

Gianni Fröhlich-Bleuler

Nutzung von Computerprogrammen im Internet of Things

Im «Internet of Things» interagieren vernetzte EDV-Systeme ohne das Zutun von Nutzern. Darf der Anwender ein Computerprogramm ohne das Einverständnis des Programmherstellers im Internet of Things nutzen? Der folgende Beitrag geht dieser Frage aus einer urheberrechtlichen Perspektive nach.

Beitragsart: Beiträge

Rechtsgebiete: Informatik und Recht

Zitiervorschlag: Gianni Fröhlich-Bleuler, Nutzung von Computerprogrammen im Internet of Things, in: Jusletter 2. Dezember 2019

Inhaltsübersicht

1. Der selbstfüllende Kühlschrank
2. Formen der Nutzung des ERP
 - 2.1. Direkte Nutzung
 - 2.2. Indirekte Nutzung
 - 2.3. Nutzung im IoT
3. Nutzungsrechte
 - 3.1. Das Urheberrecht als Ausschliesslichkeitsrecht
 - 3.2. Recht auf öffentliches Zugänglichmachen
 - 3.3. Vervielfältigungsrecht
4. Nutzungsarten
 - 4.1. Was sind Nutzungsarten?
 - 4.2. Wann liegt eine Nutzungsart vor?
 - 4.3. Nutzungsarten beim Gebrauch des ERP?
 - 4.3.1. Nutzungsart und Named User
 - 4.3.2. Nutzungsart und indirekte Nutzung
 - 4.3.3. Nutzungsart und indirekte Nutzung im IoT
5. Schrankenbestimmungen
 - 5.1. Allgemeines
 - 5.2. Gebrauchsrecht
 - 5.2.1. Voraussetzungen
 - 5.2.2. Unterschied zur EU-Richtlinie für den Schutz von Computerprogrammen
 - 5.2.3. Inhalt des Gebrauchsrechts gemäss Art. 12 Abs. 2 URG
 - 5.3. Gesetzliches Gebrauchsrecht und indirekte Nutzung bei IoT
6. Vertragliche Vereinbarungen
 - 6.1. Vertragliche Vereinbarung bei eigener Nutzungsart
 - 6.2. Vertragliche Vereinbarung, wenn keine Nutzungsart besteht
7. Fazit

1. Der selbstfüllende Kühlschrank

[1] Stattet man einen Kühlschrank mit Sensoren aus, kann er den Nutzer benachrichtigen, wenn das Bier im Kühlschrank ausgeht, und gleich auch selbst eine Bestellung absetzen. Diese wird über das Internet dem Getränkehändler zugestellt, wo die Bestellung mit seinem EDV-System automatisch verarbeitet wird.

[2] Im Folgenden werde ich das Beispiel des selbstfüllenden Kühlschranks und der Bestellung des Biers verwenden, um einige urheberrechtliche Aspekte der Nutzung von Computerprogrammen im IoT zu beleuchten. Dabei geht es nicht um die Programme des Kühlschranks. Im Zentrum der Betrachtung steht das EDV-System des Getränkehändlers, das in das IoT integriert wird. Darf der Getränkehersteller sein EDV-System im IoT benützen?

[3] In der Ziffer 2 gehe ich zuerst auf drei Formen der Nutzung des EDV-Systems ein, die ich mit dem Beispiel des Getränkehändlers illustriere.¹ Verwendet der Getränkehändler das Programm, greift er in die in Ziffer 3 dargestellten Nutzungsrechte des Programmherstellers ein. Weiter gehe ich den Fragen nach, ob er bei der Nutzung des Programms diese Nutzungsrechte verletzt (Ziffer

¹ Das Beispiel des Getränkehändlers ist nicht zufällig gewählt: Im Entscheid «SAP UK Limited vs. Diageo Great Britain Limited» hatte eine englische Richterin zu entscheiden, ob die in Ziffer 2.2 beschriebene indirekte Nutzung von SAP ERP durch den Getränkehersteller und -händler Diageo zulässig war (Urteil des Court of Appeal – Technology and Construction Court HT-2015-000340 vom 16. Februar 2017, <https://perma.cc/Z2VJ-7R5H>, alle Websites zuletzt besucht am 21. Oktober 2019).

4) und falls ja, ob er sich dafür auf eine urheberrechtliche Schrankenbestimmung berufen kann (Ziffer 5). Es steht dem Programmhersteller frei, dem Anwender die Nutzung in einer Vereinbarung zu erlauben; darauf gehe ich kurz in Ziffer 6 ein. Ich schliesse den Beitrag mit einem Fazit in Ziffer 7.

2. Formen der Nutzung des ERP

[4] Die Nutzung von Computerprogrammen im IoT wird zurzeit im Zusammenhang mit den Enterprise Resource Planning Systems («ERP») diskutiert.² Bei ihrer Nutzung im IoT werden die damit verbundenen Probleme besonders augenfällig. Ein weit verbreitetes Programm ist «SAP ERP», das vom Softwarehersteller SAP verkauft wird. Anwender wie der Getränkehändler nutzen es auf die folgenden Arten:

2.1. Direkte Nutzung

[5] SAP lizenziert das ERP dem Getränkehändler als Anwender in der Regel für eine bestimmte Anzahl sogenannter «Named User». Das sind registrierte und damit namentlich bekannte Nutzer. Sie sind berechtigt, das ERP zu gebrauchen. Alle Named User werden für die Bestimmung der Anzahl Lizenzen mitgezählt, unabhängig davon, ob sie das Programm nutzen oder nicht.³ Der Anwender als Lizenznehmer kauft für jene Mitarbeiter eine Lizenz, die das ERP nutzen. Bestellt ein Kunde des Getränkehändlers Bier, erfasst ein Mitarbeiter des Getränkehändlers (ein Named User) die Bestellung im ERP; darauf wickelt das Programm die Bestellung ab.

