Schweizer IP-Handbuch

Intellectual Property – Konzepte, Checklisten und Musterdokumente für die Praxis

Herausgeber

Conrad Weinmann
Rechtsanwalt in Zürich

Peter Münch
Professor an der Zürcher Hochschule
für Angewandte Wissenschaften (ZHAW)
School of Management and Law, Winterthur

Jürg Herren
Eidg. Institut für Geistiges Eigentum, Bern

Unter Mitwirkung von Melanie Fopp

Helbing Lichtenhahn Verlag

Bibliographische Information der Deutsch Nationalbibliothek

Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation
In der Deutschen Nationalbibliographie; detaillierte bibliographische Daten
Sind im Internet abrufbar: http://dnb.d-nb.de

Alle Rechte vorbehalten. Dieses Werk ist weltweit urheberrechtlich geschützt.
Insbesondere das Recht, das Werk mittels irgendeines Mediums (grafisch, technisch, elektronisch und/oder digital, einschliesslich Fotokopie und downloading) teilweise oder ganz zu vervielfältigen, vorzutragen, zu verbreiten, zu bearbeiten, zu übersetzen, zu übertragen oder zu speichern, liegt ausschliesslich beim Verlag. Jede Verwertung in den genannten oder in anderen als den gesetzlich zugelassenen Fällen bedarf deshalb der vorherigen schriftlichen Einwilligung des Verlags.

© Helbing Lichtenhahn Verlag, Basel 2013

ISBN 978-3-7190-2994-4
www.helbing.ch

§ 12 Rechtlicher Schutz von Software-Entwicklungen

Checkliste

I. Urheberrechtlicher Schutz

A. Schutzgegenstand

1 Computerprogramme zeichnen sich dadurch aus, dass sie eine **unmittelbare Funktionalität** aufweisen und nicht nur statisch konsumiert, sondern dynamisch gebraucht werden können.

2 Computerprogramme sind **unabhängig von ihrer Form** (d.h. insbesondere Entwürfe, Sourcecodes und Objectcodes) als solche urheberrechtlich schützbar, sofern sie die nötige Individualität aufweisen.

3 Ein Werk kann sowohl Charakteristika eines Computerprogramms als auch solche eines Sprachwerks aufweisen **(hybride Werke)**. Auf jedes der Elemente sind die jeweils passenden Regeln anzuwenden.

B. Schutzvoraussetzungen

4 Computerprogramme geniessen nur dann urheberrechtlichen Schutz, wenn sie die **allgemeinen Schutzvoraussetzungen des Urheberrechts** erfüllen:

- Es muss sich um eine **geistige Schöpfung** handeln, d.h. sie müssen durch Menschen geschaffen worden sein.
- Zudem müssen sie **individuellen Charakter** aufweisen. Bei der Beurteilung der Individualität gilt der gleiche Massstab wie bei sonstigen Werken.

C. Schutzebenen

5 Computerprogramme enthalten **mehrere Ebenen**, die urheberrechtlichen Schutz geniessen können, soweit sie die Schwelle der Individualität erreichen. Es sind hauptsächlich folgende Werkebenen zu unterscheiden:

- **Aufbau** bzw. Struktur eines Programms, einer Schnittstelle oder eines Dateiformats;
- **Implementierung** (Umsetzung des einem Programm zugrundeliegenden Konzepts auf Codierungsebene) und Parametrisierung (Vornahme von Einstellungen innerhalb eines Programms);
- **Benutzeroberfläche** eines Programms.

D. Schutzumfang

6 Der **Umfang des urheberrechtlichen Schutzes** entspricht grundsätzlich demjenigen der Individualität: Innerhalb eines Computerprogramms, welches aus einer Vielzahl von Programmzeilen besteht, ist jede Sequenz geschützt, welche die Grenze der Individualität erreicht.

E. Inhaber der Rechte

7 Wird ein Computerprogramm in einem **Arbeitsverhältnis** in Erfüllung vertraglicher Pflichten geschaffen, so sind die Arbeitnehmer zwar Urheber, aber der Arbeitgeber ist zur Ausübung der Urhebervermögensrechte berechtigt.

8 Bei der **werkvertraglichen Entwicklung** von Individualsoftware bleiben die Urheberrechte – sofern nichts anderes vereinbart wurde – in der Regel beim Unternehmer. Folgende Umstände können aber in Zweifelsfällen Indizien für einen Rechtsübergang auf den Besteller bilden:

- Vollständige Finanzierung durch den Besteller;
- Exklusivität der Programmnutzung;
- Mitlieferung von Sourcecode und Entwicklungsdokumentation;
- Beisteuerung von eigenem Know-how und Mitarbeit bei der Programmentwicklung.

F. Urheberpersönlichkeitsrechte

9 Auch an Computerprogrammen bestehen neben den vermögensrechtlichen Ansprüchen **Urheberpersönlichkeitsrechte**:

- **Anerkennung der Urheberschaft:** Recht auf Erwähnung als Urheber
- **Erstveröffentlichung:** Veröffentlichen bedeutet, ein Werk einer grösseren Anzahl Personen ausserhalb eines privaten Kreises zugänglich zu machen.
- **Werkintegrität**: Verbot von Entstellungen des Werks.

G. Urhebervermögensrechte

10 Das Urheberrecht gibt dem Urheber das ausschliessliche Recht zu bestimmen, ob, wann und wie sein Werk **verwendet** wird.

11 Beim Ablauf eines Computerprogramms kommt es zu rechtlich relevanten **Kopiervorgängen** (Laden in den Arbeitsspeicher), weshalb – unter Vorbehalt des gesetzlichen Gebrauchsrechts – die Zustimmung des Rechtsinhabers dazu erforderlich ist.

12 Der Urheberrechtsinhaber hat ein umfassendes Recht, über **Programmänderungen** zu entscheiden. Aus dem Gebrauchsrecht der Erwerber kann sich jedoch ausnahmsweise ein Recht ergeben, zum bestimmungsgemässen Gebrauch erforderliche Modifikationen selbst vorzunehmen.

13 Programmänderungen erfordern in der Regel **Sourcecode** und **Entwicklungsdokumentation** des Programms. Diese sind vom Rechtsinhaber grundsätzlich nur dann herauszugeben, wenn er dies vertraglich versprochen hat.

14 Der Urheber hat das ausschliessliche Recht, ein Computerprogramm zu **vermieten**.

15 Der Urheber hat das ausschliessliche Recht, das Werk via Internet **wahrnehmbar zu machen**.

16 Ist der Hersteller eines Computerprogramms nicht bereit, die zur **Herstellung interoperabler Software** notwendigen Informationen bekanntzugeben, kann der rechtmässige Erwerber sie sich durch *Reverse Engineering* beschaffen.

H. Gebrauchs- und Weitergaberecht der Erwerber

17 Bei der **Veräusserung eines Werkexemplars** werden keine Urheberrechte mit übertragen. Anders als die Lektüre eines Buches erfordert der Gebrauch von Software jedoch temporäre Kopiervorgänge, welche die Urheberrechte tangieren. Das URG gibt dem Erwerber eines Computerprogramms daher ein besonderes Recht, dieses zu gebrauchen oder weiter zu veräussern (Art. 12 Abs. 2 URG).

18 Nach der herrschenden Meinung gilt das gesetzliche Gebrauchsrecht unabhängig von der Art der Übertragung auch für **unechte Lizenzverträge**, d.h. solche mit einmaligem Leistungsaustausch.

19 Das Gebrauchs- und Weiterveräusserungsrecht knüpft kumulativ an folgenden Voraussetzungen an:

– Dem Erwerber wird vom Rechtsinhaber oder mit seiner Zustimmung durch Dritte eine Programmkopie übertragen oder das **Recht zur dauerhaften Speicherung** eingeräumt.
– Der Erwerber erhält eine **zeitlich unbeschränkte Nutzungsbefugnis** ohne Kündigungsmöglichkeit seitens des Rechtsinhabers.
– Es werden **keine periodischen Nutzungsgebühren** vereinbart, sondern die Kopie gegen Einmalentgelt (allenfalls auch Ratenzahlungen) oder gratis überlassen.

20 Wie weit der **sachliche Umfang** des gesetzlichen Gebrauchsrechts reicht, hängt von den Umständen ab. Gesetzlich zulässig – aber vertraglich einschränkbar – ist jener Gebrauch, für welchen die Software zugeschnitten ist. Dieser ist anhand verschiedener Elemente zu bestimmen:

– **Vertragsinhalt und Vertragsumstände** (Zweck des Vertrages, Branchenusanzen);
– **Charakteristika der Software** selbst (typischer Verwendungszweck, technische Schutzvorkehren etc.);
– **Beschreibung der Software** in Benutzerdokumentationen, Werbeunterlagen etc.
– Die in **Art. 17 URV aufgezählten Nutzungshandlungen** dürften dabei generell einen Mindestinhalt darstellen.

21 Die gesetzlichen Gebrauchs- und Weiterveräusserungsrechte werden häufig durch vertragliche Bestimmungen **modifiziert oder eingeschränkt**. In Analogie zum Recht der EU ist davon auszugehen, dass die urheberrechtlichen Bestimmungen zum Gebrauchsrecht einen **zwingenden Kerngehalt** haben, von dem vertraglich nicht gültig abgewichen werden kann.

22 Bei netzwerkbasierten Nutzungsformen wie **Outsourcing, Application Service Providing, «Software as a Service»-Dienstleistungen** etc. fallen die Person des Softwareerwerbers und diejenige des wirtschaftlichen Nutzers auseinander. In solchen Konstellationen können die Rechte zum Kopieren, Vermieten und Wahrnehmbarmachen tangiert sein.

– Ob netzwerkbasierte Nutzungsformen eine spezielle Zustimmung des Rechtsinhabers voraussetzen, ist primär anhand des Erwerbsvertrages zu prüfen. Beim Gebrauch darf die vereinbarte Anzahl gleichzeitiger Kopien nicht überschritten werden.
– Nach der hier vertretenen – aber nicht unbestrittenen – Auffassung fallen netzwerkbasierte Nutzungsformen nicht unter das Vermietungsrecht, solange die Endnutzer die Software nicht kopieren können.
– Das Recht auf Wahrnehmbarmachen ist nur dann betroffen, wenn urheberrechtlich geschützte Elemente übermittelt werden.

23 **Kopierschutzmechanismen** dürfen ausnahmsweise umgangen werden, wenn dies zur Ausübung des gesetzlichen Gebrauchsrechts unbedingt erforderlich ist.

I. Weiterveräusserung

24 In Bezug auf den «**Second Hand-Handel**» **mit Software** ist zu differenzieren:

– Bei **echten Lizenzen** ist eine Zustimmung des Rechtsinhabers notwendig.
– **Unechte Einfachlizenzen** dürfen aufgrund von Art. 12 Abs. 2 URG weiterveräussert werden.
– In einer «**Volumenlizenz**» werden mehrere Einfachlizenzen zusammengefasst, weshalb sie grundsätzlich weiterübertragbar ist. Allfällige Aufspaltungsverbote sind gegenüber dem Zweiterwerber unwirksam.
– **Netzwerkbasierte Volumenlizenzen** (z.B. Nutzung auf Mainframe-Systemen und browserbasierten Systemen) können nach der wohl herrschenden Lehre nur dann weiter übertragen werden, wenn der Erwerber selbst bereits über eine entsprechende Basislizenz verfügt.
– **Unternehmens- oder Organisationslizenzen**, welche die Nutzung durch alle Mitarbeitenden eines bestimmten Unternehmens oder einer bestimmten Organisationseinheit regeln, können in der Regel nicht ohne Zustimmung des Rechtsinhabers weiterübertragen werden.

25 Überträgt der Ersterwerber Software trotz einer **Veräusserungsbeschränkung** weiter, so hat der Rechtsinhaber zwar Ansprüche aus Vertragsverletzung gegen ihn, kann aber dem Zweiterwerber die bestimmungsgemässe Nutzung nicht verbieten. Für deren Umfang bleiben die Umstände des ursprünglichen Vertrages massgebend.

J. Vertragliche Nutzungseinschränkungen

26 Die Nutzung eines Computerprogramms wird vertraglich mitunter an einen bestimmten Computer gebunden (sogenannte **CPU-Klauseln**). Solche Bestimmungen sind generell eng auszulegen und dürfen die bestimmungsgemässe Nutzung der Software nicht faktisch verunmöglichen.

27 Individuell bezeichnete **«Named Users»** können nachträglich geändert werden, soweit der Nutzungsumfang dadurch nicht erweitert wird.

K. Sicherheitskopien und Backups

28 Das Urheberrecht gibt dem Erwerber eines Computerprogramms das **unabdingbare Recht**, eine Sicherungskopie davon herzustellen. Software wird oft automatisch von Backups erfasst. Die dabei entstehenden Kopien – nicht aber eine selbständige Nutzung derselben – sind durch das gesetzliche Gebrauchsrecht gedeckt.

L. Gebrauchsrecht an Dokumentationen

29 Auf Softwaredokumentationen sind grundsätzlich nicht die spezifischen Regeln über Computerprogramme, sondern nur die allgemeinen Bestimmungen des URG über **Sprachwerke** anwendbar.

M. Schranken des Urheberrechts

30 Für Computerprogramme sind als **Schranken des Urheberrechts** vor allem das Gebrauchs- und Weiterveräusserungsrecht des Erwerbers, das Recht auf Herstellung von Sicherungskopien und das Recht auf Dekompilierung von Schnittstellen zur Schaffung interoperabler Programme von praktischer Relevanz.

31 In **zeitlicher Hinsicht** sind Computerprogramme 50 Jahre über den Tod des Urhebers bzw. der Urheber hinaus geschützt.

II. Schutz von Datenbanken

32 **Datenbanken** sind in der Schweiz als Sammelwerke urheberrechtlich geschützt, wenn ihre Auswahl oder Anordnung individuellen Charakter hat. Dies ist nicht der Fall, wenn sich ihre Struktur ohne weiteres aus ihrem Inhalt ergibt.

III. Patentrechtlicher Schutz

A. Schutzvoraussetzungen

33 Damit ein Patent eingetragen werden kann, müssen folgende **Voraussetzungen** gegeben sein (Art. 1 und 7 PatG):

- Es muss sich um eine **Erfindung** handeln, die das Gebiet der **Technik** betrifft.
- Diese muss **gewerblich anwendbar** sein.
- Die Erfindung muss **neu** sein, d.h. sie darf noch nirgendwo publiziert worden sein.
- Für eine durchschnittliche Fachperson auf dem betreffenden Gebiet darf die Erfindung aufgrund des aktuellen Standes der Technik nicht naheliegend sein **(erfinderische Tätigkeit)**.

34 **Softwarebezogene Erfindungen** gehören gemäss der schweizerischen und europäischen Eintragungspraxis nur dann zum **Gebiet der Technik**, wenn besondere Kriterien erfüllt sind. Nach dem derzeitigen Stand der Rechtsprechung ist dies insbesondere in folgenden Fällen anzunehmen:

- Die Erfindung betrifft die Steuerung der **internen Funktionsweise des Computers** selbst oder seiner Schnittstellen (z.B. Art der Speicherverwaltung durch Betriebssysteme).
- Die Erfindung betrifft die Steuerung **nachgelagerter technischer Komponenten** (z.B. Industrieanlagen, welche physikalische oder chemische Effekte erzielen).
- Zur Ausführung der Erfindung **sind technische Überlegungen** notwendig. Das ist dann der Fall, wenn die Erfindung die Lösung einer technischen Aufgabenstellung darstellt.

B. Art des Patents

35 Durch Patente kann ein Programm mit bestimmten Eigenschaften (**Vorrichtungspatent**/Stoffpatent/Erzeugnispatent), ein bestimmtes Herstellungsverfahren **(Verfahrenspatent)** oder eine Methode für den **Betrieb einer Vorrichtung** geschützt werden.

C. Rechte an der Erfindung

36 Das Patentgesuch kann auch durch eine juristische Person (z.B. die Arbeitgeberfirma) gestellt werden. Der bzw. die Erfinder haben jedoch **Anspruch auf Nennung** in der Patenschrift (Art. 4ter PVÜ).

D. Schutzumfang

37 Der Inhaber kann anderen die **kommerzielle Ausführung** des Patents und das «Nachmachen» verbieten, d.h. das Kopieren mit für den Fachmann naheliegenden Abweichungen.

IV. Designrechtlicher Schutz

A. Schutzgegenstand

38 Durch das Designrecht können **grafische Benutzeroberflächen** geschützt werden, indem konkrete Bildschirmgestaltungen bzw. Elemente davon beim IGE hinterlegt werden. Die betreffende Gestaltung muss **Eigenart** aufweisen (d.h. einen Gestaltungsspielraum nutzen) und neu sein.

B. Schutzumfang

39 Mit dem Designrecht kann der Inhaber analog zum Patentrecht nur die **gewerbliche Nutzung**, nicht aber den Privatgebrauch verbieten (Art. 9 DesG).

40 Es gibt keine spezifischen Gesetzesbestimmungen zur **Erschöpfung der Rechte** an Computerprogrammen mit designrechtlich geschützten Elementen. Nach der hier vertretenen Auffassung ist aber davon auszugehen, dass diese in analoger Weise zum Urheberrecht gebraucht werden dürfen.

V. Topografierechtlicher Schutz

41 Seit 1993 kennt die Schweiz ein spezielles Gesetz zum Schutz dreidimensionaler Strukturen von Halbleitererzeugnissen (Hardwarechips). Dieses hat bisher jedoch keine praktische Bedeutung erlangt.

VI. Lauterkeitsrechtlicher Schutz

A. Grundsätzliches

42 Der lauterkeitsrechtliche Softwareschutz wurde in der Schweiz ursprünglich mit den lange fehlenden urheberrechtlichen und patentrechtlichen Schutzmöglichkeiten begründet. Die **Zielrichtung** des Lauterkeitsrechts und des Immaterialgüterrechts sind indessen unterschiedlich.

B. Generalklausel

43 **Unzulässig** ist nach der «Generalklausel» (Art. 2 UWG) jedes

- täuschende oder in anderer Weise gegen den Grundsatz von **Treu und Glauben** verstossende Verhalten,
- welches das **Verhältnis zwischen Mitbewerbern** oder zwischen Anbietern und Abnehmern **beeinflusst**.

C. Übernahme eines marktreifen Ergebnisses

44 Art. 5 lit. c UWG verbietet das gewerbliche Übernehmen und **Verwerten marktreifer Arbeitsergebnisse** ohne angemessenen eigenen Aufwand durch technische Reproduktionsverfahren.

D. Anvertraute Unterlagen

45 Wer **Einblick in fremde Arbeitsergebnisse** (z.B. Sourcecodes, Entwicklungsdokumentationen und Pläne) erhalten hat – sei es, dass sie ihm anvertraut wurden oder dass er sie unberechtigterweise erfahren hat – darf diese Unterlagen nicht gegen den Willen des Berechtigten verwerten (Art. 5 lit. a und b UWG).

