

Seminar: Aktuelle Entwicklungen im Softwarerecht

Rechtsverletzungen

Seminararbeit



TECHNISCHE
UNIVERSITÄT
DARMSTADT

Fachbereich Rechts- und Wirtschaftswissenschaften
Institut für Rechtswissenschaften

Fachgebiet Zivilrecht I - Zivilrecht, Gewerblicher Rechtsschutz
und Urheberrecht sowie Recht der Informationsgesellschaft
Prof. Dr. jur. Jochen Marly

Betreuer: Martin Muster

Winter-/Sommersemester 0000

vorgelegt am 00. Monat 0000

von

Max Mustermann
Studiengang: Musterstudiengang
Matrikelnummer: 0000000
Fachsemester: 00

Inhaltsverzeichnis

Inhaltsverzeichnis	II
Abkürzungsverzeichnis.....	IV
Literaturverzeichnis	VI
Einleitung	1
Hauptteil	2
A. Definition von Software	2
B. Schutzzweck und Gesetze zum Softwareschutz.....	3
I. Urheberrechtlicher Schutz	4
1. Schutzgegenstand.....	4
2. Zustimmungsbedürftige Handlungen.....	5
3. Rechtliche Folgen von Rechtsverletzungen	6
a) Zivilrechtliche Sanktionen.....	6
aa) Unterlassungsanspruch gem. § 97 Abs. 1 UrhG	6
bb) Schadensersatzanspruch gem. § 97 Abs. 2 UrhG.....	7
cc) Vernichtungsanspruch gem. § 98 UrhG i.V.m. § 69f UrhG	8
dd) Auskunftsanspruch gem. § 101 UrhG	9
ee) Besichtigungsanspruch gem. § 101a UrhG.....	10
ff) Bereicherungsanspruch gem. § 812 BGB.....	10
b) Strafrechtliche Sanktionen.....	11
II. Patentrechtlicher Schutz	11
III. Kennzeichenrechtlicher Schutz	14
IV. Wettbewerbsrechtlicher Schutz.....	15

C. Vertragsrechtlicher Schutz	16
I. Sachkauf oder Lizenzvertrag.....	16
II. Einräumung von Nutzungsrechten	17
III. Vertragsverletzungen.....	18
IV. Problem des Handels mit gebrauchter Software	19
1. Sachverhalt	19
2. Meinungen in der Rechtsprechung und Literatur	19
3. Aktuelle Rechtsentscheidungen.....	20
4. Kritische Beurteilung	20
5. Fazit.....	21
Zusammenfassung der Ergebnisse und Ausblick.....	22

Abkürzungsverzeichnis

a. A.	anderer Ansicht
ABl.	Amtsblatt
Anm.	Anmerkung
Az.	Aktenzeichen
BeckRS	Beck-Rechtsprechung
Begr.	Begründung
BGB	Bürgerliches Gesetzbuch
BGH	Bundesgerichtshof
BT	Bundestag
Drucks.	Drucksache
EG	Europäische Gemeinschaft
EU	Europäische Union
EWG	Europäische Wirtschaftsgemeinschaft
EWR	Europäischer Wirtschaftsraum
GRUR	Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht
GRUR Int.	Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht (Internat. Teil)
GRUR-RR	Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht – Rechtsprechungsreport
IEEE	Institute of Electrical and Electronics Engineers
i.S.d.	im Sinne des
jurisPR-ITR	Juris Praxisreport IT-Recht
LG	Landgericht
KOM	Kommission
MarkenG	Markengesetz
m. w. N.	mit weiteren Nachweisen
NJW	Neue Juristische Wochenschrift
OLG	Oberlandesgericht
PatG	Patentgesetz
RL	Richtlinie
Rn.	Randnummer

Std	Standard
UrhG	Urheberrechtsgesetz
UWG	Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb
WIPO	World Intellectual Property Organization (Weltorganisation für geistiges Eigentum)
ZUM	Zeitschrift für Urheber- und Medienrecht

Literaturverzeichnis

- Becker, Jürgen** Das Urheberrecht vor einem 3. Korb: Ausgewählte Handlungsfelder, ZUM 2008, 361-363.
- Bodewig, Theo / Wandtke, Artur-Axel** Die doppelte Lizenzgebühr als Berechnungsmethode im Lichte der Durchsetzungsrichtlinie, GRUR 2008, 220-229.
- Bräutigam, Peter / Lederer, Bea** Handel mit Second-Hand-Software erschöpfend behandelt, Anmerkung zu OLG München 6. Zivilsenat, Urteil vom 03. Juli 2008, 6 U 2759/07, jurisPR-ITR 17/2008 Anm. 2.
- Czychowski, Christian** Das Gesetz zur Verbesserung der Durchsetzung von Rechten des Geistigen Eigentums - Teil II: Änderungen im Urheberrecht, GRUR-RR 2008, 265-268.
- Dörre, Tanja / Maaßen, Stefan** Das Gesetz zur Verbesserung der Durchsetzung von Rechten des geistigen Eigentums - Teil I: Änderungen im Patent-, Gebrauchsmuster-, Marken- und Geschmacksmusterrecht, GRUR-RR 2008, 217-222.
- Dreier, Thomas / Vogel, Rupert** Software- und Computerrecht, Frankfurt am Main 2008.
- Eisenmann, Hartmut / Jautz, Ulrich** Grundriss gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht, 7., neu bearbeitete Auflage, Heidelberg 2007.
- Hilty, Reto / Kur, Annette / Peukert, Alexander** Stellungnahme des Max-Planck-Instituts für Geistiges Eigentum, Wettbewerbs- und Steuerrecht zum Vorschlag für eine Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rates über strafrechtliche Maßnahmen zur Durchsetzung der Rechte des geistigen Eigentums, KOM(2006) 168 endgültig, GRUR Int 2006, 722-725.

-
-
- Hoeren, Thomas / Sieber, Ulrich** Handbuch Multimedia-Recht, 21. Auflage, München 2009.
- IEEE** (Institute of Electrical and Electronics Engineers), IEEE Std 610.12-1990, IEEE Standard Glossary of Software Engineering Terminology.
- Kilian, Wolfgang / Heussen, Benno** Computerrechts-Handbuch. Informationstechnologie in der Rechts- und Wirtschaftspraxis, 26. Ergänzungslieferung, München 2008.
- Kitz, Volker** Rechtsdurchsetzung im geistigen Eigentum - die neuen Regeln, NJW 2008, 2374-2377.
- Kochendörfer, Mathias** Verletzerzuschlag auf Grundlage der Enforcement-Richtlinie?, ZUM 2009, 389-394.
- Marly, Jochen** Softwareüberlassungsverträge, 4. Auflage, München 2004.
- Möhring, Philipp / Nicolini, Käte** Urheberrechtsgesetz, 2. Auflage, München 2000.
- Redeker, Helmut** IT-Recht, 4., neubearbeitete Auflage, München 2007.
- Schimmel, Wolfgang** Der »doppelte Schadenersatz« bei Urheberrechtsverletzungen, ZUM 2008, 384-390.
- Schricker, Gerhard** Urheberrecht, Kommentar, 3., neubearbeitete Auflage, München 2006.
- Schwartzmann, Rolf** Praxishandbuch Medien-, IT- und Urheberrecht, Heidelberg 2008.
- Spindler, Gerald** Reform des Urheberrechts im „Zweiten Korb“, NJW 2008, 9-16.

**Wandtke, Artur-Axel /
Bullinger, Winfried**

Praxiskommentar zum Urheberrecht, 3., neu bearbeitete
Auflage, München 2009.

WIPO

Mustervorschriften für den Schutz von Computersoft-
ware, GRUR Int, 1978, 286-291.

Einleitung

Im heutigen Zeitalter der digitalen Informationstechnik mit weltweiter Vernetzung sind den Möglichkeiten der Vervielfältigung und globalen Verbreitung von digitalen Inhalten nahezu keine Grenzen mehr gesetzt. Vor diesem Hintergrund und der Tatsache, dass die Herstellung von Software mit hohen Entwicklungskosten verbunden ist, ist eine besondere Verletzlichkeit von Software gegenüber Piraterie allgemein anerkannt.¹ So ist aufgrund der digitalen Vervielfältigungsmöglichkeiten mit einer 1-zu-1-Kopie kein Qualitätsverlust verbunden und eine solche Kopie auch preiswert und in großer Zahl auf einfache Weise herzustellen. Auch Programmschutzmechanismen stellen hier nur bedingt ein Hindernis dar. Weiterhin bedarf es bei der Verbreitung keines physischen Trägermediums. Da der Vertrieb der Kopien i.d.R. erheblich preiswerter erfolgen kann als es dem Unternehmen aufgrund der Amortisation seiner Entwicklungskosten möglich ist, stellen Raubkopien und deren Verbreitung für das Unternehmen einen hohen ökonomischen Schaden dar. Aber auch Nachahmungen, Marken- und Ideenmissbrauch sind mit einem erheblichen Finanz- und Image-Schaden für das Unternehmen verbunden. Aus diesem Grund stellt sich die Frage, welche rechtlichen Schutzbereiche und Sanktionsmöglichkeiten bei Rechtsverletzungen es im Rahmen von Software gibt. Die Erläuterung des jeweiligen Schutzgegenstandes, der zustimmungsbedürftigen Handlungen sowie der daraus resultierenden Rechtsverletzungen und Sanktionsmöglichkeiten innerhalb der einzelnen Schutzbereiche ist Gegenstand der vorliegenden Arbeit. Weiterhin wird auch die aktuell umstrittene Problematik des Handels mit gebrauchter Software diskutiert. Die rechtlichen Betrachtungen in dieser Arbeit beschränken sich auf deutsches Recht und die nationalen Auswirkungen europäischer Richtlinien.