2.2. Indirekte Nutzung

[6] Der Kreis der Nutzer weitet sich aus, wenn nicht ein Named User im ERP die Bestellung erfasst, sondern der Nutzer eines anderen Programms. So kann z.B. der Kundenbetreuer des Getränkehändlers mit einer Customer Relationship Management Software («CRM»)⁴ über eine Schnittstelle auf das ERP zugreifen und die Bestellfunktion in ERP auslösen.⁵ Der Kundenbetreuer ist zwar Nutzer des CRM, er ist aber nicht als Named User des ERP lizenziert. Dabei handelt es sich um eine indirekte Nutzung des ERP.

² Enterprise-Resource-Planning bezeichnet die unternehmerische Aufgabe, Ressourcen wie Kapital, Personal, Betriebsmittel, Material und Informations- und Kommunikationstechnik im Sinne des Unternehmenszwecks rechtzeitig und bedarfsgerecht zu planen und zu steuern (Seite «Enterprise-Resource-Planning», in: Wikipedia, Die freie Enzyklopädie, <https://de.wikipedia.org/wiki/Enterprise-Resource-Planning>). Ein ERP-Programm ist ein komplexes Computerprogramm, das den Anwender bei der unternehmensweiten Ressourcenplanung unterstützt, indem es z.B. den Bestellprozess abwickelt.

³ GIANNI FRÖHLICH-BLEULER, Softwareverträge, 2. Aufl., Bern 2014, Rz. 1759.

⁴ Eine Customer Relationship Management Software ist ein speziell auf das Kundenbeziehungsmanagement zugeschnittenes Computerprogramm (Seite «Customer-Relationship-Management», in: Wikipedia, Die freie Enzyklopädie, <https://de.wikipedia.org/wiki/Customer-Relationship-Management#CRM-Systeme>).

⁵ GIANNI FRÖHLICH-BLEULER, Indirekte Nutzung von Computerprogrammen, in: sui-generis 2018, S. 464 ff., Rz. 4.

2.3. Nutzung im IoT

[7] Bei der dritten Form der Nutzung des ERP wird die Bestellung durch den mit Sensoren bestückten «intelligenten» Kühlschrank ausgelöst. Die Bestellung wird über eine Schnittstelle in das ERP überführt, das die Bestellung verarbeitet. Dabei ist weder ein lizenzierter Named User noch ein anderer Nutzer involviert. Diese Form der Nutzung im IoT steht im Folgenden im Zentrum der Ausführungen.

3. Nutzungsrechte

3.1. Das Urheberrecht als Ausschliesslichkeitsrecht

[8] Wie andere Immaterialgüterrechte ist das Urheberrecht ein Ausschliesslichkeitsrecht. Der Urheber kann einem Dritten die Nutzung des Computerprogramms verbieten. Der Anwender braucht für dessen Gebrauch daher die Erlaubnis des Urhebers oder er muss sich dafür auf eine Schrankenbestimmung stützen. Welche Nutzungsrechte des Programmherstellers sind bei den in der Ziffer 2 aufgeführten Nutzungen betroffen?

3.2. Recht auf öffentliches Zugänglichmachen

[9] Der Programmhersteller als Urheber hat das Recht, das Programm öffentlich zugänglich zu machen. Dabei wird es direkt oder mit Hilfsmitteln anderswo wahrnehmbar oder so zugänglich gemacht, dass Personen von Orten und zu Zeiten ihrer Wahl dazu Zugang haben (Art.10 Abs. 2 lit. c URG). Vorausgesetzt ist unter anderem, dass die «Öffentlichkeit» Zugang zum Programm erhält. Darunter ist eine grössere Anzahl von Personen zu verstehen, die nicht eng miteinander verbunden sind (Art. 9 Abs. 3 URG). Können Mitarbeiter in einem grösseren Unternehmen auf das ERP zugreifen, nimmt das Unternehmen das Recht auf öffentliches Zugänglichmachen in Anspruch. Der Getränkehändler macht das ERP bei der direkten Nutzung in Ziffer 2.1 öffentlich zugänglich. Ebenfalls ein öffentliches Zugänglichmachen liegt vor, wenn die Kundenberater des CRM indirekt auf das ERP zugreifen, wie in Ziffer 2.2 dargestellt.⁶ Es findet aber keine Anwendung auf die Nutzung im IoT (Ziffer 2.3). In diesem Fall sind am Bestellprozess keine menschlichen Akteure beteiligt und damit fehlt es an der «Öffentlichkeit».

3.3. Vervielfältigungsrecht

[10] Der Urheber hat auch das ausschliessliche Recht, das Computerprogramm zu vervielfältigen (Art. 10 Abs. 2 lit. a URG). Installiert der Getränkehändler das ERP z.B. auf einem Server, vervielfältigt er es. Dies gilt auch, wenn er bzw. seine Mitarbeiter das ERP benützen und damit Teile davon in den Arbeitsspeicher des Servers laden.⁷ Bei allen drei in der Ziffer 2 beschrieb-

⁶ Dazu ausführlich FRÖHLICH-BLEULER (Fn. 5), Rz. 11 ff.