Kommentierung

Literaturauswahl: Alder Daniel, Urheberrecht im Arbeitsvertrag, in: Streuli-Youssef Magda (Hrsg.), Urhebervertragsrecht, Zürich/Basel/Genf 2006, 461–509; Bacchetta Noa/Dietrich-Mirkovic Alexander, Softwarepiraterie, in: Münch Peter/Brun Simon (Hrsg.), Produktpiraterie, Zürich 2009, 138–164; Barrelet Denis/Egloff Willi, Das neue Urheberrecht, Kommentar zum Bundesgesetz über das Urheberrecht und verwandte Schutzrechte, 3. Aufl., Bern 2008; Berger Mathis, Schutz von Software – Überblick über die Rechtslage in der Schweiz, in: Trüeb Hans Rudolf (Hrsg.), Softwareverträge: Referate der Tagung der Stiftung für juristische Weiterbildung Zürich vom 11. November 2003, Zürich 2004, 25–60 (zit.: Berger, Schutz von Software); ders., ASP: ein neues Geschäftsmodell als Herausforderung für das Recht?, sic! 2002, 667–676 (zit.: Berger, ASP); Bertschinger Christoph, Patentfähige Erfindung, in: Bertschinger Christoph/Münch Peter/Geiser Thomas (Hrsg.), Schweizerisches und europäisches Patentrecht, Handbücher für die Anwaltspraxis, Bd. VI, Basel/Genf/München 2002, 87–112; Blickenstorfer Kurt U., Der Sourcecode-Escrow, in: Thomann Felix H./Rauber Georg (Hrsg.), Softwareschutz, Bern 1998, 211–249; Bornhauser Jonas, Anwendungsbereich und Beschränkung des urheberrechtlichen Vervielfältigungsrechts im digitalen Kontext, Bern 2010, zugl. Diss. Zürich 2009; Briner Robert G., Ausgewählte Grundprobleme des Softwareschutzes im neuen URG, SMI 1993, 205–212 (zit.: Briner, Grundprobleme des Softwareschutzes); ders., Vertraglicher Regelungsbedarf beim abhängigen Schaffen von Computerprogrammen im Lichte des neuen URG, AJP 1993, 576–580 (zit.: Briner, vertraglicher Regelungsbedarf); Bühler Lukas, Schweizerisches und internationales Urheberrecht im Internet, Fribourg 1999, zugl. Diss. Fribourg 1999; Caduff Melchior, Die urheberrechtlichen Konsequenzen der Veräusserung von Computerprogrammen, Bern 1997, zugl. Diss. Bern 1996; Calame Thierry, Softwareschutz: Möglichkeiten und Grenzen, in: Internet-Recht und Electronic Commerce Law, 9. Tagungsband, Bern 2007, 325–348 (zit.: Calame, Softwareschutz); ders., Besonderheiten von computerimplementierten Erfindungen, in: von Büren Roland/David Lucas (Hrsg.), Schweizerisches Immaterialgüter- und Wettbewerbsrecht (SIWR), Bd. IV: Patentrecht und Know-how, unter Einschluss von Gentechnik, Software und Sortenschutz, Basel/Genf/München 2006, 651–680 (zit.: Calame, SIWR IV); Chappuis, Note sur le devoir d'information du donneur de licence à l'égard du preneur de licence en matière informatique, SJ 1999, 474–476; Cherpillod Ivan Geltungsbereich und Schranken des Urheberrechts, in: von Büren Roland/David Lucas (Hrsg.), Schweizerisches Immaterialgüter- und Wettbewerbsrecht (SIWR), Bd. II/1: Urheberrecht und verwandte Schutzrechte, 2. Aufl., Basel/Genf/München 2006, 3–50 und 259–311 (zit.: Cherpillod, SIWR II/1); ders., La nouvelle loi sur le droit d'auteur et les droits voisins: titularité et transfert des droits, AJP 1993, 558–562 (zit.: Cherpillod, titularité et transfert); ders., Protection des logiciels et des bases de données: la révision du droit d'auteur en Suisse, SMI 1993, 49–66 (zit.: Cherpillod, Protection des logiciels); ders., Der Schutz der Computerprogramme, UFITA 1994, 140–150 (zit.: Cherpillod, Schutz der Computerprogramme); Closa Daniel/Gardiner Alex/Giemsa Falk/Machek Jörg, Patent Law for Computer Scientists: Steps to protect computer-implemented inventions, Berlin/Heidelberg 2010; Dessemontet François, Inhalt des Urheberrechts, in: von Büren Roland/David Lucas (Hrsg.), Schweizerisches Immaterialgüter- und Wettbewerbsrecht (SIWR), Bd. II/1: Urheberrecht und verwandte Schutzrechte, 2. Aufl., Basel/Genf/München 2006, 175–228 (zit.: Dessemontet, SIWR II/1); ders., Le droit d'auteur, CEDIDAC, Lausanne 1999 (zit.: Dessemontet, Droit d'auteur); Ducor Philippe, Protection des bases de données et concurrence déloyale, in: Ragueneau Alan (Hrsg.), Internet 2003: travaux des journées d'étude organisées à l'Université de Lausanne les 21 mai et 26 novembre 2003, CEDIDAC, Lausanne 2004, 153–185; Eisenhut Stefan, Escrow-Verhältnisse: Das Escrow Agreement und ähnliche Sicherungsgeschäfte, Basel 2009, zugl. Diss. Basel 2009; Etienne Calame Andrea, Der rechtliche Schutz von Datenbanken unter besonderer Berücksichtigung des Rechts der Europäischen Gemeinschaft, Diss. St. Gallen 2002; Frauenknecht Alois, Patente – Quo vadis? Antworten und Konsequenzen, sic! 2001, 715–722; Frei Alexandra, Softwareschutz durch das Patentrecht, in: Thomann Felix H./Rauber Georg (Hrsg.), Softwareschutz, Bern 1998, 97–161; Fröhlich-Bleuler Gianni, Urheberrechtliche Nutzungsbefugnisse

des EDV-Anwenders, AJP 1995, 569–578 (zit.: Fröhlich-Bleuler, Urheberrechtliche Nutzungsbefugnisse); ders., Softwareverträge, System-, Software-Lizenz und Software-Pflegevertrag, Bern 2004 (zit.: Fröhlich-Bleuler, Softwareverträge); Govoni Carlo, Der urheberrechtliche Schutz von Computerprogrammen, AJP 1993, 569–575; Häuptli Matthias, Vorübergehende Vervielfältigungen im schweizerischen, europäischen und amerikanischen Urheberrecht, Basel 2004, zugl. Diss. Basel 2004; Heinrich Peter, Kommentar zum Patentgesetz und zum europäischen Patentübereinkommen, 2. Aufl., Bern 2010 (zit.: Heinrich, PatG); ders., Kommentar zum schweizerischen Designgesetz und den entsprechenden Bestimmungen des Haager Musterschutzabkommens, Zürich 2002 (zit.: Heinrich, DesG); Hepp Dieter/Müller Christoph/Herrmann Torbjörn, Softwareschutz und Softwareverträge in einzelnen Ländern: Schweiz, in: Ullrich Hanns/Lejeune Mathias (Hrsg.), Der Internationale Softwarevertrag nach deutschem und ausländischem Recht, 2. Aufl., Frankfurt a.M. 2006, 1151–1208; Heusler Bernhard/Mathys Roland, IT-Vertragsrecht: Praxisorientierte Vertragsgestaltung in der Informationstechnologie, Zürich 2004; Hilty Reto M., Urheberrecht, Bern 2011 (zit.: Hilty, Urheberrecht); ders., Softwarevertrag: Qualifikation im Lichte des gesetzlichen Gebrauchsrechts, in: Harrer Friedrich/Portmann Wolfgang/Zäch Roger (Hrsg.), Besonderes Vertragsrecht – Aktuelle Probleme, Festschrift für Heinrich Honsell zum 60. Geburtstag, Zürich 2002, 61–85 (zit.: Hilty, Softwarevertrag); ders., Der Schutz von Computerprogrammen – nationale und internationale Normen auf dem Prüfstand des Internets, sic! 1997, 128–142 (zit.: Hilty, Schutz von Computerprogrammen); Hug Gitti, Kommentar zu Art. 9 URG, in: Müller Barbara K./Oertli, Reinhard (Hrsg.), Stämpflis Handkommentar, Urheberrechtsgesetz (URG), Kommentar zum Bundesgesetz über das Urheberrecht und verwandte Schutzrechte, Bern 2006; Hyzik Michael, Kein Schutz des Softwarekonsumenten durch das Urheberrecht, Jusletter vom 19.6.2000; Imhof Christian, Der ASP-Vertrag, Zürich/Basel/Genf 2008, zugl. Diss. Fribourg 2008; Kübler Philip, Rechtsschutz von Datenbanken (EU, USA, Schweiz), Zürich 1999, zugl. Diss. Zürich 1999; Kulhavy Sava V., Kommentar zum Beitrag «Computerimplementierte Erfindungen: eine neue Entscheidung des EPA» von Beat Weibel, sic! 2005, 774–777; Lutz Martin Johannes, Der Schutz der Computerprogramme in der Schweiz, GRUR Int. 1993, 653–663; Lück Gert, Halbleiter-Topographieschutz, in: von Büren Roland/David Lucas (Hrsg.), Schweizerisches Immaterialgüter- und Wettbewerbsrecht (SIWR), Bd. II/2: Urheberrecht im EDV-Bereich, Basel/Genf/München 1998, 349–374; Marly Jochen, Praxishandbuch Softwarerecht, Rechtsschutz und Vertragsgestaltung, 5. Aufl., München 2009; Meyer Leonz, Source Code-Escrow, in: Jörg Florian S./Arter Oliver (Hrsg.), Internet-Recht und IT-Verträge, Bern 2006, 65–88; Neff Emil G./Arn Matthias/Lück Gert, in: von Büren Roland/David Lucas (Hrsg.), Schweizerisches Immaterialgüter- und Wettbewerbsrecht (SIWR), Bd. II/2: Urheberrecht im EDV-Bereich, Basel/Genf/München 1998; Oertli Reinhard, Kommentar zu Art. 21 URG, in: Müller Barbara K./Oertli, Reinhard (Hrsg.), Stämpflis Handkommentar, Urheberrechtsgesetz (URG), Kommentar zum Bundesgesetz über das Urheberrecht und verwandte Schutzrechte, Bern 2006; Pfortmüller Herbert, Kommentar zu Art. 10 und 12 URG, in: Müller Barbara K./Oertli, Reinhard (Hrsg.), Stämpflis Handkommentar, Urheberrechtsgesetz (URG), Kommentar zum Bundesgesetz über das Urheberrecht und verwandte Schutzrechte, Bern 2006; Rauber Georg, Erlaubte Nutzung von Computersoftware, in: Zindel Gaudenz G./Peyer Patrik R./Schott Bertrand (Hrsg.), Wirtschaftsrecht in Bewegung, Festgabe zum 65. Geburtstag von Peter Forstmoser, Zürich/St. Gallen 2008, 463–484 (zit.: Rauber, Erlaubte Nutzung); ders., Computersoftware, in: Streuli-Youssef Magda (Hrsg.), Urhebervertragsrecht, Zürich 2006, 119–260 (zit.: Rauber, Computersoftware); ders., Lauterkeitsrechtlicher Softwareschutz, in: Thomann Felix H./Rauber Georg (Hrsg.), Softwareschutz, Bern 1998, 59–95 (zit.: Rauber, Lauterkeitsrechtlicher Softwareschutz); Reutter Mark, Software-Lizenzgebührenmodelle: Ausgestaltung und Tücken, in: Jörg Florian S./Arter Oliver (Hrsg.), IT-Verträge, 10. Tagungsband, Bern 2007, 17–44; Rehbinder Manfred/Viganò Adriano (Hrsg.), URG, 3. Aufl., Zürich 2008; Rigamonti Cyrill P., Zur Rechtmässigkeit des Handels mit Softwareproduktschlüsseln, AJP 2010, 582–592 (zit.: Rigamonti, Softwareproduktschlüssel); ders., Der Handel mit Gebrauchtsoftware nach schweizerischem Urheberrecht, GRUR Int. 2009, 14–26 (zit.: Rigamonti, Gebrauchtsoftware); Schlosser Ralph, La protection des secrets économiques, in: Clément François/Vulliemin

Pierre-François (Hrsg.), Entreprise et propriété intellectuelle, Lausanne 2010, 77–109; SCHUSTER FABIAN/REICHL WOLFGANG, Cloud Computing & SaaS: Was sind die wirklich neuen Fragen?, CR 2010, 38 ff.; SEEMANN MATTHIAS, Übertragbarkeit von Urheberpersönlichkeitsrechten, Bern 2008; SEMADENI THOMAS, Erschöpfungsgrundsatz im Urheberrecht, Bern 2004, zugl. Diss. Zürich 2004, 62–71; STAFFELBACH OLIVER, Die Dekompilierung von Computerprogrammen gemäss Art. 21 URG, Bern 2003, zugl. Diss. Zürich 2003; STAUB ROGER/CELLI ALESSANDRO L. (Hrsg.), Designrecht, Kommentar zum Bundesgesetz über den Schutz von Design, Zürich/Basel/Genf 2003 (zit.: BEARBEITER/IN, in: Staub/Celli); STRAUB WOLFGANG, Softwareschutz: Urheberrecht, Patentrecht, Open Source, Zürich 2011 (zit.: STRAUB, Softwareschutz); DERS., Informatikrecht: Einführung in Softwareschutz, Projektverträge und Haftung, Zürich/Bern 2004 (zit.: STRAUB, Informatikrecht); DERS., L'ingénierie inverse et la propriété intellectuelle, ZSR 2003 I 1–21 (zit.: STRAUB, ingénierie inverse); DERS., Software im System des Immaterialgüterrechts, Jusletter vom 15.4.2003 (zit.: STRAUB, System des Immaterialgüterrechts); DERS., Individualität als Schlüsselkriterium des Urheberrechts, GRUR Int. 2001, 1–8 (zit.: STRAUB, Individualität); DERS., Der Sourcecode von Computerprogrammen im schweizerischen Recht und der EU-Richtlinie über den Rechtsschutz von Computerprogrammen, UFITA 2001 III 807–840 (zit.: STRAUB, Sourcecode); STUTZ ROBERT MIRKO/BEUTLER STEPHAN/KÜNZI MURIEL, Handkommentar zum Designgesetz, Bern 2006; THOMANN FELIX H., Softwareschutz durch das Urheberrecht, in: Thomann Felix H./Rauber Georg (Hrsg.), Softwareschutz, Bern 1998, 1–58 (zit.: THOMANN, Softwareschutz); DERS., Die Euroverträglichkeit der Softwareschutz-Regelung gemäss dem revidierten URG, AJP 1993, 563–568 (zit.: THOMANN, Euroverträglichkeit); THOMANN FELIX H./RAUBER GEORG (Hrsg.), Softwareschutz, Bern 1998; THOUVENIN FLORENT, Computerimplementierte Erfindungen: Status quo im Europäischen Patentrecht, sic! 2010, 808–821; THOUVENIN FLORENT/BERGER MATHIS, Wettbewerbsrecht (UWG), in: Weblaw (Hrsg.), Informatikrecht für die Praxis (Loseblatt), Zürich 2001 ff., Kap. 6; TISSOT NATHALIE, Bases de données et droit d'auteur, in: Ragueneau Alan (Hrsg.), Internet 2003: travaux des journées d'étude organisées à l'Université de Lausanne les 21 mai et 26 novembre 2003, CEDIDAC, Lausanne 2004, 185–214; DIES., La protection de la topographie des circuits intégrés, RJN 1994, 9–27; TROLLER KAMEN, Manuel du droit suisse des biens immatériels, 2. Aufl., Basel/Frankfurt a.M. 1996; DE WACHTER JOREN, Software Written By Software – Is Copyright Still the Appropriate Tool to Protect IT?, Computer und Recht international 1/2010, 12–20; WEBER ROLF H., Datenbankrecht – Regelungsbedarf in der Schweiz?, in: Weber Rolf H./Hilty Reto M. (Hrsg.) Daten und Datenbanken: Rechtsfragen zu Schutz und Nutzung, Zürich 1999, 59–80; WEIBEL BEAT, Computerimplementierte Erfindungen: eine neue Entscheidung des EPA (T 258/03), sic! 2005, 514–519; WELCH ANDREAS/MÜLLER CHRISTOPH, Patente – Quo vadis? – Eine Erwiderung sic! 2002, 290; VON WERDT NICOLAS, Kopierschutz für Computerchips, in: Thomann Felix H./Rauber Georg (Hrsg.), Softwareschutz, Bern 1998, 187–209 (zit.: VON WERDT, Kopierschutz für Computerchips); DERS., Ausgewählte Probleme zum Topographienschutz von mikro-elektronischen Halbleitererzeugnissen: der Schutzgegenstand und die Schutzvoraussetzungen, Zürich 1991, zugl. Diss. Zürich 1991 (zit.: VON WERDT, Topographienschutz); DE WERRA JACQUES, Kommentar zu Art. 16 und 17 URG, in: Müller Barbara K./Oertli, Reinhard (Hrsg.), Stämpflis Handkommentar, Urheberrechtsgesetz (URG), Kommentar zum Bundesgesetz über das Urheberrecht und verwandte Schutzrechte, Bern 2006; WIDMER URSULA, Der urheberrechtliche Schutz von Computerprogrammen, ZSR 1993 I 247–268.

Vorbemerkungen

0.1 Aus historischen Gründen wurde der Schutz von Software zunächst im **Urheberrecht** angesiedelt (siehe dazu CHERPILLOD, Schutz der Computerprogramme, 141 ff.; BERGER, Schutz von Software, 30 ff.; THOMANN, Softwareschutz, 2 ff.; STRAUB, System des Immaterialgüterrechts, Rz. 4 ff.; HILTY, Urheberrecht, Rz. 114 f.). Mit der Einordnung von Computerprogrammen in das bestehende Urheberrechtssystem konnte am schnellsten ein weltweiter wirksamer Softwareschutz erreicht werden (siehe Art. 10 Ziff. 1 TRIPs und Art. 4 WCT). Allerdings bestehen zahlreiche Unterschiede zwi-

schen Software und literarischen Werken, so dass die auf Schriftsteller zugeschnittenen Regeln des Urheberrechts oftmals nicht richtig passten. Inzwischen wurden daher zahlreiche Sonderbestimmungen für Computerprogramme erlassen, so dass sich die Ausgestaltung ihres Schutzes immer mehr von demjenigen sonstiger Sprachwerke entfernt hat. Art. 2 Abs. 3 URG kann daher auch als Fiktion verstanden werden, wonach Computerprogramme als Werke der Literatur und Kunst gelten, obwohl sie eigentlich etwas Eigenständiges sind.

0.2 In der Praxis wurde der urheberrechtliche Schutz schon bald als unzureichend empfunden. Daher begann ab den 1990er-Jahren eine weltweite Öffnung des **Patentrechts** für softwarebezogene Erfindungen. Zudem werden die immaterialgüterrechtlichen Bestimmungen durch das Lauterkeitsrecht ergänzt. Hingegen ist der spezifische Schutz der Topografie von Hardwarechips zumindest in der Schweiz weitgehend toter Buchstabe geblieben.

0.3 Die Bestimmungen des geltenden schweizerischen Urheberrechtsgesetzes von 1992 sind unter dem Einfluss der **EU-Richtlinie über den Schutz von Computerprogrammen** von 1991 (Softwareschutz-RL) entstanden. Da die Schweiz nicht EU-Mitglied ist, hat die Softwareschutz-RL zwar keine direkte Geltung für sie. Weil der schweizerische Gesetzgeber jedoch ausdrücklich eine Harmonisierung mit dem EU-Recht angestrebt hat, ist die Softwareschutz-RL bei der Auslegung des URG mit zu berücksichtigen (siehe zum Verhältnis zwischen der Softwareschutz-RL und dem schweizerischen Urheberrecht auch THOMANN, Euroverträglichkeit, 563 ff.; DERS., Softwareschutz, 4 ff.; RAUBER, Computersoftware, 123).

I. Urheberrechtlicher Schutz

A. Schutzgegenstand

1 Computerprogramme zeichnen sich dadurch aus, dass sie eine **unmittelbare Funktionalität** aufweisen und nicht nur statisch konsumiert, sondern dynamisch gebraucht werden können.

1.1 Es ist grundsätzlich zwischen durch einen Computer ausführbarer Software und statischen **Daten** zu unterscheiden (siehe dazu MARLY, Rz. 27; STRAUB, Softwareschutz, Rz. 46 f.; BERGER, Schutz von Software, 45; HILTY, Urheberrecht, Rz. 338 ff.). Programmbeschreibungen in Texten oder Flowcharts sind als Sprachwerke schützbar. Sobald Daten zu einem integrierten Bestandteil von eigentlichen Computerprogrammen werden (z.B. Speicherung in einer ausführbaren Datei), sind deren spezifische Schutzvorschriften auch auf sie anwendbar.

1.2 Ein urheberrechtlicher Schutz von **Hardware** kommt nicht in Frage, weil das Urheberrecht explizit auf Werke der Literatur und Kunst und auf Computerprogramme beschränkt ist (Art. 1 URG). Hingegen sind die für den Betrieb der Hardware notwendigen Softwarekomponenten (Betriebssysteme, Firmware, Treiber etc.) urheberrechtlich schutzfähig.

Computerprogramme sind **unabhängig von ihrer Form** (d.h. insbesondere Entwürfe, Sourcecodes und Objectcodes) als solche urheberrechtlich schützbar, sofern sie die nötige Individualität aufweisen. **2**

Als Computerprogramme schützbar sind auch **Makros** (speicherbare Befehlsfolgen für ein bestimmtes Programm), Hilfssoftware (z.B. Runtime Tools), Programmmodule, Unterprogramme und **Programmbibliotheken** (Sammlungen einzelner Programmfunktionen, die im Programm abgearbeitet werden), nicht aber statische elektronische Dokumente, welche keine eigene Funktionalität enthalten (siehe dazu auch KGer SG, 17.7.2007, ZZ.2006.36, E. 3a/cc/aaa und E. 3b/cc). 2.1

Software im weiteren Sinn umfasst über den eigentlichen Programmcode hinaus zusätzliche Dokumente (z.B. Konzepte, Pflichtenhefte, Dokumentationen, Schnittstellendefinitionen, Formatdefinitionen). Diese sind als **Sprachwerke** urheberrechtlich schützbar, auch wenn sie keine «schriftstellerischen» Qualitäten haben (Art. 2 Abs. 2 lit. d URG; siehe dazu auch BezGer Horgen, 4.2.1988, SJZ 1988, 365 ff.). Die speziellen Bestimmungen über den Schutz von Computerprogrammen gelten nach der hier vertretenen Auffassung jedoch nicht für sie. Die herrschende Lehre will demgegenüber Entwicklungsdokumentationen generell den Bestimmungen über den Schutz von Computerprogrammen unterstellen (siehe Neff/Arn, 123 f.; Semadeni, 82; Thouvenin/Berger, Kap. 6/3.2; Berger, Schutz von Software, 28; Hepp/Müller/Herrmann, Rz. 1558; Thomann, Softwareschutz, 12). 2.2

Gemäss der Botschaft zum URG (BBl 1989 III 522) fallen unter den Begriff des Computerprogramms auch Aufgabenbeschreibungen, d.h. **Spezifikationen** (siehe dazu auch Rauber, Computersoftware, 127 ff., welcher auf den Konkretisierungsgrad abstellen will). Nach der hier vertretenen Auffassung sind diese jedoch eher als Sprachwerke schützbar, da die spezifischen Regeln für Computerprogramme nur Sinn machen, wo eine direkte Umsetzung durch Computer möglich ist. Das ist bei Spezifikationen grundsätzlich nicht der Fall. Allerdings wurde mit dem Aufkommen neuer Softwareentwicklungsmodelle wie «Model-Driven Software Development» die Abgrenzung zwischen Programmbeschreibungen, Modellen und ausführbaren Programmcodes teilweise relativiert. 2.3

Ein Werk kann sowohl Charakteristika eines Computerprogramms als auch solche eines Sprachwerks aufweisen **(hybride Werke)**. Auf jedes der Elemente sind die jeweils passenden Regeln anzuwenden. **3**

Die **Grenzen zwischen Computerprogrammen und sonstigen Werken** verlaufen z.B. im Bereich von Multimedia-Produkten, Computerspielen und Online-Handbüchern fliessend (siehe zum Schutz solcher Produkte Neff/Arn, 177 ff. und 186 ff.; Straub, Softwareschutz, Rz. 48, 798; Hepp/Müller/Herrmann, Rz. 1581 ff.). Grundsätzlich sind auf jedes Element die jeweils passenden Regeln anzuwenden. Für die einzelnen Werkaspekte können dementsprechend auch unterschiedliche Schrankenbestimmungen gelten. In solchen Fällen ist letztlich im Rahmen der Auslegung eine Interessenabwägung vorzunehmen, in welcher softwarebezogene und sonstige Werkaspekte gewichtet werden. 3.1

B. Schutzvoraussetzungen

4 Computerprogramme geniessen nur dann urheberrechtlichen Schutz, wenn sie die **allgemeinen Schutzvoraussetzungen des Urheberrechts** erfüllen:

- Es muss sich um eine **geistige Schöpfung** handeln, d.h. sie müssen durch Menschen geschaffen worden sein.
- Zudem müssen sie **individuellen Charakter** aufweisen. Bei der Beurteilung der Individualität gilt der gleiche Massstab wie bei sonstigen Werken.

