Tobias Görge: Computersoftware und Urheberrecht

Der Autor ist Student der Rechtswissenschaft im 10. Fachsemester (Universität Bayreuth). Der Beitrag ist im Rahmen der studienbegleitenden Seminarleistung im Schwerpunktbereich „Geistiges Eigentum und Wettbewerb" bei Prof. Dr. Michael Grünberger, LL.M. (NYU) (Präsident der Bucerius Law School) entstanden.

A. Computersoftware und Urheberrecht

Im Zeitalter der Digitalisierung ist die Computertechnologie mittlerweile in beruflichen sowie privaten Bereichen allgegenwärtig und nicht mehr wegzudenken.[1] Die Programme, die hierfür ausgearbeitet werden, um den Computer nutzbar zu machen, gewinnen demnach zunehmend an Bedeutung. Besonders wegen der hohen Aufwendungen, die für die Entwicklung von Computersoftware nötig sind und der konträr leichten Möglichkeit, diese zu missbrauchen, werden klare rechtliche Regelungen benötigt.[2] Eine solche Funktion soll die Computerprogramm-Richtlinie[3] erfüllen.[4] Sie soll den Schutz von Computerprogrammen im Interesse der ganzen Gemeinschaft verstärken und vereinheitlichen.[5]

Anfang 2023 hat sich der BGH in seinem Beschluss „Action Replay" mit der Auslegung dieser Richtlinie befasst. Im Zuge dessen hat er dem EuGH zwei konkrete Fragen zum Schutzbereich eines Computerprogramms nach Art. 1 I–III sowie der Auslegung der Umarbeitung eines Computerprogramms nach Art. 4 I Nr. 2 Buchst. b vorgelegt, über welche der EuGH kürzlich abschließend zu entscheiden hatte. Wenngleich die Fragestellung in der Spielebranche angesiedelt ist, hat sie auch eine ganz grundlegende Konsequenz für das Bearbeitungsrecht der Richtlinie.[6] Sie betrifft die Frage der Interoperabilität, also inwieweit Computerprogramme miteinander interagieren dürfen,[7] weshalb sie von besonderer Relevanz für das Funktionieren vieler IT-gestützter Branchen ist.[8] Daher soll sich im Folgenden insbesondere mit dem benannten Beschluss des BGH befasst werden, der im anhängigen Rechtsstreit noch abschließend zu entscheiden hat.

Dazu wird nach Skizzieren des Prozessverlaufs, Darstellung der Interessen und des Rechtsproblems eine umfassende Analyse und Einordnung der Ausführungen des BGH erfolgen. Zuletzt erfolgt eine Einordnung der gewonnenen Erkenntnisse in den unionsrechtlichen Kontext durch Abgleich mit den zentralen Ansichten des Generalanwalts Szpunar und der Ersten Kammer des EuGH.

Zentral soll beantwortet werden: Hat der BGH die geeigneten Vorlagefragen zur Umfassung des Rechtsproblems und zielführenden Beantwortung der Rechtsfragen an den EuGH gestellt? Findet sich die vom BGH abgegebene Tendenz in den bislang vertretenen Auffassungen von Literatur und Rechtsprechung wieder? Überzeugt diese aus rechtsdogmatischer, ökonomischer und technischer Perspektive? Und folgen auch Generalanwalt Szpunar in seinen Schlussanträgen sowie die Erste Kammer des EuGH in seiner maßgebenden Auslegung des Unionsrechts der Einschätzung des BGH?

B. BGH, Beschluss vom 23.2.2023 – I ZR 157/21 – Action Replay

I. Allgemeine Angaben

Der Beschluss zur urheberrechtlichen Zulässigkeit von Computerprogrammen zur Manipulierung von Computerspielen ist am 23.2.2023 vom ersten Zivilsenat des Bundesgerichtshofs, mit dem Aktenzeichen BGH, I ZR 157/21 – Action Replay, ergangen.[9]

II. Sachverhalt

Die Klägerin vertreibt in ganz Europa PlayStation-Spielkonsolen, insbesondere die „PlayStationPortable".[10] Außerdem produziert und vertreibt sie eigene Spiele, unter anderem das Spiel „Motorstorm Arctic Edge".[11] Die Beklagte

