

§ 5 Rechtsschutz von digitalen Inhalten und Computerprogrammen

Schriftum: *Albes*, Urheberrechtlicher Schutz von Produkten Künstlicher Intelligenz, BRZ 2020, 73; *Apel/Kaulartz*, Rechtlicher Schutz von Machine-Learning-Modellen, RD i 2020,24; *Baumann*, Generative KI und Urheberrecht – Urheber und Anwender im Spannungsfeld, NJW 2023, 3673; BeckOK Urheberrecht, Götting/Lauber-Rönsberg/Rauer, 38. Ed. Stand 1.2.2023; *Bomhard/Gajeck*, Softwareentwicklung durch künstliche Intelligenz, RD i 2021, 472; *Brüggemann*, Urheberrechtlicher Schutz von Computer- und Videospielen, CR 2015, 697; *Bullinger/Czychowski*, Digitale Inhalte: Werk und/oder Software? – Ein Gedankenspiel am Beispiel von Computerspielen, GRUR 2011, 19; *Bußmann/Glasowski/Niehaus/Stecker*, Die Schutzfähigkeit von KI-Trainingsdaten de lege lata, RD i 2022, 391; *Dornis*, Der Schutz künstlicher Kreativität im Immaterialgüterrecht, GRUR 2019, 1252; ders., GRUR 2021, 784; *Dreier/Schulze*, Urheberrechtsgesetz, 7. Aufl. 2022; *Ebers/Heinze/Krügel/Steinrötter/Heinze/Wendorf*, Künstliche Intelligenz und Robotik, 1. Aufl. 2020; *Ebinger*, Stiernerling, Die urheberrechtliche Schutzfähigkeit von Künstlicher Intelligenz am Beispiel von Neuronalen Netzen, CR 2018, 761; *Fromm/Nordemann*, Urheberrecht, 12. Aufl. 2018; *Gausling*, Kommerzialisierung öffentlich zugänglicher Informationen im Wege des Data Scraping, CR 2021, 609; *Gräfel/Kahl*, KI-Systeme zur automatischen Texterstellung, MMR 2021, 121; *Grützmaker*, Was E-Bücher und Computerprogramme gemein haben?, CR 2020, 154; *Hacker*, Immaterialgüterrechtlicher Schutz von KI-Trainingsdaten, GRUR 2020, 1025; *Haedicke*, Der Schadensersatzanspruch des Patentverletzers, GRUR 2005, 529; *Hartmann/Prinz*, Immaterialgüterrechtlicher Schutz von Systemen künstlicher Intelligenz, DSRITB 2018, 769; *Hetmank/Lauber-Rönsberg*, Künstliche Intelligenz – Herausforderungen für das Immaterialgüterrecht, GRUR 2018, 574; *Höeren/Sieber/Holzknagel*, Handbuch Multimedia-Recht, Werkstand: 60. EL Oktober 2023; *Kögel*, Urheberrechtliche Implikationen bei der Verwendung kreativer und generativer künstlicher Intelligenz, InTeR 2023,179; *Köhler/Bornkamm/Feddersen*, UWG, 40. Aufl. 2022; *Krone*, Urheberrechtlicher Schutz von ChatGPT-Texten?, RD i 2023, 117; *Kühn/Koch*, Webseiten als schutzfähiges Werk nach UrhG, CR 2018, 648; *Lauber-Rönsberg*, Autonome „Schöpfung“ – Urheberschaft und Schutzfähigkeit, GRUR 2019, 244; *Legner*, Erzeugnisse Künstlicher Intelligenz im Urheberrecht, ZUM 2019, 807; *Lehmann*, Rechtsschutz und Verwertung von Computerprogrammen, 2. Aufl. 1993; *Lettl*, Urheberrecht, 3. Aufl. 2018; *Leupold/Wiebe/Glossner*, IT-Recht, 4. Aufl. 2021; *Loewenbeim*, Handbuch des Urheberrechts, 3. Aufl. 2021; *Maamar*, Urheberrechtliche Fragen beim Einsatz von generativen KI-Systemen, ZUM 2023, 481; *Marly*, Praxishandbuch Softwarerecht, 7. Aufl. 2018; *Marly*, Der Schutzgegenstand des urheberrechtlichen Softwareschutzes, GRUR 2012, 773; *Möhring/Nicolini*, Urheberrechtsgesetz, 4. Aufl. 2018; *Nebel/Stiernerling*, Aktuelle Programmiertechniken und ihr Schutz durch § 69a UrhG, CR 2016, 61; *Nordemann*, Generative künstliche Intelligenz: Urheberrechtsverletzung und Haftung, GRUR 2024, 1; *Ory/Sorge*, Schöpfung durch Künstliche Intelligenz?, NJW 2019, 710; *Pesch/Böhm*, Art-pocalypse now? – Generative KI und die Vervielfältigung von Trainingsbildern, GRUR 2023, 997; *Pukas*, KI-Trainingsdaten und erweiterte kollektive Lizenzen, GRUR 2023, 614; *Raue*, Die dreifache Schadensberechnung, 1. Aufl. 2017; *Sattler*, Neues EU-Vertragsrecht für digitale Güter, CR 2020, 145; *Schack*, Urheber- und Urhebervertragsrecht, 10. Aufl. 2021; *Schneider*, Perspektiven der Software-Lizenz – nach EuGH zu eBooks – Ende der Online-Erschöpfung? WRP 2021, 293; *Schricker/Loewenbeim*, Urheberrecht, 6. Aufl. 2020; *Sesing*: Öffentliche Zugänglichmachung durch fortbestehende Abrufbarkeit eines URL. Zugleich Besprechung von BGH „Lautsprecherfoto“, GRUR 2021, 1369; *Taeger* (Hrsg.), Recht 4.0 – Innovationen aus den rechtswissenschaftlichen Laboren, 2017; *Taeger/Poble*, Computerrechts-Handbuch, Werkstand: 36. EL Februar 2021; *Ullrich/Lejeune*, Der Internationale Softwarevertrag, 2. Aufl. 2006; *Wandtkel/Bullinger*, Praxiskommentar Urheberrecht, 6. Aufl. 2022; *Wimmer*, Rechtsfragen bei ChatGPT & Co. Einsatz und Nutzung nach aktuellem und künftigen Recht, KuR 2023, 233.

I. Einleitung

Die vorliegende Darstellung des Immaterialgüterrechts mit IT-Bezug ist in zwei Abschnitten gegliedert. Zum einen geht es um den Schutz sogenannter digitaler Inhalte, zum anderen um den Schutz von Computerprogrammen. 1

Sogenannte digitale Inhalte treten in der modernen Medienwelt in vielfacher Gestalt auf. 2 Zu nennen sind zum Beispiel digitale Musik, eBooks, digitale Filme und Serien, die entweder mittels Streaming angeboten oder zum Abruf bereitgestellt werden, Fotografien, Internetseiten und deren Elemente. Angesichts der Vielzahl unterschiedlicher Erscheinungsformen, kommen in Bezug auf deren Schutz natürlich auch unterschiedliche Immaterialgüterrechte in Betracht. Zu nennen sind das Urheberrecht, Leistungsschutzrechte, Persönlichkeitsrechte (wie beispielsweise das Recht am eigenen Bild), Marken- und Titelrechte oder

technische Schutzrechte. Da es sich beim Schutz digitaler Inhalte weitgehend um Fragen des klassischen Immaterialgüterrechts handelt, die das IT-Recht lediglich streifen, soll dieser Themenkreis lediglich kurz dargestellt werden. Gleichwohl ist es in der Vertragsgestaltung aber auch bei eventuellen gerichtliche Verletzungsprozessen unabdingbar, einordnen zu können, mit welchen Schutzrechten man es zu tun hat und in welcher Form deren Nutzung anderen Personen gestattet werden kann.

- 3 Vertieft abgehandelt werden soll hingegen der immaterialgüterrechtliche Schutz von Computerprogrammen, da es sich um ein Kernthema des IT-Rechts handelt. Hierfür sind drei Rechtsbereiche näher ins Auge zu fassen:
- der Schutz nach Urheberrecht
 - der Schutz nach Patentrecht (eingeschränkt, daher nicht so praxisrelevant)
 - der Titel- und Markenschutz, der sich aber nicht auf den Schutz der Software an sich bezieht, sondern auf das Computerprogramm bezeichnende Kennzeichen. *BGHZ 135, 278 [280f.] = GRUR 1998, 155 – PowerPoint; BGH, GRUR 1997, 902 = NJW 1997, 3315 = WRP 1997, 1181 [1182] – FTOS; BGH, GRUR 1998, 1010 [1011f.] = NJW-RR 1998, 1651 = WRP 1998, 877 – WINCAD; BGH, GRUR 2006, 594 Rn. 16 = NJW-RR 2006, 982 – SmartKey zum Titelschutz bei Computerprogrammen.*

II. Der Schutz digitaler Inhalte

- 4 Wie bereits dargestellt, können unter den Begriff „digitale Inhalte“ ganz unterschiedliche Werkkategorien fallen, die unter zum Teil verschiedenen Voraussetzungen immaterialgüterrechtlichen Schutz genießen. Ihre Gemeinsamkeit ist, dass sie in digitaler Form festgehalten und gegebenenfalls (nicht notwendigerweise) auch in digitaler Form verbreitet werden. Insbesondere kommen in Betracht:
- Texte
 - Lichtbildwerke
 - Lichtbilder
 - Portraits/Abbildungen von Personen
 - Filme
 - Musik
 - Digitale Kunst
 - Multimediawerke
 - Sammelwerke
 - Karten
 - Technische Darstellungen
 - Digitale Vervielfältigungen von Werken aus anderen Nutzungsarten (Digitalisierung)
 - Digitale Vorlagen für 3-Drucke
- 5 Erst durch den jeweiligen immaterialgüterrechtlichen Schutz werden die genannten Produkte verkehrsfähig, das heißt können Gegenstand vertraglicher Vereinbarungen sein und gegen unberechtigten Zugriff Dritter verteidigt werden. Das in diesem Zusammenhang relevanteste Gesetz ist das Urheberrechtsgesetz, unter dem ein Schutz digitaler Inhalte durch das Urheberrecht selbst, aber auch durch diesem verwandte „kleine“ Rechte, sogenannte Leistungsschutzrechte, in Frage kommt.

1. Grundlagen des Schutzes digitaler Inhalte

- 6 a) **Voraussetzungen des urheberrechtlichen Schutzes, Arten von Werken:** § 2 UrhG. Bei vielen digitalen Produkten wie zB Filmen, Musikstücken oder Texten kommt ein Schutz durch das Urheberrecht in Frage. Die grundlegenden Voraussetzungen für das Vorliegen eines Urheberrechts sind in § 2 UrhG geregelt. § 2 Abs. 1 Nr. 1 bis 7 UrhG bieten eine nicht abschließende Aufzählung von Werkarten aus den Bereichen Literatur, Wissenschaft und Kunst, für die ein urheberrechtlicher Schutz möglich ist. Kommen neue Werkarten auf, so

können sie ohne Weiteres ebenfalls unter § 2 UrhG subsumiert werden – entweder als Unterfall der bestehenden Kategorien oder als zusätzliche Werkart.¹

Unabhängig von der Art des digitalen Inhalts ist Voraussetzung für das Bestehen eines Urheberrechts gemäß § 2 Abs. 2 UrhG immer das Vorliegen einer **persönlichen geistigen Schöpfung**.

Das Merkmal „**persönlich**“ erfordert, dass das Werk von einem Menschen geschaffen wird. Damit scheidet reine Erzeugnisse von Maschinen und bloße Naturprodukte, an deren Schaffung kein Mensch steuernd beteiligt war, als Werke im Sinne von § 2 UrhG aus. Überall dort, wo eine Maschine oder eine Software selbständig tätig wird – wie dies beispielsweise bei einem Übersetzungsprogramm (Google Translator, DeepL) der Fall ist – entsteht kein urheberrechtlichfähiges Werk. Ebenso verhält es sich bei den Ergebnissen eines Zufallsgenerators, auf die ein Mensch nicht einmal durch Auswahl Einfluss nimmt.² Zusätzlich impliziert das Merkmal „**persönlich**“, dass ein Werk Individualität aufweisen muss, das heißt es muss über einen eigenen geistigen Gehalt verfügen, der es von einem rein handwerklichen Erzeugnis, dem jede Eigenart fehlt, abgrenzt.³ In der Rechtsprechung werden zur Bezeichnung der notwendigen Individualität zum Teil Formulierungen wie „**schöpferische Eigentümlichkeit**“⁴ oder „**eigenschöpferischer Prägung**“⁵ verwendet.

„**Geistig**“ ist ein Werk, wenn es einen von einem menschlichen Urheber herrührenden, Gedanken- und Gefühlsinhalt hat, der auf den Konsumenten eine entsprechende geistige Wirkung hat (zB indem es ihn unterhält oder belehrt, Dinge veranschaulicht oder in sonstiger Weise geistig anregend ist).⁶ Lange war umstritten, ob die Geistigkeit des Werks auch einen ästhetischen Gehalt voraussetzt und wie dieses Merkmal auszulegen ist. Dennoch ist es mittlerweile allgemeine Meinung, dass auch wissenschaftliche (Sprach)Werke dem Urheberrechtsschutz zugänglich sind, obwohl in ihnen nicht der Schönheitssinn, sondern der Verstand angesprochen wird. Der ästhetische Gehalt eines Werks ist nämlich in einem weiteren Sinne zu verstehen und gleichzusetzen mit einer, aus geistiger Arbeit erwachsenen, sinnlich wahrnehmbaren eigenschöpferischen Formgestaltung.⁷

Nicht geschützt ist die bloße Idee oder Vorstellung von einem Werk, die ausschließlich im Kopf eines Menschen existiert. Das Werk muss vielmehr in irgendeiner Weise Gestalt angenommen und damit für Dritte **wahrnehmbar** sein. Hierbei ist es nicht erforderlich, dass das Werk körperlich oder digital fixiert wird, vielmehr würde schon ein Vortrag (bei einem Sprachwerk) oder eine sonstige Darbietung ausreichen.

Weitere Voraussetzung für den urheberrechtlichen Schutz eines geistigen Erzeugnisses ist das Vorhandensein eines bestimmten Grads an **Individualität**, auch genannt **Schöpfungs- oder Gestaltungshöhe**. Die Individualität bezeichnet den Umstand, dass ein geistiges Produkt von der Persönlichkeit des Urhebers geprägt ist. Jedoch genügt nicht jedes noch so geringe Maß an Individualität für ein urheberrechtliches Werk gemäß § 2 UrhG, Erforderlich ist vielmehr ein bestimmter Mindestumfang an Individualität, um einfache Alltagserzeugnisse auszusondern.⁸ Hierbei wird von der Rechtsprechung angesichts der weitgehenden Rechte der Urheber sowie der langen Schutzdauer des Urheberrechts (§ 64 UrhG) ein nicht geringer Grad an Gestaltungshöhe in Form einer erheblichen individuellen Prägung verlangt.⁹

¹ Schulze/Dreier/Schulze UrhG, 7. Auflage 2022, § 2 Rn. 3.

² Schulze/Dreier/Schulze, UrhG § 2 Rn. 8; BeckOK UrhR/Rauer, 37. Edition 2022, § 2 Rn. 55; Schriker/Loewenheim/Loewenheim/Leistner, UrhG, 6. Auflage 2020, § 2 Rn. 41.

³ Wandtke/Bullinger/Bullinger, 6. Auflage 2022, UrhG § 2 Rn. 21; BGH GRUR 1995, 673 (675) – Mauerbilder.

⁴ BGH GRUR 2004, 855 ff. – Hundefigur; BGH GRUR 1994, 206 (207) – Alcolix; BGH GRUR 1991, 449 (451) – Betriebssystem; BGH GRUR 1987, 704 (705) – Warenzeichenlexika.

⁵ BGH GRUR 1985, 1041 (1047) – Inkassoprogramm.

⁶ Schulze/Dreier/Schulze UrhG § 2 Rn. 12.

⁷ BGH GRUR 1985, 1041, 1047 – Inkasso-Programm; Schulze GRUR 1984, 400, 403; Erdmann CR 1986, 249, 252; Schriker/Loewenheim/Loewenheim/Leistner UrhG § 2 Rn. 45 f.; Dreier/Schulze/Schulze UrhG § 2 Rn. 12.

⁸ BGH GRUR 1983, 377, 378 – Brombeermuster; OLG Hamburg ZUM 2004, 386 – Handy-Logos I; Wandtke/Bullinger/Bullinger UrhG § 2 Rn. 23.

⁹ BGH GRUR 2004, 855 ff. – Hundefigur; Wandtke/Bullinger/Bullinger UrhG § 2 Rn. 24.

Der Grad der Individualität wird hierbei von der Rechtsprechung anhand eines Vergleichs des Gesamteindrucks eines Erzeugnisses mit der Gesamtheit der vorbekannten Gestaltungen bestimmt.¹⁰ Dies entspricht in etwa auch der Meinung des EuGH, der den Begriff der Originalität des Werks verwendet und ua darauf abstellt, ob ein bestimmtes Erzeugnis überhaupt einen ausreichenden Gestaltungsspielraum für freie kreative Entscheidungen des Schöpfers zulässt. Jedoch bedeutet das Merkmal der Gestaltungshöhe nicht, dass nur besonders herausragende, künstlerisch wertvolle Werke in den Genuss des Urheberrechtsschutzes kommen. Auch durchschnittliche Werke werden geschützt, solange sie den erforderlichen Grad an Individualität aufweisen.¹¹ Der erforderliche Grad der Gestaltungshöhe wird für die verschiedenen Werkarten nicht einheitlich bestimmt, sondern hängt ab vom Freihaltebedürfnis für bestimmte Werkarten oder von der Frage, ob es in dem fraglichen Bereich ein Leistungsschutzrecht mit geringeren Schutzvoraussetzungen gibt.¹²

Praxistipp:

Die Bestimmung der für den Urheberrechtsschutz ausreichenden Individualität kann im Einzelfall Schwierigkeiten bereiten. Einige „Faustregeln“ können die Einordnung erleichtern:

- Wichtig: Grundsätzlich wird der Urheberrechtsschutz durch die individuelle Ausdrucksform begründet, nicht durch den Inhalt des geistigen Erzeugnisses. Keinen Urheberrechtsschutz genießen daher zB mathematische Formeln.
- Gibt es von vornherein keinen Raum für individuelle Gestaltung, weil die Anordnung oder Form des Inhalts vorgegeben ist (zB bei einer alphabetisch angeordneten Adressliste), scheidet Individualität in der Regel aus.
- Ebenso begründen Gestaltungen, die durch technische Erfordernisse vorgegeben sind (zB eine technische Zeichnung) keine Individualität.¹³
- Ein wichtiger Maßstab ist der Vergleich mit bekannten Gestaltungen: Was jeder so gemacht hätte, verdient keinen Schutz.
- Bestandteile geistiger Erzeugnisse, die aus anderen Schöpfungen übernommen wurden, können keinen Urheberrechtsschutz begründen.
- Dort, wo der Schutz eines geistigen Produkts durch ein sogenanntes Leistungsschutzrecht in Frage kommt, sind die Anforderungen an die Individualität für den Urheberrechtsschutz regelmäßig etwas höher anzusetzen (Beispiel: Eine Fotografie kann als Lichtbildwerk gemäß § 2 Abs. 1 Nr. 5 UrhG und als Lichtbild gemäß § 72 UrhG geschützt sein. Da § 72 UrhG an die Schöpfungshöhe eines Lichtbilds keine Anforderungen stellt, sind an die Individualität als Voraussetzung für das Urheberrecht umso höhere Anforderungen zu stellen).
- Nicht entscheidend für den Urheberrechtsschutz sind der Arbeitsaufwand oder die mit der Herstellung eines Erzeugnisses verbundenen Kosten.

12 b) **Verwandte Schutzrechte.** In seinem Teil 2 regelt das UrhG sogenannte verwandte Schutzrechte, auch Leistungsschutzrechte genannt, die ebenfalls für den Schutz digitaler Inhalte eine bedeutende Rolle spielen. Sie zeichnen sich dadurch aus, dass sie oft (aber nicht nur) das Ergebnis einer wirtschaftlichen Leistung absichern, nicht aber eine individuelle schöpferische Leistung. Im Überblick dargestellt, handelt es sich um folgende Schutzrechte:

- Schutz wissenschaftlicher Ausgaben und nachgelassener Werke (§§ 70, 71)
- Lichtbildschutz (§ 72) und Laufbildschutz (§ 95)
- Schutz des ausübenden Künstlers (§§ 73 ff.)
- Schutz des Konzert- und Theaterveranstalters (§ 81)
- Schutz des Tonträgerherstellers (§§ 85 f.)
- Schutz des Sendunternehmens (§ 87)
- Schutz des Datenbankherstellers (§§ 87a–e)
- Schutz des Presseverlegers (§ 87f)

¹⁰ BGH GRUR 2004, 855 ff. – Hundefigur.

¹¹ BGH ZUM 1995, 790 – Silberdistel; Wandtke/Bullinger/Bullinger UrhG § 2 Rn. 24.

¹² Wandtke/Bullinger/Bullinger UrhG § 2 Rn. 25.

¹³ BGH GRUR 2012, 58 – Seilzirkus.

- Schutz des Filmherstellers (§ 94)

c) **Einzelbeispiele für digitale Inhalte und deren Schutz.** Die dargestellten Immaterialgüterrechte und Grundsätze für den Schutz von Immaterialgütern lassen sich an Einzelbeispielen verdeutlichen. 13

aa) *Texte im Internet.* Digitalisierte Texte wie beispielsweise Beiträge auf Websites oder Artikel in Online-zeitschriften können grundsätzlich Schutz als Sprachwerke gemäß § 2 Abs. 1 Nr. 1 UrhG genießen. Voraussetzung ist, dass die Textgestaltungen die für eine **persönliche geistige Schöpfung** erforderliche Individualität aufweisen. Dies ist bei journalistisch-redaktionell gestalteten Texten in der Regel zu bejahen, egal ob sie in digitaler oder gedruckter Form vorliegen. Schwieriger ist die Frage bei Textgestaltungen etwa auf Benutzeroberflächen von Computerprogrammen, die der Kommunikation mit dem Nutzer dienen und ihn möglichst übersichtlich durch die verschiedenen Funktionsbereiche eines Programms führen soll. Es gilt hier der Grundsatz, dass Elemente, die allgemein üblich oder sogar durch die technischen Notwendigkeiten vorgegeben sind, bei der Beurteilung der persönlichen geistigen Schöpfung ausgenommen bleiben müssen.¹⁴ 14

bb) *Musik.* Werke der Musik sind auch in digitaler Form gemäß § 2 Abs. 1 Nr. 2 UrhG nach den allgemeinen Grundsätzen geschützt. Das gilt für alle in digitalisierter Form gespeicherten Musikwerke, aber auch zum Beispiel für eigens für Computerspiele komponierte Musik. 15

cc) *Schutz von E-Books.* Digitale Werke, die mittlerweile große Verbreitung gefunden haben, sind sogenannte E-Books. Darunter versteht man Texte in Buchlänge, die nicht mehr in gedruckter Form als Hardcover oder Taschenbuch verbreitet werden, sondern den Kunden auf Abruf – gewöhnlich im Wege des Downloads – in elektronischer Form zum Lesen auf einem Endgerät (E-Reader, Tablet, PC) zur Verfügung gestellt werden. Der Nutzer erhält also eine softwaregestützte, digitale Kopie des Werks. Obwohl das E-Book sowohl ein Computerprogramm als auch ein geschütztes Schriftwerk umfasst, ist davon auszugehen, dass das Computerprogramm gegenüber dem in einem solchen Buch enthaltenen Schriftwerk nur akzessorischen Charakter hat.¹⁵ Wenn also jemand in urheberrechtlich relevanter Weise Textpassagen zu eigen macht, handelt es sich um eine Verletzung des Schriftwerks gemäß § 2 Abs. 1 Nr. 1 UrhG und nicht um eine Verletzung der zugrunde liegenden Software im Sinne von § 69a UrhG. 16

dd) *Websites.* Was den Schutz von Websites als digitale Werke angeht, war die Rechtsprechung in Deutschland traditionell zurückhaltend. Insbesondere wurde ein Schutz als „Gesamtkunstwerk“ immer abgelehnt, vielmehr wurden die Webseitenbetreiber immer auf den eventuellen Schutz der auf der Website vorhandenen Einzelelemente verwiesen. Allerdings werden etwa die auf einer Website enthaltenen Werbebanner trotz grafischer Gestaltung und dem Einsatz farblicher Elemente üblicherweise nicht als schutzfähige Werke der angewandten Kunst angesehen, da die hier strengen Anforderungen an die Schöpfungshöhe in der Regel nicht erreicht werden.¹⁶ Möglich ist aber in Bezug auf die Texte und sonstigen Inhalte der Website ein Schutz als Sprachwerk, als Werk der angewandten Kunst oder als Werk der wissenschaftlich-technischen Darstellung, wobei dies wegen fehlender Individualität und Schöpfungshöhe häufig abgelehnt wurde.¹⁷ Zudem scheint mittlerweile anerkannt zu sein, dass das Design der Benutzeroberfläche einer Website als **Design nach dem Designgesetz** (DesignG) geschützt sein kann, und zwar gemäß § 2 Abs. 1 DesignG auch dann, wenn es nicht eingetragen ist. Erforderlich ist lediglich, dass sich auf der Website ein Muster be- 17

¹⁴ BGH GRUR 2011, 220 Rn. 48 ff. – BSA/Kultusministerium; BGH GRUR 2012, 1245 Rn. 42 – Football Dataco; BGH GRUR 2012, 58 Rn. 19 ff. – Seilzirkus.

¹⁵ EuGH GRUR 2020, 179 Rn. 59 – Tom Kabinet.

¹⁶ BGH GRUR 1981, 517, 519 – Rollhocker.

¹⁷ OGH Medien und Recht 2007, 138–143; EuGH GRUR 2011, 220 Rn. 46; OLG Hamburg ZUM-RD 2012, 664, 667; OLG Karlsruhe GRUR 2010, 234, 235 – Reisebürosoftware; OLG Rostock GRUR-RR 2008, 1, 12 – Urheberrechtsschutz von Webseiten; OLG Frankfurt a.M. GRUR-RR 2005, 299, 300 – Online-Stellenmarkt; OLG Düsseldorf CR 2000, 184; LG Köln CR 2008, 61; Schricker/Loewenheim/Loewenheim/Leistner UrhG § 2 Rn. 138; Dreier/Schulze/Schulze UrhG § 2 Rn. 101.

findet, das neu ist und Eigenart besitzt. Anders als beim Urheberrecht kommt es hierbei auf das Vorliegen einer persönlich-geistigen Schöpfung nicht an.¹⁸

- 18 *ee) Digitale Lichtbilder (zB auf Websites).* Fotografische Abbildungen können in digitalisierter Form gespeichert und wiedergegeben werden. In diesem Fall können sie unter mehreren Aspekten immaterialgüterrechtlichen Schutz genießen. Beim Vorhandensein urheberrechtlicher Werkqualität (also insbesondere der erforderlichen Schöpfungshöhe) kommt ein Schutz als Lichtbildwerk gemäß § 2 Abs. 1 Nr. 5 in Betracht. Scheidet ein Urheberrechtsschutz aus, kann immer noch die Anwendbarkeit des Lichtbilderschutzes nach § 72 UrhG in Betracht kommen. Bei diesem recht handelt es sich um ein Leistungsschutzrecht, das an die rein technische Leistung des Fotografierens anknüpft. Auf eine schöpferische oder künstlerische Qualität des Lichtbilds kommt es nicht an.¹⁹ Neben den beiden genannten kann es auch noch Rechte nach § 22 Kunsturhebergesetz (KUG), wonach bei Bildnissen das Persönlichkeitsrecht des Abgebildeten am eigenen Bild geschützt wird.
- 19 *ff) Digitale Abrufdienste.* Weitverbreitet sind Abruf- oder Streamingdienste, die dem Nutzer Entertainment-Produkte wie Filme oder Serien in digitaler Form über das Internet zur Verfügung stellen. Hinsichtlich der Einordnung der Werke stellen sich ähnliche Fragen wie bei den E-Books: Obwohl die Zurverfügungstellung und Darstellung solcher digitalen Werke im Internet regelmäßig mittels des Einsatzes von Software erfolgt, steht bei der Frage des urheberrechtlichen Schutzes nicht die Software (§ 69a UrhG), sondern das übertragene Werk im Vordergrund. Bei Filmen oder Serien wird es sich hier regelmäßig um Filmwerke gemäß § 2 Abs. 1 Nr. 6 UrhG oder, soweit eine ausreichende eigenschöpferische Leistung zu verneinen ist, um nach § 95 UrhG geschützte Laufbilder handeln. Etwas komplizierter ist die Lage bei der digitalen Übertragung von Sportereignissen (zB Fußballspielen). Da es bei Live-Übertragungen an der für den Laufbilderschutz nach herrschender Meinung erforderlichen Aufzeichnung fehlt, kommt nur ein Schutz als Filmwerk nach § 2 Abs. 1 Nr. 6 UrhG in Betracht, wofür allerdings die besondere Schöpfungsleistung (zB aufgrund von Kameraeinstellungen, Perspektiven, Wiederholungen, Zeitlupen, Kommentaren) konkret nachzuweisen ist.²⁰
- 20 *gg) Videospiele/Multimedia-Produkte.* Urheberrechtlich kontrovers diskutiert werden sogenannte Multimedia-Produkte oder auch Multimedia-Werke. Hierbei handelt es sich um Gesamtwerke oder verbundene Werke, die sich aus Grafiken, Bildern, Ton und/oder Sprache zusammensetzen und in der Regel durch die Verarbeitung mit Computerprogrammen dargestellt werden; oft enthalten diese Produkte Elemente der Interaktivität mit dem Nutzer. Beispiele für Multimedia-Produkte sind Videospiele. Verschiedentlich wird in Bezug auf solche Gesamtprodukte vertreten, dass es sich um eine neue, eigene Werkkategorie, nämlich sogenannte Mutlimediawerke handle. Dass diese in der Aufzählung von Werkkategorien des § 2 Abs. 1 UrhG nicht enthalten ist, sei unschädlich, da diese Aufzählung nicht abschließend sei.²¹ Die herrschende Meinung legt etwa bei Videospiele den Schwerpunkt auf den für den Nutzer sichtbaren Teil, also die audiovisuellen Komponenten und sieht das Multimedia-Produkt daher oft als filmähnliches Werk iSd § 2 Abs. 1 Nr. 6 UrhG an.²² Ob diesen Auffassungen immer gefolgt werden kann, ist fraglich. Für ein einheitliches Werk einer eigenständigen Werkkategorie fehlt es in vielen Fällen mitunter an einem rechtlichen Bedürfnis.
- 21 Zu sachgerechteren Ergebnissen kommt man meistens, wenn man die einzelnen technischen und künstlerischen Elemente urheberrechtlich getrennt behandelt (Trennungstheorie). Ein Videospiele ist immer Ausfluss des zugrundeliegenden Computerprogramms. Dieses unterfällt als solches dem urheberrechtlichen Schutz für Software (insbesondere §§ 69a ff.

¹⁸ LG Düsseldorf 26.6.2013 – 12 O 381/10.

¹⁹ Dreier/Schulze/Schulze UrhG § 72 Rn. 1.

²⁰ Wandtke/Bullinger/Bullinger UrhG § 2 Rn. 123.

²¹ Loewenheim/Hoeren Handbuch § 9 Rn. 339.

²² Dreier/Schulze/Schulze UrhG § 2 Rn. 243; BGH GRUR 2013, 370 Rn. 14; OLG Rostock MMR 2008, 116 f.; LG München MMR 2005, 267 f.; OLG Hamburg GRUR 1983, 436 (437); OLG Köln GRUR 1992, 312 (313).

UrhG).²³ Die unmittelbare Übernahme von Code kann damit bereits als Urheberrechtsverletzung anzusehen sein (siehe dazu im Einzelnen unten). Davon zu unterscheiden ist jedoch – gewissermaßen als zweite Ebene – die äußere Ausdrucksform des Videospiele, also das, was auf dem Bildschirm erscheint oder die Lautsprecher verlässt. Nach herrschender Ansicht kommt für die Videoelemente (etwa Spielbilder, eingeblendete Videosequenzen) ein urheberrechtlicher Schutz als Filmwerk (§ 2 Abs. 1 Nr. 6 UrhG) in Betracht. Sollten solche Bildfolgen nicht die für den urheberrechtlichen Werkschutz erforderliche Schöpfungshöhe erreichen, kann immer noch ein Laufbilderschutz gemäß § 95 UrhG einschlägig sein.²⁴ Oft werden für die Untermalung von Videospiele Musikstücke eingesetzt, die in der Regel sogar eigens komponiert werden. Hier mag ein urheberrechtlicher Schutz nach § 2 Abs. 1 Nr. 2 UrhG möglich sein.

Nach abweichender – mittlerweile wohl als veraltet anzusehender – Auffassung sei dasjenige, was am Bildschirm erscheint, nur das sichtbare Ergebnis der bereits fertiggestellten Software. Nur wenn letztere als Computerprogramm geschützt sei, bestehe auch ein Schutz der sichtbaren Ergebnisse.²⁵ 22

2. Person des Urhebers

§ 7 UrhG normiert für das deutsche Urheberrecht das sog. Schöpferprinzip. Urheber ist gemäß § 7 UrhG der Schöpfer des Werkes, also derjenige der das Werk gemäß § 2 Abs. 2 UrhG durch seine persönliche geistige Leistung erschaffen hat, zum Beispiel der Autor, Zeichner, Komponist usw.²⁶ Das Schöpferprinzip beschränkt sich hierbei auf natürliche Personen als Werkschöpfer, da juristische Personen, Personengesellschaften oder auch Maschinen bzw. Computerprogramme keine eigne geistige Tätigkeit ausüben und auch nicht Inhaber von Persönlichkeitsrechten sein können. Juristische Personen können lediglich Inhaber abgeleiteter Nutzungsrechte sein.²⁷ Maschinen oder auch Computerprogramme können aber wohl als Hilfsmittel bei der Schöpfung des Werkes dienen.²⁸ § 7 UrhG knüpft an die Generalklausel des § 1 UrhG an und füllt diese mit Leben, indem sie die gemäß § 2 UrhG geschützten Werke einem bestimmten Urheber zuweist.²⁹ Die Schöpfung eines Werks selbst ist ein sogenannter Realakt, das heißt, die Geschäftsfähigkeit des Schöpfers sowie dessen subjektive Vorstellungen sind irrelevant. Auch eine urheberrechtliche Schöpfung für eine andere Person mittels einer rechtsgeschäftlichen Stellvertretung (§§ 164 ff. BGB) ist aus diesem Grund nicht möglich.³⁰ In dem Moment, in dem das Werk seine konkrete Form annimmt, entsteht das Urheberrecht als Ganzes *ipso iure* in der Person des Werkschöpfers.³¹ Dieses soeben dargestellte Schöpferprinzip gilt folglich auch in Konstellationen, wo der Werkschöpfer/Leistungserbringer in einem Dienst-/Arbeitsverhältnis, im Auftragsverhältnis oder Werkvertragsverhältnis steht. Urheber oder Leistungsschutzrechtsinhaber ist grundsätzlich nicht der Arbeitgeber, Auftraggeber oder Besteller ist, sondern immer derjenige der den Schöpfungsakt real vollzogen hat. Nur in dessen Person entfaltet das Urheberrechtsgesetz seinen Schutz.³² Arbeitgeber, Auftraggeber und Besteller sind daher auf die Einräumung von Nutzungsrechten angewiesen, wobei im Arbeits- und Dienstverhältnis allerdings § 43 UrhG zu beachten ist. 23

²³ Bullinger/Czychowski GRUR 2011, 19, 21; Brüggemann CR 2015, 697 ff.

²⁴ Dreier/Schulze/Schulze UrhG § 2 Rn. 14; OLG Hamburg GRUR 1983, 436, 437 – Puckman; OLG Karlsruhe CR 1986, 723, 725 – Videospiele; Schrickler/Loewenheim/Loewenheim Rn. 217.

²⁵ OLG Frankfurt a. M. GRUR 1983, 753, 756 – Pengo.

²⁶ Wandtke/Bullinger/Thum UrhG § 7 Rn. 1; Loewenheim/Hoeren Handbuch § 10 Rn. 1.

²⁷ LG Berlin GRUR 1990, 270; OLG Karlsruhe, GRUR-RR 2013, 423 (425); FG Düsseldorf, BeckRS 2020, 23260 Rn. 33; BGH GRUR 1991, 523 (525); Dreier/Schulze/Schulze UrhG § 7 Rn. 2; Schrickler/Loewenheim/Loewenheim/Peifer UrhG § 7 Rn. 3.

²⁸ Wandtke/Bullinger/Bullinger UrhG § 2 Rn. 16; Fromm/Nordemann/Wirtz UrhG § 7 Rn. 9; Schrickler/Loewenheim/Loewenheim/Peifer UrhG § 7 Rn. 3.

²⁹ Fromm/Nordemann/Wirtz UrhG § 7 Rn. 3.

³⁰ Dreier/Schulze/Schulze UrhG § 7 Rn. 3; Wandtke/Bullinger/Thum UrhG § 7 Rn. 5.

³¹ Wandtke/Bullinger/Thum UrhG § 7 Rn. 5.

³² Dreier/Schulze/Schulze UrhG § 7 Rn. 2 ff., mwA zu Ghostwritern, Produzenten, Gehilfen, etc; Schrickler/Loewenheim/Loewenheim/Peifer UrhG § 7 Rn. 4; Wandtke/Bullinger/Thum UrhG § 7 Rn. 22 ff.

- 24 Derjenige der behauptet Urheber eines Werkes zu sein, trägt die Beweislast dafür, dass er das Werk tatsächlich geschaffen hat, außer er kann sich auf die Vermutungsregel des § 10 UrhG berufen.³³ Dementsprechend, muss der Nutzer eines fremden Werks im Zweifel lückenlos bis zurück zum Urheber konkret darlegen und beweisen, dass er die erforderlichen Rechte erworben hat.³⁴
- 25 Zu erörtern sind die Fälle, in denen (digitale) Werke von natürlichen Personen durch den Einsatz von Computerprogrammen geschaffen werden (sogenannte *computer-generated works*). Hier ist zu unterscheiden zwischen dem Schutz am Computerprogramm nach § 69a UrhG und dem geschaffenen Arbeitsergebnis. Falls es sich bei dem mit Hilfe des Computerprogramms geschaffenen Arbeitsergebnis um ein schutzfähiges Werk handelt (etwa einen Text oder ein Bild), stehen die Rechte an dem geschaffenen Arbeitsergebnis nicht dem Programmierer der Software zu, da die Ergebnisse nicht mehr zur Software zählen.³⁵ Urheber ist vielmehr derjenige, der sich des Programms als Werkzeug bedient und mit dessen Hilfe das geschützte Ergebnis geschaffen hat.³⁶ Der Benutzer eines software-gestützten Zeichenprogramms, der mit diesem eine Grafik anfertigt, erwirbt an dieser selbst das Urheberrecht, gleichgültig, wie komplex und ausgefeilt die Zeichensoftware sein mag.
- 26 In diesem Zusammenhang bereitet auch der Einsatz von **künstlicher Intelligenz (KI)** Probleme. Bei einer KI ist zwischen mehreren Ebenen zu unterscheiden. Das der KI zugrundeliegende Computerprogramm ist nach § 2 Abs. 1 Nr. 1 UrhG iVm § 69a UrhG ein schutzfähiges Werk, dessen Urheber ist der Schöpfer dieses Programms ist.³⁷ Von der KI allein geschaffene Erzeugnisse (zB Bilder, Musik, Texte) sind allerdings nach herrschender Meinung, aufgrund fehlender menschlicher Schöpfung, nicht schutzfähig iSd Urheberrechts.³⁸ Diese künstliche Intelligenz simuliert zwar menschliches Verhalten und gibt dem Erzeugnis den Anschein individueller, menschlicher Prägung, es fehlt jedoch an der kommunikativ-menschlichen Bedeutungsebene, die für das menschlich-geistige Schaffen ausschlaggebend ist.³⁹ Zudem kann das von einer KI eigens geschaffene Erzeugnis auch nicht dem Schöpfer des der KI zugrunde liegenden Computerprogramms zugerechnet werden, da zwischen Schöpfung des Computerprogramms der KI und dem Erzeugnis der KI diese autonom ohne eine individuelle kreative Entscheidung eines Menschen agiert.⁴⁰ Anders verhält es sich allerdings wenn die KI nur als Hilfsmittel zur eigenen persönlichen geistigen Schöpfung eines Menschen verwendet wird. Ist dies der Fall, kommt ein Urheberrechtsschutz nach den allgemeinen Grundsätzen in Betracht.⁴¹ Dabei kann der Mensch das wesentliche Grundmuster des Werks schaffen und bei mehreren von der KI geschaffenen Erzeugnissen eine Auswahl vornehmen⁴² (zB die KI schreibt selbständig die Bassstimme eines Chorals, der im Übrigen von einem Menschen komponiert wird). Es wird dabei, eine nicht einfache, Beurteilung im Einzelfall vorzunehmen sein hinsichtlich des Grades des autonomen Arbeitens der KI und der eigenen schöpferischen Leistung des Menschen innerhalb dieses Vorgangs.⁴³

3. Schranken des Urheberrechts und der Leistungsschutzrechte

³³ Wandtke/Bullinger/Thum UrhG § 7 Rn. 43.

³⁴ Dreier/Schulze/Schulze UrhG § 7 Rn. 11.

³⁵ OLG Düsseldorf ZUM-RD 2000, 136, 137 – Siedler III, OLG Düsseldorf MMR 1999, 729, 730 – Frames.

³⁶ Dreier/Schulze/Schulze UrhG § 2 Rn. 14.

³⁷ Dreier/Schulze/Schulze UrhG § 2 Rn. 14; Schrickler/Loewenheim/Loewenheim/Leistner UrhG § 2 Rn. 41; Hetmank/Lauber-Rönsberg GRUR 2018, 574 (575).

³⁸ Wandtke/Bullinger/Thum UrhG § 7 Rn. 17, 18; Schrickler/Loewenheim/Loewenheim/Leistner UrhG § 2 Rn. 41; Dreier/Schulze/Schulze UrhG § 2 Rn. 14; Hetmank/Lauber-Rönsberg GRUR 2018, 574 (577 f.); Ory/Sorge NJW 2019, 710 (711 f.).

³⁹ Wandtke/Bullinger/Thum UrhG § 7 Rn. 18.

⁴⁰ Schrickler/Loewenheim/Loewenheim/Leistner UrhG § 2 Rn. 41.

⁴¹ Vgl. S. 2 f.; Wandtke/Bullinger/Thum UrhG § 7 Rn. 20, Bullinger § 2 Rn. 16.

⁴² Schrickler/Loewenheim/Loewenheim/Leistner UrhG § 2 Rn. 41.

⁴³ Ory/Sorge NJW 2019, 710 (711 f.); Hetmank/Lauber-Rönsberg GRUR 2018, 574 (577); Wandtke/Bullinger/Thum UrhG § 7 Rn. 20.

Durch die ausschließlichen Rechte die das Urheberrecht dem Urheber oder dem Leistungsschutzberechtigten zugestehen entsteht ein Gegensatz zu dem Interesse an der Verwertung von geschützten Werken durch die Allgemeinheit. Es kann nämlich durchaus schutzwürdige Interessen der Allgemeinheit oder auch Dritter an einer Nutzung geschützter Werke oder Leistungsergebnisse geben, die es erforderlich machen, das Verbotsrechts des Rechteinhabers insoweit einzuschränken. Deswegen hat der Gesetzgeber im 6. Abschnitt des UrhG Schranken für den Schutz des Urheberrechts und der Leistungsschutzrechte normiert und somit eine Interessenabwägung zwischen denen des Urhebers und denen der Allgemeinheit vorgenommen.⁴⁴

Zu den wichtigsten Schrankenbestimmungen der §§ 44a ff. UrhG gehören:

- a) § 44a UrhG: Vorrübergehende Vervielfältigungshandlungen. Dieses Schrankenrecht sind gerade im Technikbereich von großer Bedeutung. So erfolgen etwa im Rahmen der Übertragung oder Ausstrahlung von geschützten digitalen Werken oft flüchtige Vervielfältigungen, die aber nur der Übermittlung dienen und ansonsten keine eigenständige wirtschaftliche Bedeutung haben.
- b) § 53 Abs. 1 UrhG (Vervielfältigungen zum privaten Gebrauch) sowie § 53 Abs. 2 UrhG (Vervielfältigungen zum sonstigen eigenen Gebrauch). Diese Ausnahme trägt den Interessen der Allgemeinheit Rechnung, nicht für jede Vervielfältigung eine Erlaubnis des Urhebers einholen zu müssen.⁴⁵ Ist eine solche Vervielfältigung nach § 53 UrhG erlaubt, dürfen nach einer veralteten, aber formal immer noch gültigen Rechtsprechung bis zu sieben physische Vervielfältigungsstücke angefertigt werden.⁴⁶ Ob eine solche (noch aus dem Matritzenzeitalter stammende) Obergrenze im digitalen Bereich noch Bedeutung hat, kann bezweifelt werden.

Nach Abs. 1 dürfen einzelne Vervielfältigungsstücke eines Werkes auf beliebigen Trägern zum privaten Gebrauch von einer natürlichen Person hergestellt werden, sofern diese nicht Erwerbszwecken dienen, soweit nicht zur Vervielfältigung eine offensichtlich rechtswidrig hergestellte Vorlage verwendet wird. Unter gewissen Voraussetzungen des Abs. 1 S. 2 darf sich der Werknutzer bei der Vervielfältigung auch Dritter bedienen. Da § 53 Abs. 1 S. 1 UrhG auch die öffentliche Zugänglichmachung in Bezug auf die Rechtswidrigkeit nennt, ist der Download von Werken aus dem Internet – etwa beim Filesharing in Peer-to-Peer-Tauschbörsen – erfasst, selbst wenn die Herstellung der Vorlage als zulässige Privatkopie rechtmäßig erfolgt sein sollte.⁴⁷

In Abs. 2 werden einzelne Vervielfältigungen zum sonstigen Gebrauch erlaubt.

Die Abs. 1 und 2 gelten gemäß § 53 Abs. 5 UrhG nicht für Datenbankwerke, deren Elemente einzeln mit Hilfe elektronischer Mittel zugänglich sind. Weitere Sonderregelungen hinsichtlich des Rechts auf Vervielfältigung finden sich für Computerprogramme in den §§ 69c ff. UrhG und hinsichtlich des Rechts an Datenbanken in § 87c UrhG.⁴⁸

4. Vertragsrecht: Verwertungsrechte und Nutzungsrechte

a) Grundlagen, relevante Verwertungsarten. Im deutschen Urheberrechtsgesetz wird das Urheberrecht als eine untrennbare Einheit von persönlichkeitsrechtlichen und vermögensrechtlichen Elementen verstanden (s. § 11 UrhG). Aus diesem Grund ist es – wie auch das allgemeine Persönlichkeitsrecht – gemäß § 29 Abs. 1 UrhG nicht übertragbar (ausgenommen die Vererbung gemäß § 28 UrhG). Möglich sind jedoch laut § 29 Abs. 2 UrhG insbesondere die Einräumung von Nutzungsrechten (§ 31 UrhG) sowie die hiervon zu unterscheidenden, rein schuldrechtlich wirkenden, Einwilligungen und Vereinbarungen über Verwertungsrechte.

Die gleichen Grundsätze gelten in Bezug auf die verwandten Schutzrechte an wissenschaftlichen Ausgaben (§ 70 Abs. 1 UrhG) und für Lichtbildern (§ 72 Abs. 1 UrhG), die per-

⁴⁴ BGH GRUR 2014, 974 Rn. 34.

⁴⁵ Lettl, Urheberrecht, 3. Auflage 2018, S. 195 Rn. 33.

⁴⁶ BGH GRUR 1978, 474, 475 – Vervielfältigungsstücke.

⁴⁷ Lettl, Urheberrecht, 3. Auflage 2018, S. 195 Rn. 34.

⁴⁸ Dreier/Schulze/Dreier UrhG § 53 Rn. 6.

sönlichkeitsrechtliche Bestandteile aufweisen. Diese sind ebenfalls nicht übertragbar aber vererblich. Die übrigen verwandten Schutzrechte – also die Ausgaben nachgelassener Werke (§ 71 Abs. 2), der Schutz des Veranstalters (§ 81), die Rechte des Tonträgerherstellers (§ 85), des Sendunternehmens (§ 87), des Datenbankherstellers (§ 87a), des Filmherstellers (§ 94 Abs. 2) und des Herstellers von Laufbildern (§ 95) sind in vollem Umfang abtretbar und demgemäß auch nach den allgemeinen Regeln des BGB vererblich. Dennoch gelten die Grundsätze zur Nutzungsrechtseinräumung auch hier.

- 33 Die Befugnisse des Urhebers eines Werks sowie der Inhaber verwandter Schutzrechte werden insbesondere in den §§ 15 ff. UrhG geregelt. Hierbei bezeichnet das Gesetz die dem Urheber unmittelbar mit Erschaffung des Werks zustehenden Rechte an diesem als Verwertungsrechte. Die davon abgeleiteten, Dritten eingeräumten Rechte werden hingegen Nutzungsrechte genannt. Anders als die persönlichkeitsrechtlichen Bestandteile des Urheberrechts betreffen die Verwertungsrechte die materielle Seite und regeln die wirtschaftliche Nutzung des Werks durch den Urheber. Dieser kann das Werk unter Ausschluss aller anderen Personen entweder selbst nutzen und verwerten oder er kann durch die Einräumung von Nutzungsrechten Dritten die Auswertung gestatten.
- 34 Die wichtigsten Verwertungsrechte sind im Gesetz in den §§ 15–23 UrhG explizit aufgezählt. Hierunter fallen das Vervielfältigungsrecht (§ 16 UrhG), das Recht, das Original oder Vervielfältigungsstücke eines Werks zu verbreiten (§ 17 UrhG), das Ausstellungsrecht (§ 18 UrhG), das Vortrags-, Aufführungs- und Vorführungsrecht (§ 19 UrhG), das – auch Abrufrecht genannte – Recht der öffentlichen Zugänglichmachung (§ 19a UrhG), das Senderecht (§ 20 UrhG), das Recht der Wiedergabe durch Bild- und Tonträger (§ 21 UrhG), das Recht der Wiedergabe von Funksendungen und von öffentlicher Zugänglichmachung (§ 22 UrhG) sowie das Recht zu Bearbeitungen oder Umgestaltungen eines Werks (§ 23 UrhG). Zu beachten ist aber, dass diese Aufzählung der Verwertungsrechte (und damit auch der davon abgeleiteten Nutzungsrechte) keineswegs abschließend ist, sondern es sich vielmehr um einen beispielhaften Rechtenkatalog handelt. So ist beispielsweise das Recht, ein Werk zu verfilmen (Verfilmungsrecht) im Rechtenkatalog von § 15 UrhG gar nicht aufgeführt, gleichwohl ist anerkannt, dass es sich um eine eigenständiges – vor allem eigenständig als Nutzungsrecht abtretbares – Verwertungsrecht handelt.⁴⁹
- 35 Ein der für digitale Werke relevantes Verwertungsrecht ist das **Recht zur Vervielfältigung** des Werks gemäß §§ 15 Abs. 1 Nr. 1, 16 UrhG. Jede Speicherung eines digitalen Werks (zB zum Zweck der öffentlichen Wiedergabe über das Internet oder nach dem Download aus dem Internet) stellt eine Vervielfältigung dar für die man grundsätzlich ein Nutzungsrecht benötigt, falls man sich nicht auf einen gesetzlichen Ausnahmetatbestand (wie etwa das Recht der Privatkopie gemäß § 53 Abs. 1 UrhG) berufen kann.
- 36 Weiterhin zu nennen ist das **Senderecht** nach §§ 15 Abs. 2 Nr. 3, 20 UrhG. Hierunter versteht man das recht, ein digitales Werk über Funk, Kabelfunk oder ähnliche technische Mittel der Öffentlichkeit zugänglich zu machen. Das Charakteristische am Senden ist, dass der Sendende den Zeitpunkt der Übermittlung und die zeitliche Reihenfolge der Programmbestandteile vorgibt sowie das Sendesignal ausschickt. Anders als bei dem „Abrufrecht“ nach § 19a UrhG hat der Empfänger keinen Einfluss auf den Zeitpunkt des Empfangs.⁵⁰ Die Sendung muss sich an eine Öffentlichkeit richten, also an eine unbestimmte Anzahl potenzieller Adressaten. Dies ist gegeben, wenn die Wiedergabe für Personen allgemein erfolgt und nicht auf eine bestimmte Gruppe beschränkt ist (zB die Angehörigen einer privaten Gruppe).⁵¹ Ein Beispiel im digitalen Bereich wäre das Online-Streaming eines linearen Programmkanals, was häufig bei Übertragungen von Live-Sport der Fall ist, da hier ein Abrufdienst keinen Sinn macht.
- 37 Für digitale Werke bedeutsam ist das **Recht der öffentlichen Zugänglichmachung** gemäß §§ 15 Abs. 2 Nr. 2, 19a UrhG. Im Grunde fallen alle Verbreitungen von Werken über Web-

⁴⁹ Dreier/Schulze/Schulze UrhG § 15 Rn. 11.