¹ Marly, Rn. 36 m. w. N.

Hauptteil

A. Definition von Software

Eine gesetzliche Definition der Begriffe Computersoftware und Computerprogramm existiert nicht.² So beinhaltet sowohl das Zweite Gesetz zur Änderung des Urheberrechtsgesetzes als auch die ihm zugrunde liegende Richtlinie keine Definition des Begriffs des Computerprogramms, da davon ausgegangen wurde, dass eine solche Begriffsbestimmung aufgrund des technologischen Fortschritts schnell veraltet sein würde.³ Allerdings definierte die Weltorganisation für geistiges Eigentum (WIPO) bereits 1977 in den Mustervorschriften für den Schutz von Computersoftware⁴ 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“⁵. Weiterhin werden in den Mustervorschriften das Computerprogramm, die Programmbeschreibung und das Begleitmaterial zu dem Oberbegriff Computersoftware zusammengefasst.⁶ Diese Unterscheidung zwischen Software und einem Computerprogramm gibt es auch in der Definition des Institute of Electrical and Electronics Engineers (IEEE). Unter dem Begriff Software werden demnach Computerprogramme, Prozeduren und ggf. die zugehörige Dokumentation sowie die Daten, die zum Ablauf des Computersystems gehören, verstanden.⁷ Ein Computerprogramm bezeichnet nach IEEE eine Kombination von Computeranweisungen bzw. -befehlen sowie Datendefinitionen, die es der Computer-Hardware ermöglichen, Berechnungs- oder Kontrollfunktionen durchzuführen.⁸ Auch wenn die beiden Begriffe Computersoftware und Computerprogramm im informellen Sprachgebrauch zeitweise synonym verwendet werden⁹, wird im Rahmen dieser Arbeit die angeführte

² Harte-Bavendamm/Wiebe, in: Kilian/Heussen, Nr. 51, Rn. 5; Marly, Rn. 1 und 8.

³ Begründung BT-Drucks. 12/4022 vom 18.12.1992, S. 9.

⁴ Die Mustervorschriften sind das Ergebnis einer Studie der WIPO über geeignete rechtliche Schutzmaßnahmen und internationale Abkommen für Computersoftware, die von den Vereinten Nationen erbeten wurde (GRUR Int. 1978, 286).

⁵ WIPO, GRUR Int. 1978, 286, 290.

⁶ WIPO, GRUR Int. 1978, 286, 290.

⁷ IEEE Std 610.12-1990, S. 66.

⁸ IEEE Std 610.12-1990, S. 19.

⁹ Dreier/Vogel, S. 32.

Differenzierung beibehalten, um eine genaue Abgrenzung des referenzierten Schutzgegenstands vornehmen zu können.

B. Schutzzweck und Gesetze zum Softwareschutz

Aus historischer Sicht stellte die Einordnung von Computerprogrammen in den Geltungsbereich eines bestimmten Gesetzes ein Problem dar, da Computerprogramme einerseits nicht zu den Schutzgegenständen der traditionellen Schutzrechte passten und andererseits die Schutzwirkung der jeweiligen Gesetze das Schutzbedürfnis von Computerprogrammen nicht vollständig erfasste.¹⁰ So konnten Computerprogramme aufgrund ihres technisch funktionalen Charakters nur schwer in den Bereich der persönlich geistigen Schöpfungen des Urheberrechts eingeordnet oder als klassische Erfindung im Sinne einer „Lehre zum technischen Handeln“¹¹ der traditionellen Ingenieurwissenschaften angesehen werden.¹² Weiterhin wollte man sowohl das Verbot der vollständigen Kopie, das in den Bereich des Urheberrechts fällt, als auch den Schutz der Funktionalität, der durch das Patentrecht abgedeckt werden könnte, eines Computerprogramms erfassen.¹³ Schließlich wurden Computerprogramme dennoch in den Schutzbereich des Urheberrechts aufgenommen, da dessen Schutzwirkung den Anforderungen aus industrieller Sicht zum damaligen Zeitpunkt hinreichend genügte und im Gegensatz zum Patentrecht kein zeit- und kostenintensives Registrierungsverfahren erforderte.¹⁴ Allerdings wurde damit nur der eigentliche Programmcode, nicht aber die dem Programm zugrunde liegende Idee geschützt. Dennoch bestand weiterhin das Bedürfnis auch diese zu schützen, sodass zwar nicht die Computerprogramme selbst, sondern die ein Computerprogramm enthaltenden Erfindungen, sogenannte programmbezogene Erfindungen, in das Patentrecht aufgenommen wurden.¹⁵ Neben den urheber- und patentrechtlich geschützten Aspekten eines Computerprogramms existieren auch kennzeichenrechtliche schutzwürdige Aspekte, wie die Marke, unter der

¹⁰ Dreier/Vogel, S. 35.

¹¹ Vgl. BGH, GRUR 1969, 672, 672 - Rote Taube.

¹² Dreier/Vogel, S. 35 f.

¹³ Dreier/Vogel, S. 35 f.

¹⁴ Dreier/Vogel, S. 37.

¹⁵ Dreier/Vogel, S. 38.

ein Programm vertrieben wird¹⁶, und wettbewerbsrechtliche Schutzinteressen, wie eine Nachahmung zu verhindern¹⁷. Nachfolgend werden die einzelnen gesetzlichen Schutzvorschriften hinsichtlich ihres Schutzgegenstandes, der zustimmungsbedürftigen Handlungen sowie der Sanktionsmöglichkeiten bei Rechtsverletzungen näher analysiert. Mit Inkrafttreten des Gesetzes zur Verbesserung der Durchsetzung von Rechten des geistigen Eigentums am 01.09.2008, das der Umsetzung der sogenannten Enforcement-Richtlinie¹⁸ dient, wurden unter anderem Änderungen im Urheberrechtsgesetz, im Patentgesetz und im Markengesetz vorgenommen, auf die im Folgenden auch hingewiesen wird.¹⁹

I. Urheberrechtlicher Schutz

1. Schutzgegenstand

Mit der Subsumtion von Computerprogrammen unter den urheberrechtlichen Schutz werden diese nach § 2 Abs. 2 UrhG in den Bereich der persönlich geistigen Schöpfungen eingeordnet und stellen gemäß § 2 Abs. 1 Nr. 1 UrhG Sprachwerke dar. Hieraus lässt sich zunächst schließen, dass der Programmcode eines Computerprogrammes, der in einer bestimmten Programmiersprache verfasst wurde, urheberrechtlich geschützt sein muss. Nach dem 7. Erwägungsgrund der Richtlinie des Rates vom 14.5.1991 über den Rechtsschutz von Computerprogrammen²⁰ umfasst der Schutz Computerprogramme einschließlich des Entwurfsmaterials.²¹ Diese Richtlinie wurde mit dem Zweiten Gesetz zur Änderung des Urheberrechtsgesetzes in deutsches Recht umgesetzt²², wodurch die speziellen Vorschriften der §§ 69a ff. UrhG für Computerprogramme in das Urheberrechtsgesetz aufgenommen wurden. Dabei unterfallen Begleitmaterial und Programmbeschreibungen von Software nicht dem Schutzbereich der §§ 69a ff. UrhG, da diese einen selbstständigen Urheberrechtsschutz je nach Auffassung i.S.d. § 2 Abs. 1 Nr. 1 UrhG oder § 2 Abs. 1

¹⁶ Redeker, Rn. 162.

¹⁷ Dreier/Vogel, S. 110.

¹⁸ RL 2004/48/EG v. 29.4.2004, ABl. EU Nr. L 157 v. 30.4.2004, S. 45–86.

¹⁹ Czychowski, GRUR-RR 2008, 265, 265; Kitz, NJW 2008, 2374, 2374.

²⁰ RL 91/250/EWG des Rates v. 14.5.1991, ABl. EG Nr. L 122 v. 17.5.1991, S. 42-46.

²¹ Vgl. auch § 69a Abs. 1 UrhG.

²² Zweites Gesetz zur Änderung des Urheberrechtsgesetzes vom 9. Juni 1993, BGBl I, S. 910.