[1] 90% der deutschen Haushalte besitzen Computer, vgl. Statistisches Bundesamt, https://www.destatis.de/DE/Themen/Gesellschaft-Umwelt/Einkommen-Konsum-Lebensbedingungen/Ausstattung-Gebrauchsgueter/Tabellen/liste-infotechnik-d.html#115470 [Stand 15.2.2025].
[2] Vertiefend *Blocher* in: Jahnel/Mader/Stauddegger IT-Recht Handbuch, 4. Auflage 2021, S. 304 Rn. 5/53.
[3] RL 2009/24/EG des EP und des Rates v. 23.4.2009 über den Rechtsschutz von Computerprogrammen, ABlEU v. 5.5.2009, L 111/16, im Folgenden mit „RL 2009/24/EG" benannt.
[4] Vgl. ErwGr 2 RL 2009/24/EG.
[5] COM (88) 816 final, S. 1 Nr. 1.1, zur vorigen Fassung, RL 91/250/EWG.
[6] Vgl. *Grützmacher*, Vorlage zum EuGH – »Action Replay« im Lichte von »SAS Institute«: Bearbeitungsrecht an Computerprogrammen am Scheideweg – steht der Wettbewerb bei Software auf dem Spiel?, ZUM 2023, S. 464 (464).
[7] *Grützmacher*, ZUM 2023, S. 464 (464).
[8] Hierzu beispielhaft *Grützmacher*, ZUM 2023, S. 464 (464); *Hentsch*, Keine Änderung für Computerspiele nach der DSM-Richtlinie?, MMR 2023, S. 615 (618).
[9] BGH, Beschl. v. 23.2.2023 – I ZR 157/21.
[10] BGH, Beschl. v. 23.2.2023 – I ZR 157/21, Rn. 1.
[11] Vertiefende Ausführungen zum Tatbestand LG Hamburg, Urt. v. 24.1.2012 – 310 O 199/10, Rn. 2 ff.

entwickelt und vertreibt Software, mitunter diverse Ergänzungsprodukte zu den Spielkonsolen der Klägerin, wie die streitige Software „Action Replay“ und das Produkt „Tilt-FX“.[12]

Die Software „Action Replay“ lässt den Spieler programmimmanent beschränkte Funktionen permanent nutzen.[13] So kann der Spieler beispielsweise die Beschränkung des „Turbos“ aufheben und diesen durchgehend zu seinem Vorteil verwenden. Das Produkt „Tilt-FX“ ermöglicht eine alternative Art der Spielsteuerung.[14] Der Nutzer kann fortan durch Bewegungen der Spielkonsole im Raum das Spielgeschehen steuern. Die Zusatzprodukte bieten dem Spieler insofern eine alternative Art der Spielsteuerung und erweitern das Spielerlebnis in unvorhergesehener Weise. Beide Produkte entfalten ihre Wirkung, indem sie – dem Spiel grundsätzlich bekannte – Variableninhalte verändern, die im Arbeitsspeicher der Konsole zwischengespeichert sind und im Programmablauf verwendet werden.[15] Der Programmcode wird dabei nicht berührt.

Die Klägerin begehrt, aufgrund der vermeintlich urheberrechtlich rechtswidrigen Verbreitung von Software der Beklagten, Unterlassung sowie Auskunft und Feststellung ihrer Schadensersatzverpflichtung.[16]

III. Prozessgeschichte

Die Klägerin wendete sich zunächst an das LG Hamburg, welches mit Urteil vom 24.1.2012[17] ihrer Klage überwiegend stattgegeben hat.[18] Das Gericht bewertete die Veränderung des Spielablaufs durch externe Befehle als Umarbeitung des Computerprogramms.[19] Es soll weder aus Benutzer- noch aus Urhebersicht relevant sein, ob eine Veränderung des Programmablaufs tatsächlich durch Änderung der Spielsoftware oder lediglich durch Manipulation von Daten im Arbeitsspeicher bewirkt werde.[20]

Auf die Berufung der Beklagten hat das Hanseatische Oberlandesgericht hingegen, mit Urteil vom 7.10.2021,[21] das landgerichtliche Urteil aufgehoben und die Klage sowie die Berufung der Klägerin abgewiesen.[22] Nach Auffassung des OLG fehlt es an einer Umarbeitung eines Computerprogramms im Sinne von § 69c Nr. 2 UrhG.[23] Die streitige Software greife allein in den Ablauf der Computerspiele ein.[24] Der programmgemäße Ablauf sei jedoch nicht Teil des Schutzgegenstands von § 69a UrhG.[25]

Nun verfolgt die Klägerin ihr Begehren weiter, worüber der erste Zivilsenat des BGH zu entscheiden hat.

