

Urheberrechtliche Nutzungsbefugnisse des EDV-Anwenders



lic. iur. Gianni Fröhlich-Bleuler, Rechtsanwalt, Zürich

Inhaltsübersicht:

- A. Einleitung
- B. Grundlagen
- C. Urheberrechtliche Nutzungsbefugnisse des EDV-Anwenders
 - 1. Interessenlage
 - 2. Vervielfältigungsbefugnis
 - 3. Weitergabeverbote
 - 4. Änderungsrecht
 - 5. Reverse Engineering und Entschlüsselung (Dekompilation)
 - a. Bedeutung
 - b. Reverse Engineering
 - c. Dekompilation von Schnittstellen
- D. Schlussbemerkung

A. Einleitung

Am 1. Juli 1993 ist das neue Urheberrechtsgesetz in Kraft getreten¹. Darin finden sich einige Bestimmungen zum Urheberrecht an Computerprogrammen. Es sind namentlich das Erschöpfungsprinzip bei der Veräusserung von Computerprogrammen in Art. 12 Abs. 2 und die urheberrechtlichen Befugnisse an im Arbeitsverhältnis geschaffenen EDV-Programmen in Art. 17 geregelt worden. Unter den Schranken des Urheberrechts finden sich Bestimmungen zur Entschlüsselung von Computerprogrammen und zur Erstellung einer Sicherungskopie².

Die heutige Form haben diese Bestimmungen zum Softwarerecht im Hinblick auf die im Mai 1991 in Kraft getretene EG-Richtlinie über den Rechtsschutz von Computerprogrammen erhalten³. Im Gesetzgebungsverfahren wurde verschiedentlich ausdrücklich darauf hingewiesen, dass die Angleichung an die EG-Richtlinie angestrebt werde⁴. Bei der Auslegung dieser Bestimmungen ist daher die EG-Richtlinie beizuziehen⁵.

Im folgenden werden einige für den EDV-Anwender⁶ besonders bedeutsame Nutzungen im Zusammenhang mit dem Einsatz von Computerprogrammen vor dem Hintergrund des neuen URG beleuchtet. Zudem soll der Frage nachgegangen werden, inwieweit das neue Gesetz in diesen Punkten mit der einschlägigen EG-Richtlinie übereinstimmt.

B. Grundlagen

1. Gemäss Art. 16 Abs. 1 ist das Urheberrecht übertragbar. Möglich ist sowohl die Übertragung des Urheberrechtes selber als auch die Abtretung einzelner Nutzungsbefugnisse⁷. Der Urheber kann dem Erwerber auch nur einen rein obligatorisch wirkenden Anspruch an der Werknutzung einräumen. In diesem Fall wird der Bestand des Urheberrechts nicht berührt; es verbleibt vollumfänglich beim Schöpfer⁸.

Die Einräumung der Nutzungsbefugnisse erfolgt im Verpflichtungsgeschäft, das an keine Form und keinen Vertragstypus gebunden ist⁹. Im EDV-Vertragsrecht ist das Grundgeschäft häufig eine kaufvertragsähnliche Vereinbarung, ein Arbeits-, ein Werk- oder ein Lizenzvertrag.

Die Verfügung über das (Teil-)Urheberrecht erfolgt formfrei und fällt meist mit dem Verpflichtungsgeschäft zusammen. Nach diesem richtet sich in der Regel die Art der Übertragung (Abtretung oder Lizenz) und der Umfang der übertragenen Nutzungsbefugnisse.

- 1 Dr. J. BERTHOLD, Zürich, RA Dr. M. GUT, Schwerzenbach, und meine Lebenspartnerin E. FRÖHLICH-BLEULER haben das Manuskript kritisch durchgesehen.
- 2 Art. 21 und Art. 24 Abs. 2. Die Gesetzesartikel ohne nähere Bezeichnung beziehen sich auf das geltende Urheberrechtsgesetz (URG).
- 3 Richtlinie des EG-Rates vom 14. Mai 1991 über den Rechtsschutz von Computerprogrammen (Richtlinie 91/250/EG, Amtsblatt der EG vom 17. Mai 1991, Nr. L 122/42; im folgenden EG-Richtlinie).
- 4 I. CHERPILLOD, *Protection des logiciels et des bases de données: la révision du droit d'auteur en Suisse*, SMI 1993, 49; C. GOVONI, *Der urheberrechtliche Schutz von Computerprogrammen*, AJP/PJA 1993 570. Vgl. zudem die Nachweise bei G. FRÖHLICH-BLEULER, *Zum Übergang der Urheberrechte an Computerprogrammen nach dem neuen Art. 17 URG*, SJZ 1994, 282 f. und insbesondere für die Art. 21 und 24 Sten. Bull. SR 1992, 380 und 381.
- 5 Dabei kann die deutsche Literatur herangezogen werden; die EG-Richtlinie wurde weitgehend wörtlich ins deutsche Urheberrechtsgesetz übernommen.
- 6 Aus Gründen der Lesbarkeit wird auf die weibliche Form der Substantive verzichtet.
- 7 Nicht abtretbar sind die Urheberpersönlichkeitsrechte (BARRELET/EGLOFF, *Das neue Urheberrecht*, Bern 1993, N 7 zu Art. 9).
- 8 B. RECHER, *Der Arbeitnehmer als Urheber und das Recht des Arbeitgebers am urheberrechtsschutzfähigen Arbeitsergebnis*, Diss. Zürich 1975, 76 ff.
- 9 BARRELET/EGLOFF (FN 7), N 4 zu Art. 16.

2. Grundsätzlich ist das Urheberrecht in Nutzungsbefugnisse aufspaltbar. Im Urheberrecht besteht kein Typenzwang¹⁰. Dies ermöglicht es dem Urheber, das von ihm geschaffene Werk durch gezielte Rechtsübertragungen optimal zu nutzen. Möglich ist daher eine Aufteilung des Urheberrechts in so viele Teilrechte, wie es Nutzungsarten gibt¹¹. Von besonderer Bedeutung ist die Aufteilung in räumlicher, zeitlicher und inhaltlicher Hinsicht¹². Abspaltbare Teilrechte bestehen dort, wo sich wirtschaftlich selbstständige Verwertungs- und Vertriebsformen entwickelt haben¹³: Die Aufspaltung der Nutzungsbefugnisse soll es dem Urheber ermöglichen, an der Vermittlung des Werkgenusses finanziell zu partizipieren.

Allerdings können nicht beliebig beschränkte Nutzungsbefugnisse übertragen werden: Eine Bestimmung, die nicht auf die Wahrung des Partizipationsinteresses zielt, sondern nur die Art und Weise der Ausübung des Nutzungsrechts beschränkt, ist als rein schuldrechtliche Vereinbarung zu qualifizieren¹⁴. Urheberrechtlich von Bedeutung und auch durch Dritte zu beachten, sind daher einzig Vereinbarungen, die sich auf die Art und den Umfang der Nutzung dieser Teilrechte beziehen, nicht aber solche, die die Ausübung der Nutzung selber festlegen¹⁵.

Von der Einräumung der Nutzungsbefugnis ist das Rechtsgeschäft über das Werkexemplar zu unterscheiden. Urheberrechtliche Wirkungen können allerdings auch daran anknüpfen. So bestimmt Art. 12 Abs. 2, dass ein Werkexemplar, das veräussert worden ist, vom Erwerber gebraucht und weiterveräussert werden darf (Erschöpfungsprinzip). Begründet wird dieser Grundsatz mit dem Bedürfnis nach einem von urheberrechtlichen Bindungen freien Handel mit Werkstücken¹⁶. Zudem hat der Urheber bei der ersten Verbreitung das ihm zustehende Entgelt erhalten. Er hat kein urheberrechtlich geschütztes Interesse, an jeder weiteren Verbreitungshandlung beteiligt zu werden¹⁷.

3. Wie bereits gesagt, richten sich Art und Umfang der eingeräumten Nutzungsbefugnis im allgemeinen nach dem Verpflichtungsgeschäft. Bestehen bezüglich der Übertragung des Urheberrechtes Unklarheiten, so ist die Vereinbarung auszulegen. Im Vordergrund steht dabei die Zweckübertragungstheorie¹⁸. Danach bestimmt sich der Umfang der Nutzungsbefugnisse nach dem Zweck der Vereinbarung¹⁹. Einzig in Art. 17 werden diese Befugnisse an im Arbeitsverhältnis geschaffenen Computerprogrammen als dispositives Recht geregelt²⁰. In der EG-Richtlinie wurde demgegenüber dispositives Recht geschaffen, das die Einräumung der Nutzungsbefugnisse viel detaillierter regelt. Dort gilt aber der Grundsatz, dass dem Lizenznehmer all diejenigen Rechte übertragen werden, die er für die bestimmungsgemässe Benutzung des Computerprogrammes benötigt²¹. Findet gemäss Schweizer URG die Zweckübertragungstheorie Anwendung, so dürfte dies in der Regel zu einem Auslegungsergebnis führen, das dem Inhalt der "bestimmungsgemässen Benutzung" der EG-Richtlinie entspricht²².

