutzfähige Werke bzw. Werkteile genutzt werden. Denn die Übernahme nicht schutzfähiger Elemente stellt *per se* keine urheberrechtsrelevante Handlung dar. Des Weiteren legt der Begriff der verändernden Werknutzungen weniger Gewicht auf die Handlung bzw. das Ergebnis desjenigen, der ein Werk bzw. Werkteil benutzt. Grund dafür ist, dass es nach hier vertretener Auffassung nicht vorrangig auf das Hinzufügen neuer Elemente oder das Entstehen eines neuen Werkes ankommt. Vielmehr geht es um die Reichweite der Ausschließlichkeitsposition des Rechtsinhabers und die Frage, inwieweit sich diese auf nicht-identische, verändernde Nutzungen erstreckt. Dies betonen zwar auch die Begriffe der transformativen bzw. modifizierenden Nutzung. Allerdings scheint „verändernde Werknutzung“ besser widerzuspiegeln, dass es sich dabei auch schlicht um die Übernahme von Werkteilen handeln

<sup>31</sup> Etwa *Senfileben*, ZUM 2019, 369 (373); *Stieper*, GRUR 2020, 792 (793), der von „transformativ-kreativen Nutzungen“ spricht.

<sup>32</sup> So etwa *Leistner*, GRUR 2014, 1145 (1148 f.).

<sup>33</sup> Dies verwendet u. a. *Summerer*, etwa S. 171 ff.

<sup>34</sup> S. etwa *Krusemarck*, passim.

<sup>35</sup> Etwa *Ohly*, GRUR 2020, 851 (852); *Lauber-Rönsberg*, ZUM 2020, 733 (738).

<sup>36</sup> Ähnlich *Schricker/Loewenheim/von Ungern-Sternberg*, 6. Aufl., § 15 Rn. 32 ff.: „Nutzung des Werkes in veränderter Gestalt“.

kann. „Transformative Nutzung“ weist im Übrigen große Nähe zum US-amerikanischen Konzept des *transformative use* als Fallgruppe des *fair use* auf. „Kreative“ Nutzung dagegen passt nur bedingt auf Computerprogramme. Die Begriffe der „freien Benutzung“ bzw. der „Bearbeitung“ sind zu sehr mit dem Konzept des deutschen Urheberrechts verbunden, als dass sie wertungsneutral verwendet werden können.<sup>37</sup>

## II. Eingrenzung des Forschungsgegenstands: Zugang vs. Nutzung

Grundvoraussetzung für die Umarbeitung eines Computerprogramms ist zunächst der faktische Zugang zu urheberrechtlich geschütztem Programmcode. Für die rechtliche Bewertung und die hier thematisierte Fragestellung ist sorgsam zwischen dem Zugang zu einem urheberrechtlich geschützten Werk einerseits und der Nutzung dieses Werks andererseits zu unterscheiden.

Bei klassischen Werkformen ist der (rechtmäßige) Zugang zum urheberrechtlichen Schutzgegenstand regelmäßig unproblematisch, denn vor allem in der analogen Welt korrespondiert der Zugang zu einem Werk in der Regel mit dem grundsätzlich freien Werkgenuss. Die urheberrechtlich relevanten Fragen ergeben sich vor allem bei den für den Werkgenuss nötigen und den in der Folge stattfindenden weiteren Nutzungshandlungen (Speicherung eines MP3-Files, Kopieren aus einem Buch, Fotografieren eines Gemäldes und Nutzung des Fotos, Verwenden des Internetbildes für eigene Zwecke etc.).

Bei Computerprogrammen zeigt sich in diesem Zusammenhang bereits ein erster Unterschied, der aus dem besonderen Charakter dieser Werkart resultiert: Schon der Zugang zum urheberrechtlich geschützten Gegenstand, dem Programmcode, ist oftmals schwierig. Der für eine Umarbeitung erforderliche, für Menschen lesbare Quellcode ist regelmäßig auch für den rechtmäßigen Nutzer des Programms nicht zugänglich. Die Dekompilierung eines Programms (von Objekt- in Quellcode) stellt – außer im Ausnahmefall des Art. 6 Computerprogramm-RL bzw. § 69e UrhG – bereits eine zustimmungsbedürftige Handlung dar. Hinzutreten können weitere rein praktische Zugangshindernisse (z. B. Konstellationen wie ASP oder SaaS, in denen das Programm auf keinem sich in der Einfluss-Sphäre des berechtigten Nutzers befindlichen Gerät mehr läuft). Daneben können vertragliche Regelungen bestehen oder sich Einschränkungen infolge des Geschäftsgeheimnisschutzes ergeben.<sup>38</sup> Dem (rechtmäßigen) Zugang zu

<sup>37</sup> Obgleich grundsätzlich auch aus unionsrechtlicher Perspektive Raum für ihre Verwendung bestünde, s. *Ohly*, ZUM 2021, 745 (747).

<sup>38</sup> Allerdings kann sich bei marktmissbräuchlicher Zugangsverweigerung eine etwaige kartellrechtliche Zwangslizenz auch auf den Zugang zu Geschäftsgeheimnissen erstrecken. In diesem Sinne EuG Beschl. v. 22.12.2004 – T-201/04 R, ECLI:EU:T:2004:372 – Microsoft sowie

urheberrechtlich geschütztem Programmcode sind infolgedessen praktisch und rechtlich enge Grenzen gesetzt. Dies gilt sowohl für berechnete Nutzer als erst recht für nicht-berechnete Nutzer, also solche, die keine Nutzungsrechte an einem Programm erworben haben.

Die Frage, wie bzw. auf welcher Basis der Zugang zum urheberrechtlich geschützten Programmcode erfolgte, bleibt für die folgende Untersuchung außer Betracht. Im Mittelpunkt steht stattdessen die Folgefrage, unter welchen Umständen die Nutzung von urheberrechtlich geschütztem Programmcode die Ausschließlichkeitsrechte des Rechtsinhabers nicht berührt, sich mithin außerhalb des urheberrechtlichen Schutzbereichs bewegt.

Obleich ein Nutzer zur Benutzung eines Computerprogramms *berechtigt* (im Sinne der Art. 5 und 6 Computerprogramm-RL bzw. §§ 69d und 69e UrhG) ist, umfasst die Einräumung von Nutzungsrechten regelmäßig nicht das Recht zur Umarbeitung – bei Standardsoftware sowohl im B2B- als auch B2C-Bereich praktisch nie,<sup>39</sup> auch bei Erstellung von Individualsoftware nicht zwangsläufig.<sup>40</sup> Dies gilt nicht nur bei On demand- und Mietmodellen,<sup>41</sup> sondern auch bei klassischem Kauf, das heißt Softwareüberlassung auf Dauer gegen Entgelt.<sup>42</sup> Dementsprechend steht auch bei einer Umarbeitung durch den zur Nutzung Berechtigten zunächst stets eine Urheberrechtsverletzung im Raum.<sup>43</sup>

Wird der Zugang zu einem geschützten Programmcode rechtswidrig erlangt, führt dies automatisch zu einer Urheberrechtsverletzung durch die Umarbeitung.<sup>44</sup> Deshalb baut die folgende Argumentation auf der Prämisse auf, dass der Zugang zum umgearbeiteten Programmcode rechtmäßig erlangt wurde.

Auch wenn die Frage nach dem rechtmäßigen Zugang nicht Gegenstand der Untersuchung ist, zeigt sich, dass sich aus diesen rein tatsächlichen Gesichts-

---

Urt. v. 17.9.2007 – T-201/04, ECLI:EU:T:2007:289 – Microsoft. S. *Leistner*, IP rights and the data economy, S. 219 f. sowie *Leistner/Antoine/Sagstetter*, S. 433.

<sup>39</sup> *Schneider*, in: Hdb. EDV-Recht, R. Rn. 448.

<sup>40</sup> *Schneider*, in: Hdb. EDV-Recht, Q. Rn. 522.

<sup>41</sup> Bei Modellen wie SaaS oder ASP, bei denen der Nutzer schon faktisch keinen Zugriff mehr auf Programmcode hat (dazu näher unten S. 225), ist dies von vorneherein naheliegend.

<sup>42</sup> Dort bekommt der Erwerber nicht zwangsläufig Zugang zum Quellcode, s. *Schneider*, in: Hdb. EDV-Recht, R. Rn. 463 m. w. N. Zu Voraussetzungen und Problemen für vertragsrechtliche Einordnung von Verträgen über Computerprogramme ausführlich *Marly*, Praxishandbuch, 7. Aufl., Rn. 670 ff.; *Schneider*, in: Hdb. EDV-Recht, M. Rn. 544 ff., insbesondere zur inzwischen bestehenden Diskrepanz zwischen Vertragstypologie und Vergütungsmodellen.

<sup>43</sup> Dies gilt bei sämtlichen Umarbeitungen, da für Computerprogramme die Schranke für den Privatgebrauch nicht greift, d. h., auch schon die Herstellung einer Umarbeitung vom Ausschließlichkeitsrecht des Rechtsinhabers umfasst ist (zur Kritik an der sog. Herstellungsfreiheit für andere Werkarten aus unionsrechtlicher Perspektive, s. u. S. 129).