⁷ Vgl. zur urheberrechtlich relevanten Vervielfältigung in den Arbeitsspeicher EMIL NEFF/MATTHIAS ARN, Urheberrechtlicher Schutz der Software, in: Roland von Büren/Lucas M. David (Hrsg.), Schweizerisches Immaterialgüter- und Wettbewerbsrecht, Bd. II/2, Basel/Frankfurt a.M. 1998, S. 254; WOLFGANG STRAUB, Softwareschutz, Zürich 2011, Rz. 125.

nen Formen der Nutzung kommt es daher zu Vervielfältigungen, für die der Programmhersteller entweder sein Einverständnis geben oder für die sich der Getränkehändler auf eine urheberrechtliche Schrankenbestimmung berufen können muss.

4. Nutzungsarten

4.1. Was sind Nutzungsarten?

[11] Der Hersteller kann das Urheberrecht in Nutzungsrechte aufspalten, z.B. in räumlicher, zeitlicher und inhaltlicher Hinsicht. Diese Teilrechte darf er nicht nur übertragen (Art. 16 Abs. 1 und 2 URG), sondern er kann dem Anwender daran auch Nutzungsbefugnisse einräumen.⁸ Die Aufspaltung erlaubt es dem Urheber, an der Vermittlung des Werkgenusses finanziell zu partizipieren. Durch den Vertrieb als unterschiedliche Nutzungsarten ist der Urheber in der Lage, das Werk optimal zu verwerten. Die abgespaltenen Teilrechte umfassen wirtschaftlich selbstständige Verwertungs- und Vertriebsformen des Werkes. Die Nutzungsart beschränkt den Umfang der erlaubten Werknutzung. Beispiele für unterschiedliche Nutzungsarten sind die Taschenbuch- und die Hardcoverausgabe.⁹ Der Lizenznehmer, der nur zum Vertrieb der Taschenbuchausgabe berechtigt ist, darf das Werk nicht in einer Hardcoverausgabe verbreiten und umgekehrt. Der Gebrauch eines Computerprogramms auf einer bestimmten Zahl von Arbeitsplätzen ist ein weiteres Beispiel. Der Anwender darf das Programm in diesem Fall nur auf der vereinbarten Zahl von Arbeitsplätzen installieren. Verwendet er es auf einer grösseren, begeht er eine Urheberrechtsverletzung. Der Urheber kann Verletzungen verbieten, und zwar auch gegenüber Dritten. Nutzungsarten haben dingliche Wirkung.

[12] Nutzungsart und Nutzungsrecht können deckungsgleich sein¹⁰ und z.B. das Vervielfältigungs- oder das Bearbeitungsrecht umfassen. Eine Nutzungsart kann aber auch nur eine Teilmenge eines Nutzungsrechts beinhalten,¹¹ wie bei der Beschränkung der Nutzung des Programms auf eine bestimmte Anzahl Arbeitsplätze.

[13] Allerdings darf der Urheber das Urheberrecht nicht beliebig aufspalten und damit nach eigenem Gutdünken Nutzungsarten schaffen. Regelt eine zwischen Hersteller und Anwender vereinbarte Nutzungsbeschränkung nur die Art und Weise der Ausübung der Nutzungsbefugnis und nicht den Inhalt des Urheberrechts, hat sie keine dingliche Wirkung, sondern gilt einzig als vertragliche Abmachung zwischen den Parteien.¹²

[14] Durch die Digitalisierung und das Internet entstehen laufend neue Arten, wie urheberrechtlich geschützte Werke wie Computerprogramme genutzt werden können. Ob eine Nutzungsbefugnis eine eigene Nutzungsart ist und dingliche Wirkung hat, ist daher von grosser Bedeutung.

⁸ JACQUES DE WERRA, in: Barbara K. Müller/Reinhard Oertli (Hrsg.), Handkommentar zum Urheberrechtsgesetz (URG), 2. Aufl., Bern 2012, Rz. 49 zu Art. 16.

⁹ BGH, Urteil vom 12. Dezember 1991 - I ZR 165/89.

¹⁰ THOMAS DREIER/GERNOT SCHULZE, Urheberrechtsgesetz, 6. Aufl., München 2018, Rz. 36 zu § 31.

¹¹ MARKUS UHL, Die rechtsgeschäftliche Verfügung im schweiz. Urheberrecht, Diss., Zürich 1987, S. 104.

¹² MANFRED REHBINDER, Schweiz. Urheberrecht, 3. Aufl., Bern 2000, Rz. 157; UHL (Fn. 11), S. 105 f.

4.2. Wann liegt eine Nutzungsart vor?

[15] Wann eine Nutzungsart vorliegt, ist oft umstritten.¹³ Folgende Kriterien können für die Bestimmung der Nutzungsart berücksichtigt werden:¹⁴