IV. Lösung des BGH

Der BGH hat beschlossen,[26] dass das Verfahren ausgesetzt wird und dem EuGH zwei Fragen zur Auslegung von Art. 1 I–III, Art. 4 I Buchst. b der RL 2009/24/EG vorgelegt werden sollen:

Wird in den Schutzbereich eines Computerprogramms nach Art. 1 I–III der RL 2009/24/EG eingegriffen, wenn die im Arbeitsspeicher angelegten und im Verlauf des Programms verwendeten Variableninhalte verändert werden?[27] Und liegt durch diese Veränderung eine Umarbeitung im Sinne von Art. 4 I Buchst. b der Computerprogramm-RL vor?[28]

Im weiteren Beschluss bezieht der BGH vorläufig Stellung zu beiden Fragen, indem er die RL 2009/24/EG auslegt.[29] Danach sei zweifelhaft, ob Art. 1 I, II der RL 2009/24/EG so auszulegen sind, dass in den Schutzbereich des Programms eingegriffen wird, wenn nicht der Objekt- oder Quellcode, sondern lediglich die im Arbeitsspeicher angelegten und später verwendeten Inhalte der Variablen verändert werden.[30] Anschließend neigt der Senat dazu, dass für eine Umarbeitung gemäß Art. 4 I Buchst. b der RL 2009/24/EG eine Einwirkung auf den Quell- oder Objektcode erforderlich ist, insbesondere solange die Variablen im Arbeitsspeicher nicht als Teil des

[12] BGH, Beschl. v. 23.2.2023 – I ZR 157/21, Rn. 1.
[13] BGH, Beschl. v. 23.2.2023 – I ZR 157/21, Rn. 2.
[14] BGH, Beschl. v. 23.2.2023 – I ZR 157/21, Rn. 3.
[15] Von der Revision auch nicht angegriffen, BGH, ZUM 2023, S. 458 Rn. 18.
[16] LG Hamburg, Urt. v. 24.1.2012 – 310 O 199/10, Rn 1, 20.
[17] LG Hamburg, Urt. v. 24.1.2012 – 310 O 199/10.
[18] LG Hamburg, Urt. v. 24.1.2012 – 310 O 199/10, Rn. 40.
[19] LG Hamburg, Urt. v. 24.1.2012 – 310 O 199/10, Rn. 45.
[20] LG Hamburg, Urt. v. 24.1.2012 – 310 O 199/10, Rn. 48.
[21] OLG Hamburg, Urt. v. 7.10.2021 – 5 U 23/12.
[22] OLG Hamburg, Urt. v. 7.10.2021 – 5 U 23/12, Rn. 68, 111.
[23] OLG Hamburg, Urt. v. 7.10.2021 – 5 U 23/12, Rn. 68.
[24] OLG Hamburg, Urt. v. 7.10.2021 – 5 U 23/12, Rn. 72.
[25] OLG Hamburg, Urt. v. 7.10.2021 – 5 U 23/12, Rn. 96.
[26] BGH, Beschl. v. 23.2.2023 – I ZR 157/21.
[27] Ausführlich BGH, Beschl. v. 23.2.2023 – I ZR 157/21.
[28] Näheres hierzu BGH, ZUM 2023, S. 458 ff.
[29] BGH, Beschl. v. 23.2.2023 – I ZR 157/21, Rn. 17 ff.
[30] BGH, Beschl. v. 23.2.2023 – I ZR 157/21, Rn. 17.

Schutzgegenstands des Art. 1 I und II der Richtlinie betrachtet werden.[31]

C. Analyse

Im Folgenden wird die Entscheidung des BGH analysiert. Hierfür wird das Rechtsproblem erörtert, entsprechende bisher vertretene Lösungsansätze in Literatur und Rechtsprechung werden benannt und mit der Auffassung des BGH verglichen.

I. Rechtsproblem

Grundlegend für die Frage, ob die Software der Beklagten zu einer Urheberrechtsverletzung führt, sind zunächst die §§ 69a ff. UrhG, welche der Umsetzung der teilharmonisierenden[32] RL 2009/24/EG dienen.[33] Sie sind mithin richtlinienkonform auszulegen.[34]

Nach Art. 1 I der RL 2009/24/EG und § 69a I UrhG werden Computerprogramme urheberrechtlich als literarische Werke i. S. d. Berner Übereinkunft zum Schutze von Werken der Literatur und Kunst geschützt.[35] Eine klare Definition für den Begriff des Computerprogramms findet sich hier jedoch nicht. Mit der technologieneutralen Formulierung sollten bewusst auch alle Entwicklungen der Zukunft erfasst werden.[36] Die nähere Auslegung des Schutzbereichs wurde insofern Rechtsprechung und Literatur überlassen.[37] Nach der Rechtsprechung des EuGH bezieht sich der Schutzgegenstand auf Computerprogramme in all ihren Ausdrucksformen, die es erlauben, sie in den verschiedenen Datenverarbeitungssprachen, wie Quell- und Objektcode, zu vervielfältigen.[38] Quell- und Objektcode sind folglich die primär geschützten Ausdrucksformen.[39] Jede Veränderung dessen ist demnach als Umarbeitung oder Vervielfältigung eines Computerprogramms nach Art. 4 I Buchst. a, b der RL 2009/24/EG bzw. §§ 69c Nr. 1, 2 UrhG einzustufen.[40]