Nr. 7 UrhG erlangen.²³ In § 69a Abs. 2 UrhG wird explizit darauf hingewiesen, dass die Ideen und Grundsätze eines Computerprogrammes nicht geschützt sind. Nach § 69a Abs. 4 UrhG gelten für Computerprogramme die für Sprachwerke geltenden Vorschriften, soweit die Sonderregelungen für Computerprogramme nichts anderes enthalten. So tritt für Computerprogramme wie auch für Sprachwerke der Urheberrechtsschutz mit der Schöpfung des Werkes gemäß § 7 UrhG in Kraft. Allerdings ist für den Schutz von Computerprogrammen nach § 69a Abs. 3 UrhG bereits eine geringe Schöpfungshöhe, d.h. ein durchschnittliches, individuelles Computerprogramm ausreichend, im Gegensatz zu Sprachwerken, deren Schutz nach § 2 Abs. 2 UrhG eine herausragende, nicht alltägliche Leistung voraussetzt.²⁴

2. Zustimmungspflichtige Handlungen

Grundsätzlich hat der Rechtsinhaber, d.h. der Urheber nach § 69c UrhG das ausschließliche Recht der dauerhaften oder vorübergehenden Vervielfältigung, der Bearbeitung, der Verbreitung des Originals oder von Vervielfältigungsstücken, einschließlich der Vermietung, der drahtlosen oder drahtgebundenen öffentlichen Wiedergabe sowie der öffentlichen Zugänglichmachung. Dabei ist die Vervielfältigung auch für private Zwecke untersagt.²⁵ Im Gegensatz dazu existiert mit dem sogenannten europäischen Erschöpfungsgrundsatz nach § 69c Nr. 3 S. 2 UrhG eine gesetzliche Ausnahme des Verbreitungsrechts.²⁶ Demnach erschöpft sich das Verbreitungsrecht eines bestimmten Vervielfältigungsstückes, falls dieses mit Zustimmung des Rechtsinhabers im Gebiet der EU oder eines EWR-Vertragsstaates im Wege der Veräußerung in Verkehr gebracht wurde, wovon das Vermietrecht allerdings ausgeschlossen ist. Drei weitere Ausnahmen beinhaltet § 69d UrhG. So ist erstens nach § 69d Abs. 1 UrhG eine Vervielfältigung oder Bearbeitung i.S.d. § 69c Abs. 1 und 2 UrhG unter der Prämisse gestattet, dass die Handlungen für eine bestimmungsgemäße Benutzung des Programms durch den Nutzungsberechtigten erforderlich sind. Zweitens darf gemäß § 69d Abs. 2 UrhG die Erstellung einer Sicherungskopie

²³ Marly, Rn. 13 und 14; Dreier/Vogel, S. 45.

²⁴ Eisenmann/Jautz, S. 11 und 45; vgl. auch BT-Drucks. 12/4022 vom 18.12.1992, S. 9: Hier-nach ist bei Computerprogrammen auch bereits die einfache persönliche Schöpfung (sog. „kleine Münze“) vom Urheberrechtsschutz erfasst.

²⁵ Eisenmann/Jautz, S. 45.

²⁶ Dreier/Vogel, S. 61; Eisenmann/Jautz, S. 45.

nicht untersagt werden. Als dritte Ausnahme ist in § 69d Abs. 3 UrhG geregelt, dass der Nutzungsberechtigte unter den gesetzlichen Erlaubnistatbeständen die Funktionsweise des Programmes ergründen darf. Schließlich ist nach § 69e UrhG auch eine Dekompilierung unter den dort genannten Auflagen gestattet, insofern diese aus Gründen der Interoperabilität mit anderen Programmen notwendig ist.

3. Rechtliche Folgen von Rechtsverletzungen

Werden die im vorangegangenen Abschnitt aufgeführten, zustimmungsbedürftigen Handlungen ohne Erlaubnis des Rechtsinhabers begangen, so liegt eine Rechtsverletzung vor. Die daraus resultierenden, zivilrechtlichen Sanktionen sind nach allgemeinem Urheberrecht in den §§ 97 bis 105 UrhG geregelt, wobei bei Computerprogrammen zusätzlich noch die Sondervorschriften des § 69f UrhG gelten.²⁷ Weiterhin kann auch ein Bereicherungsanspruch nach § 812 BGB²⁸ oder ein Auskunftsanspruch nach § 242 BGB²⁹, ergänzt durch § 101a UrhG, bestehen. Den §§ 106 ff. UrhG können die strafrechtlichen Sanktionen entnommen werden. Die spezifischen Anspruchsarten werden in den nachfolgenden Abschnitten näher erläutert.

a) Zivilrechtliche Sanktionen

aa) Unterlassungsanspruch gem. § 97 Abs. 1 UrhG

Grundsätzlich kann derjenige, der das Urheberrecht verletzt, nach § 97 Abs. 1 S. 1 UrhG verschuldensunabhängig auf Unterlassung in Anspruch genommen werden, wobei Wiederholungs- oder Erstbegehungsgefahr vorausgesetzt wird.³⁰ Mit der Umsetzung der Enforcement-Richtlinie wurde explizit der Hinweis auf Erstbegehungsgefahr, die eine drohende erstmalige Zuwiderhandlung umfasst, in das Gesetz mit aufgenommen. Darüber hinaus wird der Unterlassungsanspruch nunmehr gemäß § 97a Abs. 1 S. 1 UrhG in Anlehnung an § 12 Abs. 1 UWG einem Soll-Vorbehalt auf Abmahnung des Verletzers durch den Verletzten sowie Unterzeichnung einer strafbewehrten Unterlassungserklärung zur Vorbeugung einer erneuten Verletzungshandlung unterstellt.³¹ Erfolgt

²⁷ Eisenmann/Jautz, S. 46; Harte-Bavendamm/Wiebe, in: Kilian/Heussen, Nr. 51, Rn. 114.

²⁸ Redeker, Rn. 109.

²⁹ Harte-Bavendamm/Wiebe, in: Kilian/Heussen, Nr. 51, Rn. 114.

³⁰ Harte-Bavendamm/Wiebe, in: Kilian/Heussen, Nr. 51, Rn. 122.

³¹ Czychowski, GRUR-RR 2008, 265, 267; Kitz, NJW 2008, 2374, 2377.

dennoch eine wiederholte Rechtsverletzung, besteht die Möglichkeit, gerichtlich Klage einzureichen, obgleich eine Abmahnung keine zwingende Voraussetzung für die Einleitung eines gerichtlichen Verfahrens ist.³²

bb) Schadensersatzanspruch gem. § 97 Abs. 2 UrhG

Weiterhin besteht bei Vorsatz oder Fahrlässigkeit nach § 97 Abs. 2 S. 1 UrhG ein Anspruch auf Schadensersatz. Dieser bezieht sich gemäß § 249 Abs. 1 BGB auf die Wiederherstellung des vorherigen Zustandes ohne die eingetretene Rechtsverletzung.³³ Allerdings ist dies nach dem Urheberrecht nur bedingt zu erreichen, so dass in der Praxis meist ein Geldersatzanspruch geltend gemacht wird, für den drei verschiedene Berechnungsarten existieren.³⁴ Zum einen kann nach § 97 Abs. 2 S. 2 UrhG der vom Verletzer erzielte Gewinn berücksichtigt werden. Dabei handelt es sich um den Reingewinn, der gerade bei Softwarepiraterie aufgrund der hohen Kostenersparnis bei der Herstellung eine entsprechende Höhe aufweist.³⁵ Des Weiteren besteht die Möglichkeit, gemäß § 251 Abs. 1 BGB die Vermögenseinbußen inklusive dem in § 252 BGB genannten, entgangenen Gewinn zu fordern.³⁶ Zudem wurde mit der Umsetzung der Enforcement-Richtlinie auch die dritte der im Immaterialgüterrecht anerkannten Berechnungsarten³⁷ in das UrhG aufgenommen. Demnach kann ebenso die Zahlung einer üblichen Lizenzgebühr verlangt werden³⁸, wobei es im Einzelfall auch gestattet ist, einen höheren Schadensersatz als die Lizenzgebühr anzusetzen, falls dies erforderlich ist³⁹. Grundsätzlich ist zu beachten, dass eine ausgewählte Berechnungsmethode nach gängiger Rechtsprechung nicht mit Elementen anderer Berechnungsarten kombiniert werden darf.⁴⁰ Im Rahmen des Entwurfs der Richtlinie sowie ihrer nationalen Umsetzung wurde auch die Aufnahme einer pauschalen doppelten Lizenzgebühr in Erwägung gezogen⁴¹, die aber aufgrund ihrer Wirkung als Strafschadensersatz sowie der oben ge-

³² Harte-Bavendamm/Wiebe, in: Kilian/Heussen, Nr. 51, Rn. 122 und 124.

³³ Harte-Bavendamm/Wiebe, in: Kilian/Heussen, Nr. 51, Rn. 132.

³⁴ Harte-Bavendamm/Wiebe, in: Kilian/Heussen, Nr. 51, Rn. 132.

³⁵ Harte-Bavendamm/Wiebe, in: Kilian/Heussen, Nr. 51, Rn. 132.

³⁶ Harte-Bavendamm/Wiebe, in: Kilian/Heussen, Nr. 51, Rn. 133.

³⁷ Vgl. statt aller BGH, GRUR 2000, 226, 227 – Planungsmappe m. w. N.

³⁸ Dreier/Vogel, S. 246; Harte-Bavendamm/Wiebe, in: Kilian/Heussen, Nr. 51, Rn. 133.

³⁹ Begr. BT-Drucks. 16/5048, S. 48 zu § 97.

⁴⁰ BGH, NJW 1992, 2753, 2755 – Tchibo/Rolox II.