⁵⁰ Dreier/Schulze/Dreier UrhG § 20 Rn. 13.

⁵¹ BGH GRUR 2020, 1297 – Rundfunkübertragungen in Ferienwohnungen; Dreier/Schulze/Dreier UrhG § 20 Rn. 9.

seiten oder Apps an eine Öffentlichkeit unter diese Nutzungsart, da erst auf Anforderung (Anklicken) durch den Nutzer eine sogenannte „point-to-point“-Verbindung aufgebaut und so dem Nutzer das Werk wahrnehmbar gemacht wird. Für eine öffentliche Zugänglichmachung müssen mehrere Tatbestandsmerkmale vorliegen. Zum einen muss es sich um eine Wiedergabehandlung in Bezug auf das geschützte Werke (bzw. den geschützten Leistungsgegenstand) handeln, bei der dieses einer Öffentlichkeit zugänglich gemacht wird, die an dem Ort, an dem die Wiedergabe ihren Ursprung nimmt, nicht anwesend ist.⁵² Das Merkmal der Öffentlichkeit ist nur bei einer unbestimmten Vielzahl potentieller Adressaten erfüllt. Das heißt, die Wiedergabe erfolgt für Personen allgemein, ist also nicht auf besondere Personen beschränkt, die einer privaten Gruppe angehören.⁵³ Zusätzlich wird von der Rechtsprechung das quantitative Erfordernis aufgestellt, dass es sich um „recht viele Personen“ handeln muss.⁵⁴ Das Merkmal der Wiedergabe gegenüber „recht vielen Personen“ sah der BGH beispielsweise nicht als gegeben an, wenn ein Inhalt (vorliegend eine Foto) auf einer Webseite nur durch Eingabe einer rund 70 Zeichen umfassenden URL-Adresse im Internet zugänglich ist. Dadurch beschränke sich nämlich der relevante Personenkreis faktisch auf diejenigen Personen, die diese Adresse zuvor – als das Foto, frei zugänglich gewesen sei – abgespeichert oder sie sonst in irgendeiner Weise kopiert oder notiert hätten. Es widerspreche der Lebenserfahrung, dass in dieser Lage noch „recht viele“ andere Personen Zugang zu dem Inhalt gehabt haben könnten.⁵⁵ Damit erteilt der BGH der Ansicht, dass schon eine rein theoretische Möglichkeit zum Abruf eines Inhalts durch die Öffentlichkeit einen Eingriff in das Recht zur öffentlichen Zugänglichmachung darstellt, eine Absage.⁵⁶

b) Nutzungsrechtseinräumung und Nutzungsrechtsübertragung. Im deutschen Urheberrecht wird das Urheberrecht selbst als Ausfluss des Persönlichkeitsrechts des Urhebers angesehen und kann daher nicht im Sinne der §§ 412, 398 BGB übertragen werden. Um urheberrechtliche Werke gleichwohl verkehrsfähig zu machen, hält das Gesetz in den §§ 31, 33 und 35 UrhG Regelungen zur Einräumung sogenannter abgeleiteter Nutzungsrechte vor. Diese geben dem Berechtigten das Recht, das Werk im Umfang des eingeräumten Nutzungsrechts zu nutzen, ohne dass der Urheber sein Urheberrecht verliert. Dieses ist vielmehr ab der Rechtseinräumung mit dem Nutzungsrecht belastet. Man unterscheidet einfache (nicht-ausschließliche) Nutzungsrechte (§ 31 Abs. 2 UrhG) und ausschließliche Nutzungsrechte (§ 31 Abs. 3 UrhG). Letzteres gestattet dem Berechtigten, alle anderen Personen einschließlich den Urheber (wenn dieser sich nicht die Nutzung vorbehalten hat) von der eingeräumten Nutzung auszuschließen. Gemäß § 34 UrhG können die abgeleiteten Nutzungsrechte – anders als das Urheberrecht selbst – mit Zustimmung des Urhebers gemäß §§ 412, 398 BGB vom Nutzer auf Dritte übertragen werden. 38

III. Der Rechtsschutz von Computerprogrammen – Übersicht

1. Historische Entwicklung

Der Urheberrechtsschutz von Software bzw. Computerprogrammen war im deutschen Urheberrecht lange ein Fremdkörper, da Codes, die ausschließlich aus Algorithmen beste-

⁵² EuGH GRUR 2020, 179 Rn. 62 – Tom Kabinet.

⁵³ EuGH GRUR 2007, 225 Rn. 37 – SGAE, mwN; zu Art. 8 II RL 92/100/EWG [jetzt RL 2006/115/EG] vgl. EuGH GRUR 2012, 593 Rn. 85 = WRP 2012, 689 – SCF; GRUR 2012, 597 Rn. 34 – Phonographic Performance [Ireland]; BGHZ 206, 365 = GRUR 2016, 71 Rn. 46 – Ramses; BGH GRUR 2018, 608 Rn. 34 = WRP 2018, 701 – Krankenhausradio.

⁵⁴ EuGH GRUR 2007, 225 Rn. 38 – SGAE; GRUR 2013, 500 Rn. 32 u. 33 – ITV Broadcasting ua; GRUR 2014, 360 Rn. 21 = WRP 2014, 414 – Svensson ua; GRUR 2014, 473 Rn. 27 u. 28 = WRP 2014, 418 – OSA; GRUR 2016, 684 Rn. 40–44 – Reha Training; GRUR 2016, 1152 Rn. 36 = WRP 2016, 1347 – GS Media BV; BGH GRUR 2016, 278. Rn. 44 = WRP 2016, 218 – Hintergrundmusik in Zahnarztpraxen; BGHZ 206, 365 = GRUR 2016, 71 Rn. 47 – Ramses; BGH GRUR 2018, 608 Rn. 34 – Krankenhausradio; GRUR 2020, 1297 Rn. 23 – Rundfunkübertragung in Ferienwohnungen).

⁵⁵ BGH GRUR 2021, 1286 Rn. 18b).

⁵⁶ Sesing, GRUR 2021, 1369.

hen, dem eher individuellen-ästhetischen Ansatz des traditionellen Urheberrechts (vgl. § 2 Abs. 2 UrhG) eher widersprechen. Bereits in den sechziger Jahren des vorigen Jahrhunderts begann die wissenschaftliche Diskussion um den rechtlichen Schutz von sogenannten „Rechenprogrammen“, wie es damals noch hieß. Dabei wurde naturgemäß damit gehadert, worin eigentlich bei einer Software die persönliche geistige Schöpfung liegen solle, die die besondere Schöpfungshöhe ausmacht. Durch die Urheberrechtsnovelle von 1985 wurde zwar der Begriff „Programme für die Datenverarbeitung in den Regelkatalog des § 2 UrhG aufgenommen, was aber an dem grundlegenden Problem nichts änderte.⁵⁷ Ziemlich zeitgleich erließ der BGH sein Urteil „Inkassoprogramm“⁵⁸, in welchem für den Urheberrechtsschutz eines Computerprogramms das Vorliegen einer besonderen Schöpfungshöhe verlangt wurde, die darin bestand, dass das Können eines Durchschnittsprogrammierers erheblich überragt wird.⁵⁹ Damit war vom BGH für die Urheberrechtsfähigkeit von Computerprogrammen eine Hürde aufgerichtet, die die überwiegende Mehrzahl von Softwareprogrammen vom Schutz durch das Urheberrecht ausschloss.

- 40 Um im Binnenmarkt Einheitlichkeit herzustellen, wurde Anfang der 90er Jahre die erste EG-Richtlinie zur Harmonisierung des Urheberrechts bei Computerprogrammen (Richtlinie zum Schutz der Computerprogramme vom 14.5.1991⁶⁰) verabschiedet. Diese wurde später neu gefasst durch die immer noch aktuelle Computerprogramm-Richtlinie 2009/24/EU vom 23. April 2009.⁶¹ Der europäische Gesetzgeber hat damit klargestellt, dass die bisher von der deutschen Rechtsprechung angewandten Kriterien für die Schutzfähigkeit überzogen sind. Vielmehr wurde festgeschrieben, dass eine Software für die urheberrechtliche Schutzfähigkeit keine besonderen qualitativen oder ästhetischen Vorzüge aufweisen muss.⁶² Daraufhin änderte auch der Bundesgerichtshof seine Rechtsprechung und stellte – nach der Umsetzung der Richtlinie durch das Zweite Gesetz zur Änderung des Urheberrechtsgesetzes vom 9.6.1993 (BGBl. I 910) – klar, dass „künftig bei Computerprogrammen geringere Schutzanforderungen zu stellen“ seien.⁶³ Mittlerweile ist die urheberrechtliche Schutzfähigkeit von Computerprogrammen allgemein anerkannt und kein Gegenstand von Diskussionen mehr.⁶⁴ Auch international hat dies mittlerweile in Art. 10 der TRIPS und dem WTC seinen Niederschlag gefunden.⁶⁵ Bei den für Software einschlägigen Bestimmungen der §§ 69a bis e, 69g sowie 137d UrhG ist zu berücksichtigen, dass es sich um nationale Umsetzungen der Richtlinie 2009/24/EU handelt. Sie sind also richtlinienkonform nach europäischem Recht auszulegen.⁶⁶

2. Der Schutz von Software außerhalb des Urheberrechts

- 41 Nach deutschem und internationalem Recht ist das Urheberrecht die wichtigste Quelle für den Schutz der vertraglichen Behandlung von Software. Daneben gibt es aber auch noch andere Rechtsmaterien, aus denen sich ein rechtlicher Schutz von Software herleiten lässt. Diese werden durch das Urheberrecht nicht verdrängt, sondern können selbständig neben dem Urheberrecht bestehen (Art. 9 Abs. 1 S. 1 der Richtlinie 2009/24/EU sowie § 69g

⁵⁷ Loewenheim/Lehmann/Spindler Handbuch § 9 Rn. 39.

⁵⁸ BGH GRUR 1985, 1041 – Inkassoprogramm; später bestätigt durch BGH GRUR 1991, 449 – Betriebssystem.

⁵⁹ BGH GRUR 1985, 1041, 1048 – Inkassoprogramm.

⁶⁰ RL 91/250/EWG, Abl. EG Nr. L 122/42.

⁶¹ RL 2009/24/EU vom 23.4.2009 über den Rechtsschutz von Computerprogrammen, Abl. EG L 111/16 v. 5.5.2009.

⁶² RL 2009/24/EU Art. 1 Abs. 3 S. 2.

⁶³ BGH GRUR 1994, 39 – Buchhaltungsprogramm; BGH GRUR 1994, 363 – Holzhandelsprogramm.

⁶⁴ BGH CR 2007, 75 mAnm Lejeune; BGH GRUR 2001, 153 – OEM-Version; OLG Frankfurt/M MMR 2017, 419, 420; OLG München GRUR 2017, 1034 – Product Key; Dreier/Schulze/Schulze UrhG § 2 Rn. 126 f.; Wandtke/Bullinger/Grützmaker UrhG § 69a Rn. 32 ff.; Schrickler/Loewenheim UrhG § 2 Rn. 138, 143; Schrickler/Loewenheim/Spindler Vor §§ 69a ff. UrhG Rn. 8; Kilian/Heussen/Czychowski/Siesmayer Kap. 20.4 Rn. 1; Schack, Urheber- und Urhebervertragsrecht Rn. 206 ff.; Marly, Praxishandbuch Softwarerecht, Rn. 69 ff.; Koch S. 981 ff.; Loewenheim/Lehmann/Spindler Handbuch § 9 Rn. 40.

⁶⁵ Loewenheim/Lehmann/Spindler Handbuch § 9 Rn. 40.

⁶⁶ Loewenheim/Lehmann/Spindler Handbuch § 9 Rn. 40.

Abs. 1 UrhG). Zu nennen ist hier in erster Linie das deutsche und europäische **Patentrecht**⁶⁷, welches allerdings zusätzliche Schutzanfordernisse aufstellt. § 1 Abs. 3 PatG (und ähnlich Art. 52 Abs. 2 lit. c) EPO) sehen vor, dass Software für sich allein nicht als schutzfähige Erfindung anzusehen ist. So kommt es für den Patentschutz neben dem Erfordernis der Neuheit und der erfinderischen Elemente entscheidend darauf an, dass der zu schützende Gegenstand technischen Charakter hat. Letzteres bedeutet, dass zur Lösung der gestellten Aufgabe von technischen Maßnahmen oder Mitteln (zB mittels Verknüpfung mit einer EDV-Anlage) Gebrauch gemacht werden muss.⁶⁸ Zwar hat der BGH die Anforderungen an den technischen Charakter bei Software stark aufgeweicht und das Erfordernis der strengen Bindung an technische Komponenten aufgegeben⁶⁹, dennoch ist der Begründungsaufwand nach wie vor nicht unbeträchtlich. Zudem ist der Schutz durch das Urheberrecht wirtschaftlicher und mit weniger Aufwand verbunden, so dass der patentrechtliche Schutz von Software eher ein Schattendasein führt.

Daneben kommt ein **kennzeichenrechtlicher Schutz** insbesondere durch Markenrecht der 42 den Werktitelschutz in Betracht. Der kennzeichenrechtliche Schutz kann sich aber nur auf die Bezeichnungen beziehen, unter denen eine Software oder ihre Dokumentation in Verkehr gebracht wird, nicht auf den Inhalt und den Code des Programms.⁷⁰ Ein **Werktitelschutzrecht** von Computerprogrammen gemäß § 5 Abs. 1 und 3 MarkenG ist in der Rechtsprechung seit langem anerkannt.⁷¹ Voraussetzung für den Titelschutz ist, dass das mit dem Titel bezeichnete Werk einen eigenständigen geistigen Gehalt aufweist. Übertragen auf Software bedeutet dies, dass die Software über einen umsetzungsfähigen geistigen Gehalt verfügt, der für den Verkehr das Wesen des Programms ausmacht und den Warencharakter der konkreten Verkörperung in den Hintergrund treten lässt. Der Werktitelschutz entsteht grundsätzlich mit Ingebrauchnahme der Bezeichnung, insbesondere im Rahmen der Werbung oder des Vertriebs eines Computerprogramms. Durch die Schaltung einer Titelschutzanzeige im Titelschutzanzeiger kann der Beginn des Titelschutzes um bis zu sechs Monate vorverlegt werden. An eine Ingebrauchnahme durch Werbung noch vor Vertriebsbeginn werden von der Rechtsprechung aus Gründen der Rechtssicherheit strenge Anforderungen gestellt, zumal der Berechtigte ja auch einfach eine Titelschutzanzeige schalten kann. Die Kaufversion des Computerprogramms muss zum einen schon entwickelt sein und zum anderen muss zwischen der Werbemaßnahme und der Kaufversion ein hinreichend konkreter zeitlicher und inhaltlicher Bezug bestehen.⁷² Das bloße Zurverfügungstellen einer Testversion für einen begrenzten Kreis von Test-Benutzern oder Pilotkunden nicht für Ingebrauchnahmen der Bezeichnung aus.⁷³ Zu beachten ist auch, dass die Rechtsprechung zwar grundsätzlich die Werktitelschutzfähigkeit von Software bejaht, andererseits aber bei der Frage der Verletzungsgefahr, also der Frage, wann ein anderes Kennzeichen den Werktitel eines Computerprogramms konkret verletzt, wiederum erhebliche Einschränkungen macht. So soll bereits die Tatsache, dass zwei Softwareprodukte in Bezug auf Typ und Verwendungszweck unterschiedlich gestaltet sind, genügen, die Verwechslungsgefahr auszuschließen. Dem durchschnittlich informierten und verständigen Verbraucher sei dann ersichtlich, dass es sich bei den beiden Computerprogrammen trotz ähnlicher oder sogar identischer Bezeichnung um unterschiedliche Werke handle.⁷⁴ Der BGH hat in diesem Fall die Verwechslungsgefahr zwischen der für eine Computer-Software, mit der Textbausteine und Makros erstellt und verwaltet werden können, verwendeten Bezeichnung „SmartKey“ und der Bezeichnung „KOBIL Smart Key“ für eine Computer-Software zur Verwaltung von Schlüsseln zum Signieren und Verschlüsseln verneint.

⁶⁷ Dazu im Einzelnen Teil B. IV. 4.

⁶⁸ S. hierzu die Prüfungsrichtlinien des DPA v. 24.6.1981, BIPMZ 1981, 263, insbes. Nr. 3.

⁶⁹ BGH 22.4.2010, GRUR 2010, 613; BGH GRUR 2011, 610.

⁷⁰ Schricker/Loewenheim/Spindler UrhG Vor § 69a ff. Rn. 11.

⁷¹ BGH GRUR 1998, 155 – PowerPoint; BGH GRUR 1998, 1010 – WINCAD; BGH GRUR 1997, 902 – FTOS; OLG Köln MMR 2015, 683; OLG Hamburg NJW-RR 1995, 430 – PowerPoint.

⁷² OLG Hamburg ZUM 2001, 514, 516.

⁷³ BGH GRUR 1997, 902, 903.

⁷⁴ BGH GRUR 2006, 594 – SmartKey.

- 43 Ähnlich verhält es sich mit dem Schutz durch das **Markenrecht**, durch das ebenfalls nur die geschäftliche Bezeichnung einer Software geschützt wird. Der Markenschutz entsteht grundsätzlich mit Eintragung der Marke (§ 4 Nr. 1 MarkenG, Art. 6 UMV) und ist beschränkt auf das in der Eintragung angegebene Waren- und Dienstleistungsverzeichnis, welches anhand der Klassifikation der Waren und Dienstleistungen von Nizza (NCL) erstellt wird. So besteht laut dem BGH beispielsweise keine Verwechslungsgefahr zwischen einer Marke, die für die Entwicklung, Programmierung und Implementierung von Software (Klasse 42) eingetragen ist, und Dienstleistungen für den Finanzsektor (Klasse 36), selbst wenn diese in elektronischer Form erbracht werden.⁷⁵ Gemäß § 4 Nr. 2 und Nr. 3 MarkenG kann bei deutschen Marken ein Schutz auch ohne Eintragung der Marke allein durch den Erwerb von Verkehrsgeltung oder aufgrund notorischer Bekanntheit entstehen. Die Anforderungen an diese Fallgruppen sind aber relativ hoch, so dass der Markenerwerb durch Eintragung die Regel ist.
- 44 Software kann auch durch das **Gesetz gegen unlauteren Wettbewerb (UWG)** geschützt sein, was gemeinhin auch als ergänzender Leistungsschutz bezeichnet wird. Dabei ist als Grundsatz zu berücksichtigen, dass es wettbewerbsrechtliche Schutz nicht in erster Linie nicht um das Computerprogramm an sich geht. Vielmehr ist der Schutz hier verhaltensbezogen, das heißt er richtet sich gegen „die anstößige Art und Weise der Benutzung der fremden Leistung im wettbewerbsrechtlichen Leistungskampf.“⁷⁶ Wichtigste Fallgruppe im Bereich von Software ist dabei die sogenannte unzulässigen Leistungsübernahme gemäß § 4 Nr. 3 UWG. Bei der Anwendung des UWG auf Computerprogramme sind die grundlegenden Wertungen des Urheberrechts zu beachten, insbesondere darf § 4 Nr. 3 UWG nicht dazu führen, dass auf dem Umweg über das UWG neue Immaterialgüterrechte geschaffen werden.⁷⁷ So setzt der Schutz eines Computerprogramms über § 4 Nr. 3 UWG zum einen das Vorliegen einer **wettbewerbliehen Eigenart** voraus, welche sich bei Software bereits aus der Struktur und Komplexität des Programms ergibt.⁷⁸

Praxistipp:

Falls man aus § 4 Nr. 3 UWG wettbewerbsrechtlich gegen die Verletzung von Software vorgeht, ist die Frage der wettbewerbliehen Eigenart in der Regel kein Problem und wird üblicherweise vorausgesetzt. Auch einfache Anwenderprogramme weisen wettbewerbliehen Eigenart auf.⁷⁹ Dennoch sollten der Vollständigkeit halber etwa in einem Schriftsatz einige kurze Ausführungen zu dieser Frage gemacht werden.

- 45 Ein weiteres Tatbestandsmerkmal von § 4 Nr. 3 UWG ist das **Vorliegen besonderer Unlauterkeitsmerkmale**. Diese ergeben sich bei der unmittelbaren Übernahme von Software regelmäßig daraus, dass der Kopierende sich das Programm durch einfaches Vervielfältigen aneignet und damit Aufwand und Kosten erspart. Damit verschafft er sich gegenüber dem Originalhersteller einen Wettbewerbsvorteil und schmälert dessen Absatzchancen.⁸⁰ Da es um die Behinderung des Originalherstellers geht, genügt es für § 4 Nr. 3 UrhG allerdings nicht, wenn nur Teile einer Software übernommen werden. Erforderlich ist, dass sich der Verletzer das gesamte Computerprogramm oder wenigstens wesentliche Teile desselben, die

⁷⁵ BGH GRUR 2004, 241.

⁷⁶ Schrickler/Loewenheim/Spindler UrhG Vor § 69a ff. Rn. 13; BGH GRUR 2005, 349, 352 – Klemmbausteine III.

⁷⁷ Schrickler/Loewenheim/Spindler UrhG Vor § 69a ff. Rn. 14; Köhler/Bornkamm/Feddersen/Köhler UWG § 4 Rn. 3.5c.

⁷⁸ BGH GRUR 1996, 78 – Umgehungsprogramm; LG Oldenburg GRUR 1996, 481, 485; Schrickler/Loewenheim/Spindler UrhG Vor § 69a ff. Rn. 14.

⁷⁹ BGH GRUR 1996, 78 – Umgehungsprogramm; Schrickler/Loewenheim/Spindler UrhG Vor § 69a ff. Rn. 14a.

⁸⁰ OLG Oldenburg GRUR 1996, 481 – Subventions-Analyse-System; OLG Frankfurt a.M. GRUR 1989, 678, 680 – PAM-Crash; Schrickler/Loewenheim/Spindler UrhG Vor § 69a ff. Rn. 14a.

selbständig funktionsfähig sind, aneignet.⁸¹ Zusätzlich zu den genannten Voraussetzungen erfordert § 4 Nr. 3 UWG immer das Vorliegen einer der Alternativen von lit. a) bis c), dh notwendig ist eine vermeidbare Herkunftstäuschung, eine Beeinträchtigung oder Ausnutzung der Wertschätzung oder die unredliche Erlangung von Unterlagen.

IV. Der urheberrechtliche Schutz von Computerprogrammen

1. Die Schutzvoraussetzungen des UrhG im Einzelnen

a) Das „Computerprogramm“ – Was ist überhaupt geschützt? Im Urheberrechtsgesetz 46 finden sich in § 2 Abs. 1 Nr. 1 und §§ 69a ff. UrhG besondere Regelungen zum urheberrechtlichen Schutz von Software oder – wie es im Gesetz heißt – Computerprogrammen. Gemäß § 2 Abs. 1 Nr. 1 UrhG sind Computerprogramme sind als sogenannte Sprachwerke geschützt. Weitere Anforderungen an den Schutz sowie der Umfang desselben finden sich in den Spezialvorschriften der §§ 69a ff. UrhG. Nach § 69a Abs. 1 UrhG umfasst der urheberrechtliche Schutzgegenstand „Computerprogramme in jeder Form einschließlich ihrem Entwurfsmaterial“. Hinsichtlich der Legaldefinition eines von Software bzw. eines Computerprogramms lässt uns der deutsche Gesetzgeber allerdings im Dunkeln – wohl mit Absicht, da der Gesetzgeber fürchtete, dass jede Definition des Begriffs durch die rasante technische Entwicklung schnell überholt werden würde.⁸² In der Literatur wird für eine generische Definition zumeist auf andere Regelungswerke zurückgegriffen. Nach DIN 44300 ist ein Computerprogramm „eine zur Lösung einer Aufgabe vollständige Anweisung zusammen mit allen erforderlichen Vereinbarungen“. § 1 (i) der Mustervorschriften der WIPO⁸³ (sieht ein Computerprogramm als „eine Folge von Befehlen, die nach Aufnahme in einen maschinenlesbaren Träger fähig sind zu bewirken, dass eine Maschine mit informationsverarbeitenden Fähigkeiten eine bestimmte Funktion oder Aufgabe oder ein bestimmtes Ergebnis anzeigt, ausführt oder erzielt.“⁸⁴ In einfachen Worten ausgedrückt, ist also entscheidend, dass der Code Steuerungsbefehle enthält, die eine Hardware zu einem bestimmten Verhalten veranlassen.⁸⁵

Die abstrakten Definitionen helfen einem in der Praxis oft nicht weiter, weshalb es sich 47 empfiehlt, die Kasuistik zu dem Thema im Überblick zu behalten. Der **Begriff des „Computerprogramms** ist weit zu verstehen und umfasst Computerprogramme aller Art wie zum Beispiel Anwendungsprogramme, Hilfsprogramme, Betriebssysteme, Makros, die einem Internet-Browser oder einer Suchmaschine zugrundeliegende Software.⁸⁶ Hierbei kommt es nicht darauf an, in welcher Programmiersprache ein Programm geschrieben ist, oder ob es sich um Quell- oder Objektcode handelt. Der urheberrechtliche Schutz umfasst sämtliche Ausdrucksformen eines Programms (§ 69a Abs. 1 und 2 UrhG).⁸⁷ Unerheblich ist auch, ob es sich um Standard- oder Individualsoftware handelt.⁸⁸ Wie sich im Umkehrschluss aus § 69a Abs. 2 UrhG ergibt, sind grundsätzlich auch Schnittstellen geschützt, soweit sie den Schutzanforderungen von § 69a Abs. 3 UrhG (dazu s. unten) genügen. Auch wesentliche Teile eines Computerprogramms wie beispielsweise Unterprogramme oder Routinen sind durch die §§ 2 und 69a ff. UrhG geschützt, soweit sie für sich das Ergebnis einer eigenen geistigen Schöpfung sind.⁸⁹ Geschützt sind Computerprogramme **in jeder Gestalt**, also sowohl Programme in Form von eigenständiger Software als auch solche, die in Hardware in-

⁸¹ OLG Frankfurt a. M. GRUR 1989, 678, 680 – PAM-Crash; OLG München CR 1991, 217, 219; LG Oldenburg CR 1996, 217, 223 – Expertensystem.

⁸² BT-Drs. 12/4022, S. 9.

⁸³ GRUR 1979, 306.

⁸⁴ Dreier/Schulze/Dreier, UrhG § 69a Rn. 12; OLG Hamburg CR 1998, 332, 333 f.; KG CR 2010, 424.

⁸⁵ Schricker/Loewenheim/Spindler UrhG § 69a Rn. 21a.

⁸⁶ Dreier/Schulze/Dreier UrhG § 69a Rn. 12 und 13; KG NJW 1997, 330, 331 zu Betriebssystemen.

⁸⁷ OLG Frankfurt a. M. GRUR 2015, 784 – Objektcode.

⁸⁸ Dreier/Schulze/Dreier UrhG § 69a Rn. 12; Schricker/Loewenheim/Spindler UrhG § 69a Rn. 2, 3; Wandtke/Bullinger/Grützmaker, UrhG § 69a Rn. 10 f.

⁸⁹ Dreier/Schulze/Dreier UrhG § 69a Rn. 12.

tegiert sind (embedded Software, Betriebssysteme).⁹⁰ Umstritten ist die Einordnung von HTML-Codes sowie von verwandten Formen wie XML und WML, also Codeformen, die für die Strukturierung, Anzeige sowie den Austausch textbasierter Dateien entwickelt wurde, unter § 69a BGB. Von der herrschenden Meinung wird ein Schutz als Computerprogramm in der Regel abgelehnt, da diese Codes keine Daten verarbeiten würden.⁹¹ Andererseits komme es – wie oben aufgezeigt – für die Definition des Computerprogramms darauf nicht an. Entscheidend ist vielmehr, dass ein Code Steuerungsbefehle enthält, die die Hardware zu bestimmtem Verhalten veranlassen. Davon sei beispielsweise auch auszugehen, wenn der Code der Erzeugung von Benutzeroberflächen dient, auch wenn diese selbst weder als Software noch in anderer Weise geschützt sind.⁹² Dies gelte in gleicher Weise für HTML⁹³, Java-Scripts⁹⁴, XML, PHP⁹⁵ oder Flash Codes⁹⁶ – immer vorausgesetzt, die übri- gen Schutzvoraussetzung (insbesondere nach § 69a Abs. 3 UrhG) legen ebenfalls vor.

48 Als eine Grundregel kann man festhalten, dass Computerprogramme nur solche Elemente sind, die selbst Befehls- oder Steuerungsanweisungen an den Computer enthalten. **Bloße Daten oder Datensammlungen** sind folglich nicht nach §§ 69a ff. UrhG geschützt.⁹⁷ Ein Beispiel für diesen Zusammenhang sind sogenannte „**Expertensysteme**“ (XPS oder auch ES), bei denen mittels eines Computerprogramms über Wenn-Dann-Funktionen Nutzern aus einer Wissensbasis konkrete Handlungsempfehlungen zur Lösung z. T. komplexer Probleme abgeleitet werden, Geschützt durch die §§ 69a ff. UrhG nur die Bestandteile, die als Computerprogramme anzusehen sind (insbesondere Dialogkomponenten und Interferenzmaschinen). Kein Computerprogramm ist hingegen die oft umfangreiche Datenbasis. Für diese kommt ein Schutz als Datenbankwerk (§ 4 Abs. 2 UrhG) oder als Datenbank nach § 87a UrhG in Betracht.⁹⁸ Auch **Blockchains** sind ein gutes Beispiel für diesen Zusammenhang. Als Computerprogramm geschützt ist in der Regel die Client Software. Der Inhalt der einzelnen Blöcke hingegen, bestehend aus den Transaktionsdaten, kann lediglich als Datenbank geschützt sein.⁹⁹

49 Diskutiert wurde in der Vergangenheit, ob **Bildschirmmasken und Benutzeroberflächen** von Computerprogrammen ebenfalls nach §§ 69a ff. UrhG geschützt sind. Die wird in Rechtsprechung und Literatur jedoch zu Recht abgelehnt.¹⁰⁰ Die Benutzeroberfläche ist eine grafische Gestaltung, die zwar durch ein Computerprogramm am Bildschirm erzeugt wird, selbst aber kein Computerprogramm ist.¹⁰¹ Dabei ist es unerheblich, dass die Entwicklung der Benutzeroberfläche Teil der Entwicklungsleistung des Programmierers ist. Davon unberührt ist natürlich die Frage, ob derartige Oberflächen unter anderen Gesichtspunkten, etwa

⁹⁰ Dreier/Schulze/Dreier UrhG § 69a Rn. 13.

⁹¹ OLG Celle JurPC Web-Dok. 89/2012, Abs. 12; OLG Rostock CR 2007, 737 f.; OLG Frankfurt a.M. MMR 2005, 705 f.; OLG Düsseldorf CR 2000, 184 – Framing; OLG Frankfurt a.M. CR 2013, 286, 287; Dreier/Schulze/Dreier UrhG § 69a Rn. 12.

⁹² Schrickler/Loewenheim/Spindler UrhG § 69a Rn. 21a; OGH GRUR-Int2002, 349 – telering.at; OGH GRUR-Int 2002, 452, 453 – C-Villas; Nebel/Stiernerling CR 2016, 61, 67; Kühn/Koch CR2018, 648 Rn. 4.

⁹³ Wandtke/Bullinger/Grützmaker UrhG § 69a Rn. 19.

⁹⁴ BGH GRUR 2013, 509, 510 – UniBasic – IDOS; OLG Düsseldorf CR 1997, 337, 338 – Dongle-Umgehung.

⁹⁵ OLG Köln CR 2009, 289, 290.

⁹⁶ LG Frankfurt a.M. JurPC Web-Dok. 8/2007; LG Köln ZUM-RD 2010, 426, 427.

⁹⁷ OLG Köln GRUR-RR 2005, 303 – Entwurfsmaterial; Schrickler/Loewenheim/Spindler UrhG § 69a Rn. 2; Wandtke/Bullinger/Grützmaker UrhG § 69a Rn. 3; Marly GRUR 2012, 773, 775.

⁹⁸ Dreier/Schulze/Dreier UrhG § 69a Rn. 12.

⁹⁹ Taeger/Willecke S. 833; Dreier/Schulze/Dreier UrhG § 69a Rn. 12.

¹⁰⁰ EuGH GRUR 2011, 220 Rn. 40 ff.; OLG Karlsruhe MMR 2010, 622; Schrickler/Loewenheim/Spindler UrhG § 69a Rn. 7; Günther CR 1994, 610, 611; Koch GRUR 1991, 180; Raubenheimer CR 1994, 69, 70; Wiebe GRUR Int. 1990, 21, 26.

¹⁰¹ EuGH GRUR 2011, 220 Rn. 41; EuGH GRUR 2012, 814 Rn. 38 – SAS Institute; OLG Karlsruhe GRUR-RR 2010, 234 – Reisebürosoftware; OLG Düsseldorf CR 2000, 184; OLG Frankfurt a.M. GRUR-RR 2005, 299, 300.

als Sprachwerke (§ 2 Abs. 1 Nr. 1 UrhG) oder als Werk der angewandten Kunst (§ 2 Abs. 1 Nr. 4 UrhG).¹⁰²

Ausdrücklich durch § 69a Abs. 1 UrhG ist auch das Entwurfsmaterial eines Computerprogramms, wobei hiermit technische Vorstufen wie beispielsweise Flussdiagramme, Problemanalysen, Programmablaufpläne oder Zwischenstufen der Programmentwicklung gemeint sind. Voraussetzung ist jedoch immer, dass die genannten Vorstufen die spätere Entwicklung eines Computerprogramms zulassen.¹⁰³ Davon zu unterscheiden sind rein konzeptionelle Vorgaben, insbesondere solche kaufmännischer oder betriebswirtschaftlicher Art.¹⁰⁴ So unentbehrlich diese für die Erstellung eines Computerprogramms auch sein mögen. Ebenso wenig ist regelmäßig das Pflichtenheft vom Schutz der §§ 2 du 69a ff. UrhG erfasst, da dieses nur die Anforderungen an ein zu entwickelndes Programm enthält, aber in Bezug auf die Ausführung des Codes keine Festlegungen trifft und daher urheberrechtlich ohne Belang ist.¹⁰⁵ Auch Handbücher und Bedienungsanleitungen sind demgemäß nicht vom Schutz des Computerprogramms erfasst, da sie nicht Teil oder Vorstufe des Codes der Software sind, sondern nur die nutzerseitige Anwendung der Software zum Gegenstand haben.¹⁰⁶

Praxistipp:

In Vertragsverhandlungen wird bisweilen die Frage aufgeworfen, inwieweit Handbücher oder Bedienungsanleitungen unabhängig vom zugehörigen Computerprogramm als Sprachwerke iSv § 2 Abs. 1 Nr. 1 UrhG oder als wissenschaftlich-technische Darstellungen iSv § 2 Abs. 1 Nr. 7 UrhG schutzfähig sind. In der Regel wird das Kriterium der persönlich-geistige Schöpfungen i. S. v. § 2 Abs. 2 UrhG nicht vorliegen,¹⁰⁷ dennoch ist es zumindest nicht schädlich, die Nutzungsrechtseinkräumung zur Sicherheit auch auf diese Elemente zu erstrecken.

Nach § 69a Abs. 2 UrhG erstreckt sich der Schutz der Computerprogramme auch auf **Schnittstellen**. Bei Schnittstellen handelt es sich um die Teile eines Computerprogramms, die eine Verbindung oder Interaktion verschiedener Programme miteinander oder eines Programms mit Hardware ermöglichen.¹⁰⁸ Dabei sind auch hier die reinen Konzepte und Methoden nicht geschützt, erforderlich ist vielmehr deren konkrete Umsetzung als Code in einem Computerprogramm. Allerdings ist davon auszugehen, dass aufgrund fortschreitender Standardisierung in diesem Bereich der Schutz von Schnittstellen nach § 69a Abs. 2 UrhG eher die Ausnahme bildet.¹⁰⁹

b) Individuelle Werke und eigene geistige Schöpfung (§ 69a Abs. 3 UrhG). § 69a Abs. 3 verlangt für den Urheberrechtsschutz von Computerprogrammen das Vorliegen von individuellen Werken, also einer eigenen geistigen Schöpfung ihrer Urheber. Systematisch handelt es sich bei § 69a Abs. 3 UrhG um eine *lex specialis* zu der allgemeinen, die Schöpfungshöhe regelnden Vorschrift des § 2 Abs. 2 UrhG, die diese verdrängt, jedoch keine prinzipiellen

¹⁰² Vgl. dazu EuGH GRUR 2011, 220 Rn. 46; OLG Hamburg ZUM-RD 2012, 664, 667; OLG Karlsruhe GRUR 2010, 234, 235 – Reisebürosoftware; OLG Rostock GRUR-RR 2008, 1, 12 – Urheberrechtsschutz von Webseiten; OLG Frankfurt a. M. GRUR-RR 2005, 299, 300 – Online-Stellenmarkt; OLG Düsseldorf CR 2000, 184; LG Köln CR 2008; 61; Schricker/Loewenheim/Loewenheim/Leistner UrhG § 2 Rn. 138.

¹⁰³ RL 2009/24/EU, Erwgr. 7.

¹⁰⁴ OLG Köln GRUR-RR 2005, 303 – Entwurfsmaterial.

¹⁰⁵ Dreier/Schulze/Dreier UrhG § 69a Rn. 14.

¹⁰⁶ Dreier/Schulze/Dreier UrhG § 69a Rn. 15.

¹⁰⁷ LG Köln CR 1994, 227, 228; ähnlich auch der EuGH 2.5.2012 – C-406/10 (SAS Institute Inc./World Programming Ltd.), Rn. 64, EuZW 2012, 584.

¹⁰⁸ Begr RegE BT-Drs. 12/4022, 9, 11.

¹⁰⁹ Schricker/Loewenheim/Spindler UrhG § 69a Rn. 13.

- Abweichungen beinhaltet.¹¹⁰ Insbesondere ist keine den Durchschnitt überragende Programmierleistung mehr erforderlich, wie dies früher vom BGH angenommen wurde.¹¹¹
- 53 Voraussetzung ist lediglich eine dem betreffenden Programmierer zuzurechnende geistige Leistung im Sinne einfacher Individualität. Die Software muss Ausfluss einer **menschlich-gestalterischen Tätigkeit** sein, wovon bei normaler Programmierleistung in der Regel auszugehen ist. Dieses Kriterium ist zum Beispiel dann zu verneinen, wenn ein das Computerprogramm durch ein sogenanntes Softwaregeneratorprogramm erstellt wird.¹¹² Interessante Fragestellungen ergeben sich in diesem Zusammenhang bei **maschinellern Lernen bzw. künstlicher Intelligenz (KI)**, wenn diese zur Softwareerstellung eingesetzt wird. Falls sogar die für die Erstellung maßgeblichen Parameter durch den der KI zugrundeliegenden Algorithmus erfolgt, wird aus guten Gründen das Vorliegen einer menschlichen Gestaltung abgelehnt.¹¹³ In § 69a Abs. 3 S. 2 UrhG wird klargestellt, dass an die Individualität insbesondere keine qualitativen oder ästhetischen Maßstäbe anzulegen sind. Erforderlich ist lediglich, dass das Computerprogramm Ausfluss eines individuellen geistigen Schaffens ist, wobei aber ein Mindestmaß an Individualität im Sinne der sogenannten „kleinen Münze“ genügt. Dabei ist vom Vorliegen der hierfür erforderlichen Schöpfungshöhe in der Regel auszugehen, da die Programmierleistung üblicherweise genug Spielraum für die Entfaltung eigener gestalterischer Tätigkeiten bietet.¹¹⁴
- 54 Trotzdem das Vorliegen der eigenen geistigen Schöpfung oft als selbstverständlich angenommen wird, besteht hierfür keine gesetzliche Vermutung. Das Vorliegen der Schutzvoraussetzungen ist insbesondere im Prozess darzulegen und gegebenenfalls auch zu beweisen.¹¹⁵

Praxistipp:

Viele Gerichte gehen im Softwareverletzungsprozess oft einfach davon aus, dass bei einem Computerprogramm die Schutzfähigkeit gegeben ist. Dennoch empfiehlt es sich für einen ordnungsgemäßen Vortrag die schutzfähigen Elemente der Software zumindest kurz darzustellen, um einen Anscheinsbeweis oder eine tatsächliche Vermutung zu begründen.¹¹⁶ Insbesondere im Eilverfahren sollte man entsprechende Ausführungen machen, um Nachfragen des Gerichts und einer Verzögerung des Beschlusses vorzubeugen.

- 55 c) **Der Verweis auf die allgemeinen Vorschriften (§ 69a Abs. 4 und 5 UrhG).** Die §§ 69a ff. UrhG, die auf der Softwarerichtlinie 2009/24/EU beruhen, enthalten ein Spezialregime für den urheberrechtlichen Schutz von Computerprogrammen. Jedoch sind weder die Richtlinie noch die §§ 69a ff. UrhG vollständig. Dem trägt § 69a Abs. 4 UrhG Rechnung, indem er für Computerprogramme die für Sprachwerke geltenden Bestimmungen des Urheberrechtsgesetzes für anwendbar erklärt, soweit in den §§ 69a ff. nichts anderes bestimmt ist. Gemeint sind hiermit die Vorschriften der Abschnitte 1bis 7 von Teil 1 des Urheberrechtsgesetzes, soweit sie Sprachwerke betreffen. Damit muss jedoch geklärt werden, inwieweit die in den §§ 69a ff. enthaltenen Regelungen als spezielle Regelungen (*lex specialis*) abschließend sind und inwieweit daneben noch Raum für die Anwendung der allgemeinen Vorschriften verbleibt. Dies ist durch systematische und teleologische Auslegung zu bestimmen.¹¹⁷ Ge-

¹¹⁰ OLG Düsseldorf CR 1992, 337; Schricker/Loewenheim/Spindler UrhG § 69a Rn. 14; Fromm/Nordemann/Czychowski UrhG § 69a Rn. 16; Dreier/Schulze/Dreier UrhG § 69a Rn. 26.

¹¹¹ BGH GRUR 1985, 1041 – Inkasso-Programm; s. dazu bereits oben.

¹¹² Schricker/Loewenheim/Spindler UrhG § 69a Rn. 15; Wandtke/Bullinger/Grützmacher UrhG § 69a Rn. 34; Dreier/Schulze/Dreier UrhG § 69a Rn. 26.

¹¹³ Schricker/Loewenheim/Spindler UrhG § 69a Rn. 15.

¹¹⁴ Schricker/Loewenheim/Spindler UrhG § 69a Rn. 19.

¹¹⁵ Schricker/Loewenheim/Spindler UrhG § 69a Rn. 14.

¹¹⁶ So auch Dreier/Schulze/Dreier UrhG § 69a Rn. 29.

¹¹⁷ Dreier/Schulze/Dreier UrhG § 69a Rn. 32; Schricker/Loewenheim/Spindler Rn. 23 ff.; Wandtke/Bullinger/Grützmacher Rn. 46 ff.

mein hin werden neben den §§ 69a ff. UrhG die folgenden allgemeinen Vorschriften auf Computerprogramme für anwendbar gehalten:¹¹⁸

- § 3 UrhG, der die selbständige Schutzfähigkeit von Bearbeitungen regelt;
- § 6 UrhG zu Veröffentlichung und Erscheinen;
- die §§ 7–10 UrhG über die Urheberschaft, die mit den Regelungen der Softwarerichtlinie in Einklang stehen und daher in den §§ 69a ff. UrhG nicht gesondert umgesetzt werden mussten;
- die Vorschriften des Urheberpersönlichkeitsrechts (§§ 12 – 14 UrhG), wobei allerdings softwaretypische Besonderheiten (etwa beim Integritätsrecht nach § 14 UrhG) zu beachten sind;
- § 27 Abs. 2 UrhG (Verleihrecht);
- §§ 28–30 UrhG: Vererbung, Übertragung und Rechtsnachfolge;
- die allgemeinen urhebervertragsrechtlichen Regelungen, von denen nach Abzug der Ausnahmen gemäß § 69a Abs. 5 UrhG die §§ 31, 31a, 33–35a, 37–40 und 42 UrhG verbleiben;
- die Schrankenregelung des § 44a UrhG, wobei deren Anwendbarkeit auf Computerprogramme allerdings umstritten ist;¹¹⁹
- § 45 UrhG (Rechtspflege);
- § 51 S. 1 und 2 Nr. 1 und 2 UrhG zum Zitatright (str.);¹²⁰
- §§ 64–69 UrhG (Schutzfristen);
- §§ 96–111 UrhG zu den Rechtsfolgen von Urheberrechtsverletzungen (Ausnahme ist § 98 Abs. 1 S. 1 UrhG, dem § 69f Abs. 1 S. 1 UrhG vorgeht);
- §§ 111b und 111c UrhG (Grenzbeschlagnahme);
- §§ 115–119 (Zwangsvollstreckung);
- §§ 120–123 (Anwendungsbereich).

Praxistipp:

Die Frage der anwendbaren und nicht anwendbaren allgemeinen Vorschriften gemäß § 69a Abs. 4 und auch Abs. 5 UrhG sollte man sich stets vergegenwärtigen, um insbesondere in einem gerichtlichen Verfahren nicht in die Irre zu laufen.

2. Mehrheit von Urhebern

Sind an der Schaffung eines Computerprogramms mehrere Programmierer beteiligt, liegt oft eine Miturheberschaft gemäß § 8 UrhG vor, was dann grundsätzlich eine gesamthänderische Berechtigung der beteiligten Programmierer als Miturheber zur Folge hat (§ 8 abs. 2 S. 1 UrhG). Voraussetzung für eine Miturheberschaft ist zum einen das Vorliegen einer **einheitlichen Schöpfung**. Dies erfordert einen gemeinsamen Handlungswillen der Beteiligten, die sich auf die gemeinsame Aufgabe verständigen und sich der Gesamtidee der Schaffung eines einheitlichen Werks wechselseitig unterordnen müssen.¹²¹ Ein arbeitsteiliges Zusammenwirken mehrerer Programmierer erfordert nicht notwendig ein gleichzeitiges Tätigwerden. Allerdings stellt sich bei einer zeitlich gestaffelten Erbringung der einzelnen Werkbeiträge verstärkt die Frage, ob eine Miturheberschaft vorliegt, da hier die Feststellung der Unterordnung unter eine Gesamtidee oft schwerer zu treffen ist.¹²² Zuletzt hat immerhin das OLG Karlsruhe nicht ausschließen wollen, dass zwischen dem Urheber einer Open-Source-Software und dem Programmierer zeitlich erheblich später erfolgender Ergänzungen und Verbesserungen dieser Software eine Miturheberschaft bestehen kann. Voraussetzung

¹¹⁸ Vgl. zum Ganzen Dreier/Schulze/Dreier UrhG § 69a Rn. 34 mwN.

¹¹⁹ Dafür etwa Fromm/Nordemann/Czychowski UrhG § 69a Rn. 43.

¹²⁰ Bejahend: Dreier GRUR 1993, 781, 784; Schrickler/Loewenheim/Spindler UrhG § 69a Rn. 25i; a. A.: Wandtke/Bullinger/Grützmaker UrhG § 69a Rn. 85; Lehmann/Haberstumpf, Rechtsschutz und Verwertung von Computerprogrammen, 2. Aufl. 1993, 149.

¹²¹ BGH GRUR 1994, 39, 40 – Buchhaltungsprogramm; OLG Karlsruhe MMR 2021, 491, 492.

¹²² BGH GRUR 2005, 860, 863 – Fash 2000.

wäre, dass die späteren Verbesserungen vom Handlungswillen des ursprünglichen Programmierers umfasst gewesen wären. Die Entscheidung im konkreten Fall ließ das Gericht jedoch dahingestellt.¹²³

- 57 Weiterhin erfordert das Vorliegen von Miturheberschaft, dass die Beiträge der diversen Programmierer **nicht gesondert verwertbar**, also nicht selbständig verkehrsfähig sind.¹²⁴ Bei Erstellung eines einheitlichen Codes dürfte dieses Merkmal unproblematisch gegeben sein. Schwieriger wird es bei Software-Produkten, die aus verschiedenen Modulen bestehen, die zudem getrennte Programmcodes aufweisen.¹²⁵
- 58 Entscheidend ist, dass das einheitlich geschaffene Werk Urheberrechtsschutz genießt und dass jeder Miturheber **schöpferisch tätig** gewesen ist, selbst wenn sich die Einzelbeiträge hinterher nicht mehr genau zuordnen lassen.¹²⁶ Bloße Ideengeber sind keine Urheber und kommen damit auch als Miturheber im Sinne des § 8 UrhG nicht in Betracht. Wer also lediglich die Vorgaben und Anforderungen an eine Software festlegt, ohne selbst Programmierarbeit zu erbringen, ist kein Miturheber des Computerprogramms. Miturheber ist nur, wer durch konkrete Gestaltungen zur Schaffung des Programms beigetragen hat, mag auch sein schöpferischer Beitrag noch so geringfügig sein.¹²⁷
- 59 Liegen die vorgenannten Voraussetzungen der Miturheberschaft vor, so steht den Miturhebern gemäß § 8 Abs. 2 UrhG das recht an dem gemeinschaftlichen Werk zur gesamten Hand zu, jedoch dürfen die einzelnen Miturheber ihre Einwilligung zur Verwertung des Werks nicht unbillig verweigern. Sollten die Voraussetzung der Miturheberschaft fehlen, liegen in der Regel einfach nur verbundene Werke gemäß § 9 UrhG vor.

V. Die urheberrechtlichen Verwertungsrechte

- 60 Die Verwertungsrechte an Computerprogrammen sind in § 69c UrhG geregelt. Sie sind grundsätzlich dem Urheber (also in der Regel dem Programmierer) zugewiesen und dürfen ohne dessen Zustimmung von Dritten nicht ausgewertet werden. Bei Computerprogrammen setzt die urheberrechtlich relevante Werkauswertung schon früher ein als im allgemeinen Urheberrecht (s. § 15 UrhG). Der Rechtsinhaber hat nämlich das Recht, die in § 69c genannten Handlungen vorzunehmen oder zu gestatten. Gegen dieses Gestattungsrecht wird bereits verstoßen, wenn ein Nichtberechtigter über die in § 69c genannten Rechte (Vervielfältigung, Bearbeitung, Verbreitung und öffentliche Wiedergabe) verfügt, also zum Beispiel ein Nutzungsrecht einräumt.¹²⁸

1. Das Vervielfältigungsrecht, § 69c Nr. 1 UrhG

- 61 Das wichtigste Verwertungsrecht im Bereich von Software ist das Recht, ein Computerprogramm zu **vervielfältigen** (§ 69c Nr. 1 UrhG). Dabei ist unerheblich, in welcher Form die Vervielfältigung erfolgt. Auch die Vervielfältigung lediglich eines Teils eines Computerprogramms kann unter § 69c Nr. 1 UrhG fallen, wenn der vervielfältigte Teil für sich bereits die Schutzvoraussetzungen nach § 69a UrhG aufweist, also insbesondere als eigene geistige Schöpfung (§ 69a Abs. 3 UrhG) darstellt.¹²⁹
- 62 Bei § 69c Nr. 1 UrhG kommt es normalerweise nicht darauf an, ob die Vervielfältigung dauerhaft oder nur vorübergehender Natur ist. S. 2 stellt ausdrücklich klar, dass auch jede Vervielfältigung, die während des Ladens, Anzeigens, Ablaufens, Übertragens oder Speicherns eines Computerprogramms erfolgt, der Zustimmung des jeweiligen Rechtsinhabers bedarf.¹³⁰

¹²³ OLG Karlsruhe MMR 2021, 491, 492.

¹²⁴ BGH WRP 2009, 1404 Rn. 39 – Kranhäuser; Dreier/Schulze/Schulze UrhG § 8 Rn. 4.