<sup>44</sup> Dies ergibt sich aus § 69f Abs. 1 UrhG (vgl. Art. 7 Computerprogramm-RL). Gleiches gilt i. Ü. beim Schutz des Programmcodes als Geschäftsgeheimnis, s. § 4 Abs. 2 GeschGehG.

punkten bereits ein starker erster „Schutzwall“ für den Rechtsinhaber ergibt. Dieser stärkt die Position des Rechtsinhabers über die urheberrechtlichen Befugnisse hinaus. Für den urheberrechtlichen Interessenausgleich ist deshalb im Hinterkopf zu behalten, dass insbesondere Geheimnisschutz und Vertragsrecht auf vorgelagerter Ebene erhebliche Ausschlusswirkung entfalten.

## C. Stand der Forschung

Die Behandlung verändernder Werknutzungen beschäftigt das Urheberrecht seit jeher und ist deshalb Gegenstand zahlreicher Forschungsarbeiten. Im Mittelpunkt der Diskussion im deutschen Urheberrecht stand die Rechtsfigur der freien Benutzung nach § 24 UrhG a. F. Die Abgrenzung einer freien Benutzung zur Bearbeitung und die dafür anzuwendenden Kriterien wurden immer wieder sowohl allgemein<sup>45</sup> als auch fallgruppenspezifisch<sup>46</sup> untersucht. Mit der fortschreitenden Harmonisierung des Urheberrechts verlagerte sich der wissenschaftliche Diskurs auf die unionsrechtliche Ebene. Neben der Reichweite der Harmonisierungswirkung<sup>47</sup> betrifft dies vor allem die Frage nach dem europäischen Weg zu einem angemessenen Interessenausgleich bei verändernden Werknutzungen.

Vielfach wird für die Behandlung verändernder Werknutzungen die Erforderlichkeit einer allgemeinen Flexibilisierung des Schrankenkatalogs diskutiert,<sup>48</sup>

<sup>45</sup> *Chakraborty*, Das Rechtsinstitut der freien Benutzung im Urheberrecht; *Gabler*, Die urheberrechtliche Drittnutzung; *Krusemarck*, Die abhängige Schöpfung im Recht des Geistigen Eigentums; *Plassmann*, Bearbeitungen und andere Umgestaltungen; *Schmieder*, UFITA 1977, 127; *Wehler*, Die freie Benutzung im digitalen Zeitalter. Für Leistungsschutzrechte *Wegmann*, Der Rechtsgedanke der freien Benutzung, sowie (unter dem Aspekt des Teileschutzes) *Benz*, Der Teileschutz im Urheberrecht.

<sup>46</sup> Zu Abstracts: *Pohl*, Abstracts und andere Inhaltsmitteilungen im Urheberrecht. Zu versch. Kunstformen: *E. Bauer*, Die Aneignung von Bildern; *C. Bauer*, User generated content; *Czernik*, Die Collage in der urheberrechtlichen Auseinandersetzung; *V. Fischer*, Digitale Kunst und freie Benutzung; *Huttenlauch*, Appropriation Art; *Peifer*, in: FS Wandtke, S. 99 ff.; *Summerrer*, „Illegale Fans“. Zur Parodie: *Hefli*, Die Parodie im Urheberrecht; *Platho*, GRUR 1992, 360; *Stuhler*, Die Behandlung der Parodie im Urheberrecht; *Vlah*, Parodie, Pastiche und Karikatur. Zu Sampling: *Döhl*, Mashup in der Musik; *Gelke*, Mashups im Urheberrecht; *Häuser*, Sound und Sampling; *Pötzberger*, Kreatives Remixing; *Salagean*, Sampling im deutschen, schweizerischen und US-amerikanischen Urheberrecht; *Virreira Winter*, Die urheberrechtliche Bewertung des Samplings im Lichte des Unionsrechts; *Wegener*, Sound Sampling. Zu wissenschaftlichen Werken: *van Elten*, Das „Wissenschaftsplagiat“.

<sup>47</sup> S. Nachweise unten S. 30 ff. sowie S. 156 ff.

<sup>48</sup> *Dreier/Leistner*, GRUR 2013, 881 (889 f.); *Hugenholtz/Senftleben*, Fair Use in Europe; *Leistner*, IIC 2011, 417 (438 f.); *Ohly*, in: Hugenholtz, S. 83 ff. für einen „Fairness-Based Approach“; *Ott*, ZUM 2009, 345 (352 ff.); s. a. Vorschlag eines European Copyright Code, *The Wittem Group*, 1 JIPITEC 2010, 123. Vgl. a. *Jacques*, The Parody Exception in Copyright Law.

insbesondere durch Einführung einer Schrankengeneralklausel<sup>49</sup> oder jedenfalls einer ausdrücklichen Schrankenbestimmung für verändernde bzw. „transformative“ Nutzungen.<sup>50</sup> Diese Ansätze auf Schrankenebene werden ergänzt durch die Diskussion über eine stärkere Konturierung der Verwertungsrechte,<sup>51</sup> die sich jedoch bisher nicht auf den spezifischen Bereich der verändernden Werknutzungen fokussiert hat.

In Bezug auf Computerprogramme wurden diese Fragen dagegen bisher kaum und vor allem nicht unter Perspektive der inzwischen bestehenden unionsrechtlichen Vorgaben erörtert. Zwar waren Computerprogramme mit ihrer Sonderstellung im System des Urheberrechts Gegenstand vieler Abhandlungen,<sup>52</sup> eine freie Benutzung von Computerprogrammen dagegen wurde nur sehr vereinzelt untersucht.<sup>53</sup> Früh verfestigte sich aber der grundlegende Gedanke, dass im Rahmen des urheberrechtlichen Programmschutzes gerade auch im Hinblick auf verändernde Nutzungen der stark technisch und wirtschaftlich geprägte Charakter dieser Werkart zu berücksichtigen ist.<sup>54</sup>

Die vorliegende Untersuchung baut auf diesen aus verschiedenen Richtungen kommenden Ansätzen auf, führt sie zusammen und erarbeitet einen Lösungsvorschlag für die Behandlungen verändernder Werknutzungen bei Computerpro-

---

<sup>49</sup> Förster, S. 220 ff.; Geiger/Izyumenko, IIC 2020, 282 (301 f.); Griffiths, 1 JIPITEC 2010, 87; Guibault, 1 JIPITEC 2010, 55 (57), Rn. 12; Hilty, GRUR 2005, 819 (825 f.); Hoeren, GRUR 1997, 866 (871); Kleinemenke, S. 519 ff., 522 ff.; Kleinemenke, GRUR Int 2014, 892 (897 ff.); Metzger, in: Leistner, S. 118 ff.; Kreutzer, S. 197 f.; Ohly, Gutachten Juristentag, F127 (Ziff. 9); Senftleben, 1 JIPITEC 2010, 67 (73 ff.), Rn. 39, 43 ff.; Spindler, NJW 2014, 2550 (2552); Torremans, in: FS Rosén.

<sup>50</sup> Dreier, GRUR Int 2015, 648 (651); Förster, S. 214 ff.; Geiger, GRUR Int 2008, 459 (463); vgl. Lauber-Rönsberg, ZUM 2020, 733 (740); Ohly, GRUR 2017, 964 (969); Ohly, GRUR 2020, 851 (852); Pötzlberger, S. 398 ff.; Pötzlberger, GRUR 2018, 675 (681); Pötzlberger, ZUM 2019, 250 (253); vgl. Stieper, ZUM 2016, 637 (638); Kreutzer, Verbraucherschutz im Urheberrecht, S. 73; Geiger, Freedom of Artistic Creativity and Copyright Law, S. 36 ff.

<sup>51</sup> Dusollier, in: Hugenholtz, S. 163 ff.; Gervais, S. 207 ff.; Pihlajarinne, IC 2017, 953; Rognstad et al., 41 E.I.P.R. 2019, 335 (337); Schricker/Loewenheim/von Ungern-Sternberg, 6. Aufl. § 15 Rn. 23 ff.; Strowel, in: Hugenholtz, S. 203 ff.; Wielsch, ZGE 2013, 274; Wypchol, S. 206 ff.; Xalabarder, IIC 2016, 635.

<sup>52</sup> Die Diskussion betraf zunächst die Schutzfähigkeit von Computerprogrammen (s. etwa bereits Ulmer, Der Urheberschutz wissenschaftlicher Werke, 1967), sodann die Frage nach dem geeigneten Schutzinstrument (s. Nachweise in Kap. 4 Fn. 82 ff.) sowie letztlich ihre Rolle im Urheberrechtssystem bzw. die daraus folgenden Implikationen, s. etwa Chakraborty, S. 87 ff.; Kreutzer, S. 202 ff.; Böcker, S. 180 ff.; Heinze, 2 JIPITEC 2011, 97 (98); Hilty, in: FS Köhler, S. 291.

<sup>53</sup> Vor allem Karl, Der urheberrechtliche Schutzbereich von Computerprogrammen; M. Geiger, Das Umarbeitungsrecht des Softwareanwenders. In Ansätzen Chakraborty, Das Rechtsinstitut der freien Benutzung im Urheberrecht.

