

# Inhaltsverzeichnis

Abkürzungsverzeichnis	23
1. Teil. Einführung	31
§ 1. Forschungsfrage und Methodik	31
§ 2. Begriffserklärung	33
A. Software und Softwareverträge	33
B. Cloud Computing	36
I. Definition, Terminologie und technische Eigenschaften	37
II. Cloud Computing als Modell der Softwarenutzung	41
§ 3. Urheberrechtlicher Rechtsschutz von Software	43
A. Historischer Hintergrund und Entwicklung in Deutschland, Frankreich und England	43
B. Schutzgegenstand und Schutzvoraussetzungen	47
C. Verwertungsrechte in Bezug auf Software	48
I. System der Verwertungsrechte und Werkgenuss	48
II. Vervielfältigungsrecht	50
III. Verbreitungsrecht	52
D. Nutzung von Software als urheberrechtliche Vervielfältigung	53
I. Exkurs: Speichern und Anzeigen von Software	53
II. Nutzung von Software als tatbestandliche Vervielfältigung („Technischer Ansatz“)	54
1. Laden der Software	54
2. Ablauen der Software	56
3. Cloud Computing	57
4. Zusammenfassung	62
III. Bewertung des „Technischen Ansatzes“	62
IV. Alternativvorschlag: Software als funktionales Werk („Funktionaler Ansatz“)	65
1. Software als funktionales Werk ähnlich einem Verfahren	65
2. Grundsätzliche Anerkennung der Funktionalität von Software im Urheberrecht	67

## *Inhaltsverzeichnis*

3. Konkrete Ausdrucksform von funktionalen Werken als Symbolsprache – Besonderheiten des Werkgenusses	69
4. Urheberrechtliche Erfassung der Nutzung funktionaler Werke	71
5. Cloud Computing	72
6. Zusammenfassung	72
V. Zusammenfassung	73
E. Vervielfältigungsrecht des Softwarenutzers gemäß Art. 5 Abs. 1 Richtlinie 2009/24/EG	73
I. Tatbestand des Art. 5 Abs. 1 Richtlinie 2009/24/EG: Rechtmäßiger Erwerber und Ermangelung spezifischer vertraglicher Bestimmungen	74
II. Rechtsfolge: Bestimmungsgemäße Benutzung	77
1. Inhalt der bestimmungsgemäßen Benutzung	77
2. Zwingender Kern des Art. 5 Abs. 1 Richtlinie 2009/24/EG	81
III. Rechtliche Qualifikation von Art. 5 Abs. 1 Richtlinie 2009/24/EG: Vertragsrechtliche Natur versus Schrankenbestimmung	83
1. Streitstand und Bewertung	84
2. Exkurs: Rechtsfigur der „implied licence“	91
3. „Implied licence“ bei Softwareverträgen	94
4. Zusammenfassung	95
F. Zusammenfassung und Ergebnis des 1. Teils	96
2. Teil. Softwareverträge in europäischen Rechtsordnungen	97
§ 1. Dauerhafte Überlassung (Zugang und Nutzung) von Standardsoftware	98
A. Europäische Union	99
I. EU-Verordnungsvorschlag zum Gemeinsamen Europäischen Kaufrecht	100
1. Historischer Hintergrund	101
2. Weg der Bereitstellung digitaler Inhalte in den Verordnungsvorschlag	104
3. Dauerhafte Überlassung von Standardsoftware als Bereitstellung digitaler Inhalte	108