¹²⁵ OLG Karlsruhe MMR 2021, 491, 492.

¹²⁶ Dreier/Schulze/Schulze UrhG § 8 Rn. 6.

¹²⁷ OLG Köln ZUM-RD 2005, 333, 335 – Entwurfsmaterial.

¹²⁸ Dreier/Schulze/Schulze UrhG § 15 Rn. 22.

¹²⁹ Dreier/Schulze/Dreier UrhG § 69c Rn. 10.

¹³⁰ Dreier/Schulze/Dreier UrhG § 69c Rn. 8.

Vervielfältigung liegt daher in der Regel auch dann vor, wenn eine Software vorübergehend in den **Arbeitsspeicher** eines Computers geladen wird, so dass eine zusätzliche Nutzung des Programms durch weitere Programmkopien ermöglicht wird.¹³¹ Entscheidend ist folglich eine wirtschaftliche Betrachtung: Soweit die Vervielfältigung – wie beim Hochladen in den Arbeitsspeicher zu einer **gesteigerten Nutzungsmöglichkeit** führt, ist gemäß § 69c Nr. 1 UrhG die Zustimmung des Berechtigten erforderlich. Dementsprechend ist auch das normale Laufenlassen eines Computerprogramms insoweit mit einer Vervielfältigungshandlung verbunden, als damit ein Laden schutzfähiger Teile in den Arbeitsspeicher verbunden ist. Findet ein bloßes Laufenlassen des Programms ohne Laden in den Arbeitsspeicher statt, ist dies unter dem Aspekt des § 69c Nr. 1 UrhG unbeachtlich.

Ferner ist ungeklärt, ob das in § 44a UrhG geregelte Recht zur Vornahme vorübergehender Vervielfältigungshandlungen auch für Computerprogramme gilt, und wie dieser Erlaubnistatbestand von den erlaubnispflichtigen vorübergehenden Vervielfältigungen abzugrenzen ist. Dies wird in der Literatur mit dem zutreffenden Argument bejaht, dass die Interessenlage der Urheber bei Computerprogrammen und sonstigen Werken (zB E-Books) die gleiche ist. Damit wäre der Unterschied zu den nach § 69c Nr. 1 UrhG geschützten vorübergehenden Vervielfältigungen die Flüchtigkeit und der Mangel eigenständiger wirtschaftlicher Bedeutung. Nur wenn diese Merkmale erfüllt sind, fällt die Vervielfältigung ausnahmsweise nicht unter § 69c Nr. 1 UrhG. Vorübergehende Vervielfältigungen nach § 44a UrhG sind etwa solche, die bei der Nutzung eines Werkes in digitaler Form aus rein technischen Gründen vorgenommen und nach kurzer Zeit automatisch wieder gelöscht werden.¹³² Hierunter fallen zum Beispiel kurzfristige Kopien im Cache des Computers von Besuchern fremder Webseiten, wenn sie bei Verlassen der Website automatisch gelöscht werden.¹³³

Praxistipp:

Zwar ist in dem Bereich der vorübergehenden Vervielfältigung und der Anwendung des § 44a UrhG noch vieles nicht abschließend geklärt. Jedoch sollte man insbesondere bei der Vertragsgestaltung zur Sicherheit davon ausgehen, dass das Laden einer Software in den Arbeitsspeicher eine zustimmungsbedürftige Verwertungshandlung nach § 69c Nr. 1 UrhG ist. Dies gilt in den meisten Fällen dann auch für das Laufenlassen einer Software, da damit häufig das Hochladen in den Arbeitsspeicher des Rechner verbunden ist.

2. Das Bearbeitungsrecht, § 69c Nr. 2 UrhG

Dem Rechtsinhaber steht das alleinige Recht der Bearbeitung und der Umarbeitung zu, wobei das Gesetz als Oberbegriff das Wort „Umarbeitung“ benutzt. Der Begriff ist weit zu verstehen und beinhaltet alle Abänderungen eines geschützten Computerprogramms, insbesondere die Änderung oder die Ergänzung des Quellcodes.¹³⁴ Voraussetzung ist immer ein Eingriff in die Programmsubstanz, also den zugrundeliegenden Code, nicht ist hingegen ein bloßes Anknüpfen an die Schnittstellen.¹³⁵ Beispiele sind alle **Änderungen an der Software** wie etwa Erweiterungen, Einschränkungen und Ergänzungen des Funktionsumfangs, die Angleichung an eine neue Benutzeroberfläche oder auch die Entfernung einer Dongle-Abfrage in einem Programm ().¹³⁶ Auch die Fehlerbeseitigung ist eine Bearbeitungshand-

¹³¹ BGH GRUR 2011, 418 Rn. 13 – UsedSoft; Wandtke/Bullinger/Grützmaker UrhG § 69c Rn. 5f.; Schricker/Loewenheim/Spindler UrhG § 69c Rn. 7; Dreier/Schulze/Dreier UrhG § 29c Rn. 8.

¹³² EuGH C-5/08, Slg. 2009, I-6569 Rn. 62 ff. – Infopaq; s. auch EuGH C-403/08 – Football Association Premiere eLeague.

¹³³ EuGH 9.6.2014 – C-360/13 – Public Relations Consultants Association.

¹³⁴ Dreier/Schulze/Dreier UrhG § 69c Rn. 15; Schricker/Loewenheim/Spindler UrhG Rn. 14; Fromm/Nordemann/Czychowski UrhG Rn. 20; BGH GRUR 2000, 866, 868 – Programmfehlerbeseitigung.

¹³⁵ LG Hamburg CR 2016, 782.

¹³⁶ Dreier/Schulze/Dreier UrhG § 69c Rn. 16; OLG Düsseldorf CR 1997, 337; OLG Karlsruhe CR 1996, 341.

lung, wie sich aus dem Wortlaut des § 69d UrhG ergibt.¹³⁷ Zu beachten ist, dass eine Umarbeitung oder Bearbeitung eines Computerprogramms nicht voraussetzt, dass die Umarbeitung selbst eine eigenschöpferische Leistung ist und Urheberrechtsschutz genießt. Erreicht aber die Umarbeitung eigenschöpferisches Niveau im Sinne des § 69c UrhG, so erwirbt der Bearbeiter gemäß § 3 UrhG an der Umarbeitung ein eigenes sogenanntes Bearbeiterurheberrecht¹³⁸, und zwar unabhängig davon, ob die Umarbeitung zulässig war. Will man das umgearbeitete Computerprogramm weiterverwerten (zB durch Lizenzierung), benötigt man hierfür in der Regel die Zustimmung aller beteiligten Urheber, egal ob es sich im Ergebnis um Miturheber oder Urheber verbundener Werke handelt. Hinzuweisen ist auch auf die Regelung des § 23 Abs. 1 S. 2 UrhG, wonach eine Umarbeitung nicht vorliegt, wenn das neu geschaffene Computerprogramm zu dem vorbestehenden Werk einen hinreichenden Abstand aufweist.

3. Das Verbreitungsrecht nach § 69c Nr. 3 UrhG (Rn. 135–183)

- 66 a) Die „alte Welt“: Softwarevertrieb mittels Datenträger. Die Entsprechung zum allgemeinen Verbreitungsrecht nach § 17 UrhG findet sich in § 69c Nr. 3 S. 1 UrhG. Danach steht dem Inhaber des Urheberrechts das ausschließliche Recht zu, das Original eines Computerprogramms oder Vervielfältigungsstücke von diesem zu verbreiten, wobei man unter „Verbreiten“ versteht, dass das Werk der Öffentlichkeit angeboten wird oder in Verkehr gebracht wird. Nach herkömmlichem deutschem Rechtsverständnis beschränkte sich das Verbreitungsrecht im urheberrechtlichen Sinn auf die Verwertung des Werks in körperlicher Form, was beim klassischen Vertrieb von Software in erster Linie die Weitergabe auf körperlichen Datenträgern meint. Dies entsprach dem früher weit verbreiteten Vertrieb von Computerprogrammen durch Übergabe einer Programmkopie auf einem festen Datenträger an den Erwerber. Für den Begriff der Öffentlichkeit wird die Legaldefinition in § 15 Abs. 3 UrhG entsprechend herangezogen.¹³⁹ ist die Bestimmung für eine Mehrzahl von Personen, es sei denn, der Kreis ist beschränkt auf besondere Personen, die einer privaten Gruppe angehören.¹⁴⁰
- 67 **Inverkehrbringen** ist jede Handlung, die die ein Vervielfältigungsstück aus der internen Betriebssphäre der allgemeinen Öffentlichkeit des Handelsverkehrs zuführt¹⁴¹, sprich: die Übergabe des Datenträgers mit der Software. Dafür genügt jede Art des auf Dauer angelegten Besitzübergangs (zB durch Kauf Schenkung, Tausch oder einen anderen auf Dauer vorgesehenen Eigentumsübergang).¹⁴² Auch die vorübergehende Besitzüberlassung zB im Rahmen von Miete oder Leihe stellt eine Verbreitung dar.¹⁴³ Eine Öffentlichkeit und damit ein Inverkehrbringen ist auch dann gegeben, wenn die Weitergabe an rechtlich selbständige verbundene Unternehmen des Rechtsinhabers. Nach der Rechtsprechung des EuGH kommt es nicht darauf an, ob Rechtsinhaber und Lizenznehmer (Erwerber) zum selben Konzern gehören.¹⁴⁴
- 68 Neben der Weitergabe des Originals oder von Vervielfältigungsstücken ist dem Urheberrechtlich Inhaber aber auch die ausschließliche Kontrolle über vorgelagerte Handlungen gegeben. Die Alternative „**Verbreitung mittels Anbietens**“ erfasst bereits Vorbereitungshandlungen aus dem Bereich der Vermarktung und des Marketings, mit denen das Originalprogramm oder Vervielfältigungsstücke angeboten werden. Hierunter fallen zB das Anbieten in Prospekten, Werbeanzeigen, Rundschreiben oder sonstigen Werbemitteln.¹⁴⁵ Ein der Öffentlichkeit Anbieten kann bereits darin liegen, dass Einzelangebote an einen Dritten erfolgen,

¹³⁷ Dreier/Schulze/Dreier UrhG § 69c Rn. 16.

¹³⁸ In Bezug auf Open Source Software vgl. OLG Karlsruhe MMR 2021, 491, 492; LG Köln CR 2018, 12.

¹³⁹ BGH GRUR 1982, 102, 103 – Masterbänder; Dreier/Schulze/Schulze UrhG § 15 Rn. 39.

¹⁴⁰ Dreier/Schulze/Schulze UrhG § 15 Rn. 39.

¹⁴¹ BGH 13.12.1990 – I ZR 21/89, BGH GRUR 1991, 316; OLG Hamburg GRUR 1972, 375, 376 – Polydor II; LG Köln ZUM 2001, 714, 715.

¹⁴² BGH GRUR 1991, 316, 317 – Einzelangebot; Dreier/Schulze/Schulze UrhG § 17 Rn. 15.

¹⁴³ Dreier/Schulze/Schulze UrhG § 17 Rn. 15.

¹⁴⁴ EuGH NJW 1975, 516 – Centrafarm I; EuGH 29.4.2004 – C-77/01, DStRE 2004, 1095.

¹⁴⁵ BGH GRUR 1981, 360, 362 – Erscheinen von Tonträgern.

zu dem keine persönlichen Beziehungen bestehen oder durch Angebote an Händler.¹⁴⁶ Bereits das Bewerben eines Computerprogramms auch ohne nachgelagerten Verkaufsvorgang ist ein Verbreiten nach § 69c Nr. 3 S. 1 UrhG, wenn es zumindest zum Erwerb des Computerprogramms anregt. Dabei macht es auch keinen Unterschied, ob der Anbieter im eigenen Namen oder nur als Vermittler tätig ist.¹⁴⁷ Damit kann ein Rechtsinhaber bereits gegen derartige Handlungen vorgehen, selbst wenn noch kein Vervielfältigungsstück der Software weitergegeben wurde.

b) Softwarevertrieb mittels Downloads. Seit vielen Jahren ist jedoch die Veräußerung von Software auf festen Datenträgern im Rückzug begriffen und stellt mittlerweile eher die Ausnahme dar. Die Regel ist, dass Software als Download online zur Verfügung gestellt wird und sich der Erwerber auf diese Weise ein Vervielfältigungsstück anfertigt. Und selbst diese Vertriebsform erhält zunehmend Konkurrenz durch neue Geschäftsmodelle wie Software as a Service (SaaS) und Cloud Computing. 69

c) Die Erschöpfung des Verbreitungsrechts. Gemäß § 69c Nr. 3 S. 2 UrhG ist das Verbreitungsrecht des Rechtsinhabers durch den **Erschöpfungsgrundsatz** beschränkt. Wird ein Vervielfältigungsstück eines Computerprogramms mit Zustimmung des Rechtsinhabers im Gebiet des Europäischen Wirtschaftsraums im Wege der Veräußerung in Verkehr gebracht, so erschöpft sich das Verbreitungsrecht des Rechtsinhabers in Bezug auf dieses Vervielfältigungsstück. Das bedeutet, dass der Rechtsinhaber einer weiteren Verbreitung des betreffenden Vervielfältigungsstücks innerhalb des Europäischen Wirtschaftsraums kein auf das Urheberrecht gestütztes Verbotrecht mehr entgegensetzen kann, nachdem das Vervielfältigungsstück einmal innerhalb des Europäischen Wirtschaftsraums von ihm oder mit seiner Zustimmung in Umlauf gesetzt wurde. Das konkrete Werkstück wird damit uneingeschränkt verkehrsfähig und kann von weiteren Erwerbern ohne Einschränkungen weiterverkauft werden. Zu beachten ist, dass die Erschöpfung nur dann gilt, wenn das Werkstück dauerhaft (insbesondere im Wege eines Verkaufs) veräußert wird. Nicht erschöpft ist gemäß § 69c Nr. 3 S. 2 aE UrhG das sogenannte **Vermietrecht**, also das Recht, den Datenträger mit dem Computerprogramm zur zeitweiligen Verwendung und zu Erwerbszwecken Dritten zu überlassen.¹⁴⁸ Auf das Vermietrecht soll der ursprüngliche Rechtsinhaber weiterhin seine Hand haben. Nicht erfasst vom Vermietrecht ist das **Verleihrecht** (also das Recht zur unentgeltlichen zeitweisen Überlassung), welches zusammen mit dem Verbreitungsrecht erschöpft.¹⁴⁹ 70

Diese Vorschrift des § 69c Nr. 3 S. 2 UrhG ist das Pendant zum allgemeinen Erschöpfungsgrundsatz nach § 17 Abs. 2 UrhG, unterscheidet sich von diesem jedoch in einigen wesentlichen Aspekten. Zu beachten ist in diesem Zusammenhang, dass die Regelung des § 69c Nr. 3 S. 2 UrhG auf die Richtlinie (EU) 2009/24 (die sog. Computerrichtlinie) zurückgeht (dort Art. 4 Abs. 2), wohingegen der allgemeine Erschöpfungsgrundsatz auf der Richtlinie (EU) 2001/29 (sog. Urheberrechtslinie) beruht, was punktuell zu unterschiedlichen Auslegungen führt, wie nachfolgend aufgezeigt wird. 71

Praxistipp:

Der Erschöpfungsgrundsatz bezieht sich nur auf das Verbreitungsrecht, also Recht, ein konkretes Vervielfältigungsstück einer Software durch Übergabe weiter zu veräußern. Nicht umfasst sind sonstige Nutzungsrechte, wie insbesondere die Vervielfältigung oder Bearbeitung des Programms. Für solche Nutzungshandlungen benötigt der sich auf Erschöpfung berufende Zweit- oder Dritterwerber immer eine gesonderte Rechtsgrundlage (zB § 69d Abs. 1 UrhG).

¹⁴⁶ BGH GRUR 1981, 360 –Erscheinen von Tonträgern; GRUR 1982, 102; BGH GRUR 1991, 316, LG Hamburg CR 1995, 222.

¹⁴⁷ OLG Frankfurt a.M. GRUR-Prax 2016, 61.; OLG Frankfurt a.M. GRUR-RR 2006, 43, 45 – Panther mit Smaragdauge.

¹⁴⁸ Erwgr. 12 der Richtlinie 2009/24.

¹⁴⁹ Erwgr. 12 der Richtlinie 2009/24; Schrickter/Loewenheim/Spindler UrhG § 69c Rn. 28d.

- 72 Zunächst tritt ebenso wie bei § 17 Abs. 2 UrhG bei Computerprogrammen die Erschöpfungswirkung ein, wenn **körperliche Werkexemplare** (dh Kopien auf Datenträgern) im Wege der Veräußerung in den Verkehr gelangen. Das gilt zunächst bei offline übermittelten Programmkopien.¹⁵⁰ Allerdings entspricht eine Beschränkung der Erschöpfung auf körperliche Werkexemplare, wie sie früher von einigen Gerichten vertreten wurde¹⁵¹, schon lange nicht mehr den Anforderungen moderner Softwarevertriebsformen.
- 73 Seit dem sogenannten „UsedSoft“-Urteil des EuGH¹⁵² ist jedoch klar, dass unter bestimmten Voraussetzungen auch **online mittels Downloads verbreitete Vervielfältigungsstücke** von Computerprogrammen der Erschöpfung gemäß § 69c Nr. 3 S. 2 UrhG unterfallen können, worin ein gewichtiger Unterschied zum allgemeinen Erschöpfungsgrundsatz liegt. Im Unterschied zu sonstigen urheberrechtlich geschützten Werken gilt bei Computerprogrammen der Grundsatz, dass eine Erschöpfung des Verbreitungsrechts auch durch Weitergabe in unkörperlicher Form mittels Downloads eintreten. Begründet wird diese unterschiedliche Behandlung mit dem Wortlaut der maßgeblichen Richtlinien. Während die Richtlinie 2001/29/EG in Art. 4 in Bezug auf Verbreitung und Erschöpfung von „Vervielfältigungsstücken“ spricht, ist in der parallelen Vorschrift für Computerprogramme in der Richtlinie 2009/24/EU von „Kopien“ bzw. „Programmkopien“ die Rede, was auch auf unkörperliche Vervielfältigungen hinzudeuten scheint. In Bezug auf Computerprogramme ist die Richtlinie 1009/24/EU jedoch als *lex specialis* anzusehen.¹⁵³ Diese Rechtsprechung wurde in der Folgezeit von weiteren BGH-Entscheidungen¹⁵⁴ fortgeführt, so dass sich mittlerweile ein recht vollständiges Bild von der Erschöpfung durch Online-Vertrieb von Software ergibt. Danach steht die Erschöpfung des Verbreitungsrechts an einer per Download verbreiteten Software unter folgenden Voraussetzungen:
- 74 (1) Im Verhältnis zwischen dem Rechtsinhaber und dem Ersterwerber im Europäischen Wirtschaftsraum liegt eine „Veräußerung“ im Sinne von § 69c Nr. 3 S. 2 UrhG dann vor, wenn dem Ersterwerber die Software **vertraglich dauerhaft überlassen** wird, ihm also ein unbefristetes Nutzungsrecht eingeräumt wird. Dabei kommt es nicht auf das Vorliegen eines Kaufvertrags im engeren Sinne an, vielmehr genügt jede vertragliche Gestaltung, die dem Ersterwerber eine unbefristete Lizenz an dem Computerprogramm vermittelt (zB ein Werkvertrag).¹⁵⁵ Dies begründet der EuGH mit der europarechtlich autonomen Auslegung des Tatbestandsmerkmals „Verkauf“ in Art. 4 Abs. 2 der Richtlinie 2009/24, der eine Vereinbarung bezeichne, nach der eine Person ihre Eigentumsrechte an einem ihr gehörenden körperlichen oder nichtkörperlichen Gegenstand gegen Zahlung eines Entgelts an eine andere Person abtritt.¹⁵⁶ Nicht erfasst sind folglich zeitlich befristete Lizenzen oder Verträge, bei denen dem Ersterwerber die Software gar nicht überlassen, sondern ihm nur ein Zugriff erlaubt wird, wie dies etwa für Application Service Providing und Software as a Service (SaaS) typisch ist.¹⁵⁷
- 75 (2) Die dauerhafte Überlassung bzw. das Inverkehrbringen gemäß § 69c Nr. 3 S. 2 UrhG muss **im Gebiet der Europäischen Union oder eines weiteren Vertragsstaats des Europäischen Wirtschaftsraums** erfolgen. Das bedeutet, dass es auf den Ort des Downloads ankommt, also den Ort, an dem die durch den Download entstehende Kopie der Software erstmals erstellt wird.¹⁵⁸

¹⁵⁰ Dreier/Schulze/Dreier UrhG § 69c Rn. 24.

¹⁵¹ LG München CR 2006, 159 mAnm Haines/Scholz; OLG München MMR 2006, 748 mAnm Stögmüller; OLG München MMR 2008, 60 mAnm Moritz; OLG Frankfurt a. M. MMR 2009, 544 mAnm Bräutigam; ähnlich OLG Frankfurt a. M. MMR 2010, 681; s. auch Hoeren CR 2006, 573.

¹⁵² EuGH 3.7.2012 – C-128/11, GRUR 2012, 904 – UsedSoft.

¹⁵³ EuGH GRUR 2012, 904 Rn. 51 – UsedSoft.

¹⁵⁴ BGH GRUR 2014, 264 – UsedSoft II; BGH GRUR 2015, 772 – UsedSoft III BGH WRP 2015, 1367 – Green-IT.

¹⁵⁵ EuGH GRUR 2012, 904 Rn. 45 – UsedSoft.

¹⁵⁶ EuGH GRUR 2012, 904 Rn. 42 – UsedSoft.

¹⁵⁷ Schricker/Loewenheim/Spindler UrhG § 69c Rn. 34b.

¹⁵⁸ Schricker/Loewenheim/Spindler UrhG § 69c Rn. 36; Wandtke/Bullinger/Grützmacher UrhG § 69c Rn. 40.

(3) Im Lizenzvertrag zwischen dem Rechtsinhaber und dem Ersterwerber muss die Zahlung eines **angemessenen Entgelts** an den Rechtsinhaber vereinbart sein, dass es diesem ermöglichen soll, eine dem wirtschaftlichen Wert der Kopie des ihm gehörenden Computerprogramms zu erzielen. Nicht erheblich ist indessen, ob diese Vergütung tatsächlich realisiert wird.¹⁵⁹ 76

(4) Die Weiterveräußerung der online vertriebenen Software durch den Ersterwerber unter Berufung auf den Erschöpfungsgrundsatz ist nur zulässig, wenn der Ersterwerber gleichzeitig **seine eigene Kopie der Software unbrauchbar macht oder löscht**. Ansonsten würde er das dem Rechtsinhaber zustehende Vervielfältigungsrecht (§ 69c Nr. 1 UrhG verletzen¹⁶⁰ und die Erschöpfung würde dazu führen, dass sich die Anzahl der Vervielfältigungsstücke sogar noch erhöht. In diesem Sinn ist auch die Aussage des EuGH zu verstehen, dass der Erschöpfungsgrundsatz den Ersterwerber nicht berechtige, die von ihm erworbene Lizenz, falls sie für eine bestimmte Zahl von Nutzern gilt, aufzuspalten und die Nutzung des Computerprogramms für eine von ihm bestimmte Nutzerzahl weiterzukaufen.¹⁶¹ Die Aussage betrifft den Fall, dass der Ersterwerber – wie in dem in der UsedSoft-Entscheidung behandelten Sachverhalt – eine sogenannte **Client-Server-Lizenz** erworben, also ein Nutzungsrecht, dass ihn berechtigt die von ihm erworbene Software einmal auf einem Server zu installieren, aber eine bestimmte Anzahl von Nutzern auf die Software zugreifen zu lassen. In diesem Fall ist der Ersterwerber nicht berechtigt, dem Zweiterwerber unter „Abtretung“ lediglich eines Teils der Nutzungsberechtigten zu gestatten, die Software bei sich zu installieren, während der Ersterwerber selbst die Software für den ihm verbliebenen Teil der Nutzungsberechtigten bei sich weiternutzt. Ein solches Vorgehen würde nämlich dazu führen, dass die Software beim Ersterwerber gespeichert bleibe und im System des Zweiterwerbers eine neues Vervielfältigungsstück entstünde. Damit würde der ursprüngliche Umfang der Lizenz erweitert, was durch die Erschöpfung nicht gedeckt ist. Eine derartige Vervielfältigung beim Zweiterwerber ist durch § 69d Abs. 1 UrhG gerade nicht gedeckt.¹⁶² Anders verhält es sich folgerichtig bei einer **Einzelplatz-Volumenlizenz**, bei dem Ersterwerber das Recht eingeräumt wird, das Computerprogramm auf einer bestimmten Anzahl von Arbeitsplätzen (zB 50) einzurichten, also eine entsprechende Zahl an Vervielfältigungen herzustellen. In diesem Fall kann er unter Berufung auf die Erschöpfung einen Teil der Arbeitsplatzlizenzen (zB 25) abspalten, diese dem Zweiterwerber zur Verfügung stellen und die ihm verbliebenen Arbeitsplatzlizenzen weiterhin selbst nutzen (oder an einen Dritten veräußern).¹⁶³ 77

(5) Laut dem EuGH erfasst die Erschöpfung nach § 69c Nr. 3 S. 2 UrhG (bzw. Art. 4 Abs. 2 der Richtlinie 2009/24) nicht nur die konkret verkaufte Programmkopie, sondern **auch später erfolgte Aktualisierungen und Verbesserungen**.¹⁶⁴ Konkret betrifft dies den Fall, dass der Erwerber eines Computerprogramms zusätzlich einen Pflegevertrag abgeschlossen hat, nach dem ihm vom Rechtsinhaber wiederkehrend Fehlerbeseitigungen, Updates und/oder neue Releases des Computerprogramms zur Verfügung gestellt werden. Falls die Voraussetzungen für eine Erschöpfung vorliegen, erfasst diese auch die gelieferten Verbesserungen und Aktualisierungen. Der Ersterwerber kann diese somit ebenfalls an den Zweiterwerber weiterveräußern. Diese Konsequenz ist folgerichtig. Ebenso wie verkauften körperlichen Gegenständen bewirkt die Softwarepflege, dass das ursprünglich veräußerte Vervielfältigungsstück „repariert“ und aktualisiert wird die Aktualisierungen ohne zeitliche 78

¹⁵⁹ EuGH GRUR 2012, 904 Rn. 45 – UsedSoft; BGH GRUR 2015, 772 Rn. 39 f.; BGH WRP 2015, 1367 Rn. 36 – Green-IT; Schrickler/Loewenheim/Spindler UrhG § 69c Rn. 34a.

¹⁶⁰ EuGH GRUR 2012, 904 Rn. 70; BGH GRUR 2014, 264, 270 – UsedSoft II; BGH WRP 2015, 1367 Rn. 48 f., 50 f. – Green-IT.

¹⁶¹ EuGH GRUR 2012, 904 Rn. 69.

¹⁶² So auch Schrickler/Loewenheim/Spindler UrhG § 69c Rn. 34h; BGH GRUR 2015, 772 Rn. 44 – UsedSoft III; Schneider CR 2015, 413, 417.

¹⁶³ Schrickler/Loewenheim/Spindler UrhG § 69c Rn. 34h; Marly, Praxishandbuch Softwarerecht, 6. Aufl. 2014, Rn. 231 ff.; Schneider/Spindler CR 2012, 489, 497; in diesem Sinne wohl auch BGH GRUR 2015, 772 – UsedSoft III; OLG Frankfurt a. M. GRUR 2013, 279, 282 f.; LG München ZUM-RD 2008, 496, 499.

¹⁶⁴ EuGH GRUR 2012, 904 Rn. 68.

Begrenzung vom Ersterwerber genutzt werden können.¹⁶⁵ Damit gilt der Erschöpfungsgrundsatz auch für diese.

- 79 (6) Der **Download** durch den Zweiterwerber ist eine Vervielfältigungshandlung, die für die bestimmungsgemäße Nutzung des erworbenen Computerprogramms durch den Zweiterwerber erforderlich ist. Die Berechtigung des Zweiterwerbers, das veräußerte Computerprogramm bei sich zu vervielfältigen, ergibt sich damit laut dem EuGH nicht unmittelbar aus dem Erschöpfungsgrundsatz (§ 69c Nr. 3 S. 2 UrhG), sondern ist eine aus § 69d Abs. 1 UrhG abgeleitete Konsequenz der durch die Erschöpfung gedeckten Verbreitung des Codes und des zwischen Erst- und Zweiterwerber abgeschlossenen Veräußerungsvertrags.¹⁶⁶ Mittlerweile ist in diesem Zusammenhang auch höchstrichterlich geklärt, dass der Zweiterwerber sein konkretes Vervielfältigungsstück nicht unbedingt von seinem Verkäufer (dh dem Ersterwerber) erhalten muss. Ausreichend ist beispielsweise auch ein **Download direkt von der Internetseite des ursprünglichen Rechtsinhabers**, für die der Ersterwerber dem Zweiterwerber die Zugangsdaten (zB den Product Key) zur Verfügung stellt.¹⁶⁷ Voraussetzung ist natürlich immer, dass der Ersterwerber im entsprechenden Umfang seine eigenen Vervielfältigungsstücke löscht oder unbrauchbar macht (s. o.).

Praxistipp:

Es ergibt sich also folgende Checkliste für die Erschöpfung bei Online-Verbreitung von Software:

- Dem Ersterwerber wurde für ein gebiet innerhalb des Europäischen Wirtschaftsraum ein unbefristetes Nutzungsrecht an der Software eingeräumt.
- Der Download muss auf dem Gebiet des Europäischen Wirtschaftsraums erfolgen.
- Eine Weiterveräußerung ist nur zulässig, wenn der Weiterveräußernde (zB der Ersterwerber) seine Kopien der Software in dem Umfang der Weiterveräußerung zeitgleich löscht oder sonst unbrauchbar macht.
- Die Erschöpfung der online vertriebenen Software umfasst auch Fehlerbeseitigung, Updates und Upgrades einer Software, die dem Ersterwerber regulär zur Verfügung gestellt wurden.

- 80 Erwähnenswert ist in diesem Zusammenhang die Entscheidung des EuGH durch seine Entscheidung zu E-Books aus dem Jahr 2020, in dem er klargestellt hat, dass bei E-Books anders als bei einem Computerprogramm eine Erschöpfung nicht durch Download, sondern nur durch die Verbreitung des Originals oder eines körperlichen Vervielfältigungsstücks eintreten könne.¹⁶⁸ Begründet wurde dies unter anderem mit unterschiedlichen wirtschaftlichen Gegebenheiten sowie mit dem Wortlaut des Welturheberrechtsabkommens.¹⁶⁹ Die etwas ungewöhnliche Aussage des EuGH in diesem Zusammenhang war, dass die in einem E-Book gleichfalls enthaltene Software lediglich „akzessorisch“ sei und deshalb nicht für die Frage, ob durch Download Erschöpfung eintreten könne, nicht relevant sei. Damit soll offenbar künftig in derartigen Konstellationen nicht jeder Bestandteil für sich beurteilt, sondern eine Gesamtbetrachtung hinsichtlich des Schwerpunkts des Produkts angestellt werden. Dies wird vor dem Hintergrund früherer Rechtsprechung in der Literatur als „schwer nachvollziehbar“ angesehen.¹⁷⁰ Vereinzelt wird sogar eine mögliche Revision der UsedSoft-Rechtsprechung in den Raum gestellt.¹⁷¹

¹⁶⁵ EuGH GRUR 2012, 904 Rn. 67.

¹⁶⁶ EuGH GRUR 2012, 904 Rn. 81; aA offenb. Schricker/Loewenheim/Spindler UrhG § 69c Rn. 34c, der das Vervielfältigungsrecht für den Zweiterwerber offenbar aus einer Analogie zu § 69c Nr. 3 S. 1 UrhG herleiten will.

¹⁶⁷ BGH WRP 2015, 1367 Rn. 48 f. – Green-IT; OLG Hamburg CR 2016, 642, 643; OLG München CR 2017, 495, 498 f.; OLG Frankfurt a. M. ZUM-RD 2016, 465, 466; Marly EuZW 2012, 654, 656 f.; Schricker/Loewenheim/Spindler UrhG § 69c Rn. 34d.

¹⁶⁸ EuGH 19.12.2019 – C 263/18, CR 2020, 158 – Tom Kabinet.

¹⁶⁹ EuGH 19.12.2019 – C 263/18, CR 2020, 158 Rn. 39–41 – Tom Kabinet.

¹⁷⁰ Grützmacher CR 2020, 154, 157; vgl. a. Schneider WRP 2021, 293 Rn. 33 ff.

¹⁷¹ Schneider WRP 2021, 293; Sattler CR 2020, 145, 151.

d) **Umgehung der Erschöpfung durch Einsatz technischer Schutzsysteme.** Im Zusammenhang mit der Erschöpfung ist zu diskutieren, welche **Verhinderungsmöglichkeiten** durch die Verwendung von sogenannten Digital-Rights-Management-Systemen sich dem Rechteinhaber eröffnen. In der Entscheidung *UsedSoft* hat der EuGH auf die Möglichkeit des Rechteinhabers hingewiesen, die Unbrauchbarmachung der Altkopie bei der Weitergabe durch Schutzmechanismen zu **kontrollieren**.¹⁷² Fraglich ist, allerdings, ob dies unbeschränkt zulässig ist oder ob aufgrund der Wertungen des EuGH in der *Nintendo*-Entscheidung (die allerdings in Bezug auf ein Computerspiel erging)¹⁷³ Einschränkungen vorzunehmen sind. Hier wurde vom EuGH die Pflicht zu einer Verhältnismäßigkeitsprüfung für die Beurteilung der Zulässigkeit eines DRM-Systems nach § 95a UrhG eingeführt. Zulässig seien nur solche Maßnahmen, die die berechtigten Interessen des Rechteinhabers gegen Piraterie schützen, nicht aber solche, die den freien Warenverkehr beeinträchtigen.¹⁷⁴ Hiernach hat das nationale Gericht jeweils in der Tatsacheninstanz zu prüfen, ob ein Umgehungswerkzeug hauptsächlich zur **Verhinderung von Piraterie** oder aber für **andere Zwecke** eingesetzt wird. Zusätzlich soll das nationale Gericht auch prüfen, ob andere, **mildere Schutzmaßnahmen** für die Zweckerreichung ausreichend sind.¹⁷⁵ Man könnte daher fragen, ob nicht auch ein Schutzmechanismus, der nicht der Pirateriebekämpfung, sondern der Umgehung des Erschöpfungsgrundsatzes dienen soll, dem Verhältnismäßigkeitsprinzip entspricht. Im Ergebnis ist dies jedoch abzulehnen. Zum einen sind die §§ 95a bis 95d UrhG, um die es in der *Nintendo*-Entscheidung letztendlich ging, auf Computerprogramme überhaupt nicht anwendbar. Zum anderen betraf die vom EuGH behandelte Problematik nur die Frage, wann eine solche Schutzvorrichtung ihrerseits gegen Umgehungen geschützt ist, nicht die generelle Zulässigkeit von DRM-Systemen.¹⁷⁶

e) **Die Rechtsfolgen der Erschöpfung.** Anders als das Vervielfältigungs- oder Bearbeitungsrecht des Rechteinhabers, wirkt sich die Beschränkung des Verbreitungsrechts nach § 69c Nr. 3 UrhG nur auf der ersten Stufe aus. Diese Wirkung bezieht sich hier jedoch nur auf das erste Inverkehrbringen des Vervielfältigungsstücks innerhalb des Europäischen Wirtschaftsraums. Dieses muss, da noch keine Erschöpfung hinsichtlich einzelner Vervielfältigungsstücke eingetreten ist, so geschehen, wie sich der Rechteinhaber dies vorbehalten hat.

Ist in der fraglichen Nutzungsrechtseinräumung durch den Rechteinhaber beispielsweise geregelt, dass die Vervielfältigungsstücke eines Computerprogramms nur in Verbindung mit einem PC (erstmal) in Verkehr gebracht werden dürfen, so ist dies eine rechtmäßige und dinglich wirkende Beschränkung des Nutzungsrechts. Ein dieser Rechtseinräumung entgegenstehendes Inverkehrbringen ohne PC wäre somit rechtswidrig, was auch zu Lasten etwaiger Folgeerwerber gelten würde. Nur und erst mit dem ersten (rechtmäßigen) Inverkehrbringen tritt die Erschöpfungswirkung ein. Sie wirkt sich demnach erst beim Erwerber aus. Auf der zweiten Stufe kann der frühere Rechteinhaber die Weiterverbreitung nicht mehr kontrollieren, auch wenn diese mit dem zuvor dinglich wirkenden Gebot nicht mehr in Einklang steht.¹⁷⁷

Eine beschränkte Einräumung des Verbreitungsrechts ist demnach möglich, wirkt sich aber nur bei demjenigen aus, der zum Vertrieb die Erlaubnis des Rechteinhabers braucht. Das ist in der Regel nur der Hersteller der Werkstücke, während Händler auf den Folgestufen die Erlaubnis nicht mehr benötigen, weil sie im UrhG nicht vorgesehen ist. Hat der Hersteller dem Ersterwerber einmal erlaubt, sich die Kopie vom Server des Herstellers herunterzuladen, kann dessen Abnehmer auf zweiter Stufe sich dieses Recht nach der *UsedSoft*-Entscheidung des BGH durchaus abtreten lassen. Konzerninterne Verschiebungen, bei denen

¹⁷² EuGH GRUR 2012, 904 Rn. 79 – *UsedSoft*.

¹⁷³ EuGH EuZW 2014, 304 – *Nintendo*.

¹⁷⁴ EuGH EuZW 2014, 304 Rn. 30 – *Nintendo*.

¹⁷⁵ EuGH EuZW 2014, 304 Rn. 31 – *Nintendo*.

¹⁷⁶ EuGH EuZW 2014, 304 Rn. 19 und 20 – *Nintendo*.

¹⁷⁷ Schrickler/Loewenheim/Loewenheim UrhG § 69c Rn. 30; BGH GRUR 2001, 153 – *OEM-Version*.

die Exemplare nicht auf den freien Markt kommen, sollen keine Verbreitung darstellen und keine Erschöpfung auslösen, soweit die Gesellschaften rechtlich unselbständig sind.¹⁷⁸

- 85 Die Erschöpfung ist kein allgemeiner Grundsatz und lässt sich jedenfalls nach bisheriger Rechtsprechung nicht auf die anderen Verwertungsrechte ausdehnen.¹⁷⁹ Die Erschöpfung auf den Geltungsbereich des Verbreitungsrechts dient dem Zweck, die Verkehrsfähigkeit eines rechtmäßig in Verkehr gebrachten (körperlichen oder – im Fall von Computerprogrammen – unkörperlichen) Werkstücks nicht zu gefährden, nicht aber dem Zweck, eine nicht vorhandene Verkehrsfähigkeit originär herzustellen.
- 86 Inhaltlich erlaubt die Erschöpfung die freie Weiterverbreitung des Vervielfältigungsstücks. Im Rahmen werblicher Ankündigungen dürfen diese Werkstücke auch in Prospekten etc. abgebildet werden.¹⁸⁰ Aufgrund des Territorialitätsprinzips ist die Erschöpfung auf den Geltungsbereich des deutschen Urheberrechts beschränkt, das über die EU-Harmonisierung aber zu gleichen Ergebnissen in allen Mitgliedsstaaten führt. Eine weltweite Erschöpfung ist jedoch nicht vorgesehen. Für eine in einem Drittland in Verkehr gebrachte Software erschöpft sich das Verbreitungsrecht in der EU nicht und *vice versa*.

4. Das Recht der öffentlichen Wiedergabe, § 69c Nr. 4 UrhG

- 87 Das Verwertungsrecht der öffentlichen Wiedergabe einschließlich der öffentlichen Zugänglichmachung in § 69c Nr. 4 UrhG wurde im Jahr 2003 in das Gesetz aufgenommen, wobei es sich hier lediglich um eine Klarstellung der bereits existierenden Gesetzeslage handelte. Für die öffentliche Wiedergabe kommt es auf die verwandte Technik nicht an, insbesondere ist es unerheblich, ob sie drahtgebunden oder drahtlos erfolgt. Im Bereich der Computerprogramme ist vor allem das **Recht der öffentlichen Zugänglichmachung**, welches inhaltlich zwar auf § 19a UrhG verweist, diesem als *lex specialis* allerdings vorgeht. Es handelt sich somit um das Recht, ein Computerprogramm der Öffentlichkeit in einer Weise zugänglich zu machen, dass es Personen von Orten und zu Zeiten ihrer Wahl zugänglich ist. Erfasst ist also insbesondere das Anbieten einer Software zum Download über das Internet, wobei es genügt, wenn die Software zum Abruf angeboten wird. Ob tatsächlich ein Download durch Dritte erfolgt oder nicht oder ob die heruntergeladene Software dann tatsächlich lauffähig ist, ist für das Verwertungsrecht unerheblich. Ebenso hängt die öffentliche Zugänglichmachung nicht davon ab, dass bei Nutzer Vervielfältigungsstücke angefertigt werden, entscheidend ist nur die durch die Einbeziehung der Öffentlichkeit gesteigerte Nutzung der Software.¹⁸¹
- 88 Wann **Öffentlichkeit** vorliegt, bestimmt sich wie bei § 19a UrhG und beim Senderecht nach § 20 UrhG (dazu s. oben) nach § 15 Abs. 3 UrhG. Erforderlich ist, dass sich das Angebot zum Abruf der Software an eine unbestimmte Anzahl potenzieller Adressaten richtet. Dies ist gegeben, wenn die Wiedergabe für Personen allgemein erfolgt und nicht auf eine bestimmte Gruppe beschränkt ist (zB die Angehörigen einer privaten Gruppe).¹⁸² Dabei können unterschiedliche „Öffentlichkeiten“ betroffen sein. So liegt eine eigenständige Verwertung durch öffentliche Zugänglichmachung auch dann vor, wenn ein Programm auf einem Server zum Herunterladen bereitgehalten wird, das zuvor dem Anbieter vom Inhaber des Urheberrechts auf einem anderen Server frei zur Verfügung gestellt wurde. Entscheidend ist, dass die Software durch das zweite Anbieten einem neuen Publikum zur Verfügung gestellt und damit der Kontrolle des ursprünglichen Rechtsinhabers entzogen wird.¹⁸³ Aus dem gleichen Grund ist auch das Bereitstellen eines **Hyperlinks**, der auf ein frei zum Download zugängliches Computerprogramm keine eigenständige öffentliche Zugänglichmachung. Der

¹⁷⁸ Schrickler/Loewenheim/Loewenheim UrhG § 17 Rn. 46.

¹⁷⁹ BGH GRUR 2000, 699 – Kabelweitersendung.

¹⁸⁰ BGH ZUM 2000, 1085 – Parfumflakon.

¹⁸¹ Schrickler/Loewenheim/Spindler UrhG § 69c Rn. 41b; Marly Rn. 240; Wandtke/Bullinger/Grützmacher UrhG § 69c Rn. 85, 99.

¹⁸² BGH GRUR 2020, 1297 – Rundfunkübertragungen in Ferienwohnungen; Dreier/Schulze/Dreier UrhG § 20 Rn. 9.

¹⁸³ BGH GRUR 2019, 950 – Testversion; Dreier/Schulze/Dreier UrhG § 69c Rn. 28.

Link enthält lediglich eine elektronische Verknüpfung mit dem Speicherort des Programms, richtet sich aber nicht an eine Öffentlichkeit, die über die des ursprünglichen Angebots hinausgeht.¹⁸⁴

Besonders zu erwähnen sind in diesem Zusammenhang neue Vertriebsmodelle für Vertriebsmodelle wie **Application Service Providing (ASP)** oder von **Software as a Service (SaaS)**. In diesen – auch als Cloud Computing bezeichneten Vertriebsformen – wird Kunden per Fernzugang (Remote Access) die Nutzung von Softwareanwendungen ermöglicht, die auf den Systemen des Anbieters installiert sind. In vielen Fällen werden dabei nicht einmal Teile von Software auf den PC des Nutzers überspielt. Allerdings ist es für das Vorliegen einer öffentlichen Zugänglichmachung nach § 69c Nr. 4 UrhG unerheblich, ob ein Computerprogramm oder Teile davon auf den Rechner des Abrufenden heruntergeladen werden, da dies dem Gesetzeswortlaut nicht entnommen werden kann.¹⁸⁵ Dementsprechend liegt eine öffentliche Zugänglichmachung auch dann vor, wenn *Software* Dritten im Rahmen ASP oder SaaS über einen Browser zur Verfügung gestellt wird, selbst wenn dabei nicht das eigentliche Programm, Teile davon oder Programmdateien an den Rechner des Empfängers übertragen werden.¹⁸⁶ Voraussetzung ist in allen Fällen jedoch, dass das Computerprogramm einer Mehrzahl von Mitgliedern der Öffentlichkeit bereitgestellt wird.¹⁸⁷

Praxistipp:

Bei der Frage, welche Nutzungsrechte im Rahmen von ASP oder SaaS eine Rolle spielen, ist zu differenzieren. Der Anbieter der Software benötigt auf jeden Fall ein Vervielfältigungsrecht, um das Programm auf seinem Server installieren zu können. Sind die Potenziellen Nutzern, denen er seinen Dienst anbietet, als Öffentlichkeit zu qualifizieren, benötigt der Anbieter zusätzlich das Recht der öffentlichen Zugänglichmachung nach § 69c Nr. 4 UrhG. In Zweifelsfällen empfiehlt es sich daher, sich das Zugänglichmachungsrecht gewähren zu lassen. Auf Seiten des ASP- oder SaaS-Nutzers werden keine eigenen Nutzungsrechte benötigt, wenn der Zugriff ausschließlich remote, dh ohne Installation von Software auf dem Rechner des Nutzers. Sollen dort aber Programme wie zB eine Zugriffssoftware gespeichert werden, ist auch hier ein Vervielfältigungsrecht vonnöten.

Zu überlegen ist, wie sich das Recht nach § 69c Nr. 4 UrhG von der **Verbreitung mittels Downloads abgrenzt**, wie sie in der UsedSoft-Entscheidung des EuGH und im vorhergehenden Kapitel hinsichtlich der Erschöpfung beschrieben wird. Nur dort, wo eine Verbreitung vorliegt, kommt Erschöpfung überhaupt in Frage. In beiden Fällen wird unter Umständen Software zum Herunterladen bereitgestellt. Der maßgebliche Unterschied ist, dass bei der Verbreitung durch Download der Veräußernde keine Kopie zurückbehalten darf beziehungsweise bei Arbeitsplatzlizenzen auf den Teil seiner Nutzungsrechte verzichten muss, die Gegenstand der Veräußerung waren. Ist dies der Fall und liegen auch die sonstigen Voraussetzungen nach der UsedSoft-Entscheidung vor, geht das Verbreitungsrecht (und die Erschöpfung) als *lex specialis* vor.¹⁸⁸ Ansonsten handelt es sich bei Vorliegen der Voraussetzungen des § 69c Nr. 4 UrhG (insbesondere des Merkmals der Öffentlichkeit) um öffentliche Zugänglichmachung.

5. Die Schranken des § 69d UrhG

Die in § 69c UrhG normierten ausschließlichen Befugnisse existieren nicht grenzenlos, sondern werden unter anderem durch § 69d UrhG eingeschränkt, der sowohl Ausnahmen als auch **Schranken** enthält. Dogmatisch handelt es sich eher um eine Mischform zwi-

¹⁸⁴ BGH GRUR 2019, 950 Rn. 38 – Testversion; BGH GRUR 2003, 958 – Paperboy; Dreier/Schulze/Dreier UrhG § 69c Rn. 28.

¹⁸⁵ Schrickler/Loewenheim/Spindler UrhG § 69c Rn. 41b.

¹⁸⁶ OLG München GRUR-RR 2009, 91 – ASP; Dreier/Schulze/Dreier UrhG § 69c Rn. 28; Schrickler/Loewenheim/Spindler UrhG § 69c Rn. 41b.

¹⁸⁷ Schrickler/Loewenheim/Spindler UrhG § 69c Rn. 41b; Dietrich ZUM 2010, 567, 568.

¹⁸⁸ EuGH GRUR 2012, 904 Rn. 51 – UsedSoft.

schen gesetzlicher Lizenz und vertraglicher Auslegungsvorschrift, die einen abredetesten, zwingenden Kern hat.

- 92 Abs. 1 betrifft Handlungen zur **bestimmungsgemäßen Nutzung**, während Abs. 2 die Voraussetzungen des Rechts zur Anfertigung einer **Sicherungskopie** regelt. Abs. 3 betrifft die Handlungen, die im Rahmen des Laufenlassens eines Computerprogramms auftreten und insoweit als Nebenerscheinungen erlaubnisfrei sind. Abs. 1 steht unter dem Vorbehalt abweichender vertraglicher Bestimmungen, während Abs. 2 und 3, sofern ihre Voraussetzungen, die eher technischer Natur sind, erfüllt sind, **zwingendes Recht** darstellen.
- 93 Wird der bestimmungsgemäße Gebrauch eines Computerprogramms durch eine vertragliche Abrede über Gebühr beschränkt, soll der abredetesten Kern von § 69d Abs. 1 UrhG greifen und in AGB als Leitbild für eine Inhaltskontrolle dienen. Als abredetesten Kern wird auf jeden Fall das Laden und Laufenlassen sowie das Speichern des Programms im Arbeitsspeicher und auf der Festplatte angesehen.¹⁸⁹ Verstoßen vertragliche Vereinbarungen gegen diese Mindestvoraussetzungen, sind sie nach § 138 BGB nichtig.
- 94 a) **Inhalt und Voraussetzungen des § 69d Abs. 1 UrhG.** Nach § 69d Abs. 1 UrhG darf der berechnigte Inhaber eines Vervielfältigungsstücks ohne Zustimmung des Rechteinhabers diejenigen Handlungen nach § 69c Nr. 1 und Nr. 2 UrhG vornehmen, die für die bestimmungsgemäßen Benutzung des Computerprogramms notwendig sind. Erfasst sind also Vervielfältigungen und Umarbeitungen. In den Genuss der Bestimmung kommen nur **berechnigte Benutzer**. Dies sind nicht nur Käufer, sondern alle, die einen wirksamen Lizenzvertrag geschlossen haben. In Unternehmen sind deren Mitarbeiter berechnigt. Im Einzelnen hängt dies von den vertraglichen Vereinbarungen ab, die ihre Grenzen jedoch im zwingenden Kern der Vorschrift haben. Der berechnigte Nutzer kann einen Dritten mit der Rechtausübung beauftragen, die Befugnis ist aber nicht übertragbar.¹⁹⁰ Berechnigt im Sinne von Abs. 1 kann auch derjenige sein, der sich auf eine Erschöpfung des Verbreitungsrechts beruft. Tritt etwa – wie oben beschrieben – eine Erschöpfung des Verbreitungsrechts an einem Computerprogramm durch digitale Verbreitung (Download) ein, so ist durch die Erschöpfung selbst erst einmal nur die Weitergabe des Computerprogramms an den Erwerber erfasst. Will dieser das Programm dann bei sich auf den PC speichern, folgt dies aus § 69d UrhG, soweit die Speicherung für den bestimmungsgemäßen Gebrauch erforderlich ist.¹⁹¹
- 95 Was **bestimmungsgemäße Nutzung** ist, richtet sich zuerst nach der vertraglichen Vereinbarung. Zu berücksichtigen sind dabei ausdrücklich genannte Umstände wie zB Erweiterungen der Nutzungsbefugnis (zB eine Mehrplatzlizenz), oder aber Einschränkungen (zB Nutzungsbefugnis nur für einen bestimmten Computer, sog. CPU-Klauseln).¹⁹² Sieht die Vereinbarung vor, dass der Nutzer ein Computerprogramm nur im Einzelplatzbetrieb einsetzen darf, so umfasst der bestimmungsgemäße Gebrauch die hierfür erforderlichen Handlungen wie etwa Laden, Anzeigen, Laufenlassen, Anzeigen, Übertragen und Speichern, soweit diese Vervielfältigungen im Sinne des § 69c Nr. 1 UrhG beinhalten.¹⁹³ Soweit diese Nutzungen nicht bereits durch die Lizenzräumung durch den Lizenzgeber abgedeckt sind, greift die Berechnigung aufgrund § 69d Abs. 1 UrhG ein.¹⁹⁴ Zum bestimmungsgemäßen Gebrauch zählen dann alle Handlungen, welche für die vereinbarte Nutzung erforderlich sind. Nicht so eindeutig ist die Lage, wenn konkrete **Vereinbarungen zur Nutzung fehlen** oder wenn es sogar nur eine **konkludente Vereinbarung** gibt. Sofern eine Auslegung zu keinen spezifischen Ergebnissen führt, ist die bestimmungsgemäße Nutzung die gewöhnliche Nutzung, die sich aus dem dem konkreten Computerprogramm inhärenten wirtschaftlichen

¹⁸⁹ Dreier/Schulze/Dreier UrhG § 69d Rn. 12.