Vorliegend werden jedoch die im Arbeitsspeicher der Konsole zwischen-gespeicherten Daten modifiziert, die für den weiteren Spielablauf relevant sind. Die Software greift somit nicht direkt in den Objekt- oder Quellcode eines Computerprogramms oder dessen Vervielfältigung ein. Daher stellt sich die Frage, ob auch dieser – dem Programmcode nicht inhärente – Teil vom Schutzbereich umfasst ist. Eng damit verbunden ist die Bewertung, ob eine Umarbeitung nach Art. 4 I Buchst. b der RL 2009/24/EG bzw. § 69c Nr. 2 UrhG einen Eingriff in die Programmsubstanz erfordert.

II. Lösungsansätze zum Problem

Zur Frage, ob die Variablenwerte im Arbeitsspeicher zum Schutzbereich des Computerprogramms zählen und ob eine Veränderung dieser eine Umarbeitung des Programms darstellt, gab es bisher verschiedene Lösungsansätze.[41]

Nach der bisher herrschenden substanzbezogenen Ansicht ist für eine Umarbeitung nach § 69c Nr. 2 UrhG ein konkreter Eingriff in die Programmsubstanz als Herzstück des Computerprogramms notwendig.[42] Eine Umarbeitung nach § 69c Nr. 2 UrhG liegt demnach nur dann vor, wenn auch in den Objekt- oder Quellcode oder in die innere Struktur und Organisation des Spiels eingegriffen wird.[43] § 69a UrhG schützt hiernach allein das Computerprogramm und nicht dessen programmgemäßen Ablauf und bloße (Zwischen-)Ergebnisse dieses Ablaufs.[44] Die alleinige Veränderung von im Arbeitsspeicher zwischengespeicherten Daten des Endgeräts stellt hiernach weder einen Eingriff in den Schutzbereich des § 69a UrhG noch eine Umarbeitung gemäß § 69c Nr. 2 UrhG dar. Auf eine Finalität der steuernden Programmbefehle kommt es nicht an.[45]

Hingegen sind nach anderer Ansicht auch die zwischengespeicherten Programmvariablen Bestandteil der

---

[31] BGH, Beschl. v. 23.2.2023 – I ZR 157/21, Rn. 41.
[32] Vgl. COM (2000) 199 final, S. 6 II.
[33] BT-Drs. 12/4022 S. 6.
[34] Hierzu mehr vgl. *Herrestahl*, Die richtlinienkonforme und die verfassungskonforme Auslegung im Privatrecht, JuS 2014, S. 289 (291 ff.).
[35] Art. 1 I RL 2009/24/EG. *Eichhorn,* Internet-Recht: Ein Lehrbuch für das Recht im World Wide Web, 2000, S. 123; *Jaeger/Koglin*, Der rechtliche Schutz von Fonts, CR 2002, S. 169 (172); *Bisges*, Die Kleine Münze im Urheberrecht, 2014, S. 42.
[36] COM (88) 816 final, S. 1 Nr. 1.1.; BT-Drs. 12/4022 S. 9.
[37] BT-Drs. 12/4022 S. 9.
[38] Noch auf den Vorgänger RL 91/250/EWG beziehend EuGH, Urt. v. 22.12.2010 – C 393/09, BSA/Kulturministerium, EU:C:2010:816, Rn. 35.
[39] EuGH, Urt. v. 22.12.2010 – C 393/09, BSA/Kulturministerium, EU:C:2010:816, Rn. 34; zustimmend *Redeker,* IT-Recht, 8. Auflage 2023, Rn. 4; so auch *Dreier/Vogel*, Software- und Computerrecht, 2008, S. 48; *Psczolla*, Onlinespielrecht – Rechtsfragen im Zusammenhang mit Onlinespielen und virtuellen Parallelwelten, 2008, S. 21.
[40] *Dreier* in: Dreier/Schulze Urheberrechtsgesetz, 8. Auflage 2025, UrhG § 69c Rn. 15; *Spindler* in: Schricker/Loewenheim Urheberrecht Kommentar, 6. Auflage 2020, UrhG § 69c Rn. 13 ff.
[41] Hierzu bereits *Grünberger*, Die Entwicklung des Urheberrechts im Jahr 2022, ZUM 2023, S. 309 (334 f.).
[42] *Spindler,* Grenzen des Softwareschutzes, CR 2012, S. 417 (419 f.); zustimmend OLG Hamburg, Urt. v. 7.10.2021 – 5 U 23/12, Rn. 90; *Grützmacher* in: Wandtke/Bullinger Praxiskommentar Urheberrecht, 6. Auflage 2022, UrhG § 69c Rn. 22; *Czychowski* in: Fromm/Nordemann Urheberrecht Kommentar, 11. Auflage 2014, UrhG § 69c Rn. 21; vgl. *Heinzke*, Open-Source-Software in Webapps, CR 2019, S. 697 (703).
[43] OLG Hamburg, Urt. v. 7.10.2021 – 5 U 23/12, Rn. 90; *Grützmacher* in: Wandtke/Bullinger UrhG (Fn. 42), § 69c Rn. 21; *Hofmann*, Computerspielsysteme, 2016, S. 120.
[44] *Grünberger*, ZUM 2023, S. 309 (334 f.); ebenso *Grützmacher*, ZUM 2023, S. 464 (465); allgemein zur Ausdrucksform *Lehmann/v. Tucher*, Urheberrechtlicher Schutz von multimedialen Webseiten, CR 1999, S. 700 (702).
[45] *Grützmacher*, ZUM 2023, S. 464 (465).