4. Nur in Ausnahmefällen werden den EDV-Anwendern die Urheberrechte umfassend eingeräumt. Auch individuell

auf die Bedürfnisse des Nutzers abgestimmte Programme basieren oft auf bestehender Software. Bei diesen Programmen wird meist ein einfaches Nutzungsrecht erworben²³.

-
- 10 M. UHL, Die rechtsgeschäftliche Verfügung im schweiz. Urheberrecht, Diss. Zürich 1987, 105.
 - 11 A. TROLLER, Immaterialgüterrecht, Bd. II, Basel 1985, 780.
 - 12 BARRELET/EGLOFF (FN 7), N 18 zu Art. 16.
 - 13 UHL (FN 10), 108; D. REIMER, Schranken der Rechtsübertragung im Urheberrecht, GRUR 1962, 626.
 - 14 M. REHBINDER, Schweiz. Urheberrecht, Bern 1993, 134 f.; H. HABERSTUMPF, Das Software-Urhebervertragsrecht im Lichte der bevorstehenden Umsetzung der EG-Richtlinie über den Rechtsschutz von Computerprogrammen, GRUR 1992, 718; HUBMANN/REHBINDER, Urheber- und Verlagsrecht, München 1991, 196. Zudem wird geltend gemacht, dass eine beliebige Aufspaltung aus Gründen der Verkehrssicherheit nicht zuzulassen ist: Einem Dritten soll nicht jede erdenkliche Nutzungsbeschränkung entgegengehalten werden können, sondern nur solche, die im Wirtschaftsleben Bedeutung haben und deshalb auch dem Dritten bekannt sind.
 - 15 UHL (FN 10), 105 f.
 - 16 REHBINDER (FN 14), 102; sog. "Verkehrssicherungstheorie" (U. JOOS, Die Erschöpfungslehre im Urheberrecht, München 1991, 53).
 - 17 Sog. "Belohnungstheorie" (JOOS [FN 16], 55 f.).
 - 18 Zur Geltung der Zweckübertragungstheorie im neuen URG vgl. I. CHERPILLOD, La nouvelle loi sur le droit d'auteur et les droits voisins: titularité et transfert des droits, AJP/PJA 1993 560 und FRÖHLICH-BLEULER (FN 4), SJZ 1994, 282.
 - 19 REHBINDER (FN 14), 134.
 - 20 Vgl. dazu FRÖHLICH-BLEULER (FN 4), SJZ 1994, 282 ff. mit weiteren Hinweisen.
 - 21 Art. 5 Abs. 1 in Verbindung mit Art. 4 lit. a und b der EG-Richtlinie.
 - 22 F. THOMANN, Die Europaverträglichkeit der Software-Schutzregelung gemäss dem revidierten URG, AJP/PJA 1993 565. Dementsprechend wird im deutschen Schrifttum im Zusammenhang mit der bestimmungsgemässen Benutzung nach Art. 5 Abs. 1 der EG-Richtlinie von der "Inkorporierung der Zweckübertragungstheorie" gesprochen (M. LEHMANN, Die Europäische Richtlinie über den Schutz von Computerprogrammen, in M. LEHMANN [Hrsg.], Rechtsschutz und Verwertung von Computerprogrammen, Köln 1993, N 17). Allerdings umfasst die bestimmungsgemässe Benutzung des EG-Rechts – im Gegensatz zum Schweizer URG – auch einen zwingenden Kern, von dem vertraglich nicht abgewichen werden darf (Begründung zum Gesetzesentwurf der Bundesregierung für ein zweites Gesetz zur Abänderung des Urheberrechtsgesetzes, BT-Drucksache 12/4022, 12). Zu beachten ist zudem, dass sich Art. 5 Abs. 1 nur auf Vervielfältigungs- und Bearbeitungshandlungen bezieht (A. PRES, Gestaltungsformen urheberrechtlicher Softwarelizenzverträge, Diss. München 1994, 132 f.).
 - 23 Häufig werden bei grösseren Projekten einzelne zusätzliche Applikationen speziell für den Anwender geschrieben. Sinnvoll einsetzbar sind diese Programmteile aber oft nur zusammen mit dem übrigen Programm, für das der Anwender eine einfache Lizenz besitzt. Im Zweifel werden an solchen Applikationen die Rechte im gleichen Umfang übertragen wie für das Hauptprogramm.

Für eine weitergehende Übertragung der Nutzungsrechte kann der umfassende Einbezug des Know-hows des EDV-Anwenders bei der Neuentwicklung oder die vollumfängliche Bezahlung des Programmes durch letzteren sprechen²⁴.

C. Urheberrechtliche Nutzungsbefugnisse des EDV-Anwenders

1. Interessenlage²⁵

Software lässt sich schnell und praktisch ohne Kosten kopieren. Die Herstellung von Software ist allerdings überaus zeit- und kostenintensiv. Der Urheber hat daher ein eminentes Interesse an einem umfassenden urheberrechtlichen Schutz. Im Vordergrund steht eine möglichst weitgehende Beteiligung an der wirtschaftlichen Verwertung seines Computerprogrammes. Zudem wird er bestrebt sein, das in der Software integrierte Know-how zu schützen und weder dem rechtmässigen Benutzer noch einem Dritten Einsicht in die Programmstruktur zu ermöglichen. Der Anwender hat dagegen ein Interesse an einer uneingeschränkten, umfassenden Nutzung des von ihm erworbenen Produktes. Insbesondere sollte die Wartung und die Anpassung des Programmes an neue betriebliche Gegebenheiten in einem späteren Zeitpunkt gewährleistet sein. Zu seinen Interessen gehört auch die Möglichkeit, das Programm weiterzuverkaufen.

2. Vervielfältigungsbefugnis

a. Art. 10 Abs. 2 lit. a behält dem Urheber das Recht zur Herstellung von Werkexemplaren vor. Das Wiedergabe- oder Vervielfältigungsrecht umfasst jede materielle Festlegung des Werkes durch alle Verfahren, die es ermöglichen, dieses den menschlichen Sinnen direkt oder indirekt zugänglich zu machen²⁶.

Aus technischen Gründen wird das Computerprogramm im Rahmen des internen Benützungsprozesses immer wieder vorübergehend vervielfältigt. Solche "Kopien" entsprechen nicht dem klassischen urheberrechtlichen Vervielfältigungsbegriff. Aus diesem Grund sollte er im Zusammenhang mit der Benützung eines Computerprogrammes nicht in erster Linie anhand von technischen Kriterien, sondern aufgrund des Partizipationsinteresses des Urhebers ausgelegt werden²⁷.

b. Die heute üblichen Computer speichern die Programmbefehle vor der Abarbeitung in den sogenannten Arbeitsspeicher. Sie werden durch Kopieren entweder von der Festplatte oder einem anderen permanenten Speichermedium übernommen ("Laden des Programmes")²⁸. Nach der heute in der Schweiz herrschenden Meinung ist der Kopiervorgang in den Arbeitsspeicher als Vervielfältigung im Sinne von Art. 10 Abs. 2 lit. a URG zu werten²⁹. Jede Programmwendung setzt daher prinzipiell eine Vervielfäl-

tigung voraus³⁰. Eine Ausnahme davon besteht einzig bei Programmen, die fest in die Hardware eingebaut sind und direkt durch den Prozessor abgearbeitet werden (sog. "Software im Gehäuse")³¹. Eine Vervielfältigung findet in diesem Fall nicht statt. Ihre Benützung gleicht derjenigen der klassischen Werkexemplare, wie z.B. Bücher, bei deren Gebrauch keine urheberrechtliche Verwertungshandlung vorgenommen wird³².

Dass auch das neue URG von diesem Vervielfältigungsbegriff ausgeht, ergibt sich aus Art. 17 Abs. 1 lit. a URV³³: Darin wird bestimmt, welche Befugnisse dem Erwerber einer Kopie zustehen. Das Erschöpfungsprinzip beinhaltet nur die Verbreitungs-, nicht aber die Vervielfältigungsbefugnis³⁴. Da der Gesetzgeber davon ausging, dass jede Nutzung des Computerprogrammes eine Vervielfältigung voraussetzt, musste er für die Veräusserung von Computerprogrammen eine Sonderregelung einführen. Er setzte fest, dass auch das Laden des Computerprogrammes zulässig sei³⁵. Das hat zur Folge, dass der Erwerber eines Programmes immer auch die Befugnis erhält,

24 CHERPILLOD (FN 4), SMI 1993, 57 (mit weiteren Differenzierungen); U. WIDMER, Der urheberrechtliche Schutz von Computerprogrammen, ZSR Bd. 112 (1993), FN 82.