4.1 Die **Anforderungen des Urheberrechts an die Individualität** sind bei Computerprogrammen gleich wie bei sonstigen Werken (siehe dazu auch KassGer Zürich, 30.3.1999, ZR 2000, 238 ff.; Widmer, 250; Calame, Softwareschutz, 331; Rauber, Computersoftware, 124).

4.2 Bei technischen Werken ist der **Gestaltungsspielraum** mitunter durch den Zweck eingeschränkt. Nach der Bundesgerichtspraxis und der wohl herrschenden Lehre sind an den Grad der Individualität geringere Anforderungen zu stellen, wo der Gestaltungsspielraum klein ist (siehe BGE 125 III 328 E. 4b; 113 II 190 E. I/2a mit zahlreichen Hinweisen; KGer SG, 17.7.2007, ZZ.6006.36, E. 3a/cc/aaa; Neff/Arn, 71; Barrelet/Egloff, Art. 2 URG N 8; Troller, Band I, 256; Thouvenin/Berger, Kap. 6/3.4/3; Berger, Schutz von Software, 39 f.; Thomann, Softwareschutz, 13 ff.; wohl a.M. hingegen Dessemontet, Droit d'auteur, 129 ff.). Nachdem das Bundesgericht sich inzwischen zur Theorie der statistischen Einmaligkeit bekennt, erscheint ein Festhalten an der aus dem deutschen Recht importierten Rechtsfigur der «kleinen Münze» allerdings nicht mehr als folgerichtig (siehe demgegenüber jedoch OGer Zürich, 11.10.2010, LL090002/U, E. III/5a = sic 2011, 230 ff.). Drängt sich eine bestimmte Lösung aus technischen Gründen auf, darf sie nicht durch das Urheberrecht monopolisiert werden, da ein Bedürfnis der Öffentlichkeit besteht, diese ebenfalls nutzen zu können.

4.3 Urheberrechtlich schützbar sind nur **geistige Schöpfungen**, d.h. menschengemachte Werke. Auch durch **Programmierwerkzeuge** bzw. Programmgeneratoren erzeugter Programmcode beruht direkt oder indirekt auf menschlichen Entscheidungen (siehe dazu auch Rauber, Computersoftware, 131 f.; Neff/Arn, 158 f. und 184 ff.; Straub, Softwareschutz, Rz. 65 ff. sowie die rechtsvergleichende Analyse von de Wachter, 15 ff.). In Bezug auf den urheberrechtlichen Schutz ist zu differenzieren: Der Hersteller des Tools kann für den damit generierten Programmcode nur insoweit urheberrechtlichen Schutz beanspruchen, als dessen Gestaltung durch das Werkzeug – und damit indirekt durch ihn selbst – bestimmt ist.

4.4. Computerprogramme können über ihre **grafische Oberfläche** oft fast unendlich viele verschiedene Bildschirminhalte erzeugen. Sowohl die einzelnen Screens als auch die Darstellungsstruktur *(look and feel)* geniessen urheberrechtlichen Schutz, soweit sie individuell sind.

4.5 Ähnliche Fragen wie bei Programmierwerkzeugen stellen sich auch in Bezug auf **Dateien**, welche mit Computerprogrammen erzeugt wurden. Dateiformate können selbst urheberrechtlichen Schutz geniessen (siehe dazu Thomann, Softwareschutz, 18; Straub, Softwareschutz, Rz. 71 f.). Mit Anwenderprogrammen erzeugte Dateien enthalten mitunter urheberrechtlich geschützte Formatinformationen (z.B. Formatierungscodes). Nach der hier vertretenen Auffassung ist jedoch davon auszugehen, dass

der Rechtsinhaber mit der Veräusserung des Programms auch seine Rechte an den beim bestimmungsgemässen Gebrauch entstehenden Dateien erschöpft oder zumindest eine entsprechende *implied license* eingeräumt hat.

C. Schutzebenen

Computerprogramme enthalten **mehrere Ebenen**, die urheberrechtlichen Schutz geniessen können, soweit sie die Schwelle der Individualität erreichen. Es sind hauptsächlich folgende Werkebenen zu unterscheiden: **5**

- **Aufbau** bzw. Struktur eines Programms, einer Schnittstelle oder eines Dateiformats;
- **Implementierung** (Umsetzung des einem Programm zugrundeliegenden Konzepts auf Codierungsebene) und Parametrisierung (Vornahme von Einstellungen innerhalb eines Programms);
- **Benutzeroberfläche** eines Programms.

Ob ein Computerprogramm die Urheberrechte eines anderen verletzt, ist **anhand aller Ebenen** zu beurteilen (siehe dazu auch KGer ZG, 30.8.1988, SMI 1989, 58 ff. – «Auto-CAD/A-CAD»). Die Berücksichtigung sämtlicher Schutzebenen macht die Beurteilung der Schutzfähigkeit von Computerprogrammen anspruchsvoll (siehe zum Schutz der Codierungsebene Entscheid des OGer ZH, 23.3.2006, LK 060002/Z02 = sic! 2006, 851 ff.; zum Schutz von Schnittstellen Neff/Arn, 146 f.; zum Schutz grafischer Benutzeroberflächen Thomann, Softwareschutz, 18; Neff/Arn, 147 ff. und 178 ff.; OGer BL, 3.4.1990, SMI 1990, 441 f.). Siehe auf europäischer Ebene auch das Urteil des EuGH vom 22.12.2010 in der Rechtssache C-393/09, wonach eine grafische Benutzeroberfläche nicht den spezifischen urheberrechtlichen Schutz für Computerprogramme der Softwareschutz-Richtlinie geniesst, aber dennoch als urheberrechtliches Werk geschützt sein kann. 5.1

Keinen urheberrechtlichen Schutz geniessen die **Funktionen**, welche ein Programm bietet (z.B. Kursiv- und Fettdruck bei einem Textverarbeitungsprogramm), weil diese sozusagen die Aufgabenstellung darstellen, an welcher die Individualität gemessen wird (siehe dazu auch KGer SG, 24.5.2005, DZ.2002.3, E. III/4c). 5.2

Auf jeder Ebene muss zwischen freien **Ideen** und schutzfähigem **Ausdruck** der Ideen unterschieden werden (siehe dazu generell Cherpillod, Protection des logiciels, 52 f.; siehe in diesem Zusammenhang auch Art. 9 TRIPs, wonach Ideen, Verfahren oder mathematische Konzepte nicht urheberrechtlich geschützt werden können; siehe zum patenrechtlichen Schutz jedoch hinten Rz. 33.1 ff.). Auf der Strukturebene ist diese Abgrenzung besonders anspruchsvoll. 5.3

D. Schutzumfang

Der **Umfang des urheberrechtlichen Schutzes** entspricht grundsätzlich demjenigen der Individualität: Innerhalb eines Computerprogramms, welches aus einer Vielzahl von Programmzeilen besteht, ist jede Sequenz geschützt, welche die Grenze der Individualität erreicht. **6**

6.1 Bei Verdacht auf Urheberrechtsverletzungen werden mitunter **quantitative Analysen** angestellt. Diese erlauben keine direkten Aussagen über die Individualität (siehe demgegenüber jedoch THOMANN, Softwareschutz, 51). Wenn eine grosse Anzahl von Programmzeilen übereinstimmt, ist die Wahrscheinlichkeit einer Verletzung allerdings hoch (siehe dazu etwa KGer AG, 31.7.1990, SMI 1991, 84 ff. – «Swissbase»/«Bliss»; OGer ZH, 11.10.2010, LL090002/U = sic 2011, 230 ff.). Auch die Verwendung gleicher Bibliotheken, Entwicklungswerkzeuge etc. stellt – sofern nicht technisch notwendig – ein Indiz gegen die Unabhängigkeit der Entwicklung dar (siehe dazu KGer SG, 24.5.2005, DZ.2002.3, E. III/7c).

6.2 In Urheberrechtskonflikten ist oft entscheidend, welches Werk als erstes geschaffen wurde. Wenn Software in den USA verwertet werden soll, empfiehlt sich eine **Hinterlegung** beim US Copyright Office. In Frankreich kann ein Werk beim Institut national de la propriété industrielle eingereicht werden. Das schweizerische Institut für geistiges Eigentum bietet keine entsprechende Möglichkeit an. Man kann sich allenfalls durch die Hinterlegung bei einem Notar oder Escrowagenten behelfen (siehe zum Escrow im Einzelnen MEYER, 65 ff.; STRAUB, Informatikrecht, 84 ff.; BLICKENSTORFER, 211 ff.; EISENHUT, 55 f.; GELLIS, 447 ff.; HEPP/MÜLLER/HERRMANN, Rz. 1681 ff.). Die einfachste Alternative besteht darin, sich selbst eine versiegelte Kopie mit eingeschriebener Post zuzusenden und bis zu einem eventuellen Gerichtsverfahren ungeöffnet aufzubewahren.

E. Inhaber der Rechte

7 Wird ein Computerprogramm in einem **Arbeitsverhältnis** in Erfüllung vertraglicher Pflichten geschaffen, so sind die Arbeitnehmer zwar Urheber, aber der Arbeitgeber ist zur Ausübung der Urhebervermögensrechte berechtigt.

7.1 Die Urheberrechte an Software entstehen – wie sonstige Urheberrechte – stets in der Person der Autorinnen und Autoren und können nur **derivativ** übertragen werden. Computerprogramme werden meistens von Teams für einen bestimmten Arbeitgeber entwickelt. Das führt grundsätzlich zu einer Rechtsgemeinschaft aller an der Entwicklung Beteiligten, welche über ihre Rechte nur gemeinsam verfügen können. Wird ein Computerprogramm in einem Arbeitsverhältnis in Erfüllung vertraglicher Pflichten geschaffen, so sind die Arbeitnehmer zwar Urheber, aber der Arbeitgeber ist allein zur Ausübung der Urheberrechte berechtigt. Es empfiehlt sich jedoch, im Arbeitsvertrag Umfang und Modalitäten der Übertragung von Immaterialgüterrechten näher zu regeln (siehe dazu generell **§ 9** Patente: Der Schutz von technischen Innovationen, **§ 26** Arbeitnehmer-Design, **§ 33** Urheberrechtlich geschützte Werke von Arbeitnehmenden und ihre Übertragung auf den Arbeitgeber sowie in Bezug auf Computerprogramme STRAUB, Softwareschutz, 275).

8 Bei der **werkvertraglichen Entwicklung** von Individualsoftware bleiben die Urheberrechte – sofern nichts anderes vereinbart wurde – in der Regel beim Unternehmer. Folgende Umstände können aber in Zweifelsfällen Indizien für einen Rechtsübergang auf den Besteller bilden:

- Vollständige Finanzierung durch den Besteller;
- Exklusivität der Programmnutzung;
- Mitlieferung von Sourcecode und Entwicklungsdokumentation;

– Beisteuerung von eigenem Know-how und Mitarbeit bei der Programmentwicklung.

8.1 Art. 17 URG bezieht sich nur auf Arbeitsverträge. Mitunter ist bei Software, welche im Rahmen eines **Werk- oder Auftragsverhältnisses** individuell entwickelt wurde, im Nachhinein strittig, ob der Besteller Urheberrechte oder eine blosse Gebrauchslizenz erhielt. Grundsätzlich gehen nur diejenigen Rechte auf den Besteller über, welche sich aus dem betreffenden Projektvertrag ergeben (siehe dazu auch LUTZ, 657 f.; THOMANN, Softwareschutz, 24; NEFF/ARN, 285; STRAUB, Softwareschutz, Rz. 96 ff.).

8.2 Alleine die **Übertragung des Eigentums an Werkexemplaren** in Objekt- oder Sourcecodeform führt selbst nicht zu einem Übergang von Urheberrechten (Art. 16 Abs. 3 URG; siehe dazu RAUBER, Computersoftware, 198 f.). In Zweifelsfällen sind aber eine vorbehaltlose Herausgabe von Sourcecode und Entwicklungsdokumentation Indizien für eine umfassende Übertragung der Urheberrechte oder zumindest für die Einräumung eines Änderungsrechts (siehe dazu auch hinten Rz. 13.1).

F. Urheberpersönlichkeitsrechte

9 Auch an Computerprogrammen bestehen neben den vermögensrechtlichen Ansprüchen **Urheberpersönlichkeitsrechte**:

– **Anerkennung der Urheberschaft:** Recht auf Erwähnung als Urheber
– **Erstveröffentlichung:** Veröffentlichen bedeutet, ein Werk einer grösseren Anzahl Personen ausserhalb eines privaten Kreises zugänglich zu machen.
– **Werkintegrität:** Verbot von Entstellungen des Werks.

9.1 Ob und inwieweit **Urheberpersönlichkeitsrechte übertragen** werden können, wird in der Schweiz zunehmend kontrovers diskutiert (siehe dazu auch **§ 33** Urheberrechtlich geschützte Werke von Arbeitnehmenden und ihre Übertragung auf den Arbeitgeber, Rz. 3.2). Wegen ihrer Persönlichkeitsnähe galten diese bisher als grundsätzlich unübertragbar (siehe dazu NEFF/ARN, 205 ff.; DE WERRA, Art. 16 URG N 16). In der neueren Literatur wird teilweise eine freie Übertragbarkeit vorgeschlagen, was allerdings auch eine Weiterübertragbarkeit zur Folge haben müsste und letztlich den Sinn der Unterscheidung zwischen Urhebervermögensrechten und Urheberpersönlichkeitsrechten in Frage stellt (siehe dazu im Einzelnen DE WERRA, Art. 16 URG N 17 ff.; CHERPILLOD, SIWR II/1, 24 f.; HEPP/MÜLLER/HERRMANN, Rz. 1567; SEEMANN, 245 ff.; STRAUB, Softwareschutz, Rz. 110 ff.).

9.2 Eine übertragungsähnliche Wirkung lässt sich auch durch einen **Verzicht auf die Ausübung der Urheberpersönlichkeitsrechte** erreichen (siehe dazu HUG, Art. 9 URG N 10 und 17; DESSEMONTET, SIWR II/1, 207). Nach der heute wohl herrschenden Lehre ist von einem persönlichkeitsnahen Kerngehalt des Urheberpersönlichkeitsrechts auszugehen (siehe dazu auch SEEMANN, 254; BARRELET/EGLOFF, Art. 9 URG N 7 und Art. 16 URG N 15).

9.3 Auf die Ausübung des **Rechts auf Urhebernennung** kann ausdrücklich oder konkludent verzichtet werden (siehe zur Tragweite des Ausübungsverzichts auch BRINER,

vertraglicher Regelungsbedarf, 578). Der Urheber kann sich im Einzelfall auch damit einverstanden erklären, dass das Werk unter einem bestimmten anderen Namen publiziert wird (Ghostwriting).

9.4 Nach der wohl herrschenden Meinung ist zumindest bei Computerprogrammen, an welchen mehrere Personen mitgewirkt haben, in der Regel von einem **stillschweigenden Verzicht auf Nennung der einzelnen Autoren** auszugehen (siehe WIDMER, 258 f.; RAUBER, Computersoftware, 205; THOUVENIN/BERGER, Kap. 6/3.7/1.1; HUG, Art. 9 URG N 18; BARRELET/EGLOFF, Art. 9 URG N 13; NEFF/ARN, 208; differenzierend DE WERRA, Art. 17 URG N 24). Ein stillschweigender Verzicht wird jedenfalls bei komplexen Programmen, an welchen ein grösseres Entwicklerteam mitgearbeitet hat, mit einer allgemeinen Branchenusanz begründet. Allerdings gibt es durchaus auch prominente Gegenbeispiele (z.B. Open Source Lizenzen).

9.5 Der Autor soll frei darüber entscheiden können, wann der Schaffensprozess abgeschlossen ist und ob das Werk der Öffentlichkeit präsentiert werden soll. Art. 9 Abs. 3 URG gibt ihm daher das Recht, es selber erstmals ausserhalb eines privaten Kreises zu veröffentlichen. Bei Computerprogrammen stellt sich die Frage, ob mit der Verbreitung des ausführbaren Programms auch das Veröffentlichungsrecht am Sourcecode erschöpft ist. Da die urheberrechtlich schutzfähigen Elemente eines Computerprogramms bei dessen Benutzung in der Regel kaum erkennbar sind, besteht nach der hier vertretenen Auffassung ein eigenes **Erstveröffentlichungsrecht am Sourcecode** (siehe dazu STRAUB, Sourcecode, 815 ff.; a.M. NEFF/ARN, 211). Bei arbeitsvertraglich geschaffenen Computerprogrammen kommt aber analog zu einem allfälligen stillschweigenden Verzicht auf Autorennennung auch eine stillschweigende Zustimmung zur Erstveröffentlichung in Betracht (siehe dazu auch ALDER, 498; SEEMANN, 340 ff. und 389 ff.).

9.6 **Änderungen von Computerprogrammen** tangieren die Persönlichkeit des Programmierers nur in seltenen Fällen (siehe dazu auch LUTZ, 657; NEFF/ARN, 212 ff.). Gemäss CHERPILLOD (SIWR II/1, 35), kommt es allerdings nicht auf eine allfällige Beeinträchtigung der Persönlichkeit des Urhebers an, sondern auf die Entstellung des Werks selbst.

9.7 Das **Erstveröffentlichungsrecht** und das **Werkänderungsrecht** stehen in einem engen Bezug zur Urhebernennung. Bei Softwareentwicklung im Arbeitsverhältnis hat der Arbeitgeber ein Interesse daran, frei über die Verwertung von Software entscheiden zu können (siehe zur Bedeutung des Veröffentlichungsrechts an im Arbeitsverhältnis geschaffenen Programmen DE WERRA, Art. 17 URG N 22 f.; GOVONI, 572; BARRELET/EGLOFF, Art. 17 URG N 7). Hingegen hat der Arbeitnehmer ein Interesse daran, seinen eigenen Ruf in der Fachöffentlichkeit nicht durch eine vorzeitige Publikation unfertiger oder fehlerhafter Werke aufs Spiel zu setzen. Das Recht, sich im Einzelfall gegen entstellende Änderungen zu wehren, bleibt aber nach der hier vertretenen Auffassung auch dann bestehen, wenn der Urheber eine generelle Zustimmung zu Änderungen erteilt hat (Art. 11 Abs. 2 URG; siehe in diesem Zusammenhang auch DE WERRA, Art. 16 URG N 25).

G. Urhebervermögensrechte

10 Das Urheberrecht gibt dem Urheber das ausschliessliche Recht zu bestimmen, ob, wann und wie sein Werk **verwendet** wird.

Die daraus abgeleiteten **Urhebervermögensrechte** umfassen im Softwarebereich insbesondere folgende Befugnisse: 10.1

- Herstellung von Kopien;
- Werkänderungen;
- Dekompilation von Computerprogrammen;
- Vermietung von Computerprogrammen;
- Nutzung innerhalb von Netzwerken, Application Service Providing etc.

11 Beim Ablauf eines Computerprogramms kommt es zu rechtlich relevanten **Kopiervorgängen** (Laden in den Arbeitsspeicher), weshalb – unter Vorbehalt des gesetzlichen Gebrauchsrechts – die Zustimmung des Rechtsinhabers dazu erforderlich ist.

Ein Programm kann in der Regel nicht benutzt oder verändert werden, ohne dass es in den Arbeitsspeicher eines Computers geladen wird. Dabei werden zumindest Teile des Programms temporär kopiert (**ephemere/flüchtige Speicherung**; siehe zu den unterschiedlichen Formen der Zwischenspeicherung beim Übertragen und Ausführen Bornhauser, Rz. 104 ff.). Nach der in der EU und der Schweiz herrschenden Lehre zählen auch für den Programmablauf zwingend erforderliche Kopiervorgänge zu den Nutzungshandlungen, welche grundsätzlich alleine dem Urheber vorbehalten sind (siehe zur Relevanz technischer Kopiervorgänge beim Programmablauf Widmer, 261; Bühler, 159 ff.; differenzierend Häuptli, 67 ff. und 165 ff., mit weiteren Hinweisen; siehe in diesem Zusammenhang auch Art. 4 lit. a Softwareschutz-RL). 11.1

Gegenüber dem Erwerber eines digitalen Werks dürfte sich eine entsprechende Zustimmung zur Nutzung aus der Veräusserung ableiten lassen (siehe dazu im Einzelnen Straub, Legal Monitoring, 798). Wenn hingegen **Kopien bei Dritten** entstehen (z.B. Caching auf Proxy-Servern bei der Online-Übertragung), können diese sich nicht direkt auf eine in der Werkveräusserung implizierte Gebrauchslizenz berufen. Art. 24a URG erklärt daher vorübergehende technisch bedingte Vervielfältigungshandlungen ohne eigenständige wirtschaftliche Bedeutung, welche im Rahmen einer rechtmässigen Nutzung stattfinden, explizit als zulässig (siehe zur Bedeutung von Art. 24a URG für Computerprogramme auch Morscher/Dorigo, 38 ff.). 11.2

12 Der Urheberrechtsinhaber hat ein umfassendes Recht, über **Programmänderungen** zu entscheiden. Aus dem Gebrauchsrecht der Erwerber kann sich jedoch ausnahmsweise ein Recht ergeben, zum bestimmungsgemässen Gebrauch erforderliche Modifikationen selbst vorzunehmen.