schutzfähigen Teile des Computerprogramms.[46] Hiernach genügt bereits die Modifikation derartiger Variablen, um unmittelbar in die Substanz des Programms einzugreifen.[47] Eine Veränderung dieser Variableninhalte stellt sodann auch eine Umarbeitung des Programms dar.[48] Nach dieser Auffassung ist der Schutzbereich eines Computerprogramms somit nicht nur auf den Quell- und Objektcode beschränkt.

Ungeachtet dessen, kann nach der weiten, funktionalen Betrachtungsweise ein Eingriff in § 69c Nr. 2 UrhG bereits auch dann vorliegen, wenn ohne Veränderung der Programmsubstanz auf den Ablauf des Computerprogramms Einfluss genommen wird.[49] Auf die Deutung des Schutzbereichs kommt es hiernach folglich nicht an. Für eine Umarbeitung nach § 69c Nr. 2 UrhG genügt, dass die Modifikation der Variablendaten den künftigen Ablauf des Programms verändert.[50]

III. Analyse und Einordnung der Entscheidung

Im Folgenden wird der Beschluss des BGH im Detail beleuchtet und in den aufgezeigten Kontext der bislang vertretenen Ansichten in der Literatur eingeordnet.

1. Analyse

Der BGH erkennt, dass § 69a ff. UrhG anzuwenden sind und hierfür die Auslegung von Art. 1 I–III und Art. 4 I der RL 2009/24/EG entscheidend ist.[51] Insofern beschließt er, das Verfahren auszusetzen und gemäß Art. 267 I Buchst. b und Art. 267 III AEUV eine Vorabentscheidung des EuGH einzuholen.[52] Im Anschluss gibt er eine Tendenz zur Auslegung des Schutzbereichs und des Umarbeitungsbegriffs ab.

a) Schutzbereich des Computerprogramms

Zur Definition des Schutzbereichs orientiert sich der BGH am Wortlaut, der Systematik und der Entstehungsgeschichte der RL 2009/24/EG und legt diese hiernach aus.[53] Er hält die Inhalte von Variablen, die im Arbeitsspeicher des Endgeräts angelegt und verwendet werden, nicht für einen Bestandteil des Schutzbereichs eines Computerprogramms.[54]

aa) Schutz von Quell- und Objektcode

Aus dem Wortlaut des Art. 10 I des TRIPS-Übereinkommens[55] schließt der BGH, dass nur Quell- und Objektcode die Ausdrucksform eines Computerprogramms darstellen.[56] Unter Berufung auf das EuGH-Urteil BSA/Kulturministerium[57] und den Erwägungsgrund 15 der RL 2009/24/EG untermauert er dies letztlich.[58] Jenes am Programmcode orientierte Verständnis entnimmt er ebenfalls der Entstehungsgeschichte der RL 2009/24/EG,[59] sowie § 1 I der Mustervorschriften der WIPO.[60]

bb) Finalität steuernder Programmelemente

In Anbetracht von § 1 I der Mustervorschriften der WIPO,[61] kommt es nach Ansicht des BGH auch nicht auf eine Finalität steuernder Programmelemente an,[62] denn nach Art. 1 II der RL 2009/24/EG sind Ideen und Grundsätze nicht geschützt.[63] Dies stützt er ebenfalls auf vergangene Rechtsprechung des EuGH, wonach das Ergebnis der Nutzung im Programmablauf nicht erfasst sein kann.[64]

cc) Schutz als literarisches Werk

Für den BGH ist ebenso unbeachtlich, dass Computerprogramme gemäß Art. 1 I 1 der RL 2009/24/EG urheberrechtlich als literarische Werke im Sinne der RBÜ