## *Inhaltsverzeichnis*

4. Bewertung des Verordnungsvorschlags	114
5. Zusammenfassung	117
II. Digitale-Inhalte-Richtlinie (EU) 2019/770	117
1. Grundsätzliche Anwendbarkeit auf Softwareverträge	118
a) EU-Richtlinienvorschlag über bestimmte vertragsrechtliche Aspekte der Bereitstellung digitaler Inhalte	118
b) Digitale-Inhalte-Richtlinie (EU) 2019/770	120
c) Abgrenzung zur Warenkauf-Richtlinie (EU) 2019/771	122
2. Vertragstypübergreifende Geltung	122
3. Zusammenfassung	124
III. Zusammenfassung	125
B. Deutschland	125
I. Kaufvertrag	125
1. Sachkauf	127
a) Software als Sache	127
(1) Software mit Datenträger	128
(2) Software an sich	129
(3) Immanente Verkörperung von Software auf einem Datenträger	130
(4) Abstraktes Softwareexemplar	131
(5) Zusammenfassung	132
b) Übergabe und Eigentumsübertragung sowie Kaufpreiszahlung und Abnahme der gekauften Sache	132
2. Generelle Annahme eines Sachkaufs bzw. entsprechende Anwendung des Sachkaufrechts	133
3. Rechtskauf	134
4. Kauf eines sonstigen Gegenstands	135
5. Generelle Annahme eines Kaufvertrages bzw. entsprechende Anwendung des Kaufrechts	136
6. Urheberrechtlicher Kauf	138
7. Verbrauchsgüterkauf, Verbrauchsgüterkauf über digitale Produkte und Kauf eines digitalen Produktes	138
8. Zusammenfassung	140
II. Pachtvertrag	140

## *Inhaltsverzeichnis*

III. Immaterialgüterrechtlicher Vertrag	141
1. Rechtseinräumung im Urheberrecht: Lizenzvertrag	141
2. Rechtsnatur des Lizenzvertrages	143
a) Rechtskaufvertrag	144
b) Mietvertrag	144
c) Pachtvertrag	145
d) Gesellschaftsvertrag	147
e) Nießbrauch	147
f) Vertrag Sui-Generis	148
g) Zusammenfassung	149
3. Dauerhafte Überlassung von Standardsoftware als Lizenzvertrag	149
a) Exkurs: Historischer Hintergrund	149
b) Einräumung eines Nutzungsrechts als Lizenzvertrag	150
c) Neben der Lizenz stehender Vertrag über einen Datenträger bzw. die Softwareübermittlung, Begleitmaterial etc.	152
4. Zusammenfassung	153
IV. Bereitstellung eines digitalen Produkts	153
1. Umsetzung der Digitale-Inhalte- Richtlinie (EU) 2019/770	153
2. Dauerhafte Überlassung von Standardsoftware als Bereitstellung digitaler Produkte	156
3. Bewertung der Umsetzung	157
4. Zusammenfassung	159
V. Zusammenfassung	159
C. Frankreich	160
I. Kaufvertrag: „vente“	161
1. Einzelnes Softwareexemplar als „chose“	162
2. Generelle Annahme einer „vente“	163
II. Mietvertrag: „contrat de louage“	165
III. „Contrat d'entreprise“ („contrat de louage d'ouvrage“)	167
IV. Immaterialgüterrechtliche Verträge	169
1. Einzelne Verträge	169
a) Rechtsübertragung: „cession“	169
b) Rechtseinräumung: „licence“/„concession“	171
c) Sonderfall: „cession partielle“ versus „licence“	172

2. Rechtsnatur der Verträge	172
a) Rechtsübertragung: „cession“	173
b) Rechtseinräumung: „concession“/„licence“	175
c) Sonderfall: „cession partielle“ versus „licence“	176
3. Dauerhafte Überlassung von Standardsoftware als „licence“	176
V. Vertrag Sui-Generis: „contrat sui generis“	178
VI. Bereitstellung digitaler Inhalte und Dienstleistungen: „fourniture de contenus numériques et de services numériques“	178
VII. Sondermeinungen	181
1. Eigenständiger Terminus „licence“ – „licence“ als Gebrauchsrecht	181
2. Termini „outil immatériel“ bzw. „bien incorporel“ als Vertragsgegenstand	182
VIII. Zusammenfassung	184
D. England	185
I. Exkurs: Einführung in das „common law“	185
1. Vertragliche Regelungen: „express terms“	187
2. Gesetzlich implizierte Regelungen: „implied terms“	189
II. Kaufvertrag: „sale“	191
1. Sachkauf: „sale of goods“	192
a) Software als „good“	192
(1) Software mit Datenträger	192
(2) Software an sich	195
(3) Funktionale Auslegung des Begriffs „good“ (Gesamtbetrachtung)	196
(4) Urheberrechtliches Werkstück: „copy“	197
(5) Zusammenfassung	197
b) Eigentumsübertragung („to transfer the property“) sowie Kaufpreiszahlung: („for a money consideration, called the price“)	198
2. Generelle Annahme eines „sale of goods“	199
3. Exkurs: Abgrenzung zum „service contract“	199
4. Zusammenfassung	200
III. Immaterialgüterrechtlicher Verträge	200
1. Einzelne Verträge	201
a) Rechtsübertragung: „assignment“	201