⁴¹ Vorschlag zur RL (KOM(2003) 46, Art. 17); Bundesrat in Begr. BT-Drucks. 16/5048, 53f.; a. A. Kochendörfer ZUM 2009, 389 m. w. N.

nannten Möglichkeit der Abweichung im Einzelfall keinen Eingang in das Urheberrechtsgesetz gefunden hat.⁴² Dennoch sind die Einwände in der Literatur gerechtfertigt, dass zum einen die bloße Zahlung der einfachen Lizenzgebühr einer Legalisierung der Rechtsverletzung gleichkommt, dass zum anderen auch eine Imageschädigung berücksichtigt werden muss⁴³ und dass auch nur ein Ausgleich erfolgen kann, wenn auch die Wiederholungsgefahr ausgeschlossen wird.⁴⁴ Gerade aufgrund der heutigen, einfachen Vervielfältigungs- und Verbreitungsmöglichkeiten wäre eine doppelte Lizenzgebühr als Präventionsmaßnahme sinnvoll.

cc) Vernichtungsanspruch gem. § 98 UrhG i.V.m. § 69f UrhG

Zu den oben genannten Ansprüchen besteht nach allgemeinem Urheberrecht gemäß § 98 Abs. 1 S. 1 UrhG auch ein Anspruch des Verletzten auf Vernichtung und nach § 98 Abs. 3 UrhG ein Anspruch auf Überlassung der rechtswidrigen Vervielfältigungsstücke, die durch die Spezialvorschriften in § 69f UrhG erweitert werden. Mit § 69f Abs. 1 UrhG bestehen die Ansprüche auf Vernichtung und Überlassung seitens des Verletzten nicht nur gegen den Verletzer selbst sondern auch gegen Dritte, die im Besitz von rechtswidrigen Vervielfältigungsstücken sind. Ziel dieses umfassenden Anspruchs ist die Pirateriebekämpfung im Softwarebereich.⁴⁵ Dieser weitreichende Schutz ist angesichts der heutigen Vervielfältigungs- und Verbreitungsmöglichkeiten auch angemessen.⁴⁶ Weiterhin ist anzumerken, dass der Vernichtungsanspruch auch unabhängig vom Verschulden des Betroffenen ist.⁴⁷ Darüber hinaus hat der Verletzte gemäß § 98 Abs. 1 S. 2 UrhG ebenso einen Anspruch auf die Vernichtung der Vorrichtungen, die zur Herstellung der urheberrechtswidrigen Vervielfältigungsstücke verwendet wurden, einschließlich der in § 69f Abs. 2 UrhG genannten Mittel zur Umgehung von Kopierschutzmechanismen. Mit der Umsetzung der Enforcement-Richtlinie wurde der Wortlaut der ausschließlichen bzw. nahezu ausschließlichen rechtswidrigen Verwendung von Vorrichtungen zu

⁴² 26. Erwägungsgrund der RL 2004/48/EG ; Begr. BT-Drucks. 16/5048, 37 und 61f.

⁴³ Bodewig/Wandtke, GRUR 2008, 220, 228.

⁴⁴ Schimmel, ZUM 2008, 384, 388.

⁴⁵ Begr. BT-Drucks. 14/4022, 14; Dreier, GRUR 1993, 781, 787.

⁴⁶ Schricker/Loewenheim, § 69f, Rn. 5.

⁴⁷ Schricker/Loewenheim, § 69f, Rn. 6; Harte-Bavendamm/Wiebe, in: Kilian/Heussen, Nr. 51, Rn. 129.

einer vorwiegend rechtswidrigen Verwendung geändert. Damit wird zwar der Anwendungsbereich erweitert, dennoch bleibt die Bestimmung der Grenze dieses Anspruchs problematisch.⁴⁸ Außerdem wurde ein Rückruf- und Entfernungsanspruch neu in das Gesetz aufgenommen, der die Beseitigung der rechtswidrigen Gegenstände aus den Vertriebswegen vorsieht und in § 98 Abs. 2 UrhG geregelt ist. Dieser ergab sich bislang auch bereits aus § 1004 BGB analog, musste aber für eine zulässige Umsetzung der Richtlinie explizit geregelt werden.⁴⁹ Die Bedeutung dieser neuen Regelung ist allerdings noch nicht abschließend geklärt, wobei davon ausgegangen wird, dass der Anwendungsbereich des Anspruchs die Fälle umfasst, in denen der Verletzer keine Verfügungsgewalt mehr über die rechtswidrigen Vervielfältigungsstücke hat und sich daher auf die Information seiner Abnehmer mit Bitte um Rücksendung erstreckt.⁵⁰ Grundsätzlich können die Ansprüche neben Schadensersatzansprüchen geltend gemacht werden.⁵¹ Weiterhin hat der Verletzte auch ein Wahlrecht zwischen den drei genannten Ansprüchen mit Ausnahme des in § 98 Abs. 4 S. 1 UrhG genannten Ausschlusses von Methoden bei Unverhältnismäßigkeit.⁵²

dd) Auskunftsanspruch gem. § 101 UrhG

Zusätzlich verfügt der Rechtsinhaber auch über einen Auskunftsanspruch, der Aufschluss über den Umfang der Rechtsverletzung geben soll und somit der Vorbereitung von Schadensersatz- oder Beseitigungsansprüchen dient.⁵³ Mit der Umsetzung der Enforcement-Richtlinie wurde der Auskunftsanspruch erweitert und in § 101 UrhG neu geregelt. Er bezieht sich nunmehr nach § 101 Abs. 1 S. 1 UrhG auf sämtliche Urheberrechtsverletzungen, im Gegensatz zur vorherigen Regelung, die gemäß § 101a Abs. 1 UrhG a.F. nur die Auskunft über rechtswidrige Vervielfältigungsstücke umfasste.⁵⁴ Darüber hinaus werden mit § 101 Abs. 2 UrhG die Auskunftspflichten dahingehend erweitert, dass auch ein Anspruch gegenüber nichtverletzenden Dritten besteht, um die Ermitt-

⁴⁸ Vgl. Wandtke/Bullinger/Bohne, § 98, Rn. 34.

⁴⁹ Begr. BT-Drucks. 16/5048, S. 32; a. A. Wandtke/Bullinger/Bohne, § 98, Rn. 37.

⁵⁰ Czychowski, GRUR-RR 2008, 265, 267; Kitz, NJW 2008, 2374, 2375.

⁵¹ BGH GRUR 1993, 899, 900 – Dia-Duplikate; Möhring/Nicolini/Lütje, § 98, Rn. 6.

⁵² Wandtke/Bullinger/Bohne, § 98, Rn. 4.

⁵³ Harte-Bavendamm/Wiebe, in: Kilian/Heussen, Nr. 51, Rn. 135.

⁵⁴ Wandtke/Bullinger/Bohne, § 101, Rn. 3.

lung des tatsächlichen Verletzers im Onlinebereich zu erleichtern.⁵⁵ Weiterhin umfasst der Anspruch nunmehr auch Preisangaben. Generell bezieht sich der Anspruch auf Auskunftserteilung gemäß § 101 Abs. 1 S. 1 UrhG auf die Herkunft und den Vertriebsweg der rechtswidrigen Vervielfältigungsstücke oder sonstigen Erzeugnisse.

ee) Besichtigungsanspruch gem. § 101a UrhG

Mit § 101a UrhG wurde im Rahmen der Umsetzung der Enforcement-Richtlinie auch der Anspruch auf Vorlage und Besichtigung explizit in das Urheberrecht aufgenommen, der bislang von der Rechtsprechung aus § 809 BGB entnommen wurde.⁵⁶ Dieser Anspruch ist gerade im Bereich von Computerprogrammen von besonderer Bedeutung, da der Rechtsinhaber das Vorliegen einer Urheberrechtsverletzung nur dann feststellen kann, wenn er Zugriff auf den betreffenden Quellcode hat.⁵⁷ Allerdings besteht weiterhin Unklarheit darüber, inwieweit ein neutral erstelltes Gutachten, das vertrauliche Informationen enthält, auch als Entscheidungsgrundlage für ein gerichtliches Verfahren dienen kann.⁵⁸ Weiterhin besteht nach § 101a Abs. 1 S. 2 UrhG bei Rechtsverletzungen in gewerblichem Ausmaß auch ein Anspruch auf Vorlage von Bank-, Finanz- oder Handelsunterlagen, der gemäß § 101b UrhG auch zur Sicherung von Schadensersatzansprüchen geltend gemacht werden kann.

ff) Bereicherungsanspruch gem. § 812 BGB

Darüber hinaus können auch Ansprüche aus ungerechtfertigter Bereicherung nach § 812 BGB bestehen, die aufgrund von § 102a UrhG unberührt bleiben.⁵⁹ Da die Herausgabe der Nutzung des urheberrechtlich geschützten Gegenstands nicht mehr möglich ist, ist der unberechtigt Nutzende gemäß § 818 Abs. 2 BGB zum Wertersatz verpflichtet, der die Höhe der üblichen Lizenzgebühr umfasst.⁶⁰ Im Gegensatz zum Schadensersatzanspruch setzt der Bereicherungsanspruch kein Verschulden voraus.⁶¹

⁵⁵ Wandtke/Bullinger/Bohne, § 101, Rn. 3 und 10.

⁵⁶ Czychowski, GRUR-RR 2008, 265, 268.

⁵⁷ Wandtke/Bullinger/Ohst, § 101a, Rn. 3.

⁵⁸ Wandtke/Bullinger/Ohst, § 101a, Rn. 3; siehe Kitz, NJW 2008, 2374, 2376f. m. w. N.

⁵⁹ Redeker, Rn. 109 i.V.m. Wandtke/Bullinger/Bohne, § 102a, Rn. 1.