---

[46] *Czychowski/Nordemann*, Schutzbereich und unzulässige Umarbeitung bei Computerprogrammen – Verletzen „Cheat Bots“ für Computerspiele das Urheberrecht?, GRUR 2022, S. 457 (459 ff.); grds. für den Schutz auch ausgelagerter Programmteile *Czychowski/Siesmayer* in: Taeger/Pohle Computerrechts-Handbuch, 37. Ergänzungslieferung 2022, Teil 20.4 Rn. 26; *Nebel/Stiemerling*, Aktuelle Programmiertechniken und ihr Schutz durch § 69a UrhG, CR 2016, S. 61 (68).
[47] *Czychowski/Nordemann*, GRUR 2022, S. 457 (462).
[48] *Czychowski/Nordemann*, GRUR 2022, S. 457 (462).
[49] So bereits OLG Hamburg, Urt. v. 13.4.2012 – 5 U 11/11, Rn. 61; zustimmend vgl. *Wiebe* in: Spindler/Schuster Recht der elektronischen Medien Kommentar, 2019, § 69c Rn. 10; *Conraths*, Der urheberrechtliche Schutz gegen Cheat-Software, CR 2016, S. 705 (707).
[50] OLG Hamburg, Urt. v. 13.4.2012 – 5 U 11/11, Rn. 62; LG Hamburg, Urt. v. 24.1.2012 – 310 O 199/10, Rn. 48.
[51] BGH, ZUM 2023, S. 458 Rn. 14.
[52] BGH, ZUM 2023, S. 458 Rn. 11.
[53] BGH, ZUM 2023, S. 458 Rn. 23 ff.
[54] BGH, ZUM 2023, S. 458 Rn. 20.
[55] BGBl. 1994 II S. 1733.
[56] BGH, Beschl. v. 23.2.2023 – I ZR 157/21, Rn. 25.
[57] EuGH, Urt. v. 22.12.2010 – C 393/09, BSA/Kulturministerium, EU:C:2010:816.
[58] BGH, Beschl. v. 23.2.2023 – I ZR 157/21, Rn. 25.
[59] Verweist auf RL 91/250/EWG BGH, ZUM 2023, S. 458 Rn. 26.
[60] Mustervorschriften der Weltorganisation für geistiges Eigentum für den Schutz von Computersoftware, abgedruckt in GRUR-Int 1978, S. 286 ff.
[61] GRUR-Int 1978, S. 286 (290).
[62] Vgl. BGH, Beschl. v. 23.2.2023 – I ZR 157/21, Rn. 30.
[63] BGH, Beschl. v. 23.2.2023 – I ZR 157/21, Rn. 31.
[64] BGH, Beschl. v. 23.2.2023 – I ZR 157/21, Rn. 31.

geschützt werden.[65] Die Schutzgrundsätze können nicht in der Art auf Computerprogramme übertragen werden, dass auch die im Arbeitsspeicher abgelegten Variablen als Ausdrucksform des Gesamtkonzepts gewertet werden.[66] Er verweist dabei maßgeblich auf die auch aus Erwägungsgrund 11 ersichtlichen Schutzziele der RL 2009/24/EG, wonach die Programmidee, der Programmablauf und die Funktionalität nicht geschützt sind.[67]

b) Umarbeitung des Computerprogramms

Der BGH hält für die Umarbeitung nach Art. 4 I Buchst. b der RL 2009/24/EG und § 69c Nr. 2 UrhG, in Anbetracht des Wortlauts, einen konkreten Substanzeingriff für erforderlich.[68] Die Veränderung der Variableninhalte stelle demnach keine Umarbeitung dar.[69] Etwas anderes ergebe sich jedoch, wenn die Variableninhalte in den Schutzbereich des Computerprogramms einbezogen werden würden.[70]

2. Einordnung in den bis bisherigen Diskurs

In seiner Stellungnahme zu beiden Vorlagefragen argumentiert der BGH insgesamt übereinstimmend mit dem bislang geltenden herrschenden Verständnis der Literatur.[71]

Insbesondere zur Reichweite der Umarbeitung nach Art. 4 I Buchst. b der RL 2009/24/EG und § 69c Nr. 2 UrhG greift er den aktuellen Streitstand auf.[72] In Einklang mit der substanzbezogenen Auslegung des Umarbeitungsbegriffs,[73] hält er einen Eingriff in die konkrete Programmsubstanz für notwendig.[74]

Seine Ausführung zur Beschränkung des Schutzbereichs auf Quell- und Objektcode[75] entspricht ebenso der bislang herrschenden Konzeption des Schutzbereichs der Richtlinie, wonach allein das Computerprogramm und nicht dessen programmgemäßer Ablauf oder bloße (Zwischen-)Ergebnisse dieses Ablaufs geschützt sind.[76] Die Veränderung der Variableninhalte stellt daher keinen Eingriff dar.