Die Rechtsinhaber haben ein wirtschaftliches Interesse, an der Weiterentwicklung von Computerprogrammen zu partizipieren. Für die Benutzer ist dies solange kein Problem, als die Rechtsinhaber zu angemessenen Konditionen zur Anpassung und **Weiterentwicklung** des Programms in der Lage sind. Ist dies nicht der Fall, kann sich aus dem Gebrauchsrecht ausnahmsweise ein Recht ergeben, notwendige Änderungen wie die Beseitigung von Programmfehlern selbst vorzunehmen (siehe auch BGer, 3.7.2012, 4A_98/2012, E. 4.3 ff.; Rauber, Use Restrictions, 154; Fröhlich-Bleuler, Urheberrechtliche Nutzungsbefugnisse, 574 f.; Pfortmüller, Art. 12 12.1

URG N 18; GELLIS, 442 f.; THOUVENIN/BERGER, Kap. 6/3.7/2.3; siehe in diesem Zusammenhang auch Art. 4 lit. b und Art. 5 Abs. 1 Softwareschutz-RL).

12.2 Den Interessen der Nutzer, in gewissen Fällen über den Sourcecode zu verfügen, kann allenfalls auch durch eine Hinterlegung bei einem **Escrowagenten** Rechnung getragen werden (siehe dazu MEYER, 65 ff.; STRAUB, Informatikrecht, 84 ff.; BLICKENSTORFER, 211 ff.).

12.3 Ob die Änderung einen **Teil eines Programms** betrifft, welcher selbst urheberrechtlich geschützt ist oder nicht, spielt grundsätzlich keine Rolle, da es auf den Urheberrechtsschutz des Gesamtwerks ankommt (siehe dazu auch RAUBER, Computersoftware, 141; BGE 125 III 263 E. 4b; OGer Zürich, 13.11.1993, SMI 1994, 181 f. – «Netware/Serial Number Updating Program»). Bei Software, welche aus mehreren selbständigen Bestandteilen besteht (z.B. geschützte und nicht geschützte Module), können sich allerdings schwierige Abgrenzungsfragen stellen.

13 Programmänderungen erfordern in der Regel **Sourcecode** und **Entwicklungsdokumentation** des Programms. Diese sind vom Rechtsinhaber grundsätzlich nur dann herauszugeben, wenn er dies vertraglich versprochen hat.

13.1 Wurden dem Erwerber **Programmänderungen** ausdrücklich erlaubt, kann daraus unter Umständen ein Anspruch auf Herausgabe des dazu notwendigen Sourcecodes abgeleitet werden (siehe dazu den Sachverhalt von BGer, 5.5.2000, 4C.287/1999. In BGE 125 III 263 E. 4b scheint das Bundesgericht allerdings zum gegenteiligen Schluss zu kommen; siehe zur Frage des Herausgabeanspruchs auch FRÖHLICH-BLEULER, Urheberrechtliche Nutzungsbefugnisse, 575 f.; GELLIS, 444). Umgekehrt bildet die Lieferung des Sourcecodes ein Indiz dafür, dass der Erwerber auch ein Änderungsrecht erhielt (siehe dazu auch Cour de Justice GE, 14.11.2008, E. 5.3 = sic! 2010, 23 ff.; PFORTMÜLLER, Art. 12 URG N 19; CHAPPUIS, 476; RAUBER, Computersoftware, 244; FRÖHLICH-BLEULER, Softwareverträge, Rz. 870). Allerdings ist auch eine Mitlieferung des Sourcecodes aus anderen Gründen denkbar (Entwicklung interoperabler Programme, Sicherheitsanalysen etc.).

13.2 Viele Computerprogramme können durch Einstellungen in der Software selbst «**parametrisiert**» werden (z.B. Vergabe von Benutzerrechten via Administrationstool). Weil durch die Modifikation von Datensätzen der Programmcode nicht verändert wird, ist auch eine Zustimmung des Rechtsinhabers grundsätzlich nicht erforderlich (siehe demgegenüber jedoch RAUBER, Computersoftware, 142, der von einer anderen Definition der Parametrisierung auszugehen scheint). Allerdings kann es in der Praxis Unschärfen bei der Abgrenzung des Programmcodes geben.

14 Der Urheber hat das ausschliessliche Recht, ein Computerprogramm zu **vermieten**.

14.1 Das Vermietungsrecht von Computerprogrammen ergibt sich aus Art. 10 Abs. 3 URG (siehe in diesem Zusammenhang auch Art. 4 lit. c Softwareschutz-RL und Art. 7 Abs. 2 [i] WCT). Es bezieht sich nur auf Computerprogramme, nicht aber auf **Dokumentationen** etc. (siehe dazu LUTZ, 658; NEFF/ARN, 242).

14.2 Bei **kombinierten Mietgegenständen**, welche sowohl aus Software wie auch aus Hardware bestehen (Embedded Systems, installierte Computer etc.) stellt sich die

Frage, ob eine Zustimmung der Rechtsinhaber der Softwarekomponenten erforderlich ist. Art. 10 Abs. 3 URG setzt Art. 11 TRIPs um, welcher folgende Regelung enthält: «*In respect of computer programs, this obligation does not apply to rentals where the program itself is not the essential object of the rental*» (siehe dazu auch SEMADENI, 81 f.; NEFF/ARN, 77 und 242; STRAUB, Softwareschutz, Rz. 140; HILTY, Urheberrecht, Rz. 167). RAUBER (Computersoftware, 139), will darauf abstellen, ob die Softwarekomponenten selbständig verwertbar sind. Dies erscheint deshalb als sachgerecht, weil nur in diesem Fall eine erhöhte Gefahr unerlaubter Kopien besteht.

14.3 Bei der Vermietung eines Datenträgers erhält der Nutzer die Verfügungsmacht darüber. Art. 10 Abs. 3 URG dient daher primär dem **Schutz vor unerlaubten Kopien** und ist nicht auf netzwerkbasierte Softwarenutzungsformen wie Application Service Providing zugeschnitten (siehe dazu hinten Rz. 22 ff. sowie STRAUB, Softwareschutz, Rz. 139 und 218 ff.).

15 Der Urheber hat das ausschliessliche Recht, das Werk via Internet **wahrnehmbar zu machen**.

15.1 Art. 10 Abs. 2 lit. c URG ist primär auf multimediale Werke zugeschnitten. Seine Anwendung wird aber auch für Computerprogramme in Betracht gezogen (siehe dazu auch hinten Rz. 22.9 sowie BERGER, Schutz von Software, 51; THOMANN, Softwareschutz, 30). Nach der hier vertretenen Auffassung erfordert die öffentliche Verwendung eines Computerprogramms (z.B. der Einsatz eines Präsentationsprogramms an einer Veranstaltung) grundsätzlich keine besondere Zustimmung des Rechtsinhabers, weil dabei nicht das Programm selbst sichtbar gemacht wird (siehe demgegenüber jedoch THOMANN, Softwareschutz, 30). Auch wenn die dabei sichtbaren Bildschirmmasken eigenständigen urheberrechtlichen Schutz geniessen, gehört der öffentliche Einsatz jedenfalls bei Präsentationsprogrammen zur bestimmungsgemässen Nutzung (siehe zum Wahrnehmbarmachen von Computerprogrammen auch STRAUB, Softwareschutz, Rz. 132 ff.).

16 Ist der Hersteller eines Computerprogramms nicht bereit, die zur **Herstellung interoperabler Software** notwendigen Informationen bekanntzugeben, kann der rechtmässige Erwerber sie sich durch *Reverse Engineering* beschaffen.

16.1 Computerprogramme werden traditionellerweise in folgenden Schritten entwickelt: Zuerst wird meist ein **Konzept** erarbeitet, welches den strukturellen Aufbau festlegt. Es bildet zusammen mit weiteren Informationen über Schnittstellen, Entwicklungsumgebung etc. die **Entwicklungsdokumentation**. Das Konzept wird anschliessend realisiert, indem Befehl für Befehl, Zeile für Zeile in eine höhere Programmiersprache umgesetzt (implementiert) wird und Verweise auf Unterprogramme und Programmbibliotheken eingebaut werden. Das Resultat wird nachfolgend als **Sourcecode** bezeichnet. Mit Compiler- und Linker-Programmen werden die Befehle der Programmiersprache später in Anweisungen umgesetzt, welche in den Arbeitsspeicher eines Computers geladen werden können. Die durch Kompilierung hergestellte Form des Programms wird nachfolgend als **Objectcode** bezeichnet. Statt der einmaligen Umsetzung des ganzen Sourcecodes in Objectcode können allerdings auch

Interpreter-Programme verwendet werden, die sozusagen eine Simultanübersetzung des Sourcecodeablaufs herstellen (z.B. JAVA).

16.2 Die Hersteller eines Computerprogramms haben ein Interesse an der **Geheimhaltung des Sourcecodes**, weil dieser kommerziell wertvolles Know-how enthält. Die Benutzer haben ihrerseits im Hinblick auf die Weiterentwicklung und Verknüpfung des Programms mit anderen Hard- und Softwarekomponenten oft ein Interesse an der Herausgabe des Sourcecodes.

16.3 Durch verschiedene Techniken des **Reverse Engineering** – insbesondere durch Dekompilation – ist bis zu einem gewissen Grad eine Rekonstruktion des ursprünglichen Sourcecodes möglich. Reverse Engineering ist allerdings technisch aufwändig und nie lückenlos möglich. Insbesondere können Bemerkungen zum Aufbau des Programms, welche im Sourcecode enthalten waren, nicht wieder hergestellt werden, und die Rückübersetzung erfolgt nicht in die ursprüngliche Programmiersprache.

16.4 In der Frage der Analyse von Computerprogrammen muss rechtstechnisch ein Ausgleich zwischen zwei **sich widersprechenden Prinzipien des Urheberrechts** gefunden werden: Einerseits sind die einem Werk zugrunde liegenden Ideen selbst nicht schützbar und müssen daher frei ermittelt werden können. Andererseits setzt nach der herrschenden Meinung jedes Kopieren und Ändern eines urheberrechtlich geschützten Computerprogramms – und damit auch die Dekompilierung – die Zustimmung des Rechtsinhabers voraus.

16.5 Sowohl das Recht der EU als auch dasjenige der Schweiz erlauben dem Erwerber eines Computerprogramms, urheberrechtlich nicht schützbare Ideen durch blosse **Beobachtung des Programmablaufs** zu ermitteln – ein Beobachtungsverbot wäre ohnehin realitätsfremd. Die blosse Programmbeobachtung ist allerdings meist völlig ungenügend zur Analyse eines Computerprogramms. Wenn der Programmcode nicht verfügbar ist, stellen codeändernde – und damit in das Urheberrecht eingreifende – Techniken oft das einzige Mittel dar, um den Aufbau eines Computerprogramms zu analysieren.

16.6 In der **Europäischen Union** war die Frage der Dekompilation von Computerprogrammen ausserordentlich kontrovers. Schliesslich wurde in der Softwareschutz-RL ein Kompromiss gefunden, welcher allerdings nur die Dekompilation von Schnittstellen für interoperable Programme betrifft. Durch eine Freigabe von Schnittstelleninformationen soll verhindert werden, dass alle Komponenten eines Informationssystems aus Kompatibilitätsgründen vom gleichen Hersteller bezogen werden müssen. Es geht dabei letztlich um die Vermeidung von Wettbewerbsbehinderungen zu Lasten der Hersteller interoperabler Produkte. Obwohl die Formulierungen von Art. 21 URG und Art. 17 URV nicht ganz deckungsgleich mit Art. 6 Softwareschutz-RL sind, hat man sich bewusst an dieser Richtlinie orientiert.

16.7 Als interoperable Software kommen auch **Datenbanken** in Betracht (siehe dazu KGer SG, 24.5.2005, DZ.2002.3, E. III/6d; Rehbinder/Viganò, Art. 21 URG N 3). Nach der hier vertretenen Auffassung brauchen die Programme nicht direkt miteinander verknüpft zu werden. Es genügt, wenn das zu dekompilierende und das neu zu schaffende Programm auf die gleiche Datenbank zugreifen (siehe dazu auch Oertli, Art. 21 URG N 44).

16.8 Eine Dekompilation ist nur zulässig, sofern die erforderlichen Schnittstelleninformationen **vom Urheberrechtsinhaber** nicht innert nützlicher Frist **offen gelegt** werden

(siehe dazu auch OERTLI, Art. 21 URG N 31). Dieser darf die Bekanntgabe höchstens von der Bezahlung eines Unkostenbeitrages in der Höhe des effektiv entstehenden Aufwands abhängig machen (siehe dazu auch RAUBER, Use Restrictions, 171).

16.9 Nach der hier vertretenen Auffassung darf der Erwerber auch einen **Dritten** mit der Dekompilation beauftragen. Dieser ist jedoch den gleichen Einschränkungen wie der Programmerwerber selbst unterworfen (siehe dazu auch RAUBER, Use Restrictions, 171 f.).

16.10 Nach der wohl herrschenden Lehre stellt das Recht auf Dekompilation eine Schranke des Urheberrechts dar und kann **vertraglich nicht wegbedungen** werden (siehe dazu auch RAUBER, Use Restrictions, 171; DERS., Computersoftware, 190; REHBINDER/VIGANÒ, Art. 21 URG N 3; OERTLI, Art. 21 URG N 49 f., mit weiteren Hinweisen).

16.11 Umstritten ist, ob eine Dekompilation ausnahmsweise auch **aus anderen Gründen als der Schaffung von interoperablen Programmen** zulässig sein kann (offen gelassen im Entscheid Cour de Justice GE, 14.11.2008, E. 5.3 = sic! 2010, 23 ff.; ablehnend OERTLI, Art. 21 URG N 46, mit weiteren Hinweisen). Nach der hier vertretenen Meinung können über Art. 21 URG hinaus Massnahmen des Reverse Engineering auf Art. 12 Abs. 2 URG abgestützt werden, wenn die bestimmungsgemässe Nutzung des Programms ausnahmsweise eine solche Analyse notwendig macht. Ist der Hersteller z.B. nicht zur Fehlerbehebung in der Lage, sollte das Programm soweit notwendig dekompiliert werden dürfen (siehe dazu auch STAFFELBACH, 111 f. und 155 f.; CADUFF, 102 ff.; OERTLI, Art. 21 URG N 56 ff.; NEFF/ARN, 258; REHBINDER/VIGANÒ, Art. 13 URG N 9; HEPP/MÜLLER/HERRMANN, Rz. 1571; STRAUB, Softwareschutz, Rz. 253).

16.12 Art. 6 UWG verbietet die **Werkspionage**. Diese Bestimmung könnte allenfalls auch bei einem urheberrechtlich zulässigen Reverse Engineering von Computerprogrammen angewendet werden, wenn die Unlauterkeit in der Vorgehensweise selbst liegt (z.B. Bestechung von Mitarbeitern des Herstellers, um rascher an die relevanten Informationen zu kommen).

H. Gebrauchs- und Weitergaberecht der Erwerber

17 Bei der **Veräusserung eines Werkexemplars** werden keine Urheberrechte mit übertragen. Anders als die Lektüre eines Buches erfordert der Gebrauch von Software jedoch temporäre Kopiervorgänge, welche die Urheberrechte tangieren. Das URG gibt dem Erwerber eines Computerprogramms daher ein besonderes Recht, dieses zu gebrauchen oder weiter zu veräussern (Art. 12 Abs. 2 URG).

17.1 Im Gegensatz zu Art. 12 Abs. 1 URG knüpft Abs. 2 nicht am Begriff des Werkexemplars an (siehe dazu auch SEMADENI, 67; siehe demgegenüber jedoch HYZIK, Rz. 10; BRINER, Grundprobleme des Softwareschutzes, 210). Nach der inzwischen wohl herrschenden Lehre ist Art. 12 Abs. 2 URG auf **online übertragene Software** zumindest sinngemäss anwendbar (siehe dazu auch NEFF/ARN, 230 ff.; HILTY, Softwarevertrag, 68 und 82 f.; DERS., Urheberrecht, Rz. 162; MORSCHER/DORIGO, 28; FRÖHLICH-BLEULER, Softwareverträge, Rz. 853; GORDON, 761; RIGAMONTI, Softwareproduktschlüssel, 585 f.; CHERPILLOD, SIWR II/1, 285; THOMANN, Softwareschutz, 28; differenzierend SEMADENI, 148 ff.; PFORTMÜLLER, Art. 12 URG N 10).

17.2 Ob im Fall einer Online-Übertragung auch das **Weiterveräusserungsrecht** erschöpft werden soll, wird international kontrovers diskutiert. Die in der Schweiz wohl herr-

schende Lehre geht meines Erachtens zu Recht davon aus, dass es auf die Art der Übertragung nicht ankommt (siehe dazu MORSCHER/DORIGO, 44 ff.; RAUBER, Computersoftware, 173 ff.). Der Weiterveräusserer muss jedoch sämtliche Kopien auf seinen eigenen Systemen löschen, da er anderenfalls eine Urheberrechtsverletzung begeht.

18 Nach der herrschenden Meinung gilt das gesetzliche Gebrauchsrecht unabhängig von der Art der Übertragung auch für **unechte Lizenzverträge**, d.h. solche mit einmaligem Leistungsaustausch.

18.1 Entscheidend ist, dass der Rechtsinhaber die **Programmkopien definitiv aus seinem Herrschaftsbereich entlässt** und sie zum zeitlich unlimitierten Gebrauch frei gibt (siehe dazu auch GELLIS, 441; SEMADENI, 49 und 70; THOUVENIN/BERGER Kap. 6/3.9/1.1; BERGER, Schutz von Software, 55; THOMANN, Softwareschutz, 27; MORSCHER/DORIGO, 40). Dementsprechend kommt es auf das Eigentum an einem allenfalls zur Verfügung gestellten Datenträger grundsätzlich nicht an. Ein entsprechender Eigentumsvorbehalt ist aber allenfalls ein Indiz gegen die Einräumung eines definitiven Nutzungsrechts (siehe dazu auch RAUBER, Computersoftware, 159).

18.2 Ein Teil der Lehre will das gesetzliche Gebrauchsrecht auch auf **echte Lizenzverträge** anwenden (siehe dazu RAUBER, Computersoftware, 171 ff.; SEMADENI, 64 ff.). Ob diese Konstruktion im geltenden Recht bereits eine genügende Basis findet, ist allerdings fraglich (siehe dazu im Einzelnen STRAUB, Softwareschutz, Rz. 153).

19 Das Gebrauchs- und Weiterveräusserungsrecht knüpft kumulativ an folgenden Voraussetzungen an:

- Dem Erwerber wird vom Rechtsinhaber oder mit seiner Zustimmung durch Dritte eine Programmkopie übertragen oder das **Recht zur dauerhaften Speicherung** eingeräumt.
- Der Erwerber erhält eine **zeitlich unbeschränkte Nutzungsbefugnis** ohne Kündigungsmöglichkeit seitens des Rechtsinhabers.
- Es werden **keine periodischen Nutzungsgebühren** vereinbart, sondern die Kopie gegen Einmalentgelt (allenfalls auch Ratenzahlungen) oder gratis überlassen.

19.1 Die Wirkungen von Art. 12 Abs. 2 URG treten auch dann ein, wenn das Programmexemplar nur **akzessorisch** zusammen mit Hardware oder in Embedded Systems übertragen wurde.

19.2 Ein Teil der Lehre betrachtet als weitere Voraussetzung, dass **keine wesentlichen Nutzungsbeschränkungen**, welche nicht durch das Urheberrecht bedingt sind, vereinbart wurden (FRÖHLICH-BLEULER, Softwareverträge, Rz. 853; MORSCHER/DORIGO, 41). Nach der hier vertretenen Auffassung betreffen solche Beschränkungen aber nur den Umfang der Nutzung.

20 Wie weit der **sachliche Umfang** des gesetzlichen Gebrauchsrechts reicht, hängt von den Umständen ab. Gesetzlich zulässig – aber vertraglich einschränkbar – ist jener Gebrauch, für welchen die Software zugeschnitten ist. Dieser ist anhand verschiedener Elemente zu bestimmen:

- **Vertragsinhalt und Vertragsumstände** (Zweck des Vertrages, Branchenusanzen);

- **Charakteristika der Software** selbst (typischer Verwendungszweck, technische Schutzvorkehren etc.);
- **Beschreibung der Software** in Benutzerdokumentationen, Werbeunterlagen etc.;
- Die in **Art. 17 URV aufgezählten Nutzungshandlungen** dürften dabei generell einen Mindestinhalt darstellen.