¹⁹⁰ Schrickler/Loewenheim/Loewenheim UrhG § 69d Rn. 5.

¹⁹¹ EuGH GRUR 2012, 904 – UsedSoft; BGH GRUR 2014, 264 – UsedSoft II sowie BGH GRUR 2015, 772 – UsedSoft III; Dreier/Schulze/Dreier UrhG § 69d Rn. 6; Wandtke/Bullinger/Grützmaker Rn. 28, 30 ff., 32; Fromm/Nordemann/Czychowski Rn. 10.

¹⁹² BGH GRUR 2003, 416 – CPU-Klausel.

¹⁹³ Dreier/Schulze/Dreier UrhG § 69d Rn. 8; Schrickler/Loewenheim/Spindler UrhG § 69d Rn. 9; Wandtke/Bullinger/Grützmaker UrhG § 69d Rn. 9; Fromm/Nordemann/Czychowski UrhG § 69d Rn. 13.

¹⁹⁴ Dreier/Schulze/Dreier UrhG § 69d Rn. 7 und 8.

und technischen Nutzungszweck ergibt.¹⁹⁵ Eine besondere Konstellation ergibt sich, wenn der berechtigte Benutzer der Zweiterwerber der Kopie eines Computerprogramms seine Rechte ausschließlich aus **Erschöpfung nach § 69c Nr. 3 S. 2 UrhG** herleitet, kommt es für den bestimmungsgemäßen Gebrauch ebenfalls auf die gewöhnliche Nutzung an, wobei zusätzliche aber auch dinglich wirkende Nutzungsrechtseinräumungen, die den Ersterwerber binden, zu berücksichtigen sind. Ein Beispiel wäre die dingliche Beschränkung des Vervielfältigungsrechts auf Einzelplatzlizenzen. Nicht dinglich wirkende Abreden zwischen dem Programmhersteller oder Inverkehrbringer und dem Ersterwerber binden den Zweiterwerber hingegen nicht.¹⁹⁶

Ausdrücklich als Unterfall des bestimmungsgemäßen Gebrauch erfasst ist in § 69d Abs. 1 **UrhG die Fehlerbehebung**. Fehler sind dabei alle Elemente, die die bestimmungsgemäße Nutzung eines Computerprogramms im Sinne einer Funktionsstörung beeinträchtigen (zB Bugs), wobei es sich nicht um programminhärente Faktoren handeln muss. Mögliche Fehler sind auch von außen kommende Elemente wie Viren oder trojanische Pferde.¹⁹⁷ Der Berechtigte darf daher Programme zur Fehlerbeseitigung einsetzen oder auch ein Modul hinzufügen, soweit dies der Fehlerbehebung dient.¹⁹⁸ Von der herrschenden Meinung wurde es bisher abgelehnt, nach § 69d UrhG auch eine **Dekompilierung** eines Computerprogramms zuzulassen. Die Dekompilierung sei ausschließlich in § 69e UrhG zur Herstellung der Interoperabilität mit anderen Programmen erlaubt. Aus dieser Systematik sowie der Gesetzgebungsgeschichte ergäbe sich, dass § 69d Abs. 1 UrhG eine Dekompilierung nicht erlaube.¹⁹⁹ Diese Ansicht wurde aber mittlerweile durch den EuGH zumindest teilweise revidiert. Danach können Handlungen des Dekompilierens gerechtfertigt sein, soweit sie zur Fehlerbehebung dienen, ohne dass die zusätzlichen Voraussetzungen des Art. 6 der Richtlinie 2009/24/EU bzw. des § 69e UrhG vorliegen müssen.²⁰⁰

Etwas schwieriger ist die Lage, wenn ein Programm wegen eines **Fehlers in einem Kopierschutzmechanismus oder bei einem Dongle** nicht mehr richtig läuft. Einerseits liegt in einem solchen Fall unzweifelhaft ein von außen kommendes Element vor, das den bestimmungsgemäßen Gebrauch der Software beeinträchtigt. Andererseits genießen derartige Vorrichtungen als „technische Programmschutzmechanismen“ nach § 69f UrhG besonderen Schutz, so dass ihre Beseitigung grundsätzlich nicht zur Fehlerbeseitigung im Sinne des § 69d UrhG zählt. Vor diesem Hintergrund und wegen der großen Missbrauchsgefahr, die ein Recht zur Entfernung von Kopierschutzmechanismen mit sich brächte, wird von Teilen der Rechtsprechung ein entsprechendes Selbsthilferecht des Programmnutzer nur dann bejaht, wenn die Entfernung absolut notwendig ist und eine Fehlerbeseitigung durch den Programmhersteller nicht in zumutbarer Weise vorgenommen wird.²⁰¹

b) Vertragliche Beschränkungen des § 69d Abs. 1 UrhG. Die Rechte des Programmnutzers aus § 69d Abs. 1 UrhG können grundsätzlich vertraglich eingeschränkt werden, allerdings ist dabei der sogenannte **„abrededefeste Kern“** des § 69d UrhG zu beachten. Dieser ergibt sich aus dem 17. Erwägungsgrund der Richtlinie 2009/24/EG). Zu diesem abrededefesten Kern gehören auf jeden Fall das Laden und Lauflassen, das Speichern im Arbeitsspeicher, sonstige mit der bestimmungsgemäßen Nutzung verbundene Speichervorgänge sowie die Fehlerberichtigung.²⁰² Auch im Rahmen der Erschöpfung – sei es per Datenträger oder per

¹⁹⁵ OLG Düsseldorf CR 1997, 337, 338; OLG Karlsruhe CR 1996, 341, 342 Dreier/Schulze/Dreier UrhG § 69d Rn. 7.

¹⁹⁶ Wandtke/Bullinger/Grützmaker UrhG § 69d Rn. 65 m. w. N.

¹⁹⁷ Schricke/Loewenheim/Loewenheim UrhG § 69d Rn. 10; Dreier/Schulze/Dreier UrhG § 69d Rn. 9; Wandtke/Bullinger/Grützmaker UrhG § 69d Rn. 21; Spindler/Schuster/Wiebe UrhG § 69d Rn. 15.

¹⁹⁸ Dreier/Schulze/Dreier UrhG § 69d Rn. 9; BGH GRUR 2000, 866, 868 – Programmfehlerbeseitigung.

¹⁹⁹ Schricke/Loewenheim/Loewenheim UrhG § 69d Rn. 3; BGH GRUR 2017, 266 Rn. 57 und 62 – World of Warcraft I.

²⁰⁰ EuGH 6.10.2021 – C-13/20 – Top System.

²⁰¹ OLG Düsseldorf CR 1997, 337, 338 f.; OLG Karlsruhe CR 1996, 341, 342; LG Düsseldorf CR 1996, 737, 739; aA noch LG Mannheim CR 1995, 542; Dreier/Schulze/Dreier UrhG § 69d Rn. 9; zum Ganzen Raubenheimer CR 1996, 69 ff.; Wandtke/Bullinger/Grützmaker UrhG § 69d Rn. 22 ff.

²⁰² Dreier/Schulze/Dreier UrhG § 69d Rn. 12.

Download – kann das Recht des Zweiterwerbers zur bestimmungsgemäßen Nutzung nicht über Gebühr beschränkt werden, beispielsweise auf einen bestimmten Nutzerkreis oder Verwendungszweck, weil dadurch die Verkehrsfähigkeit des Computerprogramms eingeschränkt wäre.²⁰³ Zulässige (in der Regel auch dinglich wirkende) Einschränkungen sind hingegen die Beschränkung der Nutzungsintensität wie die Beschränkung auf Einzelplatz- oder Mehrplatzlizenzen (concurrent users).²⁰⁴

- 99 c) **Inhalt und Voraussetzungen des § 69d Abs. 2 UrhG.** § 69d Abs. 2 UrhG gewährt dem zur Nutzung des Computerprogramms Berechtigten das Recht, eine Sicherungskopie anzufertigen. Dieses Recht ist gemäß §§ 69d Abs. 2 S. 1 und 69g Abs. 2 UrhG vertraglich nicht abdingbar. Wie auch § 69d Abs. 1 UrhG soll Abs. 2 dem Berechtigten den ungehinderten Gebrauch seines Computerprogramms ermöglichen, indem dem Verlust oder der Beschädigung des Originalträgers vorgebeugt wird. Dabei ist aber – so zumindest nach der maßgeblichen Kommentarliteratur – der Begriff des **zur Nutzung des Programms Berechtigten** enger auszulegen als in Abs. 1. Voraussetzung sei hier, dass ein ausdrückliches vertragliches Recht zur Programmnutzung vorliege. Begründet wird dies damit, dass ansonsten jedermann, der auch nur für kurze Zeit eine Software verwenden darf, zur Anfertigung einer Sicherungskopie berechtigt wäre, was zu einer unkontrollierbaren Anzahl von Sicherungskopien führen würde.²⁰⁵ Die Sicherungskopie muss erforderlich sein, wobei dies allerdings weit auszulegen ist. Selbst wenn der Hersteller eines Computerprogramms sich verpflichtet, im Bedarfsfall eine Programmkopie zu überspielen, ist das Erstellen einer Sicherungskopie aufgrund des zu erwartenden Zeitverzugs in der Regel gerechtfertigt.²⁰⁶ Anders ist es, wenn der Hersteller eine Sicherungskopie von vornherein mitliefert. In diesem Fall gibt es kein Bedürfnis für den Nutzer, selbst noch eine weitere Sicherungskopie anzufertigen.²⁰⁷ Bei sog. „**embedded software**“ scheidet die Erforderlichkeit einer Sicherungskopie gleichfalls aus, da ein Programmverlust hier weitgehend ausgeschlossen ist.²⁰⁸
- 100 In der Vergangenheit wurde diskutiert, was gilt, wenn der Hersteller des Computerprogramms die Anfertigung von Sicherungskopien durch **technische Schutzmaßnahmen** (zB Dongles oder sonstige Kopierschutzvorrichtungen) ausschließt. Rechtlich ist ein solches Vorgehen zulässig, da die §§ 69d Abs. 1 S. 1 und 69g Abs. 2 UrhG ausdrücklich nur vertragliche Beschränkungen ausschließen.²⁰⁹ Weiterhin lässt sich aus § 69d Abs. 2 UrhG auch kein Anspruch des berechtigten Programmnutzers auf Entfernung des Kopierschutzes oder ein Selbsthilferecht herleiten. Aus der Begründung des Gesetzes zur Umsetzung der DSM-Richtlinie ergibt sich, dass die technischen Programmschutzmechanismen in § 69f Abs. 3 UrhG abschließend geregelt sein sollen.²¹⁰ Für § 69d Abs. 2 UrhG bleibt somit kein Raum.
- 101 d) **§ 69d Abs. 3 UrhG (Befugnis zur Programmebeobachtung) und weitere Absätze des § 69d UrhG.** Im Zuge der Umsetzung von Art. 5 Abs. 3 der Software-Richtlinie 2009/24/EU erweitert **§ 69d Abs. 3 UrhG** die Befugnisse des berechtigten Nutzers eines Computerprogramms dahingehend, dass dieser das Programm beobachten, untersuchen und testen darf, um die zugrundeliegenden Ideen und Grundsätze zu ermitteln. Hinter dieser etwas kryptischen Formulierung verbirgt sich, dass der Berechtigte in der Lage sein soll, durch Analyse der Software an die Informationen zu gelangen, die er zu Zwecken der Kompatibilität sowie weiterer Programmiertätigkeiten benötigt. Bei „Ideen und Grundsätzen“ handelt es sich nicht um Programmcode, sondern nur um zugrundeliegende Konzepte und Funktionsweisen, die selbst keinen urheberrechtlichen Schutz genießen.²¹¹ Gemäß § 69g Abs. 2 UrhG ist dieses sogenannte **Recht zur „Programmebeobachtung“** vertraglich nicht abdingbar. Die De-

²⁰³ BGH GRUR 2015, 772 Rn. 62 – UsedSoft III; Dreier/Schulze/Dreier UrhG § 69d Rn. 12.

²⁰⁴ Dreier/Schulze/Dreier UrhG § 69d Rn. 12; Schricker/Loewenheim/Spindler UrhG § 69d Rn. 14 f.

²⁰⁵ Dreier/Schulze/Dreier UrhG § 69d Rn. 14; Schricker/Loewenheim/Spindler UrhG § 69d Rn. 18; Fromm/Nordemann/Czychowski UrhG § 69d Rn. 23; Wandtke/Bullinger/Grützmaker UrhG § 69d Rn. 72.

²⁰⁶ Dreier/Schulze/Dreier UrhG § 69d Rn. 15.

²⁰⁷ Schricker/Loewenheim/Spindler UrhG § 69d Rn. 18.

²⁰⁸ Dreier/Schulze/Dreier UrhG § 69d Rn. 15.

²⁰⁹ Dreier/Schulze/Dreier UrhG § 69d Rn. 19.

²¹⁰ BT-Drs. 19/27426, 106, 107 f.

²¹¹ Dreier/Schulze/Dreier UrhG § 69d Rn. 20.

definition des Berechtigten entspricht der in § 69d Abs. 1 UrhG. Liegen die Voraussetzungen des Abs. 3 vor, erlaubt dieser sogar Handlungen, die den Regelungen des anwendbaren Lizenzvertrags eigentlich zuwiderlaufen.²¹² Zu beachten ist, dass die Handlungen nach § 69d Abs. 3 UrhG nur im Rahmen des Ladens, Anzeigens, Ablaufens, Übertragens oder Speicherns des Programms, zu denen der Nutzer ohnehin berechtigt ist, erfolgen darf. Nicht gestattet sind zusätzliche Vervielfältigungen außerhalb dieses Rahmens. Ebenso wenig erlaubt § 69d Abs. 3 UrhG die Verwendung der durch die Programmebeobachtung gewonnenen Testergebnisse zur Anfertigung identischer oder nahezu identischer Konkurrenzprodukte.²¹³

§ 69d Abs. 4 UrhG wurde in Umsetzung von Art. 4 Abs. 1 der DSM-Richtlinie 2019/790/EU in das Gesetz eingeführt und erweitert die Befugnisse des berechtigten Programmnutzers auf Text und Data Mining im Sinne von § 44b UrhG. § 69d Abs. 5 UrhG enthält die Umsetzung von Art. 5 Abs. 1 der DSM-Richtlinie. Die Vorschrift erlaubt die digitale Nutzung von Software mittels Vervielfältigung, Übersetzung, Bearbeitung und Verbreitung für Unterricht und Lehre. § 69d Abs. 6 UrhG stellt klar, dass ein Text und Data Mining für die wissenschaftliche Forschung gemäß § 60d UrhG auf Computerprogramme nicht anzuwenden ist. Zuletzt postuliert § 69d Abs. 7 UrhG die Anwendung der §§ 61d bis 61f UrhG auf Computerprogramme.

6. Dekompilierung (§ 69e UrhG)

In besonderes Schrankenrecht findet sich in § 69e UrhG, der dem Berechtigten Nutzer eines Computerprogramms das Recht zur Dekompilierung des Programms gewährt, soweit dies zur Herstellung der Interoperabilität mit anderen Programmen oder anderer Hardware unabdingbar ist. Das Ziel dieser Regelung ist die Förderung der Standardisierung im Softwarebereich. Unter anderem soll verhindert werden, dass durch proprietäre Schnittstellen und fehlende Informationen das funktionale Zusammenwirken von Computerprogrammen behindert wird und folglich Wettbewerbsbeschränkungen entstehen. Die Vorschrift des § 69e UrhG ist gemäß § 69g Abs. 2 UrhG nicht vertraglich abdingbar.

Unter **Dekompilieren** versteht man das Rückübersetzen des nur maschinenlesbaren Objektcodes eines Programms in einen Quellcode. Hierfür ist normalerweise erforderlich, dass der Objektcode vervielfältigt und dann zum Zwecke der Rückübersetzung bearbeitet wird. Gegebenenfalls sind auch noch weitere Bearbeitungshandlungen erforderlich, die gleichfalls von § 69e UrhG gedeckt sind.²¹⁴ **Interoperabilität** bedeutet, dass ein Computerprogramm mit einem anderen Computerprogramm funktional zusammenwirken kann, was normalerweise über Schnittstellen erfolgt. Der Begriff bezeichnet also die „Fähigkeit zum Austausch von Informationen und die wechselseitige Verwendung der ausgetauschten Informationen“.²¹⁵

Das Dekompilieren muss gemäß § 69e Abs. 1 UrhG zur Herstellung der Interoperabilität **unerlässlich** sein. Daraus folgt insbesondere, dass nur die Teile einer Software dekompiert werden dürfen, die für die Herstellung der Interoperabilität notwendig sind. Dies bezieht sich somit in erster Linie auf die Schnittstellen, die für die Verbindung mit anderen Programmen zuständig sind. § 69e UrhG darf hingegen nicht als Vorwand dienen, um sich – aus welchen Beweggründen auch immer – das geistige Eigentum an fremdem Programmierschaffen anzueignen.²¹⁶ Jedoch ist die Dekompilierung deswegen nicht auf die Schnittstellen beschränkt. Erfasst sein können auch andere Programmeile, soweit aus deren Rückübersetzung Informationen in Bezug auf undefinierte Schnittstellen gewonnen werden kann, die zur Herstellung von Interoperabilität verwendet wird.²¹⁷ Zwangsläufig besteht Unsicherheit, wieviel Objektcode im Einzelfall dekompiert werden darf. Eine allgemeine Regel lässt sich

²¹² BGH GRUR 2017, 266 Rn. 60 f.

²¹³ Schrickler/Loewenheim/Spindler UrhG § 69d Rn. 23.

²¹⁴ OLG Düsseldorf CR 2001, 371, 372; Dreier/Schulze/Dreier UrhG § 69e Rn. 9; Schrickler/Loewenheim/Spindler UrhG § 69e Rn. 17.

²¹⁵ Erwgr. 12 der Richtlinie 2009/24/EU.

²¹⁶ Dreier/Schulze/Dreier UrhG § 69e Rn. 16.

²¹⁷ Dreier/Schulze/Dreier UrhG § 69e Rn. 16.

hierfür nicht finden, vielmehr ist im Einzelfall eine genaue Abwägung vorzunehmen. Unerlässlichkeit bedeutet ferner, dass die für die Herstellung der erforderlichen Informationen nicht ohne weiteres zugänglich sein dürfen. Hat zum Beispiel der Rechtsinhaber die Schnittstelleninformationen bereits veröffentlicht oder zugänglich gemacht, bleibt für eine Dekompilierung nicht mehr viel Raum.²¹⁸

- 106 Fraglich ist, ob die **Dekompilierung auch anderen Zwecken** als der Herstellung der Interoperabilität zulässig sein kann. Bereits oben wurde im Rahmen von § 69d UrhG dargelegt, dass die Dekompilierung zur Fehlerbeseitigung zulässig sein kann.²¹⁹ Daneben wird auch die Dekompilierung zu Beweis Zwecken im gerichtlichen Verfahren diskutiert. In der Literatur wird hierzu eine analoge Anwendung von § 45 UrhG vertreten, die die Dekompilierung zu Beweis Zwecken als Bearbeitung des Computerprogramms sieht.²²⁰ Zudem kann eine Weigerung des Beklagten, den Quellcode zu Beweis Zwecken zur Verfügung zu stellen, nach den Grundsätzen der Vereitelung der Beweisführung zu seinen Lasten gewertet werden.
- 107 Entscheidend ist, dass das durch die Dekompilierung geschaffene Programm ein **unabhängig geschaffenes Computerprogramm** ist (§ 69e Abs. 1 UrhG). Das heißt, dass es sich nicht um eine bloße Kopie oder Nachschöpfung handeln darf. Es bietet sich somit zur Durchführung des Prozesses die sogenannte „clean room procedure“, bei der einem unabhängigen Entwicklerteam lediglich die Ergebnisse der Analyse mitgeteilt werden.²²¹
- 108 Zu beachten sind zudem die zusätzlichen Beschränkungen des § 69e Abs. 2 UrhG hinsichtlich der Verwendung der gefundenen Ergebnisse sowie das Erfordernis der Interessenabwägung nach § 69e Abs. 3 UrhG, welcher allerdings angesichts der bereits nach Abs. 1 zu prüfenden Voraussetzungen kaum eigenständige Bedeutung zukommt.

7. § 69g UrhG: Anwendung sonstiger Rechtsvorschriften und Einschränkung vertraglicher Abreden

- 109 Die Vorschrift beruht auf Art. 9 Abs. 1 S. 1 der Software-Richtlinie 2009/24/EU. Sie bestimmt in Abs. 1, dass sonstige Vorschriften von den urheberrechtlichen Sonderregelungen nicht berührt werden und damit auf Computerprogramme **parallel anwendbar** sind. Zu beachten ist das Zusammenspiel mit § In erster Linie sind dies schutzrechtliche Vorschriften wie das Patent-, Marken- und Halbleiterschutzgesetz, aber auch der ergänzende Leistungsschutz nach dem UWG sowie das Kartellrecht. Unberührt bleiben auch schuldrechtliche Vereinbarungen, die sich allerdings an die Grenzen der urheberrechtlichen Mindestvorschriften halten müssen.
- 110 Urheberrechtliche Ansprüche bei Software werden daher zunächst nach den §§ 69a ff. UrhG geprüft. Nachrangig gelten aufgrund der Verweisung in § 69a Abs. 4 UrhG die allgemeinen, für Sprachwerke geltenden Bestimmungen. Über § 69g Abs. 1 UrhG bleiben Ansprüche aus sonstigen Gesetzen sowie aus schuldrechtlichen Vereinbarungen unberührt. Lediglich § 69g Abs. 2 UrhG limitiert die Vertragsfreiheit in Bezug auf die Rechte zur Sicherungskopie und Programmebeobachtung sowie die Dekompilierung und auch hinsichtlich des abdefestesten Kerns. Solche Regelungen wären nach § 138 BGB nichtig. § 69g UrhG ist insoweit auch gesetzliches Leitbild für eine AGB-Kontrolle.

8. Rückruf von Rechten nach § 41 UrhG

- 111 Das Gesetz kennt zwei Arten des Rückrufrechts des Urhebers. Das Rückrufrecht nach § 42 UrhG setzt eine **gewandelte Überzeugung** voraus und dürfte auf die eher wirtschaftlich geprägten Interessen bei Software nur selten, etwa bei künstlerisch wertvollen Multimediawerken, anwendbar sein.
- 112 Praktische Bedeutung hatte daher in der Vergangenheit nur der **Rückruf nach § 41 UrhG wegen Nichtausübung**. Allerdings ist nunmehr zu berücksichtigen, dass

²¹⁸ Dreier/Schulze/Dreier UrhG § 69e Rn. 15.

²¹⁹ EuGH 6.10.2021 – C-13/20 – Top System.

²²⁰ Wandtke/Bullinger/Grützmaker UrhG § 69e Rn. 30; Dreier/Schulze/Dreier UrhG § 69e Rn. 12.

²²¹ Dreier/Schulze/Dreier UrhG § 69e Rn. 13.

§ 41 UrhG gemäß § 69a Abs. 5 UrhG – geschaffen in Umsetzung von Art. 23 Abs. 2 der Richtlinie 2019/790 /EU – auf Nutzungsrechte an Computerprogrammen, die ab dem 7.6.2021 eingeräumt worden sind, nicht mehr angewendet werden darf (s. hierzu auch die Übergangsvorschrift des § 137d Abs. 3 UrhG). Bedeutung hat § 41 UrhG somit **nur noch für Altlizenzen und Altprogramme**. Das Recht zum Widerruf steht hier nur dem Urheber, nicht aber einem verwertenden Rechtsinhaber zu. Voraussetzung ist ferner, dass es sich um ein ausschließliches Nutzungsrecht handelt (§ 41 Abs. 1 UrhG). Eine juristische Person, die Software vermarktet, könnte daher keine Rechte zurückrufen, auch wenn sie Arbeitgeber der Programmierer der Software ist. Allerdings dürfte auch der Arbeitnehmer als Urheber wegen der Wertungen des § 69b UrhG keinen Rückruf aufgrund vermögenswerter Interessen mehr ausüben. Es bliebe daher 58 nur Raum für ideale Interessen, falls diese im Einzelfall tatsächlich besonders ausgeprägt sind, denkbar zum Beispiel bei Einsatz des Programms zu betrügerischen Zwecken, die der Programmierer bei Auftragsausführung nicht kannte.

Die Voraussetzungen des Rückrufrechts ergeben sich recht eindeutig aus dem Wortlaut der Vorschrift. Voraussetzung ist, dass der Verwerter der Software das Verwertungsrecht unzureichend ausübt und dadurch die berechtigten Interessen des Urhebers verletzt hat, ohne dass dies überwiegend am Urheber liegt und durch diesen behebbar ist (Abs. 1). Derjenige, der sich auf das Rückrufrecht beruft, trägt hierfür die Beweislast. Zu beachten ist, dass vor der Ausübung des Rückrufrechts eine Wartefrist von zwei Jahren ab Einräumung einzuhalten ist (Abs. 2). Zudem muss der Urheber dem Verwerter, soweit zumutbar, vor Ausübung eine angemessene Nachfrist zur Nachholung der Nutzung setzen (Abs. 3). Gemäß Abs. 6 hat der Urheber hat den Betroffenen für den Rechtsverlust nach den Grundsätzen der Billigkeit zu entschädigen, zudem bleiben weitergehende Ansprüche aus anderen gesetzlichen Vorschriften unberührt (Abs. 7).

Der Rückruf eines ausschließlichen Nutzungsrechts nach § 41 UrhG durch den Urheber führt nach Auffassung des BGH²²² nicht zum Erlöschen eines einfachen Nutzungsrechts, das vom Nutzungsberechtigten in Unterlizenz einem Dritten eingeräumt wurde. Die Unterlizenz genießt also Bestandsschutz, vorausgesetzt natürlich, dass es sich um ein dinglich eingeräumtes Nutzungsrecht handelt.

VI. Die Einräumung von Nutzungsrechten: Softwarelizenzen und Vertragsrecht

1. Einräumung von Nutzungsrechten allgemein, § 31 UrhG

Wie bereits dargestellt, ist eine Übertragung des Urheberrechts aufgrund des in ihm enthaltenen persönlichkeitsrechtlichen Anteils im deutschen Urheberrecht nicht möglich. Dies gilt auch für das Urheberrecht an Computerprogrammen, das grundsätzlich den an der Erschaffung der Software beteiligten Programmierern zusteht (§ 69c UrhG). Um Software gleichwohl verkehrsfähig zu machen, kann der Programmierer Dritten an seinem Programmierschaffen abgeleitete Rechte einräumen, mit denen er seine Verwertungsrechte ganz oder teilweise weitergibt, ohne selbst seines Urheberrechts verlustig zu gehen. In der Praxis werden diese Rechtseinräumungen häufig als Lizenzen bezeichnet. Im Gesetz findet sich dieser Begriff nicht, hier wird vielmehr von der Einräumung Nutzungsrechten oder aber von der schuldrechtlichen Gestattung gesprochen. Hierbei gelten im Bereich des Softwarerechts die allgemeinen Grundsätze der §§ 29 ff. UrhG.

Bei der Einräumung von Nutzungsrechten ist zunächst zu unterscheiden, ob es sich um ein Nutzungsrecht mit dinglicher Wirkung oder um eine lediglich schuldrechtliche Gestattung der Nutzung handelt. Sogenannte dingliche, gegenständliche oder auch quasi-dingliche Nutzungsrechte entfalten ihre rechtliche Wirkung nicht nur zwischen den Vertragspartnern, sondern auch gegenüber Dritten, z. B. gegenüber anderen Vertragspartnern des Urhebers oder auch gegenüber Rechtsverletzten. Insbesondere bleiben gemäß § 33 UrhG mit dinglicher Wirkung eingeräumte einfache oder ausschließliche Nutzungsrechte gegenüber

²²² BGH 19.7.2012 – I ZR 24/11 – Take Five; BGH 26.3.2009 – I ZR 153/06 – Reifen Progressiv; Taeger/Pohle/Czychowski/Siesmayer 20.4 Rn. 119, 151.

später eingeräumten Nutzungsrechten wirksam. Ebenso gilt bei ihnen der Sukzessionsschutz des § 33 UrhG.²²³ Schuldrechtliche Nutzungsrechte hingegen wirken nur zwischen den jeweiligen Vertragspartnern. Wenn zB der Urheber oder Lizenzgeber einem Dritten ein weiteres Nutzungsrecht einräumt, durch das das Nutzungsrecht des ersten Nutzungsberechtigten beeinträchtigt wird, kann dieser sich nur wegen Vertragsverletzung an seinen Lizenzgeber wenden, kann jedoch keine Rechte gegen den Dritten geltend machen. Besondere Bedeutung hat dies für die Frage der Aktivlegitimation bei der Geltendmachung von Abwehr- und Schadensersatzansprüchen gegen dritte Rechtsverletzer. Nur der Inhaber eines ausschließlichen Nutzungsrechts mit dinglicher Wirkung kann auf deliktischer Basis gegen den Dritten vorgehen. Wann eine dingliche oder eine schuldrechtliche Nutzungsrechtseinräumung vorliegt, ist durch Auslegung zu ermitteln.²²⁴ Die Aufspaltbarkeit des Urheberrechts in einzelne dingliche Nutzungsarten mit jeweils selbstständigen Nutzungsrechten ist an bestimmte Voraussetzungen gebunden. Es muss sich jeweils um eine nach der Verkehrsauffassung als solche hinreichend klar **abgrenzbare, wirtschaftlich-technisch als einheitlich und selbstständig erscheinende Nutzungsart** handeln.²²⁵ Daneben spricht eine nachträglich gestattete Nutzung (zB im Rahmen einer Aufbrauchfrist) in der Regel für eine schuldrechtliche Rechtseinräumung.²²⁶

- 117 Nutzungsrechte können als einfache oder als ausschließliche Nutzungsrechte eingeräumt werden. Im letzteren Fall gibt das Nutzungsrecht, soweit es mit dinglicher Wirkung eingeräumt wurde, dem Inhaber das Recht, dritte Personen sowie den Urheber selbst von gleich gelagerten Nutzungen der Software auszuschließen.²²⁷

2. Die Zweckübertragungslehre

- 118 In manchen Fällen werden in Lizenzverträgen über Computerprogramme die eingeräumten Nutzungsrechte nicht oder nur ungenau bezeichnet. Oft werden auch pauschale Formulierung (zB „für alle dem Vertragszweck entsprechende Nutzungsarten“) eingesetzt, bei denen erst eine Auslegung des Vertrags ergeben muss, in welchem Umfang die Nutzungsrechte eingeräumt sein sollen. In diesen Fällen tritt im Bereich des Urheberrechts zu den allgemeinen Auslegungsprinzipien die sogenannte **Zweckübertragungslehre** als Spezialvorschrift hinzu. Sie beinhaltet den Grundsatz, dass in Zweifelsfällen der Urheber keine weitergehenden Rechte überträgt, als es der Zweck der Vereinbarung erfordert. Das Urheberrecht hat somit die Tendenz, **soweit wie möglich beim Urheber zurück zu bleiben**.²²⁸ Die Zweckübertragungslehre ist unter anderem in § 31 Abs. 5 UrhG normiert, der zu den gemäß § 69a Abs. 4 UrhG anwendbaren Regelungen für Sprachwerke gehört, die auch für Computerprogramme gelten.²²⁹ Rein gesetzssystematisch gilt § 31 Abs. 5 UrhG nur für die Einräumung von Nutzungsrechten durch den Urheber selbst (oder ggf. seinen Rechtsnachfolger), da die Weitereinräumung oder Weiterübertragung durch einen Lizenznehmer in § 35 UrhG geregelt ist. Allerdings geht die herrschende Meinung davon aus, dass die Zweckübertragungslehre ein, das gesamte deutsche Urheberrecht beherrschender, Leitgedanke ist, der somit auch auf Rechtsgeschäfte zwischen **Verwertern auf nachfolgenden Stufen** anzuwenden ist.²³⁰ Relevant ist die Zweckübertragungslehre folglich insbesondere im Rahmen der Vertragsgestaltung und dort vor allem bei der Abfassung der Nutzungsrechtseinräumung.

²²³ Dreier/Schulze/Schulze UrhG § 31 Rn. 7.

²²⁴ Dreier/Schulze/Schulze UrhG § 31 Rn. 8.

²²⁵ BGH GRUR 1992, 310, 311 – Taschenbuch-Lizenz; BGH GRUR 2001, 153, 154 – OEM-Version; Dreier/Schulze/Schulze UrhG § 31 Rn. 9.

²²⁶ Dreier/Schulze/Schulze UrhG § 31 Rn. 8.

²²⁷ Dreier/Schulze/Schulze UrhG § 31 Rn. 25.

²²⁸ BGH GRUR 1984, 119, 121 – Synchronisationsprecher; BGH GRUR 1996, 121, 122 – Pauschale Rechteinräumung; BGH GRUR 2003, 234, 236 – EROC III; Dreier/Schulze/Schulze UrhG § 31 Rn. 110.

²²⁹ Dreier/Schulze/Dreier UrhG § 69a Rn. 34.

²³⁰ BGH ZUM 1998, 497, 500 – Comic-Übersetzungen; BGH GRUR 1960, 197, 199 – Keine Ferien für den lieben Gott; Schrickler/Loewenheim/Ohly UrhG § 31 Rn. 60 mwN; Dreier/Schulze/Schulze UrhG § 31 Rn. 110.

Praxistipp:

Maßgeblich aus Sicht des Lizenznehmers ist darauf zu achten, dass alle benötigten Nutzungsrechte in der Lizenzklausel möglichst ausdrücklich bezeichnet werden und jede einzelne Nutzungsart möglichst genau beschrieben ist. Dies führt dazu, dass Lizenzverträge sich oft am Wortlaut der Nutzungsrechtsaufzählung in § 15 UrhG orientieren, was für sich aber vielfach nicht ausreichend ist. Gerade im Softwarebereich kann es erforderlich sein, die Beschreibung der Nutzungsrechte mit zusätzlichen technischen Details auszufüllen.²³¹

VII. Das Softwareurheberrecht in Arbeits- und Dienstverhältnissen

Schafft der Arbeit- oder Dienstnehmer in Wahrnehmung seiner Aufgaben ein Computerprogramm, stehen die daran entstehenden Verwertungsrechte gemäß § 69b UrhG umfassend dem Arbeit- bzw. Dienstgeber zu. § 69b UrhG setzt Art. 2 Abs. 3 der Richtlinie 2009/24/EU um. Sie ist *lex specialis* zu § 43 UrhG und geht in der Rechtsfolge über diesen hinaus. Nach § 69b UrhG stehen dem Arbeitgeber bzw. Dienstherrn an einem entsprechenden Computerprogramm grundsätzlich sämtliche vermögensrechtlichen Befugnisse zu, während es bei § 43 UrhG darauf ankommt, was das Arbeits- oder Dienstverhältnis erfordert. 119

Praxistipp:

§ 69b UrhG weist im Arbeits- oder Dienstverhältnis dem Arbeitgeber bzw. Dienstherrn pauschal sämtliche vermögensrechtlichen Befugnisse (also Nutzungsrechte gemäß § 69c UrhG) zu, ohne dass es auf die Auslegung des konkreten Vertrags ankommt. Somit ist für die sogenannte **Zweckübertragungslehre** im Rahmen von § 69b UrhG kein Raum²³² und man muss sich bei der Abfassung der Nutzungsrechteinräumung weniger Gedanken machen. Wenn man hier Nutzungsrechtsklauseln verfasst, sollte man aber aus Arbeitgebersicht darauf achten, dass sie nicht als anderweitige Vereinbarung im Sinne von § 69b Abs. 1 a. UrhG ausgelegt werden können, die dem Urheber/Programmierer bestimmte Nutzungsrechte vorbehalten.

§ 69b UrhG dient der wirtschaftlichen Verwertbarkeit der Programmierleistungen, welche typischerweise von geringer Schöpfungshöhe sind und an deren Erstellung mehrere Programmierer beteiligt sind oder die aus vorbestehenden Codeteilen nach dem Baukastenprinzip zusammengefügt und an die individuellen Anforderungen angepasst werden. Handelt es sich um eine programmbezogene Erfindung, die patentfähig ist, können zugleich das Patent- und Arbeitnehmererfindungsgesetz Anwendung finden. 120

Der Arbeitnehmer hat für seine unter § 69b UrhG fallende Programmierstätigkeit keinen Anspruch auf gesonderte **Vergütung**. Insbesondere ist in diesem Zusammenhang zu beachten, dass gemäß § 69a Abs. 5 UrhG die Vergütungsregelungen der §§ 32 bis 32g UrhG bei Computerprogrammen nicht anwendbar sind. 121

1. Arbeitsverhältnisse

Der Begriff des **Arbeitsverhältnisses** iSv § 69b Abs. 1 UrhG ist derselbe wie in § 43 UrhG und bestimmt sich nach arbeitsrechtlichen Grundsätzen. Gemäß § 611a BGB ist ein Arbeitnehmer jemand, der im Dienste eines anderen zur Leistung **weisungsgebundener, fremdbestimmter Arbeit in persönlicher Abhängigkeit** verpflichtet ist. Indizien hierfür sind vor allem die Eingliederung in den betrieblichen Ablauf, Vorgaben hinsichtlich Zeit und Ort der Leistungserbringung, die Bindung an Dienstpläne, die Zurverfügungstellung von Arbeitsmaterialien, Abführung von Steuern und Sozialabgaben oder das Führen einer Personalakte.²³³ Im Unterschied dazu ist der freie Mitarbeiter gerade nicht weisungsgebunden und persön- 122

²³¹ Dreier/Schulze/Schulze UrhG § 31 Rn. 111.

²³² Dreier/Schulze/Dreier UrhG § 69b Rn. 9.

²³³ BAG ZUM-RD 2000, 462, 464; NJW 1998, 3661; NJW 1997, 2133, 2135 sowie BGH NJW 1999, 649.

lich abhängig. Um in den Anwendungsbereich des § 69b Abs. 1 UrhG zu fallen muss das Computerprogramm durch den Arbeitnehmer während des Bestehens des Arbeitsverhältnisses geschaffen werden. Endet das Arbeitsverhältnis, bevor das Computerprogramm vollendet wird, stehen dem Arbeitgeber gemäß § 69b Abs. 1 UrhG die ausschließlichen Nutzungsrechte nur an den teilen zu, die bis zur Beendigung des Arbeitsverhältnisses geschaffen wurden. Beginnt der Arbeitnehmer danach in ein neues Arbeitsverhältnis ein, in dessen Rahmen er dann das angefangene Programm beendet, stehen die Rechte an den neuen Programmteilen nach § 69b Abs. 1 UrhG dem neuen Arbeitgeber zu und die Rechte an dem Gesamtprogramm können von altem und neuem Arbeitgeber nur gemeinsam verwertet werden.²³⁴

123 Der Arbeitnehmer muss das Computerprogramm in Wahrnehmung seiner Aufgaben oder nach den Anweisungen des Arbeitgebers geschaffen haben. Die Aufgaben folgen in erster Linie aus arbeitsvertraglichen und tarifvertraglichen Regelungen, der betrieblichen Funktion oder dem Berufsbild des Arbeitnehmers. Entscheidend ist dabei nicht, dass der Arbeitnehmer als Programmierer beschäftigt ist, vielmehr genügt ein innerer Zusammenhang mit seinen arbeitsvertraglichen Pflichten.²³⁵ Ein solcher Zusammenhang ist in jedem Fall anzunehmen, wenn die Programmerstellung während der Arbeitszeit mit Billigung und auf Kosten des Arbeitgebers erfolgt.²³⁶ Die Anweisungen des Arbeitgebers können genereller Natur sein oder die konkrete Programmier Tätigkeit betreffen. Unerheblich ist, ob der Arbeitnehmer das Programm während oder außerhalb seiner Arbeitszeiten erstellt. Davon zu unterscheiden sind vom Arbeitnehmer rein privat geschaffene Computerprogramme, für die § 69b Abs. 1 UrhG nicht gilt. Die Abgrenzung kann im Einzelnen schwierig sein.²³⁷

124 Liegen die Voraussetzungen des § 69b Abs. 1 UrhG vor, so erwirbt der Arbeitgeber sämtliche vermögensrechtlichen Befugnisse an dem Computerprogramm, worunter nichts anderes zu verstehen ist als **sämtliche ausschließlichen Nutzungsrechte**. Diese stehen dem Arbeitgeber im Ergebnis inhaltlich, zeitlich und räumlich unbeschränkt zur Verfügung. Hinsichtlich der räumlichen Reichweite der Nutzungsrechte ist allerdings darauf hinzuweisen, dass die Rechtsnatur des § 69b Abs. 1 UrhG umstritten ist. Nach einer Auffassung handelt es sich um einen abgeleiteten Nutzungsrechtserwerb, bei dem sämtliche in- und ausländischen Nutzungsrechte an dem Computerprogramm zunächst beim Arbeitnehmer entstehen und dann auf den Arbeitgeber übergehen.²³⁸ Die hM geht allerdings von einer gesetzlichen Lizenz aus, also einem originären Rechtserwerb beim Arbeitgeber.²³⁹ Dann stellt sich allerdings die Frage, ob nicht angesichts des geltenden Territorialitätsprinzips (der Übergang der Nutzungsbefugnisse auf das deutsche Staatsgebiet beschränkt bleibt. Die hM verweist aber in diesem Zusammenhang darauf, dass das für Arbeitsverträge geltende Arbeitsvertragsstatut gemäß Art. 8 ROM I-VO dem für das Urheberrechtsstatut geltenden Territorialitätsprinzip vorgeht. Dies führt dazu, zumindest bei einem eines gewöhnlich seine Arbeit in Deutschland verrichtenden Arbeitnehmer auch bei Annahme einer originären gesetzlichen Lizenz die Nutzungsrechte dem Arbeitgeber räumlich unbeschränkt zustehen.²⁴⁰

2. Dienstverhältnisse gemäß § 69b Abs. 2 UrhG

125 Die vorgenannten Regelungen des Abs. 1 finden entsprechende Anwendungen auf Dienstverhältnisse, wobei dieser Begriff leicht missverständlich ist. Gemeint sind hier nämlich nicht privatrechtliche Dienstverhältnisse im Sinne von § 611 BGB, vielmehr erfasst § 69b

²³⁴ Schrickler/Loewenheim/Spindler UrhG § 69b Rn. 8; Wandtke/Bullinger/Grützmaker UrhG § 69b Rn. 10; Dreier/Schulze/Dreier UrhG § 69b Rn. 7.

²³⁵ Dreier/Schulze/Dreier UrhG § 69b Rn. 8; Schrickler/Loewenheim/Spindler UrhG § 69b Rn. 6; Fromm/Nordemann/Czychowski UrhG § 69b Rn. 7; OLG München CR 2000, 429, 430.

²³⁶ OLG München CR 2000, 429, 430; KG WM 1997, 1443; OLG Karlsruhe GRUR 1987, 845, 848.

²³⁷ Dreier/Schulze/Dreier UrhG § 69b Rn. 8; Wandtke/Bullinger/Grützmaker UrhG § 69b Rn. 8.

²³⁸ Dreier/Schulze/Dreier UrhG § 69b Rn. 9; Schrickler/Loewenheim/Loewenheim/Spindler UrhG § 69b Rn. 11; Fromm/Nordemann/Czychowski UrhG § 69b Rn. 2; Möhring/Nicolini/Kaboth UrhG 69b Rn. 14.

²³⁹; Wandtke/Bullinger/Grützmaker UrhG § 69b Rn. 1; BGH CR 2001, 223 – Wetterführungspläne; BGH GRUR 2002, 149 (151) – Wetterführungspläne II.

²⁴⁰ Wandtke/Bullinger/Grützmaker UrhG § 69b Rn. 20.

Abs. 2 UrhG alle öffentlich-rechtlichen Dienstverhältnisse, also Beamte, Soldaten, Richter sowie sonstige öffentlich-rechtlichen Dienstverhältnisse, die keine Beamtenverhältnisse sind (zB Zivildienstleistende).²⁴¹ Arbeitnehmer im öffentlichen Dienst fallen hingegen nicht unter § 69b Abs. 2 UrhG, sie sind bereits von Abs. 1 erfasst. Im Ergebnis kam es dem Gesetzgeber darauf an, alle in abhängiger Arbeit Beschäftigten zu erfassen, und zwar unabhängig davon, ob sie im privatwirtschaftlichen Bereich oder im öffentlichen Dienst tätig sind.²⁴²

3. Abgrenzung zur Auftragsarbeit

Nicht von § 69b UrhG erfasst sind Auftragsarbeiten **freier Programmierer oder sonstiger Auftragnehmer** unabhängig von der schuldrechtlichen Ausgestaltung als Werk-, Werklieferungs- oder Dienstleistungsvertrag.²⁴³ Hier ist eine vertragliche Präzisierung der zu übertragenden Nutzungsrechte unabdingbar. Besonders wichtig wird dies auch für Auftraggeber, die sich der Dienste von Arbeitsvermittlern bzw. Arbeitskräfteüberlassern bedienen. Der freie Programmierer wird regelmäßig nur einen Vertrag mit einem Vermittler haben, für den er beim Auftraggeber im Wege des „body leasing“ tätig wird. Unabhängig von, ob es sich überhaupt um Arbeitsvermittlung handelt oder der Programmierer Erfüllungsgehilfe des „Vermittlers“ ist, muss der Auftraggeber vertraglich sicherstellen, dass die Lizenzkette in seinem Sinne vollständig vollzogen wird.

Praxistipp:

Selbständige Programmierer („Freelancer“), die üblicherweise über Vermittler in Großprojekten mitarbeiten, sind keine Arbeitnehmer und fallen nicht unter § 69b UrhG. Zum späteren Nachweis der Rechtsinhaberschaft und Rechtekette ist eine eindeutige Rechteinräumungsklausel sowohl im Vertrag zwischen dem Auftraggeber und dem Vermittler als auch im Vertrag zwischen Vermittler und Programmierer zwingend erforderlich. Der Auftraggeber sollte sich auch ein Einsichtsrecht in die Verträge des Vermittlers mit den einzelnen Programmierern zusichern lassen, damit er im Zweifel später den Beweis der Rechtsinhaberschaft auch wirklich führen kann. Die Einsicht in die Verträge kann natürlich (etwa durch Schwärzungen) auf die relevanten Klauseln beschränkt werden, da der Vermittler zB nicht seine Kalkulation offenlegen möchte.

4. Urheberpersönlichkeitsrechte im Arbeits- oder Dienstverhältnis

Die Urheberpersönlichkeitsrechte werden vom Rechtsübergang nach § 69b UrhG nicht erfasst²⁴⁴, wie sich bereits aus dem Wortlaut („aller vermögensrechtlichen Befugnisse“) ergibt. Dies betrifft die persönlichkeitsrechtlichen Befugnisse des Urhebers aus § 12 UrhG (Veröffentlichungsrecht); § 13 UrhG (Anerkennung auf Urheberschaft), § 14 (Schutz gegen Entstellung des Werks), § 25 UrhG (Zugang zum Werkstück) sowie § 42 (Rückruf wegen gewandelter Überzeugung). Viele dieser persönlichkeitsrechtlichen Befugnisse dürften im Softwarebereich ohnehin keine besondere Rolle spielen und sind im Übrigen einzuschränken durch den Grundsatz, dass nach Möglichkeit die Verwertung des Computerprogramms durch den Arbeitgeber oder Dienstherrn nicht beeinträchtigt wird.²⁴⁵ So kann sich der Arbeitnehmer regelmäßig nicht auf sein **Veröffentlichungsrecht** berufen (auch nicht vor Fertigstellung), da dadurch betriebsinterne Abläufe des Arbeitgebers gestört werden.²⁴⁶ Auch das **Entstellungsverbot nach § 14 UrhG** kann keine große Rolle spielen. Dem Arbeitgeber muss es unbenommen bleiben, an dem Programm Änderungen, insbesondere Weiterentwicklungen vorzunehmen. Ein Rückruf wegen gewandelter Überzeugung ist bei der eher wirtschaft-

²⁴¹ Schrickler/Loewenheim/Spindler UrhG § 69b Rn. 4; Dreier/Schulze/Dreier UrhG § 69b Rn. 7.

²⁴² Schrickler/Loewenheim/Rojahn/Frank UrhG § 43 Rn. 10.

²⁴³ Dreier/Schulze/Dreier UrhG § 69b Rn. 4.

²⁴⁴ Amtl. Begr. BT-Drs. 12/4022, 10; OLG Hamm GRUR-RR 2008, 154 – Copyrightvermerk.

²⁴⁵ Schrickler/Loewenheim/Spindler UrhG § 69b Rn. 14.

²⁴⁶ Schrickler/Loewenheim/Spindler UrhG § 69b Rn. 15; Dreier/Schulze/Dreier UrhG § 69b Rn. 3; Wandtke/Bullinger/Grützmaker UrhG § 69b Rn. 39.

lich geprägten Interessenlage bei Software wohl kaum eine Rolle. Am relevantesten ist im Bereich von Software wohl noch das **Namensnennungsrecht**, da durch dieses die Interessen des Arbeitgebers normalerweise nicht beeinträchtigt werden. Möglich bleibt ein vertraglicher Verzicht des Arbeitnehmers auf sein Namensnennungsrecht.²⁴⁷

VIII. Urheberrechtliche Verletzungsansprüche

1. Überblick über die verschiedenen Ansprüche

- 128 Im Urheberrechtsgesetz sind diverse Ansprüche des verletzten Inhabers von Urheberrechten spezialgesetzlich geregelt. Hierzu zählen insbesondere der Unterlassungsanspruch gemäß § 97 Abs. 1 UrhG, Beseitigungsansprüche gemäß § 98 UrhG, der Schadensersatzanspruch gemäß § 97 Abs. 2 UrhG. Hinzu kommen weitere Anspruchsgrundlagen nach bürgerlichem Recht, auf die nachfolgend genauer einzugehen sein wird.

2. Verhältnis der urheberrechtlichen Ansprüche zu anderen Vorschriften

- 129 a) Die **Spezialität zum bürgerlichen Recht**. Seit 1965 kodifizieren die §§ 97–105 UrhG einen zivilrechtlichen Schutz von Urheberrechten (also auch von urheberrechtlich geschützten Computerprogrammen) als *leges speciales* insbesondere zu den Vorschriften des bürgerlichen Rechts. Zwar bleiben aufgrund der Vorschrift des § 102a UrhG Ansprüche aus anderen Vorschriften unberührt, jedoch gilt dies nur insoweit, als sie nicht durch die Spezialgesetze im Urheberrecht verdrängt werden.
- 130 Zu den weiterhin anwendbaren Vorschriften des Bürgerlichen Gesetzbuchs gehört etwa § 812 BGB in der Form der Eingriffskondiktion. Wer widerrechtlich ein Fremdes Urheberrecht verletzt, greift damit – ohne Rechtsgrund – in den Zuweisungsgehalt dieses Rechts ein.²⁴⁸ Gemäß § 818 abs. 2 ist damit Wertersatz zu leisten²⁴⁹ (zu den Einzelheiten des Bereicherungsanspruchs s. u.).
- 131 In Frage kommt bei Urheberrechts- oder Leistungsschutzrechtsverletzungen weiterhin ein Anspruch wegen wissentlich angemaßter Eigengeschäftsführung (§§ 687 Abs. 1, 681 S. 2, 667, 668 BGB). Herauszugeben ist hierbei dasjenige, was durch die angemaßte Eigengeschäftsführung erlangt wurde. Dabei sind regelmäßig die Grundsätze über die Herausgabe des Verletzergewinns maßgeblich.²⁵⁰
- 132 Zwar wären Urheberrechte und Leistungsschutzrechte nach dem Urhebergesetz grundsätzlich sonstige Rechte im Sinne des § 823 Abs. 1 BGB. Jedoch wird dieser Anspruch – sowohl als Unterlassungs- als auch als Schadensersatzanspruch von § 97 Abs. 1 und Abs. 2 UrhG als *lex specialis* verdrängt.²⁵¹ Für § 823 BGB ist höchstens dort Raum, wo sein Anwendungsbereich über das Urheberrecht hinaus geht wie beispielsweise einer Verletzung des eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetriebs.
- 133 Wie im allgemeinen Schadensersatzrecht besteht auch bei Urheberrechtsverletzungen ein akzessorischer Auskunftsanspruch aus Auskunft über die Grundlagen zur Berechnung des Schadensersatzes, der sich auf § 242 BGB stützt. Hinzu kommt der spezialgesetzliche Anspruch auf Auskunft über Herkunft und Vertriebsweg gemäß § 101 UrhG.
- 134 Auch bei Ansprüchen nach bürgerlichem Recht sind die **immanenten Schranken des UrhG** zu beachten. Ist beispielsweise das Verbreitungsrecht an einem Werkstück erschöpft, kann gegen seine weitere Verbreitung nicht nach §§ 812, 823 Abs. 1 oder 687 Abs. 1 BGB vorgegangen werden. Gleiches dürfte auch für Handlungen gelten, die zum zwingenden Kern der Mindestbefugnisse bei § 69d UrhG gehören²⁵² oder durch § 69e UrhG gedeckt

²⁴⁷ Dreier/Schulze/Dreier UrhG § 69b Rn. 3; Schrickler/Loewenheim/Spindler UrhG § 69b Rn. 15; OLG Hamm GRUR-RR 2008, 154, 155 – Copyrightvermerk.