25 Die folgenden Ausführungen beziehen sich – sofern nicht anders vermerkt – auf ein direkt zwischen Urheber bzw. EDV-Anbieter und EDV-Anwender bestehendes Vertragsverhältnis. Identität wird zwischen Urheber, EDV-Anbieter und Lizenzgeber auf der einen Seite und EDV-Anwender, Nutzer und Lizenznehmer auf der anderen unterstellt.

26 TROLLER (FN 11), 684.

27 A. GÜNTHER, Änderungsrechte des Softwarenutzers, CR 1994, FN 24 mit weiteren Hinweisen und H. HARTE-BAVENDAMM, in KILIAN/HEUSSEN, Computerrechts-Handbuch, München 1993, N 61 zu Kap. 54; LEHMANN (FN 22), N 13. Offenbar ähnlich WIDMER (FN 24), ZSR 1993, 261. S. dazu als Beispiel die Auslegung des Vervielfältigungsbegriffs in Art. 17 Abs. 1 lit. b URV in Anm. 90.

28 C. RÜESCH, Die Weitergabe von Standard-Software, Diss. Zürich 1988, 30 f.; J. ERNESTUS, Nutzung und Vervielfältigung eines Computerprogrammes, CR 1989, 785 f.; s. auch S. DWORATSCHEK, Grundlagen der Datenverarbeitung, Berlin 1989, 82 und 93. Möglich ist die Übernahme einer Kopie auch mittels Datenfernübertragung.

29 G. RAUBER, Software-Schutz Software-Haftung, Schriftenreihe SAV, Bd. 9, 1992, 39; RÜESCH (FN 28), 32; THOMANN (FN 22), 565; WIDMER (FN 24), 261; H. R. WITTMER, Der Schutz von Computersoftware – Urheberrecht oder Sonderrecht, Diss. Bern, 1981, 149.

30 HARTE-BAVENDAMM (FN 27), N 61 zu Kap. 54.

31 "ROM": Read only memory.

32 H. HABERSTUMPF, Der urheberrechtliche Schutz von Computerprogrammen, in M. LEHMANN (Hrsg.), Rechtsschutz und Verwertung von Computerprogrammen, Köln 1993, N 112.

33 Verordnung über das Urheberrecht und verwandte Schutzrechte (Urheberrechtsverordnung [URV]).

34 REHBINDER (FN 14), 105.

35 WIDMER (FN 24), 264.

dieses in den Arbeitsspeicher zu laden. Der reine Programmablauf ist nicht als Vervielfältigung zu betrachten³⁶.

Nach Art. 5 Abs. 1 der EG-Richtlinie sind dem Anwender alle Handlungen erlaubt, die zur bestimmungsgemässen Benutzung gehören; dazu ist auch das Laden des Programmes in den Arbeitsspeicher zu zählen. Allerdings lässt die EG-Richtlinie die Frage offen, ob es sich beim Laden des Computerprogrammes um eine Vervielfältigung handelt³⁷.

c. Viele EDV-Hersteller beschränken das Nutzungsrecht des Programmes auf eine genau bezeichnete Hardware-Einheit³⁸. Es stellt sich hier die Frage, ob eine solche Klausel urheberrechtliche oder nur schuldrechtliche Wirkung entwickelt. Trifft letzteres zu, so kann gegen die Verletzung der Bestimmung nur mit einem vertraglichen Anspruch vorgegangen werden; die weitergehenden urheberrechtlichen Rechtsbehelfe stehen dann, insbesondere gegen Dritte, nicht zur Verfügung³⁹. Von Bedeutung ist die Frage zudem im Zusammenhang mit dem Erschöpfungsprinzip: Da nur das Verbreitungsrecht vom Erschöpfungsprinzip erfasst wird, haben andere Nutzungsbeschränkungen trotz der Verbreitungshandlung weiterhin Geltung, soweit sie urheberrechtliche Wirkung haben⁴⁰.

Es ist nicht ersichtlich, inwiefern der Urheber eines Computerprogrammes am Einsatz auf einer anderen Hardwareeinheit ein Partizipationsinteresse hätte: Durch die Lizenzgebühr ist er für die Benutzung des Programmes entschädigt worden. Ein zusätzlicher Verbraucherkreis wird nicht erschlossen. Dies gilt auch dann, wenn durch den Einsatz auf einer neuen Hardware, insbesondere in Kombination mit einem neuen Betriebssystem, der Programmablauf massiv beschleunigt wird und dem Anwender daraus ein grosser Mehrnutzen resultiert⁴¹. Dadurch findet weder eine zusätzliche Vervielfältigung noch eine andere dem Urheber vorbehaltene Handlung statt. Urheberrechtliche Bestimmungen stehen einem Wechsel des Programmexemplares auf eine andere Hardwareeinheit demnach nicht im Wege. Eine vertragliche Beschränkung auf eine Hardwareeinheit ist zudem nicht als eigenständige Nutzungsart zu qualifizieren. Die Beschränkung hat daher nur obligatorische Wirkung⁴².

d. Die Vertragsbestimmungen verbieten es oft, das Programm zugleich auf mehr als einer Hardwareanlage zu benutzen. Für Programme in einem Netzwerk ist die Lizenz regelmässig auf eine bestimmte Anzahl von Computer-"Plätzen" beschränkt.

Durch ein Netzwerk werden verschiedene Hardwarekomponenten so verbunden, dass sie miteinander kommunizieren können. Es gibt Mehrplatzsysteme, bei denen ein Prozessor mehreren Benutzern zur Verfügung steht; der Benutzer arbeitet dabei von einem Terminal ohne eigene Rechnerleistung aus. Solche Systeme werden als Einprozessor-Mehrplatzsysteme bezeichnet. Die Prozessorenleistung wird nach einem sogenannten "Time-sharing"-Prinzip auf die einzelnen Benutzer aufgeteilt. Jeder kann die Rechnerleistung für kurze Zeit in Anspruch nehmen. Das Programm wird in Intervallen abgearbeitet⁴³. Da nur ein

Programm gleichzeitig durch den Prozessor verarbeitet wird, werden keine anderen urheberrechtlichen Handlungen vorgenommen als sie auch bei Einplatzsystemen anfallen⁴⁴.

Anders ist die Rechtslage bei Netzwerken, bei denen die einzelnen Stationen mit eigener Rechnerleistung ausgestattet sind⁴⁵. Die Benutzer können – vereinfacht gesagt – koordiniert auf das gleiche Computerprogramm (bzw. Teile davon) zugreifen und es in den Arbeitsspeicher laden (soge-

36 WIDMER (FN 24), 261; HABERSTUMPF (FN 32), N 122; LEHMANN (FN 22), N 13; J. MARLY, Softwareüberlassungsverträge, München 1991, N 129.

37 M. LEHMANN, Die Europäische Richtlinie über den Schutz von Computerprogrammen, GRUR Int. 1991, 30; PRES (FN 22), 109; a.M. J. MARLY, Urheberrechtsschutz für Computersoftware in der Europäischen Union, München 1995, 177.

38 Eine typische Klausel, wie sie meist in Allgemeinen Geschäftsbedingungen verwendet wird, ist etwa: "Der Kunde ist verpflichtet, die Programme nur auf der vertraglich vereinbarten Hardware zu benutzen". Im folgenden wird nicht auf die AGB-rechtliche Problematik solcher Klauseln eingegangen.

39 REIMER (FN 13), 625.

40 JOOS (FN 16), 121.

41 Dies ist für den Anwender oft ein entscheidendes Kriterium, um die angestammte Anwendersoftware auf ein neues Betriebssystem und eine neue Hardware zu portieren.

42 HABERSTUMPF (FN 32), N 165; MARLY (FN 36), N 748. Dies gilt auch nach der EG-Richtlinie (MARLY [FN 37], 197). A.M. M. LEHMANN, Das neue Software-Vertragsrecht – Verkauf und Lizenzierung von Computerprogrammen, NJW 1993, 1825; H.W. MORITZ, Softwarelizenzverträge, CR 1993, 263. Wird die Nutzung auf eine Hardwareeinheit beschränkt, so kann die Portierung auf ein leistungsfähigeres System zu einer Schadenersatzpflicht in der Höhe der sogenannten Upgrade-Gebühr führen, sofern dies vertraglich vorgesehen ist (vgl. LG ARNSHEIM, CR 1994, 283 ff.).