Das gesetzliche Nutzungsrecht steht in einer **Wechselbeziehung zum Veräusserungsvertrag** (siehe dazu im Einzelnen STRAUB, Softwareschutz, Rz. 162 ff.; RAUBER, Erlaubte Nutzung, 477). Ein alleiniges Abstellen auf den Vertragswortlaut ohne Berücksichtigung der übrigen Faktoren könnte allerdings zu einer Aushöhlung des Gebrauchsrechts führen. In diesem Zusammenhang ist auch zu beachten, dass es keinen gutgläubigen Erwerb von Urheberrechten gibt. 20.1

Wenn es an einer expliziten Regelung des Gebrauchsrechts fehlt, darf im Zweifel nur eine **einzige Softwarekopie gleichzeitig** genutzt werden, dies aber auf beliebigen Computern (siehe dazu auch RAUBER, Computersoftware, 239; STRAUB, Softwareschutz, Rz. 178 ff.). Das Gebrauchsrecht wird nicht mit der einmaligen Installation erschöpft – umfasst es doch von vornherein auch alle zum Ablauf erforderlichen temporären Kopiervorgänge. Das Programm kann somit jederzeit vom ursprünglichen Computer deinstalliert und auf eine neue Maschine installiert werden. Nach der hier vertretenen Auffassung ist – soweit nichts anderes vereinbart wurde – grundsätzlich auch eine parallele Installation auf mehreren Computern zulässig, sofern diese nicht gleichzeitig benutzt werden (siehe dazu auch RAUBER, Use Restrictions, 165; THOMANN, Softwareschutz, 26; a.M. HEUSLER/MATHYS, 158 f.; FRÖHLICH-BLEULER, Softwareverträge, Rz. 858). 20.2

Handelt es sich um **serverbasierte Software**, welche für die gleichzeitige Nutzung von mehreren Arbeitsplätzen ausgelegt ist (z.B. via Webbrowser), so wird in der Regel bei jedem Parallelzugriff eine neue Kopie in den Arbeitsspeicher des Servers geladen bzw. eine neue Session eröffnet. Dies erfordert grundsätzlich für jede Kopie ein entsprechendes Nutzungsrecht (siehe demgegenüber jedoch RAUBER, Computersoftware, 146, der von der technischen Grundannahme ausgeht, dass in den Arbeitsspeicher des Hostrechners nur eine einzelne Kopie geladen wird). 20.3

Software wird in zunehmendem Mass auf **virtualisierten Systemen** eingesetzt, indem eine bestimmte Gerätekonfiguration inklusive aller verwendeten Software gespeichert wird und innerhalb eines Rechenzentrums je nach aktueller Auslastung der Hardware auf unterschiedliche Rechner geladen wird. Das Prinzip der gleichzeitigen Nutzung einer einzigen Programmkopie erlaubt den sequentiellen Einsatz der Software auf unterschiedlichen Maschinen. Hingegen setzt auch der parallele Einsatz mehrerer Kopien auf einer einzigen Maschine eine entsprechende Erlaubnis des Rechtsinhabers voraus (siehe dazu auch STRAUB, Softwareschutz, Rz. 192). 20.4

Hochverfügbare Systeme werden oft redundant angelegt. Für bestimmte Server stehen permanent Ersatzserver mit identischer Softwarekonfiguration zur Verfügung. Somit entstehen Softwarekopien auf mehreren Rechnern. Sofern jeweils nur ein System aktiv genutzt wird, ist der Parallelbetrieb nach der hier vertretenen Auffassung grundsätzlich durch das Recht auf bestimmungsgemässen Gebrauch gedeckt, da es nicht auf die Anzahl technischer Kopiervorgänge, sondern auf die effektive Nutzung der Software ankommt. Vertraglich kann die Installation auf 20.5

redundanten Systemen aber eingeschränkt oder von einer zusätzlichen Vergütung abhängig gemacht werden

20.6 Wurde das Nutzungsrecht bei mehrsprachigen Applikationen nur an einer bestimmten **Sprachversion** eingeräumt, tritt die Erschöpfung nur an dieser Version ein, auch wenn andere Sprachversionen in der Software technisch vorhanden, aber nicht freigegeben sind. Diese Frage ist insbesondere für den «Second Hand-Erwerb» von Lizenzen mit unterschiedlichen Sprachversionen von Bedeutung (siehe dazu differenzierend MORSCHER/DORIGO, 68 f.).

21 Die gesetzlichen Gebrauchs- und Weiterveräusserungsrechte werden häufig durch vertragliche Bestimmungen **modifiziert oder eingeschränkt**. In Analogie zum Recht der EU ist davon auszugehen, dass die urheberrechtlichen Bestimmungen zum Gebrauchsrecht einen **zwingenden Kerngehalt** haben, von dem vertraglich nicht gültig abgewichen werden kann.

21.1 Dem Erwerber eines Computerprogramms können aufgrund von Art. 12 Abs. 2 URG die Benutzung und die Veräusserung des Programms nicht durch **urheberrechtliche Klagen** verboten werden (siehe dazu auch HILTY, Softwarevertrag, 81 ff.; RAUBER, Use Restrictions, 153).

21.2 Gesetzlich erlaubt sind nicht mehr und nicht weniger als diejenigen Handlungen, welche zum **bestimmungsgemässen Gebrauch** unbedingt erforderlich sind. Dazu können nicht nur Kopier-, sondern in beschränktem Masse auch Änderungsvorgänge wie Fehlerbehebung, Anpassung von Installationsskripten, Schnittstellen etc. gehören (siehe dazu BGer, 3.7.2012, 4A_98/2012, E. 4.3 ff.; FRÖHLICH-BLEULER, Softwareverträge, Rz. 866 ff.; CHERPILLOD, SIWR II/1, 285; NEFF/ARN, 257; RAUBER, Computersoftware, 182, STRAUB, Softwareschutz, Rz. 193 ff.).

21.3 Die **Erforderlichkeit** bestimmter Nutzungshandlungen hängt auch vom Verhalten des Rechtsinhabers ab: Solange dieser den Erwerber beispielsweise bei der Fehlerbehebung angemessen unterstützt, kommt ein auf Art. 12 Abs. 2 URG abgestütztes Selbsthilferecht nicht in Betracht (siehe dazu auch RAUBER, Computersoftware, 236 f. und 248 f.; DERS., Use Restrictions, 156; GELLIS, 443 f.; HEUSLER/MATHYS, 158; HEPP/MÜLLER/HERRMANN, Rz. 1570; STRAUB, Softwareschutz, Rz. 196 f.).

21.4 Der Softwareerwerber kann sich im Rahmen der **Vertragsfreiheit** grundsätzlich verpflichten, die Software nicht weiterzugeben. Veräussert er das Programm trotzdem, kann der Rechtsinhaber ihn zwar wegen Vertragsverletzung belangen, dem Dritterwerber aber nicht den bestimmungsgemässen Gebrauch oder die Weiterveräusserung verbieten. Wenn der zulässige Gebrauch im Rahmen einer Weiterveräusserung weiter als das gesetzliche Gebrauchsrecht definiert wurde, ist der Rechtsinhaber daran jedoch nicht gebunden (siehe dazu RAUBER, Computersoftware, 167).

21.5 In Analogie zum Recht der EU ist davon auszugehen, dass die urheberrechtlichen Bestimmungen zum Gebrauchsrecht einen **zwingenden Kerngehalt** haben, von dem vertraglich nicht gültig abgewichen werden kann (siehe dazu im Einzelnen RAUBER, Computersoftware, 166 f. und 184 f.; DERS., Use Restrictions, 153 und 158; STRAUB, Softwareschutz, Rz. 162 ff. HILTY, Lizenzvertrag, 279, scheint allerdings davon auszugehen, dass die gesetzliche Lizenz vertraglich gar nicht eingeschränkt, sondern nur konkretisiert werden kann). Unwirksam sind dementsprechend vertragliche Einschränkungen, welche den bestimmungsgemässen Gebrauch verunmöglichen.

Soweit Weitergabeverbote in «Allgemeinen Lizenzbedingungen» enthalten sind, stellt sich zudem die Frage nach ihrer **Ungewöhnlichkeit**. MORSCHER/DORIGO (62 ff.) und RIGAMONTI (Softwareproduktschlüssel, 589 f.) betrachten Weitergabeverbote zumindest bei «Einfachlizenzen» meines Erachtens zu Recht als ungewöhnlich (siehe dazu im Einzelnen STRAUB, Softwareschutz, Rz. 263 ff.). 21.6

Bei netzwerkbasierten Nutzungsformen wie **Outsourcing, Application Service Providing, «Software as a Service»-Dienstleistungen** etc. fallen die Person des Softwareerwerbers und diejenige des wirtschaftlichen Nutzers auseinander. In solchen Konstellationen können die Rechte zum Kopieren, Vermieten und Wahrnehmbarmachen tangiert sein. 22

- Ob netzwerkbasierte Nutzungsformen eine spezielle Zustimmung des Rechtsinhabers voraussetzen, ist primär anhand des Erwerbsvertrages zu prüfen. Beim Gebrauch darf die vereinbarte Anzahl gleichzeitiger Kopien nicht überschritten werden.
- Nach der hier vertretenen – aber nicht unbestrittenen – Auffassung fallen netzwerkbasierte Nutzungsformen nicht unter das Vermietungsrecht, solange die Endnutzer die Software nicht kopieren können.
- Das Recht auf Wahrnehmbarmachen ist nur dann betroffen, wenn urheberrechtlich geschützte Elemente übermittelt werden.

Das gesetzliche Gebrauchsrecht wird in der Praxis meist durch detaillierte **Lizenzbestimmungen** übersteuert. Es bleibt jedoch von Bedeutung, wenn sich die vertragliche Regelung als lückenhaft erweist (z.B. Frage der ASP-Nutzung in älteren Verträgen), wenn sie nachträglich dahinfällt oder wenn die Software an Dritte veräussert wurde. 22.1

Der Erwerb eines Computerprogramms schliesst das **Recht zur Vermietung** nicht ein (Art. 10 Abs. 3 URG). Netzwerkbasierte Dienstleistungsverträge mit Dauerschuldcharakter wie Outsourcing, Application Service Providing und «Software as a Service» sind zwar nicht direkt dem Mietrecht unterstellt, haben aber zumindest punktuell mietähnliche Züge (siehe zu den gemeinsamen Merkmalen solcher Dienstleistungen auch SCHUSTER/REICHL, 38 ff.). Deshalb stellt sich die Frage, ob diese eine besondere Zustimmung des Rechtsinhabers voraussetzen. 22.2

Der Erwerber eines Computerprogramms kann sich vertraglich verpflichten, die Software nur **für eigene Zwecke** und nicht für diejenigen von Kunden zu nutzen (siehe dazu auch FRÖHLICH-BLEULER, Softwareverträge, Rz. 860 und 897; RAUBER, Computersoftware, 234 f.; DERS., Use Restrictions, 160). Damit werden insbesondere Nutzungsformen wie Application Service Providing und «Software as a Service» unterbunden. Solche Einschränkungen sind grundsätzlich zulässig, bringen aber schwierige Abgrenzungsfragen mit sich (siehe dazu auch HEUSLER/MATHYS, 157; STRAUB, Softwareschutz, Rz. 314 ff.). 22.3

Wirtschaftlich betrachtet besteht bei Application Service Providing mit periodischer Vergütung eine Analogie zur Vermietung, beim unentgeltlichen Zurverfügungstellen zur Gebrauchsleihe. Nutzungsabhängige Gebühren rücken netzwerkbasierte Nutzungsformen hingegen eher in die Nähe von IT-Dienstleistungen. Anstatt Software (z.B. Fakturierungsprogramme) selbst zu nutzen, könnte der Leistungsbezüger mit- 22.4

unter auch die Endleistung beim Dienstleister beziehen (z.B. Erstellung der Rechnungen anhand der vom Leistungsbezüger gelieferten Daten).

22.5 Art. 12 Abs. 2 URG erlaubt dem rechtmässigen Erwerber eine Veräusserung der Software. Eine zeitlich beschränkte Weitergabe geht weniger weit als die vollständige Veräusserung. Insofern ist die Ausnahme des Vermietungsrechts **systemfremd**. Bei anderen Werkkategorien ist die Vermietung eines Exemplars, für das die Urheberrechte erschöpft sind, zulässig. Sie führt aber allenfalls zu Vergütungsansprüchen (Art. 13 URG). Solche Ansprüche beziehen ihre wirtschaftliche Legitimation aus der erhöhten Nutzung und dem Wegfall von potenziellen Kunden: Bücher, Ton- oder Bildträger werden durch die Eigentümer des Werkexemplars oft nur ein einziges Mal genossen. Mit jeder Vermietung kann eine erneute Nutzung stattfinden und die Mieter verzichten in der Regel auf den Erwerb eigener Werkexemplare, wodurch dem Rechtsinhaber Geschäftschancen verloren gehen (siehe dazu auch Barrelet/Egloff, Art. 13 URG N 1). Computerprogramme sind demgegenüber auf eine dauerhafte Nutzung angelegt, deren Umfang in der Regel durch die Anzahl gleichzeitiger Nutzer begrenzt wird.

22.6 Bei der Vermietung eines Datenträgers erhält der Nutzer die Verfügungsmacht darüber. Art. 10 Abs. 3 URG bzw. Art. 11 TRIPs, wonach Computerprogramme vom Erwerber ohne Zustimmung des Rechtsinhabers nicht vermietet werden dürfen, dienen historisch gesehen primär dem **Schutz vor unerlaubten Kopien** (siehe dazu Neff/Arn, 241; Barrelet/Egloff, Art. 10 URG N 40; Semadeni, 77 f.; Govoni, 571; Pfortmüller, Art. 10 URG N 14; Thomann, Softwareschutz, 32). Bei netzwerkbasierten Nutzungsformen erhält der Nutzer in der Regel keine Verfügungsmacht und keine Möglichkeit zur Herstellung eigenständiger Softwarekopien (siehe dazu auch Thomann, Softwareschutz, 32, welcher eine Online-Nutzung als zulässig zu erachten scheint, solange die Kontrolle über die Installation beim rechtmässigen Erwerber bleibt). Dies spricht gegen eine Gleichsetzung von netzwerkbasierten Nutzungsformen und Vermietung (siehe demgegenüber jedoch Rauber, Use Restrictions, 143; ders., Computersoftware, 136 ff.; Heusler/Mathys, 164; Berger, ASP, 670 ff.; Hilty, Urheberrecht, Rz. 167).

22.7 Je nach der verwendeten Technologie kann es im Rahmen netzwerkbasierter Nutzungsarten zu **vorübergehenden Kopien des Programmcodes** in den Arbeitsspeicher des Nutzers kommen oder es werden nur Eingabemasken (z.B. via Webbrowser) sichtbar gemacht. Nach der hier vertretenen Auffassung ist die sequentielle Softwarenutzung gestützt auf Art. 12 Abs. 2 URG grundsätzlich unabhängig davon zulässig, auf welchen Computern die Nutzungshandlungen erfolgen (siehe demgegenüber jedoch Thomann, Softwareschutz, 26). Unter dem Aspekt des Kopierrechts ist demnach entscheidend, dass keine zusätzlichen Kopien der Software (inklusive allfälliger urheberrechtlich geschützter Elemente der Benutzeroberfläche) bei den Endnutzern entstehen. Vertraglich ist zwar eine Einschränkung der Nutzung auf eigene Zwecke möglich (siehe dazu auch Rauber, Computersoftware, 234; Reutter, 34; Straub, Softwareschutz, Rz. 218 ff.). Gegenüber den Endbenutzern bestehen in diesem Fall jedoch keinerlei urheberrechtliche Ansprüche.

22.8 Bei **spezifisch für netzwerkbasierte Dienstleistungen konzipierter Software** sind allfällige parallele flüchtige Kopien auf den Computern des Providers und des Kunden im Zweifel durch den bestimmungsgemässen Gebrauch abgedeckt (siehe demgegenüber jedoch Hilty, Softwarevertrag, 84; ders., Schutz von Computerprogrammen, 138; Hyzik, Rz. 10; Imhof, Rz. 188). Wie viele Nutzer parallel oder

sequentiell auf das Programm zugreifen dürfen, ist jedoch nach dem Erwerbsvertrag und den allgemeinen Grundsätzen zur Konkretisierung des Gebrauchsrechts zu beurteilen (siehe dazu vorne Rz. 20.1 ff.).

22.9 Der Urheber hat das ausschliessliche Recht, das Werk anderswo **wahrnehmbar zu machen** (Art. 10 Abs. 2 lit. c URG; siehe dazu vorne auch Rz. 15.1). Darunter fällt auch die Bereitstellung eines Werks zum Download via Internet (siehe dazu BARRELET/EGLOFF, Art. 10 URG N 22). In der Lehre werden teilweise auch netzwerkbasierte Nutzungsformen unter diese Bestimmung subsumiert (siehe dazu auch BERGER, Schutz von Software, 51; THOMANN, Softwareschutz, 30; NEFF/ARN, 238). Wenn das Programm von den Nutzern weder kopiert noch bei der Ausführung in den eigenen Arbeitsspeicher geladen wird, so wird im Rahmen des Application Service Providing allerdings nur die grafische Benutzeroberfläche sichtbar. Ob diese urheberrechtlichen Schutz geniesst, ist jeweils unabhängig vom Schutz der Codeebene eines Programms zu prüfen. Nicht urheberrechtlich geschützte Werkteile bzw. Werkebenen dürfen jedenfalls frei kopiert und folgerichtig auch wahrnehmbar gemacht werden.

22.10 Als zulässige Nutzungshandlung sollte auch **der Zugriff bei Remote-Access-Wartungsarbeiten** betrachtet werden (siehe dazu auch RAUBER, Computersoftware, 140). Dabei besteht zwar ein gegenüber dem Application Service Providing erweiterter Zugriff auf die Software – und damit unter Umständen auch eine Kopiermöglichkeit. Die Nutzung erfolgt hier jedoch im Interesse des Erwerbers, weshalb sie keine eigenständige wirtschaftliche Bedeutung hat. Hingegen setzen Änderungen der Software im Rahmen der Wartung grundsätzlich die Zustimmung des Rechtsinhabers voraus.

23 **Kopierschutzmechanismen** dürfen ausnahmsweise umgangen werden, wenn dies zur Ausübung des gesetzlichen Gebrauchsrechts unbedingt erforderlich ist.

23.1 Um Kopiervorgänge zu erschweren, setzen viele Programmhersteller kryptografische Techniken bzw. Kopierschutzmechanismen ein. Die Freischaltung von Software kann durch spezielle Software oder Hardwarekomponenten (z.B. Dongles) an die Voraussetzung gebunden werden, dass gewisse Bedingungen eingehalten werden (z.B. Einsatz auf einem bestimmten Gerät). Derartige ***Digital Rights Management Systems (DRMS)*** können einerseits wirtschaftlich sinnvollen Vergütungsmodellen wie nutzungsabhängigen Lizenzgebühren dienen. Andererseits können damit auch rechtlich problematische Nutzungsbeschränkungen durchgesetzt werden, z.B. Verhinderung der Interoperabilität mit Konkurrenzprodukten (siehe dazu auch BACCHETTA/DIETRICH-MIRKOVIC, Rz. 10.68 f.).

23.2 Die **Umgehung von Kopierschutzmechanismen** wird international geächtet (siehe Art. 11 WCT). Sie kann aber ausnahmsweise zulässig sein, wenn dies zur Ausübung des gesetzlichen Gebrauchsrechts unbedingt notwendig ist (Art. 39a Abs. 4 URG; siehe dazu im Einzelnen STRAUB, Softwareschutz, Rz. 411 ff.; MORSCHER/DORIGO, 67; THOUVENIN/BERGER, Kap. 6/3.10/2.3). Soweit z.B. ein *Reverse Engineering* zulässig ist, dürfen demnach auch technische Schutzmassnahmen ausser Kraft gesetzt werden (siehe dazu auch OERTLI, Art. 21 URG N 20).

I. Weiterveräusserung

24 In Bezug auf den «**Second Hand-Handel**» **mit Software** ist zu differenzieren:

- Bei **echten Lizenzen** ist eine Zustimmung des Rechtsinhabers notwendig.
- **Unechte Einfachlizenzen** dürfen aufgrund von Art. 12 Abs. 2 URG weiterveräussert werden.
- In einer «**Volumenlizenz**» werden mehrere Einfachlizenzen zusammengefasst, weshalb sie grundsätzlich weiterübertragbar ist. Allfällige Aufspaltungsverbote sind gegenüber dem Zweiterwerber unwirksam.
- **Netzwerkbasierte Volumenlizenzen** (z.B. Nutzung auf Mainframe-Systemen und browserbasierten Systemen) können nach der wohl herrschenden Lehre nur dann weiter übertragen werden, wenn der Erwerber selbst bereits über eine entsprechende Basislizenz verfügt.
- **Unternehmens- oder Organisationslizenzen**, welche die Nutzung durch alle Mitarbeitenden eines bestimmten Unternehmens oder einer bestimmten Organisationseinheit regeln, können in der Regel nicht ohne Zustimmung des Rechtsinhabers weiterübertragen werden.

24.1 Bei **echten Lizenzen** erhält der Lizenznehmer lediglich eine zeitlich beschränkte obligatorische Nutzungsbefugnis. Soweit im Lizenzvertrag keine Übertragungsmöglichkeit vorgesehen ist, setzt ein Parteiwechsel die Zustimmung des Vertragspartners voraus, d.h. die ganze oder teilweise Übertragung der Nutzungsbefugnis ist sonst unzulässig. Anders ist die Rechtslage bei **«unechten Einfachlizenzen»**, bei welchen die Nutzungsbefugnis gegen Einmalentgelt definitiv übertragen wurde, da in diesem Fall Art. 12 Abs. 2 URG anwendbar ist (siehe vorne Rz. 19.1 f.; siehe zur Thematik des Second Hand-Handels generell RIGAMONTI, Gebrauchssoftware, 14 ff.; DERS., Softwareproduktschlüssel, 584 ff.; GORDON, 758 ff.; DORIGO/MORSCHER, 52 ff.; STRAUB, Softwareschutz, Rz. 198 ff.; KGer ZG, 4.5.2011, ES 2010 822 sowie auf europäischer Ebene das Urteil des EuGH vom 3.7.2012 in der Rechtssache C-128/11).

24.2 In einer «**Volumenlizenz**» werden mehrere Einfachlizenzen zusammengefasst. Um unnötige Kosten einzusparen, wird meist nur ein einziger Datenträger (Masterkopie) ausgeliefert. Bei Onlineübertragung erhält der Erwerber einen einheitlichen Lizenzschlüssel zur Freischaltung der vereinbarten Kopienzahl. Die einzelnen Nutzungsrechte sind bei der Volumenlizenz in der Regel günstiger, weil der Vertriebs- und Administrationsaufwand für den Hersteller geringer ist als bei der Vermarktung von Einzellizenzen. Auf den Eigentumsübergang am Masterdatenträger kommt es grundsätzlich nicht an, da für Art. 12 Abs. 2 URG zeitlich unbeschränkte Nutzungsrechte massgebend sind und die Art der Softwareübertragung irrelevant ist (siehe dazu auch vorne Rz. 17.1 sowie RIGAMONTI, Softwareproduktschlüssel, 587). Das Gesamtpaket einer Volumenlizenz ist wie ein Bündel von Einfachlizenzen auf Dritte übertragbar.