⁶⁰ Dreier/Vogel, S. 248; Redeker, Rn. 109.

⁶¹ Redeker, Rn. 109.

b) Strafrechtliche Sanktionen

Neben den zivilrechtlichen Ansprüchen bestehen auch strafrechtliche Sanktionen nach §§ 106 ff. UrhG, wenn fremde Urheberrechte vorsätzlich gemäß § 15 StGB verletzt werden.⁶² So wird eine rechtswidrige Vervielfältigung oder Verbreitung gemäß § 106 Abs. 1 UrhG mit einer Freiheitsstrafe bis zu drei Jahren oder einer Geldstrafe bestraft, wobei nach § 106 Abs. 2 UrhG auch der Versuch bereits strafbar ist. Auch das unzulässige Anbringen der Urheberbezeichnung hat nach § 107 UrhG das gleiche Strafmaß zur Folge. Werden die genannten Taten in gewerbsmäßigem Umfang begangen, so erhöht sich die Freiheitsstrafe auf bis zu fünf Jahre. Darüber hinaus werden auch unerlaubte Eingriffe in technische Schutzmaßnahmen nach § 108b UrhG mit einer Geldstrafe oder einer Freiheitsstrafe bis zu einem Jahr, in gewerbsmäßigem Umfang mit einer Freiheitsstrafe bis zu drei Jahren strafrechtlich sanktioniert. Die angeführten Tatbestände werden mit Ausnahme der gewerbsmäßigen unerlaubten Verwertung in § 108a UrhG gemäß § 109 UrhG nur auf Antrag verfolgt oder von Amts wegen durch die Staatsanwaltschaft, wenn ein besonderes öffentliches Interesse an der Strafverfolgung besteht.⁶³ Da die Verletzungen von Urheberrechten nach § 374 Abs. 1 Nr. 8 StPO sog. Privatklagedelikte darstellen, spielt das Strafrecht im Rahmen von Urheberrechtsverletzungen in der Praxis keine nennenswerte Rolle.⁶⁴ Allerdings hat die EU-Kommission bereits einen geänderten Vorschlag für eine geplante Richtlinie vorgelegt, der einen einheitlichen europäischen Rahmen an strafrechtlichen Maßnahmen zur Durchsetzung der Rechte des geistigen Eigentums vorsieht.⁶⁵ Der geänderte Vorschlag umfasst auch eine Verschärfung der Sanktionsregelungen als auch eine Erhöhung des Strafrahmens, um die zunehmende internationale Bedrohung der Nachahmung und Produktpiraterie zu bekämpfen.⁶⁶

II. Patentrechtlicher Schutz

Wie bereits in Abschnitt B angeführt umfasst der patentrechtliche Schutz keine reinen Computerprogramme, worauf auch explizit im Gesetz in § 1 Abs. 3 Nr. 3 PatG hingewiesen wird. Dennoch besteht die Möglichkeit, dass die so-

⁶² Dreier/Vogel, S. 332.

⁶³ Dreier/Vogel, S. 332.

⁶⁴ Dreier/Vogel, S. 332 m. w. N. für diverse Ausnahmefälle.

⁶⁵ KOM(2006) 168 endgültig, S. 2f.; zur Kritik: Hilty/Kur/Peukert, GRUR Int 2006, 722.

⁶⁶ KOM(2006) 168 endgültig, S. 2, 4, 5.

nannten softwarebezogenen Erfindungen patentrechtlichen Schutz erlangen können, falls diese i.S.d. § 1 Abs. 1 PatG neben dem erfinderischen Charakter sowohl neu als auch gewerblich anwendbar sind. So dürfen sich diese gemäß § 4 S. 1 PatG weder aus dem Stand der Technik ergeben noch nach § 3 Abs. 1 S. 1 PatG zum Stand der Technik gehören. Dieser wird zum Zeitpunkt der Anmeldung vom Patentamt ermittelt und anhand dessen die potentiell patentierbare Erfindung geprüft.⁶⁷ Sind alle Anforderungen nach § 49 Abs. 1 PatG erfüllt, so wird das Patent erteilt. Damit erlangt der Patentinhaber gemäß § 9 S. 1 PatG das alleinige Recht, seine Erfindung im Rahmen der geltenden Rechtsvorschriften zu verwenden. Dritten ist es danach ohne seine Zustimmung verboten, nach § 9 S. 2 PatG im Falle eines Erzeugnisses dieses herzustellen, zu vertreiben, zu verwenden sowie zu besitzen oder im Falle eines Verfahrens dieses anzuwenden. Relevante Ausnahmen der Patentwirkung für softwarebezogene Erfindungen stellen nach § 11 Nr. 1 und 2 PatG Handlungen zu nicht gewerblichen Zwecken im privaten Bereich als auch zu Versuchszwecken dar. Wird allerdings ohne Erlaubnis des Patentinhabers eine ausschließlich ihm zustehende Handlung begangen, so steht dem Patentinhaber aus dieser Rechtsverletzung gemäß § 139 Abs. 1 PatG ein Anspruch auf Unterlassung, bei Vorsatz oder Fahrlässigkeit nach § 139 Abs. 2 S. 1 PatG ein Anspruch auf Schadensersatz, gemäß § 140a Abs. 1 S. 1 PatG ein zusätzlicher Vernichtungsanspruch sowie nach § 140b Abs. 1 PatG ein paralleler Auskunftsanspruch über Herkunft und Vertriebswege der unerlaubt verwendeten Erzeugnisse zu. Darüber hinaus besteht auch ein Anspruch aus ungerechtfertigter Bereicherung nach §§ 812 ff. BGB.⁶⁸ Grundsätzlich stimmen die Ansprüche aus dem Patentrecht weitestgehend mit denen des Urheberrechts überein. Mit der Umsetzung der Enforcement-Richtlinie wurde beim Unterlassungsanspruch noch einmal explizit auf die Voraussetzung der Wiederholungs- oder Erstbegehungsfahr hingewiesen.⁶⁹ Weiterhin werden nunmehr wie auch im Urheberrecht alle drei Berechnungsarten zur Berechnung des Schadensersatzes in § 139 Abs. 2 PatG genannt. Darüber hinaus wurde der in § 97 Abs. 2 S. 2 PatG a.F. geregelte, bei leichter Fahrlässigkeit vorgesehene Anspruch auf Entschädigung

⁶⁷ Dreier/Vogel, S. 97.

⁶⁸ Dreier/Vogel, S. 98.

⁶⁹ Dörre/Maaßen, GRUR-RR 2008, 217, 217.

aus dem Gesetz gestrichen. Begründet wird dies damit, dass die bisherige Fassung gegen Art. 13 der Richtlinie verstoßen würde, da dieser nur eine niedrigere Entschädigung als der eigentliche Schaden bei verschuldensunabhängigem Verhalten vorsieht.⁷⁰ Beim Vernichtungsanspruch hat der Gesetzgeber den Anspruch auf Vernichtung der Materialien und Geräte, die der rechtswidrigen Herstellung dienen, nicht wie im Referentenentwurf geplant gegen Dritte ausgedehnt, sondern den Umfang des Anspruchs erweitert.⁷¹ Demnach dient eine mögliche parallele rechtmäßige Verwendung nicht mehr als Rechtfertigungsgrund zur Abwendung des Vernichtungsanspruchs, da nur noch eine vorwiegend rechtswidrige statt eine nahezu ausschließlich rechtswidrige Verwendung zur Vernichtung nötig ist.⁷² Diese Begründung lässt sich auch auf die analoge Änderung im Urheberrecht übertragen. Ebenso wie im Urheberrecht wurden der Rückruf- und Entfernungsanspruch mit § 140a Abs. 3 S. 1 PatG neu in das Patentgesetz aufgenommen, der zur Entfernung der rechtswidrigen Gegenstände aus den Vertriebswegen dient.⁷³ Während die Bedeutung dieses Anspruchs im Urheberrecht noch nicht abschließend geklärt ist⁷⁴, existiert hinsichtlich der Beziehung der Ansprüche Rückruf und Entfernung im Patentrecht eine erste Auffassung. Demnach umfasst der Entfernungsanspruch alle rechtsgültigen Methoden zur Bereinigung der Vertriebswege, wohingegen der Rückrufanspruch einen Spezialfall darstellt, indem er alle Abnehmer zur Rückgabe der rechtswidrigen Ware auffordert.⁷⁵ Weiterhin wurde der Umfang des Auskunftsanspruchs in § 140b PatG dahingehend neugestaltet, dass dieser auch Preisangaben umfasst und unter bestimmten Voraussetzungen auch Auskunftsansprüche gegen unbeteiligte Dritte möglich sind.⁷⁶ Schließlich wurde mit § 140c PatG der Besichtigungsanspruch analog zum Urheberrechtsgesetz auch in das Patentgesetz aufgenommen.⁷⁷ Die strafrechtlichen Sanktionen im Patentrecht umfassen nach § 142 Abs. 1 PatG bei Erzeugnissen die rechtswidrigen Tatbestände der Herstellung, des Vertriebs und der Verwendung sowie der

⁷⁰ BT-Drucks. 16/5048, S. 33 und 37.

⁷¹ Dörre/Maaßen, GRUR-RR 2008, 217, 218-219.

⁷² Dörre/Maaßen, GRUR-RR 2008, 217, 219.