## *Inhaltsverzeichnis*

b) Rechtseinräumung: „licence“	201
2. Dauerhafte Überlassung von Standardsoftware als „licence“	203
IV. Vertrag Sui-Generis: „sui-generis contract“	206
V. Bereitstellung digitaler Inhalte: „supply of digital content“	207
VI. Zusammenfassung	209
E. Vergleichende Betrachtung und Bewertung	209
I. Kaufvertrag	209
1. Sachkauf	209
a) Software als Sache	210
(1) Software an sich (Deutschland, England)	210
(2) Software mit Datenträger (Deutschland, England)	212
(3) Immanente Verkörperung von Software (Deutschland)	214
(4) Einzelnes Softwareexemplar als „chose“ (Frankreich)	215
(5) Funktionale Auslegung (Gesamtbetrachtung) eines „good“ (England)	217
(6) Zusammenfassung	217
b) Eigentumsübertragung	217
(1) Sachenrechtlicher Ansatz	218
(2) Urheberrechtlicher Ansatz	220
(3) Zusammenfassung	221
c) Kaufpreiszahlung	221
d) Zusammenfassung	222
2. Sonderfälle des Kaufs: Rechtskauf, Kauf eines sonstigen Gegenstands und urheberrechtlicher Kauf (Deutschland)	222
3. Generelle Annahme einer „vente“ (Frankreich), eines „sale of goods“ (England), eines Kaufs bzw. Sachkaufs und entsprechende Anwendung des Kauf- bzw. Sachkaufrechts (Deutschland)	223
4. Zusammenfassung	224
II. „Contrat d'entreprise“ (Frankreich)	224

III. Immaterialgüterrechtlicher Vertrag (Lizenz) (Deutschland, Frankreich und England)	225
1. Rolle der Nutzungsrechtseinräumung und des Datenträgers	225
2. Umfang des Nutzungsrechts, Dauerschuldcharakter und nebenstehender Vertrag über die Überlassung an sich	228
3. Rechtsfolge: Vertragsrecht des Lizenzvertrages	230
4. Zusammenfassung	232
IV. Vertrag Sui-Generis (Frankreich)	233
V. Bereitstellung digitaler Inhalte (EU und England)	233
VI. Zusammenfassung	235
 § 2. Softwarenutzung mittels Cloud Computing	235
A. Europäische Union	236
B. Deutschland	237
I. Mietvertrag	237
II. Dienstvertrag	240
III. Werkvertrag	241
IV. Typengemischter Vertrag	241
V. Lizenzvertrag	242
VI. Bereitstellung digitaler Dienstleistungen	242
VII. Zusammenfassung	242
C. Frankreich	243
I. Mietvertrag: „contrat de louage“	243
II. „Contrat d’entreprise“	243
III. Typengemischter Vertrag	244
IV. Lizenzvertrag: „licence“	244
V. Bereitstellung digitaler Dienstleistungen: „fourniture de services numériques“	245
VI. Zusammenfassung	245
D. England	245
I. Mietvertrag: „lease“/„rent“	246
II. „Service contract“	246
III. „Service“ im Sinne des „Consumer Rights Act 2015“	247
IV. Lizenzvertrag: „licence“	248
V. Zusammenfassung	248
E. Vergleichende Betrachtung und Bewertung	248
I. Mietvertrag (Deutschland, Frankreich)	248