- Die Nutzungsart sichert das Partizipationsinteresse des Urhebers. Er soll an Mehrerträgen beteiligt werden, die sich aus neuen technischen Entwicklungen ergeben. Gemäss der (strengen) deutschen Rechtsprechung dürfen aber neue, fortschrittliche Nutzungsmöglichkeiten des urheberrechtlich geschützten Werkes durch den Urheber nicht unterbunden werden können. Die Erweiterung einer schon bisher üblichen Nutzungsmöglichkeit durch technischen Fortschritt, ohne dass sich der Werkgenuss durch den Nutzer wesentlich ändert, ist keine neue Nutzungsart. Eine solche muss sich von den bisherigen unterscheiden. Ändert sich aber die Art der Nutzung wesentlich, soll der Urheber über die Verwendung seines Werkes in der neuen Form entscheiden.¹⁵ Eine Nutzungsart als wirtschaftlich selbstständige Verwertungs- und Vertriebsform setzt einen neuen Markt für die in Frage stehende Art der Nutzung voraus. Damit wird ein weiterer Kreis von Verbraucher erfasst. Ein neuer Markt besteht dann, wenn die neue Nutzungsart die alte nicht lediglich substituiert.¹⁶ Unterschiedliche Nutzungsarten befriedigen mit anderen Worten Bedürfnisse verschiedenartiger Abnehmergruppen.
- Eine Nutzungsart besteht dort, wo sich nach der Verkehrsauffassung eine wirtschaftlich selbstständige Verwertungs- und Vertriebsform entwickelt hat. Inwieweit aber zusätzlich ein Bewusstsein der beteiligten Kreise darüber notwendig ist, ist umstritten.¹⁷
- Direkt mit der selbstständigen Verwertungs- und Vertriebsform hängt die Berücksichtigung des Verkehrsschutzinteresses zusammen. Die Bedeutung des Verkehrsschutzinteresses ist ebenfalls umstritten.¹⁸ Eine Nutzungsart ist ein absolutes Recht. Der Urheber kann es auch Dritten gegenüber durchsetzen. Er muss störende Eingriffe in sein absolutes Recht nicht dulden. Absolute Rechte räumen dem Inhaber daher eine «drittwirksame Rechtsposition» ein und begrenzen die Verkehrsfähigkeit der geschützten Güter. Aus diesem Grund müssen Inhalt und Umfang eines absoluten Rechts klar bestimmt sein.¹⁹ Nutzungsarten sollten sich aus diesem Grund voneinander abgrenzen,²⁰ z.B. durch unterschiedliche Vertriebswege, verschiedenartige Aufmachung des Werkexemplars,²¹ eine andere Ausstattung oder ei-

¹³ Vgl. dazu auch THOMAS SEMADENI, Erschöpfungsgrundsatz im Urheberrecht, Diss., Bern 2004, S. 102.

¹⁴ Siehe für eine ausführlichere Darstellung, insbesondere der Rechtslage in Deutschland, HORST BÖTTCHER, Die urheberrechtliche Erschöpfung und ihre Bedeutung im digitalen Umfeld, Diss., Bern 2013, S. 87 ff., der die deutsche Rechtsprechung auch auf Schweizer Sachverhalte anwendet.

¹⁵ BGH, Urteil vom 19.05.2005 - I ZR 285/02, Rz. 19.

¹⁶ BGH, Urteil vom 19.05.2005 - I ZR 285/02, Rz. 19; BÖTTCHER (Fn. 14), S. 92; a.M. und weniger streng CHRISTIAN LAUX, Vertragsauslegung im Urheberrecht, Diss., Bern 2003, S. 53 (es genügt eine mehrmalige Verwertung in demselben Verbraucherkreis).

¹⁷ Befürwortend z.B. BÖTTCHER (Fn. 14), S. 92 und 95; demgegenüber kritisch dazu z.B. UHL (Fn. 11), S. 108.

¹⁸ Für eine nur sehr eingeschränkte Berücksichtigung z.B. UHL (Fn. 11), S. 107; anders z.B. BÖTTCHER (Fn. 14), S. 92 oder REHBINDER (Fn. 12), Rz. 122.

¹⁹ WOLFGANG WIEGAND, Numerus clausus der dinglichen Rechte. Zur Entstehung und Bedeutung eines zentralen zivilrechtlichen Dogmas, in: Gerhard Köbler (Hrsg.), Festschrift für Karl Kroeschell, Frankfurt/New York 1987, S. 637 f.; vgl. dazu auch GIANNI FRÖHLICH-BLEULER, Die Zuordnung des Urheberrechts bei IT-Projekten, Aktuelle Juristische Praxis (AJP) 7/2016, S. 950.

²⁰ Z.B. für SEMADENI das massgebliche Kriterium für eine Nutzungsart (SEMADENI (Fn. 13), S. 103 f.).

²¹ BÖTTCHER (Fn. 14), S. 94 f.; DREIER/SCHULZE (Fn. 10), Rz. 9 und 36 zu § 31.

ne unterschiedliche Funktionalität.²² Allerdings ist in der deutschen Lehre und Rechtsprechung umstritten, ob die technische Unterscheidbarkeit in jedem Fall vorliegen muss.²³

- Die Nutzungsart bezieht sich auf den Inhalt und den Umfang des eingeräumten Rechts.²⁴ Die qualitativen Merkmale der Nutzungsart bestimmen, welche Teilbereiche aus den urheberrechtlichen Nutzungsrechten «herausgeschnitten» werden.²⁵ Keine Nutzungsart besteht demgegenüber, wenn nur die Art der Ausübung des Nutzungsbefugnisses geregelt wird. Dies gilt z.B., wenn der Anwender das Programm nur für bestimmte Zwecke nutzen darf.²⁶

4.3. Nutzungsarten beim Gebrauch des ERP?

[16] In dieser Ziffer behandle ich die Frage, ob die oben beschriebenen Nutzungsformen des ERP – vor allem im IoT – eigene Nutzungsarten sind.