43 Beim sogenannten "Multiprogramming" wird die Prozessorzeit nach Prioritätskriterien auf verschiedene Programme aufgeteilt; auch hier werden die verschiedenen Programme in Intervallen verarbeitet. Urheberrechtlich bestehen keine Unterschiede zum Time-Sharing.

44 M. KÖNIG, Das Computerprogramm im Recht, Diss. Köln 1991, N 534, mit technischen Differenzierungen; PRES (FN 22), 155.

45 Die folgenden Ausführungen beziehen sich nur auf nichtöffentliche Netze (sog. LAN: Local Area Network). Deren Ausdehnung ist meist auf ein Grundstück beschränkt. Da der Kreis der Benutzer begrenzt ist und sie zudem persönlich miteinander verbunden sind, findet Art. 10 Abs. 2 lit. c keine Anwendung (T. HOEREN, LAN-Software, UFITA 1989, 21). Technisch gibt es verschiedene Möglichkeiten, wie die Abarbeitung des Programmes im Netz verteilt wird. Es hängt von der konkreten technischen Realisierung ab, bei welcher Hardwareeinheit eine Vervielfältigung entsteht. Beim heute am stärksten verbreiteten Client/Server-Modell kann z.B. der eine Teil des bearbeiteten Programmes auf dem Server (back-up-Prozess) und der andere Teil auf dem Client (front-end-Prozess) verarbeitet werden. Die Vervielfältigung findet in diesem Fall aufgeteilt in zwei Arbeitsspeichern statt (MARLY [FN 36], N 768 Anm. 241).

nanntes Mehrprozessor-Mehrplatzsystem). Wird dasselbe Programm von verschiedenen Nutzern abgerufen, findet jeweils eine urheberrechtliche Vervielfältigung statt. Eine Beschränkung auf eine gewisse Anzahl von Benutzern in den Lizenzbedingungen für Mehrprozessor-Mehrplatzsysteme ist als selbständige Nutzungsart zu betrachten, da mit einer parallelen Nutzung selbständige Verbraucherkreise erreicht werden. Die Beschränkung hat urheberrechtliche Wirkung⁴⁶.

Lässt sich in einem Vertrag zu diesem Punkt kein konkludenter Wille eruieren, so bestimmt sich der Umfang des eingeräumten Rechts (Einplatz-Mehrplatz/Anzahl der Benutzer) nach dem Vertragszweck.

e. Für die Datensicherung ist die Herstellung einer Sicherungskopie eines Programmes von grösster Bedeutung. Deren Anfertigung erfolgt mittels Vervielfältigung.

Art. 24 Abs. 2 bestimmt, dass das Recht zur Herstellung einer Sicherungskopie jedem rechtmässigen Lizenznehmer zusteht. Zudem kann diese Befugnis vertraglich nicht wegbedungen werden⁴⁷.

Der Lizenznehmer ist daher in jedem Fall berechtigt, eine Sicherungskopie zu erstellen, und zwar auch dann, wenn er gar nicht auf sie angewiesen wäre. Dies gilt zum Beispiel, wenn der Lizenzgeber bei Datenverlust eine Kopie aushändigt oder das Programm bereits in zweifacher Ausfertigung geliefert wird⁴⁸. Eine entgegenstehende Bestimmung in einem Lizenzvertrag wäre nichtig. Soweit sich aus dem Vertrag nicht etwas anderes ergibt, ist nur die Herstellung einer einzigen Sicherungskopie zulässig. Mehr braucht der Nutzer normalerweise nicht.

Etwas restriktiver ist die Regelung in Art. 5 Abs. 2 der EG-Richtlinie. Die Herstellung einer Sicherungskopie darf danach nicht untersagt werden, wenn sie zur Benutzung erforderlich ist. Dies ist nicht der Fall, wenn der Lizenzgeber bei Bedarf eine zweite Kopie liefert⁴⁹.

3. Weitergabeverbote

a. Das Werkexemplar eines Computerprogrammes kann gemäss Art. 12 Abs. 2 auf Dritte übertragen werden, soweit es vom Urheber veräussert wurde oder er der Veräusserung zugestimmt hat.

Eine Veräusserung liegt dann vor, wenn dem Erwerber die tatsächliche Sachherrschaft über das Programmexemplar, z.B. auf einer Diskette, überlassen wird und der Veräusserer zu erkennen gibt, dass er die Herrschaftsbefugnisse auf Dauer aufgibt. Dieser Veräusserungsbegriff deckt sich nicht immer mit demjenigen des Schuld- bzw. Sachenrechts. Entscheidend ist, ob die Aufgabe der Sachherrschaft nach dem geplanten Geschäftsverlauf endgültig ist⁵⁰. Dies kann aus der Gesamtheit der vertraglichen Verpflichtungen – wie etwa der Regelung der Wartung, der Gewährleistung oder der Verpflichtung zur Weiterentwicklung des Programmes – entnommen werden⁵¹. Ebenfalls als Veräusserung ist die dauerhafte Überlassung einer Programmkopie zu verstehen, wenn dies mittels eines Vervielfältigungsvorganges geschieht und das Ursprungsexemplar daher beim Veräusserer bleibt⁵². Weitere Voraussetzung für

die Annahme der Veräusserung ist, dass das Programm in den Verkehr gelangt: Es muss aus der internen, d.h. der persönlichen oder betrieblichen Sphäre des Veräusserers entlassen worden und in die Sphäre der allgemeinen Öffentlichkeit gelangt sein⁵³.

Wenn das Werkexemplar zusammen – integriert in die Hardware oder auf einem selbständigen Datenträger – mit einer Hardwareeinheit zu Eigentum übertragen wird, gilt es als veräussert. Auch die Überlassung einer Programmkopie auf unbestimmte Dauer, bei Bezahlung einer einmaligen Lizenzgebühr, ist als Veräusserung zu werten, sofern sich der Veräusserer keine Kontrollbefugnisse vorbehält⁵⁴.

b. Das Erschöpfungsprinzip erfasst nur das Verbreitungsrecht, nicht aber andere urheberrechtliche Befugnisse, wie insbesondere das Vervielfältigungsrecht⁵⁵. Da grundsätzlich mit jedem Programmablauf eine Vervielfältigung verbunden ist, umfasst Art. 12 Abs. 2 auch ein "Gebrauchsrecht", das in Art. 17 Abs. 1 lit. a URV genauer umschrieben ist. Die Aufzählung übernimmt wörtlich einen Teil von Art. 4 lit. a der EG-Richtlinie. Einzig die Befugnis zur Herstellung eines Werkexemplars findet sich darin nicht. Wahrscheinlich ist darunter die "Vervielfältigungsbefugnis" gemäss Art. 4 lit. a der EG-Richtlinie zu verstehen⁵⁶. Für die Auslegung des "Gebrauchsrechtes" ist auf diesen Erlass zurückzugreifen. Zu beachten ist, dass nur die urheberrechtlich wirksamen Beschränkungen der Lizenz auf den Zweiterwerber übergehen.

c. In Verträgen mit EDV-Herstellern findet sich häufig ein Weitergabeverbot der vertragsgegenständlichen Software⁵⁷. Ein solches Verbot für ein nicht veräussertes Programm hat gegenüber dem Vertragspartner und einem Dritten Gültigkeit. Anders ist die Situation bei einem Verbot für ein Programm, das veräussert worden ist: Da es nicht im Belieben von Vertragsparteien liegen kann, die Bestimmungen zum Erschöpfungsprinzip wegzubedingen, hat ein solches Verbot nur (schuldrechtliche) Wirkung zwischen dem Ver-

46 HABERSTUMPF (FN 32), N 163; MARLY (FN 36), N 779. A.M. PRES (FN 22), 156.

47 Art. 24 Abs. 2 Satz 2.

48 THOMANN (FN 22), 565; a.M. CHERPILLOD (FN 4), 61 f. Bei grossen Systemen wird oft die Befugnis zur Herstellung mehrerer Sicherungskopien stillschweigend eingeräumt.

49 THOMANN (FN 22), 565; HABERSTUMPF (FN 32), N 160; PRES (FN 22), 134.

50 RÜESCH (FN 28), 74; HARTE-BAVENDAMM (FN 27), N 80 ff. zu Kap. 54; JOOS (FN 16), 75.

51 HARTE-BAVENDAMM (FN 27), N 82 zu Kap. 54.

52 Das kann z.B. mittels Datenfernübertragung geschehen (MARLY [FN 37], 244).

53 HARTE-BAVENDAMM (FN 27), N 69 zu Kap. 54.

54 HABERSTUMPF (FN 32), N 128.

55 REHBINDER (FN 14), 105; s. dazu auch oben B.2.

56 S. dazu unten C.5.b.

57 Typische Klausel: "Der Kunde ist nicht berechtigt, die Programme Dritten zu übertragen."

äusserer und dem Ersterwerber, nicht aber gegenüber dem Zweiterwerber. Letzterer kann daher grundsätzlich nicht belangt werden, und es ist ihm erlaubt, das Programm im Rahmen von Art. 17 Abs. 1 lit. a URV zu nutzen.