## *Inhaltsverzeichnis*

II. Dienst- und Werkvertrag (Deutschland), „contrat d'entreprise“ (Frankreich), „service contract“ (England) und typengemischter Vertrag (Deutschland, Frankreich)	249
III. Lizenzvertrag (Deutschland, Frankreich, England)	249
IV. Bereitstellung digitaler Inhalte (EU)	250
V. Zusammenfassung	250
 § 3. Erstellung und Überlassung (Zugang und Nutzung) von Individualsoftware	250
A. Europäische Union	251
B. Deutschland	251
I. Dienstvertrag	251
II. Werkvertrag	252
III. Werklieferungsvertrag	253
1. Software als herzustellende oder zu erzeugende bewegliche Sache	255
2. Lieferung	257
3. Nutzungsrecht	257
4. Teleologische Betrachtung unter Heranziehung der „Silobauteile“-Entscheidung des BGH	258
5. Zusammenfassung	259
IV. Gesellschaftsvertrag	260
V. Aufteilung in Softwareerstellung sowie Einräumung eines immaterialgüterrechtlichen Nutzungsrechts	260
VI. Herstellung bzw. Bereitstellung digitaler Produkte	261
VII. Zusammenfassung	262
C. Frankreich	262
I. Kaufvertrag: „vente“	263
II. „Contrat d'entreprise“	264
III. Aufteilung in Softwareerstellung („contrat d'entreprise“) sowie einer immaterialgüterrechtlichen Rechtsübertragung („cession“) bzw. Rechtseinräumung („licence“)	265
IV. Bereitstellung digitaler Inhalte: „fourniture de contenus numériques“	267
V. Zusammenfassung	267

D. England	267
I. „Service contract“	268
1. Erstellung und Überlassung (Zugang und Nutzung) von Individualsoftware als „service contract“	268
2. Exkurs: Ausgestaltung des „service contract“	270
II. Aufteilung in Softwareerstellung („service contract“) sowie einer immaterialgüterrechtlichen Rechtsübertragung („assignment“) bzw. Rechtseinräumung („licence“)	271
1. Exkurs: Urheberrechtliche Besonderheiten im englischen Recht in Bezug auf Urheberschaft („authorship“) und Rechtsinhaberschaft („ownership“)	272
2. Übertragung der Rechtsinhaberschaft („ownership“): „assignment“	274
3. Einräumung eines Nutzungsrechts: „licence“	277
4. Zusammenfassung	278
III. Bereitstellung digitaler Inhalte: „supply of digital content“	278
IV. Zusammenfassung	279
E. Vergleichende Betrachtung	279
I. Werkvertrag (Deutschland), „contrat d’entreprise“ (Frankreich) und „service contract“ (England)	279
II. Werkvertrag (Deutschland), „contrat d’entreprise“ (Frankreich) und „service contract“ (England) jeweils i.V.m. einem immaterialgüterrechtlichen Vertrag	280
III. Bereitstellung digitaler Inhalte (EU und England)	281
IV. Zusammenfassung	281
§ 4. Ergebnis des 2. Teils	282
3. Teil. Kompatibilität des EU-Rechts: Richtlinie 2009/24/EG als Prüfungsmaßstab	283
§ 1. Kopie als Vertragsgegenstand des Softwarevertrages, Art. 4, 5 Richtlinie 2009/24/EG	284
A. Kopie bei der Softwarenutzung nach Überlassung der Software mittels eines Datenträgers	285

## *Inhaltsverzeichnis*

B. Kopie bei der Softwarenutzung nach Überlassung der Software mittels eines Downloads	285
I. Scheitern der Subsumtion unter traditionellen Begriff der Kopie	285
II. Weiterentwicklung des Begriffs der Kopie in der „UsedSoft v. Oracle“-Entscheidung des EuGH	287
1. „UsedSoft v. Oracle“-Entscheidung des EuGH – Sachverhalt und Vorlagefragen	287
2. „Erweiterter Begriff der Kopie“ im Sinne des EuGH	288
3. Argumente des EuGH für den „Erweiterten Begriff der Kopie“	289
a) Wortlaut der Richtlinie 2009/24/EG	289
b) Richtlinie 2009/24/EG als Lex Specialis zur Richtlinie 2001/29/EG	289
c) Verbreitung als öffentliche Wiedergabe zuzüglich einer Eigentumsübertragung	290
d) Einheitlichkeit der Begriffe im Urheberrecht und Wille des EU-Gesetzgebers	291
e) Anwendung des Erschöpfungsgrundsatzes aufgrund des „Spezifischen Gegenstands“ des Urheberrechts	291
4. Bewertung der Rechtsprechung des EuGH	292
a) Wortlaut der Richtlinie 2009/24/EG	292
b) Richtlinie 2009/24/EG als Lex Specialis zur Richtlinie 2001/29/EG	293
c) Verbreitung als öffentliche Wiedergabe zuzüglich einer Eigentumsübertragung	295
d) Einheitlichkeit der Begriffe im Urheberrecht und Wille des EU-Gesetzgebers	299
e) Anwendung des Erschöpfungsgrundsatzes aufgrund des „Spezifischen Gegenstands“ des Urheberrechts	302
f) Ausweitung des Erschöpfungsgrundsatzes im Spiegel der Grundfreiheiten	303
g) Abgrenzung der Richtlinie 2009/24/EG von der Richtlinie 96/9/EG	304
h) Gefahr von Raubkopien	306
i) Zusammenfassung	307