4.3.1. Nutzungsart und Named User

[17] Die Installation eines Programms auf einem Arbeitsplatz ist eine urheberrechtliche Vervielfältigung.²⁷ Quantitative Nutzungsbeschränkungen sind Nutzungsarten. Begrenzt der Hersteller die Nutzung auf eine bestimmte Zahl von Arbeitsplätzen, ist dies daher eine Nutzungsart.²⁸ Lizenziert er aber wie im Beispiel in Ziffer 2.1 das ERP nur für Named User, schafft er damit keine Nutzungsart.²⁹ Durch die Limitierung auf die registrierten Nutzer beschränkt er nicht den Umfang der urheberrechtlichen Nutzungsbefugnis (die das Vervielfältigungsrecht ist). Zudem erfasst er dadurch keinen neuen Kreis von Verbrauchern. Sein Partizipationsinteresse ist daher nicht verletzt, wenn die Nutzung durch andere Mitarbeiter als «Named User» erfolgt, vorausgesetzt allerdings, dass der Anwender das Programm nicht auf mehr Arbeitsplätzen installiert, als ihm der Hersteller Lizenzen eingeräumt hat.

4.3.2. Nutzungsart und indirekte Nutzung

[18] Der Anwender nimmt bei der in Ziffer 2.2 beschriebenen indirekten Nutzung das Recht auf öffentliches Zugänglichmachen in Anspruch, wenn der Kundenberater über ein Drittprogramm im ERP eine Bestellung auslöst. Das ist gleichzeitig eine eigene Nutzungsart, da Nutzungsarten mit Nutzungsrechten deckungsgleich sein können.³⁰ Die Nutzung im IoT ist m.E. demgegenüber

²² MIRKO VIANELLO, Handel mit gebrauchter Software für Schüler, Studenten und Lehrkräfte, MMR 2012, S. 141; eine nur «theoretische Abgrenzbarkeit» von anderen Formen der Nutzungsart lässt UHL genügen (UHL (Fn. 11), S. 108).

²³ VIANELLO (Fn. 22), S. 141.

²⁴ REHBINDER (Fn. 12), Rz. 157; ULRICH JOOS, Die Erschöpfungslehre im Urheberrecht, Diss., München 1991, S. 98.

²⁵ So anschaulich JOOS (Fn. 24), S. 112; dieses Kriterium wird ebenfalls nicht konsequent angewendet: DREIER/SCHULZE z.B. sehen in der Beschränkung auf den privaten und den gewerblichen Gebrauch zwei verschiedene Nutzungsarten (DREIER/SCHULZE (Fn. 10), Rz. 46 zu § 31).

²⁶ FRÖHLICH-BLEULER (Fn. 3), Rz. 1740 mit weiteren Hinweisen.

²⁷ Siehe dazu oben Ziffer 3.3.

²⁸ GEORG RAUBER, Computersoftware, in: Magda Streuli-Youssef (Hrsg.), Urhebervertragsrecht, Zürich 2006, S. 239.

²⁹ FRÖHLICH-BLEULER (Fn. 3), Rz. 1762.

³⁰ Siehe dazu oben Ziffer 4.1.

bezüglich des Vervielfältigungsrechts keine eigene Nutzungsart, wie in der folgenden Ziffer zu zeigen ist.

4.3.3. Nutzungsart und indirekte Nutzung im IoT

[19] Was spricht dafür, was dagegen, dass die Nutzung des ERP im IoT eine eigene Nutzungsart ist?

- Für eine eigene Nutzungsart spricht, dass mit dem IoT ein neuer Kreis von Verbraucher erfasst wird. Das sind die Benutzer des Kühlschranks. Es wird ein neuer Markt bedient. Damit wird das Partizipationsinteresse des Programmherstellers durch die Nutzung im IoT verletzt.
- Offen ist demgegenüber, ob sich nach der Verkehrsauffassung bereits eine wirtschaftlich selbstständige Verwertungs- und Vertriebsform entwickelt hat. Dafür gibt es Indizien: So bestehen bereits seit einiger Zeit Lizenzierungsformen für das IoT, die auch eigene Gebührenmodelle vorsehen.³¹ Ob sich allerdings die beteiligten Kreise bewusst sind, dass dies eine selbstständige Verwertungs- und Vertriebsform ist, ist eine andere Frage.
- Es fehlen die für die Berücksichtigung des Verkehrsschutzinteresses wichtigen Kriterien, wie unterschiedliche Aufmachung oder Funktionalität des Werkexemplars. In unserem Beispiel unterscheidet sich das ERP technisch nicht, wenn es durch Named User oder im IoT genutzt wird.
- Das entscheidende Kriterium liefert m.E. allerdings die Antwort auf die folgende Frage: Wäre die Beschränkung der Nutzung des ERP im IoT eine eigene Nutzungsart? In diesem Fall dürfte der Getränkehändler das Programm nur im IoT nutzen. Eine solche Beschränkung betrifft allerdings weder den Umfang noch den Inhalt des urheberrechtlichen Vervielfältigungsrechts. Verglichen mit dem Gebrauch durch gleichzeitige Nutzer nimmt der Anwender keine zusätzlichen urheberrechtlichen Handlungen vor.

[20] Nach der hier vertretenen Auffassung ist damit die Nutzung eines Programms im IoT keine eigene Nutzungsart. Folgt man dieser Meinung, ist der Getränkehändler aus urheberrechtlicher Sicht befugt, das ERP im IoT zu nutzen. Die Diskussion um die Zulässigkeit der Nutzung von Programmen im IoT steht allerdings noch ganz am Anfang. Es gibt dazu keine Urteile. Die Rechtslage ist daher unsicher. Aus diesem Grund soll in der folgenden Ziffer auf die Frage eingegangen werden, ob sich der Anwender – also der Getränkehändler – auf die Schrankenbestimmung des Gebrauchsrechts berufen könnte, griffe er mit seinem Gebrauch des ERP in das Vervielfältigungsrecht des Herstellers ein.