⁷³ Dörre/Maaßen, GRUR-RR 2008, 217, 219.

⁷⁴ S. Abschnitt Vernichtungsanspruch im Rahmen der Darstellung des Urheberrechtsschutzes.

⁷⁵ Dörre/Maaßen, GRUR-RR 2008, 217, 219.

⁷⁶ Vgl. Dörre/Maaßen, GRUR-RR 2008, 217, 219-220.

⁷⁷ Dörre/Maaßen, GRUR-RR 2008, 217, 220.

Einfuhr und des Besitzes zu den genannten Zwecken oder im Falle von Verfahren die rechtswidrige Anwendung. Als Strafmaß ist eine Geldstrafe oder eine Freiheitsstrafe bis zu drei Jahren, im gewerbsmäßigen Rahmen bis zu fünf Jahren vorgesehen. Auch hier ist der Versuch bereits strafbar.

III. Kennzeichenrechtlicher Schutz

Der kennzeichenrechtliche Schutz eines Computerprogramms nach dem MarkenG umfasst nur das mit ihm verbundene Zeichen, bietet aber dem Rechtsinhaber in Fällen von Urheberrechtsverletzungen wie der Produktpiraterie aufgrund der einfacheren Nachweisbarkeit von Markenrechtsverletzungen eine weniger aufwendige Beweisführung als nach dem Urheberrechtsschutz.⁷⁸ Als Marke können nach § 3 Abs. 1 MarkenG alle Zeichen geschützt werden, die der Abgrenzung von Waren oder Dienstleistungen eines Unternehmens von anderen Unternehmen dienen. Der Schutz einer Marke erfolgt gemäß § 4 Nr. 1 MarkenG durch Eintragung des Zeichens in das vom Patentamt geführte Register, nach § 4 Nr. 2 MarkenG durch Verwendung des Zeichens im geschäftlichen Verkehr und Erwerb entsprechender Verkehrsgeltung oder gemäß § 4 Nr. 3 MarkenG aufgrund notorischer Bekanntheit. Prinzipiell gehen nach § 6 MarkenG ältere Zeichen jüngeren Zeichen vor.⁷⁹ Wie auch bereits im Patentrecht geschildert, steht auch dem Inhaber einer Marke gemäß § 14 Abs. 1 MarkenG ein ausschließliches Recht zu. Nach § 14 Abs. 2-4 MarkenG ist es Dritten ohne Zustimmung des Markeninhabers untersagt, ein mit der Marke identisches oder ähnliches Zeichen zu verwenden. Im Falle einer Rechtsverletzung steht dem Inhaber der Marke gemäß § 14 Abs. 5 MarkenG ein Unterlassungsanspruch, bei Vorsatz oder Fahrlässigkeit nach § 14 Abs. 6 MarkenG ein Schadensersatzanspruch, gemäß § 18 Abs. 1 S. 1 MarkenG ein Vernichtungsanspruch und nach § 18 Abs. 2 MarkenG ein Anspruch auf Rückruf und Entfernung, gemäß § 19 MarkenG ein Auskunftsanspruch sowie nach § 19a MarkenG ein Anspruch auf Vorlage und Besichtigung zu. Weiterhin bleiben auch im Markenrecht die Ansprüche aus anderen Vorschriften gemäß § 19d MarkenG unberührt. Die Umsetzung der Enforcement-Richtlinie hatte im Markenrecht die analogen Änderungen wie im Patentrecht zur Folge. Auch im Markenrecht existieren strafrechtliche Sanktionen, die unter anderem bei Raubko-

⁷⁸ Dreier/Vogel, S. 106.

⁷⁹ Dreier/Vogel, S. 108 (sog. Grundsatz der Zeichenpriorität).

prien von Software relevant sind.⁸⁰ Wer im geschäftlichen Verkehr Kennzeichen rechtswidrig i.S.d. § 143 Abs. 1 MarkenG oder Gemeinschaftsmarken rechtswidrig i.S.d. § 143a Abs. 1 MarkenG verwendet, wird mit Freiheitsstrafe bis zu drei Jahren oder mit Geldstrafe bestraft, wobei auch hier bereits der Versuch strafbar ist. Ebenso wird eine widerrechtliche Benutzung geographischer Herkunftsangaben gemäß § 144 MarkenG mit einer Geldstrafe oder einer Freiheitsstrafe bis zu zwei Jahren strafrechtlich sanktioniert.

IV. Wettbewerbsrechtlicher Schutz

Im Gegensatz zum Schutz eines Leistungsergebnisses nach dem Urheber- und Patentrecht schützt das Wettbewerbsrecht vor unerlaubtem Wettbewerbsverhalten nach dem UWG, wobei hinsichtlich der Erlaubnistatbestände das Urheberrecht und das Patentrecht als speziellere Vorschriften dem UWG vorgehen.⁸¹ Für Computerprogramme ist der sogenannte ergänzende wettbewerbsrechtliche Leistungsschutz relevant, der in § 4 Nr. 9 UWG geregelt ist und vor Nachahmungen von Produkten unter unlauteren Bedingungen schützen soll.⁸² So stellt die Übernahme von inneren und äußeren Gestaltungsmerkmalen eines Computerprogramms, die dazu führt, dass die Abnehmer über die betriebliche Herkunft getäuscht werden, eine Verletzung i.S.d. § 4 Nr. 9 lit. a UWG dar.⁸³ Insgesamt ist die Bedeutung des wettbewerbsrechtlichen Schutzes eher als gering einzustufen, da die Sonderregelungen bereits einen umfassenden Programmschutz umfassen.⁸⁴ Auch im Wettbewerbsrecht können zivilrechtliche Ansprüche bestehen, die sich nach § 8 Abs. 1 UWG zunächst auf einen Beseitigungsanspruch beschränken, bei Wiederholungsgefahr oder drohender erstmaliger Verletzung allerdings auch einen Unterlassungsanspruch vorsehen. Weiterhin besteht auch gemäß § 9 UWG im Wettbewerbsrecht ein Schadensersatzanspruch bei Verschulden, der Fahrlässigkeit oder Vorsatz umfasst. Darüber hinaus kann der Verletzte auch einen Anspruch auf Herausgabe des erzielten Gewinns nach § 10 Abs. 1 UWG geltend machen. Weiterhin können im Softwarebereich auch Verletzungen von Geschäfts- und Betriebsgeheimnissen

⁸⁰ Scheffler, in: Kilian/Heussen, Nr. 103, Rn. 36.

⁸¹ Dreier/Vogel, S. 110.

⁸² Dreier/Vogel, S. 110.

⁸³ Dreier/Vogel, S. 111.

⁸⁴ Dreier/Vogel, S. 112.

nach §§ 17 bis 19 UWG relevant sein, die strafrechtliche Sanktionen zur Folge haben. Als Strafmaß sind eine Geldstrafe oder eine Freiheitsstrafe vorgesehen, die bei rechtswidriger Verwertung von Vorlagen nach § 18 Abs. 1 UWG oder Anstiftung zum Verrat gemäß § 19 UWG bis zu zwei Jahren sowie in schweren Fällen des gewerbsmäßigen Verrats von Betriebsgeheimnissen bis zu fünf Jahren beträgt. Wie auch bei den vorangegangenen Immaterialgüterrechten ist der Versuch bereits strafbar.

C. Vertragsrechtlicher Schutz

Mittels Softwareüberlassungsverträgen sind Softwarehersteller bestrebt, der Softwarepiraterie möglichst weitgehend Einhalt zu gebieten.⁸⁵ Zunächst sind die mit einem Vertrag einhergehenden Pflichten in Haupt- und Nebenleistungspflichten zu unterteilen. Dabei umfasst die Hauptleistungspflicht seitens des Herstellers oder Händlers die Überlassung der Software und seitens des Anwenders die Entrichtung der vereinbarten Vergütung.⁸⁶ Darüber hinaus könnte im Rahmen der Piraterieprävention eine mögliche Nebenleistungspflicht des Anwenders in dem Verbot der Softwareweitergabe an Dritte bestehen.⁸⁷ Zunächst stellt sich aber die Frage nach der Rechtsnatur von Softwareüberlassungsverträgen. Grundsätzlich kann eine vertragstypologische Kategorisierung anhand der Art der Software vorgenommen werden, die sich sowohl nach dem Kreis der Anwender in Standard- und Individualsoftware als auch gleichzeitig nach der Überlassungszeit in zeitlich begrenzte und dauerhafte Überlassung unterteilen lässt.⁸⁸ Im Rahmen dieser Arbeit wird nachfolgend nur die Überlassung von Standardsoftware auf Dauer betrachtet, da gerade in diesem Bereich der Handel mit sog. Gebrauchtssoftware ein aktuell umstrittenes Thema ist⁸⁹.

I. Sachkauf oder Lizenzvertrag

Auch wenn mit der Einordnung von Standardsoftware auf Dauer bereits eine eindeutige Kategorisierung vorgenommen wird, ist die genaue vertragstypolo-

⁸⁵ Marly, Rn. 36.

⁸⁶ Marly, Rn. 37.

⁸⁷ Marly, Rn. 38.

⁸⁸ Schwartmann/Gennen, S. 485, Rn. 115; Marly, Rn. 41, 42, 44.