D. Bewertung und Kritik

Zur Bewertung des Beschlusses wird zunächst die grundsätzliche Vorgehensweise bewertet, bevor dieser aus rechtsdogmatischer, ökonomischer und technischer Perspektive betrachtet wird.

I. Herangehensweise des BGH

Der Beschluss des BGH ist in zwei Schritte aufgeteilt, die seinerseits zu bewerten sind: Die Aufteilung in beide Vorlagefragen und die Ausführungen hierzu.

1. Vorlagefragen

Insgesamt überzeugt der BGH damit, das Verfahren auszusetzen und dem EuGH zwei Fragen zur Vorabentscheidung vorzulegen. Ebenso überzeugt die Aufteilung in zwei Fragen. Allein die nötige inhaltliche Differenzierung gelingt nicht völlig.

a) Zuständigkeit des EuGH

Zutreffend dienen die §§ 69a ff. UrhG der Umsetzung der RL 2009/24/EG.[77] Nach Art. 267 I AEUV ist der EuGH für die Auslegung von Richtlinien im Rahmen der Vorabentscheidung zuständig. Den BGH trifft insoweit eine Vorlagepflicht nach Art. 267 I, III AEUV, wenn die Auslegungsfrage entscheidungserheblich[78] ist und die Entscheidung des nationalen Gerichts nicht mehr mit innerstaatlichen Rechtsmitteln angefochten werden kann,[79] sofern der EuGH die Frage noch nicht bereits entschieden hat oder die Auslegung derart offenkundig ist, dass für vernünftige Zweifel kein Raum bleibt (sog. *„acte éclairé“)*.[80] Wie vom BGH richtig erkannt, ist die Auslegung von Art. 1 I–III, Art. 4 I Buchst. b der RL 2009/24/EG entscheidend für das Verständnis von § 69a I–III, § 69c Nr. 2 UrhG. Die vorangegangene Rechtsprechung des EuGH hat den schwach konturierten Schutzbereich von Computerprogrammen zwar

[65] BGH, Beschl. v. 23.2.2023 – I ZR 157/21, Rn. 32 ff.; näheres zur RBÜ *Eckhard*, Der Werkbegriff der Berner Übereinkunft zum Schutz von Werken der Literatur und Kunst, 1993, S. 130 f.
[66] BGH, Beschl. v. 23.2.2023 – I ZR 157/21, Rn. 34.
[67] BGH, Beschl. v. 23.2.2023 – I ZR 157/21, Rn. 34.
[68] BGH, Beschl. v. 23.2.2023 – I ZR 157/21, Rn. 41.
[69] BGH, Beschl. v. 23.2.2023 – I ZR 157/21, Rn. 41.
[70] BGH, Beschl. v. 23.2.2023 – I ZR 157/21, Rn. 41.
[71] Vertretene Lösungsansätze in II. 2.
[72] BGH, Beschl. v. 23.2.2023 – I ZR 157/21, Rn. 40.
[73] Zu C. II.
[74] C. III. 1. b); BGH, Beschl. v. 23.2.2023 – I ZR 157/21, Rn. 41.
[75] C. III. 1. a).
[76] C. III. 2.
[77] BT-Drs. 12/4022 S. 6; *Czychowski/Nordemann*, GRUR 2022, S. 457 (457).
[78] Vertiefend *Schlachter* in: Erfurter Kommentar zum Arbeitsrecht, 25. Auflage 2025, AEUV Art. 267 Rn. 31.
[79] Vgl. *Schlachter* in: Erfurter Kommentar zum Arbeitsrecht (Fn. 78), AEUV Art. 267 Rn. 19 f.
[80] EuGH, Urt. v. 28.7.2016 – C 379/15, Perfumesco.pl, ECLI:EU:C:2016:603, Rn. 39; vertiefend *Schlachter* in: Erfurter Kommentar zum Arbeitsrecht (Fn. 78), AEUV Art. 267 Rn. 27.

näher konkretisiert,[81] allerdings lässt sich jedenfalls nicht ohne Zweifel beantworten, ob ausgelagerte Inhalte von Variablen als Ausdrucksform eines Computerprogramms zu betrachten sind und den Schutz der RL 2009/24/EG verdienen.[82] Überdies ist die konkrete Auslegung zum Umarbeitungsbegriff aus Art. 4 I Buchst. b der RL 2009/24/EG in dieser Konstellation nicht Bestandteil vergangener Rechtsprechung gewesen. Die Auslegung ist somit entscheidungserheblich und trotz des wohl herrschenden Programmverständnisses nicht völlig offenkundig, sodass der BGH zur Vorabentscheidung gemäß Art. 267 I, III AEUV verpflichtet war. Der BGH überzeugt damit, die konkrete Auslegung des Schutzbereichs eines Computerprogramms und der Reichweite des Umarbeitungsbegriffs dem EuGH zu überlassen.