5. Schrankenbestimmungen

5.1. Allgemeines

[21] Das Ausschliesslichkeitsrecht des Urhebers ist nicht grenzenlos. Urheberrechtliche Schrankenbestimmungen dienen dem Ausgleich der Interessen von Urheber, Nutzer sowie der Allge-

³¹ Vgl. dazu Fn. 50.

meinheit³² und damit auch dem Schutz des Rechtsverkehrs. Eine wichtige Schrankenbestimmung im EDV-Urheberrecht ist das Gebrauchsrecht des rechtmässigen Erwerbers des Computerprogramms gemäss Art. 12 Abs. 2 URG. Kann sich der Getränkehändler auf diese Schrankenbestimmung berufen und das ERP im IoT gebrauchen, wenn wir davon ausgehen, dass die Nutzung in das Vervielfältigungsrecht des Programmherstellers eingriffe?

5.2. Gebrauchsrecht

5.2.1. Voraussetzungen

[22] Veräussert oder verbreitet der Urheber das Computerprogramm, tritt am Programmexemplar Erschöpfung ein, und sein rechtmässiger Erwerber ist berechtigt, es zu gebrauchen und weiterzuveräussern (Art. 12 Abs. 2 URG). Der Anwender ist befugt, das Programm zu nutzen. Zudem wird das Programmexemplar dadurch verkehrsfähig.³³

[23] Voraussetzung für die Erschöpfung ist erstens, dass der Programmhersteller (oder Vertriebspartner) das Programmexemplar veräussert und dem Erwerber die tatsächliche Sachherrschaft daran überlässt.³⁴ Das Programmexemplar muss in den Verkehr gelangen.³⁵ Anwendbar ist die Schrankenbestimmung einzig auf die Software-Überlassung auf Dauer.³⁶ Erhält der Anwender das ERP nur zeitlich beschränkt, kann er sich nicht auf das Gebrauchsrecht berufen. Zweitens setzt die Erschöpfung voraus, dass der Programmhersteller der Veräusserung zugestimmt hat.

5.2.2. Unterschied zur EU-Richtlinie für den Schutz von Computerprogrammen

[24] Der Schweizer Gesetzgeber wollte den urheberrechtlichen Softwareschutz möglichst deckungsgleich mit der EU-Richtlinie zum Softwareschutz³⁷ ausgestalten.³⁸ Art. 5 Abs. 1 der EU-Richtlinie regelt die Nutzung eines Programms durch den Anwender. Die Bestimmung gleicht die umfassenden Ausschliesslichkeitsrechte des Programmherstellers in Art. 4 der EU-Richtlinie aus. Sie schützt daher den Anwender, der zur bestimmungsgemässen Benutzung des Programms berechtigt ist. Dabei handelt es sich allerdings nicht um eine (reine) urheberrechtliche Schrankenbestimmung.³⁹ Die EU-Richtlinie knüpft die bestimmungsgemässe Nutzung von Art. 5 Abs. 1

³² CHRISTOPH GASSER/REINHARD OERTLI, in: Barbara K. Müller/Reinhard Oertli (Hrsg.), Handkommentar zum Urheberrecht, 2. Aufl., Bern 2012, Rz. 4a zu Vorbemerkungen zu Art. 19.

³³ NEFF/ARN (Fn. 7), S. 245.

³⁴ STRAUB (Fn. 7), Rz. 154.

³⁵ SEMADENI (Fn. 13), S. 36; GEORG RAUBER, Erlaubte Nutzung von Computersoftware, in: Gaudenz G. Zindel/Patrik R. Peyer/Bertrand Schott (Hrsg.), Wirtschaftsrecht in Bewegung, Festgabe zum 65. Geburtstag von Peter Forstmoser, Zürich 2008, S. 471; kritisch dazu BÖTTCHER (Fn. 14), S. 18 f.

³⁶ Vgl. zum Meinungsstreit, ob die Schrankenbestimmung auch auf die Software-Überlassung auf Zeit Anwendung findet FRÖHLICH-BLEULER (Fn. 3), Rz. 150 ff.

³⁷ EU Richtlinie vom 14. Mai 1991 über den Rechtsschutz von Computerprogrammen (91/250/EWG), ersetzt durch EU Richtlinie vom 23. April 2009 über Rechtsschutz von Computerprogrammen (2009/24/EG).

³⁸ FRÖHLICH-BLEULER (Fn. 3), Rz. 127 ff.; RAUBER (Fn. 28), S. 175 ff.

³⁹ Mischform von gesetzlicher Lizenz zugunsten des Anwenders und vertraglicher Auslegungsvorschrift (DREIER/SCHULZE (Fn. 10), Rz. 2 zu § 69d); Auslegungs- und Inhaltsnorm (MALTE GRÜTZMACHER, in: Artur-Axel Wandtke/Winfried Bullinger (Hrsg.), Praxiskommentar Urheberrecht: UrhR, 5. Aufl., München 2019, Rz. 3 zu § 69d); in erster Linie Schrankenbestimmung (ULRICH LOEWENHEIM/GERALD SPINDLER, in: Gerhard Schricker/Ulrich Loewenheim (Hrsg.), Urheberrecht, 5. Aufl., München 2017, Rz. 1 zu § 69d).

nicht an die Erschöpfung des Werkexemplars. Privilegiert wird vielmehr der zur Verwendung des Programmes Berechtigte.⁴⁰ Das ist jeder, der die Nutzungsbefugnisse erworben hat, also nicht nur der Erwerber des Programmexemplars, der sich auf die Erschöpfung berufen kann. Das Gebrauchsrecht ergibt sich daher im europäischen Recht nicht aus der Erschöpfung, sondern aus dem zwischen dem Programmhersteller und dem Anwender vereinbarten Vertrag.⁴¹ Für die Ermittlung der bestimmungsgemässen Benutzung sind nicht nur die dinglichen, sondern auch die vertragsrechtlichen Abreden zu berücksichtigen.⁴²