<sup>54</sup> Durchaus grundlegend Chakraborty, S. 94 ff., 87 f.

grammen. Denn obgleich diese spezifische Fragestellung im Zentrum der Untersuchung steht, ist es erforderlich, die allgemeinen urheberrechtlichen Grundsätze für die Bewertung verändernder Nutzungen zunächst zu analysieren und systematisieren.

## D. Gang der Untersuchung

Die vorliegende Untersuchung gliedert sich in drei Teile. Der erste Teil widmet sich den dogmatischen und methodischen Grundsätzen, auf denen die folgenden beiden Teile aufbauen. Bei der Behandlung verändernder Werknutzungen verfolgen das deutsche Urheberrecht mit der Rechtsfigur der freien Benutzung und das Unionsrecht mit seiner Lösung über das Teilervielfältigungsrecht unterschiedliche Ansätze. Als Grundlage für die folgende Untersuchung wird deshalb im ersten Kapitel zunächst das Verhältnis zwischen unionsrechtlichen und nationalen Bestimmungen geklärt, für das die Reichweite und der Grad der Harmonisierungswirkung durch InfoSoc-RL und Computerprogramm-RL maßgeblich sind. Überdies wird das Verhältnis des bereichsspezifischen Regelungsregimes der Computerprogramm-RL zu den allgemeinen Regelungen der InfoSoc-RL dargestellt. Während die Computerprogramm-RL bisher nur in bestimmten Teilen eine Konkretisierung durch die Rechtsprechung des EuGH erfahren hat, stehen die InfoSoc-RL und die zu ihr ergangene Rechtsprechung im Zentrum der fortschreitenden Harmonisierung des Unionsurheberrechts. Da die richtlinienübergreifende Auslegung einen der methodischen Grundpfeiler des EuGH bildet, lassen sich Wertungen und Konzepte, die im Anwendungsbereich der InfoSoc-RL entwickelt wurden, grundsätzlich auch auf die Computerprogramm-RL übertragen. Zu berücksichtigen sind dabei jedoch die unter Umständen abweichenden Wertungen und Regelungsziele der Computerprogramm-RL. Verändernde Werknutzungen bewegen sich aber nicht nur im Spannungsverhältnis zwischen nationalem und europäischem Recht. Sie stellen das Urheberrecht insbesondere vor die Herausforderung, die äußeren Grenzen seines Schutzbereichs im Lichte des angemessenen Interessenausgleichs zu definieren. Das zweite Kapitel widmet sich deshalb dem Grundsatz des angemessenen Interessenausgleichs als inzwischen zentralem Ausgangspunkt für die Auslegung des Unionsurheberrechts durch den EuGH und systematisiert die methodischen und inhaltlichen Leitlinien der Rechtsprechung.

Im zweiten Teil wird die Behandlung von verändernden Werknutzungen einer Bestandsaufnahme unterzogen. Im dritten Kapitel wird zunächst der bisherige Ansatz des deutschen UrhG mit seiner Rechtsfigur der freien Benutzung und deren Vereinbarkeit mit den unionsrechtlichen Vorgaben dargestellt. Daran anknüp-

fend wird die Behandlung verändernder Werknutzung im Anwendungsbereich der InfoSoc-RL auf verallgemeinerbare Grundsätze untersucht. Dies bildet zusammen mit den Erläuterungen zum urheberrechtlichen Interessenausgleich im zweiten Kapitel nicht nur die zentrale Grundlage für die Betrachtung von verändernden Werknutzungen im Anwendungsbereich der Computerprogramm-RL, sondern stellt zugleich einen wesentlichen Nebenertrag der Untersuchung dar.

Der dritte Teil greift die Ergebnisse des ersten und zweiten Teils auf und zeigt Wege zur Konturierung des urheberrechtlichen Schutzbereichs auf, die einen angemessenen Interessenausgleich bei verändernden Nutzungen von Computerprogrammen ermöglichen: Zunächst beleuchtet Kapitel vier verändernde Werknutzungen im Anwendungsbereich der Computerprogramm-RL. Aufbauend auf die im ersten Teil erörterten methodischen Grundsätze setzt sich das fünfte Kapitel mit der konkreten Reichweite des durch die Computerprogramm-RL intendierten Schutzes bei verändernden Nutzungen auseinander. Analysiert wird dafür der spezifische Schutzzweck der Computerprogramm-RL und des dort in Art. 4 Abs. 1 lit. b geregelten Umarbeitungsrechts sowie die Übertragbarkeit richtlinienübergreifender Wertungen. Geprüft wird im Anschluss, ob sich entweder Kriterien, die der EuGH bereits in anderem Zusammenhang angewendet hat, oder solche, die in der Literatur vorgeschlagen wurden, heranziehen lassen, um die Reichweite des Umarbeitungsrechts näher zu konturieren. Ausgehend davon wird im sechsten Kapitel ein konkreter Vorschlag vorgestellt, wie das Umarbeitungsrecht für einen angemessenen Interessenausgleich bei verändernden Programmnutzungen zu konkretisieren ist. Die Auswirkungen einer verändernden Werknutzung auf die Verwertungsmöglichkeit des Ursprungsprogramms bilden dabei im Sinne einer schutzgegenstandsbezogenen Betrachtung den entscheidenden Bezugspunkt. Dafür erfolgt eine Systematisierung in Fallgruppen. Das siebte Kapitel ordnet die vorgeschlagene schutzgegenstandsbezogene Auslegung des Umarbeitungsrechts bei verändernden Programmnutzungen in das urheberrechtliche Schutzsystem inklusive der Rechtsfolgen und der Rechtsdurchsetzung ein.

Erster Teil

# Unionsrechtliche Harmonisierung und angemessener Interessenausgleich



## Kapitel 1

# Rechtlicher Rahmen des urheberrechtlichen Programmschutzes

Ausgangspunkt des urheberrechtlichen Schutzes von Computerprogrammen war auf europäischer Ebene die Computerprogramm-Richtlinie aus dem Jahr 1991<sup>1</sup>, die 2009 in weitgehend identischer Form erneut kodifiziert wurde<sup>2</sup>. Die Umsetzung in nationales Recht erfolgte 1993 durch die Einführung der §§ 69a ff. UrhG.<sup>3</sup> Neben diese spezifischen und deshalb vorrangigen Regelungen für Computerprogramme treten grundsätzlich die allgemeinen urheberrechtlichen Bestimmungen der InfoSoc-RL bzw. ihre Umsetzung im UrhG. Zunächst grundlegend ist das Verhältnis der nationalen zu den unionsrechtlichen Bestimmungen im Einzelnen (A.). Danach sind die aus der Harmonisierungswirkung der beiden Richtlinien resultierenden Implikationen für die betroffenen Regelungsbereiche in den Blick zu nehmen (B. und C.). Eine Folge dessen ist auch die „implizite“ Harmonisierung bestimmter Regelungsbereiche (D.). Danach wird das Verhältnis der Regelungen aus der Computerprogramm-RL und der InfoSoc-RL zueinander näher erörtert (E.). Als Basis für die weitere Untersuchung werden abschließend die Auslegungsmethodik des EuGH und ihre Folgen für die Auslegung der Computerprogramm-RL dargestellt (F.).

---

<sup>1</sup> Richtlinie 91/250/EWG des Rates vom 14.5.1991 über den Rechtsschutz von Computerprogrammen (aufgehoben). Zur Entwicklung s. ausführlich *Czarnota/Hart*, S. 7 ff.; *Lehmann*, GRUR Int 1991, 327 (327 f.).

<sup>2</sup> Richtlinie 2009/24/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 23.4.2009 über den Rechtsschutz von Computerprogrammen. S. *Wandtke/Bullinger/Grützmacher*, 5. Aufl., vor §§ 69a ff. Rn. 5.

<sup>3</sup> Zweites Gesetz zur Änderung des Urheberrechtsgesetzes v. 9.6.1993, BGBl. 1993 I S. 910. Eingang fand der Schutz von Computerprogrammen in das deutsche UrhG schon erstmals durch die Urheberrechtsnovelle 1985, im Rahmen derer Computerprogramme in den Katalog des § 2 Abs. 1 Nr. 1 UrhG aufgenommen wurden (Wortlaut „1. Sprachwerke, wie Schriftwerke und Reden, sowie Programme für die Datenverarbeitung“), s. BGBl. 1985 I S. 1137. S. dazu *Wandtke/Bullinger/Grützmacher*, 5. Aufl., vor §§ 69a ff. Rn. 2. In der Fassung von 9.6.1993 wurde dann der Begriff „Computerprogramme“ eingefügt.