Die EG-Richtlinie anerkennt das Erschöpfungsprinzip in Art. 4 lit. c. Nach der Richtlinie sind einem Zweiterwerber alle in Art. 4 lit. a und b genannten Handlungen erlaubt.

4. Änderungsrecht

a. Da in praktisch allen grösseren Computerprogrammen Fehler auftreten, müssen diese nachträglich behoben werden⁵⁸. Ein Computerprogramm lässt sich zudem nur dann wirtschaftlich sinnvoll nutzen, wenn es sich bei Änderungen im betriebswirtschaftlichen Umfeld des Anwenders diesen Änderungen anpassen lässt⁵⁹. Die Frage, inwieweit der Anwender das Recht hat, an dem ihm überlassenen Computerprogramm Modifikationen vorzunehmen, ist daher von grosser praktischer Tragweite.

b. Nach Art. 11 Abs. 1 lit. a hat der Urheber das Recht zu bestimmen, ob, wann und wie das Werk geändert werden darf.

Der Urheber kann auf das Recht auf Werkintegrität verzichten, soweit dadurch nicht der "harte Kern des Urheberpersönlichkeitsrechtes" betroffen ist⁶⁰. Dies galt nach früherem Recht⁶¹ und gilt auch im neuen URG⁶².

Ein EDV-Nutzer kann aber unter Umständen auch nach Treu und Glauben zu einer Änderung befugt sein, wenn ihm das Änderungsrecht durch den Urheber nicht eingeräumt worden ist. Dieser Grundsatz leitet sich aus Art. 2 bzw. Art. 28 ZGB ab⁶³.

c. Falls in einem Lizenzvertrag die Einräumung eines Änderungsrechtes nicht geregelt wurde, ist der Anwender im allgemeinen nicht berechtigt, das Programm zu modifizieren. Bei Unklarheiten kann die Zweckübertragungstheorie zur Auslegung des Vertrages beigezogen werden. Kriterien, die gegen die Übertragung dieses Rechtes sprechen, sind die Lieferung eines Standardprogrammes⁶⁴ oder der Abschluss eines Wartungsvertrages⁶⁵.

Die Einräumung eines Änderungsrechtes ist etwa dann anzunehmen, wenn sich bereits bei Vertragsschluss die Notwendigkeit zu Programmmodifikationen abzeichnet, die der Lizenzgeber nicht selber vornehmen kann oder will. Bei Übergabe der Kopie des Individualprogrammes samt Wartungsunterlagen, also insbesondere Quellcode und Wartungsdokumentation, kann ebenfalls von der Übertragung eines Änderungsrechtes ausgegangen werden⁶⁶.

d. Wie bereits gesagt, ist das umfassende Recht auf Werkintegrität durch den Grundsatz von Treu und Glauben beschränkt. Ob der Anwender die Berechtigung zu Änderungen am Programmexemplar hat, ist im Einzelfall durch eine Interessenabwägung zu bestimmen⁶⁷: Die Änderung soll dem Urheber zumutbar sein; es kommt somit auf die Intensität des Eingriffs an. Nicht oder nur am Rande zu berücksichtigen ist die persönlichkeitsrechtliche Komponente. Miteinzubeziehen ist aber das Interesse des EDV-

Herstellers, die Änderungen selber vorzunehmen⁶⁸. Auf der Seite des Nutzers oder Eigentümers des Werkexemplares fällt das Interesse an der Aufrechterhaltung der Werknutzung ins Gewicht. Die Vornahme von Änderungen ist daher dann erlaubt, wenn sie der Urheber selber nicht anbietet und ohne die Modifikationen die Erreichung des Zweckes des Werkes nicht mehr möglich ist oder stark beeinträchtigt wird⁶⁹.

Nach Treu und Glauben zulässige Modifikationen können Fehlerbeseitigungen oder die Anpassung an neue gesetzliche oder betriebliche Erfordernisse sein, deren Nichtberücksichtigung eine weitgehende Entwertung des Programmexemplars zur Folge hätte.

Standardisierte Computerprogramme werden von den EDV-Anbietern weiterentwickelt. Neue Versionen werden als Releases bezeichnet; darin finden sich Fehlerbehebungen und Anpassungen, z.B. an gesetzliche Bestimmungen, aber auch neue Funktionen. Es handelt sich dabei oft um eigentliche Bearbeitungen des ursprünglichen Programmes, für deren Bezug der Anwender häufig eine (redu-

58 Die Softwareentwicklung ist mit zwei Hauptproblemen konfrontiert: der Entwicklung zuverlässiger Software und deren nachträglicher Änderbarkeit. Je umfangreicher ein Softwareprojekt, desto unwahrscheinlicher ist es, dass es jemals fehlerfrei ist. Es muss davon ausgegangen werden, dass es unmöglich ist, umfangreiche Projekte vollständig fehlerfrei zu entwickeln (GUMM/SOMMER, Einführung in die Informatik, Bonn 1994, 530).

59 Aktuelles Beispiel sind Änderungen von Programmen im Zusammenhang mit der Einführung der Mehrwertsteuer.

60 BARRELET/EGLOFF (FN 7), N 13 zu Art. 11.

61 TROLLER (FN 11), 692 und 779; RECHER (FN 8), 108.

62 BARRELET/EGLOFF (FN 7), N 13 zu Art. 11.

63 F. CHRISTEN, Die Werkintegrität im schweiz. Urheberrecht, Diss. Bern 1982, 130.

64 Standardprogramme sind für eine Vielzahl von Lizenznehmern konzipiert. Anpassungen an konkrete Bedürfnisse des Anwenders erfolgen über Parameter, die sich nachträglich definieren lassen. Damit ist üblicherweise kein Eingriff in den Sourcecode verbunden (zum Sourcecode s. FN 75). Ein weitergehendes Änderungsrecht aufgrund individueller Bedürfnisse ist aber ausgeschlossen. Dies bedeutet aber nicht, dass der Anwender z.B. Fehler zu dulden hätte (s. dazu sogleich zum Änderungsrecht nach Treu und Glauben). Als Individualprogramme sind auch solche zu betrachten, die zwar auf Standardsoftware beruhen, aber durch grössere Eingriffe in den Sourcecode den Anwenderbedürfnissen angepasst wurden (MARLY [FN 36], N 47; PRES [FN 22], 50).

65 In diesem Fall gibt der EDV-Hersteller durch den Abschluss des Wartungsvertrages zu verstehen, dass er Änderungen, insbesondere Fehlerbehebungen, selber vornehmen will.

66 CHERPILLOD (FN 4), 57; HABERSTUMPF (FN 32), N 108.

67 CHRISTEN (FN 63), 127 f.

68 Die Änderungen können im Rahmen des Wartungsvertrages oder aufgrund eines gesonderten Vertrages vorgenommen werden.

69 Bejahend bezüglich der Änderungsbefugnis zur Aufrechterhaltung der Zweckbestimmung: CHRISTEN (FN 63), 144; RECHER (FN 8), 108. Für grundsätzliche Zulässigkeit auch TROLLER (FN 11), 692.

zierte) Lizenzgebühr zu bezahlen hat. Dies stellt der übliche Weg für die Vornahme von Änderungen dar. Der Anwender ist m.E. gezwungen, über diese Releases die notwendigen Anpassungen vornehmen zu lassen. Nur so kann das Beteiligungsinteresse des EDV-Anbieters gewahrt werden⁷⁰. Der Nutzer darf Änderungen, wenn neue Releases angeboten werden, deshalb nicht selber vornehmen. Unter Umständen kann sich die Interessenlage aber verschieben, wenn es dem EDV-Anbieter nicht möglich ist, im nächsten Release die Anpassungen zu liefern oder vorhandene Fehler zu beseitigen. Zulässig sind auf jeden Fall nur Anpassungen durch den Nutzer und keine eigentlichen Bearbeitungen⁷¹. Entsprechendes gilt für individuell für den Anwender hergestellte Programme. Bietet der EDV-Hersteller die Änderungen zu marktkonformen Konditionen an, so sind m.E. Modifikationen durch den Anwender ausgeschlossen.