⁸⁹ Dreier/Vogel, S. 134 m. w. N.

gische Zuordnung nicht eindeutig.⁹⁰ So kann der Erwerb von Software auf einem Datenträger als Verkörperung der Software angesehen oder unabhängig vom Trägermedium als immaterielles Gut betrachtet werden.⁹¹ Je nach Auffassung würde der Anwender entweder einen körperlichen Gegenstand und damit das Eigentum an dieser Sache oder lediglich ein Nutzungsrecht des immateriellen Gutes als sog. Lizenz erwerben.⁹² Allerdings wird Standardsoftware vorwiegend und auch nach Auffassung des BGH als bewegliche Sache i.S.d. § 90 BGB angesehen⁹³, so dass die ständige Rechtsprechung auf die dauerhafte Überlassung von Software das Kaufrecht entsprechend anwendet⁹⁴. Weiterhin ist anzumerken, dass der Kauf von Software sowohl den Erwerb der Rechte am Programm als auch am zugehörigen Begleitmaterial umfassen muss.⁹⁵

II. Einräumung von Nutzungsrechten

Grundsätzlich ist anzumerken, dass nach § 29 Abs. 1 UrhG das Urheberrecht sowie einzelne Verwertungsrechte nicht vertraglich übertragbar sind, mit Ausnahme bei Verfügungen von Todes wegen, da die Verwertungsrechte untrennbar mit der Person des Urhebers verbunden sind.⁹⁶ Allerdings ist gemäß § 29 Abs. 2 UrhG die Übertragung von Nutzungsrechten i.S.d. § 31 UrhG möglich. Gemäß § 31 Abs. 1 S. 2 UrhG kann ein einfaches oder ausschließliches Nutzungsrecht, das zugleich auch räumlich, zeitlich oder inhaltlich beschränkt sein kann, eingeräumt werden. Dabei berechtigt ein ausschließliches Nutzungsrecht gemäß § 31 Abs. 3 S. 1 UrhG allein den Inhaber zur Nutzung und Einräumung von Nutzungsrechten, wohingegen bei einem einfachen Nutzungsrecht nach § 31 Abs. 2 UrhG die Nutzung durch andere nicht ausgeschlossen ist. Jedoch sind nach ständiger Rechtsprechung nur solche Nutzungsrechte bzw. Beschränkungen auch urheberrechtlich wirksam, die „eine nach der Verkehrsauffassung als solche hinreichend klar abgrenzbare, wirtschaftlich-technisch als einheitlich und selbständig erscheinende Nutzungsart“⁹⁷ betreffen.⁹⁸ Besitzen

⁹⁰ Dreier/Vogel, S. 117; Schwartmann/Gennen, S. 485, Rn. 117.

⁹¹ Schwartmann/Gennen, S. 485, Rn. 117f.

⁹² Dreier/Vogel, S. 118; Schwartmann/Gennen, S. 485f., Rn. 118 m. w. N.

⁹³ Schwartmann/Gennen, S. 486, Rn. 119.

⁹⁴ Dreier/Vogel, S. 117.

⁹⁵ Dreier/Vogel, S. 45.

⁹⁶ Dreier/Vogel, S. 121.

⁹⁷ BGH GRUR 1992, 310, 311 – Taschenbuch-Lizenz.

Nutzungsrechte diese sog. urheberrechtlich dingliche Wirkung, so sind diese auch gegenüber den nicht an einem Vertrag beteiligten Dritten gültig.⁹⁹ Falls keine solche selbstständige Nutzungsart vorliegt, bleibt dem Softwaregeber lediglich noch die Möglichkeit, schuldrechtliche Beschränkungen zu vereinbaren, die allerdings nur zwischen den Vertragspartnern gültig sind und im Falle von Standardsoftware und somit geltendem AGB-Recht regelmäßig als unangemessene Benachteiligung i.S.d. § 307 Abs. 2 BGB unzulässig sein werden.¹⁰⁰ Schließlich ist noch anzumerken, dass gemäß § 69g Abs. 2 UrhG vertragliche Bestimmungen nichtig sind, wenn sie in Widerspruch zu § 69d Abs. 2 und 3 UrhG und § 69e UrhG stehen.

III. Vertragsverletzungen

Hinsichtlich der Konsequenzen von Vertragsverletzungen ist der oben genannte Wirkungsumfang von Nutzungsrechten zu berücksichtigen. So umfassen Verletzungen von urheberrechtsbezogenen Vereinbarungen auch Unterlassungs- und Schadensersatzansprüche gem. §§ 97 ff. UrhG gegenüber Dritten, während bei Überschreitungen von Vereinbarungen mit schuldrechtlicher Wirkung nur schuldrechtliche Ansprüche zwischen den Vertragsparteien bestehen.¹⁰¹ Die urheberrechtlichen Folgen wurden bereits im Rahmen des Urheberrechts dargestellt. Nach dem Schuldrecht ist zunächst das allgemeine Leistungsstörungsrecht relevant, das im Falle von nicht rechtmäßiger Erfüllung oder Verletzung von Nebenpflichten Sanktionsmöglichkeiten wie Schadensersatzansprüche nach §§ 280 ff. BGB oder ein Rücktrittsrecht gemäß § 323 Abs. 1 BGB vorsieht.¹⁰² Falls die überlassene Software Mängel aufweist, kann der Kunde auch entsprechende Gewährleistungsansprüche geltend machen, im Falle von Kaufrecht gemäß § 437 BGB.¹⁰³ Darüber hinaus kann auch vertraglich eine Verschärfung der Haftung durch Vertragsstrafen oder Garantien sowie eine Beschränkung der Haftung vereinbart werden.¹⁰⁴

⁹⁸ Dreier/Vogel, S. 123 m. w. N.

⁹⁹ Hoeren/Sieber/Lütje/Paul, Teil 7.2, Rn. 19 und 21.

¹⁰⁰ Dreier/Vogel, S. 123 und 126.

¹⁰¹ Hoeren/Sieber/Lütje/Paul, Teil 7.2, Rn. 21.

¹⁰² Dreier/Vogel, S. 186-188.

¹⁰³ Dreier/Vogel, S. 189 und 195.

¹⁰⁴ Dreier/Vogel, S. 200.

IV. Problem des Handels mit gebrauchter Software

1. Sachverhalt

Im Rahmen des Handels mit gebrauchter Software werden vorwiegend zwei Fälle diskutiert. Einerseits stellt sich die Frage, inwieweit die per Download erworbene Software an einen Dritten weiterveräußert werden darf und andererseits, ob ein Teil der Nutzungsberechtigungen, die im Rahmen einer Volumenlizenz erworben wurden, an Dritte weiterverkauft werden darf.¹⁰⁵ Die dem Rechtsstreit zugrunde liegende Problematik besteht darin, inwieweit der im Rahmen der zustimmungsbedürftigen Handlungen des Urheberrechts angeführte Erschöpfungsgrundsatz gemäß § 69c Nr. 3 S. 2 UrhG auch auf nicht körperliche Vervielfältigungsstücke bzw. Nutzungsberechtigungen angewendet werden kann.¹⁰⁶ Teil der Voraussetzung für die Erschöpfung ist, dass das Vervielfältigungsstück im Wege der Veräußerung in Verkehr gebracht wurde, wobei unter Veräußerung die dauerhafte körperliche Überlassung verstanden wird¹⁰⁷. Allerdings existiert in der Literatur und Rechtsprechung auch die Auffassung, dass in der Nichtbeachtung der unkörperlichen Übertragung eine planwidrige Regelungslücke besteht, so dass § 69c Nr. 3 S. 2 UrhG analog Anwendung finden könnte, wobei auch Meinungen zur direkten Anwendung existieren.¹⁰⁸

2. Meinungen in der Rechtsprechung und Literatur

Der Auffassung der direkten Anwendung folgt auch eine Hamburger Rechtsprechungslinie hinsichtlich der Zulässigkeit der Weiterveräußerung von einzelnen Softwarelizenzen, die Teil einer Volumenlizenz sind, mittels nur einer Masterkopie.¹⁰⁹ In seiner Argumentation führt das LG Hamburg an, dass mit Online- und Datenträger-Vertrieb die gleichen Interessen verfolgt werden und es sich lediglich um verschiedene Arten des Transports handelt.¹¹⁰ Demnach würde der Erschöpfungsgrundsatz auch bei nicht körperlicher Form Anwendung finden, so dass eine Weiterverbreitung zulässig wäre. Jedoch gehen BGH¹¹¹ und Teile der Literatur davon aus, dass auch eine dingliche Beschrän-

¹⁰⁵ Dreier/Vogel, S. 134.

¹⁰⁶ Dreier/Vogel, S. 134f.

¹⁰⁷ Wandtke/Bullinger/Grützmaker, § 69c, Rn. 30.

¹⁰⁸ Wandtke/Bullinger/Grützmaker, § 69c, Rn. 31 m. w. N.

¹⁰⁹ Dreier/Vogel, S. 135 m. w. N.

¹¹⁰ LG Hamburg, Urteil v. 29.6.2006, 315 O 343/06, MMR 2006, 827.