24.3 Nach der hier vertretenen Auffassung ist auch eine zahlenmässige **Aufspaltung der Nutzungsrechte** grundsätzlich möglich. Veräusserungsverbote sind urheberrechtlich zwar unbeachtlich (d.h. gegenüber dem Zweiterwerber unwirksam), vertragsrechtlich aber innerhalb der Grenzen des Kartellrechts zulässig. Sofern der Hersteller eine marktbeherrschende Stellung hat und das Weitergabe- oder Aufspaltungsverbot

missbräuchlichen Charakter hat, ist dieses unwirksam (siehe dazu RIGAMONTI, Softwareproduktschlüssel, 590 ff.; DORIGO/MORSCHER, 61).

24.4 Bei **netzwerkbasierten Volumenlizenzen** (z.B. für Mainframe-Systeme und browserbasierte Systeme) wird die Software auf einem Server installiert. In der Lizenz wird definiert, wie viele Clients oder Nutzer darauf zugreifen dürfen. Nach der wohl herrschenden Lehre setzt die Übertragung einzelner netzwerkbasierter Client-Nutzungsrechte voraus, dass der Erwerber als Basis bereits über ein rechtmässig erworbenes Programmexemplar für den Server verfügt (siehe dazu DORIGO/MORSCHER, 58; RIGAMONTI, Softwareproduktschlüssel, 587).

24.5 Einen Spezialfall stellt die **Unternehmens- oder Organisationslizenz** dar, bei welcher der Erwerber das Recht zur gleichzeitigen Nutzung auf einer unbeschränkten Anzahl von Computern innerhalb seines Unternehmens oder seiner Organisation erhält. Solche Lizenzen sind in der Regel nicht übertragbar (siehe dazu im Einzelnen STRAUB, Softwareschutz, Rz. 203 ff.).

24.6 Da die Software selbst oft online verfügbar ist, wird mitunter nur ein **Produkteschlüssel** (Lizenzkey) oder ein Lizenzzertifikat übertragen. Komplexe Schlüssel könnten aufgrund ihrer statistischen Einmaligkeit selbst urheberrechtlich schützbar sein. In der Regel handelt es sich dabei jedoch nicht um geistige Schöpfungen im Sinne von Art. 2 Abs. 1 URG, sondern um mit einem bestimmten Algorithmus erzeugte alphanumerische Zeichenreihen. Da der Lizenzschlüssel die Sachherrschaft über die entsprechende Software ermöglicht, bestehen Ähnlichkeiten zu Besitzessurrogaten (siehe dazu auch RIGAMONTI, Softwareproduktschlüssel, 584 ff.).

24.7 Allfällige Sicherungskopien der Software müssen grundsätzlich nicht mit übertragen werden, dürfen aber nicht mehr gebraucht werden (siehe dazu auch NEFF/ARN, 310). Eine Rechtsübertragung bleibt auch dann gültig, wenn der Veräusserer die Software selbst verbotenerweise weiternutzt (siehe dazu auch RIGAMONTI, Softwareproduktschlüssel, 586; wohl a.M. THOMANN, Softwareschutz, 29, der auch bei online erworbener Software eine physische Weitergabe des erstellten ersten Datenträgers als erforderlich zu erachten scheint). Hingegen entfalten **«Doppelverkäufe»** keine Wirkung, weil der Veräusserer beim zweiten Mal keine Rechte mehr übertragen kann (siehe dazu auch FRÖHLICH-BLEULER, Softwareverträge, Rz. 864).

25 Überträgt der Ersterwerber Software trotz einer **Veräusserungsbeschränkung** weiter, so hat der Rechtsinhaber zwar Ansprüche aus Vertragsverletzung gegen ihn, kann aber dem Zweiterwerber die bestimmungsgemässe Nutzung nicht verbieten. Für deren Umfang bleiben jedoch die Umstände des ursprünglichen Vertrages massgebend.

25.1 **Veräusserungsverbote** haben grundsätzlich nur obligatorische Wirkung zwischen den Parteien (siehe dazu auch RAUBER, Use Restrictions, 162 f. und SEMADENI, 50, welche solche Klauseln generell als zulässig betrachten; demgegenüber jedoch zurückhaltend NEFF/ARN, 247; offen gelassen bei HEUSLER/MATHYS, 160). Im Fall von echten Lizenzverträgen, auf welche Art. 12 Abs. 2 URG nicht anwendbar ist, kann der Zweiterwerber ohne Zustimmung des Rechtsinhabers jedoch keine Gebrauchsrechte erwerben (siehe dazu auch vorne Rz. 18.1 f.).

J. Vertragliche Nutzungseinschränkungen

26 Die Nutzung eines Computerprogramms wird vertraglich mitunter an einen bestimmten Computer gebunden (sogenannte **CPU-Klauseln**). Solche Bestimmungen sind generell eng auszulegen und dürfen die bestimmungsgemässe Nutzung der Software nicht faktisch verunmöglichen.

26.1 Hinter CPU-Klauseln steht die Überlegung, dass durch neue Hardware die Leistungsfähigkeit und damit auch der Gebrauchswert der Software gesteigert werden kann. Der Rechtsinhaber trägt jedoch nichts zu solchen Leistungssteigerungen bei. Die **Zulässigkeit** von CPU-Klauseln wird daher international kontrovers diskutiert (siehe dazu Reutter, 25 ff., mit weiteren Hinweisen; Marly, Rz. 1650 ff.). Nach der hier vertretenen Auffassung muss der Rechtsinhaber dem Softwareerwerber aufgrund des zwingenden Kerngehalts des Rechts auf bestimmungsgemässe Nutzung grundsätzlich die Möglichkeit zum Ersatz eines Systems durch ein gleichwertiges geben (siehe dazu auch Rauber, Use Restrictions, 166 ff.; Rauber, Computersoftware, 229 ff.; Fröhlich-Bleuler, Softwareverträge, Rz. 895; Heusler/Mathys, 161; Neff/Arn, 255; Straub, Softwareschutz, Rz. 289 ff.).

26.2 Ähnliche Überlegungen gelten auch in Bezug auf **Softwareaktivierungen**, welche an eine bestimmte Hardwarekonfiguration anknüpfen (siehe dazu im Einzelnen Straub, Softwareschutz, Rz. 387 ff.). Andernfalls wird die reale Nutzungsdauer von der zufälligen Lebensdauer bestimmter Hardwarekomponenten abhängig gemacht.

26.3 Die Leistungsfähigkeit **multiprozessorfähiger Software** wird durch die Verteilung des Rechenvorganges auf mehrere CPUs gesteigert. Dabei wird die Verarbeitungsgeschwindigkeit, nicht aber die Anzahl vorübergehender Programmkopien erhöht, da die Kopiervorgänge nicht in den Prozessoren, sondern im Arbeitsspeicher stattfinden. Bei Software, die für ein Multitasking ausgelegt ist, gehört der Einsatz mehrerer Prozessoren grundsätzlich zum bestimmungsgemässen Gebrauch und ist damit urheberrechtlich zulässig. Dieses Recht kann aber im Interesse leistungsabhängiger Nutzungsgebühren vertraglich eingeschränkt werden (siehe dazu im Einzelnen Straub, Softwareschutz, Rz. 292 ff.).

26.4 In einem einzigen Prozessorchip können mehrere **Prozessorkerne** integriert werden, welche teilweise (Multithread) oder vollständig (Multicore) autonom genutzt werden. CPU-Klauseln werden praktisch immer seitens der Rechtsinhaber im eigenen Interesse eingebracht. Sie stellen eine vertragliche Einschränkung der gesetzlichen Gebrauchsbefugnis dar und sind daher im Zweifel eng auszulegen. Jedenfalls bei Verträgen, welche erst nach Aufkommen der Multicore-Technologie (um das Jahr 2005) geschlossen wurden, sind unter «Prozessoren» nach dem Grundsatz *in dubio contra stipulatorem* die Chips zu verstehen – unabhängig davon, wie viele Prozessorkerne diese enthalten.

26.5 In **virtualisierten Umgebungen** können auf einem physischen Gerät mehrere in einem virtuellen System laufende Programme betrieben werden, welche je nur einen Teil der verfügbaren Gesamtprozessorleistung in Anspruch nehmen. Ein virtueller Server besteht in der Regel aus Software. Diese kann – statt auf einer einzelnen Maschine abzulaufen – auch über mehrere Hardwareeinheiten verteilt sein. Statt jedem virtuellen System eigene Hardware zuzuweisen, können virtuelle Einheiten dynamisch auf mehreren physischen Einheiten laufen, so dass die Prozessorleistung entsprechend

der Auslastung der virtuellen Systeme verteilt wird. Die einzelnen Prozessoren oder Prozessorkerne stellen in solchen Umgebungen kaum eine sinnvolle Anknüpfung für Lizenzgebührenmodelle mehr dar, weil hier zwar mehrere Prozessoren zum Einsatz kommen, diese aber dem einzelnen Programm zumindest in zeitlicher Hinsicht nur teilweise zur Verfügung stehen.

Durch die Bindung an bestimmte Hardwarekomponenten wird der flexible Softwareeinsatz faktisch verunmöglicht. Wenn der Nutzer bei jeder Veränderung der Systemkonfiguration eine Zustimmung des Softwareherstellers braucht, ohne dass deren Voraussetzungen im Voraus festgelegt wurden, gerät er in ein Abhängigkeitsverhältnis. Das Erzwingen unangemessener Bedingungen bei Konfigurationsänderungen durch einen marktmächtigen Partner kann gegen das **Wettbewerbsrecht** verstossen (siehe dazu auch Hepp/Müller/Herrmann, Rz. 1696, sowie den Schlussbericht der WEKO vom 28.1.2010 in Sachen Vorabklärung SAP, RPW, 435 ff., wo es allerdings um Softwarewartung ging). 26.6

Individuell bezeichnete **«Named Users»** können nachträglich geändert werden, soweit der Nutzungsumfang dadurch nicht erweitert wird. **27**

Bei Mehrplatzlizenzen wird die Nutzungsberechtigung vertraglich mitunter auf bestimmte natürliche Personen ***(Named Users)*** beschränkt. Dies kann etwa im Bereich der Hotline durchaus Sinn machen, doch muss der Erwerber die nutzungsberechtigten Personen nachträglich ändern können, solange deren Anzahl gleich bleibt (siehe dazu auch Heusler/Mathys, 158 f.). Allenfalls kann ein Vollzeitnutzer auch durch mehrere sequentiell tätige Teilzeitnutzer ersetzt werden, da der Nutzungsumfang in diesem Fall gleich bleibt. 27.1

K. Sicherheitskopien und Backups

Das Urheberrecht gibt dem Erwerber eines Computerprogramms das **unabdingbare Recht**, eine Sicherungskopie davon herzustellen. Software wird oft automatisch von Backups erfasst. Die dabei entstehenden Kopien – nicht aber eine selbständige Nutzung derselben –sind durch das gesetzliche Gebrauchsrecht gedeckt. **28**

Nach der EU-Richtlinie ist dieses Recht insoweit **zwingend**, als die Herstellung der Sicherheitskopie zum Gebrauch notwendig ist (Art. 5 Abs. 2 Softwareschutz-RL). Dies gilt auch für das schweizerische Recht (siehe dazu Rauber, Computersoftware, 192). Es handelt sich im Grunde genommen um eine Konkretisierung des Grundsatzes, dass der Erwerber von Computerprogrammen alle zum bestimmungsgemässen Gebrauch notwendigen Handlungen vornehmen darf. 28.1

Die Bestimmung über die Sicherungskopien erscheint zunächst etwas antiquiert, weil sie aus der Zeit stammt, in welcher Software auf einem einzigen physischen Datenträger ausgeliefert wurde. Heute wird Software meist **online** übertragen. Da die jeweilige Softwareversion jedoch oft nur beschränkte Zeit zum Download bereitgehalten wird, kann es nach wie vor sinnvoll sein, eine entsprechende Kopie auf einem anderen Datenträger zu speichern. 28.2

28.3 Wird die Erstellung von Sicherungskopien vom Hersteller technisch verunmöglicht (z.B. durch DRM-Systeme), so ist der Erwerber allenfalls zu einer **Umgehung entsprechender Sperren** berechtigt (siehe dazu auch vorne Rz. 23.1 f. sowie THOUVENIN/BERGER, Kap. 6/3.9/1.3). Trotz des zwingenden Charakters könnte der Rechtsinhaber eine Anwendung der Bestimmung über die Sicherungskopie allenfalls vermeiden, indem er selbst ein **zweites Exemplar** mitliefert. Allerdings hat der Erwerber mitunter das Bedürfnis, Sicherungskopien aller erworbenen Software auf einem eigenen Laufwerk zentral zu verwalten. Ein solches Vorgehen dürfte durch den bestimmungsgemässen Gebrauch auch dann abgedeckt sein, wenn der Hersteller mehrere Datenträger ausgeliefert hat.

28.4 Nach der wohl herrschenden Lehre findet das Recht auf Sicherungskopie keine Anwendung auf **Firmware** (siehe dazu FRÖHLICH-BLEULER, Softwareverträge, Rz. 862; NEFF/ARN, 309 f.). Dies ist m. E. richtig, sofern das Produkt anhand einer Sicherungskopie gar nicht wiederhergestellt werden könnte.

28.5 Die Gefahr eines Nutzungsverlusts besteht auch dann, wenn der **Lizenzkey** verloren geht. Softwareprodukteschlüssel sind in der Regel selbst nicht urheberrechtlich geschützt (siehe dazu vorne Rz. 24.6). Auch wenn ein urheberrechtlicher Schutz besteht, dürfen sie nach der hier vertretenen Auffassung aufgrund einer analogen Anwendung des gesetzlichen Gebrauchsrechts z.B. in Repository Tools gesichert werden, obwohl sie selbst nicht den Charakter von Computerprogrammen haben.

28.6 **Backups auf Speichermedien** erfassen oft nicht nur Daten, sondern auch Software. Einerseits ist die Trennung zwischen Programmen und Daten, welche auf einem Laufwerk gespeichert sind, oft kaum möglich. Andererseits ist die Mitsicherung von Softwarekomponenten im Hinblick auf die Wiederherstellbarkeit einer bestimmten Konfiguration für den Fall eines Festplattendefekts wichtig. Auf Backupmedien können zahlreiche Kopien der gleichen Software entstehen (z.B. täglich ein neues Sicherungsband). Die wohl herrschende Lehre spricht sich für eine weite Auslegung von Art. 24 Abs. 2 URG aus (siehe RAUBER, Use Restrictions, 144; DERS., Computersoftware, 233; CADUFF, 156 ff.; siehe demgegenüber aber auch BARRELET/EGLOFF, Art. 24 URG N 5; FRÖHLICH-BLEULER, Urheberrechtliche Nutzungsbefugnisse, 579; REHBINDER/VIGANÒ, Art. 24 URG N 7; NEFF/ARN, 308 f.). Nach der hier vertretenen Auffassung fallen derartige Kopien ganzer Installationen (z.B. als virtuelle Maschinen) nicht unter die Sondernorm von Art. 24 Abs. 2 URG. Sie sind aber durch das Recht auf bestimmungsgemässen Gebrauch der Software abgedeckt.

L. Gebrauchsrecht an Dokumentationen

29 Auf Softwaredokumentationen sind grundsätzlich nicht die spezifischen Regeln über Computerprogramme, sondern nur die allgemeinen Bestimmungen des URG über **Sprachwerke** anwendbar.

29.1 Obwohl die Grenzen zwischen Software und Dokumentation teilweise fliessend verlaufen, sind auf solche Dokumente grundsätzlich nicht die Regeln über Computerprogramme, sondern diejenigen über **Werke der Literatur und Kunst** anwendbar (siehe dazu vorne Rz. 2.2 ff.). Rechtmässig erworbene Dokumentationen können dementsprechend frei gelesen und im Rahmen des Eigengebrauchs kopiert oder vermietet werden (Art. 19 URG).

M. Schranken des Urheberrechts

Für Computerprogramme sind als **Schranken des Urheberrechts** vor allem das Gebrauchs- und Weiterveräusserungsrecht des Erwerbers, das Recht auf Herstellung von Sicherungskopien und das Recht auf Dekompilierung von Schnittstellen zur Schaffung interoperabler Programme von praktischer Relevanz. **30**

An Computerprogrammen besteht grundsätzlich kein **Zitatrecht**, weil diese nicht gedankliche Inhalte, sondern primär Funktionalität vermitteln. Nach der hier vertretenen Auffassung sollten aber Ausschnitte eines bereits veröffentlichten Sourcecodes (z.B. Open Source Software) etwa in wissenschaftlichen Publikationen zitiert werden können (siehe dazu auch HEPP/MÜLLER/HERRMANN, Rz. 1580; THOMANN, Softwareschutz, 40). 30.1

Theoretisch möglich – aber bei Computerprogrammen äusserst selten – sind **Parodien** (siehe dazu auch THOMANN, Softwareschutz, 40). Unter die Kategorie der Parodien dürfte etwa «Vigor» fallen, eine Parodie des Windows Office Assistenten (http://sourceforge.net/projects/vigor). 30.2

Die schweizerische Praxis lässt zudem eine **freie Benutzung** (libre utilisation) einzelner geschützter Elemente zu, wenn diese angesichts der Individualität des neuen Werks von unwesentlicher Bedeutung erscheinen. Je umfangreicher, komplexer und origineller Struktur, Implementierung und Benutzeroberfläche eines Programms sind, desto eher dürfen einzelne Elemente von Programmen Dritter im Rahmen einer freien Benutzung eingebaut werden (siehe dazu BGE 125 III 328 E. 4c; KGer AG, 31.7.1990 – «Swissbase»/«Bliss»). Die Tragweite des Grundsatzes der freien Benutzung wird in der Literatur allerdings kontrovers diskutiert (siehe dazu CHERPILLOD, Protection des logiciels, 63 f.; THOMANN, Softwareschutz, 40 f.; NEFF/ARN, 217 f.; DESSEMONTET, Droit d'auteur, Rz. 403 ff.; BARRELET/EGLOFF, Art. 3 URG N 5 und Art. 11 URG N 12). 30.3

In **zeitlicher Hinsicht** sind Computerprogramme 50 Jahre über den Tod des Urhebers bzw. der Urheber hinaus geschützt. **31**

Die Schutzdauer bildet theoretisch eine Schranke in zeitlicher Hinsicht. Der Urheberrechtsschutz eines Computerprogramms endet **50 Jahre nach dem Tod des Urhebers** bzw. bei mehreren Urhebern nach dem Tod des letzten Miturhebers (Art. 30 URG und Art. 8 Softwareschutz-RL). Für Dokumentationen etc. beträgt die Schutzdauer sogar 70 Jahre nach dem Tod des Urhebers. Alle softwarebezogenen Werke dürften somit bis weit über die reale Nutzungsdauer hinaus geschützt sein. 31.1

II. Schutz von Datenbanken

Datenbanken sind in der Schweiz als Sammelwerke urheberrechtlich geschützt, wenn ihre Auswahl oder Anordnung individuellen Charakter hat. Dies ist nicht der Fall, wenn sich ihre Struktur ohne weiteres aus ihrem Inhalt ergibt. **32**

Art. 10 Abs. 2 **TRIPs** verpflichtet die Mitgliedstaaten zu einem Schutz von Datensammlungen: «*Compilations of data or other material, whether in machine readable or* 32.1

other form, which by reason of the selection or arrangement of their contents constitute intellectual creations shall be protected as such. Such protection, which shall not extend to the data or material itself, shall be without prejudice to any copyright subsisting in the data or material itself.» Ob dafür ein spezieller Schutz geschaffen wird oder ob solche Datenbanken als Sammelwerke dem Urheberrecht unterstellt werden, bleibt den einzelnen Staaten jedoch freigestellt (siehe dazu auch NEFF/ARN, 76).

32.2 **In der EU** wurde der Rechtsschutz von Datensammlungen durch die Richtlinie 96/9/EG über den rechtlichen Schutz von Datenbanken (Datenbankrichtlinie, DBRL) vereinheitlicht. Diese sieht einen besonderen Schutz für nicht individuelle Datenbanken vor, deren Herstellung und Pflege wesentliche Investitionen erfordert hat (Art. 7 DBRL).

32.3 In der Schweiz sind Datenbanken als Sammelwerke urheberrechtlich geschützt, wenn ihre **Auswahl oder Anordnung** individuellen Charakter hat (Art. 4 Abs. 1 URG; siehe zum Schutz von Datenbanken im Einzelnen ETIENNE, 212 ff.; KÜBLER, 252 ff.; CHERPILLOD, Protection des logiciels, 54; DUCOR, 153 ff.; TISSOT, 185 ff.; WEBER, 61 ff.; LUTZ, 656; HEPP/MÜLLER/HERRMANN, Rz. 1602; THOMANN, Softwareschutz, 18; NEFF/ARN, 171 ff.; KGer SG, 24.5.2005, DZ.2002.3, E. III/5d/aa). Eine Auswahl ist nicht schützbar, wenn sie sich direkt aus der Aufgabenstellung ergibt (z.B. alphabetisches Telefonbuch einer Stadt) und nicht auf individuellen Entscheidungen beruht. Zur Anordnung gehört auch die Wahl des Datenmodells.

32.4 Neben der Datenbankdefinition kommt auch ein Schutz der einzelnen darin gespeicherten **Datensätze** in Betracht, wenn diese die Schwelle der Individualität erreichen. Urheberrechtlicher Schutz ist selbstverständlich auch für alle Softwarekomponenten möglich, welche dem Zugriff auf Daten und der Verwaltung von Datensätzen dienen.