Die Änderungen müssen sich zudem unter den ursprünglichen Vertragszweck subsumieren lassen. Gestattet sind sie auch dann, wenn der Lizenzgeber seinen vertraglichen Wartungspflichten nicht nachkommt oder zum Beispiel wegen Konkurses diese nicht mehr erbringen kann⁷².

Hingegen kann der Anwender nicht gezwungen werden, vom EDV-Hersteller ein neues Anwenderprogramm mit den gesuchten Funktionen zu erwerben oder die angebotenen Änderungen nur unter einem neuen Betriebssystem anzunehmen. In diesen Fällen hat er ein eigenständiges Änderungsrecht nach Treu und Glauben.

Umstritten ist, ob die Portierung des Anwenderprogrammes auf ein neues Betriebssystem eine nach Treu und Glauben zulässige Anpassung ist⁷³.

Welche Änderungen über die Fehlerberichtigung hinaus im Rahmen von Art. 5 Abs. 1 der EG-Richtlinie vorgenommen werden dürfen, ergibt sich aus dem auslegungsbedürftigen Begriff der "bestimmungsgemässen Benutzung"⁷⁴.

e. Programmkorrekturen und Programmergänzungen lassen sich wirtschaftlich sinnvoll meist nur unter Zuhilfenahme der Herstellerdokumentation, insbesondere des sogenannten Quellcodes, vornehmen⁷⁵. In diesem Zusammenhang stellt sich die Frage, ob der Anwender auf die Herstellerdokumentation zugreifen kann, wenn er berechtigt ist, das Computerprogramm zu ändern.

Möglich ist, dass sich der EDV-Anbieter vertraglich ausdrücklich verpflichtet hat, die Herstellerdokumentation bei Abschluss der Arbeiten zu übergeben. Fehlt dazu eine Bestimmung im Vertrag, ist dieser auszulegen⁷⁶. Ein entsprechender Anspruch kann in der Regel angenommen werden, wenn die Urheberrechte umfassend auf den EDV-Anwender übertragen werden.

Ein Herausgabeanspruch kann auch erst nachträglich bei Vorliegen besonderer Umstände entstehen⁷⁷: Bei der Auslegung ist zu beachten, ob nur eine einfache oder eine ausschliessliche Lizenz erteilt wurde. Bei letzterer geht die Treuepflicht des Lizenzgebers weiter als bei einer einfachen Lizenz. Je schwerwiegender ein Fehler im Programm ist, desto eher kann ein Herausgabeanspruch angenommen

werden. Miteinzubeziehen ist auch, dass der EDV-Hersteller mit der Herausgabe der Herstellerdokumentation und des Quellcodes einen grossen Teil seines Know-hows

70 A.M. MARLY (FN 37), 223.

71 Da Computerprogramme meist modular aufgebaut sind – d.h. aus einzelnen Modulen (Bausteinen) zusammengesetzt werden – kann dies in einem einzelnen Modul allerdings zu tiefgreifenden Eingriffen führen. Schwierig ist die Frage zu beantworten, welche Handlungen im Rahmen dieser Modifikationen zulässig sind. Darf eine Vervielfältigung hergestellt oder dekompiert werden? Zum Umfang des Fehlerbeseitigungsrechts der EG-Richtlinie bestehen zwei Auffassungen: Eine engere geht davon aus, dass nur geringe Eingriffe möglich sind und insbesondere keine Vervielfältigung oder Dekompilation zulässig ist. Die weitere lässt auch diese Handlungen zu (vgl. mit Nachweisen PRES [FN 22], 130).

72 HABERSTUMPF (FN 32), N 109.

73 Bejahend: HABERSTUMPF (FN 32), N 109; LEHMANN, Portierung und Migration von Anwendersoftware, CR 1990, 630. Verneinend: PRES (FN 22), 221 f. Nicht zulässig ist die Portierung auf ein Betriebssystem mit mehr Benutzerplätzen als für das Anwenderprogramm zugelassen sind.

74 LEHMANN (FN 22), N 18; zum Fehlerbegriff PRES (FN 22), 130. Die Entstehungsgeschichte der EG-Richtlinie lässt darauf schliessen, dass andere Programmmodifikationen als Fehlerbehebungen im Rahmen von Wartungen ausgeschlossen sind (LEHMANN [FN 42], 1824; MARLY [FN 36], N 815). Trotzdem anerkennen die meisten deutschen Autoren ein Änderungsrecht nach Treu und Glauben, das auch Modifikationen zur Aufrechterhaltung der bestimmungsgemässen Benutzung beinhaltet (s. z.B. HABERSTUMPF [FN 32], N 109; HARTE-BAVENDAMM [FN 27], N 53 zu Kap. 54 und LEHMANN [FN 42], 1826; weitergehend GÜNTHER [FN 27], 325 f. und MARLY [FN 37], 226 ff.).

75 Die Herstellerdokumentation beinhaltet die Unterlagen, die bei der Erstellung des Programmes entstanden sind (Programmvorgaben, Programmablaufplan, Quellcode etc.). Beim Quell- oder Sourcecode handelt es sich um das Programm in der symbolischen Programmiersprache, das noch nicht ablauffähig ist, sondern zuerst noch in die "für die Hardware verständliche" Maschinensprache übersetzt werden muss (H. H. SCHULZE, Computerlexikon, Hamburg 1988, Stichwort "Primärprogramm", 392; s. zum Quellcode auch unten Ziff. C.5.a.). Nicht unbedingt auf den Quellcode ist der Nutzer angewiesen, wenn er im Rahmen einer Programmänderung ein ganzes Modul ausschaltet und dieses durch ein neues ersetzt.

76 Ein wichtiges Kriterium für die Auslegung ist auch hier der Vertragszweck: Der Quellcode ist dem EDV-Anbieter zu übergeben, falls dies zur Erfüllung des Vertragszweckes gehört (M. MARTINEK, Computerverträge, jur-pc 1993, 2271 f.). Ein Wartungsvertrag mit dem EDV-Anbieter schliesst die Herausgabe des Quellcodes meist aus.

77 In einem Rechtsgeschäft bestehen neben den vertraglich und gesetzlich bestimmten Pflichten auch sogenannte Nebenpflichten. Diese Nebenpflichten werden aus Art. 2 ZGB abgeleitet. Leistungsorientierte Nebenpflichten können der Sicherung der erbrachten Leistung dienen. Darunter fallen Schutz- und Verschaffungspflichten (H. MERZ, Berner Komm., ZGB 2 N 266 und 280). Welche Nebenpflichten bestehen, ist durch Auslegung zu ermitteln (MERZ [FN 77], N 260). Ein Herausgabeanspruch nach Vertragserfüllung kann daher aus einer

preisgibt. Bei Standardprogrammen dürfte der Zugriff auf diese Unterlagen nicht in Betracht kommen. Da hier das Programm für eine Vielzahl von Kunden konzipiert wurde, ist die Gefahr des Missbrauchs bei Herausgabe für den EDV-Hersteller besonders gross. Wurde hingegen ein Individualprogramm erstellt, so hat der EDV-Hersteller ein weniger weit gehendes Schutzinteresse, da das Programm auf die Bedürfnisse eines spezifischen Kunden abgestimmt worden ist⁷⁸. Die Herausgabe ist nur für Änderungen zulässig, die unter die ursprüngliche Zwecksetzung des Vertrages fallen.

Ein bestehender Wartungsvertrag schliesst die Herausgabe ebenso aus, wie das Angebot des EDV-Herstellers, die entsprechenden Modifikationen auszuführen⁷⁹. Schliesslich setzt der Herausgabeanspruch voraus, dass der Nutzer tatsächlich auf den Quellcode angewiesen ist⁸⁰.

f. Üblicherweise wird das Änderungsrecht in Verträgen mit den EDV-Herstellern ausgeschlossen⁸¹. Der Anwender hat meist bereits aus Vertrag einen Anspruch auf Fehlerbeseitigung, der durch ein (urheberrechtliches) Änderungsverbot nicht beschränkt wird. Den Vertragsparteien ist es unbenommen, Änderungen zur Fehlerbehebung und Aufrechterhaltung der bestimmungsgemässen Benutzung auszuschliessen⁸². Bietet der EDV-Hersteller die Modifikationen selber nicht an, so kann aber das Beharren auf der Werkintegrität gegen Treu und Glauben verstossen, und zwar wegen des krassen Missverhältnisses des Interesses am Fortbestehen des unveränderten Werkes und dem Interesse des Anwenders an der Aufrechterhaltung der bestimmungsgemässen Nutzung⁸³.