²⁴⁸ BGH GRUR 1995, 673, 676 – Mauerbilder; Dreier/Schulze/Dreier UrhG § 102a Rn. 3.

²⁴⁹ BGH GRUR 1987, 524, 527 – Chanel No. 5 II; BGH GRUR 1983, 301, 303 – Kunststoffhohlprofil.

²⁵⁰ Dreier/Schulze/Dreier UrhG § 102a Rn. 9.

²⁵¹ Dreier/Schulze/Dreier UrhG § 102a Rn. 11.

²⁵² Schrickler/Loewenheim/Loewenheim UrhG § 69d Rn. 12.

sind. Soweit es also nach den Regeln des UrhG an einer Verletzungshandlung fehlt, können auch nach bürgerlichem Recht keine Ansprüche geltend gemacht werden.

b) **Die Parallelität der gewerblichen Schutzrechte.** Auch beim Patent-, Gebrauchsmuster- und Design- sowie bei Sortenschutzrecht steht der Schutz einer geistigen Leistung im Vordergrund, allerdings zielt der Schutz hier nicht auf den künstlerischen Aspekt, sondern auf den Bereich der Technik oder der wirtschaftlichen Leistung ab. Ein und dieselbe Schöpfung kann daher sowohl durch das Urheberrecht als auch durch gewerbliche Schutzrechte erfasst sein. Diese echte stehen dann gleichrangig und kumulativ nebeneinander. Gleiches gilt für den Markenschutz, der zwar auch zur Gruppe der Immaterialgüterrechte gehört, aber nicht die geistige Schöpfung selbst, sondern ihre Herkunftsfunktion schützt. Urheberrechte an Software können daher mit sonstigen Schutzrechten zusammentreffen. Folglich können auch Ersatzansprüche aus der Verletzung der einzelnen Rechtsnormen kumulativ auftreten. 135

c) **Das Verhältnis zum MarkenG.** Gemäß § 102a UrhG bleibt auch die Anwendung markenrechtlicher Ansprüche neben dem Urheberrechtsgesetz unberührt. Die geläufigste Kombination dürfte das Markenrecht sein, so dass sich die Frage stellt, wie sich dies im Falle einer Rechtsverletzung auf die Schadensberechnung auswirkt. UrhG und MarkenG verfolgen völlig unterschiedliche Schutzrichtungen und kollidieren somit nicht miteinander. Ansprüche können daher parallel bestehen. Ihre Voraussetzungen sind einzeln zu prüfen. In der Regel wird es um Unterlassung, Schadensersatz und gelegentlich um Vernichtung (§ 18 MarkenG, § 98 UrhG) gehen. Der markenrechtliche Schadenersatz orientiert sich normalerweise an den Kosten, die ein rechtstreuer Mitbewerber für seine Markenlizenz bezahlt hätte und die regelmäßig nur einen Bruchteil in % des Verlezerumsatzes des eigentlichen Produktwertes betragen.³³⁸²⁵³ 136

d) **Das Verhältnis zum UWG.** Auch Ansprüche nach dem Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb (UWG) werden durch die urheberrechtlichen Regelungen nicht ausgeschlossen, da sie von ihrer Zielrichtung und ihren Tatbestandsvoraussetzungen her über das Urheberrecht hinausgehen. In Betracht kommen etwa zusätzliche wettbewerbsrechtliche Schäden durch eine Marktverwirrung. Nach wohl hM ist das Urheberrecht *lex specialis* gegenüber dem UWG.²⁵⁴ Dennoch ist der ergänzende wettbewerbsliche Leistungsschutz über § 102a UrhG anwendbar. Die Übernahme einer urheberrechtlich geschützten Leistung vermag insoweit *per se* noch keine Unlauterkeit iSd UWG zu begründen, weil das UWG vom Grundsatz der Nachahmungsfreiheit ausgeht. Vielmehr müssen weiter, die besondere Unlauterkeit der Handlung begründende Umstände hinzutreten. Dies gilt besonders bei der Beurteilung der sklavischen Nachahmung.²⁵⁵ Selbstverständlich hindert das UrhG nicht die Anwendung des UWG im Hinblick auf allgemeine Wettbewerbsverstöße. Erst wenn zusätzliche Unlauterkeitsmerkmale hinzutreten, vor allem die in § 4 Nr. 9 UWG genannten Merkmale, stellt die Rechtsverletzung auch einen Wettbewerbsverstoß dar. In der Regel verschafft sich der Verletzte durch seinen Rechtsbruch zugleich einen Wettbewerbsvorsprung, § 4 Nr. 11 UWG und behindert den Kontrahenten, § 4 Nr. 9 UWG. Ein etwaiger wettbewerbslicher Schadenersatzanspruch orientiert sich dann jedoch nicht an der Urheberrechtsverletzung, sondern allein an deren wettbewerbslichen Auswirkungen. Im Regelfall kommen in Betracht § 4 Nr. 9 UWG (das Anbieten von Nachahmungen), § 4 Nr. 10 UWG (Behinderung) und § 5 Abs. 2 Nr. 1 UWG (Irreführung über die rechtliche Beschaffenheit). Die Rechtsfolgen nach dem UWG sind § 8 Beseitigung und Unterlassung, § 9 UWG Schadensersatz und § 10 UWG Gewinnabschöpfung. Zu beachten ist die „kurze“ Verjährung nach § 11 UWG. 137

3. Anspruch auf Unterlassung (einschließlich Störerhaftung)

²⁵³ BGH 29.7.2009 – I ZR 169/07, GRUR 2010, 239 – BTK; BGH 3.7.1974 – I ZR 65/73, MDR 1975, 36 – Clarissa; LG Düsseldorf 27.2.2014 – 14c O 237/11.

²⁵⁴ Schricker/Loewenheim/Schricker UrhG Einl. 39.

²⁵⁵ Dreier/Schulze/Dreier UrhG § 102a Rn. 13.

- 138 Der urheberrechtliche Unterlassungsanspruch ist in § 97 Abs. 1 UrhG enthalten, wobei zwischen dem regulären Unterlassungsanspruch (§ 97 Abs. 1 S. 1 UrhG) und dem vorbeugenden Unterlassungsanspruch (§ 97 Abs. 1 S. 2 UrhG) zu unterscheiden ist. Der Unterlassungsanspruch ist ein in die Zukunft gerichtetes Gebot, die Verletzung eines Rechts nicht zu wiederholen oder erstmals zu begehen. Voraussetzung ist die **widerrechtliche Verletzung eines Urheberrechts oder eines verwandten Schutzrechts**, wobei es für den vorbeugenden Unterlassungsanspruch genügt, dass tatsächliche Anhaltspunkte für in naher Zukunft drohende konkrete Verletzungshandlungen vorliegen. Ein Verschulden des Anspruchsgegners ist nicht erforderlich.
- 139 Gegner des Unterlassungsanspruchs ist in jedem Fall der **Täter** der Verletzungshandlung, unabhängig davon, ob es sich um einen unmittelbaren, mittelbaren oder Mittäter handelt. Daneben kommt als Anspruchsgegner auch der sogenannte **Störer** in Betracht, worunter jeder zu verstehen ist, der in irgendeiner Weise wissentlich und adäquat kausal zur Verletzung des geschützten Rechtsguts (Computerprogramms) beiträgt.²⁵⁶ Da man allerdings die Störerhaftung nicht übermäßig ausdehnen will, muss die Unterlassung dem Störer auch möglich und zumutbar sein, weshalb die Rechtsprechung die Störerhaftung von der Verletzung bestimmter zumutbarer Verkehrssicherungspflichten, insbesondere Prüfpflichten abhängig macht,²⁵⁷ Voraussetzung ist insbesondere die Kenntnis des Störers von der Rechtsverletzung, das heißt, dass der Störer zuvor auf eine konkrete Rechtsverletzung hingewiesen wurde.²⁵⁸
- 140 Der Unterlassungsanspruch bei bereits erfolgter Verletzungshandlung erfordert das Vorliegen einer **Wiederholungsgefahr**, die allerdings durch die Begangene Rechtsverletzung indiziert wird. Es besteht somit eine tatsächliche Vermutung für das Vorliegen der Wiederholungsgefahr.²⁵⁹
- 141 Bei einem vorbeugenden Unterlassungsanspruch tritt an die Stelle der Wiederholungsgefahr die sogenannte **Erstbegehungsgefahr**, die immer dann zu bejahen ist, wenn aus vorangegangenen Handlungen oder anderen Umständen die Verletzung eines Urheberrechts ernsthaft droht. Hierunter fallen insbesondere alle vorbereitenden Handlungen, die die künftige Verletzung nahelegen.²⁶⁰ Hierfür kann es unter Umständen ausreichen, wenn ein Dritter sich eines fremden Urheberrechts berührt.²⁶¹

4. Der Beseitigungsanspruch

- 142 Ebenfalls auf § 97 Abs. 1 UrhG beruht der Beseitigungsanspruch, der relevant wird, wenn durch eine rechtsverletzende Handlung ein fortbestehender Störungszustand geschaffen wird, dessen Beseitigung weitere Handlungen erfordert (zB die Entfernung einer falschen Urheberbezeichnung) erfordert. Auch beim Beseitigungsanspruch ist kein Verschulden erforderlich. Im UrhG sind zusätzlich spezielle Beseitigungsansprüche gesetzlich geregelt, etwa durch § 98 UrhG (Anspruch auf Vernichtung, Rückruf und Überlassung rechtswidriger Kopien sonstiger Werke), § 69f UrhG hinsichtlich der Herausgabe von Computerprogrammen und Vorrichtungen zur Umgehung von Schutzmechanismen und § 95a Abs. 3 UrhG für die Herausgabe von Mitteln zur Umgehung von Schutzmechanismen anderer Werkkategorien. Daneben stellen auch die Zollbeschlagnahme gemäß §§ 111b und c UrhG und der Anspruch auf Veröffentlichung eines Urteils nach § 103 UrhG letztlich Beseitigungsansprüche dar.

²⁵⁶ Schrickler/Loewenheim/Wimmers UrhG § 97 Rn. 215a; BGH GRUR 2018, 1132 Rn. 48 ff. – You tube.

²⁵⁷ BGH GRUR 2004, 860 – Internetversteigerung I; BGH GRUR 2007, 708 – Internetversteigerung II; BGH GRUR 2008, 702 – Internetversteigerung III; BGH GRUR 2013, 370 Rn. 28 – Alone in the Dark; BGH GRUR 2016, 862 – Störerhaftung des Access Providers.

²⁵⁸ Dreier/Schulze/Spocht-Riemenschneider UrhG § 97 Rn. 29; Schrickler/Loewenheim/Wimmers UrhG § 97 Rn. 79.

²⁵⁹ BGH GRUR 1955, 97 – Constanze II.

²⁶⁰ BGH MMR 2018, 310 – Windows; BGH GRUR 2009, 841 Rn. 35 – Cybersky; Schrickler/Loewenheim/Wimmers UrhG § 97 Rn. 225.

²⁶¹ BGH GRUR 1987, 225 – Berühmung.

5. Schadensersatzanspruch

a) **Allgemeine Voraussetzungen.** Voraussetzung für den Schadensersatzanspruch nach § 97 Abs. 2 UrhG ist neben der widerrechtlichen Verletzung eines Urheberrechts oder eines verwandten Schutzrechts das schuldhaftes Handeln des Verletzers. Das Verschulden ist dabei auszulegen wie im allgemeinen zivilrechtlichen Deliktsrecht, also insbesondere § 823 Abs. 1 BGB und umfasst vorsätzliches und fahrlässiges Handeln. **Vorsätzlich** handelt ein Verletzer, der die Rechtsverletzung bewusst und gewollt begeht (direkter Vorsatz) oder eine solche zumindest billigend in Kauf nimmt (bedingter Vorsatz).²⁶² **Fahrlässiges Handeln** ist in § 276 Abs. 2 BGB legaldefiniert und bedeutet das Außerachtlassen der im Verkehr gebotenen Fahrlässigkeit. Was den Maßstab der zu beachtenden Sorgfalt betrifft, sind die Anforderungen der Rechtsprechung vergleichsweise hoch. Denjenigen, der einen durch fremdes Urheberrecht geschützten Gegenstand (zB ein Computerprogramm) nutzen möchte, treffen umfangreiche Prüfungs- und Erkundigungspflichten.²⁶³ Es ist ihm zuzumuten und abzuverlangen, dass er sich über Bestand des Schutzes und den Umfang seiner Nutzungsbeziehung Klarheit verschafft. Das schließt auch eine Prüfung der Rechtekette, von der sein Lizenzgeber seine eigene Rechtsposition ableiten will, mit ein.²⁶⁴ 143

b) **Die Arten der Schadensberechnung.** Auch im Urheberrecht richten sich der Umfang und der Inhalt des Schadensersatzanspruchs nach den §§ 249 ff. BGB. Dabei hat sich hier – wie auch im gewerblichen Rechtsschutz – die sogenannte dreifache Schadensberechnung durchgesetzt. An der Anwendbarkeit dieser Grundsätze hat sich auch durch **Art. 13 Enforcement-RL** nichts geändert.²⁶⁵ Bei deren Umsetzung durch das Gesetz zur Verbesserung der Durchsetzung von Rechten des Geistigen Eigentums v. 7.7.2008 (BGBl. I 1191) hat der Gesetzgeber vielmehr die Richtlinie weitgehend wörtlich übernommen und die drei Arten der Schadensberechnung in § 97 Abs. 2 S. 1–3 UrhG ausdrücklich angesprochen.²⁶⁶ Dem Verletzten stehen somit im Rahmen von § 97 Abs. 2 UrhG bei der Verletzung eines Urheberrechts oder eines vergleichbaren Schutzrechts drei Alternativen der Schadensberechnung zur Verfügung, zwischen denen er frei wählen kann: 144

- konkrete Schadensberechnung: Ersatz des konkreten Schadens in Form der erlittenen Vermögenseinbuße einschließlich entgangenen Gewinns (§ 97 Abs. 2 S. 1 UrhG),
- Gewinnherausgabe: Herausgabe des Verletzergewinns (§ 97 Abs. 2 S. 2 UrhG),
- Lizenzanalogie: Zahlung einer angemessenen Lizenz (§ 97 Abs. 2 S. 3 UrhG).

Die drei Berechnungsarten stellen nur **Methoden der Schadensberechnung** dar, keine **Wahlschuld**.²⁶⁷ Der Verletzte kann auch noch im Prozess seine Wahl ohne Klageänderung ändern.³³¹ Welche Methode dem Verletzten am günstigsten ist, hängt häufig von Beweisfragen ab. 145

aa) **Die konkrete Schadensberechnung.** Hierunter versteht man die Geltendmachung des konkret entstandenen Schadens des Verletzten einschließlich des entgangenen Gewinns, was sich – wie auch im sonstigen Deliktsrecht (§§ 823 ff. BGB) – nach den bekannten Schadensermittlungsgrundsätzen der §§ 249 ff. BGB richtet. Der Verletzte muss insbesondere den Kausalitätsnachweis erbringen, dh konkrete Umsatzeinbußen oder nachprüfbare Feststellungen des verletzungsbedingt entgangenen Gewinns darlegen. Diese Zahlen werden sich zumeist nur schwer ermitteln lassen,²⁶⁸ hinsichtlich des Gewinns schon gar nicht ohne Offenlegung der internen Kalkulation. In der Praxis ist es daher üblich geworden, auf „handli- 146

²⁶² Dreier/Schulze/Specht-Riemenschneider UrhG § 97 Rn. 77.

²⁶³ BGH GRUR 2010, 616 Rn. 40 f. – marions-kochbuch.de; GRUR 2009, 864 – CAD-Software; BGH GRUR 1999, 49, 51 – Bruce Springsteen and his Band; OLG Düsseldorf GRUR-RR 2005, 213 – OEM-Version; Dreier/Schulze/Specht-Riemenschneider UrhG § 97 Rn. 78.

²⁶⁴ BGH GRUR 1988, 373 – Schallplattenimport III; BGH GRUR 1960, 607 – Eisrevue II; OLG Köln GRUR 1983, 568, 570 – Video-Kopieranstalt; OLG München ZUM 2015, 586; Dreier/Schulze/Specht-Riemenschneider, UrhG § 97 Rn. 78.

²⁶⁵ Amlt. Begr., BT-Drs. 16/5048, 33 und 48.

²⁶⁶ Dreier/Schulze/Specht-Riemenschneider UrhG § 97 Rn. 79.

²⁶⁷ Schricker/Loewenheim/Wimmers UrhG § 97 Rn. 262.

²⁶⁸ Dreier/Schulze/Specht-Riemenschneider UrhG § 97 Rn. 81.

chere“ Berechnungsmethoden, insbesondere die Methode der Lizenzanalogie zurückzugreifen.

- 147 *bb) Die Herausgabe des Verletzergewinns.* Eine alternative, seit langem im Bereich des gesamten Immaterialgüterrechts genutzte Berechnungsmethode ist die Herausgabe des Verletzergewinns. Diese ist von der Rechtsprechung gewohnheitsmäßig anerkannt und seit der Umsetzung der Enforcement-Richtlinie ins deutsche Recht, in § 97 Abs. 2 S. 2 UrhG für den Bereich des Urheberrechts ausdrücklich normiert. Der Anspruch auf die Herausgabe des Verletzergewinns zielt – wie schon der Name sagt – nicht auf den Ersatz eines konkret entstandenen Schadens, sondern auf einen billigen Ausgleich des vom Verletzten erlittenen Vermögensnachteils.²⁶⁹ Dem liegen Sanktions- und Präventionserwägungen zugrunde. Da durch das Urheberrecht bzw. das verwandte Schutzrecht die Nutzung des geschützten Rechtsguts dem Rechtsinhaber zugewiesen ist, ist es auch gerechtfertigt, diesem im Fall einer Verletzungshandlung die Ergebnisse zuzuordnen, die der Verletzer durch das Wirtschaften mit dem fremden Gut erzielt.²⁷⁰
- 148 Für den Anspruch auf Gewinnherausgabe ist es unbeachtlich, ob der Verletzer fahrlässig oder vorsätzlich handelt.²⁷¹ Ebenso wenig kann dem Anspruch entgegengehalten werden, dass der verletzte Rechtsgutininhaber durch eigenes wirtschaftliches Handeln den vom Verletzer gezogenen Gewinn nicht in gleicher Höhe selbst realisiert hat oder hätte realisieren können.²⁷² Unerheblich ist es auch, wenn ein Verletzergewinn die marktübliche Lizenzgebühr für das verletzte Produkt (zB ein piratisiertes Computerprogramm) erheblich übersteigt.²⁷³
- 149 Entscheidendes Kriterium für die Berechnung der Höhe des herauszugebenden Gewinns ist die **Kausalität zwischen der Verletzungshandlung und dem Verletzergewinn**, wobei dieses Merkmal jedoch von der Rechtsprechung großzügig ausgelegt wird. Besteht ein irgendwie gearteter ursächlicher Zusammenhang, so kommt es nicht darauf an, dass die Höhe der Einnahmen, die der Verletzer erzielt, darüber hinaus von einer Vielzahl von Faktoren abhängig ist. Der Verletzer soll keinerlei Gewinn zurückbehalten dürfen, der in irgendeiner Weise auf der Rechtsverletzung beruht.²⁷⁴
- 150 Beim Verletzer abgeschöpft werden darf aber nur dessen Gewinn, nicht der gesamte Umsatz. Es sind daher die **Kosten des Verletzers von seinen Einnahmen abzuziehen**. Hierunter fallen etwa Personalkosten, Transportkosten, Verwaltungskosten, Herstellungskosten oder Vertriebskosten. Jedoch ist zu Ungunsten des Verletzers zu beachten, dass derartige Kostenpositionen (auch Gemeinkosten genannt) nicht uneingeschränkt abzugsfähig sind, sondern nur insoweit, als sie ausnahmsweise dem verletzten schutzrechtlichen Gegenstand unmittelbar zugerechnet werden können.²⁷⁵ Das bedeutet, es ist nicht statthaft, die gesamten Gemeinkosten einfach zu quotieren und anteilmäßig vom Verletzergewinn abzuziehen. Erforderlich ist vielmehr, dass sich die Gemeinkosten genau zu der bestimmten Verletzungshandlung und dem Verletzungsgut zuordnen lassen. Die Darlegungs- und Beweislast hierfür trägt der Verletzer.²⁷⁶
- 151 Herausgabefähig im Rahmen des Verletzergewinns ist im Übrigen auch eine eventuelle Verlustersparnis, die der Verletzer durch die Verletzungshandlung erzielt hat.²⁷⁷ Oft wird

²⁶⁹ BGH GRUR 2010, 1090 Rn. 26 – Werbung eines Nachrichtensenders; BGH GRUR 2001, 329, 331 – Gemeinkostenanteil; BGH GRUR 1995, 349, 355 – Objektive Schadensberechnung; Schrickler/Loewenheim/Wimmers UrhG § 97 Rn. 286.

²⁷⁰ Raue, Dreifache Schadensberechnung, 460 ff.; Dreier/Schulze/Specht-Riemenschneider UrhG § 97 Rn. 88.

²⁷¹ Dreier/Schulze/Specht-Riemenschneider UrhG § 97 Rn. 88.

²⁷² BGH GRUR 1973, 478 – Modeneinheit.

²⁷³ OLG Düsseldorf GRUR 2004, 53 – Gewinnherausgabe.

²⁷⁴ BGH ZUM 2013, 406; BGH GRUR 2013, 1212 – Kabelschloss.

²⁷⁵ BGH GRUR 2001, 329 – Gewinnkostenanteil; BGH ZUM-RD 2009, 587 Rn. 11; OLG Köln GRUR 2005, 247 – Loseblattwerk; OLG Düsseldorf GRUR 2004, 53 – Gewinnherausgabeanspruch; Haedicke GRUR 2005, 529; Raue, Dreifache Schadensberechnung, 529 ff.; Dreier/Schulze/Specht-Riemenschneider UrhG § 97 Rn. 89.

²⁷⁶ BGH ZUM-RD 2009, 587 Rn. 11; Dreier/Schulze/Specht-Riemenschneider UrhG § 97 Rn. 89.

²⁷⁷ Raue, Dreifache Schadensberechnung, 501 ff.; Dreier/Schulze/Specht-Riemenschneider UrhG § 97 Rn. 89.

sich der Verletzte in diesem Rahmen zur Bestimmung des Schadensersatzes auf die „Schätzvorschrift“ des § 287 ZPO berufen können.

Bei der Durchsetzung der Gewinnherausgabe ist es für den Verletzten regelmäßig ratsam, 152 vorgeschaltet einen **Anspruch auf Rechnungslegung** geltend zu machen (analog §§ 687 Abs. 2 und 666 BGB), um Zugriff auf die Fakten zu erhalten.

Praxistipp:

Insbesondere bei Fällen von Softwarepiraterie wird häufig das von dem Verletzer vertriebene Piraterieprodukt zu einem Preis angeboten, der unter dem des Originals liegt. Damit ist aber die Lizenzanalogie (s. u.) für den Verletzer oft die vorteilhaftere Alternative, da man mit ihr zu höheren Schadensbeträgen gelangt. Ein Auskunfts- und Rechnungslegungsanspruch wird in der Praxis häufig geltend gemacht, um dem Beklagten zusätzliche Schwierigkeiten zu bereiten und damit den Leidensdruck zu erhöhen.

cc) Die Lizenzanalogie (abstrakte Schadensberechnung). Die Lizenzanalogie ist eine bei 153 Schutzrechtsverletzungen sehr häufig anzutreffende Berechnungsart. Bei ihr wird nicht der konkret entstandene Schaden betrachtet, sondern der kommerzialisierte Wert der begangenen Verletzungshandlung zugrunde gelegt. Danach muss der Verletzer dasjenige zahlen, was vernünftige Parteien bei Abschluss eines Lizenzvertrages in Kenntnis der wahren Rechtslage und der Umstände des konkreten Einzelfalles als **angemessene Lizenzgebühr vereinbart hätten**.²⁷⁸ Ersetzt werden soll also der objektive Wert des zu Unrecht in Anspruch genommenen Nutzungsrechts.²⁷⁹ Hierbei kommt es nicht darauf an, ob der Rechtsinhaber unter gewöhnlichen Umständen zu einer Lizenzierung überhaupt bereit gewesen oder ob er das verletzte Werk in der Vergangenheit bereits einmal kostenlos an Dritte lizenziert hatte.²⁸⁰ Der BGH begründet diese mittlerweile zu Gewohnheitsrecht gewordene Schadensberechnungsmöglichkeit vor allem mit Billigkeitserwägungen. Ein Schutzrechtsverletzer soll nicht besser (aber auch nicht schlechter) gestellt sein als ein ordnungsgemäßer Lizenznehmer.²⁸¹

Für die Bestimmung der Höhe des Schadensersatzes wird auf die ausgehandelte vertragliche 154 Vergütung in vergleichbaren Fällen abgestellt. Vergleichbare Verträge müssen tatsächlich abgeschlossen sein.²⁸² Das Vorhalten von Preislisten durch den Verletzten für sich genügt folglich nicht.²⁸³ Ferner hat die vergleichbare Vergütung dem objektiven Wert des Nutzungsrechts zu entsprechen, darf also insbesondere keine „Mondpreise“ beinhalten.²⁸⁴ Wird beispielsweise ein von einem Dritte widerrechtlich genutztes Computerprogramm von dem Rechtsinhaber für gewöhnlich gegen eine monatliche Lizenzgebühr zeitlich befristet an Nutzer vertrieben und wird dabei eine Mindestlaufzeit zugrunde gelegt, so ergibt sich der Schaden nach der Lizenzanalogie in der Regel aus dem Produkt aus der monatlichen Vergütung und der Mindestlaufzeit. Dem liegt die Erwägung zugrunde, dass die rechtmäßige Nutzung des verletzten Programms auf jeden Fall den Abschluss eines Lizenzvertrags für die Mindestlaufzeit erfordert hätte, woran sich der Verletzer festhalten lassen muss. Umgekehrt hat das OLG Hamm folgerichtig entschieden, dass bei der widerrechtlichen Nutzung einer unter der GPL-Lizenz stehenden Open Source Software nach der Lizenzanalogie kein Schadensersatz anfällt, da für die unter GPL stehende Software aufgrund der Lizenzbedingungen keine Vergütung verlangt werden darf.

²⁷⁸ BGH GRUR 1990, 1008, 1009 – Lizenzanalogie; Dreier/Schulze/Specht-Riemenschneider UrhG § 97 Rn. 82.

²⁷⁹ BGH 6.3.1980 – X ZR 49/78, BGHZ 77, 16 (25 f.) – Tolbutamid; BGH 30.5.1995 – X ZR 54/93, GRUR 1995, 578 (580) – Steuereinrichtung II.

²⁸⁰ Dreier/Schulze/Specht-Riemenschneider UrhG § 97 Rn. 82.

²⁸¹ BGH GRUR 1990, 1008, 1009 – Lizenzanalogie; BGH GRUR 1993, 55, 58 – Tschibo/Rolex II.

²⁸² BGH GRUR 2009, 660 Rn. 17 – Resellervertrag.

²⁸³ LG Berlin GRUR-RR 2010, 422 – Kartenkacheln; Dreier/Schulze/Specht-Riemenschneider UrhG § 97 Rn. 85.

²⁸⁴ BGH GRUR 2009, 407 Rn. 29 – Whistling for a train.

- 155 Liegen vergleichbare Lizenzverträge für die Schadensberechnung nicht vor, ist auf die **angemessene und marktübliche Vergütung** abzustellen. Entscheidend ist dann, welche Lizenzvergütungen vergleichbare Hersteller für vergleichbare Produkte im Markt verlangen würde. Hierbei können auch im Markt vorhandene **Tarifwerke**, die über die erforderliche Verkehrsgeltung verfügen, herangezogen werden²⁸⁵ wie etwa die Tarife von Verwertungsgesellschaften oder Vergütungsempfehlungen von Verbänden.²⁸⁶ Zu beachten ist, dass es für Software solche Tarifwerke nicht gibt, so dass hier nur ein Rückgriff auf vergleichbare Lizenzverträge im Markt bleibt.

Praxistipp:

Prozessual trägt der Verletzte die Beweislast für die Höhe des Schadensersatzes. Wenn die Möglichkeit fehlt, auf konkret abgeschlossene Lizenzverträge für das verletzte Produkt zu verweisen, kann sich der Verletzte auf § 287 ZPO stützen. Nach dieser Vorschrift muss der Verletzte zumindest solche Tatsachen vortragen und beweisen, die dem Gericht zumindest die Schätzung der Schadenshöhe erlauben. Hierzu gehören beispielsweise die marktüblichen Preise für vergleichbare Produkte bei anderen Herstellern im Markt oder die Vorlage von anwendbaren Tarifwerken.

- 156 Pauschale Zuschläge zum Schadensersatzanspruch werden im Urheberrecht zwar einzeln diskutiert, spielen aber bei der Verletzung der Rechte an Computerprogrammen keine Rolle. Grundsätzlich dient der zivilrechtliche Schadensersatz der Kompensation erlittener Nachteile (§ 249 BGB), pauschale Zuschläge hierzu sind nicht vorgesehen. Die vom BGH behandelten Ausnahmen für die unerlaubte Wiedergabe von Musikwerken, die gesetzlich Verwertungsgesellschaften zur Wahrnehmung zugewiesen sind (Schadensersatz in Höhe der doppelten Tarifgebühr)²⁸⁷, haben höchstens Bedeutung für entsprechende digitale Inhalte, nicht aber für Software. Das Gleiche gilt für die pauschale Erhöhung des Schadensersatzes um 100 % zugunsten von Lichtbildkünstlern bei unterlassener Urhebernennung.²⁸⁸
- 157 *dd) Sonstige Schadenspositionen.* Grundsätzlich dürfen die vorgenannten Schadenspositionen nicht miteinander verquickt werden, dh ein Verletzter kann sich nicht aus den unterschiedlichen Berechnungsmethoden das jeweils Beste herauspicken (Vermengungs- und Verquickungsverbot).²⁸⁹ Jedoch können ausnahmsweise bestimmte Schadenspositionen, die sich aus der konkreten Berechnungsmethode gemäß der §§ 249 ff. BGB ergeben, zusätzlich zu einem hypothetischen Schadensersatz (Lizenzanalogie) oder dem Verletztergewinn geltend gemacht werden, wenn sie durch die konkret gewählte Berechnungsmethode nicht abgedeckt sind.²⁹⁰ Beispiele hierfür sind etwa Kosten für Testkäufe, Ermittlungskosten oder Bearbeitungskosten.
- 158 Ein Sonderfall sind die **Kosten eines Verfahrens auf Auskunft gemäß § 101 Abs. 2 Nr. 3 UrhG**. Relevant sind hier insbesondere Ansprüche gegen einen Internet-Provider auf Auskunft über die IP-Adressen von möglichen Verletzern des Urheberrechts (§§ 101 Abs. 2 Nr. 3 und Abs. 9 S. 1 UrhG). Gemäß § 101 Abs. 9 S. 5 UrhG sind die Kosten des Verfahrens zur Herbeiführung eines entsprechenden richterlichen Beschlusses durch den Verletzten zu tragen. Allerdings kann der Verletzte diese Kosten später als Schaden gegen den Verletzer geltend machen, allerdings nur aufgrund eines materiellen Schadensersatzanspruchs. Als Anspruchsgrundlage hierfür kommt im gerichtlichen Verfahren § 91 Abs. 1 S. 1 ZPO in Betracht. Betrifft das Auskunftsverfahren mehrere IP-Adressen von verschiedenen Verletzern,

²⁸⁵ BGH GRUR-RR 2013, 360 – Begleitmusik zum Computerspiel.

²⁸⁶ Vgl. im Detail Dreier/Schulze/Specht-Riemenschneider UrhG § 97 Rn. 85 mwN.

²⁸⁷ BGH GRUR 2015, 987 Rn. 23 – Trassenfieber; BGH GRUR 1990, 353, 355 – Raubkopien; BGH GRUR 1988 296, 298 – GEMA-Vermutung IV; BGH ZUM 1986, 199, 201 – GEMA-Vermutung III; BGH GRUR 1973, 379, 381 – Doppelte Tarifgebühr.

²⁸⁸ BGH GRUR 2015, 780 Rn. 36 ff.; Schricker/Loewenheim/Wimmers UrhG § 97 Rn. 284.

²⁸⁹ Schricker/Loewenheim/Wimmers UrhG § 97 Rn. 264.

²⁹⁰ Schricker/Loewenheim/Wimmers UrhG § 97 Rn. 264.

Können die Verfahrenskosten nur insoweit dem jeweiligen Verletzer überbürdet werden, als sie auch auf seine Person entfallen.²⁹¹

6. Der Anspruch nach Bereicherungsrecht

Besonders zu erwähnen ist der bereicherungsrechtliche Ausgleichsanspruch, der auch bei der Verletzung von urheberrechtlich oder leistungsschutzrechtlich geschützten Gegenständen wie etwa Computerprogrammen eine Rolle spielen kann. 159

Ein bereicherungsrechtlicher Ausgleichsanspruch des Verletzten ist im Urheberrechtsgesetz nicht erwähnt. Dennoch ist allgemein anerkannt, dass die Verletzung fremden Urheberrechts sowie auch fremder Leistungsschutzrechte eine ungerechtfertigte Bereicherung darstellen und eine Haftung des Verletzers nach den Grundsätzen der Eingriffskondition (§ 812 Abs. 1 S. 1 Alt. 2 BGB) auslösen kann, die mit der Schadensersatzhaftung zum Teil deckungsgleich ist. Durch die Verletzung wird nämlich in des Zuweisungsgehalt des fremden Rechts eingegriffen, indem der Verletzer eine Verwertungsvornimmt, die vom Gesetz dem Rechtsinhaber vorbehalten ist.²⁹² Im Unterschied zu den oben dargestellten Schadensersatzansprüchen stellt der Anspruch aus § 812 Abs. 1 S. 1 Alt. 2 BGB nicht auf die vom Verletzten erlittenen Nachteile ab, sondern soll die aufgrund des Eingriffs beim Verletzer entstandenen Vermögensvorteile rückgängig machen. 160

Der Verletzer hat durch den Eingriff in das fremde Immaterialgüterrecht etwas erlangt, nämlich den Gebrauch des urheberrechtlich oder anderweitig geschützten Gegenstands, der nach dem Gesetz dem Rechtsinhaber zugewiesen ist. Dies meint nicht etwa die Nutzungsmöglichkeit, eine Marktchance oder eine Ersparnis von Lizenzzahlungen, sondern den konkreten Gebrauch des Gegenstands (zB eines illegal kopierten Computerprogramms), wie er sich in der unberechtigten Nutzungshandlung (zB dem Vervielfältigen) manifestiert.²⁹³ Zu beachten ist, dass der Bereicherungsanspruch nach § 812 Abs. 1 S. 1 Alt. 2 BGB stets eine Unmittelbarkeit der Vermögensverschiebung voraussetzt. Der richtige Anspruchsgegner kann also nur die Person sein, in deren Bereich sich die Rechtsverletzung (zB durch unerlaubte Vervielfältigung einer Software) unmittelbar realisiert, nicht aber ein Dritter (zB ein anderes Konzernunternehmen), der durch die rechtsverletzende Betätigung des Verletzers lediglich mittelbar irgendwelche Vorteile erlangt haben mag.²⁹⁴ 161

Da der Verletzer nicht über ein Nutzungsrecht verfügt und sich in der Regel nicht auf Rechtfertigungsgründe berufen kann, erfolgt der Eingriff ohne Rechtsgrund. 162

Da der durch den Gebrauch erlangte Vorteil nicht mehr herausgegeben werden kann, hat der Verletzer dem Verletzten gemäß § 818 Abs. 2 BGB den Wert des erlangten Gegenstands zu ersetzen. Hierunter versteht die überwiegende Auffassung den objektiven Verkehrswert des erlangten Gebrauchsvorteils, der sich nach den gleichen Maßstäben bemisst wie der hypothetische Schadensersatz nach der Lizenzanalogie. Als Wertersatz herauszugeben ist somit zum einen ein Betrag in Höhe der üblichen Lizenzgebühr.²⁹⁵ Maßgeblicher Zeitpunkt für die Bewertung der hypothetischen Lizenzgebühr ist logischerweise der Zeitpunkt der Verletzungshandlung, nicht etwa der Zeitpunkt, in dem der Bereicherungsanspruch geltend gemacht wird.²⁹⁶ 163

Etwas unklar ist, inwieweit der nach den Grundsätzen der Lizenzanalogie berechnete Betrag zusätzlich zu verzinsen ist. Der BGH meint, dass derartige Zinsen aus den Grundsätzen der Lizenzanalogie folgten, die auch im Rahmen des Bereicherungsanspruchs anzuwenden seien. Dabei käme es darauf an, ob beim Erwerb einer vertraglichen Lizenz zu angemessenen Bedingungen auch Zinsen zu Lasten des Verletzers aufgelaufen wären. Es komme also 164

²⁹¹ BGH GRUR 2014, 1239 Rn. 16 ff. – Deus Ex; BGH ZUM-RD 2015, 214, 215.

²⁹² BGH GRUR 1995, 673, 676 – Mauerbilder; BGH GRUR 1971, 522, 524 – Gasparone II; GRUR 1952, 530 – Parkstraße 13; Dreier/Schulze/Dreier UrhG § 102a Rn. 3.

²⁹³ BGH GRUR 1982, 301, 303 – Kunststoffhohlprofil II; Dreier/Schulze/Dreier UrhG § 102a Rn. 4.

²⁹⁴ BGH MMR 2022, 870 Rn. 96 – YouTube II.

²⁹⁵ BGH GRUR 1982, 301, 303 – Kunststoffhohlprofil II; GRUR 1987, 524, 525 – Chanel No. 5 II; LG Köln ZUM-RD 2009, 472, 474 f.; Dreier/Schulze/Dreier UrhG § 102a Rn. 4.

²⁹⁶ BGH GRUR 1982, 301, 303 f. – Kunststoffhohlprofil II; Dreier/Schulze/Dreier UrhG § 102a Rn. 4.

darauf an, ob den ordentlichen Lizenznehmer bei „verzögerter Lizenzzahlung“ eine gesetzliche oder vertragliche Lizenzzahlungspflicht trafe. Folgte man diesen Grundsätzen, müsste man sich also überlegen, welche (verzugsbegründenden) Zahlungsziele in einem gewöhnlichen Lizenzvertrag vereinbart worden wären und ab deren (hypothetischer) Überschreitung Verzugszinsen berechnen.²⁹⁷

- 165 Nicht unter den Bereicherungsanspruch fällt die **Herausgabe des Verletzergewinns**. Dies begründet der BGH damit, dass der bereicherungsrechtliche Zuweisungsgehalt des Immaterialgüterrechts lediglich die Benutzung des Gegenstands umfasse. Bloße „Marktchancen“ hingegen seien ein komplexer (und daher nicht greifbarer) wirtschaftlicher Begriff, der nicht Inhalt eines rechtlichen Zuweisungsgehalts sei.²⁹⁸ Im Ergebnis geht es also um die Abgrenzung zwischen dem tatsächlich Erlangten und einer Art „Fruchtziehung“.²⁹⁹
- 166 Nach der herrschenden Meinung kann sich der Verletzer des Immaterialgüterrechts in der Regel **nicht auf eine Entreicherung** gemäß § 818 Abs. 3 BGB berufen. Dies sei dadurch begründet, dass der Verletzer fremder Rechte regelmäßig in Kenntnis des fehlenden Rechtsgrundes handle und damit nach §§ 819 Abs. 1, 818 Abs. 4 BGB verschärft hafte.³⁰⁰ Zudem könne der Gebrauch des Schutzgegenstands nachträglich nicht mehr entfallen.³⁰¹
- 167 Die Verjährung des Bereicherungsanspruchs richtet sich auch bei Herausgabeansprüchen im Bereich des Urheberrechtsgesetzes nach den allgemeinen zivilrechtlichen Verjährungsregeln (§§ 195, 199 Abs. 1 BGB) und nicht nach § 102 UrhG. Angesichts des Verweises von § 102 UrhG auf die §§ 195 ff. BGB kommt es auf diese Unterscheidung in der praktischen Anwendung jedoch nicht an.

Praxistipp:

Die eigenständige Bedeutung des Anspruchs nach § 812 Abs. 1 S. 2 Alt. 2 BGB neben dem Schadensersatzanspruch ist normalerweise gering. Vom Umfang her sind beide Ansprüche recht gleich mit dem Unterschied, dass der Schadensersatzanspruch auch die Herausgabe des Verletzergewinns zulässt. Da zudem die Rechtsprechung an den bei Immaterialgüterrechtsverletzungen auf Verletzerseite anzuwendenden Sorgfaltsmaßstab relativ hohe Anforderungen stellt, wird meistens von einem Verschulden zumindest in Form von Fahrlässigkeit auszugehen sein. Lediglich in den wenigen Fällen, in denen ein Verschulden bei der Verletzung nicht vorliegt, kann es auf den Bereicherungsanspruch ankommen. Dennoch wird der Anspruch nach § 812 Abs. 1 S. 1 Alt. 2 BGB bei der Anspruchs begründung üblicherweise mitgenannt.

7. Vernichtungsansprüche (§ 69f UrhG)

- 168 Basierend auf Art. 7 der RiL (EU) 2009/24 (Softwarerichtlinie) hat der deutsche Gesetzgeber den Vernichtungsanspruch gemäß § 69f Abs. 1 UrhG geschaffen. Danach hat der Rechteinhaber eines rechtswidrig vervielfältigten Computerprogramms gegen **jeden Eigentümer oder Besitzer** von Vervielfältigungsstücken der illegalen Kopien den Anspruch, dass diese Vervielfältigungsstücke vernichtet werden. Dabei kommt es nicht darauf an, ob der Anspruchsgegner selbst eine rechtsverletzende Handlung begangen hat, ob ihn ein Verschulden trifft oder ob er Kenntnis von der Illegalität hat. Es muss sich um **rechtswidrig** hergestellte, verbreitete oder zur rechtswidrigen Verbreitung bestimmte Vervielfältigungsstücke handeln, das heißt, der Rechteinhaber muss in seinen Ausschließlichkeitsrechten verletzt sein.³⁰² Der Anspruch richtet sich **grundsätzlich auf Vernichtung** des Vervielfältigungsstücks, wobei jedoch wegen §§ 69f Abs. 1 S. 1, 98 Abs. 4 UrhG das Verhältnismäßigkeitsprinzip zu

²⁹⁷ BGH GRUR 1982, 301, 304 – Kunststoffhohlprofil II.

²⁹⁸ BGH GRUR 1982, 301, 303 – Kunststoffhohlprofil II.

²⁹⁹ Schrickler/Loewenheim/Wimmers UrhG § 102a Rn. 3.

³⁰⁰ BGH GRUR 2016, 1280 Rn. 96 – Everytime we touch; GRUR 2015, 780 Rn. 32 – Motorradteile; GRUR 2012, 715 Rn. 41 – Bochumer Weihnachtsmarkt und bereits GRUR 1971, 522 – Gasparone II.

³⁰¹ Schrickler/Loewenheim/Wimmers UrhG § 102a Rn. 3; zur aA in der Lit. vgl. Kraßer GRUR 1980, 259, 268; Brandner GRUR 1980, 359, 360; Ullmann GRUR 1978, 615, 620 ff.

³⁰² Dreier/Schulze/Dreier UrhG § 69f Rn. 5.

beachten ist. Es ist immer die mildere Beseitigungsmaßnahme zu wählen, wenn die Vernichtung gegenüber dem Eigentümer oder Besitzer unverhältnismäßig wäre. Im Fall illegal vervielfältigter oder verbreiteter Software kommt aber regelmäßig nur die Vernichtung in Form der Löschung in Frage. Nicht hingegen verlangt werden kann in der Regel die Vernichtung des physischen Datenträgers, auf dem die Software gespeichert ist. Etwas anderes gilt hingegen dann, wenn die Software vom Datenträger nicht getrennt werden kann, oder und bei fest mit Hardware verbundenen Programmen. Dann wäre auch der Datenträger zu vernichten.³⁰³ Optional kann der Verletzte von dem Besitzer oder Eigentümer aber auch verlangen, dass dieser ihm den die Vervielfältigungsstücke, die im Eigentum des Verletzers stehen, gegen Zahlung einer angemessenen Vergütung überlässt.

In der Literatur wird zudem die Möglichkeit einer Ablösungsbefugnis mittels **analoger Anwendung von § 100 UrhG** diskutiert. Danach kann der Eigentümer oder Besitzer die Vernichtung oder Herausgabe durch eine Entschädigung in Geld abfinden. Voraussetzung wäre allerdings, dass der Eigentümer/Besitzer schuldlos handelt, ihm bei Durchsetzung des Anspruchs nach § 69f UrhG ein unverhältnismäßig hoher Schaden droht und dem Rechtsinhaber eine Abfindung in Geld zumutbar ist.³⁰⁴ **169**

Nach **§ 69f Abs. 2 UrhG** wird der vorgeschriebene Vernichtungsanspruch auf Mittel anzuwenden, die allein dazu bestimmt sind, die unerlaubte Beseitigung oder Umgehung technischer Schutzmaßnahmen zu erleichtern. Derartige Schutzmaßnahmen sind beispielsweise ein Kopierschutz oder Maßnahmen im Rahmen eines digitalen Rechtemanagements (DRM) die zB eine gleichzeitige Mehrfachnutzung oder einen Netzwerkbetrieb verhindern sollen oder die Nutzung nur für eine begrenzte Zeit freischalten. Umgehungsmöglichkeiten sind etwa Kopierprogramme, die eine Durchbrechung des Kopierschutzes erlauben.³⁰⁵ Schwierigkeiten macht bisweilen das Merkmal der „alleinigen Bestimmung“ als Umgehungsmittel. Dieses ist immer dann fraglich, wenn das Umgehungsmittel auch noch zu einem rechtmäßigen Zweck – etwa einem nach § 69e UrhG erlaubten Dekompilieren – eingesetzt werden kann.³⁰⁶ Maßstab ist allerdings die objektive Bestimmung und nicht die subjektiven Vorstellungen des Herstellers.³⁰⁷ Insbesondere nicht ausreichend ist die Hinzufügung bloß unwesentlicher Funktionen zum Programm zum legalen Einsatz. **170**

IX. Die außergerichtliche Durchsetzung von Ansprüchen

1. Die Berechtigungsanfrage

Die Berechtigungsanfrage ist eine Vorstufe zu einer förmlichen Abmahnung. Ihrer bedient man sich in der Regel, wenn man sich als Anspruchssteller seiner Rechtsposition oder auch der Verletzungshandlung nicht ganz sicher ist. Man meldet sich bei einer potentiellen Gegenseite, dies jedoch in einer Weise, dass man nicht die Konsequenzen einer eventuell unberechtigten oder unwirksamen Abmahnung – etwa Gegenabmahnung oder negative Feststellungsklage – riskieren muss. Wie der Name bereits sagt, wir der potenzielle Verletzer bei einer Berechtigungsanfrage lediglich unter Fristsetzung zu der Mitteilung aufgefordert, aus welchen Gründen er sich für berechtigt hält, das Schutzrecht nicht beachten zu müssen. **171**

Praxistipp:

Bei der Formulierung der Berechtigungsanfrage ist Vorsicht geboten, damit diese nicht doch als Abmahnung im Sinne von § 97a UrhG ausgelegt werden kann. Nach der Rechtsprechung des BGH ist nämlich für das Vorliegen einer Abmahnung nicht mehr erforderlich, dass diese die Auf-

³⁰³ Schrickler/Loewenheim/Spindler UrhG § 69f Rn. 8; Möhring/Nicolini/Kaboth/Spies UrhG § 69f Rn. 7; Dreier/Schulze/Dreier UrhG § 69f Rn. 7.

³⁰⁴ Wandtke/Bullinger/Grützmaker UrhG § 69f Rn. 7; Dreier/Schulze/Dreier UrhG § 69f Rn. 9.

³⁰⁵ Dreier/Schulze/Dreier UrhG § 69f Rn. 11.

³⁰⁶ Möhring/Nicolini/Kaboth/Spies UrhG § 69f Rn. 10; Dreier/Schulze/Dreier UrhG § 69f Rn. 11.

³⁰⁷ LG München I MMR 2008, 839, 841; Schrickler/Loewenheim/Spindler UrhG § 69f Rn. 14.

forderung enthält, eine strafbewehrte Unterlassungserklärung abzugeben.³⁰⁸ Vielmehr kann es schon ausreichen, wenn eine bestimmte Handlung als Schutzrechtsverletzung bezeichnet und anündigt, im Fall ihrer Begehung gerichtliche Hilfe in Anspruch zu nehmen.

2. Die Abmahnung

- 172 Die Abmahnung ist eine Mitteilung eines Rechtsinhabers an einen Verletzer, dass er durch eine genau bezeichnete Handlung ein Urheberrecht oder Leistungsschutzrecht verletzt habe, verbunden mit der Aufforderung, dieses Verhalten in Zukunft zu unterlassen (bei Wiederholungsgefahr) oder gar nicht erst zu begehen (bei Erstbegehungsgefahr).³⁰⁹ Regelt ist die Abmahnung in § 97a UrhG, der in seiner jetzigen Form 2013 in das Gesetz aufgenommen wurde.³¹⁰ Zweck der Abmahnung ist zum Einen, den Verletzer auf einen Rechtsverstoß aufmerksam zu machen und ihn vor einem möglichen Gerichtsverfahren zu warnen (Warnfunktion). Daneben dient die Abmahnung auch dazu, auf eine außergerichtliche Streitbeilegung (Streitbeilegungsfunktion) hinzuwirken und einen kostspieligen Gerichtsprozess zu vermeiden (Kostenvermeidungsfunktion).
- 173 Die Abmahnung muss inhaltlich **begründet** und **berechtigt** sein. **Berechtigt** ist eine Abmahnung nur dann, wenn sie über die Begründetheit hinaus objektiv erforderlich ist, um dem Abgemahnten einen kostengünstigen Weg aus dem Konflikt aufzuzeigen.³¹¹ Hieran kann es insbesondere fehlen, wenn die Wiederholungs- oder Erstbegehungsgefahr bereits anderweitig beseitigt wurde, zB weil der Verletzer gegenüber einem Dritten bereits eine strafbewehrte Unterlassungserklärung abgegeben hat, die die Wiederholungsgefahr auch dem Verletzten gegenüber ausräumt.³¹² Das Gleiche gilt bei einer zweiten Abmahnung wegen desselben Verstoßes, weil die erste Abmahnung ohne Reaktion geblieben war. In diesem Fall war die Zweitabmahnung nicht erforderlich, ihre Kosten können daher nicht verlangt werden.³¹³ Die Berechtigung der Abmahnung entfällt auch, wenn die Abmahnung rechtsmissbräuchlich ist. Angenommen wurde ein Rechtsmissbrauch etwa bei Mehrfachabmahnungen durch mehrere miteinander verbundene Verletzte, die nur darauf angelegt sind, den wirtschaftlichen Schaden beim Verletzten möglichst groß zu machen.³¹⁴ Die Nichterforderlichkeit bzw. Rechtsmissbräuchlichkeit der Abmahnung an sich ist allerdings vom Unterlassungsanspruch zu unterscheiden. Der materiell-rechtliche Anspruch kann trotz Nichterforderlichkeit der Abmahnung weiterhin gegeben sein.
- 174 Daneben stellt § 97a Abs. 2 UrhG weitere kumulative Erfordernisse für die sogenannten **Wirksamkeit** der Abmahnung auf. Diese Mindestanforderungen wurden als Reaktion auf Missstände insbesondere im Bereich der urheberrechtlichen Massenabmahnungen eingeführt und dienen dazu, die Interessen der Abgemahnten zu wahren. Hier handelt es sich um eine normative Besonderheiten im Urheberrechtsgesetz, die sich in anderen Gesetzen (zB dem UWG) nicht findet.
- 175 Gemäß Nr. 1 ist Name oder Firma des Verletzten genau anzugeben, wenn dieser nicht selbst, sondern durch einen Vertreter (insbesondere einen Rechtsanwalt) abmahnt.
- 176 Gemäß Nr. 2 ist die Rechtsverletzung genau zu bezeichnen. Hierzu sind in der Abmahnung der Sachverhalt und der daraus abgeleitete Vorwurf der Rechtsverletzung so genau darzustellen, dass der Abgemahnte den Vorwurf tatsächlich und rechtlich überprüfen und die gebotenen Folgerungen ziehen kann.³¹⁵ Hierzu gehören in der Regel die Darlegung der Verletzungshandlung, des Orts, der Zeit sowie des Rechts (und ggf. der Rechtekette).