## A. Verhältnis zwischen Regelungen des nationalen und europäischen Urheberrechts

Das nationale Urheberrecht ist inzwischen in den meisten Bereichen<sup>4</sup> durch das europäische (Richtlinien-) Recht geprägt und überformt.<sup>5</sup> Dies gilt umso mehr, als der EuGH in seiner Rechtsprechung eine deutliche und aktive Harmonisierungstendenz erkennen lässt. Insbesondere die Auslegung der InfoSoc-RL bildet den zentralen Ausgangspunkt für die Konkretisierung des europäischen Urheberrechts, dessen Regelungen der EuGH inzwischen als „integrale Urheberrechtsordnung“ auffasst<sup>6</sup> und sich damit immer mehr auf dem Weg zu einem „genuin europäischen Urheberrecht“ befindet.<sup>7</sup>

Grundstein der Harmonisierung des Urheberrechts war im Jahre 1991 die Computerprogramm-RL als erste urheberrechtliche Richtlinie.<sup>8</sup> Der maßgebliche Grundgedanke für deren Schaffung war insbesondere ökonomischer Natur, als mit der Harmonisierung des Schutzes für Computerprogramme bezweckt war, auf europäischer Ebene einen gemeinsamen Markt zu fördern sowie Hemmnisse für den Handel zwischen den Mitgliedstaaten abzubauen.<sup>9</sup>

Auch die urheberrechtlichen Richtlinien sind für die Mitgliedstaaten im Ausgangspunkt lediglich im Hinblick auf die mit ihnen verfolgten Ziele bindend.<sup>10</sup> In Regelungsbereichen, die durch das Unionsrecht vollständig harmonisiert sind, verbleiben jedoch bei der Umsetzung der Bestimmungen in nationales Recht und für ihre Anwendung keine Spielräume, die Unionsgrundrechte verdrängen bei

<sup>4</sup> Ausnahmen sind die Urheberpersönlichkeitsrechte (s. Erwgr. 19 InfoSoc-RL sowie dazu GA Cruz Villalón, Schlussanträge v. 22.5.2014 – C-201/13 – Deckmyn, Rn. 28), die nicht-drahtgebundene öffentliche Wiedergabe, vgl. § 19 UrhG (s. Erwgr. 24 InfoSoc-RL), einige Leistungsschutzrechte sowie Bereiche des Urhebervertragsrechts.

<sup>5</sup> S. Stieper, ZUM 2019, 713 (713). Übersicht der inzwischen insg. 13 Richtlinien und zwei Verordnungen bei Schricker/Loewenheim/Leistner, 6. Aufl., Einl. Rn. 97 bzw. Wandtke/Bullinger/Wandtke, 5. Aufl., Einl. Rn. 14.

<sup>6</sup> Leistner/Roder, ZfPW 2016, 129 (131 f.); Leistner, in: FS UrhG, S. 252.

<sup>7</sup> Hofmann, EuZW 2020, 397 (397). S. a. Ohly, ZGE 2010, 365 (372); vgl. Ohly, Gutachten Juristentag, F12 ff.; Leistner, JZ 2014, 846 (847); s. a. Schricker/Loewenheim/Leistner, 6. Aufl., Einl. Rn. 96. Vgl. zu früheren Forderungen der Vereinheitlichung durch Verordnung Hilty, IIC 2004, 760 (774). Eine Vereinheitlichung wurde in der Wissenschaft teilw. schon vor einigen Jahren gefordert, s. insbesondere Entwurf eines „European Copyright Code“, The Wittem Group, 1 JIPITEC 2010, 123.

<sup>8</sup> Wandtke/Bullinger/Wandtke, 5. Aufl., Einl. Rn. 14; van Eechoud, 3 JIPITEC 2012, 60 (61).

<sup>9</sup> Wandtke/Bullinger/Wandtke, 5. Aufl., Einl. Rn. 14. Zur damit eng verknüpften Problematik der Einschränkung der Grundfreiheiten durch territorial beschränkte Urheberrechte s. ausführlich Schricker/Loewenheim/Leistner, 6. Aufl., Einl. Rn. 98. Zu den vorher unterschiedlichen Ansätzen der Mitgliedstaaten s. Drexler, S. 60 ff.

<sup>10</sup> S. Art. 288 AEUV.

der Anwendung der betreffenden mitgliedstaatlichen Regelungen die nationale Grundrechtsordnung vollständig.<sup>11</sup> In Regelungsbereichen, die nicht vollständig durch das Unionsrecht harmonisiert sind, besteht demgegenüber Spielraum bei der Umsetzung der Bestimmung sowie bei der Anwendung für mitgliedstaatliche Wertungen und Grundrechte.<sup>12</sup> Diese Spielräume sind allerdings in mehrfacher Hinsicht begrenzt: Zum einen bleibt die mitgliedstaatliche Grundrechtsdogmatik nur anwendbar, sofern dadurch weder das Schutzniveau der Grundrechte-Charta<sup>13</sup> noch der Vorrang, die Einheit und die Wirksamkeit des Unionsrechts beeinträchtigt werden.<sup>14</sup> Zum anderen hat der EuGH für einzelne nicht vollständig harmonisierte Bereiche, wie etwa die Regelungen von Ausnahmen und Beschränkungen, weitere ganz konkrete Anforderungen vorgegeben.

Ob einzelne Bestimmungen einer Richtlinie Spielräume für das nationale Recht lassen, bestimmt sich somit zunächst nach dem bezweckten Harmonisierungsgrad. Auf erster Stufe kommt es darauf an, ob durch die Richtlinie eine Vollharmonisierung oder lediglich eine Mindestharmonisierung angestrebt ist.<sup>15</sup> Für die konkrete Bestimmung schließt sich auf zweiter Stufe erstens die Frage an, welche Konstellationen von der Harmonisierung umfasst sind, die sog. Reichweite (bzw. Breite) der Harmonisierung. Zweitens ist die Harmonisierungstiefe (bzw. Harmonisierungsdichte) maßgeblich, also wie konkret die Vor-

---

<sup>11</sup> EuGH Urt. v. 29.7.2019 – C-469/17, GRUR 2019, 934, Rn. 33 – Funke Medien; EuGH Urt. v. 29.7.2019 – C-476/17, GRUR 2019, 929, Rn. 81 – Pelham; EuGH Urt. v. 29.7.2019 – C-516/17, GRUR 2019, 940, Rn. 22 – Spiegel Online; *Leistner*, GRUR 2019, 1008 (1014); *Leistner*, ZUM 2019, 720 (723); *Stieper*, ZUM 2019, 713 (713); *Dreier*, GRUR 2019, 1003 (1005), dort auch zur wichtigen Unterscheidung zwischen Umsetzungsspielraum einerseits und Grundrechtsabwägung bei der Anwendung andererseits. Dies nun ausdrücklich aufgreifend BVerfG (Beschl. v. 6.11.2019 – 1 BvR 276/17, GRUR 2020, 88, Rn. 42 ff. – Recht auf Vergessen II), wonach die Grundrechte der Charta (grundsätzlich) alleiniger Prüfungsmaßstab sind. Dies bedeutet insbesondere, dass das BVerfG auch die Anwendung der Unionsgrundrechte durch die Fachgerichte prüft und damit die bisher dahingehende Lücke (s. dazu *Dreier*, GRUR 2019, 1003 (1005 f.) sowie *Leistner*, ZUM 2019, 720 (723)) schließt. S. *Grünberger*, ZUM 2020, 175 (196). Aus verfassungsrechtlicher Perspektive *Britz*, NJW 2021, 1489.

<sup>12</sup> S. EuGH Urt. v. 29.7.2019 – C-469/17, GRUR 2019, 934, Rn. 33– Funke Medien; EuGH Urt. v. 29.7.2019 – C-516/17, GRUR 2019, 940, Rn. 22 – Spiegel Online; EuGH Urt. v. 29.7.2019 – C-476/17, GRUR 2019, 929, Rn. 81 – Pelham.

<sup>13</sup> Charta der Grundrechte der Europäischen Union, 2000/C 364/01 (im Folgenden: GrCh).

<sup>14</sup> EuGH Urt. v. 29.7.2019 – C-476/17, GRUR 2019, 929, Rn. 80 – Pelham; EuGH Urt. v. 29.7.2019 – C-469/17, GRUR 2019, 934, Rn. 32 – Funke Medien; EuGH Urt. v. 29.7.2019 – C-516/17, GRUR 2019, 940, Rn. 21 – Spiegel Online m. Verw. auf EuGH Urt. v. 26.2.2013 – C-399/11, NJW 2013, 1215, Rn. 60 – Melloni; EuGH Urt. v. 26.2.2013 – C-617/10, NJW 2013, 1415, Rn. 29 – Åkerberg Fransson.

<sup>15</sup> *Leistner*, GRUR 2014, 1145 (1145 f.); *Benz*, S. 2.

gaben für die Mitgliedstaaten – etwa im Hinblick auf die Voraussetzungen der jeweiligen Bestimmung – definiert sind.<sup>16</sup>

## B. Harmonisierungswirkung der InfoSoc-RL

Die InfoSoc-RL soll – entsprechend ihres Titels – nur bestimmte Aspekte des Urheberrechts und der verwandten Schutzrechte harmonisieren.<sup>17</sup> Fast schon entgegen der Tendenz der letzten Jahre<sup>18</sup> erkennt der EuGH inzwischen für einige Bereiche gewisse Spielräume der Mitgliedstaaten für deren Umsetzung bzw. Anwendung an.<sup>19</sup>

### *I. Vollständige Harmonisierung der Ausschließlichkeitsrechte*

Vollständig harmonisiert sind die in Art. 2–4 InfoSoc-RL vorgesehenen Ausschließlichkeitsrechte (Vervielfältigung, öffentliche Wiedergabe und Verbreitung)<sup>20</sup> – inklusive ihrer Reichweite.<sup>21</sup> Dementsprechend verbleibt den Mitgliedstaaten keinerlei Spielraum für abweichende Regelungen, und die Auslegung bzw. Interessenabwägung hat ausschließlich auf Basis der Grundrechte der GrCh stattzufinden.<sup>22</sup>

<sup>16</sup> *Leistner*, GRUR 2014, 1145 (1145 f.); *Leistner/Roder*, ZfPW 2016, 129 (135).