5. Reverse Engineering und Entschlüsselung (Dekompilation)

a. Bedeutung

Bei der Entwicklung von Software kann zwischen verschiedenen Phasen unterschieden werden. Vor der eigentlichen Programmierung wird die Problemanalyse und das Konzept ausgearbeitet. Erst darauf erfolgt die Programmierung⁸⁴. Heute wird in der Regel mit einer Programmiersprache gearbeitet, die nicht oder nur beschränkt Rücksicht auf Gegebenheiten der Hardware nimmt, dafür aber näher an der Struktur der menschlichen Sprache ist. Ein in einer solchen Programmiersprache geschriebenes Programm (sogenannter Quellcode) muss darauf in eine "für die Hardware verständliche" Form gebracht werden (sogenannter Maschinen- oder Objektcode). Dem EDV-Anwender wird in der Regel nur dieser Objektcode zur Verfügung gestellt. Ein Compiler oder Assembler übersetzt den Quellcode in den Maschinencode.

Unter Reverse Engineering werden Verfahren verstanden, die die Arbeitsweise, die innere Struktur und die Herstellungsweise des Programmes aufdecken sollen⁸⁵. Besonders wichtig ist die sogenannte Dekompilation oder Entschlüsselung. Dabei wird versucht, den Objektcode in eine leichter verständliche Form zurückzuführen, die dem Quell-

code möglichst nahe kommt⁸⁶. In einem sehr bescheidenen Rahmen lassen sich Erkenntnisse über ein Computerprogramm auch durch das Beobachten und Untersuchen des Maschinenprogrammes am Bildschirm gewinnen.

Die durch Reverse Engineering gewonnenen Informationen werden z.B. für die Fehlerbehebung oder die Schaffung eines neuen Computerprogrammes benützt. Steht der Quellcode nicht zur Verfügung, kann der Anwender deshalb versuchen, einen durch Reverse Engineering geschaffenen "Pseudoquellcode" herzustellen, um Änderungen am Programm durchzuführen oder Fehler zu beseitigen⁸⁷.

nachwirkenden Nebenpflicht entstehen (ähnlich H. MALZER, Der Softwarevertrag, Diss. Köln 1991, 299).

- 78 Von CHERPILLOD (FN 4), 61 offengelassen. HABERSTUMPF (FN 32), N 109; B. HEUSSEN, in KILIAN/HEUSSEN, Computerrechts-Handbuch, München 1993, N 34 zu Kap. 44; MALZER (FN 77), 299; MARTINEK (FN 76), jur-pc 1993, 2271 f.; J. SCHNEIDER, Praxis des EDV-Rechts, Köln 1990, N 62 zu A (zum Teil weitergehend und mit anderer Begründung); vgl. auch das Urteil des Oberlandesgerichtes München in CR 1993, 208. Es gibt grosse EDV-Hersteller, die aus organisatorischen Gründen die Individualprogramme direkt beim Kunden aufbewahren. Möglich ist ein Herausgabeanspruch bei Standardsoftware m.E. für die Ersatzvornahme bei Vertragsverletzung des EDV-Herstellers.
- 79 Deutscher Bundesgerichtshof, CR 1986, 377.
- 80 Durch die Hinterlegung des Quellcodes lassen sich oft die Interessen beider Parteien gebührend berücksichtigen.
- 81 Typische Klausel: "Der Kunde ist nicht berechtigt, Änderungen am lizenzierten Programm vorzunehmen." Ob dadurch tatsächlich auch das Änderungsrecht nach Treu und Glauben ausgeschlossen werden soll, ist allerdings durch Auslegung zu ermitteln.
- 82 CHRISTEN (FN 63), 132. Dieser Ausschluss hat nur Wirkung zwischen den Vertragsparteien.
- 83 Dazu allgemein MERZ (FN 77), N 371 ff.
- 84 S. dazu z.B. das von ZEHNDER vorgeschlagene Phasenmodell in C. A. ZEHNDER, Informatik-Projektentwicklung, Zürich 1991, 11 ff.
- 85 PRES (FN 22), 135 mit weiteren Hinweisen; SCHNELL/FRESCA, Reverse Engineering, CR 1990, 157. Die Terminologie ist nicht einheitlich.
- 86 Die Bedeutung der Dekompilation sollte nicht überschätzt werden. Sie ist sehr zeitintensiv und kostenaufwendig. Zudem kann der Quellcode einer problemorientierten Programmiersprache nicht rekonstruiert werden (KÖNIG [FN 44], N 177; ähnlich H. HARTE-BAVENDAMM, Wettbewerbsrechtliche Aspekte des Reverse Engineering von Computerprogrammen, GRUR 1990, 660).
- 87 Aus diesen technischen Begebenheiten wird auch ein Teil der Schwierigkeit sichtbar, das Computerprogramm im Urheberrecht einzuordnen. Dem Anwender ist nämlich der Zugang zu den Programmideen verwehrt, obwohl die Freiheit der Ideen gerade eines der Grundprinzipien des Urheberrechtes ist (M. LEHMANN, Freie Schnittstellen ["interfaces"] und freier Zugang zu den Ideen ["reverse engineering"], CR 1989, 1060).

Von marktwirtschaftlich besonderer Bedeutung sind die sogenannten Schnittstellen⁸⁸. Ohne Schnittstelleninformation kann kein mit dem untersuchten Programm kompatibles Computerprogramm geschaffen werden. Ebensovienig kann ein konkurrenzierendes Programm geschrieben werden, das mit bereits bestehenden Zusatzprogrammen zusammenarbeitet.

b. Reverse Engineering

Zum Reverse Engineering finden sich in der Gesetzgebung zum Urheberrecht neben Art. 21, der die Dekompilation von Computerprogrammen zum Gegenstand hat, Art. 17 Abs. 1 lit. b URV. Diese Litera bestimmt, dass Ideen und Grundsätze eines veräusserten Programmes ermittelt werden dürfen, soweit dies durch Handlungen geschieht, die zum bestimmungsgemässen Gebrauch des Programmes gehören. Dem Anwender wird also kein zusätzliches Nutzungsrecht übertragen. Welche Handlungen zulässig sind, ergibt sich aus dem zwischen Lizenzgeber und Lizenznehmer (als Ersterwerber) bestehenden Vertrag. Im Zweifel sind es diejenigen, die zur bestimmungsgemässen Benutzung gehören. Dabei ist vor allem an das Abbilden des Programmes auf dem Bildschirm zu denken. Eine urheberrechtlich relevante Handlung ist damit nicht verbunden⁸⁹. Nicht unter die bestimmungsgemässe Verwendung fällt aber die Bearbeitung oder die Herstellung zusätzlicher Werkexemplare, da der EDV-Anwender die Offenlegung der Ideen und Strukturen beim normalen Betrieb des Programmes nicht benötigt⁹⁰. Damit sind dem Anwender aber gerade diejenigen Befugnisse entzogen, die er zur Rückführung zum Quellcode oder für Änderungen an Computerprogrammen benötigt, weil Vervielfältigungen und Bearbeitungen bei der Dekompilation in der Regel anfallen⁹¹. Da dem Anwender keine zusätzlichen Nutzungsrechte übertragen werden, spricht der Artikel eigentlich Selbstverständliches aus⁹². Der Lizenzgeber kann diese Handlungen vertraglich verbieten.

In der obengenannten Interpretation deckt sich Art. 17 Abs. 1 lit. b URV mit Art. 5 Abs. 3 der EG-Richtlinie⁹³. Nach der EG-Richtlinie kann diese Bestimmung vertraglich indessen nicht wegbedungen werden. Die Aufnahme eines solchen Verbotes wurde vom Schweizer Gesetzgeber versäumt, obwohl das Verbot den einzigen materiellen Gehalt der Bestimmung dargestellt hätte.

c. Dekompilation von Schnittstellen

Art. 21 Abs. 1 umschreibt die Voraussetzungen, unter denen Schnittstellen dekompiert werden dürfen. Die Dekompilation darf nur durch einen zum Gebrauch des Computerprogrammes berechtigten Nutzer oder einen beauftragten Dritten vorgenommen werden. Zudem muss sie für die Beschaffung der notwendigen Schnittstelleninformationen erforderlich sein, und zwar für die Entwicklung eines Computerprogrammes. Der Anwender hat die Untersuchung auf diejenigen Programmteile zu beschränken, die er für die Schnittstelleninformationen benötigt. Dies schliesst aber nicht aus, dass sich die Untersuchung, wenn nötig, auf wei-

tere Teile erstreckt. Schliesslich dürfen die Schnittstelleninformationen dem Benutzer des Programmes nicht ohne weiteres zugänglich sein⁹⁴. Werden diese vom EDV-Hersteller zur Verfügung gestellt, so darf die Entschlüsselung nicht erfolgen⁹⁵.

Die Regelung von Art. 21 Abs. 1 in Verbindung mit Art. 17 Abs. 2 URV entspricht weitgehend der EG-Richtlinie⁹⁶.