5.2.3. Inhalt des Gebrauchsrechts gemäss Art. 12 Abs. 2 URG

[25] Dies ist im Schweizer Recht anders.⁴³ Das Gebrauchsrecht gemäss Art. 12 Abs. 2 URG setzt die Erschöpfung des Programmexemplars voraus. Dessen Inhalt ergibt sich zwar ebenfalls aus dem Vertrag zwischen dem Programmhersteller und dem Ersterwerber des Computerprogramms.⁴⁴ Das Gebrauchsrecht umfasst m.E. aber einzig urheberrechtliche Nutzungsbeschränkungen.⁴⁵ Nur vertragsrechtlich zwischen Parteien wirkende Beschränkungen gehören nicht dazu. Denn das Gebrauchsrecht gründet erstens auf der urheberrechtlichen Schranke der Erschöpfung.⁴⁶ Die oben dargestellten Grenzen der Nutzungsarten gelten ebenfalls bei der urheberrechtlichen Erschöpfung.⁴⁷ Sie bezweckt zweitens die Verkehrsfähigkeit des Programmexemplars. Dies schliesst die Berücksichtigung von nur zwischen den Parteien wirkenden Nutzungsbeschränkungen aus.⁴⁸ Drittens beinhaltet die Beschreibung des Gebrauchsrechts in Art. 17 Abs. 1 lit. a URV einzig urheberrechtlich relevante Handlungen, nicht aber einen Verweis auf den Ver-

⁴⁰ DREIER/SCHULZE (Fn. 10), Rz. 6 zu § 69d.

⁴¹ DREIER/SCHULZE (Fn. 10), Rz. 7 zu § 69d.

⁴² DREIER/SCHULZE (Fn. 10), Rz. 7 zu § 69d. Weitergehend JOCHEN SCHOLZ, der dafür auch die Beschaffenheit des Programms als objektives Kriterium und eine Interessenabwägung anwendet (JOCHEN SCHOLZ, Zur indirekten und automatisierten Nutzung von User-basierter Software, Computer und Recht 2019, S. 417 ff., Rz. 21). Da die vertraglichen Bestimmungen miteinzubeziehen sind, geht ein Teil der deutschen Lehre davon aus, dass bei der indirekten Nutzung gemäss Ziffer 2.2 ein Fall der bestimmungsgemässen Benutzung vorliegt, die damit grundsätzlich zulässig ist (AXEL METZGER/PETER HOPPEN, Zur Zulässigkeit von Nutzungsbeschränkungen in Lizenzverträgen bei Verwendung von Drittanbietersoftware, CR 2017, S. 633; JOCHEN SCHNEIDER, in: Jochen Schneider (Hrsg.), Handbuch EDV-Recht, 5. Aufl., Köln 2017, Rz. 332 ff. zu G.; BENNO BARNIZKE, Zur indirekten Nutzung von Software – Komplex, intransparent und unwirksam? K&R 2018, S. 457; anders demgegenüber SCHOLZ (Fn. 42), Rz. 25 ff.).

⁴³ Zurecht wird dieser Umstand in der Lehre kritisiert (vgl. dazu z.B. SEMADENI (Fn. 13), S. 68 f.; SANDRA BRÄNDLI, Die Flexibilität urheberrechtlicher Schrankensysteme, Diss., Bern 2017, Rz. 308; RETO M. HILTY, Urheberrecht, Bern 2011, Rz. 336). Die Kritik hat aber den Gesetzgeber bisher nicht dazu bewegen können, die gesetzliche Bestimmung so anzupassen, dass sie mit der EU-Richtlinie zum Softwareschutz deckungsgleich ist.

⁴⁴ BERNHARD HEUSLER/ROLAND MATHYS, IT-Vertragsrecht, Zürich 2004, S. 156; RAUBER (Fn. 28), S. 166 f.; STRAUB (Fn. 7), Rz. 171. Bei Unklarheiten sind zudem für die Bestimmung der Zweck der Überlassung, die Art des Programms, dessen Funktionen oder die Benutzerdokumentation miteinzubeziehen. Zudem beinhaltet Art. 17 Abs. 1 lit. a URV dispositive Gesetzesbestimmungen dazu (FRÖHLICH-BLEULER (Fn. 3), Rz. 156 f. mit weiteren Hinweisen).

⁴⁵ Für eine auf Wertungsentscheiden und nicht urheberrechtsdogmatischen Prinzipien fussende Auslegung demgegenüber STRAUB, für den die «Vertragsumstände» für die Bestimmung des Umfangs des Gebrauchsrechts massgeblich sind (Fn. 7), Rz. 171; ähnlich wie STRAUB RAUBER, der Art. 12 Abs. 2 URG so auslegt, dass die Bestimmung komplett mit der EU-Richtlinie zum Softwareschutz deckungsgleich ist (RAUBER (Fn. 28), S. 181 f.). Demgegenüber plädiert CADUFF für eine «Gesetzesauslegung» (MELCHIOR CADUFF, Die urheberrechtlichen Konsequenzen der Veräusserung von Computerprogrammen, Diss., Bern 1997, S. 78).