³⁰⁸ BGH GRUR 2011, 995.

³⁰⁹ Dreier/Schulze/Spocht-Riemenschneider UrhG § 97a Rn. 3.

³¹⁰ Gesetz gegen unseriöse Geschäftspraktiken vom 1.10.2013, BGBl. 2013 I S. 3714.

³¹¹ Dreier/Schulze/Spocht-Riemenschneider UrhG § 97a Rn. 8.

³¹² BGH GRUR 1983, 186, 187 – Wiederholte Unterwerfung.

³¹³ BGH GRUR 2010, 354 – Kräutertee.

³¹⁴ BGH GRUR 2000, 1263 – Missbräuchliche Mehrfachabmahnung.

³¹⁵ BGH GRUR 2016, 184 Rn. 57 – Tauschbörse II; Schrickler/Loewenheim/Wimmers UrhG § 97a Rn. 18.

Soweit in der Abmahnung auch Zahlungsansprüche gegen den Verletzer erhoben werden, sind diese gemäß Nr. 3 genau anzugeben und außerdem zwischen Schadensersatz und Aufwendungsersatzansprüchen aufzuschlüsseln. 177

Praxistipp:

Dieser Punkt sollte genau beachtet werden, da sich hier oft Fehler einschleichen. Wenn der Verletzte mit Schadensersatzansprüchen und Aufwendungsersatzansprüchen „bedroht“ wird, sind diese der Höhe nach genau anzugeben und zu bezeichnen. Vage Formulierungen wie „zudem sind Sie zum Ersatz unserer außergerichtlichen Kosten verpflichtet“ oder „darüber hinaus schulden Sie meiner Mandantin Schadensersatz“ sind unbedingt zu vermeiden, da diese die ganze Abmahnung unwirksam machen können.

Sehr unklar ist die Regelung der Nr. 4, die in der Literatur einhellig kritisiert wird. Hier- 178
nach ist der Abmahnende verpflichtet, im Fall einer vorgeschlagenen (dh vorformulierten) Unterlassungsverpflichtung anzugeben, ob diese „erheblich über die abgemahnte Rechtsverletzung hinausgeht“. Unklar ist schon das Erfordernis des „**Hinausgehens über die abgemahnte Rechtsverletzung**“, da dies zu bedeuten scheint, dass es auf die Frage, welcher materiellrechtliche Unterlassungsanspruch besteht, gar nicht ankomme.³¹⁶ Vielmehr ist nach dem seit 2020 geltenden Wortlaut der Nr. 4 allein entscheidend, ob die vorformulierte Erklärung, über den in der Abmahnung vorgetragenen Unterlassungsanspruch hinausgeht. Diese Auslegung ist sinnvoll, da es nicht Sinn der Vorschrift sein kann zu regeln, unter welchen Voraussetzungen der Anspruchsgläubiger Ansprüche geltend machen kann, die ihm materiellrechtlich gar nicht zustehen. Sichergestellt werden soll, dass der Abmahnungsempfänger genau weiß, was von ihm verlangt wird.³¹⁷ Eine weitere Schwierigkeit bereitet die Frage, wann die Überschreitung „erheblich“ ist. Eine „erhebliche“ Abweichung wird dann anzunehmen sein, wenn die Formulierung des inhaltlichen Umfangs des zu unterlassenden Verhaltens zu weit geht, etwa wenn Sachverhalte umfasst werden, für die der Abgemahnte weder Anzeichen für eine Wiederholungs- noch eine Erstbegehungsgefahr gegeben hat oder wenn die zu unterlassenden Handlungen aufgrund gesetzlicher Regelungen keine Rechtsverletzungen darstellen.³¹⁸ Erstreckt sich allerdings die vorgeschlagene Unterlassungserklärung auf Handlungen die über die abgemahnte Handlungsform hinausgehen und liegt für diese Handlungsformen aufgrund des abgemahnten Verhaltens Erstbegehungsgefahr vor, ist dies keine überschneidende Unterlassungserklärung.³¹⁹ Allerdings zeigen bereits diese Ausführungen, wie schwierig die richtige Zuordnung für den Abmahnenden im Einzelfall sein kann. Ein Verstoß gegen § 97a Abs. 2 Nr. 4 UrhG hat die Unwirksamkeit der ganzen Abmahnung zur Folge, was im Ergebnis dazu führt, dass der Abmahnende sicherheitshalber auf vorformulierte Unterlassungserklärungen ganz verzichtet. Ob dem Abgemahnten, insbesondere dem juristischen Laien, damit wirklich gedient ist, ist zweifelhaft.³²⁰

Praxistipp:

Ein Abmahnender, der seine Abmahnung auf Urheberrecht stützt (zB beim Vorgehen gegen illegale Kopie von Software), sollte auf die Formulierung der Abmahnung große Sorgfalt verwenden. Eine Nichtbeachtung der Anforderungen (insbesondere der Nr. 3 und 4) führt zur Unwirksamkeit der gesamten Abmahnung mit entsprechenden Konsequenzen:

³¹⁶ OLG Frankfurt a.M. 2.12.2014 – 11 U 73/14, GRUR-RS 2015, 01669, Rn. 23; Wandtke/Bullinger/Kefferpütz UrhG § 97a Rn. 13.

³¹⁷ Schrickler/Loewenheim/Wimmers UrhG § 97a Rn. 20; Wandtke/Bullinger/Kefferpütz UrhG § 97a Rn. 13.

³¹⁸ Wandtke/Bullinger/Kefferpütz UrhG § 97a Rn. 14.

³¹⁹ Dreier/Schulze/Specht-Riemenschneider UrhG § 97a Rn. 5d.

³²⁰ Schrickler/Loewenheim/Wimmers UrhG § 97a Rn. 21.

- Gemäß § 97a Abs. 4 S. 1 UrhG hat der Abgemahnte nun einen ausdrücklichen Gegenanspruch auf „Ersatz der für seine Rechtsverteidigung erforderlichen Aufwendungen“ bei einer unberechtigten oder unwirksamen Abmahnung.³²¹
- Weiterhin kann der Abgemahnte der unberechtigten oder unwirksamen Abmahnung auch mit einer negativen Feststellungsklage entgegentreten.³²²
- In einem nachfolgenden Prozess kann der Abgemahnte ein sofortiges Anerkenntnis abgeben mit der Folge, dass dem Abmahnenden/Kläger die Kosten des Rechtsstreites auferlegt werden (§ 93 ZPO).
- Die unwirksame Abmahnung kann nach hM durch eine zweite, diesmal wirksame Abmahnung geheilt werden³²³, allerdings beseitigt dies nicht die Rechtsfolge des § 97a Abs. 4 S. 1 UrhG in Bezug auf die erste Abmahnung.

179 In der Abmahnung wird der Verletzer aufgefordert, innerhalb **angemessener Frist** eine sogenannten Unterlassungs- und Verpflichtungserklärung abzugeben, um auf diese Weise die Rechtsverletzung ohne Gerichtsverfahren ausbeizulegen. Die Frist ist so zu bemessen, dass der Abgemahnte Gelegenheit, vor Abgabe der Erklärung anwaltlichen Rat einzuholen. Seitens des Abmahnenden ist darauf zu achten, dass er die Abmahnung so frühzeitig absendet, dass trotz angemessener Fristsetzung die Dringlichkeitsfrist für einen Eilantrag nicht abläuft, falls er mit einer einstweiligen Verfügung gegen die Verletzung vorgehen möchte (s. dazu unten).

3. Der Unterlassungs- und Verpflichtungsvertrag

180 Wenn der urheberrechtliche Unterlassungsanspruch außergerichtlich aus der Welt geschafft werden soll, hat der abgemahnte sich rechtlich bindend zu verpflichten, die beanstandete Verletzung künftig zu unterlassen. Aus diesem Grund ist die Abmahnung regelmäßig mit der Aufforderung zur Abgabe einer strafbewehrten Unterlassungs- und Verpflichtungserklärung verbunden. Trotz der oft verwendeten etwas unpräzisen Bezeichnung „Erklärung“ handelt es sich bei der Unterlassungsverpflichtung um einen zwischen dem Anspruchsberechtigten und dem Verletzer abgeschlossenen Vertrag, der eines Angebots (in der Regel durch den Verletzer) und einer Annahme bedarf, wobei man sich insbesondere auf § 151 S. 1 Alt. 2 BGB nicht berufen können wird. Um spätere Schwierigkeiten zu vermeiden, empfiehlt es sich für den Anspruchsberechtigten, die Unterlassungserklärung mit Antwortschreiben formal anzunehmen. Der Sinn des Unterlassungsvertrags ist es, die Wiederholungs- oder Erstbegehungsgefahr (§ 97 Abs. 1 UrhG) für den Unterlassungsanspruch (entfallen zu lassen. Dies ist nur dann der Fall, wenn die Erklärung ernsthaft, unbefristet, vorbehaltlos gegeben und hinreichend strafbewehrt ist.

181 Die Unterlassungserklärung muss den Unterlassungsanspruch im Hinblick auf Inhalt und Umfang voll abdecken.³²⁴ Grundsätzlich muss die Erklärung alle im Kern gleichartigen Verletzungshandlungen mit abdecken³²⁵, was im Einzelfall zu Formulierungsschwierigkeiten führen kann. Zwar hilft die sog. „Kerntheorie“, nach der die konkrete Formulierung der Unterlassungserklärung alle gleichartigen Verletzungshandlungen abdeckt, was aus den Auslegungsregelungen der §§ 133, 157 BGB hergeleitet wird.³²⁶ Allerdings kann eine zu enge Formulierung dazu führen, dass die Wiederholungsgefahr nicht (vollständig) entfallen ist und der Unterlassungsanspruch weiter besteht. In der Praxis empfiehlt es sich, bei der Ab-

³²¹ Wandtke/Bullinger/Kefferpütz UrhG § 97a Rn. 43; aA Dreier/Schulze/Specht-Riemenschneider UrhG § 97a Rn. 10.

³²² Fromm/Nordemann/Jan Bernd Nordemann UrhG § 97a Rn. 69; Dreier/Schulze/Specht-Riemenschneider UrhG § 97a Rn. 10.

³²³ Fromm/Nordemann/Jan Bernd Nordemann UrhG § 97a Rn. 28.

³²⁴ BGH 9.11.1995 – I ZR 212/93, GRUR 1996, 290, 291; BGH 15.2.2007 – I ZR 114/04, GRUR 2007, 871, 874.

³²⁵ BGH 16.11.1995 – I ZR 229/93, GRUR 1997, 379, 380.

³²⁶ BGH 3.7.2003 – I ZR 297/00, GRUR 2003, 899, 900; Fromm/Nordemann/Jan Bernd Nordemann UrhG § 97 Rn. 34.

fassung der Unterlassungserklärung immer auch die konkrete Verletzungsform zu benennen.³²⁷

Damit die Wiederholungsgefahr ausgeschlossen ist, muss eine **angemessene Vertragsstrafe** vereinbart werden. Diese muss so hoch sein, dass sich die Wiederholung der Verletzungshandlung für den Verletzer wahrscheinlich nicht mehr rentiert und so weitere Verletzungen ausgeschlossen werden.³²⁸ Im Rahmen der Angemessenheit sind die Schwere der Verletzung, der Grad des Verschuldens, die wirtschaftliche Bedeutung des handelnden Unternehmens, die weitere Gefährlichkeit zu berücksichtigen und sonstige Umstände zu berücksichtigen.³²⁹ Hierbei ergeben sich einige Möglichkeiten die Vertragsstrafe festzusetzen. Es kann eine feste Vertragsstrafe (bestimmter Geldbetrag) oder eine Vertragsstrafe nach dem sog. „Hamburger Brauch“ vereinbart werden. Bei letzterer wird die Bestimmung der Höhe der Vertragsstrafe gemäß § 315 BGB wird dem Gläubiger nach dessen billigen Ermessen überlassen und im Zweifel vom Gericht nach § 315 Abs. 3 S. 2 BGB überprüft.³³⁰ Dieser Ermessensspielraum des Gläubigers bezüglich der Höhe der Vertragsstrafe im Falle der Verwirkung ist gerichtlich allerdings nur eingeschränkt überprüfbar, wobei die Gerichte beim Beurteilungsspielraum des Gläubigers oft einen großzügigen Maßstab anlegen und z. B. eine Überschreitung des als angemessen festgestellten Betrags um 33 % als zulässig angesehen.³³¹

Praxistipp:

Für den Unterlassungsgläubiger bietet der „Hamburger Brauch“ Vorteile. Aus Sicht des Unterlassungsschuldners ist bei der Vereinbarung des „Hamburger Brauchs“ Vorsicht geboten. Der Unterlassungsgläubiger kann bei einem erneuten Verstoß die Strafe großzügig bestimmen und darauf vertrauen, dass das überprüfende Gericht bei der Bemessung des Beurteilungsspielraums Großzügigkeit walten lässt und nur krasse Überschreitungen beanstandet. Der Unterlassungsschuldner sollte daher lieber eine fixe Vertragsstrafe versprechen oder aber den „Hamburger Brauch“ mit einem Höchstbetrag verbinden.

Zu beachten ist, dass das Vertragsstrafenversprechen als abstraktes Schuldversprechen angesehen wird, das gemäß §§ 780, 781 BGB der **Schriftform** bedarf.³³²

X. Gerichtliche Durchsetzung: Die einstweilige Verfügung

Falls eine außergerichtliche Beilegung des Verletzungsanspruchs keinen Erfolg hat, muss der Verletzte entscheiden, ob und wie er seine Rechte vor Gericht durchsetzt. In Betracht kommen die Durchsetzung im Wege eines Eilverfahrens (§§ 935 ff. ZPO) oder im Wege einer normalen Hauptsacheklage. Das Verfahren der einstweiligen Verfügung wird man wählen, wenn der Verletzungszustand bzw. die Bedrohungslage schnell abgestellt werden soll, da sonst nicht wieder gut zu machender Schaden droht. Für diesen Fall stellt die ZPO das Verfügungsverfahren als Eilverfahren zur Verfügung, bei dem der Sachverhalt unter vereinfachten Umständen glaubhaft gemacht und vom Gericht summarisch geprüft wird.

1. Die Dringlichkeit

Voraussetzung für den Erlass einer einstweiligen Verfügung ist der **Anspruchsgrund** oder die **Dringlichkeit**, die die besondere Eilbedürftigkeit des Verfügungsantrags rechtfertigt.

³²⁷ BGH 12.5.2010 – I ZR 121/08, CR 2010, 458 – Sommer unseres Lebens.

³²⁸ BGH 30.9.1993 – I ZR 54/91, GRUR 1994, 146, 147 f., Dreier/Schulze/Specht-Riemenschneider UrhG § 97 Rn. 61.

³²⁹ BGH 18.9.2014 – I ZR 76/13, GRUR 2015 258, Rn. 76; BGH 30.9.1993 – I ZR 54/91, GRUR 1994, 146, 147; Fromm/Nordemann/Jan Bernd Nordemann UrhG § 97 Rn. 33.

³³⁰ BGH 17.9.2009 – I ZR 217/07, GRUR, 2010 355, Rn. 30.

³³¹ LG Köln 24.11.2022 – 14 O 404/21, GRUR-RS 2022, 36161, Rn. 27 ff.

³³² BGH 1995, 678, 679 – Kurze Verjährungsfrist.

Andres als im UWG (S. § 12 Abs. 2 UWG) wird das Vorliegen der Dringlichkeit im Urheberrecht nicht vermutet, sondern ist vom Anspruchssteller gesondert darzulegen und glaubhaft zu machen. Dabei ist im Rahmen einer Gesamtbetrachtung auf die schutzwürdigen Belange des Antragstellers abzustellen. Insbesondere ist entscheidend, dass der Verletzte mit dem Antrag nicht zu lange wartet, wobei hier als Orientierung die von einigen Gerichten angenommene Monatsfrist herangezogen werden kann.³³³ Diese Dringlichkeitsfrist beginnt, wenn der Verletzte ohne eigene Versäumnisse über mindestens die Informationen verfügt, die für eine substantiierte Antragstellung erforderlich sind.

2. Der Verfügungsanspruch

186 Der Verfügungsanspruch ist der materiell-rechtliche Anspruch (in der Regel der Unterlassungsanspruch), der dem Verfahren zugrunde liegt. Da es nicht ausgeschlossen ist, dass eine einstweilige Verfügung vom Gericht auch ohne Anhörung der Gegenseite erlassen werden kann³³⁴, hat der verletzte Antragsteller hier alle Tatsachen vorzutragen und glaubhaft zu machen, die für die Begründung seines Anspruchs erforderlich sind. Glaubhaftmachungsmittel können sein: Urkunden, Inaugenscheinnahme, eidesstattliche Versicherungen (die den Zeugenbeweis im Hauptsacheverfahren ersetzen) sowie – falls es zu einer mündlichen Verhandlung kommt – präsenzte Zeugen.

3. Die Zustellung des Titels

187 Wenn die einstweilige Verfügung als Beschlussverfügung (ohne mündliche Verhandlung) erlassen wird, entfaltet sie gegenüber dem Verletzer nur dann rechtliche Wirkung, wenn sie ihm förmlich innerhalb der sogenannten Vollziehungsfrist von einem Monat im Parteiweg zugestellt wird (§ 929 Abs. 2 ZPO). Die Vollziehungsfrist beginnt mit dem Datum, an dem die Beschlussverfügung dem Antragsteller vom Gericht zugestellt wird. Bei einer mündlichen Verhandlung ergeht im Verfügungsverfahren ein Urteil, dass den Parteien durch das Gericht zugestellt wird.

4. Die Abschlusserklärung

188 Da eine einstweilige Verfügung nicht in Rechtskraft erwächst, braucht man ein anderes Instrument, um die Verfügung zu einer endgültigen Regelung zu machen, die nicht mehr angegriffen werden kann. Im Auge zu behalten ist dabei insbesondere die Verjährung des materiellrechtlichen Unterlassungsanspruch (§ 102 UrhG), deren Eintritt einen Antrag auf Aufhebung der Verfügung wegen geänderter Umstände nach § 927 ZPO zur Folge haben kann. Aus diesem Grund fordert der Antragsteller nach vollzogener einstweiliger Verfügung zur Abgabe der sogenannten Abschlusserklärung auf. Dies ist die Erklärung des Verletzers, dass er die Verfügung als endgültige Regelung anerkennt und dabei auf seine Rechte aus § 924 ZPO (Widerspruch), § 926 ZPO (Erzwingung der Hauptsache), § 927 ZPO (Antrag auf Aufhebung wegen veränderter Umstände und das Recht auf Berufung unwiderruflich verzichtet. Nach Abgabe einer solchen Erklärung kann die einstweilige Verfügung durch den Verletzer nicht mehr angegriffen werden und wird damit zu einer endgültigen Regelung, die einem rechtskräftigen Hauptsacheurteil gleichkommt.³³⁵ Auf der anderen Seite entfällt damit auch das Rechtsschutzbedürfnis für eine Hauptsacheklage durch den Verletzten, so dass die Angelegenheit damit endgültig befriedet wird.³³⁶ In der Regel geht man davon aus, dass dem Verletzer nach Zustellung der einstweiligen Verfügung eine Frist von 3–4 Wochen zu steht, um über die Abgabe einer Abschlusserklärung zu entscheiden. Erst danach kann der

³³³ OLG München Beck RS 2016, 16414 Rn. 80; OLG Hamm MMR 2009; 628; Schrickler/Loewenheim/Wimmers UrhG § 97 Rn. 341a.

³³⁴ Vgl. dazu aber BVerfG NJW 2021, 615 Rn. 19 ff.

³³⁵ Fromm/Nordemann/Jan Bernd Nordemann UrhG § 97 Rn. 213; Wandtke/Bullinger/Kefferpütz UrhG Vor zu §§ 97 ff. Rn. 149.

³³⁶ Fromm/Nordemann/Jan Bernd Nordemann UrhG § 97 Rn. 214; Köhler/Bornkamm/Feddersen/Köhler/Feddersen UWG § 12 Rn. 2.77; BGH GRUR 2009, 1096 Rn. 14.

Verletzte ihn (kostenpflichtig) zur Abgabe der Abschlusserklärung auffordern.³³⁷ Falls der Verletzer sich weigert, eine Abschlusserklärung abzugeben, bleibt dem Gläubiger als einzige Möglichkeit, um eine Aufhebung der Verfügung wegen Verjährung (§ 927 ZPO) zu verhindern, die Erhebung der Hauptsacheklage.

XI. Gerichtliche Durchsetzung: Das Hauptsacheverfahren

Eine Hauptsacheklage des Verletzten dient der Durchsetzung seiner Unterlassungs- und Schadensersatzansprüche gegen den Verletzten. Sie kommt dann in Betracht, wenn der Verletzte ein Eilverfahren nicht durchführen möchte (zB wegen Ablauf der Dringlichkeitsfrist oder der Komplexität der Angelegenheit), er neben dem Unterlassungsanspruch einen Schadensersatzanspruch durchsetzen möchte oder der Verletzte trotz Zustellung einer einstweiligen Verfügung keine Abschlusserklärung abgibt. Im Rahmen der Hauptsacheklage wird über die Angelegenheit nach den allgemeinen prozessualen Regeln unter Verwendung der normalen zivilprozessualen Beweismittel verhandelt. Falls bereits eine einstweilige Verfügung erlassen wurde und der Verletzer die Abschlusserklärung verweigert, birgt ein in der Regel bei demselben Gericht durchgeführtes Hauptsacheverfahren ein weiteres Kostenrisiko. 189

Soweit sich ein Schadensersatz beziffern lässt – bei Softwarepiraterie kommt etwa eine Berechnung nach der Lizenzhypothese in Betracht – kann der Verletzte diesen unmittelbar mit der Leistungsklage geltend machen. Oft aber kommt es vor, dass eine Bezifferung nicht möglich ist und zuerst noch weitere Informationen für die Schadensberechnung erforderlich sind. In diesem Fall empfiehlt sich die Erhebung eines Feststellungsantrags („Es wird festgestellt, dass die Beklagte zur Leistung von Schadensersatz dem Grunde nach verpflichtet ist.“). Der Feststellungsanspruch hemmt die Verjährung der Schadensersatzpflicht, die dann später im Wege der Leistungsklage in einem zweiten Verfahren geltend gemacht werden kann. Bei der Verletzung von Urheberrechtsansprüchen ist anerkannt, dass weder die Möglichkeit der Leistungsklage noch die einer Stufenklage das Rechtsschutzbedürfnis für die Feststellungsklage entfallen lässt.³³⁸ Eine andere Möglichkeit für die Durchsetzung des Schadensersatzanspruchs ist die Stufenklage. Bei dieser wird in derselben Klage in der ersten ein Auskunftsanspruch (§§ 101 UrhG, 242 BGB) erhoben und in der zweiten Stufe ein Leistungsanspruch hinsichtlich des sich aus der erteilten Auskunft ergebenden Schadensersatzes geltend gemacht. 190

XII. Urheberrechtliche Fragen im Zusammenhang mit künstlicher Intelligenz (KI)

Die Forschung zu künstlicher Intelligenz (KI) hat gerade in den letzten Jahren große Fortschritte gemacht. Dies gilt insbesondere für den Bereich des maschinellen Lernens, hervorgehoben dadurch, dass nunmehr viel größere Datenmengen und Rechnerkapazitäten zur Verfügung stehen als früher. Beim maschinellen Lernen lernt ein Algorithmus durch Wiederholungen aus der Struktur der Daten selbständig Probleme zu lösen. Eine besondere Rolle spielen hierbei neuronale Netze (KNN). Bei diesen handelt es sich um Netze, die aus mehreren hintereinandergeschalteten Schichten von künstlichen Neuronen bestehen, wobei jedes Neuron Eingänge (Eingaben) und einen sogenannten Aktivierungszustand hat, der die Ausgabe des Neurons an die jeweilige Folgeschicht von Neuronen steuert. Der Aktivierungszustand eines Neurons wiederum wird mit Hilfe eines besonderen Algorithmus bestimmt, der die Eingänge von der vorausgegangenen Neuronenschicht, die Gewichtung des jeweiligen Eingangs sowie eine sogenannte Aktivierungsfunktion einbezieht.³³⁹ Wenn solche 191

³³⁷ Wandtke/Bullinger/Kefferpütz UrhG Vorzu §§ 97 ff. Rn. 147; Fromm/Nordemann/Jan Bernd Nordemann UrhG § 97 Rn. 212; Dreier/Schulze/Specht-Riemenschneider UrhG § 97 Rn. 114; BGH GRUR 2015, 822.

³³⁸ BGH 17.5.2001 – I ZR 189/99, GRUR 2001, 1177 – Feststellungsinteresse II; BGH 15.3.2003 – I ZR 277/00, GRUR 2003, 900 – Feststellungsinteresse III.

³³⁹ Ebers/Heinze/Krügel/Steinrötter/Heinze/Wendorf § 9 Rn. 42.

neuronalen Netze verdeckte Neuronen-Schichten aufweisen, die nicht direkt mit der Eingabe- und der Ausgabe-Schicht verbunden ist, spricht man von „Deep Neural Networks“. Je größer der Umfang dieser verdeckten Neuronen-Schichten ist, desto komplexer sind die Probleme, die der Algorithmus lösen kann. Die Verbindungen der zwischen den Neuronen der hintereinandergeschalteten Neuronenschichten sind – wie dargestellt – unterschiedlich gewichtet, so dass je nach Eingabewert andere Verbindungen und andere Neuronen aktiviert werden.³⁴⁰ Bei der Entwicklung eines KNN wird dabei zunächst die ursprüngliche Topografie des neuronalen Netzes, dh die Schichten der künstlichen Neuronen sowie deren Verknüpfung, Gewichtungen und Aktivierungswerte im Ausgangszustand, geschaffen. Im daran anschließenden Trainingsprozess werden die Synapsengewichte weiter verändert und an die intendierte Funktionsweise angepasst. Hierzu wird mit Hilfe bekannter Trainingsdaten jeweils für eine bestimmte Eingabe eine gewünschte Ausgabe vorgegeben. Dadurch erfolgt eine Anpassung der Synapsenwerte, so dass sich die Topografie des neuronalen Netzes in Richtung des gewünschten Ergebnisses verschiebt.³⁴¹

- 192 Anwendungsbeispiele für maschinelles Lernen sind etwa Bildererkennung, Spracherkennung, Mustererkennung oder Prozessoptimierung.³⁴²
- 193 In urheber- und leistungsschutzrechtlicher Hinsicht sind bei der Betrachtung von künstlicher Intelligenz verschiedene Ebenen zu unterscheiden. Zum einen geht es um den Schutz der Software, die der künstlichen Intelligenz selbst zugrunde liegt. Daneben ist die Frage von Bedeutung, ob von einer künstlichen Intelligenz geschaffene Erzeugnisse urheberrechtlichen oder sonstigen Schutz genießen können und wer dann gegebenenfalls Schutzrechtsinhaber ist. Weiterhin ist zu klären, ob Schutzrechte Dritter durch das Training einer künstlichen Intelligenz (etwa durch sog. „Web-Scraping“) verletzt werden. Fraglich ist hierbei insbesondere, ob im Rahmen des Trainings Vervielfältigungen geschützter Gegenstände erfolgen. Soweit (besondere) personenbezogene Daten zum Training eingesetzt werden, kommt der Anonymisierung sowie den damit verbundenen datenschutzrechtlichen Fragestellungen und den Transparenzanforderungen nach der KI VO besondere Bedeutung zu³⁴³.

1. Die der künstlichen Intelligenz zugrundeliegende Software

- 194 Die zurzeit relevante technische Gestaltung von KI ist die der künstlichen neuronalen Netze (KNN). Ob ein solches KNN urheberrechtlichen Schutz als **Computerprogramm** (§ 69a UrhG) genießen kann, ist wohl immer noch umstritten. Im Allgemeinen wird ein Computerprogramm als eine Folge von Befehlen angesehen, die nach Aufnahme in einen maschinenlesbaren Träger fähig sind zu bewirken, dass eine Maschine mit informationsverarbeitenden Fähigkeiten eine bestimmte Funktion oder Aufgabe oder ein bestimmtes Ergebnis anzeigt, ausführt oder erzielt.³⁴⁴ Entscheidend ist also, dass der Code Steuerungsbefehle enthält, die eine Hardware zu einem bestimmten Verhalten veranlassen.³⁴⁵ Für die weitere Betrachtung empfiehlt es sich, zwischen einem trainierten und einem untrainierten KNN zu unterscheiden.
- 195 Beim trainierten KNN wird insbesondere kritische gesehen, dass die Funktionalitäten nicht im herkömmlichen Sinne von vornherein durch einen Programmierer festgelegt werden, sondern sich erst im Zuge des Trainings der KI entwickeln. Damit sei fraglich, ob es sich um ein Computerprogramm gemäß § 69a UrhG handle.³⁴⁶ Zudem könne man bei einem KNN nicht von Steuerungsfunktion sprechen, da es nicht bewirke, dass ein Computer

³⁴⁰ Ebers/Heinze/Krügel/Steinrötter/Heinze/Wendorf § 9 Rn. 43.

³⁴¹ Ebers/Heinze/Krügel/Steinrötter/Heinze/Wendorf § 9 Rn. 43 und 44.

³⁴² Fraunhofer Institut, Künstliche Intelligenz (KI) und maschinelles Lernen, <https://www.iks.fraunhofer.de/themen/kuenstliche-intelligenz.html>; Apel/Kaulartz RD 2020, 24 Rn. 2.

³⁴³ Verweis auf Kapitel Datenschutz und KI sowie Kapitel zum Datenrecht.

³⁴⁴ § 1 (i) der Mustervorschriften der WIPO s. GRUR 1979, 306; Dreier/Schulze/Dreier UrhG § 69a Rn. 12; OLG Hamburg CR 1998, 332, 333 f.; KG CR 2010, 424.

³⁴⁵ Schrickler/Loewenheim/Spindler UrhG § 69a Rn. 21a; Wandtke/Bullinger/Grützmaker UrhG § 69a Rn. 3; Schuster/Grützmaker/Schuster/Hunzinger UrhG § 69a Rn. 5; → [Verweis auf Teil B § 5 IV. 1. a).

³⁴⁶ Schuster/Grützmaker/Schuster/Hunzinger UrhG § 69a Rn. 5; Hartmann/Prinz DSRITB 2018, 769, 782 ff.

eine bestimmte Funktion oder Aufgabe oder ein bestimmtes Ergebnis anzeige, weil sich (wegen des autonomen Lernprozesses) die internen Vorgänge des KNN nicht nachvollziehen und damit eindeutig vorhersehen ließen.³⁴⁷ Allerdings kommt es nach dem gängigen Verständnis des Begriffs „Computerprogramm“ auf eine Nachvollziehbarkeit oder Vorhersehbarkeit nicht an. Entscheidend ist lediglich, dass das trainierte KNN einen Computer dazu veranlasst, aus Eingabewerten bestimmte Ergebnisse auszurechnen, also im Code enthaltene Steuerbefehle zu befolgen. Das trainierte KNN ist damit zumindest im Maschinencode als Computerprogramm nach § 69a UrhG anzusehen.³⁴⁸ Zum gleichen Ergebnis kommt man auch bei einem noch nicht trainierten KNN: Auch hier werden über die Neuronenschichten Ausgaben erzeugt, die einen Computer zu einem bestimmten Verhalten veranlassen, also als Steuerbefehle angesehen werden können.³⁴⁹ Es fehlt dabei lediglich an einer Zweckbestimmung, die über das bloße Ablaufen des Programms hinausgeht, was aber nicht Teil der Definition eines Steuerbefehls ist.³⁵⁰

Fraglich ist bei KI und KNN im Besonderen auch, ob überhaupt eine **eigene geistige Schöpfung** vorliegt. Bezweifeln kann man dies, da ein wesentlicher Teil der Gestaltung der Schichtentopografie selbsttätig im Rahmen des Trainings der KI, also gerade nicht durch einen menschlichen Programmierer erfolgt. Diese Sichtweise wäre allerdings zu kurz gegriffen. Da die Entscheidung über die Schichtenstruktur des neuronalen Netzes sowie die Gestaltung der Transformations- und Ordnungsfunktion regelmäßig durch Menschen erfolgen. Damit prägt ein menschlicher Entwickler die Topografie und folglich die wesentlichen Funktionselemente des KNN. Dies ist ausreichend, um die im Rahmen von § 69a UrhG geforderte eigene geistige Schöpfung zu bejahen, auch wenn die beim Trainingsprozess erfolgende Verschiebung der Gewichtungen und Aktivierungswerte an den Neuronen durch die KI autonom vorgenommen werden.³⁵¹ 196

Praxistipp:

Vieles ist hier immer noch umstritten. Insbesondere ist zu erwarten, dass auch bei der Schaffung neuronaler Netze die Schaffung der Netztopografie und der Optimierungsalgorithmen verstärkt automatisierte Prozesse eingesetzt werden (zB sog. Generic Breeding Algorithmen). Je weiter diese Entwicklung fortschreitet, desto weniger wird man bei einem KNN von einer menschlichen geistigen Schöpfung sprechen können. Gegenwärtig empfiehlt es sich allerdings, nach den obigen Grundsätzen von einer Schutzfähigkeit des KNN als Computerprogramm auszugehen. Damit gelten die bereits dargestellten Regeln zum Schutz von Computerprogrammen nach §§ 69a ff. UrhG und sonstigen anwendbaren Vorschriften in vollem Umfang auch hier. Urheber ist der Schöpfer des Programms, bei mehreren Programmierern kommt Miturheberschaft im Sinne des § 8 UrhG in Betracht.³⁵²

Nicht als Computerprogramm geschützt ist hingegen der **Algorithmus** der KI als solcher (zB ein Algorithmus, der das Training der KNN bestimmt). Hierbei handelt es sich nicht um Befehle mit einer gewissen Steuerungsfunktion für einen Computer, sondern lediglich um eine Art Anleitung für eine schrittweise Problemlösung. Solche bloßen Ideen oder Grundsätze genießen jedoch keinen urheberrechtlichen Schutz nach §§ 2 Abs. 2 S. 2, 69a UrhG zudem dürfte es auch an der erforderlichen Individualität im Sinne einer eigenen geistigen Schöpfung fehlen.³⁵³ Ein Schutz der Algorithmen kommt aber nach dem Geschäftsgeheim-

³⁴⁷ Hartmann/Prinz DSRITB 2018, 769, 780, 783 f.; Überblick bei Ebers/einze/Krügel/Steinrötter/Heinze/Wendorf § 9 Rn. 45 ff.

³⁴⁸ Ebers/einze/Krügel/Steinrötter/Heinze/Wendorf § 9 Rn. 47.

³⁴⁹ Ebers/einze/Krügel/Steinrötter/Heinze/Wendorf § 9 Rn. 49.

³⁵⁰ So aber Hartmann/Prinz DSRITB 2018, 769, 778 f.

³⁵¹ Ebers/einze/Krügel/Steinrötter/Heinze/Wendorf § 9 Rn. 52 f.; Ehinger/Stiemerling CR 2018, 761, 766; Hoeren/Sieber/Holznapel/Lampe, Teil 29.1 Rn. 26.

³⁵² Gräfe/Kahl MMR 2021, 121, 122; Ehinger/Stiemerling CR 2018, 761, 766; Apel/Kaulartz RD 2020, 24 Rn. 13 ff. Ebers/Heinze/Krügel/Steinrötter/Heinze/Wendorf § 9 Rn. 37–53.

³⁵³ Hoeren/Sieber/Holznapel/Lampe, Teil 29.1 Rn. 26.

nisgesetz in Frage, wenn die Voraussetzungen des § 2 Abs. 1 GeschGehG vorliegen. Danach darf der konkrete Algorithmus nicht allgemein bekannt sein und muss über einen gewissen wirtschaftlichen Wert verfügen. Zudem müssen berechnete Interessen an der Geheimhaltung bestehen und die Information muss durch angemessene Geheimhaltungsmaßnahmen geschützt sein.³⁵⁴

2. Die von der künstlichen Intelligenz geschaffenen Erzeugnisse

- 198 Fraglich ist, ob die von einer künstlichen Intelligenz geschaffenen Erzeugnisse Schutz nach dem Urheberrechtsgesetz genießen und wer gegebenenfalls der Inhaber derartiger Schutzrechte ist. Dies ist immer dann relevant, wenn eine KI selbstständig etwa Bilder kreiert, Musikstücke schreibt oder Sprachwerke erstellt. Hier käme theoretisch ein **urheberrechtlicher Schutz** an den Erzeugnissen in Betracht. Als Beispiel wird häufig das sogenannte Rembrandt-Projekt von KI-Experten der Universität Delft genannt. Bei diesem erkennt eine Software anhand vorhandener Werke des Malers Rembrandt gewissermaßen dessen „Handschrift“ und generiert sodann mittels eines 3D-Druckverfahrens neue einzigartige Kunstwerke im Stil des verstorbenen Künstlers.³⁵⁵ Einige Jurisdiktionen wie etwa Großbritannien, Neuseeland oder Irland scheinen keine Schwierigkeiten damit zu haben, ein Urheberrecht an den Erzeugnissen zu bejahen und dessen Inhaberschaft dem Programmierer der KI-Software zuzusprechen.³⁵⁶
- 199 Im deutschen Urheberrecht kommt nach ganz herrschender Meinung ein Schutz durch das Urheberrecht bei einem von einer KI eigenständig geschaffenen Erzeugnis nicht in Frage, selbst wenn im Übrigen die Voraussetzungen für ein urheberrechtlich schutzfähiges Werk vorlägen, da keine menschliche Schöpfung vorliegt.³⁵⁷ § 2 Abs. 2 UrhG erfordert für den Urheberrechtsschutz eine persönliche geistige Schöpfung, was aber ein **menschliches geistiges Schaffen** erfordert. An einem solchen fehlt es jedoch, wenn eine KI autonom und ohne jede kreative Entscheidung eines Menschen agiert. Deshalb kommt tierischen oder maschinellen Erzeugnissen kein Schutz durch das Urheberrecht zu, zumal es hier bereits an der erforderlichen Rechtsfähigkeit des Schöpfers fehlen würde.³⁵⁸ Der EuGH hat sich bislang noch nicht mit der Frage der urheberrechtlichen Schutzfähigkeit von Erzeugnissen befasst, die von einer KI erstellt wurden. Dennoch geht auch er in ständiger Rechtsprechung davon aus, dass der Urheberrechtsschutz die persönliche geistige Schöpfung eines Menschen erfordert, wobei der EuGH von „Originalität“ spricht.³⁵⁹ Auch eine Zurechnung des Erzeugnisses zum Programmierer als Schöpfer des Programms scheidet aus, da der Programmierer an der schöpferischen Leistung, die dem Erzeugnis zugrunde liegt, nicht beteiligt ist.³⁶⁰ Zum ersten Mal in der EU entschied jüngst ein tschechisches Gericht (Stadtgericht Prag) über die Frage und stellte klar, dass auch nach tschechischem Urheberrecht ein Urheberrechtsschutz eines autonom von einer KI erstellten Erzeugnis ausscheidet, da im tschechischen Urhebergesetz ausdrücklich geregelt sei, dass der Urheber eines Werks eine natürliche Person sein müsse. Die Frage, welche Qualität Prompts haben müssen, um auf diesem Weg einen Urheberrechtsschutz zu erreichen, wurde leider offengelassen.³⁶¹
- 200 Eine Ausnahme könnte nur dann bestehen, wenn die KI nicht vollständig unabhängig agiert, sondern ein Mensch diese als Hilfsmittel oder Werkzeug für die Anfertigung einer ei-

³⁵⁴ Hoeren/Sieber/Holznapel/Lampe, Teil 29.1 Rn. 30.

³⁵⁵ Leupold/Wiebe/Glossner/Scheufen, IT-Recht, Teil 9.6.2 Rn. 2.

³⁵⁶ Leupold/Wiebe/Glossner/Scheufen, IT-Recht, Teil 9.6.2 Rn. 3 mWN.

³⁵⁷ Krone RD 2023, 117 Rn. 22; Lauber-Rönsberg GRUR 2019, 244, 251; Legner ZUM 2019, 807, 809; Bomhard/Gajek RD 2021, 472 Rn. 6; Gräfe/Kahl MMR 2021, 121, 125.

³⁵⁸ Leupold/Wiebe/Glossner/Scheufen, IT-Recht, Teil 9.6.2 Rn. 5; Ory/Sorge NJW 2019, 710 ff.; Legner ZUM 2019, 807 ff.; Lauber-Rönsberg GRUR 2019, 244 ff.; Dornis GRUR 2019, 1252 ff.; Albes BRZ 2020, 73 ff.; Dornis GRUR 2021, 784 ff.; Kögel InTeR 2023, 179, 182.

³⁵⁹ EuGH GRUR 2012, 386; Schrickler/Loewenheim/Loewenheim/Leistner UrhG § 2 Rn. 41.

³⁶⁰ Schrickler/Loewenheim/Loewenheim/Leistner UrhG § 2 Rn. 41.

³⁶¹ Alessandro Cerri on IPKAT, Czech court finds that AI tool DALL-E cannot be the author of a copyright work – <https://ipkitten.blogspot.com/2024/04/czech-court-finds-that-ai-tool-dall-e.html>.

genen geistigen Schöpfung einsetzt.³⁶² Denkbar sind etwa Fälle, in denen der KI-Nutzer mit Hilfe der Prompts viele und sehr genaue Vorgaben für das zu erstellende Ergebnis macht. Diese Prompts müssen allerdings so konkret sein, dass das Erzeugnis der KI als Werk des Prompters anzusehen ist und dieser nicht selbst durch das Ergebnis überrascht wird.³⁶³ Hier wäre dann aber im Rahmen der Sachverhaltswürdigung zu bestimmen, wieviel an eigenschöpferischem Anteil tatsächlich von der natürlichen Person stammt und welcher Anteil dem autonomen Agieren der KI zuzurechnen ist. Leider ist hier noch vieles ungeklärt.

Zu überlegen wäre, ob bei von einer KI selbsttätig geschaffenen Bildern gemäß § 72 UrhG ein Schutz als Lichtbilder oder zumindest als Erzeugnisse, die ähnlich wie Lichtbilder hergestellt werden, in Frage kommt. Eine Schwierigkeit in diesem Zusammenhang ist, dass der klassische Schutz als Lichtbild oder lichtbildähnliches Erzeugnis die Wiedergabe eines vorhandenen Bildgegenstands voraussetzt, der durch ein technisches Verfahren aufgezeichnet wird,³⁶⁴ wohingegen die durch eine KI erzeugten Bilder in aller Regel keine klassischen Fotografien sind, sondern im Wege der Computeranimation digital erzeugt werden.

Ob Computeranimationen überhaupt nach § 72 UrhG geschützt werden, wird in der Literatur kontrovers diskutiert und von der Rechtsprechung überwiegend abgelehnt.³⁶⁵ Für einen Schutz nach § 72 UrhG wird verschiedentlich ins Feld geführt, dass der Gesetzgeber bei der Urheberrechtsreform von 1965 selbst gezeigt habe, dass er im Bereich mechanischer Vervielfältigungen auch künftige Entwicklungen berücksichtigen wollte. Damit sei es angebracht, auch und mit Hilfe der Digitaltechnik veränderte oder neukomponierte Bilder dem Lichtbildschutz zu unterstellen.³⁶⁶ Von anderer Seite wird dies abgelehnt, da bei computer-generierten Bildern – anders als bei der Fotografie – keine Verarbeitung von Lichtreizen, sondern lediglich von elektronischen Befehlen vorliege.³⁶⁷ Das LG Berlin und das Kammergericht sahen zwar einen Wertungswiderspruch darin, dass am Computer hergestellte Bilder nicht als lichtbildähnliche Erzeugnisse nach § 72 UrhG geschützt würden, waren aber der Auffassung, dass dies vom Gesetzgeber gelöst werden müsse.³⁶⁸

Letztlich kann dies dahingestellt bleiben, da man hinsichtlich der „menschlichen“ Komponente vergleichbare Erwägungen anstellen muss wie bei urheberrechtlich geschützten Werken nach § 2 UrhG. Zwar handelt es sich bei § 72 UrhG in erster Linie um ein Leistungsschutzrecht, jedoch setzt auch der Lichtbildschutz ein Mindestmaß an persönlicher geistiger Leistung voraus, die regelmäßig in der Fertigkeit beim Bedienen technisch oft komplizierter Apparate, der Wahl der Entfernung und des Blickwinkels oder der Ausleuchtung des Motivs liegt. Der Grad an Individualität, der für ein Lichtbildwerk gemäß § 2 Abs. 1 Nr. 5 UrhG erforderlich ist, muss nicht erreicht werden.³⁶⁹ Im Rahmen des Lichtbilderschutzes erfordert die persönliche geistige Leistung – wie auch beim Urheberrecht – die Leistung einer natürlichen Person,³⁷⁰ also ein menschliches geistiges Schaffen. Wenn die KI computeranimierte Bilder oder auch reale Fotografien selbstständig erstellt, liegt eine derartige menschliche geistige Leistung nicht vor. Für eine persönliche geistige Leistung wäre es auch nicht auszeichnend, dass eine natürliche Person entscheiden kann, wann die KI den Aufnahmevorgang in Gang setzt, solange die eigentliche Herstellung des Bildes durch die KI autonom erfolgt.³⁷¹ Daher scheidet ein Schutz der KI-Erzeugnisse gemäß § 72 UrhG aus.

³⁶² Krone RD 2023, 117 Rn. 24.

³⁶³ Baumann NJW 2023, 3673 Rn. 25; Maamar ZUM 2023, 481, 490.

³⁶⁴ Schrickler/Loewenheim/Loewenheim/Leistner UrhG § 2 Rn. 208 in Bezug auf Lichtbildwerke.

³⁶⁵ Schrickler/Loewenheim/Vogel UrhG § 72 Rn. 75.

³⁶⁶ Dreier/Schulze/Schulze UrhG § 72 Rn. 7 f.

³⁶⁷ Schrickler/Loewenheim/Vogel UrhG § 72 Rn. 28; Conraths MMR 2021, 457, 460; OLG Köln GRUR-RR 2010, 141, 142 – Messestände; OLG Hamm ZUM 2004, 927, 928 – Übernahme von Teilen einer Website.

³⁶⁸ LG Berlin ZUM 2017, 955, 957 f.; KG GRUR 2020, 280 Rn. 9 – Produktbilder; Dreier/Schulze/Schulze UrhG § 72 Rn. 8.

³⁶⁹ Schrickler/Loewenheim/Vogel UrhG § 72 Rn. 34; BGH GRUR 2019, 284 Rn. 23, 26 – Museumsfotos; BGH ZUM 2019, 335.

³⁷⁰ Schrickler/Loewenheim/Vogel UrhG § 72 Rn. 57; Ebers/Heinze/Krügel/Steinrötter/Heinze/Wendorf § 9 Rn. 68, 69; LG Berlin GRUR 1990, 270 – Satellitenfoto.

³⁷¹ Conraths MMR 2021, 457, 460.

- 204 Anders ist die Frage beim **Laufbilderschutz gemäß § 95 UrhG** zu beurteilen. Laufbilder sind Bildfolgen bzw. Bild- und Tonfolgen, die bei der Vorführung, der Sendung oder dem Ablauf den Eindruck des bewegten Bildes entstehen lassen, dabei aber nicht die Werkqualität gemäß § 2 UrhG erreichen.³⁷² Anders als beim Lichtbilderschutz nach § 72 UrhG ist im Bereich der Laufbilder jedoch keinerlei persönliche geistiger Leistung erforderlich, vielmehr kann jede Art von Bildfolge den Erfordernissen des § 95 UrhG genügen, selbst wenn sie überhaupt keine geistige Leistung beinhaltet.³⁷³ Geschützt sein können somit auch bloße Naturaufnahmen³⁷⁴, Aufnahmen von Sportveranstaltungen³⁷⁵ oder Amateurfilme von Urlaubsreisen.³⁷⁶ Die schöpferische geistige Leistung eines Menschen ist folglich keine Schutzvoraussetzung des Laufbilderschutzes.³⁷⁷ Da Bildfolgen, die von einer KI autonom generiert werden nach einhelliger Auffassung nie wegen Fehlens der menschlichen geistigen Leistung im Sinne von § 2 Abs. 2 UrhG als urheberrechtliches Werk angesehen werden können, entfallen die sonst zu treffenden Abgrenzungen zwischen Filmwerk und Laufbildern, so dass bei KI-generierten Bildfolgen der Laufbilderschutz grundsätzlich immer einschlägig ist.
- 205 Zudem ist es auch keine Voraussetzung des § 95 UrhG, dass die Filme natürliche Gegenstände abbilden. Vielmehr reicht es auch aus, wenn die Bildsequenzen durch Computeranimation oder anderweitig virtuell erzeugt werden, wie dies etwa bei Videospielen der Fall ist. Angesichts einer vergleichbaren wirtschaftlich-organisatorischen Leistung können auch diese Bildfolgen dem Leistungsschutz unterfallen.³⁷⁸ Anders als bei Lichtbildern stellt nämlich § 95 UrhG schon nach dem Gesetzeswortlaut nach nur auf das Vorliegen eines Bewegtbilds ab. Ein besonderes Aufnahmeverfahren wird nicht festgelegt, ebenso wenig wird eine fotografische, magnetische oder digitale oder sonstige Aufzeichnung als erforderlich angesehen.³⁷⁹ Geschützt wird durch § 95 UrhG die wirtschaftliche und organisatorische Leistung des Filmherstellers.³⁸⁰ Inhaber des Leistungsschutzrechts ist daher – wendet man die allgemeinen Grundsätze an – die natürliche oder juristische Person, die für den Einsatz der KI verantwortlich ist.³⁸¹

Praxistipp:

Im Bereich der KI ist vieles noch ungeklärt, allerdings sind die praktischen Anwendungsfälle für die beschriebenen Fallgruppen nicht mehr so weit entfernt. Es ist naheliegend und teilweise auch schon Realität, als künstliche Intelligenzen virtuelle Bilder oder bewegte Bildsequenzen (zB für Websites) autonom erstellen. Wenn man Rechte an diesen Erzeugnissen der KI (etwa mittels Laufbilderschutz) gerichtlich geltend machen will, betritt man völliges Neuland und kann sich auf das Ergebnis keineswegs verlassen. Zudem mutet es widersprüchlich an, dass von einer KI geschaffene unbewegte Bilder weder dem Urheberrecht nach § 2 Abs. 1 Nr. 5 UrhG noch dem Leistungsschutz nach § 72 UrhG unterliegen sollen, wohingegen bei bewegten Bildfolgen das Leistungsschutzrecht nach § 95 UrhG eingreifen soll.

- 206 Hingegen scheidet ein Schutz der von einer KI erzeugten Ergebnisse (zB Softwareprodukte oder Bilder) über das **Leistungsschutzrecht des § 87a UrhG (Datenbankrecht)** aus. Der Schutz eines Erzeugnisses als Datenbank setzt sowohl nach § 87a Abs. 1 UrhG als auch

³⁷² Schrickler/Loewenheim/Katzenberger/N. Reber UrhG § 95 Rn. 6; Dreier/Schulze/Schulze UrhG § 95 Rn. 6.

³⁷³ Conraths MMR 2021, 457, 460; Schrickler/Loewenheim/Katzenberger/N. Reber UrhG § 95 Rn. 9.

³⁷⁴ BGHZ 9, 262, 268 – Lied der Wildbahn.