In Art. 21 Abs. 2 wird bestimmt, wofür die gewonnenen Informationen verwendet werden dürfen. Sie können nur für die Entwicklung, die Wartung und den Gebrauch von interoperablen Programmen benützt werden. Unter interoperablen Programmen sind sowohl solche zu verstehen, die sich mit dem neu entwickelten zusammenschalten lassen, als auch Programme, die (in direkter Konkurrenz) das entschlüsselte substituieren sollen⁹⁷. Zulässig kann auch

- 88 Dabei handelt es sich um den Übergangsbereich zwischen zwei Teilen eines Systems oder zwei Systemen, an der ein Ausgleich so erfolgt, dass die ausgetauschten Informationen vom empfangenden Teil gleich verstanden werden wie vom sendenden Teil (SCHULZE [FN 75], Stichwort "Schnittstelle", 445; vgl. auch die Begriffsbeschreibung im 11. Erwägungsgrund der EG-Richtlinie).
- 89 S. oben C.2.b. Für die Untersuchung des Programmes kann also der Objektcode auf dem Bildschirm angezeigt werden (HABERSTUMPF [FN 32], N 167).
- 90 Diese Auslegung steht in einem gewissen Gegensatz zu lit. a von Art. 17 Abs. 1 URV, wo unter der bestimmungsgemässen Verwendung des Programmes auch die Herstellung eines Werkexemplares subsumiert wird. M.E. kann aber – im Sinne der unter C.2.a. erläuterten wertenden Auslegung des Vervielfältigungsbegriffs – die bestimmungsgemässe Verwendung durchaus eine von lit. a verschiedenen Umfang haben. Hier umfasst die Vervielfältigung nur das Laden in den Arbeitsspeicher. Einem Zweiterwerber stehen diese Rechte im gleichen Umfang zu.
- 91 HABERSTUMPF (FN 14), 720; PRES (FN 22), 135 f.
- 92 CHERPILLOD (FN 4), 64. Ein Unterschied zu Verträgen, bei denen das Programm nicht veräussert wurde, besteht daher nicht.
- 93 Zum gleichen Ergebnis kommt THOMANN (FN 22), 565.
- 94 Art. 17 Abs. 2 URV.
- 95 Unklar ist, ob die Schnittstelleninformationen auch als zugänglich gelten können, wenn der EDV-Hersteller für die Informationen eine Lizenzgebühr verlangt (verneinend HABERSTUMPF [FN 32], N 174 und LEHMANN [FN 22], N 22; [eher] bejahend CHERPILLOD [FN 4], SMI 1993, 62 und CZARNOTA/HARD, Legal Protection of Computer Programs in Europe, London 1991, 80). Dem Charakter einer Zwangslizenz (dazu s. sogleich unten) würde die Entgeltlichkeit entsprechen. Dagegen ist einzuwenden, dass der EDV-Anwender sich das Know-how der Schnittstelle selber erarbeiten muss.
- 96 A.M. THOMANN (FN 22), 566. Zum Kriterium der unzumutbaren Beeinträchtigung der Auswertung des Programmes s. sogleich unten.
- 97 Für die EG-Richtlinie umstritten, s. mit weiteren Hinweisen MARLY (FN 37), 317 und zur Entstehungsgeschichte T. VINJE, Die EG-Richtlinie zum Schutz von Computerprogrammen und die Frage der Interoperabilität, GRUR 1992, 250 ff. Die

die Übernahme der programmierten Schnittstelle sein. Unproblematisch ist dies, wenn der integrierte Programmteil mangels Schutzhöhe keinen urheberrechtlichen Schutz genießt, was bei Schnittstellen meist der Fall sein dürfte⁹⁸. Oft muss die Schnittstelle (oder Teile davon) aus technischen Gründen identisch oder praktisch identisch übernommen werden, damit sie überhaupt ihren Zweck erfüllen kann; dies ist ebenfalls zulässig⁹⁹.

Die Verwendung des entschlüsselten Materials setzt zudem voraus, dass weder die Auswertung des Programmes noch die rechtmässigen Interessen der Rechtsinhaber unzumutbar beeinträchtigt werden. Bereits die Entschlüsselung ist nur unter besonderen Voraussetzungen, denen eine Interessenabwägung zugrundeliegt, zulässig. Es ist daher schwierig, sich vorzustellen, aus welchen Kriterien die Unzumutbarkeit abzuleiten ist¹⁰⁰. Hingegen eröffnet der Begriff der "berechtigten Interessen des Rechtsinhabers" in Art. 21 Abs. 2 ein weites Interpretationsfeld, das die Voraussetzungen der EG-Richtlinie zu berücksichtigen erlaubt¹⁰¹. Bezüglich der Benützung der entschlüsselten Informationen dürfte daher weitgehende Übereinstimmung mit der EG-Richtlinie bestehen. Richtigerweise hat aber THOMANN darauf hingewiesen, dass diese Billigkeitsregelung in der EG-Richtlinie nicht nur die Verwertung der Schnittstelleninformationen umfasst, sondern auch die Dekompilationsvoraussetzungen selber¹⁰². Ein weiterer Unterschied scheint darin zu bestehen, dass gemäss der EG-Richtlinie die Weitergabe der gewonnenen Schnittstelleninformationen verboten ist. Das URG statuiert kein entsprechendes Verbot. Da es sich vorliegend aber um eine Zwangslizenz handelt¹⁰³, ist der Nutzer auch gemäss Schweizer Recht nicht berechtigt, die Schnittstelleninformationen weiterzugeben¹⁰⁴. Als Zwangslizenz ausgestaltet, kann von dieser Befugnis vertraglich nicht abgewichen werden¹⁰⁵.

D. Schlussbemerkung

Viele wichtige Fragen zum Vertragsverhältnis zwischen EDV-Anbieter und EDV-Nutzer sind heute noch offen. Dies verwundert angesichts des noch jungen EDV-Rechtsgebietes und den sich rasch wandelnden technologischen Grundlagen nicht. Die offenen Fragen werden durch die Rechtsprechung zu klären sein, die vor der schwierigen Aufgabe steht, im Interessengegensatz zwischen Anbieter und Anwender letzterem einen minimalen Nutzungsumfang zu sichern, ohne den urheberrechtlichen Schutz des EDV-Herstellers auszuhöhlen.

Die EDV-Anbieter sind heute von der Ungewissheit, ob Computerprogramme überhaupt urheberrechtlichen Schutz geniessen, befreit. Mit Recht hat daher LEHMANN darauf hingewiesen, dass sich den EDV-Anbietern auf der Basis dieses gesicherten Exklusivrechtes nun die Möglichkeit bietet, eine neue Lizenzkultur zu entwickeln¹⁰⁶.

Insgesamt divergiert die Schweizer Regelung nicht sehr stark von derjenigen der EU. Der verschiedene Wortlaut lässt sich meist zwanglos im Sinne der EG-Richtlinie aus-

legen. Der Blick auf die Rechtsprechung und Literatur der EU wird daher in Zukunft eine wichtige Hilfe bei der Interpretation der Bestimmungen zum Softwareschutz darstellen.

Entwicklung von konkurrierenden Programmen scheint mir aber gerechtfertigt zu sein, da durch diese Bestimmung der Wettbewerb ermöglicht werden soll.

98 LEHMANN (FN 22), N 7.

99 Sogenannte "Merger-doctrine": Wenn "Idee" und "Ausdruck" derart verschmolzen sind, dass sich die Übernahme der Ausdrucksformen nicht vermeiden lässt, liegt keine Rechtsverletzung vor (CHERPILLOD [FN 4], Anm. 20; CZARNOTA/HARD [FN 95], 82; VINJE [FN 97], 260).

100 Eine unzumutbare Beeinträchtigung der Verwertung soll vorliegen, falls das entschlüsselte durch das neu entwickelte Programm praktisch verdrängt wird (HARTE-BAVENDAMM [FN 27], N 66 zu Kap. 54; MORITZ [FN 42], 266 mit weiteren Hinweisen). Da dies erst im nachhinein festgestellt werden kann, scheint mir dieses Kriterium nicht tauglich (ähnlich MARLY [FN 37], 322 f.).

101 GOVONI (FN 4), 574.

102 THOMANN (FN 22), 566.

103 REHBINDER (FN 14), 124.

104 Im Ergebnis gleich BARRELET/EGLOFF (FN 7), N 5 zu Art. 21; a.M. THOMANN (FN 22), 567.

105 REHBINDER (FN 14), 124; THOMANN (FN 22), 567. So ausdrücklich Bundesrat KOLLER, Sten.Bull. SR, 1992, 380.

106 LEHMANN (FN 42), 1823.