<sup>17</sup> EuGH Urt. v. 5.3.2015 – C-463/12, GRUR 2015, 478, Rn. 57 – Copydan Bändkopi; EuGH Urt. v. 29.7.2019 – C-469/17, GRUR 2019, 934, Rn. 34 – Funke Medien; EuGH Urt. v. 29.7.2019 – C-516/17, GRUR 2019, 940, Rn. 23 – Spiegel Online.

<sup>18</sup> S. *Leistner*, ZUM 2019, 720 (723 f.).

<sup>19</sup> EuGH Urt. v. 29.7.2019 – C-469/17, GRUR 2019, 934, Rn. 34 – Funke Medien; EuGH Urt. v. 29.7.2019 – C-516/17, GRUR 2019, 940, Rn. 23 – Spiegel Online.

<sup>20</sup> S. zuletzt EuGH Urt. v. 29.7.2019 – C-469/17, GRUR 2019, 934, Rn. 35 ff. – Funke Medien zur Vervielfältigung und öff. Wiedergabe, wonach (Rn. 38) „Art. 2 Buchst. a und Art. 3 I der RL 2001/29 [...] demnach Maßnahmen zur vollständigen Harmonisierung des materiellen Gehalts der in ihnen enthaltenen Rechte dar[stellen]“; s. a. EuGH Urt. v. 13.2.2014 – C-466/12, GRUR 2014, 360, Rn. 41 – Svensson; *Dreier*, GRUR 2019, 1003 (1004); *Grünberger*, ZUM 2015, 273 (274); *Leistner*, ZUM 2019, 720 (723 f.); *Stieper*, ZUM 2019, 713 (713); *Ohly*, GRUR 2017, 964 (965); *von Ungern-Sternberg*, in: FS Bornkamm, S. 1014 f.

<sup>21</sup> *Stieper*, ZUM 2019, 713 (713); *von Ungern-Sternberg*, in: FS Bornkamm, S. 1014 ff.; *von Ungern-Sternberg*, GRUR 2015, 205 (207).

<sup>22</sup> *Leistner*, ZUM 2019, 720 (723 f.); *Dreier*, GRUR 2019, 1003 (1005 f.); *Grünberger*, ZUM 2020, 175 (196).

## II. Ausnahmen und Beschränkungen: (Begrenzte) mitgliedstaatliche Spielräume

Die Schrankenregelungen des Art. 5 InfoSoc-RL sind, außer jene der vorübergehenden Vervielfältigung in Art. 5 Abs. 1, grundsätzlich fakultativ.<sup>23</sup> Für die Mitgliedstaaten zwingend geworden ist infolge Art. 17 Abs. 7 DSM-RL<sup>24</sup> die Umsetzung einer Ausnahme bzw. Beschränkung für Zitate, Kritik und Rezensionen (Art. 5 Abs. 3 lit. d) sowie für die Nutzung zu Zwecken von Karikatur, Parodie oder Pastiche (Art. 5 Abs. 3 lit. k).<sup>25</sup> Abschließend und erschöpfend ist dagegen die Aufzählung der möglichen Ausnahmen und Beschränkungen.<sup>26</sup> Darüber hinausgehende Schrankenbestimmungen können die Mitgliedstaaten nicht vorsehen.<sup>27</sup>

Die Schrankenregelungen in Art. 5 Abs. 2 und 3 InfoSoc-RL sind deshalb nicht vollständig harmonisiert und es verbleibt ein gewisser Spielraum für die Mitgliedstaaten.<sup>28</sup> Dies begründet der EuGH mit dem Wortlaut der Bestimmun-

<sup>23</sup> S. a. *Grünberger*, ZUM 2015, 273 (284 ff.); *Stieper*, ZUM 2019, 713 (714 f.).

<sup>24</sup> Richtlinie (EU) 2019/790 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 17.4.2019 über das Urheberrecht und die verwandten Schutzrechte im digitalen Binnenmarkt und zur Änderung der Richtlinien 96/9/EG und 2001/29/EG (im Folgenden: DSM-RL).

<sup>25</sup> *Leistner*, GRUR 2019, 1008 (1015); *Stieper*, GRUR 2020, 1 (6); *Grünberger*, ZUM 2020, 175 (194); *Hofmann*, EuZW 2020, 397 (401). Aus der DSM-RL ergeben sich daneben zwingend umzusetzende Schranken für das Text und Data Mining (Art. 3, 4), digitale Lehre (Art. 5) und für Einrichtungen des Kulturerbes (Art. 6). S. dazu näher *Stieper*, GRUR 2020, 1 (1 ff.). Zwingend umzusetzende Schranken enthalten i. Ü. Art. 6 Verwaiste-Werke-RL (2012/28/EU) sowie Art. 3 RL 2017/1564, s. *Stieper*, ZUM 2019, 713 (713). Dass die Umsetzungspflicht der Schranken aus der DSM-RL für jegliche Nutzung gilt und nicht nur die Nutzung i. R. v. Online-Plattformen betrifft, ergibt sich insbesondere aus Erwgr. 70 DSM-RL, der allgemein auf die zentrale Bedeutung des Ausgleichs mit der Meinungsäußerung und Kunstfreiheit Bezug nimmt und die entsprechenden „Ausnahmen und Beschränkungen [...] deshalb verpflichtend gelten [sollten]“. Dafür spricht überdies, dass sich nach GA *Szpunar* (Schlussanträge v. 12.12.2018 – C-476/17 – Pelham, Rn. 77) eine Umsetzungspflicht der Mitgliedstaaten für fakultative Schranken sogar aus grundrechtlichen Erwägungen ergeben kann. S. jew. *Stieper*, GRUR 2020, 1 (6).

<sup>26</sup> S. Erwgr. 32 InfoSoc-RL. I. Ü. EuGH Urt. v. 29.7.2019 – C-476/17, GRUR 2019, 929, Rn. 58 – Pelham unter Hinweis auf Erwgr. 32 InfoSoc-RL sowie Begründung des RL-Vorschlags v. vom 10.12.1997 – KOM [97] 628 endg; EuGH Urt. v. 7.8.2018 – C-161/17, GRUR 2018, 91, Rn. 16 – Renckhoff; EuGH Urt. v. 16.11.2016 – C-301/15, GRUR 2017, 62, Rn. 26, 34 – Solier; EuGH Urt. v. 10.4.2014 – C-435/12, GRUR 2014, 546, Rn. 26 f. – ACI Adam.

<sup>27</sup> EuGH Urt. v. 29.7.2019 – C-476/17, GRUR 2019, 929, Rn. 63 ff. – Pelham.

<sup>28</sup> EuGH Urt. v. 29.7.2019 – C-469/17, GRUR 2019, 934, Rn. 34 ff. – Funke Medien; EuGH Urt. v. 29.7.2019 – C-516/17, GRUR 2019, 940, Rn. 23 ff. – Spiegel Online. S. a. *Leistner*, ZUM 2019, 720 (722 ff.); *Leistner*, GRUR 2019, 1008 (1014); *Grünberger*, ZUM 2015, 273 (285 ff.).

gen.<sup>29</sup> Der tatsächliche Umsetzungsspielraum besteht allerdings nur in sehr engen Grenzen: Obgleich es sich grundsätzlich um fakultative Schrankenbestimmungen handelt, müssen im Falle einer Umsetzung in den Mitgliedstaaten sämtliche in der InfoSoc-RL vorgesehenen Voraussetzungen übernommen werden.<sup>30</sup> Im Übrigen sind die Grundsätze des Unionsrechts und insbesondere der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz zu beachten, das hohe Schutzniveau für die Urheber und das Binnenmarktziel nicht zu gefährden, die praktische Wirksamkeit und ihre Zielsetzung zu gewährleisten, die Vorgaben des Drei-Stufen-Tests einzuhalten und ein angemessener Ausgleich der betroffenen Grundrechte sicherzustellen.<sup>31</sup>

Bei der Auslegung der konkreten Schrankenbestimmung besteht dementsprechend grundsätzlich Raum für die Anwendung der nationalen Grundrechte, solange dadurch weder das Schutzniveau der GrCh noch der Vorrang, die Einheit und die Wirksamkeit des Unionsrechts beeinträchtigt werden.<sup>32</sup> Der BGH greift bei der Anwendung der Schrankenbestimmungen auf die Grundrechte des Grundgesetzes mit dem Argument zurück, es bestünden keine Anhaltspunkte, dass diese das Schutzniveau der Grundrechte-Charta unterschritten.<sup>33</sup> Auf eine ähnliche Argumentation hat sich inzwischen auch das BVerfG gestützt, indem es (widerleglich) vermutet, dass eine „Prüfung am Maßstab der Grundrechte des Grundgesetzes das Schutzniveau der Charta, wie sie vom EuGH ausgelegt wird, in der Regel mitgewährleistet“.<sup>34</sup>

---

<sup>29</sup> EuGH Ur. v. 29.7.2019 – C-516/17, GRUR 2019, 940, Rn. 25 – Spiegel Online sowie EuGH Ur. v. 29.7.2019 – C-469/17, GRUR 2019, 934, Rn. 40 – Funke Medien; u. a. jew. m. Verw. auf EuGH Ur. v. 21.10.2010 – C-467/08, GRUR 2011, 50, Rn. 36 – Padawan und EuGH Ur. v. 3.9.2014 – C-201/13, GRUR 2014, 972, Rn. 16 – Deckmyn. S. *Stieper*, ZUM 2019, 713 (716).