³⁷⁵ OLG München ZUM-RD 1997, 290, 293 – Boxkampfaufzeichnung.

³⁷⁶ Schrickler/Loewenheim/Katzenberger/N. Reber UrhG § 95 Rn. 12.

³⁷⁷ Conraths MMR 2021, 457, 460; aA ohne nähere Begründung Kögel InTeR 2023, 179, 183.

³⁷⁸ Dreier/Schulze/Schulze UrhG § 95 Rn. 9; Schrickler/Loewenheim/Katzenberger/N. Reber UrhG § 95 Rn. 12; Wandtke/Bullinger/Czernik UrhG § 95 Rn. 5; Ebers/Heinze/Krügel/Steinrötter/Heinze/Wendorf § 9 Rn. 71.

³⁷⁹ Wandtke/Bullinger/Czernik UrhG § 95 Rn. 5.

³⁸⁰ BGH GRUR 2014, 363 Rn. 23 – Peter Fechter; Dreier/Schulze/Schulze UrhG § 95 Rn. 2.

³⁸¹ Conraths MMR 2021, 457, 460.

nach Erwg. 17 der Datenbankrichtlinie voraus, dass es sich bei dem geschützten Gegenstand um eine Sammlung von Werken, Daten oder anderen unabhängigen Elementen handeln, die systematisch oder methodisch angeordnet und einzeln zugänglich sind.³⁸² Bei einem einheitlichen KI-Erzeugnis wie etwa einem zusammenhängenden Text oder auch bei einem von einer KI generierten Programmcode liegen diese Voraussetzungen aber nicht vor. Zum einen fehlt es an der Unabhängigkeit der Einzelemente. Selbst wenn man nämlich Einzelemente selbständig ansteuern und extrahieren könnte, wären sie doch inhaltlich so aufeinander bezogen, dass eine Unabhängigkeit im Sinn des Gesetzes nicht vorliegt.³⁸³ Zum anderen ist auch das Merkmal der systematischen und methodischen Anordnung der Datenfragmente im Sinne von § 87a Abs. 1 S. 1 UrhG nicht gegeben, da sich bei diesen die Anordnung in der Einfügung in ein Gesamtwerk erschöpft, nicht aber der Lokalisierung der unabhängigen Einzelemente dient. Zudem sind die Datenfragmente (zB bei Software) in der Regel auch gar nicht einzeln zugänglich.³⁸⁴

3. Das Training der künstlichen Intelligenz

a) **Grundfragen.** Um autonom agieren zu können, muss eine KI „trainiert“ werden Dies 207 bedeutet, dass die KI in automatisierter Form eine Vielzahl von Daten auswerten muss, um die darin enthaltenen Muster und Zusammenhänge zu verarbeiten und zu speichern. Dies erfolgt (wie zB im Fall der KI public „ChatGPT“) häufig durch Zugriff auf alle möglichen Daten im Internet im Wege des sogenannten „Web-Scraping“, wobei es sich um ungeschützt, frei zugängliche Daten, aber auch um urheberrechtlich oder anderweitig geschützte Daten (zB journalistische Beiträge) handeln kann.³⁸⁵ Bei diesem Verfahren durchsucht die KI das Internet und greift auf möglichst viele Dateien (zB Bilddaten, Texte, Musikstücke) zu, um diese für ihre Zwecke auszuwerten. Die KI wertet diese Daten nach statistischen Grundsätzen aus und speichert **Zusammenhänge, Gestaltungsmuster und Gestaltungsalternativen**, um auf diesem Weg die Grundlage für eigene, autonome Gestaltungen zu schaffen. Dabei wird nicht mittels „copy & paste“ auf bestehenden Dateien zurückgegriffen, verwandt werden in der Regel vielmehr die aus der Datenanalyse abgeleiteten Gestaltungswege. Falls es sich bei den Daten, auf die zugegriffen wird, um schutzfähige Werke handelt, stellt sich die Frage, inwieweit durch den Zugriff der KI in die jeweiligen Schutzrechte Dritter eingegriffen wird. In Frage kommen Urheberrechte, aber auch Leistungsschutzrechte wie etwa der Lichtbildschutz gemäß § 72 UrhG. Dabei ist ein Zugriff auf im Internet veröffentlichte Daten und deren Auswertung im Grundsatz frei. Probleme entstehen aber dann, wenn im Rahmen dieser Auswertung eine Vervielfältigung stattfindet, die weder durch eine Einwilligung noch durch eine Schrankenbestimmung (insbesondere das Text und Data Mining, § 44b UrhG) gedeckt ist, § 16 UrhG.

b) **Verarbeitung nicht geschützter Daten.** Der Zugriff auf und die Verarbeitung von nicht 208 durch Urheber- oder Leistungsschutzrechte geschützter Einzeldaten im Rahmen des Trainings einer KI begegnet grundsätzlich keinen rechtlichen Bedenken nach dem Urheberrechtsgesetz. Beispiele sind etwa Wetterdaten, Wirtschaftsdaten oder Börsendaten. Sofern es sich bei diesen Daten allerdings um personenbezogene Daten im Sinne von § 4 Nr. 1 DSGVO handelt, sind die Anforderungen der DSGVO zu beachten.³⁸⁶]

c) **Eingriff in fremde Urheber- oder Leistungsschutzrechte.** Interessant in diesem Zusammen 209 hang sind einige aktuelle Fälle aus den USA. Hier haben verschiedene Autorinnen und Autoren Klagen gegen die Firma OpenAI LP, die Betreiberin der KI „ChatGPT“ ist, eingereicht. Im Einzelnen handelt es sich hierbei um die Autorinnen und Autoren Mona Awad, Paul Tremblay, Sarah Silvermann, Richard Kadrey und Christopher Golden. Gegenstand der

³⁸² RL 96/9/EG des Europäischen Parlaments und des Rates v. 11.3.1996 über den rechtlichen Schutz von Datenbanken.

³⁸³ Ebers/Heinze/Krügel/Steinrötter/Heinze/Wendorf § 9 Rn. 74; Wandtke/Bullinger/Hermes UrhG § 87a Rn. 98; Baumann NJW 2023, 3673 Rn. 28.

³⁸⁴ Ebers/Heinze/Krügel/Steinrötter/Heinze/Wendorf § 9 Rn. 74; Baumann NJW 2023, 3673 Rn. 28.

³⁸⁵ Gräfe/Kahl MMR 2021, 121, 123.

³⁸⁶ Dazu im Einzelnen → [Verweis].

Klagen war die Feststellung, dass „ChatGPT“ in der Lage war, Zusammenfassung ihrer Bücher zu erstellen. Daraus leiteten die Kläger ab, dass die KI zwangsläufig diese Bücher verarbeitet haben musste, da sie sonst nicht in der Lage gewesen wäre, Zusammenfassungen zu erstellen. Darin sehen die Kläger eine Verletzung ihrer Urheberrechte. Zu erwähnen ist auch die Class Action der US-amerikanischen Authors' Guild, die diese im Namen zahlreicher bekannter Autoren wie John Grisham, Jonathan Franzen oder Michael Connelly im September 2023 vor dem District Court für den Southern District of New York eingereicht hat. Auch hier wird OpenAI vorgeworfen, ChatGPT habe in großem Umfang E-Books aus illegalen Datensätzen zu Trainingszwecken kopiert.³⁸⁷ Zu erwähnen ist außerdem die Klage von The New York Times Company gegen Microsoft Corp und OpenAI vom 27.12.2023, mit der den Beklagten untersagt werden soll, ChatGPT zum Training von Chatbots mit New-York-Times-Inhalten untersagt werden soll, da hierin ein unrechtmäßiges Kopieren und Verwenden von einzigartig wertvollen Werken der New York Times liege.³⁸⁸

- 210 Nach deutschem Urheberrecht ist die automatisierte Auswertung von durch Urheberrechte oder Leistungsschutzrechte geschützten Daten zum Zweck des Trainings einer KI grundsätzlich erlaubnisfrei möglich, da die reine Rezeption von Werken keine urheberrechtlich relevante Nutzungshandlung gemäß § 15 UrhG darstellt.³⁸⁹ Eine urheberrechtlich relevante Nutzungshandlung in Bezug auf fremde Urheber- oder Leistungsschutzrechte (zB an Texten, Bildern oder Videos) kommt dann in Betracht, wenn im Rahmen des KI-Trainings (Zwischen-)Speicherungen erfolgen, die den Tatbestand der Vervielfältigung nach § 16 UrhG erfüllen. Dies ist beim KI-Training regelmäßig der Fall, da die Trainingsdaten erst so aufbereitet werden müssen, dass die relevanten Informationen auch entsprechend verarbeitet werden können.³⁹⁰ Insbesondere wird für gewöhnlich aus den Einzeldateien zuerst einmal eine möglichst große Datensammlung (der sog. Korpus) erstellt, die dann für das Training des neuronalen Netzes verwendet wird. Die KI nimmt folglich für die Auswertungen zumindest Zwischenspeicherungen der besagten Dateien in ihren Systemen vor, die danach in der Regel wieder gelöscht werden.³⁹¹
- 211 Voraussetzung der Annahme einer Vervielfältigung ist, dass die Speicherung in einer Weise erfolgt, dass die gespeicherten Dateien menschlichen Sinnen wieder wahrnehmbar gemacht werden können. Daher kommt es nicht darauf an, ob die Daten digital gespeichert werden oder ob sie in einzelne Portionen zerlegt werden, die im KI-Modell „zerstreut“ abgelegt sind. Entscheidend ist bei den Zwischenspeicherungen lediglich, dass die ursprünglichen Werke wieder rekonstruiert werden können.³⁹² Die Anforderungen an die Rekonstruierbarkeit sind dabei nicht allzu hoch und dürften in der Regel vorliegen. Eine urheberrechtlich relevante Vervielfältigung dürfte im Einzelfall lediglich dann entfallen, wenn die Dateien nur in so kleinen Auszügen übernommen werden, dass diese für sich nicht die wesentlichen Grundzüge des Werks widerspiegeln und damit keinen urheberrechtlich relevanten Werkteil darstellen.
- 212 Nach dem Ende des Trainings eines künstlichen neuronalen Netzes werden die verwendeten Werke in der Regel wieder gelöscht. Von vielen Autoren wird davon ausgegangen, dass dann in dem KI-System das Werk oder Teile davon nicht gespeichert werden. Permanent gespeichert werden vielmehr nur sogenannte Gewichtungsinformationen, also statistische Daten über die Wahrscheinlichkeiten bestimmter Gestaltungsvarianten in bestimmten Konstellationen. Zum Beispiel bei den Large Language Models von ChatGPT stellt sich dies (vereinfacht) so dar, dass einzelne Wörter oder auch Wortelemente angesichts der schon vorhandenen Wörter mit einem Wahrscheinlichkeitswert versehen und auf dieser Grundlage

³⁸⁷ Class Action Authors' Guild et al. v. OpenAI Inc. et al., United States District Court Southern District of New York, case 1:23-cv-08292.

³⁸⁸ Complaint The New York Times Company v. Microsoft Corporation, OpenAI, Inc. et al., United States District Court Southern District of New York, case 1:23-cv-1195; Mehlan MMR-Aktuell 2024, 01264.

³⁸⁹ Dreier/Schulze/Schulze UrhG § 15 Rn. 20; Wandtke/Bullinger/Heerma UrhG § 15 Rn. 10; Kögel InTeR 2023, 179, 180.

³⁹⁰ Kögel InTeR 2023, 179, 180.

³⁹¹ Pukas GRUR 2023, 614, 615; Gräfe/Kahl MMR 2021, 121, 124.

³⁹² Pesch/Böhme GRUR 2023, 997, 1005.

vom Algorithmus dem Text hinzugefügt werden. Daraus wird gefolgert, dass in diesen Fällen eine Vervielfältigung nicht vorliege, weil das ursprüngliche Werk nicht mehr in reproduzierbarer Form vorliege, sondern nur die Gewichtungsinformationen vorhanden seien.³⁹³ Deswegen sei etwa auch ChatGPT grundsätzlich nicht in der Lage, Textpassagen aus Originalwerken wörtlich wiederzugeben.³⁹⁴ Für diese Argumentation spricht, dass in den Gewichtungsparemtern eine einfach reproduzierbare Speicherung, die menschlichen Nutzern wahrnehmbar gemacht werden kann, nicht ohne weiteres gesehen werden kann.

Ausnahmsweise kann es aber auch vorkommen, dass einzelne Werke oder zumindest schutzrechtlich relevante Teile davon als echte Vervielfältigungen in der KI abgelegt und von dieser genutzt werden. In diesem Fall ist der Vervielfältigungstatbestand auf jeden Fall verwirklicht und ein Rechtfertigungstatbestand ohne Lizenzierung nur schwer zu erkennen. Insbesondere die Schrankenbestimmung des § 44b UrhG hilft hier nicht weiter, da die Speicherung nur so lange erfolgen darf, wie sie für die Informationsgewinnung erforderlich ist (§ 44b Abs. 2 S. 2 UrhG.³⁹⁵ Allerdings sind aufgrund der komplexen Technik Abgrenzungs- und Beweisschwierigkeiten vorhersehbar.³⁹⁶

Beim Einsatz einer KI ist der richtige Adressat von möglichen Verletzungsansprüchen (insbesondere auf Unterlassung, Auskunft und Schadensersatz) diejenige natürliche oder juristische Person, die unter wirtschaftlichen und organisatorischen Aspekten als Anbieter der KI anzusehen ist. Dies ist nicht zwangsläufig der Programmierer der Software, sondern regelmäßig die Person, die die KI einsetzt. Wenn man die allgemeinen haftungsrechtlichen Grundsätze anwendet, ist von einer Haftung als Täter im Sinn des § 97 UrhG auszugehen, da der Anbieter durch den Einsatz der KI die unbefugten Vervielfältigungen beim Training adäquat kausal veranlasst hat oder sie sich zumindest zurechnen lassen muss.³⁹⁷ Selbst wenn der Anbieter aufgrund der Unkenntnis der Arbeitsweise der Algorithmen keine konkrete Kenntnis von jedem einzelnen rechtsverletzenden Vorgang hat, genügt es jedoch, dass der Anbieter weiß, dass beispielsweise im Wege des „Web Scraping“ auf eine große Anzahl verfügbarer Dateien zugegriffen wird. Es entspricht der allgemeinen Lebenserfahrung, dass hierunter geschützte Werke sind und der Zugriff ohne Erlaubnis vom Rechtsinhaber eventuell ausgeschlossen wurde, so dass von vorsätzlichem Handeln, wenigstens aber dolus eventualis ausgegangen werden kann.³⁹⁸

d) Rechtfertigung durch Schrankenbestimmungen? Zu überlegen ist, inwieweit bei Vorliegen einer Vervielfältigung im Sinne des § 16 UrhG eine Rechtfertigung durch urheberrechtliche Schrankenbestimmungen gemäß §§ 44a ff. UrhG in Betracht kommt. Dies wird dann relevant, wenn man davon ausgeht, dass eine Vervielfältigung ausschließlich dann vorliegt, wenn die Werke zum Zweck des Trainings vorübergehend gespeichert und nach Zweckerreichung unverzüglich wieder gelöscht werden. Dauerhafte Speicherungen von Werken oder Werkteilen in der KI können durch Schrankenbestimmungen nicht gedeckt sein.

Vereinzelt wird eine Anwendbarkeit des § 44a UrhG, Art. 5 InfoSoc-RL³⁹⁹ bejaht, wenn die Vervielfältigung zum Zweck des KI-Trainings lediglich im Arbeitsspeicher der KI erfolgt und die dort gespeicherten Dateien ständig überschrieben werden.⁴⁰⁰ Dieser Ansicht ist allerdings nicht zu folgen, selbst wenn im Rahmen des Trainingsprozesses die Vervielfältigungen nur vorübergehender Natur sein sollten. Da nämlich die einzelnen Iterationen des Trainingsprozesses nicht nur ein untergeordneter integraler Bestandteil eines technischen

³⁹³ Stephen Wolfram (2023), „What Is ChatGPT Doing ... and Why Does It Work?“, Stephen Wolfram Writings. writings.stephenwolfram.com/2023/02/what-is-chatgpt-doing-and-why-does-it-work; Krone RDI 2023, 117, 120; Baumann, NJW 2023, 3673 Rn. 11.

³⁹⁴ Pesch/Böhme GRUR 2023, 997, 1004; Kögel InTeR 2023, 179, 180; Wilmer KuR 2023, 233 f.

³⁹⁵ Dazu im einzelnen → [Verweis auf Rn. zu §§ 44b].

³⁹⁶ Vgl. Pesch/Böhme GRUR 2023, 997, 1005.

³⁹⁷ Dreier/Schulze/Specht-Riemenschneider UrhG § 97 Rn. 24.

³⁹⁸ Vgl. EuGH 22.6.2021, C-682/18 u. 683/18 Rn. 35 – Youtube und Cyando; OLG Hamburg GRUR-RR 2013, 382 – Hörspiel; LG Hamburg MMR 2020, 875; Dreier/Schulze/Specht-Riemenschneider UrhG § 97 Rn. 26.

³⁹⁹ RL 2001/29/EG v. 22.5.2001.

⁴⁰⁰ Gräfe/Kahl MMR 2021, 121, 124.

Verfahrens sind, sondern wegen ihrer Auswirkungen auf die Parameter und Qualität des KI-Modells eine eigene wirtschaftliche Bedeutung haben, kann § 44a UrhG keine Anwendung finden.⁴⁰¹

- 217 Denkbar ist aber eine Rechtfertigung von Vervielfältigungshandlungen nach § 44b UrhG, der das **Text und Data Mining** regelt. Die Vorschrift wurde im Zuge der Umsetzung der DSM-Richtlinie⁴⁰² (dort Art. 3 und 4) in das Urheberrechtsgesetz aufgenommen und findet auf Tatbestände ab dem 7.6.2021 Anwendung. Nach dieser Vorschrift ist die Vervielfältigung von einzelnen oder mehreren digitalen oder digitalisierten Werken zulässig, um daraus Informationen insbesondere über Muster, Trends und Korrelationen zu gewinnen – § 44b Abs. 1 und 2 S. 1 UrhG.
- 218 Die Vorschrift schließt auch die kommerzielle Nutzung der Schutzgegenstände ein, so dass auch die Vervielfältigung im Rahmen einer kommerziell eingesetzten KI erfasst wäre.⁴⁰³ Voraussetzung ist, dass es sich um rechtmäßig zugängliche Werke handeln muss (§ 44b Abs. 2 S. 1 UrhG). Dabei ist die freie Zugänglichkeit von Werken über das Internet ausdrücklich als Fall des rechtmäßigen Zugangs in der Gesetzesbegründung erwähnt.⁴⁰⁴ Weiterhin ist der Vervielfältigende verpflichtet, die Vervielfältigungen zu löschen, wenn sie für das Text und Data Mining nicht mehr erforderlich sind (§ 44b Abs. 2 S. 2 UrhG).⁴⁰⁵
- 219 „Werke“ im Sinne der Vorschrift sind nicht nur urheberrechtliche Werke nach § 2 UrhG, sondern auch Datenbanken nach § 87a UrhG sowie sonstige Schutzgegenstände des Urheberrechtsgesetzes (zB Leistungsschutzrechte).⁴⁰⁶ Dies ergibt sich auf den ausdrücklichen Verweisen auf die urheberrechtlichen Schrankenbestimmungen in den jeweiligen Regelungen für die sonstigen Schutzgegenstände (etwa § 72 Abs. 1 UrhG für Lichtbilder oder § 87c Abs. 1 Nr. 4 UrhG für Datenbanken).⁴⁰⁷
- 220 Ferner ist zu beachten, dass der Gesetzeswortlaut ausdrücklich die „automatisierte Analyse“ zulässt, womit verdeutlicht wird, dass Inhalte auch computergestützt verarbeitet werden dürfen.⁴⁰⁸ Hieraus lässt sich ableiten, dass auch die Verarbeitung der gewonnenen Informationen automatisiert erfolgen kann und eine Offenlegung an natürliche Personen oder zumindest eine theoretische Zugangsmöglichkeit durch diese nicht gefordert ist. Dies entspricht auch eher dem Sinn und Zweck der Vorschrift.
- 221 In der wissenschaftlichen Literatur wird allerdings das Tatbestandsmerkmal „**um daraus Informationen (...) zu gewinnen**“ (§ 44b Abs. 1 UrhG) problematisch gesehen, da insbesondere beim Training von künstlichen neuronalen Netzwerken (KNN) den Entwicklern und Anwendern der KI keine Informationen über die Muster in den ausgewerteten Datensätzen vermittelt würden. Vielmehr sei die Funktionsweise einer KNN den meisten natürlichen Personen nicht ersichtlich und ihre Interpretation sei selbst für Fachleute schwierig. Damit sei zumindest nicht eindeutig, ob Trainingsdatensammler ihre Tätigkeiten tatsächlich auf § 44b UrhG (oder auf § 60d UrhG) stützen können.⁴⁰⁹ Andererseits erwähnt der Wortlaut des § 44b Abs. 1 UrhG ausdrücklich die „automatisierte Analyse“ von Werken. Dadurch soll verdeutlicht werden, dass die Inhalte auch computergestützt verarbeitet werden können.⁴¹⁰ Dies lässt sich durchaus so verstehen, dass der gesamte Prozess der Informationsgewinnung und Informationsauswertung durch ein automatisiertes System erfolgen kann und eine tatsächliche oder theoretische Kenntnisnahme durch eine natürliche Person nicht erforderlich ist. Auch vom Sinn und Zweck der Norm her würde es im Grunde keinen Unterschied ma-

⁴⁰¹ Pesch/Böhme GRUR 2023, 997, 1006.

⁴⁰² RL 2019/790/EU v 17.4.2019.

⁴⁰³ Pesch/Böhme GRUR 2023, 997, 1006.

⁴⁰⁴ Pesch/Böhme GRUR 2023, 997, 1006; Dreier/Schulze/Dreier UrhG § 44b Rn. 8; BT-Drs. 19/27426, 88; RL 2019/790/EU v. 17.4.2019, ErwG 18 Abs. 1 S. 2.

⁴⁰⁵ Kögel InTeR 2023, 179, 181.

⁴⁰⁶ BT-Drs. 19/27426, S. 88.

⁴⁰⁷ Dreier/Schulze/Dreier UrhG § 44b Rn. 6.

⁴⁰⁸ BeckOK UrhR/HagemeyerUrhG § 44b Rn. 11.

⁴⁰⁹ Pukas GRUR 2023, 614, 615.

⁴¹⁰ BeckOK UrhR/Hagemeyer UrhG § 44b Rn. 11; BT-Drs. 18/12329, 41.

chen, ob die gewonnenen Informationen direkt automatisiert weiterverarbeitet werden oder ob – quasi als Zwischenschritt – der Anbieter oder Programmierer auf diese zugreifen kann.

Zu beachten ist **allerdings § 44b Abs. 3 UrhG**, der zugunsten des Werkinhabers einen **Opt-Out-Mechanismus** aus der Vervielfältigung für Text und Data Mining vorsieht. Nach dieser Vorschrift scheidet die Nutzung zum diesem Zweck dann aus, wenn sich der Rechtsinhaber sich diese vorbehalten hat, wobei bei über das Internet zugänglich gemachten Werken der Vorbehalt zwingend **in maschinenlesbarer Form** erfolgen muss (§ 44b Abs. 3 S. 2 UrhG).⁴¹¹ Was genau unter den Begriff der Maschinenlesbarkeit fällt, wird derzeit im Einzelnen noch immer diskutiert.⁴¹² Maschinenlesbarkeit kann schon mittels maschinenlesbarer Schriften hergestellt werden, solange der Vorbehalt so ausgestaltet ist, dass er durch Mittel des Standes der Technik erkannt und ausgewertet werden kann.⁴¹³ Hierunter fällt zumindest im Internet ein Ausschluss in Form einer robots.txt-Datei, der von einem Crawler ausgelesen werden kann.⁴¹⁴ Die Gesetzesbegründung scheint allerdings sogar davon auszugehen, dass alle digitalisierten textlichen Vorbehalte auf einer Webseite (etwa in AGB oder im Impressum) von der Vorbehaltsmöglichkeit in § 44b Abs. 3 UrhG erfasst werden.⁴¹⁵ Bei im Internet verfügbaren Inhalten sollte deshalb davon ausgegangen werden, dass eine erhebliche Zahl von vorsorglichen Ausschlussklärungen der Rechtsinhaber existiert.⁴¹⁶

Praxistipp:

Beim Training von KIs mittels Web Scraping besteht somit eine nicht unerhebliche rechtliche Unsicherheit. Es empfiehlt sich für den KI-Anbieter, nach Möglichkeit eine Routine zur automatischen Erkennung von Ausschlüssen nach § 44b Abs. 3 UrhG vorzusehen. KI-Betreiber und -Nutzer sind dabei gut beraten, im Internet sämtliche Formen von Nutzungsvorbehalten zu beachten.⁴¹⁷ Rechtsinhabern hingegen ist zu raten, einen Nutzungsvorbehalt zumindest auch in eindeutig maschinenlesbarer Form (zB als robots.txt-Datei) zu erklären.

Mittlerweile hat sich im Bereich des KI-Trainings ein Markt für **Trainingsdatensammler** herausgebildet, also von Unternehmen, die selbst zwar keine KI entwickeln, aber Trainingsdaten sammeln und diese dann KI-Anbietern auf kommerzieller Basis zur Verfügung stellen.⁴¹⁸ Da die Erstellung von Trainingsdatensätzen regelmäßig sehr ressourcenintensiv ist, kann sie von KI-Entwicklern oft nicht selbst geleistet werden, diese müssen sich daher solcher professioneller Anbieter bedienen, die Datenbanken von aufbereiteten Trainingsdaten vorhalten.⁴¹⁹ Allerdings besteht für kommerzielle Sammler von Trainingsdaten die Problematik, dass schutzfähige Inhalte nach § 44b Abs. 2 S. 21 UrhG zu löschen sind, sobald sie für das Text und Data Mining nicht mehr benötigt werden.⁴²⁰ Eine Vorratsspeicherung solcher Datensätze ist also nicht möglich, sofern es sich um nach dem Urheberrechtsgesetz schutzfähige Inhalte handelt. Auch hier gibt es also noch eine Reihe nicht gelöster rechtlicher Fragen.

Praxistipp:

⁴¹¹ Pesch/Böhme GRUR 2023, 997, 1006.

⁴¹² Baumann NJW 2023, 3673 Rn. 19; Maamar ZUM 2023, 481, 484 f.

⁴¹³ Wandtke/Bullinger/Bullinger UrhG § 44b Rn. 10; Pukas GRUR 2023, 614, 615; Hartmann/Jacobsen MMR-Aktuelle 2021, 441332.

⁴¹⁴ Baumann NJW 2023, 3673 Rn. 19; Dreier/Schulze/Dreier UrhG § 44b Rn. 9; Pukas GRUR 2023, 614, 615; Gautling CR 2021, 609, 611 Rn. 14; Wandtke/Bullinger/Bullinger UrhG § 44b Rn. 10; AmtlBegr. BT-Drs. 19/27426, 89.

⁴¹⁵ BT-Drs. 19/27426, 89; Baumann NJW 2023, 3673 Rn. 19.

⁴¹⁶ Pukas GRUR 2023, 614, 615.

⁴¹⁷ Baumann NJW 2023, 3673 Rn. 19.

⁴¹⁸ Hacker GRUR 2020, 1025.

⁴¹⁹ Pukas GRUR 2023, 614, 615.

⁴²⁰ Pukas GRUR 2023, 614, 615.

Das deutsche (und europäische) Urheberrecht hält für derartige Konstellationen keine wirklich befriedigenden Lösungen bereit. Die praktische Lösung sieht vielfach so aus, dass das Training der KI in Ländern (wie zB Japan) vorgenommen wird, deren Urheberrecht viel weitergehende Ausnahmen gestattet. Nach Europa geliefert werden dann nur die fertigen Gewichtungparameter.

- 224 e) **Keine Verletzung fremder Datenbankrechte durch das Training künstlicher Intelligenz.** Vereinzelt wird in der Literatur diskutiert, ob durch den Zugriff der KI auf Trainingsdaten im Internet fremde Datenbankrechte gemäß §§ 87a ff. UrhG verletzt werden können. Durch diese Vorschriften werden nicht die Einzeldaten geschützt, wohl aber die systematische oder methodische Anordnung der Einzelelemente, sofern diese eine wesentliche Investition erfordert. Geschützt gegen Vervielfältigung sind sowohl die Datenbank insgesamt als auch wesentliche Teile derselben (§ 87b Abs. 1 UrhG). Erfasst sind somit nicht die in der Datenbank enthaltenen Daten, vielmehr trifft das Verbotsrecht des Datenbankherstellers nur die Entnahme eines wesentlichen Teils oder der Gesamtheit der Datenbank.⁴²¹ Da eine KI im Rahmen des Trainings auf Datenbanken in ihrer methodischen Anordnung, sondern nur auf Einzeldaten oder einzelne Datensätze zugegriffen wird, scheidet eine Verletzung der §§ 87a ff. UrhG aus.⁴²²

4. Die Verletzung von Rechten durch von der KI generierte Produkte

- 225 Eine Vervielfältigung geschützter Werke durch die KI kommt außerdem in Frage, wenn die KI aus den während des Trainings gewonnenen Parametern, Erzeugnisse hervorbringt, die existierende Werke Dritter oder urheberrechtlich relevante wesentliche Teile derselben nahezu vollständig rekonstruieren. Eine Rechtfertigung gemäß § 44a, § 44b oder § 60d UrhG würde in diesen Fällen von vornherein ausscheiden. Dies kann beispielsweise bei vollständig in Modellparameter übersetzten Bildern oder Texten, die dann wieder wahrnehmbar gemacht werden, der Fall sein oder auch, wenn durch „richtiges prompten“ der KI beispielsweise Bilder oder Texte erzeugt werden, die einem geschützten Originalwerk so ähnlich sind, dass dies einer vollständigen Übernahme ziemlich gleichkommt. In der Wahrnehmarmachung der KI-Erzeugnisse liegt in der Regel eine weitere Vervielfältigung gemäß § 16 UrhG, die bei Vorliegen der Schutzvoraussetzungen in fremde Werke oder Leistungsschutzrechte eingreift.⁴²³
- 226 Daneben kann eine Umgestaltung eines Werks oder Leistungsschutzrechts vorliegen, wenn die KI -Erzeugnisse hervorbringt, die zwar Abweichungen von einem zum Training benutzten Werk aufweisen, aber dennoch Elemente des Werks übernimmt. Ist in diesem Fall der schöpferische Abstand von dem Ursprungsprodukt hinreichend groß, kann man von einer erlaubnisfreien Bearbeitung gemäß § 23 Abs. 1 S. 2 UrhG ausgehen.
- 227 Ist jedoch ein solcher hinreichender Abstand nicht gegeben und weist das KI-Erzeugnis vielmehr relevante schöpferische Eigenarten des ursprünglichen Werks auf, handelt es sich um eine erlaubnispflichtige Bearbeitung oder Umgestaltung gemäß § 23 Abs. 1 S. 1 UrhG. Dabei ist es grundsätzlich unerheblich, auf welche Weise die KI die schöpferischen Eigenheiten des Originalwerks übernimmt (ob durch direkte Kopie oder „aus dem Gedächtnis“).⁴²⁴
- 228 Sollte dies der Fall sein, dürfte die Veröffentlichung und sonstige Verwertung des betreffenden KI-Erzeugnisses nur mit Zustimmung des ursprünglichen Rechteinhabers erfolgen.⁴²⁵ Da eine solche in der Regel nicht vorliegt, kommt durch die Verkörperung des KI-Erzeugnisses (und sei es auch nur als digitale Datei) eine Verletzung des fremden Urheber- oder Leistungsschutzrechts in Form einer Vervielfältigung in Frage.⁴²⁶ Diese Sachlage beurteilt sich nach den allgemeinen urheberrechtlichen Grundsätzen. Dabei ist zu beachten, dass eine Rechtsverletzung nicht bereits bei einer Übernahme von Stilen (zB bestimmte Arten des

⁴²¹ Bußmann/Glasowski/Niehaus/Stecker RD 2022, 391 Rn. 27.

⁴²² Bußmann/Glasowski/Niehaus/Stecker RD 2022, 391 Rn. 28.

⁴²³ Pesch/Böhme GRUR 2023, 997, 1005; Kögel InTeR 2023, 179, 180.

⁴²⁴ BGH GRUR 2023, 571 Rn. 28 – Vitriolenleuchte; BGH GRUR 2022, 899 Rn. 43 – Porsche 911.

⁴²⁵ Schrickler/Loewenheim/Loewenheim UrhG § 23 Rn. 18; Dreier/Schulze/Schulze UrhG § 23 Rn. 33.

⁴²⁶ Pesch/Böhme GRUR 2023, 997, 1004.

Satzbaus, Verwendung von Licht oder Beleuchtung bei Bildern) oder Motiven (zB bestimmte abgebildete Gegenstände) vorliegt. Eine KI kann anhand der trainierten Parameter etwa ein Bild im Stil Rembrandts oder auch im Stil von Georgia O’Keeffe erzeugen, ohne dass konkrete Elemente eines Originalbilds übernommen werden.⁴²⁷ Entscheidend für das Vorliegen einer Urheberrechtsverletzung in Form einer Vervielfältigung ist, dass die Eigenart des Originals in dem jüngeren Erzeugnis erhalten bleibt und ein übereinstimmender Gesamteindruck besteht.⁴²⁸

Sollte nach den dargestellten Grundsätzen zu bejahen sein, dass ein von einer KI generiertes Produkt wie etwa ein virtuelles Bild oder ein Text schöpferische Elemente eines älteren Werks enthält, stellt sich die Frage, ob sich nicht der Betreiber der KI darauf berufen kann, dass eine sogenannte **Doppelschöpfung** vorliegt. Bei dieser Fallgestaltung schaffen mehrere Urheber unabhängig voneinander übereinstimmende (oder ähnliche) Werke, ohne dass der eine bewusst oder unbewusst auf das Werk des anderen zugegriffen hat.⁴²⁹ Nach allgemeiner Ansicht liegt im Bereich menschlicher Schöpfungen in einem solchen Fall keine Urheberrechtsverletzung vor.⁴³⁰ In der urheberrechtlichen Praxis sind derartige Zufälle eher Ausnahmen und finden, wenn überhaupt, nur im Bereich der Ähnlichkeit und der „kleinen Münze“ statt.⁴³¹

Im Bereich der KI (insbesondere bei künstlichen neuronalen Netzwerken) könnte dies in einigen Fällen jedoch anders zu beurteilen sein. Wie oben gezeigt, werden im Rahmen des Trainings der KI nämlich in der Regel keine Kopien der benutzten Daten dauerhaft im Speicher der KI abgelegt. Vielmehr werden lediglich Korrelationen und Entscheidungsmuster statistisch ausgewertet. Diese Ergebnisse werden dann in sogenannte Gewichtungsinformationen übersetzt und als solche in der KI abgelegt,⁴³² die dann aufgrund dieser „Entscheidungsmuster“ neue Erzeugnisse hervorbringt. Dann findet aber kein unmittelbarer Zugriff auf vorbestehende Werke oder Produkte statt, so dass eine Ähnlichkeit zu vorbestehenden Werken nicht auf einer unmittelbaren Übernahme beruht, sondern eher einem unabhängigen Eigenschaffen der KI gleichkommt. Eine Parallele zu der nicht als Verletzung zu qualifizierenden Doppelschöpfung bietet sich somit an.

Nach ständiger Rechtsprechung ist Voraussetzung einer Doppelschöpfung, dass kein – auch kein unbewusster – Rückgriff auf das vorbestehende Werk erfolgt, dh dass der spätere Schöpfer das ältere Werk nicht kannte.⁴³³ Man müsste also diese Prinzipien aus dem Bereich des menschlichen Schaffens in entsprechender Anwendung für KI nutzbar machen. Folglich ist zu überlegen, ob ein „bewusster“ Rückgriff durch die KI bereits dann vorliegt, wenn das vorbestehende Werk im Rahmen des Trainings ausgewertet wurde und damit in die Gewichtungparameter der KI eingeflossen ist (obwohl vermutlich der Anteil dieses einen Werks an den statistischen Gewichtungsinformationen mikroskopisch gering ist). Verschiedentlich wird daher die Rechtsfigur der „Doppelschöpfung“ überhaupt nur bejaht, wenn die KI nicht mit dem Original trainiert wurde.⁴³⁴ Bei großer Ähnlichkeit der beiden Erzeugnisse gilt dann zudem der Anscheinsbeweis zugunsten des Urhebers des vorbestehenden Werks (§ 10 UrhG).⁴³⁵ Dem Anbieter der KI obliegt dann der Entlastungsbeweis dahingehend, dass im Rahmen des Trainings der KI das vorbestehende Werk nicht verwendet wurde – ein Beweis, der voraussichtlich gar nicht erbracht werden kann.

⁴²⁷ Pesch/Böhme GRUR 2023, 997, 1005, 1006.

⁴²⁸ BGH GRUR 2023, 571 Rn. 28 – Vitrienenleuchte; BGH GRUR 2022, 899 Rn. 43 – Porsche 911.

⁴²⁹ Nordemann GRUR 2024, 1; Schricker/Loewenheim/Loewenheim UrhG § 23 Rn. 34; Dreier/Schulze/Schulze UrhG § 23 Rn. 88.

⁴³⁰ Schricker/Loewenheim/Loewenheim UrhG § 23 Rn. 36; BGH GRUR 1988, 810, 811 – Fantasy; BGH GRUR 1971 266, 268 – Magdalenenarie; OLG Zweibrücken GRUR-RR 2016, 141 Rn. 27 – Piano-Lehrbuch.

⁴³¹ Schricker/Loewenheim/Loewenheim UrhG § 23 Rn. Schricker/Loewenheim/Loewenheim UrhG § 23 Rn. 35.

⁴³² Kögel InTeR 2023, 179, 180.

⁴³³ BGH GRUR 1988, 812, 814 f. – Ein bisschen Frieden; OLG Köln ZUM-RD 1999, 223, 225 – Klammerpose; Dreier/Schulze/Schulze UrhG § 23 Rn. 88.

⁴³⁴ Nordemann GRUR 2024, 1.

⁴³⁵ Schricker/Loewenheim/Loewenheim UrhG § 23 Rn. 35.

XIII. Urheberrechtliche Fragen im Zusammenhang mit künstlicher Intelligenz (KI)

- 232 Die Forschung zu künstlicher Intelligenz (KI) hat gerade in den letzten Jahren große Fortschritte gemacht. Dies gilt insbesondere für den Bereich des maschinellen Lernens, hervorgerufen dadurch, dass nunmehr viel größere Datenmengen und Rechnerkapazitäten zur Verfügung stehen als früher. Beim maschinellen Lernen lernt ein Algorithmus durch Wiederholungen aus der Struktur der Daten selbständig Probleme zu lösen. Eine besondere Rolle spielen hierbei neuronale Netze (KNN). Bei diesen handelt es sich um Netze, die aus mehreren hintereinandergeschalteten Schichten von künstlichen Neuronen bestehen, wobei jedes Neuron Eingänge (Eingaben) und einen sogenannten Aktivierungszustand hat, der die Ausgabe des Neurons an die jeweilige Folgeschicht von Neuronen steuert. Der Aktivierungszustand eines Neurons wiederum wird mit Hilfe eines besonderen Algorithmus bestimmt, der die Eingänge von der vorausgegangenen Neuronenschicht, die Gewichtung des jeweiligen Eingangs sowie eine sogenannte Aktivierungsfunktion einbezieht.⁴³⁶ Wenn solche neuronalen Netze verdeckte Neuronen-Schichten aufweisen, die nicht direkt mit der Eingabe- und der Ausgabe-Schicht verbunden ist, spricht man von „Deep Neural Networks“. Je größer der Umfang dieser verdeckten Neuronen-Schichten ist, desto komplexer sind die Probleme, die der Algorithmus lösen kann. Die Verbindungen der zwischen den Neuronen der hintereinandergeschalteten Neuronenschichten sind – wie dargestellt – unterschiedlich gewichtet, so dass je nach Eingabewert andere Verbindungen und andere Neuronen aktiviert werden.⁴³⁷ Bei der Entwicklung eines KNN wird dabei zunächst die ursprüngliche Topografie des neuronalen Netzes, dh die Schichten der künstlichen Neuronen sowie deren Verknüpfung, Gewichtungen und Aktivierungswerte im Ausgangszustand, geschaffen. IM daran anschließenden Trainingsprozess werden die Synapsengewichte weiter verändert und an die intendierte Funktionsweise angepasst. Hierzu wird mit Hilfe bekannter Trainingsdaten jeweils für eine bestimmte Eingabe eine gewünschte Ausgabe vorgegeben. Dadurch erfolgt eine Anpassung der Synapsenwerte, so dass sich die Topografie des neuronalen Netzes in Richtung des gewünschten Ergebnisses verschiebt.⁴³⁸
- 233 Anwendungsbeispiele für maschinelles Lernen sind etwa Bilderkennung, Spracherkennung, Mustererkennung oder Prozessoptimierung.⁴³⁹
- 234 In urheber- und leistungsschutzrechtlicher Hinsicht sind bei der Betrachtung von künstlicher Intelligenz verschiedene Ebenen zu unterscheiden. Zum einen geht es um den Schutz der Software, die der künstlichen Intelligenz selbst zugrunde liegt. Daneben ist die Frage von Bedeutung, ob von einer künstlichen Intelligenz geschaffene Erzeugnisse urheberrechtlichen oder sonstigen Schutz genießen können und wer dann gegebenenfalls Schutzrechtsinhaber ist. Weiterhin ist zu klären, ob Schutzrechte Dritter durch das Training einer künstlichen Intelligenz (etwa durch sog. „Web-Scraping“) verletzt werden. Fraglich ist hierbei insbesondere, ob im Rahmen des Trainings Vervielfältigungen geschützter Gegenstände erfolgen. Soweit (besondere) personenbezogene Daten zum Training eingesetzt werden, kommt der Anonymisierung sowie den damit verbundenen datenschutzrechtlichen Fragestellungen und den Transparenzanforderungen nach der KI VO besondere Bedeutung zu⁴⁴⁰.

1. Die der künstlichen Intelligenz zugrundeliegende Software

- 235 Die zurzeit relevante technische Gestaltung von KI ist die der künstlichen neuronalen Netze (KNN). Ob ein solches KNN urheberrechtlichen Schutz als **Computerprogramm** (§ 69a UrhG) genießen kann, ist wohl immer noch umstritten. Im Allgemeinen wird ein

⁴³⁶ Ebers/Heinze/Krügel/Steinrötter/Heinze/Wendorf § 9 Rn. 42.

⁴³⁷ Ebers/Heinze/Krügel/Steinrötter/Heinze/Wendorf § 9 Rn. 43.

⁴³⁸ Ebers/Heinze/Krügel/Steinrötter/Heinze/Wendorf § 9 Rn. 43 und 44.

⁴³⁹ Fraunhofer Institut, Künstliche Intelligenz (KI) und maschinelles Lernen, <https://www.iks.fraunhofer.de/themen/kuenstliche-intelligenz.html>; Apel/Kaulartz RD 2020, 24 Rn. 2.

⁴⁴⁰ Verweis auf Kapitel Datenschutz und KI sowie Kapitel zum Datenrecht.

Computerprogramm als eine Folge von Befehlen angesehen, die nach Aufnahme in einen maschinenlesbaren Träger fähig sind zu bewirken, dass eine Maschine mit informationsverarbeitenden Fähigkeiten eine bestimmte Funktion oder Aufgabe oder ein bestimmtes Ergebnis anzeigt, ausführt oder erzielt.⁴⁴¹ Entscheidend ist also, dass der Code Steuerungsbefehle enthält, die eine Hardware zu einem bestimmten Verhalten veranlassen.⁴⁴² Für die weitere Betrachtung empfiehlt es sich, zwischen einem trainierten und einem untrainierten KNN zu unterscheiden.

Beim trainierten KNN wird insbesondere kritische gesehen, dass die Funktionalitäten nicht im herkömmlichen Sinne von vornherein durch einen Programmierer festgelegt werden, sondern sich erst im Zuge des Trainings der KI entwickeln. Damit sei fraglich, ob es sich um ein Computerprogramm gemäß § 69a UrhG handele.⁴⁴³ Zudem könne man bei einem KNN nicht von Steuerungsfunktion sprechen, da es nicht bewirke, dass ein Computer eine bestimmte Funktion oder Aufgabe oder ein bestimmtes Ergebnis anzeige, weil sich (wegen des autonomen Lernprozesses) die internen Vorgänge des KNN nicht nachvollziehen und damit eindeutig vorhersehen ließen.⁴⁴⁴ Allerdings kommt es nach dem gängigen Verständnis des Begriffs „Computerprogramm“ auf eine Nachvollziehbarkeit oder Vorhersehbarkeit nicht an. Entscheidend ist lediglich, dass das trainierte KNN einen Computer dazu veranlasst, aus Eingabewerten bestimmte Ergebnisse auszurechnen, also im Code enthaltene Steuerbefehle zu befolgen. Das trainierte KNN ist damit zumindest im Maschinencode als Computerprogramm nach § 69a UrhG anzusehen.⁴⁴⁵ Zum gleichen Ergebnis kommt man auch bei einem noch nicht trainierten KNN: Auch hier werden über die Neuronenschichten Ausgaben erzeugt, die einen Computer zu einem bestimmten Verhalten veranlassen, also als Steuerbefehle angesehen werden können.⁴⁴⁶ Es fehlt dabei lediglich an einer Zweckbestimmung, die über das bloße Ablaufen des Programms hinausgeht, was aber nicht Teil der Definition eines Steuerbefehls ist.⁴⁴⁷

Fraglich ist bei KI und KNN im Besonderen auch, ob überhaupt eine **eigene geistige Schöpfung** vorliegt. Bezweifeln kann man dies, da ein wesentlicher Teil der Gestaltung der Schichtentopografie selbsttätig im Rahmen des Trainings der KI, also gerade nicht durch einen menschlichen Programmierer erfolgt. Diese Sichtweise wäre allerdings zu kurz gegriffen. Da die Entscheidung über die Schichtenstruktur des neuronalen Netzes sowie die Gestaltung der Transformations- und Ordnungsfunktion regelmäßig durch Menschen erfolgen. Damit prägt ein menschlicher Entwickler die Topografie und folglich die wesentlichen Funktionselemente des KNN. Dies ist ausreichend, um die im Rahmen von § 69a UrhG geforderte eigene geistige Schöpfung zu bejahen, auch wenn die beim Trainingsprozess erfolgende Verschiebung der Gewichtungen und Aktivierungswerte an den Neuronen durch die KI autonom vorgenommen werden.⁴⁴⁸

Praxistipp:

Vieles ist hier immer noch umstritten. Insbesondere ist zu erwarten, dass auch bei der Schaffung neuronaler Netze die Schaffung der Netztopografie und der Optimierungsalgorithmen verstärkt automatisierte Prozesse eingesetzt werden (zB sog. Generic Breeding Algorithmen). Je weiter diese Entwicklung fortschreitet, desto weniger wird man bei einem KNN von einer menschlichen geisti-

⁴⁴¹ § 1 (i) der Mustervorschriften der WIPO s. GRUR 1979, 306; Dreier/Schulze/Dreier UrhG § 69a Rn. 12; OLG Hamburg CR 1998, 332, 333 f.; KG CR 2010, 424.

⁴⁴² Schricke/Loewenheim/Spindler UrhG § 69a Rn. 21a; Wandtke/Bullinger/Grützmaker UrhG § 69a Rn. 3; Schuster/Grützmaker/Schuster/Hunzinger UrhG § 69a Rn. 5; → [Verweis auf Teil B § 5 IV. 1. a.).

⁴⁴³ Schuster/Grützmaker/Schuster/Hunzinger UrhG § 69a Rn. 5; Hartmann/Prinz DSRITB 2018, 769, 782 ff.

⁴⁴⁴ Hartmann/Prinz DSRITB 2018, 769, 780, 783 f.; Überblick bei Ebers/einze/Krügel/Steinrötter/Heinze/Wendorf § 9 Rn. 45 ff.

⁴⁴⁵ Ebers/einze/Krügel/Steinrötter/Heinze/Wendorf § 9 Rn. 47.

⁴⁴⁶ Ebers/einze/Krügel/Steinrötter/Heinze/Wendorf § 9 Rn. 49.

⁴⁴⁷ So aber Hartmann/Prinz DSRITB 2018, 769, 778 f.

⁴⁴⁸ Ebers/einze/Krügel/Steinrötter/Heinze/Wendorf § 9 Rn. 52 f.; Ehinger/Stiemerling CR 2018, 761, 766; Hoeren/Sieber/Holznapel/Lampe, Teil 29.1 Rn. 26.

gen Schöpfung sprechen können. Gegenwärtig empfiehlt es sich allerdings, nach den obigen Grundsätzen von einer Schutzfähigkeit des KNN als Computerprogramm auszugehen. Damit gelten die bereits dargestellten Regeln zum Schutz von Computerprogrammen nach §§ 69a ff. UrhG und sonstigen anwendbaren Vorschriften in vollem Umfang auch hier. Urheber ist der Schöpfer des Programms, bei mehreren Programmierern kommt Miturheberschaft im Sinne des § 8 UrhG in Betracht.⁴⁴⁹

- 238 Nicht als Computerprogramm geschützt ist hingegen der **Algorithmus** der KI als solcher (zB ein Algorithmus, der das Training der KNN bestimmt). Hierbei handelt es sich nicht um Befehle mit einer gewissen Steuerungsfunktion für einen Computer, sondern lediglich um eine Art Anleitung für eine schrittweise Problemlösung. Solche bloßen Ideen oder Grundsätze genießen jedoch keinen urheberrechtlichen Schutz nach §§ 2 Abs. 2 S. 2, 69a UrhG zudem dürfte es auch an der erforderlichen Individualität im Sinne einer eigenen geistigen Schöpfung fehlen.⁴⁵⁰ Ein Schutz der Algorithmen kommt aber nach dem Geschäftsgeheimnisgesetz in Frage, wenn die Voraussetzungen des § 2 Abs. 1 GeschGehG vorliegen. Danach darf der konkrete Algorithmus nicht allgemein bekannt sein und muss über einen gewissen wirtschaftlichen Wert verfügen. Zudem müssen berechnete Interessen an der Geheimhaltung bestehen und die Information muss durch angemessene Geheimhaltungsmaßnahmen geschützt sein.⁴⁵¹

2. Die von der künstlichen Intelligenz geschaffenen Erzeugnisse

- 239 Fraglich ist, ob die von einer künstlichen Intelligenz geschaffenen Erzeugnisse Schutz nach dem Urheberrechtsgesetz genießen und wer gegebenenfalls der Inhaber derartiger Schutzrechte ist. Dies ist immer dann relevant, wenn eine KI selbstständig etwa Bilder kreiert, Musikstücke schreibt oder Sprachwerke erstellt. Hier käme theoretisch ein **urheberrechtlicher Schutz** an den Erzeugnissen in Betracht. Als Beispiel wird häufig das sogenannte Rembrandt-Projekt von KI-Experten der Universität Delft genannt. Bei diesem erkennt eine Software anhand vorhandener Werke des Malers Rembrandt gewissermaßen dessen „Handschrift“ und generiert sodann mittels eines 3D-Druckverfahrens neue einzigartige Kunstwerke im Stil des verstorbenen Künstlers.⁴⁵² Einige Jurisdiktionen wie etwa Großbritannien, Neuseeland oder Irland scheinen keine Schwierigkeiten damit zu haben, ein Urheberrecht an den Erzeugnissen zu bejahen und dessen Inhaberschaft dem Programmierer der KI-Software zuzusprechen.⁴⁵³
- 240 Im deutschen Urheberrecht kommt nach ganz herrschender Meinung ein Schutz durch das Urheberrecht bei einem von einer KI eigenständig geschaffenen Erzeugnis nicht in Frage, selbst wenn im Übrigen die Voraussetzungen für ein urheberrechtlich schutzfähiges Werk vorlägen, da keine menschliche Schöpfung vorliegt.⁴⁵⁴ § 2 Abs. 2 UrhG erfordert für den Urheberrechtsschutz eine persönliche geistige Schöpfung, was aber ein **menschliches geistiges Schaffen** erfordert. An einem solchen fehlt es jedoch, wenn eine KI autonom und ohne jede kreative Entscheidung eines Menschen agiert. Deshalb kommt tierischen oder maschinellen Erzeugnissen kein Schutz durch das Urheberrecht zu, zumal es hier bereits an der erforderlichen Rechtsfähigkeit des Schöpfers fehlen würde.⁴⁵⁵ Der EuGH hat sich bislang noch nicht mit der Frage der urheberrechtlichen Schutzfähigkeit von Erzeugnissen befasst,

⁴⁴⁹ Gräfe/Kahl MMR 2021, 121, 122; Ehinger/Stiemerling CR 2018, 761, 766; Apel/Kaulartz RD 2020, 24 Rn. 13 ff. Ebers/Heinze/Krügel/Steinrötter/Heinze/Wendorf § 9 Rn. 37–53.