32.5 Das **Lauterkeitsrecht** verbietet das direkte Kopieren und Verwerten von marktreifen Leistungen Dritter ohne angemessenen eigenen Aufwand – unabhängig davon, ob diese die Voraussetzungen immaterialgüterrechtlichen Schutzes erfüllen (Art. 5 lit. c UWG; siehe dazu hinten Rz. 44.1 ff. sowie WEBER, 72 ff.). Auch Datensammlungen, welche die Schwelle immaterialgüterrechtlichen Schutzes noch nicht erreichen, dürfen von Dritten somit nicht ohne weiteres kopiert werden (siehe dazu KÜBLER, 269 ff.; ETIENNE, 240 ff.).

III. Patentrechtlicher Schutz

A. Schutzvoraussetzungen

33 Damit ein Patent eingetragen werden kann, müssen folgende **Voraussetzungen** gegeben sein (Art. 1 und 7 PatG):

- Es muss sich um eine **Erfindung** handeln, die das Gebiet der **Technik** betrifft.
- Diese muss **gewerblich anwendbar** sein.
- Die Erfindung muss **neu** sein, d.h. sie darf noch nirgendwo publiziert worden sein.

Für eine durchschnittliche Fachperson auf dem betreffenden Gebiet darf die Erfindung aufgrund des aktuellen Standes der Technik nicht naheliegend sein **(erfinderische Tätigkeit)**.

Mit der Unterstellung der Computerprogramme unter das Urheberrecht schien die Frage ihrer rechtlichen Einordnung gelöst. Der urheberrechtliche Schutz weist jedoch aus Sicht der Hersteller verschiedene Schwächen auf: Er erfasst nur die konkrete Ausgestaltung von Computerprogrammen, nicht aber die zugrunde liegenden Ideen. Wegen der etwas vagen Schutzvoraussetzung der Individualität und der Schwierigkeit zu beweisen, wann bzw. von wem ein Werk geschaffen wurde, ist der Urheberrechtsschutz zudem mit Ungewissheiten verbunden. Obwohl auch die Gültigkeit von Patenten nachträglich noch angefochten werden kann, bieten diese aufgrund des Eintragungsverfahrens von vornherein ein höheres Mass an Rechtssicherheit (siehe zur Schwierigkeit der Feststellung des Standes der Technik im Bereich der Softwareentwicklung allerdings auch BERGER, Schutz von Software, 59). **Urheberrechtlicher und patentrechtlicher Schutz** ergänzen sich im Bereich der Software, weil ihre Zielrichtung unterschiedlich ist (siehe dazu auch CALAME, SIWR IV, 659 f). Das Urheberrecht schützt die Schöpfer vor allem gegen das Kopieren bestehender Programme, das Patentrecht bietet Schutz vor der Verwertung zugrundeliegender Ideen in neuen Programmen. 33.1

Die **gewerbliche Anwendbarkeit** ist eine zwingende Schutzvoraussetzung. Bei Hard- oder Softwareerfindungen ist sie aber praktisch immer gegeben (siehe dazu BGE 96 I 401 E. 1a, wo es um eine Maschine zur Berechnung des Biorhythmus ging). Auf die Wahrscheinlichkeit eines kommerziellen Erfolgs kommt es nicht an. Siehe bezüglich der übrigen Patentvoraussetzungen **§ 9** Patente: Der Schutz von technischen Innovationen, Rz. 3.1 ff. 33.2

34

Softwarebezogene Erfindungen gehören gemäss der schweizerischen und europäischen Eintragungspraxis nur dann zum **Gebiet der Technik**, wenn besondere Kriterien erfüllt sind. Nach dem derzeitigen Stand der Rechtsprechung ist dies insbesondere in folgenden Fällen anzunehmen:

- Die Erfindung betrifft die Steuerung der **internen Funktionsweise des Computers** selbst oder seiner Schnittstellen (z.B. Art der Speicherverwaltung durch Betriebssysteme).
- Die Erfindung betrifft die Steuerung **nachgelagerter technischer Komponenten** (z.B. Industrieanlagen, welche physikalische oder chemische Effekte erzielen).
- Zur Ausführung der Erfindung **sind technische Überlegungen** notwendig. Das ist dann der Fall, wenn die Erfindung die Lösung einer technischen Aufgabenstellung darstellt.

Software kann nur ausgeführt werden, wenn sie in einen Arbeitsspeicher geladen wird, was physikalisch zur Übertragung elektrischer Signale – und in der Regel auch zu einer Veränderung von Magnetisierungszuständen in Speichern – führt. Durch die Anwendung von Computerprogrammen werden somit Naturkräfte (insbesondere elektrische Energie) nutzbar gemacht. Softwareerfindungen sind daher grundsätzlich technischer Natur. Im **Europäischen Patentübereinkommen** gibt es indessen einen generellen Ausschluss von der Patentierbarkeit von Computerprogrammen. Art. 52 Abs. 2 lit. c EPÜ lautet: «*Als Erfindungen ... werden insbesondere nicht angesehen: ... Programme für Datenverarbeitungsanlagen.*» Dies wird jedoch durch Abs. 3 derselben Bestimmung relativiert: «*... Absatz 2 steht der Patentfähigkeit der in dieser Vorschrift genannten Gegenstände oder Tätigkeiten nur insoweit entgegen, als sich die europäi-* 34.1

sche Patentanmeldung oder das europäische Patent auf die genannten Gegenstände oder Tätigkeiten als solche bezieht.»

34.2 **Hardware** gehört demgegenüber ohne Einschränkung zum Gebiet der Technik. Gleiche Funktionen können oft sowohl durch Hardware oder durch Software realisiert werden. Die Grenzen zwischen Hard- und Software sind bei in Computerchips verkörperten Steuerungen ohnehin fliessend. Indessen sprechen verschiedene Gründe für eine besonders sorgfältige Prüfung von Softwarepatenten.

34.3 Computerprogramme bestehen in der Regel aus zahlreichen Elementen, von denen einzelne erfinderischer Natur sein mögen. Erfinderisch kann aber auch die nicht naheliegende Kombination bekannter Elemente sein. Ein integraler Schutz ganzer Computerprogramme ist nicht Aufgabe des Patentrechts. Ein solcher Schutz würde einerseits zu weit gehen, weil damit auch nichterfinderische Leistungen umfasst würden, andererseits aber zu wenig weit, weil statt an den zugrundeliegenden Ideen an deren Ausdrucksform angeknüpft würde – wofür das Urheberrecht zuständig ist. Es geht somit nicht um den Schutz von Computerprogrammen an sich, sondern um denjenigen von Erfindungen aus dem Bereich der Software. Die Richtlinien des IGE für die Sachprüfung der nationalen Patentanmeldungen vom 1. Juli 2011 verwenden dementsprechend den Begriff der **«computerimplementierten Erfindung»**.

34.4 Computerprogrammen liegen letztlich mathematische Prinzipien zugrunde. Diese gehören grundsätzlich nicht zum Bereich der Erfindungen. Art. 52 Abs. 2 lit. a EPÜ hält ausdrücklich fest, dass Entdeckungen vom Patentschutz ausgeschlossen sind. Im EPA-Entscheid vom 15.7.1986 (T 208/84, ABl. EPA 1/87 14, «Vicom» = GRUR Int. 1987, 173), wird folgerichtig festgehalten, dass **mathematische Methoden** als solche keinen Patentschutz erlangen können, wohl aber die Anwendung dieser Methoden, wenn dadurch über die blosse Zahlenverarbeitung hinaus auf physikalische Erscheinungen eingewirkt wird.

34.5 In der Diskussion um die Patentierbarkeit von Computerprogrammen wurde oft an den Begriff des **Algorithmus** angeknüpft (siehe dazu auch Frei, 124 f.; Neff/Arn, 134 ff.). Dieser Terminus wird sowohl in der Mathematik als auch in der Informatik verwendet. Er wird vorliegend als eindeutige Handlungsvorschrift zur Lösung eines Problems oder einer Klasse von Problemen in endlich vielen Schritten verstanden. Computerprogramme beinhalten somit stets Algorithmen. Nach dem hier vertretenen Verständnis ist dieser Begriff jedoch weit zu fassen und kann sowohl abstrakte – und damit freihaltebedürftige – mathematische Lösungsprinzipien als auch konkrete technische Lösungswege umfassen (siehe dazu allerdings differenzierend Ziff. 2.1.1 der Richtlinien des IGE für die Sachprüfung der nationalen Patentanmeldungen vom 1. Juli 2011). Er ist somit alleine nicht geeignet zur Beurteilung der Patentfähigkeit computerbezogener Erfindungen. In der schweizerischen Diskussion wurde der Begriff des Algorithmus oft etwas voreilig unter «Anweisungen an den menschlichen Geist» subsumiert, um damit die Schutzfähigkeit von Computerprogrammen generell zu verneinen.

34.6 Nach der hier vertretenen Auffassung sind die einzelnen **Funktionen** von Programmen (z.B. Fettdruck bei Textverarbeitungsprogrammen, Möglichkeit zum Rückgängigmachen von Bildbearbeitungsschritten, Sortiermöglichkeiten in Tabellen) weder urheberrechtlich noch patentrechtlich monopolisierbar, da sie technische Aufgabenstellungen implizieren, an welchen generell ein Freihaltebedürfnis besteht. Dies gilt auch dann, wenn die Funktion von den bereits existierenden Programmen noch nicht

erfüllt wird (z.B. weil das Bedürfnis bisher noch nicht erkannt wurde oder noch kein technischer Weg zu dessen Befriedigung gefunden wurde). Schutzfähig sind nur die technischen Lösungswege zur Erfüllung der betreffenden Funktion. Allerdings ist die Abgrenzung zwischen Aufgabenstellung und Lösung oft anspruchsvoll: Je grundsätzlicher die Aufgabe gefasst ist, desto mehr besteht ein Freihaltebedürfnis an ihr. Je konkreter und granularer sie definiert wird, umso eher impliziert sie hingegen bereits monopolisierungsfähige Lösungsansätze.

Software durchläuft in der Regel verschiedene Entwicklungsstufen von der Konzeption über die Implementierung in Sourcecodeform bis zum funktionsfähigen Computerprogramm (siehe dazu vorne Rz. 16.1 f.). Erst der Ablauf des Objectcodes bzw. Executables führt zu technischen Effekten (d.h. dem Fluss elektrischer Energie oder optischer Signale). Patentrechtlich relevant sind aber die zugrundeliegenden Ideen. Diese sind in Konzepten, Sourcecodes etc. materialisiert. Wie in anderen Bereichen (z.B. Maschinenbau) ist patentrechtlich aber nicht der **Plan** selbst, sondern die zugrundeliegende Erfindung schützbar (Art. 52 Abs. 2 lit. c EPÜ nennt Pläne im gleichen Absatz wie Programme für Datenverarbeitungsanlagen). 34.7

Computerprogramme sind zudem gegenüber blossen **Daten** abzugrenzen. Patentrechtlich schützbar sind nicht statische Informationen, sondern Verfahren bzw. funktionsfähige Lösungen (siehe dazu vorne Rz. 1.1). 34.8

Grundsätzlich kann unterschieden werden zwischen **Herstellungsverfahren**, welche durch dazu konstruierte Einrichtungen selbsttätig ausgeführt werden (d.h. technische Verfahren), und **Arbeitsverfahren**, bei welchen einzelne Arbeitsschritte durch den Menschen gesteuert werden (d.h. Anweisungen an den menschlichen Geist; siehe dazu KULHAVY, 774 ff.; FREI, 127). Allerdings betreffen Erfindungen auf dem Gebiet der Informatik in der Regel einzelne Elemente in einem Gesamtsystem. Zu ihrer Umsetzung können weitere erfinderische Schritte notwendig sein. Umgekehrt könnten Prozesse, welche heute noch menschliche Intervention erfordern, in Zukunft ihrerseits durch Computerprogramme erledigt werden. Die Beantwortung der Frage, ob menschliche Umsetzungsschritte erforderlich sind, erlaubt alleine keine abschliessende Beantwortung der Frage der Technizität, bildet aber ein wichtiges Indiz. 34.9

Die Diskussion über die Schutzwürdigkeit von Computerprogrammen wurde – ausgehend von den Entwicklungen des US-amerikanischen Rechts – oft parallel mit derjenigen der Schützbarkeit von **Geschäftsmethoden** geführt. Letztere sind grundsätzlich nicht technischer Natur. Allerdings wurde immer wieder versucht, patentrechtlich nicht schützbare Geschäftsideen (z.B. Methoden des E-Commerce) durch eine Implementierung in Computerprogramme zu monopolisieren (siehe etwa EPA, T 258/03, ABl. EPA 2004, 575 «Auktionsverfahren/Hitachi», besprochen bei WEIBEL, 514 ff., und KULHAVY, 774 ff.). Die neuere Praxis des EPA prüft daher zu Recht, ob die erfinderische Leistung im Bereich der technischen oder der nichttechnischen Elemente liegt (siehe dazu etwa EPA, T 931/95, ABl. EPA 2001, 441 «Pensionssystem/PBS Partnership»; T 641/00, ABl. EPA 2003, 352 «Zwei Kennungen/Comvik»; siehe in diesem Zusammenhang aber auch die Richtlinien für die Prüfung im EPA, Kap. C/IV/2.3.6, wonach die weitere technische Wirkung eines Computerprogramms im Stand der Technik bekannt sein kann). 34.10

In einer ersten Phase wurden vom EPA nur **hardwarebezogene Softwareerfindungen** zur Eintragung zugelassen. Da die Grenzen bis zu einem Grad fliessend blieben, die Patenteintragung indessen nur entweder zugelassen oder aber verweigert werden 34.11

kann, ist diese Unterscheidung zu Recht auf Kritik gestossen (siehe dazu die vertiefte Analyse der älteren Praxis bei FREI, 132 ff.; CLOSA/GARDINER/GIEMSA/MACHEK, 173 ff.). Unter dem Einfluss des grosszügigeren US-amerikanischen Patentrechts hat das EPA seine bisherige Praxis 1998 liberalisiert (EPA, T 1173/97, ABl. EPA 1999, 609 ff. «Programm-Produkt/IBM»; siehe dazu auch HEINRICH, Art. 1 PatG N 42 ff.; FRAUENKNECHT, 715 ff.; WELCH/MÜLLER, 292 ff.). Entscheidend ist danach, dass das Programm beim Betrieb eine **technische Wirkung** hervorbringt, welche über die normalen physikalischen Vorgänge beim Programmablauf – d.h. Änderungen von Magnetisierungszuständen in Arbeitsspeichern – hinausgeht (siehe dazu auch EPA, T 125/01; T 424/03 «Clipboard Formats I/Microsoft», sowie die Analyse der Rechtsprechung bei SINGER/STAUDER, Art. 52 EPÜ N 36 ff.; CALAME, Softwareschutz, 335 ff.; THOUVENIN/BERGER, Kap. 6/2.3/3; MARLY, Rz. 477 ff.). Das ist insbesondere in den nachfolgend erwähnten Fallgruppen anzunehmen (siehe dazu im Einzelnen die Richtlinien für die Prüfung im EPA, Kap. C/IV/2.3.6):

- Die Erfindung betrifft die Steuerung der **internen Funktionsweise des Computers** selbst oder seiner Schnittstellen, z.B. Art der Speicherverwaltung durch Betriebssysteme (siehe dazu EPA, T 121/06; T 1351/04; T 6/83, ABl. EPA 1-2/90, 5 «Datenprozessornetz/IBM»; siehe in diesem Zusammenhang aber auch BGH, 22.4.2010, Xa ZB 20/08 in der Beschwerdesache betreffend die Patentanmeldung DE 102 32 674.6-53, wonach es ausreichen soll, dass der Ablauf eines Computerprogramms zur Lösung eines technischen Problems ausserhalb der Datenverarbeitungsanlage eingesetzt wird).
- Die Erfindung betrifft die Steuerung **nachgelagerter technischer Komponenten**, z.B. Industrieanlagen, welche physikalische oder chemische Effekte erzielen (siehe dazu EPA, T 26/86, ABl. EPA 1-2/88, 19 «Röntgeneinrichtung/Koch & Sterzel»; T 854/90, ABl. EPA 11/93, 669 «Kartenleser/IBM»; T 1227/05 ABl. 2007, 574 «Schaltkreissimulation»; anders jedoch EPA, T 158/88, ABl. EPA 11/91, 566 «Schriftzeichen/Siemens»). Generell erscheint die Signalverarbeitung techniknäher zu sein als die reine Verarbeitung von Daten (siehe dazu auch Ziff. 2.1.1 der Richtlinien des IGE für die Sachprüfung der nationalen Patentanmeldungen vom 1.7.2011).
- Zur Ausführung der Erfindung sind **technische Überlegungen** notwendig. Dies ist dann gegeben, wenn die Erfindung die Lösung einer technischen Aufgabenstellung darstellt (siehe dazu EPA, T 769/92, ABl. EPA 8/95, 525 «Universelles Verwaltungssystem/Sohei»; BERGER, Schutz von Software, 41).

34.12 In jüngster Zeit scheint sich in der Eintragungspraxis eher wieder ein **restriktiverer Kurs** bemerkbar zu machen (siehe dazu auch CLOSA/GARDINER/GIEMSA/MACHEK, 8 ff.). 2008 legte die Präsidentin des EPA der Grossen Beschwerdekammer vier Fragen betreffend die Patentierbarkeit von Software vor. Damit wurde bezweckt, eine einheitliche Rechtsprechung aller technischen Beschwerdekammern in Hinblick auf den Beitrag von Software-Merkmalen zu einer patentfähigen Erfindung zu erreichen. Die Grosse Beschwerdekammer anerkannte zwar die grundsätzliche Bedeutung der Fragen, trat jedoch nicht auf sie ein, weil bereits ein ausgefeiltes System bestehe, um den erfinderischen Schritt einzuschätzen (Vorlage G 3/08, Opinion of the Enlarged Board of Appeal of 12 May 2010 in relation to a point of law referred by the President of the European Patent Office pursuant to Article 112[1][b] EPC; siehe dazu auch THOUVENIN, 808 ff.).

34.13 Im Jahr 2000 wurde ein erfolgloser Versuch unternommen, die Bestimmung des **EPÜ**, welche die Patentierung von Computerprogrammen als solche ausschliesst, durch eine Revision des Abkommens zu streichen. In der EU wurde bisher ebenfalls

erfolglos über eine Harmonisierung der Eintragungsvoraussetzung von Softwareerfindungen diskutiert (siehe den **Vorschlag der EU-Kommission** für eine Richtlinie über die Patentierbarkeit computerimplementierter Erfindungen, KOM 2002/92; siehe zur Geschichte des gescheiterten Richtlinienvorschlages im Einzelnen CALAME, SIWR IV, 672 ff.).

34.14 Das **schweizerische Patentgesetz** enthält im Gegensatz zum EPÜ keine expliziten Bestimmungen über den Schutz von Computerprogrammen oder dessen Ausschluss. Im Zusammenhang mit der (fehlenden) Patentfähigkeit eines gedruckten Nachschlagewerks entwickelte das Bundesgericht die Formel, dass «Anweisungen an den menschlichen Geist» nicht schützbar seien (BGer, 14.5.1968, PMMBl 1968 I 52 ff.; siehe dazu auch FREI, 109 f.). Im gleichen Jahr hatte die Beschwerdekammer des damaligen BAGE erstmals die Frage der Patentfähigkeit eines Computerprogramms zu entscheiden (PMMBl 1968 I 53; siehe dazu auch FREI, 110 f.). Es ging um ein Programm, welches der Berechnung bautechnischer Leistungen diente. Die Beschwerdekammer nahm hier auf die vom Bundesgericht verwendete Formel Bezug. Während längerer Zeit wurden nun Computerprogramme mit «Anweisungen an den menschlichen Geist» gleichgesetzt, um ihre Schutzfähigkeit generell zu verneinen. Das **Bundesgericht** hat die Formel in BGE 95 I 579 E. 4 auf ein Verfahren zur Verteilung elektrischer Energie angewandt und entschieden, dass mathematische Lösungsmethoden auch dann nicht patentfähig seien, wenn sie auf ein technisches Problem angewendet werden. In BGE 98 Ib 396 E. 4 wurde apodiktisch festgehalten, dass Computerprogramme nicht patentrechtlich schützbar seien. Mit der steigenden wirtschaftlichen Bedeutung von Computerprogrammen erhöhte sich indessen das Bedürfnis nach einem wirksamen Patentschutz. 1975 hat die **Beschwerdekammer des BAGE** die Schützbarkeit eines Computerprogramms unter bestimmten Voraussetzungen erstmals bejaht (PMMBl 1975 I 30). Die Anwendung jenes Programms hatte über den blossen Ablauf im Computer hinaus Wirkungen auf Naturkräfte erzeugt (insbesondere Steuerung der Produktionstemperatur einer Industrieanlage). Seither ist es in der Schweiz – soweit ersichtlich – nicht mehr zu Entscheiden über die Patentierbarkeit von Computerprogrammen gekommen.

34.15 Die heutige Praxis des IGE zur Eintragungsfähigkeit von computerimplementierten Erfindungen lehnt sich eng an diejenige des **EPA** an (siehe dazu auch Ziff. 2.1.1 der Richtlinien des IGE für die Sachprüfung der nationalen Patentanmeldungen vom 1.7.2011; BERTSCHINGER, Rz. 4.30 ff.; FREI, 121). Gemäss den Prüfungsrichtlinien kann sich der technische Charakter aus der Aufgabestellung, den Mitteln, den Wirkungen oder den zu ihrer Erzielung notwendigen Überlegungen ergeben.