<sup>30</sup> EuGH Ur. v. 29.7.2019 – C-469/17, GRUR 2019, 934, Rn. 46 ff. – Funke Medien; EuGH Ur. v. 29.7.2019 – C-516/17, GRUR 2019, 940, Rn. 31 ff. – Spiegel Online.

<sup>31</sup> EuGH Ur. v. 29.7.2019 – C-516/17, GRUR 2019, 940, Rn. 30 ff. – Spiegel Online bzw. EuGH Ur. v. 29.7.2019 – C-469/17, GRUR 2019, 934, Rn. 45 ff. – Funke Medien.

<sup>32</sup> EuGH Ur. v. 29.7.2019 – C-476/17, GRUR 2019, 929, Rn. 80 – Pelham; EuGH Ur. v. 29.7.2019 – C-469/17, GRUR 2019, 934, Rn. 32 – Funke Medien; EuGH Ur. v. 29.7.2019 – C-516/17, GRUR 2019, 940, Rn. 21 – Spiegel Online m. Verw. auf EuGH Ur. v. 26.2.2013 – C-399/11, NJW 2013, 1215, Rn. 60 – Melloni; EuGH Ur. v. 26.2.2013 – C-617/10, NJW 2013, 1415, Rn. 29 – Åkerberg Fransson. Nach *Leistner* ist zu berücksichtigen, ob der EuGH durch Entscheidung einer vergleichbaren Sachfrage eine Abwägungsentscheidung vorgegeben hat, an die die nationalen Gerichte gebunden sind, s. ausführlich ZUM 2019, 720 (723 f.).

<sup>33</sup> Vgl. zu entsprechender Grundrechtsabwägung i. R. d. § 50 UrhG BGH Ur. v. 30.4.2020 – I ZR 228/15, GRUR 2020, 859, Rn. 61 – Reformistischer Aufbruch II sowie BGH Ur. v. 30.4.2020 – I ZR 139/15, GRUR 2020, 853, Rn. 50 – Afghanistan Papiere II. Vgl. a. *Leistner*, ZUM 2019, 720 (722 ff.) sowie GRUR 2019, 1008 (1014).

<sup>34</sup> BVerfG Beschl. v. 6.11.2019 – I BvR 16/13, GRUR 2020, 74, Rn. 55 – Recht auf Vergessen I. S. dazu *Grünberger*, ZUM 2020, 175 (196 f.).

Obwohl die Schrankenbestimmungen der InfoSoc-RL nicht vollständig harmonisiert sind, verbleibt bei der Umsetzung der Regelungen in nationales Recht im Ergebnis lediglich geringfügiger Spielraum für die Mitgliedstaaten.<sup>35</sup> Da der Schrankenkatalog zwar fakultativ, aber erschöpfend ist, weist die InfoSoc-RL im Hinblick auf ihr unterfallende Schutzgegenstände für Ausnahmen und Beschränkungen eine umfassende Harmonisierungsbreite auf. Die Spielräume, die für die Mitgliedstaaten bei Umsetzung und Anwendung der Bestimmungen bestehen, sind durch die erhebliche Konkretisierungsdichte eingeschränkt. Denn bei Umsetzung der Bestimmungen aus Art. 5 InfoSoc-RL müssen sämtliche Voraussetzungen übernommen werden.<sup>36</sup> Diese definiert der EuGH im Rahmen der richtlinienübergreifenden Auslegung wiederum als autonome Begriffe des Unionsrechts.<sup>37</sup> Nichtsdestotrotz verbleibt bei der Umsetzung und Anwendung der jeweiligen Schrankenbestimmungen Raum für nationale Grundrechtswertungen. Daran anknüpfend greift der BGH in seinen Folgeentscheidungen zu Pelham, Spiegel Online und Funke Medien auf die Grundrechte des Grundgesetzes als primären Prüfungsmaßstab zurück. Diese Linie hat das BVerfG in Recht auf Vergessen I wiederum bestätigt.

## C. Harmonisierungswirkung der Computerprogramm-RL

### I. Vollständig harmonisierte Bereiche

Die Computerprogramm-RL bezweckte eine Mindestharmonisierung, um die in den Mitgliedstaaten bestehenden Unterschiede im Hinblick auf die Handhabung des urheberrechtlichen Programmschutzes auszugleichen.<sup>38</sup> Neben der Gewährleistung des Schutzes von Computerprogrammen als Werken der Literatur (1) sollte die RL ausweislich Erwgr. 6 die Schutzberechtigten (2), die Schutzvoraussetzungen (3) bzw. den Schutzgegenstand (4), die Ausschließlichkeitsrechte (5)

---

<sup>35</sup> Stieper, ZUM 2019, 713 (720); vgl. Leistner, ZUM 2019, 720 (724).

<sup>36</sup> EuGH Urt. v. 29.7.2019 – C-469/17, GRUR 2019, 934, Rn. 46 ff. – Funke Medien; EuGH Urt. v. 29.7.2019 – C-516/17, GRUR 2019, 940, Rn. 31 ff. – Spiegel Online.

<sup>37</sup> Beispielhaft EuGH Urt. v. 29.7.2019 – C-516/17, GRUR 2019, 940, Rn. 61 f. – Spiegel Online zur Berichterstattung über Tagesereignisse.

<sup>38</sup> S. Erwgr. 4, 5 Computerprogramm-RL sowie explizit GA Bot, Schlussanträge v. 14.10.2010 – C-393/09 – BSA, Rn. 13 sowie GA Bot, Schlussanträge v. 29.11.2011 – C-406/10 – SAS Institute, Rn. 10; EuGH Urt. v. 3.7.2012 – C-128/11, GRUR 2012, 904, Rn. 41 – UsedSoft. Grund dafür war insbesondere die infolge der Inkassoprogramm-Entscheidung des BGH geforderte besondere Schöpfungshöhe bei Computerprogrammen, s. etwa Dreier, GRUR 1993, 781 (782); Wandtke/Bullinger/Grützmacher, 5. Aufl., vor §§ 69a ff. Rn. 5.

sowie die Schutzdauer (6) einheitlich festlegen.<sup>39</sup> Wie sich aus der Zusammenschau der Erwgr. 4, 5 und 6 ergibt, bedurften ob der negativen Auswirkungen der mitgliedstaatlichen Unterschiede auf das Funktionieren des Binnenmarkts gerade die genannten Regelungsbereiche einer Harmonisierung.<sup>40</sup> Aus der Konzeption und dem Wortlaut des Art. 1 zu Schutzvoraussetzungen<sup>41</sup> bzw. Schutzgegenstand, Art. 2 und 3 zu den Schutzberechtigten sowie Art. 4 zu den ausschließlichen Rechten folgt, dass diese Regelungsbereiche durch die Computerprogramm-RL vereinheitlicht und an keine weiteren Bedingungen geknüpft werden sollten.<sup>42</sup> Dementsprechend steht den Mitgliedstaaten bei der Umsetzung und Anwendung in diesen Bereichen kein Spielraum für Wertungen des nationalen Rechts zur Verfügung.

Im Ergebnis harmonisiert die Computerprogramm-RL somit die Schutzvoraussetzungen (i. S. e. eigenen geistigen Schöpfung<sup>43</sup>), den Schutzgegenstand („Computerprogramm“), die Schutzberechtigten und die ihnen zustehenden Ausschließlichkeitsrechte vollständig.<sup>44</sup> Für diese Regelungsbereiche und ihre Auslegung sind deshalb ausschließlich die Wertungen des Unionsrechts sowie die Grundrechte der Grundrechte-Charta heranzuziehen.<sup>45</sup>

## *II. Ausnahmen bzw. Schranken: Mitgliedstaatliche Spielräume?*

In der Aufzählung der zu harmonisierenden Bereiche des Erwgr. 6 nicht aufgeführt sind dagegen die in Art. 5 geregelten Ausnahmen von den zustimmungsbedürftigen Handlungen bzw. die Dekompilierung nach Art. 6 Computerpro-

<sup>39</sup> S. a. GA Bot, Schlussanträge v. 14.10.2010 – C-393/09 – BSA, Rn. 14. I. Ü. Aufzählung der EU-Kommission, Vorschlag für eine Richtlinie des Rates über den Rechtsschutz von Computerprogrammen, 5.1.1989 – 89/C 91/05, Rn. 2.12. Dort ist überdies die Vereinheitlichung der „Handlungen, die keine Rechtsverletzung darstellen“, mithin der Schrankenbestimmungen, mit aufgezählt. Dies wurde letztlich nicht in den ersten Richtlinientext (91/250/EWG) übernommen.

<sup>40</sup> Vgl. Argument in Bezug auf die InfoSoc-RL EuGH Urt. v. 29.7.2019 – C-516/17, GRUR 2019, 940, Rn. 47 – Spiegel Online.