## *Inhaltsverzeichnis*

5. Kongruenz des „Erweiterten Begriffs der Kopie“ mit internationalem Urheberrecht	307
a) TRIPS-Abkommen und Revidierte Berner Übereinkunft	307
b) „Word Copyright Treaty“ bzw. Richtlinie 2001/29/EG als dessen EU-rechtliche Umsetzung	308
(1) Art. 6 WCT i.V.m. den Vereinbarten Erklärungen zu Art. 6 und 7 WCT, Art. 4 Richtlinie 2001/29/EG	308
(2) Art. 10 WCT	313
(3) Zusammenfassung	314
6. Zusammenfassung	315
III. Alternativvorschläge für eine Weiterentwicklung des Begriffs der Kopie	315
1. Zum Download bereitgestellte Kopie	315
2. Bit-Strom/Datenbestand als Kopie	316
3. Beim Softwarenutzer erstellte Kopie	317
4. Verkürzung der Verbreitungshandlung des Softwareanbieters	317
5. Virtuelles Vervielfältigungsstück	318
6. Konkreter Datensatz	319
7. Zusammenfassung	320
IV. Zusammenfassung	320
C. Kopie bei der Softwarenutzung mittels Cloud Computing	321
D. Zusammenfassung	322
§ 2. Lösungsansatz: Nutzungsrecht anstatt der Kopie als Vertragsgegenstand	322
A. Von der Kopie zum Nutzungsrecht	323
B. Mögliche rechtliche Hindernisse für ein Nutzungsrecht als Vertragsgegenstand	326
I. Bezug des Nutzungsrechts auf konkretes Vervielfältigungsstück	326
II. Gesetzeswortlaut	327
III. Nutzungsrecht allein als Beschreibung des Umfangs der erlaubten Nutzung	328
IV. Vertragliche Beschränkung der Übertragung eines Nutzungsrechts	328

## *Inhaltsverzeichnis*

V. Verkehrsfähigkeit und gutgläubiger Erwerb von Rechten	328
VI. § 34 UrhG: Zustimmungspflicht des Urhebers zur Rechtsübertragung	330
1. Anwendbarkeit von § 34 Abs. 1 UrhG auf Software	330
2. Zustimmungspflicht des Urhebers zu Rechtsübertragungen gemäß § 34 Abs. 1 S. 2 UrhG	331
3. Art. 4 Abs. 2, 5 Abs. 1 Richtlinie 2009/24/EG als Leges Speciales zu § 34 UrhG	332
4. Bewertung	333
5. Zusammenfassung	334
VII. Zusammenfassung	334
C. Änderungsvorschlag: Art. 4 Abs. 1 Richtlinie 2009/24/EG	334
D. Zusammenfassung	335
§ 3. Erstverkauf gemäß Art. 4 Abs. 2 Richtlinie 2009/24/EG als Voraussetzung der Erschöpfung des Verbreitungsrechts	335
A. Erschöpfung des Verbreitungsrechts	335
B. Erstverkauf bei der Softwarenutzung nach Überlassung der Software mittels eines Datenträgers	339
C. Erstverkauf bei der Softwarenutzung nach Überlassung der Software mittels eines Downloads	340
I. Scheitern der Subsumtion unter traditionellen Begriff des Erstverkaufs	340
II. Weiterentwicklung des Begriffs des Erstverkaufs in der „UsedSoft v. Oracle“-Entscheidung des EuGH	340
1. „Erweiterter Begriff des Erstverkaufs“ im Sinne des EuGH	340
2. Argumente des EuGH für den „Erweiterten Begriff des Erstverkaufs“	341
a) Einheitlichkeit und Autonomie der Begriffe im Unionsrecht sowie Gleichbehandlungsgrundsatz	341
b) Wirtschaftliche Vergleichbarkeit und funktionelle Entsprechung	342
c) Vertrag als unteilbares Ganzes (Gesamtbetrachtung)	342
3. Bewertung der Rechtsprechung des EuGH	343
a) Generelle Bewertung der Rechtsprechung	343