B. Art des Patents

35 Durch Patente kann ein Programm mit bestimmten Eigenschaften (**Vorrichtungspatent**/Stoffpatent/Erzeugnispatent), ein bestimmtes Herstellungsverfahren **(Verfahrenspatent)** oder eine Methode für den **Betrieb einer Vorrichtung** geschützt werden.

35.1 Für Softwareerfindungen kommen **alle drei Patentarten** in Betracht (siehe dazu EPA Richtlinien C/IV/2.3.6; FREI, 158; THOUVENIN/BERGER, Kap. 6/2.3/2; HILTY, Urheberrecht, Rz. 338).

35.2 Das Patentrecht bezweckt nicht den Schutz ganzer Computerprogramme, sondern einzelner softwaretechnischer Erfindungen. Daher sind bei der Anmeldung grundsätzlich keine Ausdrucke des ganzen Programms (z.B. des Sourcecodes) einzureichen, sondern die beanspruchte Erfindung ist sprachlich – allenfalls ergänzt durch Ablaufdiagramme etc. – zu **beschreiben** (siehe dazu im Einzelnen die Richtlinien für die Prüfung im EPA, Kap. C/II/4.15, sowie die Musterbeispiele bei CLOSA/GARDINER/GIEMSA/MACHEK, 51 ff.).

C. Rechte an der Erfindung

36 Das Patentgesuch kann auch durch eine juristische Person (z.B. die Arbeitgeberfirma) gestellt werden. Der bzw. die Erfinder haben jedoch Anspruch auf **Nennung** in der Patenschrift (Art. 4ter PVÜ).

36.1 Im **Arbeitsrecht** wird zwischen verschiedenen Kategorien von Erfindungen unterschieden (Art. 332 OR; siehe dazu im Einzelnen **§ 10** Rechte an Entwicklungen des Arbeitnehmers). Es gibt jedoch im Gegensatz zum Urheberrecht keine softwarespezifische Regelung.

D. Schutzumfang

37 Der Inhaber kann anderen die **kommerzielle Ausführung** des Patents und das «Nachmachen» verbieten, d.h. das Kopieren mit für den Fachmann naheliegenden Abweichungen.

37.1 Das Patentrecht bezieht sich primär auf die kommerzielle Nutzung (Art. 8 PatG; siehe auch BERGER, Schutz von Software, 52). Somit sind **Privatkopien** patentierter Software anders als im Urheberrecht grundsätzlich zulässig.

37.2 Das Patentgesetz enthält keine spezifische Bestimmung zur **Erschöpfung der Rechte an Computerprogrammen**. Nach der hier vertretenen Auffassung ist aber unabhängig von der Art der Übertragung (auf Datenträger oder online) davon auszugehen, dass zumindest patentrechtlich geschützte Software, welche vom Rechtsinhaber im Europäischen Wirtschaftsraum in Verkehr gebracht worden ist, in analoger Weise zum Urheberrecht gebraucht werden darf (Art. 9a PatG; siehe dazu im Einzelnen STRAUB, Softwareschutz, Rz. 479 ff.).

37.3 Die Praxis des schweizerischen Bundesgerichts lässt den **Parallelimport** von marken- und urheberrechtlich geschützten Produkten generell zu (BGE 124 III 321 E. 1 und 2; 122 III 469 E. 3–5; BGer, 1.3.2007, 4C.384/2006 E. 3.2.2 ff. = sic! 2007, 615 ff.; siehe zur urheberrechtlichen Erschöpfung von Computerprogrammen auch PFORTMÜLLER, Art. 12 URG N 14, und RAUBER, Computersoftware, 155; a.M. THOMANN, Softwareschutz, 27). Im Patentrecht gilt inzwischen generell der Grundsatz der regionalen Erschöpfung (Art. 9a PatG). Hat das Patent nur untergeordnete Bedeutung für die funktionelle Beschaffenheit des Programms, so darf dieses auch von ausserhalb des Europäischen Wirtschaftsraums eingeführt werden. Dies bringt schwierige Wertungsfragen mit sich. Nach der hier vertretenen Auffassung kann das zur wettbewerbsrechtlichen Marktabgrenzung verwendete Kriterium der Substituierbarkeit auch hier verwendet werden. Die patentgeschützte Erfindung ist demnach von untergeordneter Bedeutung für die Software, wenn sie für das Zielpublikum nicht kaufentscheidend ist

und dieses ohne weiteres auf ein Alternativprodukt ausweichen kann. Die untergeordnete Bedeutung wird vermutet, solange der Patentinhaber nicht das Gegenteil glaubhaft macht. Eine weitere Schranke in Bezug auf die Verhinderung von Parallelimporten bildet zudem das Wettbewerbsrecht (siehe Art. 3 Abs. 2 KG).

37.4 Das Patent kann zur Durchführung von Forschungs- und Versuchshandlungen benutzt werden (**Forschungsprivileg**, Art. 9 Abs. 1 lit. b PatG). Zu derartigen Zwecken dürfen unter patentrechtlichen Gesichtspunkten auch Methoden des Reverse Engineering angewendet werden (siehe dazu im Einzelnen STRAUB, ingénierie inverse, 17 f.; siehe demgegenüber jedoch OERTLI, Art. 21 URG N 53).

37.5 Personen, welche die Erfindung schon vor der Anmeldung gutgläubig benutzt haben, dürfen sie im gleichen Rahmen wie vor der Anmeldung **weitergebrauchen** (Art. 35 PatG; siehe dazu auch BERGER, Schutz von Software, 57).

37.6 Wer eine **abhängige Erfindung** macht, welche einen namhaften technischen Fortschritt auf dem betreffenden Gebiet bringt, hat Anspruch auf eine Gebrauchslizenz (Art. 36 PatG; siehe dazu in Bezug auf Software auch BERGER, Schutz von Software, 58).

37.7 Im Falle von den Patentschutz **überwiegenden öffentlichen Interessen** sind ebenfalls Zwangslizenzen denkbar (Art. 37 und 40 PatG; siehe dazu in Bezug auf Software auch BERGER, Schutz von Software, 58). Im Bereich der Informatik ist diese Möglichkeit bisher jedoch toter Buchstabe geblieben.

37.8 **Vertragliche Lizenzen** können im Patentregister eingetragen werden und erhalten dadurch Schutz gegenüber künftigen gutgläubigen Erwerbern des Patentrechts (Art. 34 Abs. 3 PatG).

37.9 Der Patentschutz für schweizerische Patente ist auf **maximal 20 Jahre** seit der Anmeldung beschränkt, was für Computerprogramme bereits als lang erscheint (Art. 14 PatG). Bei Europäischen Patenten mit Benennung Schweiz (CH-EP) ist das entsprechende Anmeldedatum beim EPA massgebend, so dass die effektive Schutzdauer maximal um die Prioritätsfrist verlängert werden kann. Faktisch lässt sich so in der Schweiz eine Schutzdauer von 21 Jahren erreichen.

IV. Designrechtlicher Schutz

A. Schutzgegenstand

38 Durch das Designrecht können **grafische Benutzeroberflächen** geschützt werden, indem konkrete Bildschirmgestaltungen bzw. Elemente davon beim IGE hinterlegt werden. Die betreffende Gestaltung muss **Eigenart** aufweisen (d.h. einen Gestaltungsspielraum nutzen) und neu sein.

38.1 Computerprogramme als solche oder deren Aufbau sind nicht designschutzfähig (siehe dazu auch Art. 3 lit. b DesRL). Hingegen kommt ein Schutz **grafischer Benutzeroberflächen** *(Graphic User Interfaces, kurz GUI)* von Software in Betracht (siehe dazu STUTZ/BEUTLER/KÜNZI, Art. 1 DesG N 18 f. und 32 f.; HEINRICH, Art. 1 DesG N 1.66; CELLI, in: Staub/Celli, Art. 1 DesG N 38). Sie können als eine Sammlung von ***Screenshots*** hinterlegt werden. Beim IGE wurden bisher einige wenige grafische Benutzeroberflächen als Designs registriert.

38.2 Die Gestaltung muss **Eigenart** aufweisen (Art. 2 Abs. 2 DesG; siehe dazu im Einzelnen **§ 28** Designregistrierung, Rz. 4.5 ff.). Bei der Beurteilung dieses Kriteriums sind jene Merkmale, welche interaktiv durch andere Softwarekomponenten gestaltet werden (insbesondere Betriebssysteme und Bibliotheken), grundsätzlich nicht mit zu berücksichtigen. Das Design darf sich auch nicht direkt aus einer technischen Funktion ergeben: Wo zu deren Erreichung kein Gestaltungsspielraum besteht, kann die einzig mögliche Lösung nicht monopolisiert werden. Allerdings braucht der technische Gestaltungsspielraum nicht so gross wie im Urheberrecht zu sein, da an die designrechtliche Eigenart weniger hohe Anforderungen gestellt werden als an die urheberrechtliche Individualität. Wenn eine Gestaltung aber auch die Schwelle der Individualität erreicht, sind paralleler Design- und Urheberrechtsschutz möglich, da die Zielrichtung der beiden Gesetze nicht identisch ist.

38.3 Die Gestaltung muss **neu** sein (Art. 2 Abs. 3 DesG; siehe dazu im Einzelnen **§ 28** Designregistrierung, Rz. 4.2 ff.). Die Anforderungen an die Neuheit sind allerdings weniger hoch als im Patentrecht: Eine Publikation im Ausland steht dem Schutz nur dann entgegen, wenn die massgeblichen Kreise in der Schweiz davon Kenntnis nehmen konnten. Wird Software im Internet verfügbar gemacht, besteht eine erhebliche Gefahr, dass das GUI seine Neuheit verliert.

38.4 Werden Designs von Arbeitnehmern geschaffen, so gelten die gleichen Regeln wie bei **Arbeitnehmererfindungen** (Art. 332 OR; siehe dazu im Einzelnen **§ 10** Rechte an Entwicklungen des Arbeitnehmers, § 26 Arbeitnehmer-Design).

B. Schutzumfang

39 Mit dem Designrecht kann der Inhaber analog zum Patentrecht nur die **gewerbliche Nutzung**, nicht aber den Privatgebrauch verbieten (Art. 9 DesG).

39.1 Sowohl das Urheber- als auch das Designrecht schützen grafische Gestaltungen gegenüber gewerblichen Nachahmungen, welche deren charakteristische Merkmale übernehmen. Das Designrecht stellt auf den **Gesamteindruck** ab (Art. 8 DesG). Dadurch ist ähnlich wie im Urheberrecht eine freie Benutzung schutzfähiger Elemente möglich, wenn diese im Verhältnis zu den neuen Elementen bloss untergeordnete Bedeutung haben (siehe dazu vorne Rz. 30.3).

40 Es gibt keine spezifischen Gesetzesbestimmungen zur **Erschöpfung der Rechte** an Computerprogrammen mit designrechtlich geschützten Elementen. Nach der hier vertretenen Auffassung ist aber davon auszugehen, dass diese in analoger Weise zum Urheberrecht gebraucht werden dürfen.

40.1 Das Designrecht enthält keine spezifische Bestimmung zur **Erschöpfung der Rechte an Computerprogrammen**. Nach der hier vertretenen Auffassung ist aber davon auszugehen, dass zumindest designrechtlich geschützte Software, welche vom Rechtsinhaber im Inland in Verkehr gebracht worden ist, in analoger Weise zum Urheberrecht gebraucht werden darf (siehe dazu auch vorne Rz. 37.2 f.).

40.2 Die Frage der Zulässigkeit von **Parallelimporten** ist im DesG nicht ausdrücklich geregelt und wird in der Literatur kontrovers diskutiert (Stutz/Beutler/Künzi, Art. 9 DesG N 83 ff. und Art. 46 DesG N 20 f.; Staub, in: Staub/Celli, Art. 9 DesG N 68;

HEINRICH, Art. 9 DesG N 9.52 ff.). In jedem Fall bildet aber das Wettbewerbsrechtsrecht eine Schranke zur Verhinderung von Missbräuchen (siehe Art. 3 Abs. 2 KG). Das Design grafischer Benutzeroberflächen dürfte in aller Regel von geringer Bedeutung für die Kaufentscheidung der Konsumenten sein. Nach der hier vertretenen Auffassung darf Software mit designrechtlich geschützten Elementen daher grundsätzlich auch von ausserhalb des Europäischen Wirtschaftsraums eingeführt werden.

40.3 Eine **gesetzliche Lizenz** ist für Personen vorgesehen, welche das Design bereits vor der Hinterlegung gebraucht haben (Art. 12 DesG). **Vertragliche Lizenzen** können im Designregister eingetragen werden und erhalten dadurch Schutz gegenüber künftigen gutgläubigen Erwerbern des Designrechts (Art. 14 DesG).

40.4 Der Designschutz ist auf **maximal 25 Jahre** seit der Hinterlegung beschränkt, was für GUI als lang erscheint (Art. 5 DesG).

V. Topografierechtlicher Schutz

41 Seit 1993 kennt die Schweiz ein spezielles Gesetz zum Schutz dreidimensionaler Strukturen von Halbleitererzeugnissen (Hardwarechips). Dieses hat bisher jedoch keine praktische Bedeutung erlangt.

41.1 Das ToG basiert weitgehend auf der **EU-Richtlinie 87/54/EWG** vom 16. Dezember 1986 über den Rechtsschutz der Topographien von Halbleitererzeugnissen. Bisher wurde in der Schweiz allerdings nur in sehr geringem Mass Gebrauch von der Hinterlegungsmöglichkeit gemacht, weshalb hier auf eine nähere Darstellung verzichtet wird (siehe dazu im Einzelnen VON WERDT, Topographienschutz, 92 ff.; DERS., Kopierschutz für Computerchips, 187 ff.; LÜCK, 349 ff.; TISSOT, 9 ff.).

41.2 Das Topografie- und das **Patentrecht** stehen in einem komplementären Verhältnis zueinander, so dass einzelne Elemente oder Herstellungsverfahren von Halbleitertopografien als Patente angemeldet werden können, sofern diese die Voraussetzungen des Patentrechts erfüllen.

VI. Lauterkeitsrechtlicher Schutz

A. Grundsätzliches

42 Der lauterkeitsrechtliche Softwareschutz wurde in der Schweiz ursprünglich mit den lange fehlenden urheberrechtlichen und patentrechtlichen Schutzmöglichkeiten begründet. Die **Zielrichtung** des Lauterkeitsrechts und des Immaterialgüterrechts sind indessen unterschiedlich.

42.1 Es gibt Aspekte der Softwareentwicklung, welche unter kein spezifisches Gesetz des Immaterialgüterrechts fallen (z.B. reines Know-how, nicht individuelle Datenbanken). Eine unfaire Ausbeutung «unvollkommener Immaterialgüter» kann bis zu einem gewissen Grad durch die Bestimmungen des UWG verhindert werden. Die **Zielrichtung des Lauterkeitsrechts und des Immaterialgüterrechts** ist indessen unterschiedlich.

42.2 Das UWG stellt nicht auf ein qualitatives Kriterium ab (z.B. Individualität, Eigenart oder Nichtnaheliegen), sondern auf die **Relevanz bestimmter Handlungen für den**

Wettbewerb (siehe zum funktionalen Ansatz des UWG, welcher den funktionierenden Wettbewerb schützen will, Botschaft zum UWG, BBl 1983 II 1038 ff.). Das UWG hat bisher allerdings kaum selbständige Bedeutung für den Schutz von Software erlangt, sondern kam meist nur ergänzend zu urheberrechtlichen Bestimmungen zur Anwendung (siehe aber immerhin OGer ZH, 6.6.1996, S2/U/SB960165 – «Adress-Star»).

B. Generalklausel

43 **Unzulässig** ist nach der «Generalklausel» (Art. 2 UWG) jedes

- täuschende oder in anderer Weise gegen den Grundsatz von **Treu und Glauben** verstossende Verhalten,
- welches das **Verhältnis zwischen Mitbewerbern** oder zwischen Anbietern und Abnehmern **beeinflusst**.

43.1 Die Umschreibung des unlauteren Handelns in Art. 2 UWG ist recht unbestimmt. Das Gesetz enthält daher einerseits in Art. 3–8 UWG selbst eine Reihe von Beispielen, andererseits hat die Praxis weitere **Fallgruppen** zur Konkretisierung der Generalklausel entwickelt. Siehe in Bezug auf den Spezialfall des Reverse Engineering auch vorne Rz. 16.2 ff.

43.2 Verpönt ist auch die Schaffung einer Verwechslungsgefahr zu Produkten Dritter oder zu deren Unternehmen (Art. 3 lit. d UWG). Derartige Verwechslungsrisiken können im Softwarebereich etwa durch die Produktebezeichnung (Programmnamen) oder die **Übernahme charakteristischer Elemente** von Produkteverpackungen oder Benutzeroberflächen entstehen. Allerdings ist die Wettbewerbsrelevanz von Ähnlichkeiten, welche erst bei der Nutzung eines Programms sichtbar werden, generell geringer als von solchen, welche kaufentscheidend sind.

C. Übernahme eines marktreifen Ergebnisses

44 Art. 5 lit. c UWG verbietet das gewerbliche Übernehmen und **Verwerten marktreifer Arbeitsergebnisse** ohne angemessenen eigenen Aufwand durch technische Reproduktionsverfahren.

44.1 Als Schutzobjekt kommt nicht nur der Objectcode, sondern auch der **Sourcecode** in Betracht, da der lauterkeitsrechtlich relevante Aufwand auch in diesem verkörpert ist (siehe dazu auch Rauber, Lauterkeitsrechtlicher Softwareschutz, 70 f.). Hingegen stellen blosse Konzepte, Modelle, Prototypen etc. in der Regel noch keine marktreifen Arbeitsergebnisse dar. Ob das Arbeitsergebnis bereits auf den Markt gebracht wurde, spielt grundsätzlich keine Rolle (siehe dazu auch Neff/Arn, 90 f.).

44.2 Auch Computerprogramme, Datensammlungen und Halbleitertopografien – oder eigenständig nutzbare Teile davon – welche die Schwelle immaterialgüterrechtlichen Schutzes gerade noch nicht erreichen, dürfen von Dritten nicht mit technischen Reproduktionsmitteln vervielfältigt und vermarktet werden. Hingegen können sie als **Inspirationsquelle** für ähnliche Produkte verwendet werden (siehe dazu im Einzelnen Rauber, Lauterkeitsrechtlicher Softwareschutz, 59 ff. und 71; Lutz, 661 f.).

Das blosse **Abschreiben** stellt kein technisches Reproduktionsverfahren im Sinne von Art. 5 lit. c UWG dar (siehe dazu OGer ZH, ZR 88/1989, 190 – «Eurotax I»). Es kann jedoch unter die Generalklausel von Art. 2 UWG fallen, da es dort grundsätzlich nicht auf die Effizienz der eingesetzten Kopiermethode ankommt (siehe dazu auch RAUBER, Lauterkeitsrechtlicher Softwareschutz, 72 f.; BERGER, Schutz von Software, 43). 44.3

Unzulässig kann auch die Integration in eigene Produkte sein. Beim Einbau fremder **Module** ist nicht auf den Aufwand zur Herstellung des Gesamtprodukts abzustellen, sondern auf den hypothetischen Aufwand zur Entwicklung eines entsprechenden Moduls (siehe dazu auch RAUBER, Lauterkeitsrechtlicher Softwareschutz, 78). 44.4

Zur Beurteilung, ob ein «**angemessener eigener Aufwand**» betrieben wurde, ist nach der hier vertretenen Auffassung der tatsächliche Aufwand des Übernehmers mit den hypothetischen Kosten einer Neuentwicklung in Beziehung zu setzen (siehe dazu CALAME, Softwareschutz, 342 f.; THOUVENIN/BERGER, Kap. 6/4.3/3). RAUBER, Lauterkeitsrechtlicher Softwareschutz, 75 ff., will unter Verweis auf die Botschaft zum UWG auf den historischen Aufwand des Verletzten abstellen. Dies erscheint aber deshalb nicht sachgerecht, weil effizientere Entwicklungs- und Produktionsmethoden so nicht berücksichtigt werden könnten. Rein quantitative Analysen, wie viele Prozente des ursprünglichen Codes übernommen wurden, sind ebenfalls nicht sinnvoll, weil sie die Qualität der Eigenleistung unberücksichtigt lassen (siehe demgegenüber jedoch RAUBER, Lauterkeitsrechtlicher Softwareschutz, 75). 44.5

Die **Verwertung** kann sowohl in einer eigenen gewerblichen Nutzung als auch im Weiterverkauf liegen (siehe dazu NEFF/ARN, 91). Bei Importeuren und Händlern ist nach der wohl herrschenden Lehre darauf abzustellen, ob sie von der Übernahme bewusst profitieren. Andernfalls stellt die blosse Weitergabe keine unlautere Handlung dar (siehe dazu RAUBER, Lauterkeitsrechtlicher Softwareschutz, 80). 44.6

D. Anvertraute Unterlagen

45 Wer **Einblick in fremde Arbeitsergebnisse** (z.B. Sourcecodes, Entwicklungsdokumentationen und Pläne) erhalten hat – sei es, dass sie ihm anvertraut wurden oder dass er sie unberechtigterweise erfahren hat – darf diese Unterlagen nicht gegen den Willen des Berechtigten verwerten (Art. 5 lit. a und b UWG).

Ob die Unterlagen dem Verletzer anvertraut wurden oder ob er sie unberechtigterweise erfahren hat, spielt bei diesem Tatbestand keine Rolle. Auf die **Marktreife** des Ergebnisses kommt es hier ebenfalls nicht an, so dass auch Vorstufen der Programmentwicklung darunter fallen (siehe dazu auch HEPP/MÜLLER/HERRMANN, Rz. 1592). Hingegen schützt das Lauterkeitsrecht nicht die solchen Unterlagen zugrundeliegenden Ideen (siehe dazu im Einzelnen SCHLOSSER, 82 ff.). Diese dürfen zur Schaffung eigener Werke verwendet werden. 45.1