<sup>41</sup> Hinzu treten hier natürlich die konkretisierten Voraussetzungen des europäischen Werkbegriffs, dazu näher unten S. 27.

<sup>42</sup> Vgl. paralleles Argument zur InfoSoc-RL EuGH Urt. v. 29.7.2019 – C-469/17, GRUR 2019, 934, Rn. 35 ff. – Funke Medien.

<sup>43</sup> Dies gilt infolge des davon ausgehend harmonisierten europäischen Werkbegriffs inzwischen allgemein, s. S. 27.

<sup>44</sup> Grünberger, ZUM 2015, 273 (275); Grünberger, ZUM 2020, 175 (193); Dreier, ZUM 2002, 28 (29); Samuelson/Vinje/Cornish, 34 E.I.P.R. 2012, 158 (158); Stamatoudi/Torremans/Janssen, Rn. 5.02.

<sup>45</sup> S. allgemein Leistner, ZUM 2019, 720 (723 f.); Dreier, GRUR 2019, 1003 (1005 f.); Grünberger, ZUM 2020, 175 (196).

gramm-RL. Diese als Mindestrechte des berechtigten Nutzers ausgestalteten „Schranken“<sup>46</sup> sind deshalb nicht als von vorneherein vollständig harmonisiert anzusehen, sodass Umsetzungs- und Anwendungsspielräume für die Mitgliedstaaten verbleiben. Nach der Rechtsprechung des EuGH bestimmt sich der Umfang des mitgliedstaatlichen Spielraums insbesondere anhand des Wortlauts der betroffenen Regelungen.<sup>47</sup> Art. 5 und 6 Computerprogramm-RL sind geprägt von nicht abschließenden Formulierungen wie „wenn notwendig“ (Art. 5 Abs. 1), „wenn erforderlich“ (Art. 5 Abs. 2), „kann“ (Art. 5 Abs. 3) sowie „wenn unerlässlich“ und „erforderliche Informationen“ (Art. 6 Abs. 1). Da diese unbestimmten Rechtsbegriffe als Einfallstor für Wertungen des nationalen Rechts dienen können, spricht der Wortlaut dafür, dass den Mitgliedstaaten Spielraum für die Umsetzung und die vorzunehmende Interessenabwägung zustehen sollte.<sup>48</sup> In die gleiche Richtung deutet der Wortlaut der zugehörigen Erwgr. 13 und 14, nach denen lediglich entsprechende Ausnahmen vorgesehen werden „sollten“ und auch die Dekompilierung nicht untersagt sein „sollte“. Dagegen sprechen Erwgr. 11, der die Schutzvoraussetzungen bzw. den Schutzgegenstand betrifft, sowie Erwgr. 15 im Hinblick auf die Ausschließlichkeitsrechte von „müssen“, „gelten“ und „darstellen“. Für die Annahme einer nicht vollständigen Harmonisierung der Ausnahmebestimmungen sprechen auch die parallele Konzeption der InfoSoc-RL und die dazu ergangene Rechtsprechung des EuGH (s. o.).

Die Computerprogramm-RL stellt es den Mitgliedstaaten aber gerade nicht zur Disposition, die vorgesehenen Ausnahmen umzusetzen. Anders ist dies für Art. 5 Abs. 2 InfoSoc-RL sowie Art. 6 Abs. 2 Datenbank-RL<sup>49</sup> (Wortlaut jeweils „Mitgliedstaaten können vorsehen“). Dies spricht wiederum in der Breite für eine vollständig harmonisierende Tendenz der Computerprogramm-RL auch in

---

<sup>46</sup> Zur (umstrittenen) dogmatischen Einordnung dieser Vorschriften s. etwa Wandtke/Bullinger/Grützmacher, 5. Aufl., § 69d Rn. 1 ff. Die Dekompilierung gem. Art. 6 Computerprogramm-RL zieht den Kreis der dazu Berechtigten etwas weiter, indem auch im Namen berechtigter Nutzer ermächtigte Dritte umfasst sind, s. Wandtke/Bullinger/Grützmacher, 5. Aufl., § 69e Rn. 12.

<sup>47</sup> Hins. der InfoSoc-RL s. EuGH Urt. v. 29.7.2019 – C-516/17, GRUR 2019, 940, Rn. 25 – Spiegel Online sowie EuGH Urt. v. 29.7.2019 – C-469/17, GRUR 2019, 934, Rn. 40 – Funke Medien; u. a. jew. m. Verw. auf EuGH Urt. v. 21.10.2010 – C-467/08, GRUR 2011, 50, Rn. 36 – Padawan und EuGH Urt. v. 3.9.2014 – C-201/13, GRUR 2014, 972, Rn. 16 – Deckmyn. Zentral ist die Unterscheidung zwischen dem Umsetzungsspielraum für eine Bestimmung und der Grundrechtsabwägung bei der Anwendung der entsprechenden Norm, auf die Dreier hinweist, die der EuGH aber nicht vornimmt, s. Dreier, GRUR 2019, 1003 (1005).

<sup>48</sup> Vgl. parallele Argumentation des EuGH zur InfoSoc-RL, Urt. v. 29.7.2019 – C-516/17, GRUR 2019, 940, Rn. 26 ff. – Spiegel Online sowie Urt. v. 29.7.2019 – C-469/17, GRUR 2019, 934, Rn. 41 ff. – Funke Medien; s. a. Dreier, GRUR 2019, 1003 (1004).

<sup>49</sup> Richtlinie 96/9/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 11.3.1996 über den rechtlichen Schutz von Datenbanken (im Folgenden: Datenbank-RL).

Bezug auf die Ausnahmebestimmungen. Ein weiteres Argument dafür sind die mit Art. 5 und 6 Computerprogramm-RL verfolgten Ziele: Denn für die Bestimmung des Harmonisierungsgrads ist auch die Wirkung der Ausnahmen und Beschränkungen auf die Funktionsfähigkeit des Binnenmarkts zu berücksichtigen.<sup>50</sup> Die in Art. 5 Computerprogramm-RL vorgesehenen Mindestrechte sind Grundvoraussetzung für die sinnvolle Nutzung und damit für die wirtschaftliche Verwertbarkeit von urheberrechtlich geschützten Computerprogrammen. Wären diese Mindestrechte für den berechtigten Nutzer nicht explizit geregelt, würden dessen reguläre Nutzungshandlungen jeweils einen tatbestandlichen Urheberrechtseingriff darstellen.<sup>51</sup> Diesen Aspekt bringt ferner Art. 8 Computerprogramm-RL zum Ausdruck, wonach die Ausnahmeregelungen der Art. 5 Abs. 2, 3 und Art. 6 nicht vertraglich abbedungen werden können. Anders ist dies zwar bei der bestimmungsgemäßen Nutzung nach Art. 5 Abs. 1 Computerprogramm-RL. Dahingehend definiert aber Erwgr. 13 Computerprogramm-RL gleichermaßen einen einheitlichen abrededefesten Kern.

Grund für die Ausnahmeregelung zur Dekompilierung in Art. 6 Computerprogramm-RL ist wiederum die zentrale Bedeutung der Interoperabilität. Die Förderung und Sicherstellung von Interoperabilität liegt der Richtlinie als Leitgedanke zugrunde und kommt etwa in Erwgr. 10 Computerprogramm-RL deutlich zum Ausdruck. Bei den betreffenden Ausnahmevorschriften handelt es sich folglich um die Umsetzung von zwei entscheidenden der Computerprogramm-RL zugrunde liegenden Zielen.<sup>52</sup> Würden Art. 5 und 6 Computerprogramm-RL in den Mitgliedstaaten nicht einheitlich angewendet, würde dies zu unterschiedlichen Markt- und Wettbewerbsbedingungen führen und erhebliche Auswirkungen auf den Binnenmarkt haben.

Infolge ihres mindestharmonisierenden Charakters ließe die Computerprogramm-RL somit eventuell weitergehende Ausnahmebestimmungen durch mitgliedstaatliches Recht zu. Aber bereits mit dem Mindestschutz durch die Computerprogramm-RL würden sich mitgliedstaatliche Unterschiede durch abweichende Ausnahmebestimmungen nicht vereinbaren lassen, da ausdrücklich bezweckt war, diese als Hemmnisse für den Binnenmarkt zu beseitigen.<sup>53</sup> Inwieweit die allgemeinen urheberrechtlichen Regelungen auf Computerprogramme angewend-

---

<sup>50</sup> Zur InfoSoc-RL EuGH Urt. v. 29.7.2019 – C-516/17, GRUR 2019, 940, Rn. 25 – Spiegel Online; EuGH Urt. v. 29.7.2019 – C-469/17, GRUR 2019, 934, Rn. 40 – Funke Medien; vgl. EuGH Urt. v. 3.9.2014 – C-201/13, GRUR 2014, 972, Rn. 16 – Deckmyn.

<sup>51</sup> S. u. S. 306.

<sup>52</sup> Ausführlich unten S. 236.