## *Inhaltsverzeichnis*

b) Einheitlichkeit und Autonomie der Begriffe im Unionsrecht sowie Gleichbehandlungsgrundsatz	344
c) Wirtschaftliche Vergleichbarkeit und funktionelle Entsprechung	346
d) Vertrag als unteilbares Ganzes (Gesamtbetrachtung)	348
e) Tatbestandsmerkmale des Verkaufs begriffs im Sinne des EuGH: Kopie, Eigentumsübertragung und Entgelt in Höhe des wirtschaftlichen Werts	349
f) Zusammenfassung und Konkretisierung durch die „Ranks“-Entscheidung des EuGH	352
4. Weitere Voraussetzungen und Besonderheiten gemäß der „UsedSoft v. Oracle“-Entscheidung des EuGH	353
a) Aktualisierte Programmversion als Gegenstand der Erschöpfung	353
b) Pflicht zur Löschung bestehender Kopien nach Weitergabe	355
c) Keine Aufspaltung von Volumenlizenzen	358
III. Zusammenfassung	360
D. Erstverkauf bei der Softwarenutzung mittels Cloud Computing	360
E. Zusammenfassung	361
§ 4. Lösungsansatz: Urheberrechtlicher Verkaufs begriff als Tatbestandsmerkmal der Erschöpfung des Verbreitungsrechts	361
A. Historischer Anknüpfungspunkt für urheberrechtlichen Verkaufs begriff	362
B. Urheberrechtlicher Verkaufs begriff und Erschöpfungsgrundsatz	365
I. Tatbestand eines urheberrechtlichen Verkaufs begriff	365
II. Bewertung der Ausweitung des Erschöpfungsgrundsatzes	366
C. Änderungsvorschlag: Art. 4 Abs. 2 Richtlinie 2009/24/EG	371
D. Exkurs: Übertragung eines zeitlich beschränkten Nutzungsrechts	372
E. Zusammenfassung	374

## *Inhaltsverzeichnis*

§ 5. Nutzungsberechtigung des Zweitnutzers: Rechtmäßiger Erwerber und dessen bestimmungsgemäße Benutzung der Software gemäß Art. 5 Abs. 1 Richtlinie 2009/24/EG	374
A. Rechtmäßiger Erwerber und dessen bestimmungsgemäße Benutzung der Software nach Überlassung der Software mittels eines Datenträgers	375
B. Rechtmäßiger Erwerber und dessen bestimmungsgemäße Benutzung der Software nach Überlassung der Software mittels eines Downloads	375
I. Scheitern der Subsumtion unter traditionellen Begriff des rechtmäßigen Erwerbs	375
II. Weite Auslegung der Begriffe Erwerb und bestimmungsgemäße Benutzung: „UsedSoft v. Oracle“- und „Ranks“-Entscheidungen des EuGH	376
III. Argumente des EuGH für eine weite Auslegung der Begriffe Erwerb und bestimmungsgemäße Benutzung	377
IV. Bewertung der Rechtsprechung des EuGH	377
1. Download von Software als Erwerb	377
2. Erstinstallation der Software als bestimmungsgemäße Benutzung	379
3. Zusammenfassung	382
V. Zusammenfassung	382
C. Rechtmäßiger Erwerber bei der Softwarenutzung mittels Cloud Computing	383
D. Zusammenfassung	383
§ 6. Lösungsansatz: Rechtmäßiger Nutzer anstatt rechtmäßiger Erwerber, Art. 5 Abs. 1 Richtlinie 2009/24/EG	384
§ 7. Gesamtergebnis einschließlich Ergebnis des 3. Teils	385
Literaturverzeichnis	387