⁴⁵⁰ Hoeren/Sieber/Holzstuhl/Lampe, Teil 29.1 Rn. 26.

⁴⁵¹ Hoeren/Sieber/Holzstuhl/Lampe, Teil 29.1 Rn. 30.

⁴⁵² Leupold/Wiebe/Glossner/Scheufen, IT-Recht, Teil 9.6.2 Rn. 2.

⁴⁵³ Leupold/Wiebe/Glossner/Scheufen, IT-Recht, Teil 9.6.2 Rn. 3 mwN.

⁴⁵⁴ Krone RD 2023, 117 Rn. 22; Lauber-Rönsberg GRUR 2019, 244, 251; Legner ZUM 2019, 807, 809; Bomhard/Gajec RD 2021, 472 Rn. 6; Gräfe/Kahl MMR 2021, 121, 125.

⁴⁵⁵ Leupold/Wiebe/Glossner/Scheufen, IT-Recht, Teil 9.6.2 Rn. 5; Ory/Sorge NJW 2019, 710 ff.; Legner ZUM 2019, 807 ff.; Lauber-Rönsberg GRUR 2019, 244 ff.; Dornis GRUR 2019, 1252 ff.; Albes BRZ 2020, 73 ff.; Dornis GRUR 2021, 784 ff.; Kögel InTeR 2023, 179, 182.

die von einer KI erstellt wurden. Dennoch geht auch er in ständiger Rechtsprechung davon aus, dass der Urheberrechtsschutz die persönliche geistige Schöpfung eines Menschen erfordert, wobei der EuGH von „Originalität“ spricht.⁴⁵⁶ Auch eine Zurechnung des Erzeugnisses zum Programmierer als Schöpfer des Programms scheidet aus, da der Programmierer an der schöpferischen Leistung, die dem Erzeugnis zugrunde liegt, nicht beteiligt ist.⁴⁵⁷ Zum ersten Mal in der EU entschied jüngst ein tschechisches Gericht (Stadtgericht Prag) über die Frage und stellte klar, dass auch nach tschechischem Urheberrecht ein Urheberrechtsschutz eines autonom von einer KI erstellten Erzeugnis ausscheidet, da im tschechischen Urhebergesetz ausdrücklich geregelt sei, dass der Urheber eines Werks eine natürliche Person sein müsse. Die Frage, welche Qualität Prompts haben müssen, um auf diesem Weg einen Urheberrechtsschutz zu erreichen, wurde leider offengelassen.⁴⁵⁸

Eine Ausnahme könnte nur dann bestehen, wenn die KI nicht vollständig unabhängig agiert, sondern ein Mensch diese als Hilfsmittel oder Werkzeug für die Anfertigung einer eigenen geistigen Schöpfung einsetzt.⁴⁵⁹ Denkbar sind etwa Fälle, in denen der KI-Nutzer mit Hilfe der Prompts viele und sehr genaue Vorgaben für das zu erstellende Ergebnis macht. Diese Prompts müssen allerdings so konkret sein, dass das Erzeugnis der KI als Werk des Prompters anzusehen ist und dieser nicht selbst durch das Ergebnis überrascht wird.⁴⁶⁰ Hier wäre dann aber im Rahmen der Sachverhaltswürdigung zu bestimmen, wieviel an eigen-schöpferischem Anteil tatsächlich von der natürlichen Person stammt und welcher Anteil dem autonomen Agieren der KI zuzurechnen ist. Leider ist hier noch vieles ungeklärt.

Zu überlegen wäre, ob bei von einer KI selbsttätig geschaffenen Bildern gemäß § 72 UrhG ein Schutz als Lichtbilder oder zumindest als Erzeugnisse, die ähnlich wie Lichtbilder hergestellt werden, in Frage kommt. Eine Schwierigkeit in diesem Zusammenhang ist, dass der klassische Schutz als Lichtbild oder lichtbildähnliches Erzeugnis die Wiedergabe eines vorhandenen Bildgegenstands voraussetzt, der durch ein technisches Verfahren aufgezeichnet wird,⁴⁶¹ wohingegen die durch eine KI erzeugten Bilder in aller Regel keine klassischen Fotografien sind, sondern im Wege der Computeranimation digital erzeugt werden.

Ob Computeranimationen überhaupt nach § 72 UrhG geschützt werden, wird in der Literatur kontrovers diskutiert und von der Rechtsprechung überwiegend abgelehnt.⁴⁶² Für einen Schutz nach § 72 UrhG wird verschiedentlich ins Feld geführt, dass der Gesetzgeber bei der Urheberrechtsreform von 1965 selbst gezeigt habe, dass er im Bereich mechanischer Vervielfältigungen auch künftige Entwicklungen berücksichtigen wollte. Damit sei es angebracht, auch und mit Hilfe der Digitaltechnik veränderte oder neukomponierte Bilder dem Lichtbildschutz zu unterstellen.⁴⁶³ Von anderer Seite wird dies abgelehnt, da bei computer-generierten Bildern – anders als bei der Fotografie – keine Verarbeitung von Lichtreizen, sondern lediglich von elektronischen Befehlen vorliege.⁴⁶⁴ Das LG Berlin und das Kammergericht sahen zwar einen Wertungswiderspruch darin, dass am Computer hergestellte Bilder nicht als lichtbildähnliche Erzeugnisse nach § 72 UrhG geschützt würden, waren aber der Auffassung, dass dies vom Gesetzgeber gelöst werden müsse.⁴⁶⁵

Letztlich kann dies dahingestellt bleiben, da man hinsichtlich der „menschlichen“ Komponente vergleichbare Erwägungen anstellen muss wie bei urheberrechtlich geschützten Werken nach § 2 UrhG. Zwar handelt es sich bei § 72 UrhG in erster Linie um ein Leistungsschutzrecht, jedoch setzt auch der Lichtbildschutz ein Mindestmaß an persönlicher

⁴⁵⁶ EuGH GRUR 2012, 386; Schrickler/Loewenheim/Loewenheim/Leistner UrhG § 2 Rn. 41.

⁴⁵⁷ Schrickler/Loewenheim/Loewenheim/Leistner UrhG § 2 Rn. 41.

⁴⁵⁸ Alessandro Cerri on IPKAT, Czech court finds that AI tool DALL-E cannot be the author of a copyright work – <https://ipkitten.blogspot.com/2024/04/czech-court-finds-that-ai-tool-dall-e.html>.

⁴⁵⁹ Krone RD 2023, 117 Rn. 24.

⁴⁶⁰ Baumann NJW 2023, 3673 Rn. 25; Maamar ZUM 2023, 481, 490.

⁴⁶¹ Schrickler/Loewenheim/Loewenheim/Leistner UrhG § 2 Rn. 208 in Bezug auf Lichtbildwerke.

⁴⁶² Schrickler/Loewenheim/Vogel UrhG § 72 Rn. 75.

⁴⁶³ Dreier/Schulze/Schulze UrhG § 72 Rn. 7 f.

⁴⁶⁴ Schrickler/Loewenheim/Vogel UrhG § 72 Rn. 28; Conraths MMR 2021, 457, 460; OLG Köln GRUR-RR 2010, 141, 142 – Messstände; OLG Hamm ZUM 2004, 927, 928 – Übernahme von Teilen einer Website.

⁴⁶⁵ LG Berlin ZUM 2017, 955, 957 f.; KG GRUR 2020, 280 Rn. 9 – Produktbilder; Dreier/Schulze/Schulze UrhG § 72 Rn. 8.

geistiger Leistung voraus, die regelmäßig in der Fertigkeit beim Bedienen technisch oft komplizierter Apparate, der Wahl der Entfernung und des Blickwinkels oder der Ausleuchtung des Motivs liegt. Der Grad an Individualität, der für ein Lichtbildwerk gemäß § 2 Abs. 1 Nr. 5 UrhG erforderlich ist, muss nicht erreicht werden.⁴⁶⁶ Im Rahmen des Lichtbilderschutzes erfordert die persönliche geistige Leistung – wie auch beim Urheberrecht – die Leistung einer natürlichen Person,⁴⁶⁷ also ein menschliches geistiges Schaffen. Wenn die KI computeranimierte Bilder oder auch reale Fotografien selbständig erstellt, liegt eine derartige menschliche geistige Leistung nicht vor. Für eine persönliche geistige Leistung wäre es auch nicht ausreichend, dass eine natürliche Person entscheiden kann, wann die KI den Aufnahmevorgang in Gang setzt, solange die eigentliche Herstellung des Bildes durch die KI autonom erfolgt.⁴⁶⁸ Daher scheidet ein Schutz der KI-Erzeugnisse gemäß § 72 UrhG aus.

245 Anders ist die Frage beim **Laufbilderschutz gemäß § 95 UrhG** zu beurteilen. Laufbilder sind Bildfolgen bzw. Bild- und Tonfolgen, die bei der Vorführung, der Sendung oder dem Ablauf den Eindruck des bewegten Bildes entstehen lassen, dabei aber nicht die Werkqualität gemäß § 2 UrhG erreichen.⁴⁶⁹ Anders als beim Lichtbilderschutz nach § 72 UrhG ist im Bereich der Laufbilder jedoch keinerlei persönliche geistiger Leistung erforderlich, vielmehr kann jede Art von Bildfolge den Erfordernissen des § 95 UrhG genügen, selbst wenn sie überhaupt keine geistige Leistung beinhaltet.⁴⁷⁰ Geschützt sein können somit auch bloße Naturaufnahmen⁴⁷¹, Aufnahmen von Sportveranstaltungen⁴⁷² oder Amateurfilme von Urlaubsreisen.⁴⁷³ Die schöpferische geistige Leistung eines Menschen ist folglich keine Schutzvoraussetzung des Laufbilderschutzes.⁴⁷⁴ Da Bildfolgen, die von einer KI autonom generiert werden nach einhelliger Auffassung nie wegen Fehlens der menschlichen geistigen Leistung im Sinne von § 2 Abs. 2 UrhG als urheberrechtliches Werk angesehen werden können, entfallen die sonst zu treffenden Abgrenzungen zwischen Filmwerk und Laufbildern, so dass bei KI-generierten Bildfolgen der Laufbilderschutz grundsätzlich immer einschlägig ist.

246 Zudem ist es auch keine Voraussetzung des § 95 UrhG, dass die Filme natürliche Gegenstände abbilden. Vielmehr reicht es auch aus, wenn die Bildsequenzen durch Computeranimation oder anderweitig virtuell erzeugt werden, wie dies etwa bei Videospiele der Fall ist. Angesichts einer vergleichbaren wirtschaftlich-organisatorischen Leistung können auch diese Bildfolgen dem Leistungsschutz unterfallen.⁴⁷⁵ Anders als bei Lichtbildern stellt nämlich § 95 UrhG schon nach dem Gesetzeswortlaut nach nur auf das Vorliegen eines Bewegungsbilds ab. Ein besonderes Aufnahmeverfahren wird nicht festgelegt, ebenso wenig wird eine fotografische, magnetische oder digitale oder sonstige Aufzeichnung als erforderlich angesehen.⁴⁷⁶ Geschützt wird durch § 95 UrhG die wirtschaftliche und organisatorische Leistung des Filmherstellers.⁴⁷⁷ Inhaber des Leistungsschutzrechts ist daher – wendet man die allgemeinen Grundsätze an – die natürliche oder juristische Person, die für den Einsatz der KI verantwortlich ist.⁴⁷⁸

⁴⁶⁶ Schrickler/Loewenheim/Vogel UrhG § 72 Rn. 34; BGH GRUR 2019, 284 Rn. 23, 26 – Museumsfotos; BGH ZUM 2019, 335.

⁴⁶⁷ Schrickler/Loewenheim/Vogel UrhG § 72 Rn. 57; Ebers/Heinze/Krügel/Steinrötter/Heinze/Wendorf § 9 Rn. 68, 69; LG Berlin GRUR 1990, 270 – Satellitenfoto.

⁴⁶⁸ Conraths MMR 2021, 457, 460.

⁴⁶⁹ Schrickler/Loewenheim/Katzenberger/N. Reber UrhG § 95 Rn. 6; Dreier/Schulze/Schulze UrhG § 95 Rn. 6.

⁴⁷⁰ Conraths MMR 2021, 457, 460; Schrickler/Loewenheim/Katzenberger/N. Reber UrhG § 95 Rn. 9.

⁴⁷¹ BGHZ 9, 262, 268 – Lied der Wildbahn.

⁴⁷² OLG München ZUM-RD 1997, 290, 293 – Boxkampfaufzeichnung.

⁴⁷³ Schrickler/Loewenheim/Katzenberger/N. Reber UrhG § 95 Rn. 12.

⁴⁷⁴ Conraths MMR 2021, 457, 460; aA ohne nähere Begründung Kögel InTeR 2023, 179, 183.

⁴⁷⁵ Dreier/Schulze/Schulze UrhG § 95 Rn. 9; Schrickler/Loewenheim/Katzenberger/N. Reber UrhG § 95 Rn. 12; Wandtke/Bullinger/Czernik UrhG § 95 Rn. 5; Ebers/Heinze/Krügel/Steinrötter/Heinze/Wendorf § 9 Rn. 71.

⁴⁷⁶ Wandtke/Bullinger/Czernik UrhG § 95 Rn. 5.

⁴⁷⁷ BGH GRUR 2014, 363 Rn. 23 – Peter Fechter; Dreier/Schulze/Schulze UrhG § 95 Rn. 2.

⁴⁷⁸ Conraths MMR 2021, 457, 460.

Praxistipp:

Im Bereich der KI ist vieles noch ungeklärt, allerdings sind die praktischen Anwendungsfälle für die beschriebenen Fallgruppen nicht mehr so weit entfernt. Es ist naheliegend und teilweise auch schon Realität, als künstliche Intelligenzen virtuelle Bilder oder bewegte Bildsequenzen (zB für Websites) autonom erstellen. Wenn man Rechte an diesen Erzeugnissen der KI (etwa mittels Laufbilderschutzes) gerichtlich geltend machen will, betritt man völliges Neuland und kann sich auf das Ergebnis keineswegs verlassen. Zudem mutet es widersprüchlich an, dass von einer KI geschaffene unbewegte Bilder weder dem Urheberschutz nach § 2 Abs. 1 Nr. 5 UrhG noch dem Leistungsschutz nach § 72 UrhG unterliegen sollen, wohingegen bei bewegten Bildfolgen das Leistungsschutzrecht nach § 95 UrhG eingreifen soll.

Hingegen scheidet ein Schutz der von einer KI erzeugten Ergebnisse (zB Softwareprodukte oder Bilder) über das **Leistungsschutzrecht des § 87a UrhG (Datenbankrecht)** aus. Der Schutz eines Erzeugnisses als Datenbank setzt sowohl nach § 87a Abs. 1 UrhG als auch nach ErwG. 17 der Datenbankrichtlinie voraus, dass es sich bei dem geschützten Gegenstand um eine Sammlung von Werken, Daten oder anderen unabhängigen Elementen handelt, die systematisch oder methodisch angeordnet und einzeln zugänglich sind.⁴⁷⁹ Bei einem einheitlichen KI-Erzeugnis wie etwa einem zusammenhängenden Text oder auch bei einem von einer KI generierten Programmcode liegen diese Voraussetzungen aber nicht vor. Zum einen fehlt es an der Unabhängigkeit der Einzelelemente. Selbst wenn man nämlich Einzelelemente selbständig ansteuern und extrahieren könnte, wären sie doch inhaltlich so aufeinander bezogen, dass eine Unabhängigkeit im Sinn des Gesetzes nicht vorliegt.⁴⁸⁰ Zum anderen ist auch das Merkmal der systematischen und methodischen Anordnung der Datenfragmente im Sinne von § 87a Abs. 1 S. 1 UrhG nicht gegeben, da sich bei diesen die Anordnung in der Einfügung in ein Gesamtwerk erschöpft, nicht aber der Lokalisierung der unabhängigen Einzelelemente dient. Zudem sind die Datenfragmente (zB bei Software) in der Regel auch gar nicht einzeln zugänglich.⁴⁸¹

3. Das Training der künstlichen Intelligenz

a) **Grundfragen.** Um autonom agieren zu können, muss eine KI „trainiert“ werden Dies bedeutet, dass die KI in automatisierter Form eine Vielzahl von Daten auswerten muss, um die darin enthaltenen Muster und Zusammenhänge zu verarbeiten und zu speichern. Dies erfolgt (wie zB im Fall der KI public „ChatGPT“) häufig durch Zugriff auf alle möglichen Daten im Internet im Wege des sogenannten „Web-Scraping“, wobei es sich um ungeschützt, frei zugängliche Daten, aber auch um urheberrechtlich oder anderweitig geschützte Daten (zB journalistische Beiträge) handeln kann.⁴⁸² Bei diesem Verfahren durchsucht die KI das Internet und greift auf möglichst viele Dateien (zB Bilddaten, Texte, Musikstücke) zu, um diese für ihre Zwecke auszuwerten. Die KI wertet diese Daten nach statistischen Grundsätzen aus und speichert **Zusammenhänge, Gestaltungsmuster und Gestaltungsalternativen**, um auf diesem Weg die Grundlage für eigene, autonome Gestaltungen zu schaffen. Dabei wird nicht mittels „copy & paste“ auf bestehenden Dateien zurückgegriffen, verwandt werden in der Regel vielmehr die aus der Datenanalyse abgeleiteten Gestaltungswege. Falls es sich bei den Daten, auf die zugegriffen wird, um schutzfähige Werke handelt, stellt sich die Frage, inwieweit durch den Zugriff der KI in die jeweiligen Schutzrechte Dritter eingegriffen wird. In Frage kommen Urheberrechte, aber auch Leistungsschutzrechte wie etwa der Lichtbildschutz gemäß § 72 UrhG. Dabei ist ein Zugriff auf im Internet veröffentlichte Daten und deren Auswertung im Grundsatz frei. Probleme entstehen aber dann, wenn im Rahmen dieser Auswertung eine Vervielfältigung stattfindet, die weder durch eine Ein-

⁴⁷⁹ RL 96/9/EG des Europäischen Parlaments und des Rates v. 11.3.1996 über den rechtlichen Schutz von Datenbanken.

⁴⁸⁰ Ebers/Heinze/Krügel/Steinrötter/Heinze/Wendorf § 9 Rn. 74; Wandtke/Bullinger/Hermes UrhG § 87a Rn. 98; Baumann NJW 2023, 3673 Rn. 28.

⁴⁸¹ Ebers/Heinze/Krügel/Steinrötter/Heinze/Wendorf § 9 Rn. 74; Baumann NJW 2023, 3673 Rn. 28.

⁴⁸² Gräfe/Kahl MMR 2021, 121, 123.

willigung noch durch eine Schrankenbestimmung (insbesondere das Text und Data Mining, § 44b UrhG) gedeckt ist, § 16 UrhG.

- 249 **b) Verarbeitung nicht geschützter Daten.** Der Zugriff auf und die Verarbeitung von nicht durch Urheber- oder Leistungsschutzrechte geschützter Einzeldaten im Rahmen des Trainings einer KI begegnet grundsätzlich keinen rechtlichen Bedenken nach dem Urheberrechtsgesetz. Beispiele sind etwa Wetterdaten, Wirtschaftsdaten oder Börsendaten. Sofern es sich bei diesen Daten allerdings um personenbezogene Daten im Sinne von § 4 Nr. 1 DSGVO handelt, sind die Anforderungen der DSGVO zu beachten.⁴⁸³]
- 250 **c) Eingriff in fremde Urheber- oder Leistungsschutzrechte.** Interessant in diesem Zusammenhang sind einige aktuelle Fälle aus den USA. Hier haben verschiedene Autorinnen und Autoren Klagen gegen die Firma OpenAI LP, die Betreiberin der KI „ChatGPT“ ist, eingereicht. Im Einzelnen handelt es sich hierbei um die Autorinnen und Autoren Mona Awad, Paul Tremblay, Sarah Silvermann, Richard Kadrey und Christopher Golden. Gegenstand der Klagen war die Feststellung, dass „ChatGPT“ in der Lage war, Zusammenfassung ihrer Bücher zu erstellen. Daraus leiteten die Kläger ab, dass die KI zwangsläufig diese Bücher verarbeitet haben musste, da sie sonst nicht in der Lage gewesen wäre, Zusammenfassungen zu erstellen. Darin sehen die Kläger eine Verletzung ihrer Urheberrechte. Zu erwähnen ist auch die Class Action der US-amerikanischen Authors' Guild, die diese im Namen zahlreicher bekannter Autoren wie John Grisham, Jonathan Franzen oder Michael Connelly im September 2023 vor dem District Court für den Southern District of New York eingereicht hat. Auch hier wird OpenAI vorgeworfen, ChatGPT habe in großem Umfang E-Books aus illegalen Datensätzen zu Trainingszwecken kopiert.⁴⁸⁴ Zu erwähnen ist außerdem die Klage von The New York Times Company gegen Microsoft Corp und OpenAI vom 27. Dezember 2023, mit der den Beklagten untersagt werden soll, ChatGPT zum Training von Chatbots mit New-York-Times-Inhalten untersagt werden soll, da hierin ein unrechtmäßiges Kopieren und Verwenden von einzigartig wertvollen Werken der New York Times liege.⁴⁸⁵
- 251 Nach deutschem Urheberrecht ist die automatisierte Auswertung von durch Urheberrechte oder Leistungsschutzrechte geschützten Daten zum Zweck des Trainings einer KI grundsätzlich erlaubnisfrei möglich, da die reine Rezeption von Werken keine urheberrechtlich relevante Nutzungshandlung gemäß § 15 UrhG darstellt.⁴⁸⁶ Eine urheberrechtlich relevante Nutzungshandlung in Bezug auf fremde Urheber- oder Leistungsschutzrechte (zB an Texten, Bildern oder Videos) kommt dann in Betracht, wenn im Rahmen des KI-Trainings (Zwischen-)Speicherungen erfolgen, die den Tatbestand der Vervielfältigung nach § 16 UrhG erfüllen. Dies ist beim KI-Training regelmäßig der Fall, da die Trainingsdaten erst so aufbereitet werden müssen, dass die relevanten Informationen auch entsprechend verarbeitet werden können.⁴⁸⁷ Insbesondere wird für gewöhnlich aus den Einzeldateien zuerst einmal eine möglichst große Datensammlung (der sog. Korpus) erstellt, die dann für das Training des neuronalen Netzes verwendet wird. Die KI nimmt folglich für die Auswertungen zumindest Zwischenspeicherungen der besagten Dateien in ihren Systemen vor, die danach in der Regel wieder gelöscht werden.⁴⁸⁸
- 252 Voraussetzung der Annahme einer Vervielfältigung ist, dass die Speicherung in einer Weise erfolgt, dass die gespeicherten Dateien menschlichen Sinnen wieder wahrnehmbar gemacht werden können. Daher kommt es nicht darauf an, ob die Daten digital gespeichert werden oder ob sie in einzelne Portionen zerlegt werden, die im KI-Modell „zerstreut“ abgelegt sind. Entscheidend ist bei den Zwischenspeicherungen lediglich, dass die ursprünglichen

⁴⁸³ Dazu im Einzelnen → [Verweis].

⁴⁸⁴ Class Action Authors' Guild et al. v. OpenAI Inc. et al., United States District Court Southern District of New York, case 1:23-cv-08292.

⁴⁸⁵ Complaint The New York Times Company v. Microsoft Corporation, OpenAI, Inc. et al., United States District Court Southern District of New York, case 1:23-cv-1195; Mehlan MMR-Aktuell 2024, 01264.

⁴⁸⁶ Dreier/Schulze/Schulze UrhG § 15 Rn. 20; Wandtke/Bullinger/Heerma UrhG § 15 Rn. 10; Kögel InTeR 2023, 179, 180.

⁴⁸⁷ Kögel InTeR 2023, 179, 180.

⁴⁸⁸ Pukas GRUR 2023, 614, 615; Gräfe/Kahl MMR 2021, 121, 124.

Werke wieder rekonstruiert werden können.⁴⁸⁹ Die Anforderungen an die Rekonstruierbarkeit sind dabei nicht allzu hoch und dürften in der Regel vorliegen. Eine urheberrechtlich relevante Vervielfältigung dürfte im Einzelfall lediglich dann entfallen, wenn die Dateien nur in so kleinen Auszügen übernommen werden, dass diese für sich nicht die wesentlichen Grundzüge des Werks widerspiegeln und damit keinen urheberrechtlich relevanten Werkteil darstellen.

Nach dem Ende des Trainings eines künstlichen neuronalen Netzes werden die verwendeten Werke in der Regel wieder gelöscht. Von vielen Autoren wird davon ausgegangen, dass dann in dem KI-System das Werk oder Teile davon nicht gespeichert werden. Permanent gespeichert werden vielmehr nur sogenannte Gewichtungsinformationen, also statistische Daten über die Wahrscheinlichkeiten bestimmter Gestaltungsvarianten in bestimmten Konstellationen. Zum Beispiel bei den Large Language Models von ChatGPT stellt sich dies (vereinfacht) so dar, dass einzelne Wörter oder auch Wortelemente angesichts der schon vorhandenen Wörter mit einem Wahrscheinlichkeitswert versehen und auf dieser Grundlage vom Algorithmus dem Text hinzugefügt werden. Daraus wird gefolgert, dass in diesen Fällen eine Vervielfältigung nicht vorliege, weil das ursprüngliche Werk nicht mehr in reproduzierbarer Form vorliege, sondern nur die Gewichtungsinformationen vorhanden seien.⁴⁹⁰ Deswegen sei etwa auch ChatGPT grundsätzlich nicht in der Lage, Textpassagen aus Originalwerken wörtlich wiederzugeben.⁴⁹¹ Für diese Argumentation spricht, dass in den Gewichtungsparemtern eine einfach reproduzierbare Speicherung, die menschlichen Nutzern wahrnehmbar gemacht werden kann, nicht ohne weiteres gesehen werden kann.

Ausnahmsweise kann es aber auch vorkommen, dass einzelne Werke oder zumindest schutzrechtlich relevante Teile davon als echte Vervielfältigungen in der KI abgelegt und von dieser genutzt werden. In diesem Fall ist der Vervielfältigungstatbestand auf jeden Fall verwirklicht und ein Rechtfertigungstatbestand ohne Lizenzierung nur schwer zu erkennen. Insbesondere die Schrankenbestimmung des § 44b UrhG hilft hier nicht weiter, da die Speicherung nur so lange erfolgen darf, wie sie für die Informationsgewinnung erforderlich ist (§ 44b Abs. 2 S. 2 UrhG.⁴⁹² Allerdings sind aufgrund der komplexen Technik Abgrenzungs- und Beweisschwierigkeiten vorhersehbar.⁴⁹³

Beim Einsatz einer KI ist der richtige Adressat von möglichen Verletzungsansprüchen (insbesondere auf Unterlassung, Auskunft und Schadensersatz) diejenige natürliche oder juristische Person, die unter wirtschaftlichen und organisatorischen Aspekten als Anbieter der KI anzusehen ist. Dies ist nicht zwangsläufig der Programmierer der Software, sondern regelmäßig die Person, die die KI einsetzt. Wenn man die allgemeinen haftungsrechtlichen Grundsätze anwendet, ist von einer Haftung als Täter im Sinn des § 97 UrhG auszugehen, da der Anbieter durch den Einsatz der KI die unbefugten Vervielfältigungen beim Training adäquat kausal veranlasst hat oder sie sich zumindest zurechnen lassen muss.⁴⁹⁴ Selbst wenn der Anbieter aufgrund der Unkenntnis der Arbeitsweise der Algorithmen keine konkrete Kenntnis von jedem einzelnen rechtsverletzenden Vorgang hat, genügt es jedoch, dass der Anbieter weiß, dass beispielsweise im Wege des „Web Scraping“ auf eine große Anzahl verfügbarer Dateien zugegriffen wird. Es entspricht der allgemeinen Lebenserfahrung, dass hierunter geschützte Werke sind und der Zugriff ohne Erlaubnis vom Rechtsinhaber eventuell ausgeschlossen wurde, so dass von vorsätzlichem Handeln, wenigstens aber dolus eventualis ausgegangen werden kann.⁴⁹⁵

⁴⁸⁹ Pesch/Böhme GRUR 2023, 997, 1005.

⁴⁹⁰ Stephen Wolfram (2023), „What Is ChatGPT Doing ... and Why Does It Work?“, Stephen Wolfram Writings. writings.stephenwolfram.com/2023/02/what-is-chatgpt-doing-and-why-does-it-work; Krone RDI 2023, 117, 120; Baumann NJW 2023, 3673 Rn. 11.

⁴⁹¹ Pesch/Böhme GRUR 2023, 997, 1004; Kögel InTeR 2023, 179, 180; Wilmer KuR 2023, 233 f.

⁴⁹² Dazu im Einzelnen → [Verweis auf Rn. zu §§ 44b].

⁴⁹³ Vgl. Pesch/Böhme GRUR 2023, 997, 1005.

⁴⁹⁴ Dreier/Schulze/Specht-Riemenschneider UrhG § 97 Rn. 24.

⁴⁹⁵ Vgl. EuGH 22.6.2021, C-682/18 u. 683/18 Rn. 35 – Youtube und Cyando; OLG Hamburg GRUR-RR 2013, 382 – Hörspiel; LG Hamburg MMR 2020, 875; Dreier/Schulze/Specht-Riemenschneider UrhG § 97 Rn. 26.

- 256 d) **Rechtfertigung durch Schrankenbestimmungen?** Zu überlegen ist, inwieweit bei Vorliegen einer Vervielfältigung im Sinne des § 16 UrhG eine Rechtfertigung durch urheberrechtliche Schrankenbestimmungen gemäß §§ 44a ff. UrhG in Betracht kommt. Dies wird dann relevant, wenn man davon ausgeht, dass eine Vervielfältigung ausschließlich dann vorliegt, wenn die Werke zum Zweck des Trainings vorübergehend gespeichert und nach Zweckerreichung unverzüglich wieder gelöscht werden. Dauerhafte Speicherungen von Werken oder Werkteilen in der KI können durch Schrankenbestimmungen nicht gedeckt sein.
- 257 Vereinzelt wird eine Anwendbarkeit des § 44a UrhG, Art. 5 InfoSoc-RL⁴⁹⁶ bejaht, wenn die Vervielfältigung zum Zweck des KI-Trainings lediglich im Arbeitsspeicher der KI erfolgt und die dort gespeicherten Dateien ständig überschrieben werden.⁴⁹⁷ Dieser Ansicht ist allerdings nicht zu folgen, selbst wenn im Rahmen des Trainingsprozesses die Vervielfältigungen nur vorübergehender Natur sein sollten. Da nämlich die einzelnen Iterationen des Trainingsprozesses nicht nur ein untergeordneter integraler Bestandteil eines technischen Verfahrens sind, sondern wegen ihrer Auswirkungen auf die Parameter und Qualität des KI-Modells eine eigene wirtschaftliche Bedeutung haben, kann § 44a UrhG keine Anwendung finden.⁴⁹⁸
- 258 Denkbar ist aber eine Rechtfertigung von Vervielfältigungshandlungen nach § 44b UrhG, der das **Text und Data Mining** regelt. Die Vorschrift wurde im Zuge der Umsetzung der DSM-Richtlinie⁴⁹⁹ (dort Art. 3 und 4) in das Urheberrechtsgesetz aufgenommen und findet auf Tatbestände ab dem 7.6.2021 Anwendung. Nach dieser Vorschrift ist die Vervielfältigung von einzelnen oder mehreren digitalen oder digitalisierten Werken zulässig, um daraus Informationen insbesondere über Muster, Trends und Korrelationen zu gewinnen – § 44b Abs. 1 und 2 S. 1 UrhG.
- 259 Die Vorschrift schließt auch die kommerzielle Nutzung der Schutzgegenstände ein, so dass auch die Vervielfältigung im Rahmen einer kommerziell eingesetzten KI erfasst wäre.⁵⁰⁰ Voraussetzung ist, dass es sich um rechtmäßig zugängliche Werke handeln muss (§ 44b Abs. 2 S. 1 UrhG). Dabei ist die freie Zugänglichkeit von Werken über das Internet ausdrücklich als Fall des rechtmäßigen Zugangs in der Gesetzesbegründung erwähnt.⁵⁰¹ Weiterhin ist der Vervielfältigende verpflichtet, die Vervielfältigungen zu löschen, wenn sie für das Text und Data Mining nicht mehr erforderlich sind (§ 44b Abs. 2 S. 2 UrhG).⁵⁰²
- 260 „Werke“ im Sinne der Vorschrift sind nicht nur urheberrechtliche Werke nach § 2 UrhG, sondern auch Datenbanken nach § 87a UrhG sowie sonstige Schutzgegenstände des Urheberrechtsgesetzes (zB Leistungsschutzrechte).⁵⁰³ Dies ergibt sich auf den ausdrücklichen Verweisen auf die urheberrechtlichen Schrankenbestimmungen in den jeweiligen Regelungen für die sonstigen Schutzgegenstände (etwa § 72 Abs. 1 UrhG für Lichtbilder oder § 87c Abs. 1 Nr. 4 UrhG für Datenbanken).⁵⁰⁴
- 261 Ferner ist zu beachten, dass der Gesetzeswortlaut ausdrücklich die „automatisierte Analyse“ zulässt, womit verdeutlicht wird, dass Inhalte auch computergestützt verarbeitet werden dürfen.⁵⁰⁵ Hieraus lässt sich ableiten, dass auch die Verarbeitung der gewonnenen Informationen automatisiert erfolgen kann und eine Offenlegung an natürliche Personen oder zumindest eine theoretische Zugangsmöglichkeit durch diese nicht gefordert ist. Dies entspricht auch eher dem Sinn und Zweck der Vorschrift.
- 262 In der wissenschaftlichen Literatur wird allerdings das Tatbestandsmerkmal „**um daraus Informationen (...) zu gewinnen**“ (§ 44b Abs. 1 UrhG) problematisch gesehen, da insbeson-

⁴⁹⁶ RL 2001/29/EG v. 22.5.2001.

⁴⁹⁷ Gräfe/Kahl MMR 2021, 121, 124.

⁴⁹⁸ Pesch/Böhme GRUR 2023, 997, 1006.

⁴⁹⁹ RL 2019/790/EU v 17.4.2019.

⁵⁰⁰ Pesch/Böhme GRUR 2023, 997, 1006.

⁵⁰¹ Pesch/Böhme GRUR 2023, 997, 1006; Dreier/Schulze/Dreier UrhG § 44b Rn. 8; BT-Drs. 19/27426, 88; RL 2019/790/EU v. 17.4.2019, ErwgG 18 Abs. 1 S. 2.

⁵⁰² Kögel InTeR 2023, 179, 181.

⁵⁰³ BT-Drs. 19/27426, S. 88.

⁵⁰⁴ Dreier/Schulze/Dreier UrhG § 44b Rn. 6.

⁵⁰⁵ BeckOK UrhR/HagemeyerUrhG § 44b Rn. 11.

dere beim Training von künstlichen neuronalen Netzwerken (KNN) den Entwicklern und Anwendern der KI keine Informationen über die Muster in den ausgewerteten Datensätzen vermittelt würden. Vielmehr sei die Funktionsweise einer KNN den meisten natürlichen Personen nicht ersichtlich und ihre Interpretation sei selbst für Fachleute schwierig. Damit sei zumindest nicht eindeutig, ob Trainingsdatensammler ihre Tätigkeiten tatsächlich auf § 44b UrhG (oder auf § 60d UrhG) stützen können.⁵⁰⁶ Andererseits erwähnt der Wortlaut des § 44b Abs. 1 UrhG ausdrücklich die „automatisierte Analyse“ von Werken. Dadurch soll verdeutlicht werden, dass die Inhalte auch computergestützt verarbeitet werden können.⁵⁰⁷ Dies lässt sich durchaus so verstehen, dass der gesamte Prozess der Informationsgewinnung und Informationsauswertung durch ein automatisiertes System erfolgen kann und eine tatsächliche oder theoretische Kenntnisnahme durch eine natürliche Person nicht erforderlich ist. Auch vom Sinn und Zweck der Norm her würde es im Grunde keinen Unterschied machen, ob die gewonnenen Informationen direkt automatisiert weiterverarbeitet werden oder ob – quasi als Zwischenschritt – der Anbieter oder Programmierer auf diese zugreifen kann.

Zu beachten ist **allerdings § 44b Abs. 3 UrhG**, der zugunsten des Werkinhabers einen **Opt-Out-Mechanismus** aus der Vervielfältigung für Text und Data Mining vorsieht. Nach dieser Vorschrift scheidet die Nutzung zum diesem Zweck dann aus, wenn sich der Rechteinhaber sich diese vorbehalten hat, wobei bei über das Internet zugänglich gemachten Werken der Vorbehalt zwingend **in maschinenlesbarer Form** erfolgen muss (§ 44b Abs. 3 S. 2 UrhG).⁵⁰⁸ Was genau unter den Begriff der Maschinenlesbarkeit fällt, wird derzeit im Einzelnen noch immer diskutiert.⁵⁰⁹ Maschinenlesbarkeit kann schon mittels maschinenlesbarer Schriften hergestellt werden, solange der Vorbehalt so ausgestaltet ist, dass er durch Mittel des Standes der Technik erkannt und ausgewertet werden kann.⁵¹⁰ Hierunter fällt zumindest im Internet ein Ausschluss in Form einer robots.txt-Datei, der von einem Crawler ausgelesen werden kann.⁵¹¹ Die Gesetzesbegründung scheint allerdings sogar davon auszugehen, dass alle digitalisierten textlichen Vorbehalte auf einer Webseite (etwa in AGB oder im Impressum) von der Vorbehaltsmöglichkeit in § 44b Abs. 3 UrhG erfasst werden.⁵¹² Bei im Internet verfügbaren Inhalten sollte deshalb davon ausgegangen werden, dass eine erhebliche Zahl von vorsorglichen Ausschlussklärungen der Rechteinhaber existiert.⁵¹³ 263

Praxistipp:

Beim Training von KIs mittels Web Scraping besteht somit eine nicht unerhebliche rechtliche Unsicherheit. Es empfiehlt sich für den KI-Anbieter, nach Möglichkeit eine Routine zur automatischen Erkennung von Ausschlüssen nach § 44b Abs. 3 UrhG vorzusehen. KI-Betreiber und -Nutzer sind dabei gut beraten, im Internet sämtliche Formen von Nutzungsvorbehalten zu beachten.⁵¹⁴ Rechteinhabern hingegen ist zu raten, einen Nutzungsvorbehalt zumindest auch in eindeutig maschinenlesbarer Form (zB als robots.txt-Datei) zu erklären.

Mittlerweile hat sich im Bereich des KI-Trainings ein Markt für **Trainingsdatensammler** 264 herausgebildet, also von Unternehmen, die selbst zwar keine KI entwickeln, aber Trainingsdaten sammeln und diese dann KI-Anbietern auf kommerzieller Basis zur Verfügung stel-

⁵⁰⁶ Pukas GRUR 2023, 614, 615.

⁵⁰⁷ BeckOK UrhR/Hagemeyer UrhG § 44b Rn. 11; BT-Drs. 18/12329, 41.

⁵⁰⁸ Pesch/Böhme GRUR 2023, 997, 1006.

⁵⁰⁹ Baumann NJW 2023, 3673 Rn. 19; Maamar ZUM 2023, 481, 484 f.

⁵¹⁰ Wandtke/Bullinger/Bullinger UrhG § 44b Rn. 10; Pukas GRUR 2023, 614, 615; Hartmann/Jacobsen MMR-Aktuelle 2021, 441332.

⁵¹¹ Baumann NJW 2023, 3673 Rn. 19; Dreier/Schulze/Dreier UrhG § 44b Rn. 9; Pukas GRUR 2023, 614, 615; Gautling CR 2021, 609, 611 Rn. 14; Wandtke/Bullinger/Bullinger UrhG § 44b Rn. 10; AmtlBegr. BT-Drs. 19/27426, 89.

⁵¹² BT-Drs. 19/27426, 89; Baumann NJW 2023, 3673 Rn. 19.

⁵¹³ Pukas GRUR 2023, 614, 615.

⁵¹⁴ Baumann NJW 2023, 3673 Rn. 19.

len.⁵¹⁵ Da die Erstellung von Trainingsdatensätzen regelmäßig sehr ressourcenintensiv ist, kann sie von KI-Entwicklern oft nicht selbst geleistet werden, diese müssen sich daher solcher professioneller Anbieter bedienen, die Datenbanken von aufbereiteten Trainingsdaten vorhalten.⁵¹⁶ Allerdings besteht für kommerzielle Sammler von Trainingsdaten die Problematik, dass schutzfähige Inhalte nach § 44b Abs. 2 S. 21 UrhG zu löschen sind, sobald sie für das Text und Data Mining nicht mehr benötigt werden.⁵¹⁷ Eine Vorratsspeicherung solcher Datensätze ist also nicht möglich, sofern es sich um nach dem Urheberrechtsgesetz schutzfähige Inhalte handelt. Auch hier gibt es also noch eine Reihe nicht gelöster rechtlicher Fragen.

Praxistipp:

Das deutsche (und europäische) Urheberrecht hält für derartige Konstellationen keine wirklich befriedigenden Lösungen bereit. Die praktische Lösung sieht vielfach so aus, dass das Training der KI in Ländern (wie zB Japan) vorgenommen wird, deren Urheberrecht viel weitergehende Ausnahmen gestattet. Nach Europa geliefert werden dann nur die fertigen Gewichtungparameter.

- 265 e) Keine Verletzung fremder Datenbankrechte durch das Training künstlicher Intelligenz. Vereinzelt wird in der Literatur diskutiert, ob durch den Zugriff der KI auf Trainingsdaten im Internet fremde Datenbankrechte gemäß §§ 87a ff. UrhG verletzt werden können. Durch diese Vorschriften werden nicht die Einzeldaten geschützt, wohl aber die systematische oder methodische Anordnung der Einzelelemente, sofern diese eine wesentliche Investition erfordert. Geschützt gegen Vervielfältigung sind sowohl die Datenbank insgesamt als auch wesentliche Teile derselben (§ 87b Abs. 1 UrhG). Erfasst sind somit nicht die in der Datenbank enthaltenen Daten, vielmehr trifft das Verbot des Datenbankherstellers nur die Entnahme eines wesentlichen Teils oder der Gesamtheit der Datenbank.⁵¹⁸ Da eine KI im Rahmen des Trainings auf Datenbanken in ihrer methodischen Anordnung, sondern nur auf Einzeldaten oder einzelne Datensätze zugegriffen wird, scheidet eine Verletzung der §§ 87a ff. UrhG aus.⁵¹⁹

4. Die Verletzung von Rechten durch von der KI generierte Produkte

- 266 Eine Vervielfältigung geschützter Werke durch die KI kommt außerdem in Frage, wenn die KI aus den während des Trainings gewonnenen Parametern, Erzeugnisse hervorbringt, die existierende Werke Dritter oder urheberrechtlich relevante wesentliche Teile derselben nahezu vollständig rekonstruieren. Eine Rechtfertigung gemäß § 44a, § 44b oder § 60d UrhG würde in diesen Fällen von vornherein ausscheiden. Dies kann beispielsweise bei vollständig in Modellparameter übersetzten Bildern oder Texten, die dann wieder wahrnehmbar gemacht werden, der Fall sein oder auch, wenn durch „richtiges prompten“ der KI beispielsweise Bilder oder Texte erzeugt werden, die einem geschützten Originalwerk so ähnlich sind, dass dies einer vollständigen Übernahme ziemlich gleichkommt. In der Wahrnehmbarmachung der KI-Erzeugnisse liegt in der Regel eine weitere Vervielfältigung gemäß § 16 UrhG, die bei Vorliegen der Schutzvoraussetzungen in fremde Werke oder Leistungsschutzrechte eingreift.⁵²⁰
- 267 Daneben kann eine Umgestaltung eines Werks oder Leistungsschutzrechts vorliegen, wenn die KI -Erzeugnisse hervorbringt, die zwar Abweichungen von einem zum Training benutzten Werk aufweisen, aber dennoch Elemente des Werks übernimmt. Ist in diesem Fall der schöpferische Abstand von dem Ursprungsprodukt hinreichend groß, kann man von einer erlaubnisfreien Bearbeitung gemäß § 23 Abs. 1 S. 2 UrhG ausgehen.

⁵¹⁵ Hacker GRUR 2020, 1025.

⁵¹⁶ Pukas GRUR 2023, 614, 615.

⁵¹⁷ Pukas GRUR 2023, 614, 615.

⁵¹⁸ Bußmann/Glasowski/Niehaus/Stecker RD 2022, 391 Rn. 27.

⁵¹⁹ Bußmann/Glasowski/Niehaus/Stecker RD 2022, 391 Rn. 28.

⁵²⁰ Pesch/Böhme GRUR 2023, 997, 1005; Kögel InTeR 2023, 179, 180.

Ist jedoch ein solcher hinreichender Abstand nicht gegeben und weist das KI-Erzeugnis 268 vielmehr relevante schöpferische Eigenarten des ursprünglichen Werks auf, handelt es sich um eine erlaubnispflichtige Bearbeitung oder Umgestaltung gemäß § 23 Abs. 1 S. 1 UrhG. Dabei ist es grundsätzlich unerheblich, auf welche Weise die KI die schöpferischen Eigenheiten des Originalwerks übernimmt (ob durch direkte Kopie oder „aus dem Gedächtnis“).⁵²¹

Sollte dies der Fall sein, dürfte die Veröffentlichung und sonstige Verwertung des betref- 269 fenden KI-Erzeugnisses nur mit Zustimmung des ursprünglichen Rechteinhabers erfolgen.⁵²² Da eine solche in der Regel nicht vorliegt, kommt durch die Verkörperung des KI-Erzeugnisses (und sei es auch nur als digitale Datei) eine Verletzung des fremden Urheber- oder Leistungsschutzrechts in Form einer Vervielfältigung in Frage.⁵²³ Diese Sachlage beurteilt sich nach den allgemeinen urheberrechtlichen Grundsätzen. Dabei ist zu beachten, dass eine Rechtsverletzung nicht bereits bei einer Übernahme von Stilen (zB bestimmte Arten des Satzbaus, Verwendung von Licht oder Beleuchtung bei Bildern) oder Motiven (zB bestimmte abgebildete Gegenstände) vorliegt. Eine KI kann anhand der trainierten Parameter etwa ein Bild im Stil Rembrandts oder auch im Stil von Georgia O’Keeffe erzeugen, ohne dass konkrete Elemente eines Originalbilds übernommen werden.⁵²⁴ Entscheidend für das Vorliegen einer Urheberrechtsverletzung in Form einer Vervielfältigung ist, dass die Eigenart des Originals in dem jüngeren Erzeugnis erhalten bleibt und ein übereinstimmender Gesamtein- druck besteht.⁵²⁵

Sollte nach den dargestellten Grundsätzen zu bejahen sein, dass ein von einer KI generier- 270 tes Produkt wie etwa ein virtuelles Bild oder ein Text schöpferische Elemente eines älteren Werks enthält, stellt sich die Frage, ob sich nicht der Betreiber der KI darauf berufen kann, dass eine sogenannte **Doppelschöpfung** vorliegt. Bei dieser Fallgestaltung schaffen mehrere Urheber unabhängig voneinander übereinstimmende (oder ähnliche) Werke, ohne dass der eine bewusst oder unbewusst auf das Werk des anderen zugegriffen hat.⁵²⁶ Nach allgemeiner Ansicht liegt im Bereich menschlicher Schöpfungen in einem solchen Fall keine Urheberrechtsverletzung vor.⁵²⁷ In der urheberrechtlichen Praxis sind derartige Zufälle eher Ausnahmen und finden, wenn überhaupt, nur im Bereich der Ähnlichkeit und der „kleinen Münze“ statt.⁵²⁸

Im Bereich der KI (insbesondere bei künstlichen neuronalen Netzwerken) könnte dies in 271 einigen Fällen jedoch anders zu beurteilen sein. Wie oben gezeigt, werden im Rahmen des Trainings der KI nämlich in der Regel keine Kopien der benutzten Daten dauerhaft im Speicher der KI abgelegt. Vielmehr werden lediglich Korrelationen und Entscheidungsmuster statistisch ausgewertet. Diese Ergebnisse werden dann in sogenannte Gewichtungsinformationen übersetzt und als solche in der KI abgelegt,⁵²⁹ die dann aufgrund dieser „Entscheidungsmuster“ neue Erzeugnisse hervorbringt. Dann findet aber kein unmittelbarer Zugriff auf vorbestehende Werke oder Produkte statt, so dass eine Ähnlichkeit zu vorbestehenden Werken nicht auf einer unmittelbaren Übernahme beruht, sondern eher einem unabhängigen Eigenschaftern der KI gleichkommt. Eine Parallele zu der nicht als Verletzung zu qualifizierenden Doppelschöpfung bietet sich somit an.

Nach ständiger Rechtsprechung ist Voraussetzung einer Doppelschöpfung, dass kein – 272 auch kein unbewusster – Rückgriff auf das vorbestehende Werk erfolgt, dh dass der spätere

⁵²¹ BGH GRUR 2023, 571 Rn. 28 – Vitrienenleuchte; BGH GRUR 2022, 899 Rn. 43 – Porsche 911.

⁵²² Schrickler/Loewenheim/Loewenheim UrhG § 23 Rn. 18; Dreier/Schulze/Schulze UrhG § 23 Rn. 33.

⁵²³ Pesch/Böhme GRUR 2023, 997, 1004.

⁵²⁴ Pesch/Böhme GRUR 2023, 997, 1005, 1006.

⁵²⁵ BGH GRUR 2023, 571 Rn. 28 – Vitrienenleuchte; BGH GRUR 2022, 899 Rn. 43 – Porsche 911.

⁵²⁶ Nordemann GRUR 2024, 1; Schrickler/Loewenheim/Loewenheim UrhG § 23 Rn. 34; Dreier/Schulze/Schulze UrhG § 23 Rn. 88.

⁵²⁷ Schrickler/Loewenheim/Loewenheim UrhG § 23 Rn. 36; BGH GRUR 1988, 810, 811 – Fantasy; BGH GRUR 1971 266, 268 – Magdalenenarie; OLG Zweibrücken GRUR-RR 2016, 141 Rn. 27 – Piano-Lehrbuch.

⁵²⁸ Schrickler/Loewenheim/Loewenheim UrhG § 23 Rn. Schrickler/Loewenheim/Loewenheim UrhG § 23 Rn. 35.

⁵²⁹ Kögel InTeR 2023, 179, 180.

Schöpfer das ältere Werk nicht kannte.⁵³⁰ Man müsste also diese Prinzipien aus dem Bereich des menschlichen Schaffens in entsprechender Anwendung für KI nutzbar machen. Folglich ist zu überlegen, ob ein „bewusster“ Rückgriff durch die KI bereits dann vorliegt, wenn das vorbestehende Werk im Rahmen des Trainings ausgewertet wurde und damit in die Gewichtungparameter der KI eingeflossen ist (obwohl vermutlich der Anteil dieses einen Werks an den statistischen Gewichtungsinformationen mikroskopisch gering ist). Verschiedentlich wird daher die Rechtsfigur der „Doppelschöpfung“ überhaupt nur bejaht, wenn die KI nicht mit dem Original trainiert wurde.⁵³¹ Bei großer Ähnlichkeit der beiden Erzeugnisse gilt dann zudem der Anscheinsbeweis zugunsten des Urhebers des vorbestehenden Werks (§ 10 UrhG).⁵³² Dem Anbieter der KI obliegt dann der Entlastungsbeweis dahingehend, dass im Rahmen des Trainings der KI das vorbestehende Werk nicht verwendet wurde – ein Beweis, der voraussichtlich gar nicht erbracht werden kann.

⁵³⁰ BGH GRUR 1988, 812, 814 f. – Ein bisschen Frieden; OLG Köln ZUM-RD 1999, 223, 225 – Klammerpose; Dreier/Schulze/Schulze UrhG § 23 Rn. 88.

⁵³¹ Nordemann GRUR 2024, 1.

⁵³² Schrickler/Loewenheim/Loewenheim UrhG § 23 Rn. 35.