<sup>53</sup> *Leistner*, in: *Depenheuer/Peifer*, S. 193; *Wandtke/Bullinger/Wandtke*, 5. Aufl., Einl. Rn. 14 weist darauf hin, dass mit der RL einheitliche Marktbedingungen für die Softwareindustrie geschaffen werden sollten.

bar sind, bestimmt sich aufgrund der weitreichenden Harmonisierungswirkung der InfoSoc-RL ebenfalls primär nach Unionsrecht. Schrankenbestimmungen, die über die bereits in der Computerprogramm-RL geregelten hinausgehen, können sich somit allenfalls aus dem urheberrechtlichen *acquis* ergeben, nicht aber autonom durch die Mitgliedstaaten geregelt werden.

Im Ergebnis ist für die Ausnahmestimmungen der Art. 5 und 6 Computerprogramm-RL jedenfalls in ihrer Breite von einer umfassenden Harmonisierungswirkung auszugehen. Spielraum i. S. d. Harmonisierungstiefe besteht dementsprechend allenfalls bei der Anwendung der Bestimmungen durch die Mitgliedstaaten – in den oben aufgezeigten Grenzen. Faktisch ergibt sich der mitgliedstaatliche Anwendungsspielraum letztlich auch aus der bisher für den Bereich der Computerprogramm-RL kaum bestehenden konkretisierenden Rechtsprechung des EuGH.

## D. Weitere richtlinienübergreifend harmonisierte Bereiche

### I. Harmonisierter Europäischer Werkbegriff

Infolge des inzwischen harmonisierten Werkbegriffs ist einheitliche Voraussetzung für den urheberrechtlichen Schutz als Werk das Vorliegen einer eigenen geistigen Schöpfung. Ausgehend von der expliziten Regelung dieses Begriffs unter anderem in Art. 1 Abs. 3 S. 1 Computerprogramm-RL,<sup>54</sup> hat der EuGH die Schutzvoraussetzungen inzwischen richtlinien- und werkartübergreifend vereinheitlicht.<sup>55</sup> Der EuGH selbst bezeichnet das Werk ausdrücklich als autonomen

<sup>54</sup> I.Ü. Art. 3 Abs. 1 Datenbank-RL für Datenbanken und für Fotografien Art. 6 Schutzdauer-RL (Richtlinie 2006/116/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 12.12.2006 über die Schutzdauer des Urheberrechts und bestimmter verwandter Schutzrechte 2006/116/EG, im Folgenden: Schutzdauer-RL). S. dazu etwa Schrickler/Loewenheim/Leistner, 6. Aufl., § 2 Rn. 3.

<sup>55</sup> S. etwa Leistner, ZGE 2013, 5; Leistner, JZ 2014, 846 (847 f.); Ohly, Gutachten Juristentag, F27 f.; Benz, S. 30 ff. m. w. N.; Grünberger, ZUM 2019, 281 (282); Leistner, ZUM 2019, 720 (721 ff., 724); Stieper, ZUM 2019, 713 (713); Schulze, NJW 2019, 3440 (3440); von Ungern-Sternberg, GRUR 2019, 1 (1); Dreier/Schulze/Schulze, 6. Aufl., § 2 Rn. 22; ausführlich Schrickler/Loewenheim/Leistner, 6. Aufl., § 2 Rn. 8 (Übersicht zum Meinungsstand: Rn. 7); Wandtke/Bullinger/Bullinger, 5. Aufl., § 2 Rn. 14. Dies gilt nun infolge Cofemel auch für den im nationalen Recht immer noch umstrittenen Bereich der angewandten Kunst, s. ausführlich Schrickler/Loewenheim/Leistner, 6. Aufl., § 2 Rn. 12 ff.; Leistner, GRUR 2019, 1114; Grünberger, ZUM 2020, 175 (179 ff.); von Ungern-Sternberg, GRUR 2020, 113 (115 f.). Zur vorherigen Diskussion s. Leistner, ZGE 2013, 4 (35 ff.). Zur Anwendung des europäischen Werkbegriffs für Werke der angewandten Kunst s. jetzt auch BGH Urt. v. 7.4.2022 – I ZR 222/20, GRUR 2022, 899, Rn. 28 ff. – Porsche 911.

Begriff des Unionsrechts, der in den Mitgliedstaaten einheitlich anzuwenden ist.<sup>56</sup> Sowohl für den allgemeinen Werkbegriff des § 2 Abs. 2 UrhG als auch den spezielleren und für Computerprogramme vorrangigen § 69a Abs. 3 S. 1 UrhG, der wie die Richtlinie ohnehin von „eigener geistiger Schöpfung“ spricht, gelten folglich die durch den EuGH konkretisierten Vorgaben.

Einheitlich für alle Werkarten sind danach zwei Voraussetzungen zu erfüllen: Erstens muss eine eigene geistige Schöpfung vorliegen.<sup>57</sup> Eine solche ist gegeben, wenn der Urheber seine Persönlichkeit<sup>58</sup> durch seine schöpferischen Fähigkeiten zum Ausdruck bringen konnte, indem er freie kreative Entscheidungen getroffen hat.<sup>59</sup> Dafür erforderlich ist, dass hinreichender Gestaltungsspielraum für freie kreative Entscheidungen besteht. Daran fehlt es, wenn eine Gestaltung aufgrund technischer Vorgaben oder sonstiger äußerer Zwänge wie Regeln vorgegeben ist.<sup>60</sup> Zweitens muss das Schutzobjekt mit hinreichender Genauigkeit und Objektivität identifizierbar sein.<sup>61</sup> Als Werk schutzfähig sind dabei nur Elemente, die die eigene geistige Schöpfung zum Ausdruck bringen.<sup>62</sup>

<sup>56</sup> EuGH Urt. v. 13.11.2018 – C-310/17, GRUR 2019, 73, Rn. 33 – Levola; EuGH Urt. v. 29.7.2019 – C-469/17, GRUR 2019, 934, Rn. 18 – Funke Medien; EuGH Urt. v. 12.9.2019 – C-683/17, GRUR 2019, 1185, Rn. 29 – Cofemel. S. dazu *Stieper*, ZUM 2019, 713 (713) sowie *Grünberger*, ZUM 2019, 281 (282). Kritisch im Hinblick auf die Kompetenz des EuGH *Schack*, GRUR 2019, 75 sowie *Schack*, GRUR 2021, 904 (904f.); dazu auch *Leistner*, GRUR 2019, 1114 (1116).

<sup>57</sup> Ausgehend von EuGH Urt. v. 16.7.2009 – C-5/08, GRUR 2009, 1041, Rn. 35 ff. – Info-paq.; EuGH Urt. v. 22.12.2010 – C-393/09, GRUR 2011, 220, Rn. 45 – BSA; EuGH Urt. v. 4.10.2011 – C-403, 429/08, GRUR 2012, 156, Rn. 97 – Murphy; EuGH Urt. v. 1.12.2011 – C-145/10, GRUR 2012, 166, Rn. 87 – Painer. Zu den Besonderheiten bei Computerprogrammen s. u. S. 279.

<sup>58</sup> „Persönliche Note“ fordert EuGH Urt. v. 1.3.2012 – C-604/10, GRUR 2012, 386, Rn. 38 – Football Dataco; EuGH Urt. v. 1.12.2011 – C-145/10, GRUR 2012, 166, Rn. 92 – Painer.

<sup>59</sup> EuGH Urt. v. 11.6.2020 – C-833/18, GRUR 2020, 736, Rn. 23 – Brompton; EuGH Urt. v. 12.9.2019 – C-683/17, GRUR 2019, 1185, Rn. 30 – Cofemel; EuGH Urt. v. 29.7.2019 – C-469/17, GRUR 2019, 934, Rn. 19 – Funke Medien; EuGH Urt. v. 1.3.2012 – C-604/10, GRUR 2012, 386, Rn. 38 – Football Dataco; EuGH Urt. v. 1.12.2011 – C-145/10, GRUR 2012, 166, Rn. 89 – Painer.

<sup>60</sup> EuGH Urt. v. 11.6.2020 – C-833/18, GRUR 2020, 736, Rn. 24 – Brompton; EuGH Urt. v. 12.9.2019 – C-683/17, GRUR 2019, 1185, Rn. 31 – Cofemel; EuGH Urt. v. 1.3.2012 – C-604/10, GRUR 2012, 386, Rn. 39 – Football Dataco. S. a. EuGH Urt. v. 29.7.2019 – C-469/17, GRUR 2019, 934, Rn. 24 – Funke Medien.

<sup>61</sup> EuGH Urt. v. 13.11.2018 – C-310/17, GRUR 2019, 73, Rn. 40 – Levola.

<sup>62</sup> EuGH Urt. v. 11.6.2020 – C-833/18, GRUR 2020, 736, Rn. 25 – Brompton; EuGH Urt. v. 12.9.2019 – C-683/17, GRUR 2019, 1185, Rn. 29 – Cofemel; EuGH Urt. v. 29.7.2019 – C-469/17, GRUR 2019, 934, Rn. 20 – Funke Medien; EuGH Urt. v. 13.11.2018 – C-310/17, GRUR 2019, 73, Rn. 37 – Levola; EuGH Urt. v. 16.7.2009 – C-5/08, GRUR 2009, 1041, Rn. 39 – Infopaq; EuGH Urt. v. 4.10.2011 – C-403, 429/08, GRUR 2012, 156, Rn. 159 – Murphy.