⁴⁶ In diesem Punkt ähnlich CADUFF (Fn. 45), S. 78, der m.E. allerdings unberücksichtigt lässt, dass sich die Nutzungsart aus dem zwischen dem Hersteller und dem Ersterwerber abgeschlossenen Vertrag ergibt.

⁴⁷ SEMADENI (Fn. 13), S. 98 ff.

⁴⁸ Gl.M. CADUFF (Fn. 45), S. 144.

trag. Das Gebrauchsrecht gemäss Art. 12 Abs. 2 URG ist daher mit der eingeräumten Nutzungsart deckungsgleich. Dies ist im EU-Recht anders.⁴⁹

5.3. Gesetzliches Gebrauchsrecht und indirekte Nutzung bei IoT

[26] Wendet man diese Überlegungen auf die Nutzung des ERP im IoT an, ergibt sich Folgendes:

- Der Anwender kann sich auf das Gebrauchsrecht als Schrankenbestimmung nur berufen, wenn der Hersteller dem Anwender das ERP veräussert bzw. auf Dauer überlassen hat. Dies ist z.B. nicht der Fall, wenn der Anwender das ERP im Rahmen von Application Service Providing oder Software as a Service nutzt.
- Ist die Nutzung des ERP im IoT eine eigene Nutzungsart und gehört sie nicht zu der dem Anwender eingeräumten urheberrechtlichen Nutzungsbefugnis, so umfasst das gesetzliche Gebrauchsrecht sie nicht. Und der Anwender kann sich in diesem Fall nicht auf die Schrankenbestimmung berufen.

6. Vertragliche Vereinbarungen

[27] Viele Hersteller beschränken die Nutzung des Programms im IoT im Vertrag auf eine bestimmte Anzahl von Geräten oder Aufrufe durch Geräte.⁵⁰ Je nachdem, ob die Nutzung im IoT eine eigene Nutzungsart ist oder nicht, hat eine solche Bestimmung eine unterschiedliche Bedeutung.

6.1. Vertragliche Vereinbarung bei eigener Nutzungsart

[28] Der Hersteller kann eine Nutzung erlauben, wenn sich der Anwender dafür nicht auf eine Schrankenbestimmung stützen kann. Geht man davon aus, dass die Nutzung im IoT eine eigene Nutzungsart ist, muss der Programmhersteller dazu sein Einverständnis geben.⁵¹

[29] Die Einwilligung des Herstellers muss nicht explizit sein und kann sich auch aus dem Vertragszweck, den Umständen des Vertragsschlusses oder den Funktionen des lizenzierten Programms ergeben, wenn sie im Vertrag vereinbart sind. Gemäss der Zweckübertragungstheorie erteilt der Hersteller bei Zweifeln über den Umfang einer Rechtseinräumung dem Anwender diejenigen Nutzungsbefugnisse, die zur Erfüllung des Vertragszwecks erforderlich sind.⁵² Das Einverständnis kann daher z.B. angenommen werden, wenn der Hersteller die für die Nutzung im IoT entwickelte Schnittstelle mitliefert und die Nutzung des Programms anderweitig – z.B. auf eine bestimmte Anzahl Nutzer – nicht beschränkt.

⁴⁹ DREIER/SCHULZE (Fn. 10), Rz. 7 zu § 69d; GRÜTZMACHER (Fn. 39), Rz. 6 zu § 69d.

⁵⁰ «Device CALs» bei Microsoft (<https://www.microsoft.com/en-us/licensing/product-licensing/client-access-license>), «Indirect/Digital Access» bei SAP (<https://news.sap.com/2018/04/sap-unveils-first-of-its-kind-new-pricing-model/>).

⁵¹ Siehe zur hier vertretenen Auffassung, dass die Nutzung im IoT keine eigene Nutzungsart ist Ziffer 4.3.3 oben.

⁵² DE WERRA (Fn. 8), Rz. 40 i.V.m. Rz. 49 zu Art. 16.

6.2. Vertragliche Vereinbarung, wenn keine Nutzungsart besteht

[30] Folgt man der Auffassung in der Ziffer 4.3.3, ist die Nutzung eines Programms im IoT keine eigene Nutzungsart. Die zwischen dem Hersteller und dem Anwender vereinbarten Nutzungsbeschränkungen haben in diesem Fall keine urheberrechtliche Wirkung, sondern binden einzig die Parteien.⁵³ Dies gilt z.B. für eine Begrenzung auf eine bestimmte Zahl von Zugriffen. Verletzt der Anwender die Vereinbarung, begeht er eine Vertrags-, aber keine Urheberrechtsverletzung. Solche Beschränkungen sind zulässig, soweit sie nicht in den zwingenden Kern des Gebrauchsrechts eingreifen.⁵⁴

7. Fazit

[31] Die Beschränkung der Nutzung eines Computerprogramms im IoT ist m.E. keine eigenständige Nutzungsart. Der Anwender ist daher berechtigt, das Programm im IoT zu nutzen, sofern er nichts anderes mit dem Programmhersteller vereinbart hat. Eine solche Vereinbarung gilt aber nur zwischen Programmhersteller und Nutzer. Sie hat keine Drittwirkung. Da die Diskussion um die Zulässigkeit der Programmnutzung im IoT noch ganz am Anfang steht, ist offen, ob diese Ansicht Bestand haben wird.

GIANNI FRÖHLICH-BLEULER ist Rechtsanwalt in Zürich.

⁵³ FRÖHLICH-BLEULER (Fn. 3), Rz. 1695 ff.

⁵⁴ FRÖHLICH-BLEULER (Fn. 3), Rz. 163 ff.; STRAUB (Fn. 7), Rz. 165.