¹¹¹ BGH, GRUR 2001, 153, 154.

kung des Verbreitungsrechts grundsätzlich möglich ist, ihre Wirkung allerdings nur auf der ersten Vertriebsstufe entfaltet.¹¹² Darüber hinaus existieren aber auch Meinungen, die eine Beschränkung der Erschöpfungswirkung für zulässig erachten,¹¹³ so dass eine Weiterverbreitung vertraglich untersagt werden könnte. Im Gegensatz dazu geht eine Münchener Rechtsprechungslinie von dem ursprünglichen körperlichen Veräußerungsbegriff aus, wonach nur die Weitergabe des Originaldatenträgers vom Erschöpfungsgrundsatz erfasst wird.¹¹⁴

3. Aktuelle Rechtsentscheidungen

Das OLG München hat in einem aktuellen Urteil vom 3.7.2008 die Unzulässigkeit der Weiterveräußerung von gebrauchten Software-Lizenzen in drei Begründungssträngen bestätigt: Demnach kann erstens eine Erschöpfung nur an Werkstücken eintreten, nicht aber an Rechten; zweitens kann nach Auffassung des OLG das Weitergabeverbot aufgrund der ihm zugeschriebenen dinglichen Wirkung wirksam ausgeschlossen werden, so dass eine Weitergabe untersagt ist, wenn ein nicht abtretbares Nutzungsrecht vereinbart wurde; drittens kann Erschöpfung nur hinsichtlich des Verbreitungs-, aber nicht des Vervielfältigungsrechts eintreten, so dass auch bei analoger Anwendung des Erschöpfungsgrundsatzes eine Weiterverbreitung untersagt wäre, denn der Zweiterwerber würde zur Installation auch Vervielfältigungsrechte benötigen, die ihm nicht übertragen werden.¹¹⁵ Auch das OLG Frankfurt folgt in seinem Beschluss vom 12.05.2009 zur Weiterveräußerung von überzähligen Lizenzen einer Volumenlizenz in seiner Argumentation dem OLG München.¹¹⁶ Allerdings hält das LG München I in einem außerhalb der oben genannten Rechtsprechungslinie getroffenen Urteil die Veräußerung von einzelnen im Rahmen eines Volumenvertrages erworbenen Lizenzen für im Grundsatz wirksam möglich, wobei diesem Urteil ein abweichender Sachverhalt zu Grunde liegt.¹¹⁷

4. Kritische Beurteilung

Die verschiedenen Fall-Konstellationen sind separat zu betrachten. Berücksichtigt man, dass bei einem Download eine Speicherung und damit eine notwen-

¹¹² Wandtke/Bullinger/Grützmaker, § 69c, Rn. 33 und 89 f. m. w. N.

¹¹³ Wandtke/Bullinger/Grützmaker, § 69c, Rn. 35 und 91 m. w. N.

¹¹⁴ Dreier/Vogel, S. 135 m. w. N.

¹¹⁵ Bräutigam/Lederer, jurisPR-ITR 17/2008; OLG München, 6 U 2759/07, ZUM 2009, 70.

¹¹⁶ OLG Frankfurt a. M., Beschluss v. 12.05.2009, Az. 11 W 15/09, BeckRS 2009 12383.

¹¹⁷ Vgl. LG München I, Urteil v. 28.11.2007 - 30 O 8684/07, MMR 2008, 563.

dige Verkörperung des Programmes auf der Festplatte stattfindet¹¹⁸, müsste der Erwerb von Software via Download analog zum Datenträgerkauf behandelt werden. Zudem umfasst der Erwerb von Software via Download einen Kaufvertrag, der als Hauptleistungspflicht die Übergabe einer Sache i.S.d. § 90 BGB beinhaltet.¹¹⁹ Der Argumentation des LG Hamburg, dass es sich lediglich um verschiedene Transportarten handele, kann zugestimmt werden. Schließlich wird in beiden Fällen der gleiche Zweck verfolgt, der in dem Erwerb der Software und damit der Erlangung einer Eigentümerposition besteht. Betrachtet man im Gegensatz dazu eine einzelne Lizenz als reine Nutzungserlaubnis, dann kann in diesem Sinne keine rechtsgetreue Übergabe dieses abstrakten Gutes mangels Körperlichkeit erfolgen. Lediglich bei Volumenlizenzen wäre die Weitergabe der zur Installation notwendigen Masterkopie einschließlich aller der ihr anhaftenden Nutzungsberechtigungen als Ganzes denkbar. Einer Abspaltung von einzelnen Lizenzen mit Übergabe einer Masterkopie, wie sie das LG Hamburg befürwortet, kann nicht zugestimmt werden. Dazu wäre die Erstellung einer zweiten Masterkopie notwendig, die Vervielfältigungsrechte seitens des Zweiterwerbers voraussetzt, die ihm aber aufgrund des Ausschlusses der Vervielfältigungsrechte vom Erschöpfungsgrundsatz nicht zustehen. Weiterhin kann auch eine Vervielfältigung der Masterkopie seitens des Ersterwerbers für den Zweiterwerber nicht von einer bestimmungsgemäßen Nutzung i.S.d. § 69c Nr. 1 UrhG abgedeckt sein. Daher könnte nur die ganzheitliche Veräußerung einer Volumenlizenz im Sinne der vollständigen Übergabe einer Sache gemäß § 433 Abs. 1 S. 1 BGB eine mögliche Alternative darstellen.

5. Fazit

Grundsätzlich wäre bei den strittigen Punkten eine Lösung seitens des Gesetzgebers erforderlich. Bereits mit der Verabschiedung des Zweiten Gesetzes zur Regelung des Urheberrechts in der Informationsgesellschaft, sog. Zweiter Korb, das am 1. Januar 2008 in Kraft getreten ist, wurden einige Fragen formuliert, die offen geblieben sind und die im Rahmen eines potentiellen Dritten Korbes beantwortet werden könnten, worunter auch die Prüfung einer Regelung zum Handel mit gebrauchter Software fällt.¹²⁰

¹¹⁸ Marly, Rn. 110.

¹¹⁹ Marly, Rn. 112.

¹²⁰ Becker, ZUM 2008, 361, 361; vgl. Spindler, NJW 2008, 9.

Zusammenfassung der Ergebnisse und Ausblick

Die Darstellung der gesetzlichen Schutzbereiche zeigt, dass die besondere Verletzlichkeit von Software mittels Sondervorschriften im Urheberrecht berücksichtigt wird. So besteht bei Computerprogrammen auch ein Vernichtungsanspruch gegenüber Dritten, die im Besitz von rechtswidrigen Vervielfältigungsstücken sind, um eine umfassende Pirateriebekämpfung zu ermöglichen. Aber auch die nationale Umsetzung der Enforcement-Richtlinie führte zu restriktiveren Vorschriften. So zielt die Ausweitung des Auskunftsanspruchs auf eine einfachere Verfolgung von Rechtsverletzungen im Online-Bereich ab und auch der Vernichtungsanspruch gegen Vorrichtungen zur Herstellung von illegalen Vervielfältigungsstücken besteht nicht länger nur bei nahezu ausschließlich rechtswidriger Verwendung. Weiterhin wurden auch Ansprüche der verschiedenen Immaterialgüterrechte einander angenähert. So sind nunmehr im Urheber-, Patent- und Markenrecht die drei anerkannten Berechnungsarten des Schadensersatzanspruches zu finden. Allerdings bleibt im Urheberrecht die Frage, ob eine pauschale doppelte Lizenzgebühr zur Prävention gegenüber der Softwarepiraterie nicht sinnvoller gewesen wäre. Des Weiteren wurde mit der Enforcement-Richtlinie auch die rechtliche Sachlage durch die Änderung des Wortlauts oder die explizite Aufnahme von bislang auch analog anwendbaren Vorschriften verdeutlicht. Allerdings bleiben die genaue Bedeutung des Rückruf- und Entfernungsanspruchs wie auch der Umfang der gerichtlichen Verwendung von im Rahmen des Besichtigungsanspruchs neutral erstellten Gutachten noch zu klären. Neben den zivilrechtlichen Ansprüchen gibt es auch strafrechtliche Sanktionen, die allerdings mit Ausnahme der gewerbsmäßigen unerlaubten Verwertung nur auf Antrag verfolgt werden. Da das Ausmaß der Produktpiraterie und Nachahmungen zugenommen hat, plant die EU-Kommission aber bereits in einer neuen Richtlinie eine europäische Vereinheitlichung und Verschärfung der Sanktionsregelungen. Vergleicht man die verschiedenen Schutzgesetze, so stellt das Urheberrecht das maßgebliche Schutzrecht für Software dar. Allerdings kann das Kennzeichenrecht dem Urheber auch ggf. eine weniger aufwendige Beweisführung in Fällen der Softwarepiraterie bieten, da Markenrechtsverletzungen einfacher nachweisbar sind. Neben den einzelnen Schutzgesetzen versuchen Softwaregeber auch mittels Verträgen der Piraterie Einhalt zu gebieten, wobei nur in den aufgezeigten Grenzen urhe-

berrechtlich-wirksame Beschränkungen zulässig sind und bei Verletzung auch gegenüber Dritten wirken. Ansonsten bleibt nur die Möglichkeit der Vereinbarung rein schuldrechtlicher Regelungen. Im aktuell umstrittenen Problem des Handels mit gebrauchter Software kann weder der Münchener noch der Hamburger Rechtsprechungslinie vollends zugestimmt werden. Es bleibt daher abzuwarten, inwieweit der Gesetzgeber im Rahmen eines Dritten Korbes eine gesetzliche Regelung treffen wird.