b) Aufteilung in zwei Vorlagefragen

Durch die Aufteilung in zwei Vorlagefragen zeigt der BGH richtigerweise auf, dass sich das Problem nicht allein auf den Umarbeitungsbegriff aus Art. 4 I Buchst. b der RL 2009/24/EG und § 69c Nr. 2 UrhG bezieht. Vielmehr sind bereits die Ausführungen zum Schutzgegenstand von Art. 1 I–III der RL 2009/24/EG und damit auch § 69a I UrhG wesentlich. Zum einen bezieht sich der Wortlaut des Art. 4 I Buchst. b der RL 2009/24/EG und § 69c Nr. 2 UrhG gerade auf die Umarbeitung eines „Computerprogramms“, welches in § 69a I UrhG unter Schutz gestellt wird.[83] Zum anderen sollte bei zielgerichteter Betrachtung des Umarbeitungsbegriffs stets der konkrete Schutzbereich des Programms beachtet werden.[84] Eine zu weite Auslegung würde den Schutzbereich über den in Art. 1 II der RL 2009/24/EG und § 69a II UrhG manifestierten Grundsatz hinausdehnen, wodurch Ideen geschützt werden würden.[85]

c) Inhaltliche Gestaltung

Die Formulierung beider Vorlagefragen wirkt hingegen nicht völlig gelungen, um das dahinterstehende technische Problem genau zu erfassen. Hier werden allein die vom Computerprogramm im Arbeitsspeicher angelegten und später verwendeten Inhalte der Variablen als konkretes Streitobjekt benannt.[86] Geeigneter erscheint allerdings eine Differenzierung nach Variablenarten.[87] Insofern könnte zwischen antizipierten Variablen und externen Variablen unterschieden werden.[88] Antizipierte Variablen sind mit ihrem jeweiligen Wert in der Regel im Quell- und Objektcode niedergelegt und fest vorgegeben.[89] Externe Variablen sind hingegen zumeist ausgelagert und hängen vom konkreten Nutzerverhalten ab.[90] Eine solche, technischere Herangehensweise gibt den Prozessbeteiligten sowie sämtlichen Softwareherstellern letztlich die Möglichkeit, das konkrete Problem besser in seinen technischen Kontext einordnen zu können.

2. Auslegung des BGH

Der BGH überzeugt außerdem mit seiner Herangehensweise zur Beantwortung beider Vorlagefragen. Er setzt den Sachverhalt treffend in seinen rechtlichen Streitkontext ein, subsumiert unter Berücksichtigung zentraler Aspekte und differenziert dabei deutlicher als bei Formulierung der Vorlagefragen.

a) Beantwortung der Vorlagefragen

Den Schutzbereich des Computerprogramms bestimmt der BGH mittels Auslegung richtigerweise unter Bezugnahme auf Wortlaut, Regelungszusammenhang und Entstehungsgeschichte der Richtlinie. Ein solches Vorgehen stimmt mit der ständigen Rechtsprechung des EuGH zur Auslegung einer Vorschrift des Unionsrechts überein.[91] Den Umarbeitungsbegriff bestimmt der BGH umfassend, indem er die dazu vertretenen Lösungsansätze der Literatur miteinbezieht.[92] Er berücksichtigt dabei außerdem den deutschen und englischen Wortlaut des Art. 4 I Buchst. b der RL 2009/24/EG und betont die Verzahnung beider Vorlagefragen,[93] indem er die Auslegung des Schutzbereichs richtigerweise für wesentlich hält.[94]

---

[81] EuGH, Urt. v. 2.5.2012 – C 406/10, SAS Institute, EU:C:2012:259; EuGH, Urt. v. 22.12.2010 – C 393/09, BSA/Kulturministerium, EU:C:2010:816.
[82] Ebenso *Antoine*, Schutzbereich und Umarbeitungsbegriff im urheberrechtlichen Programmschutz: Präzisierung durch den EuGH, GRUR 2023, S. 622 (624).
[83] So auch *Grützmacher,* ZUM 2023, S. 464 (464).
[84] Ebenfalls *Antoine*, GRUR 2023, S. 622 (624).
[85] Näheres hierzu *Grützmacher,* ZUM 2023, S. 464 (464).
[86] Siehe B. IV.; ausführlich BGH, Beschl. v. 23.2.2023 – I ZR 157/21.
[87] *Rössel*, Vorlagefragen zur Änderung von Variablenwerten durch Cheating-Software – Action Replay, ITRB 2023, S. 115 (116).
[88] *Rössel*, ITRB 2023, S. 115 (116).
[89] Näheres zur technischen Differenzierung *Rössel*, ITRB 2023, S. 115 (116).
[90] *Rössel*, ITRB 2023, S. 115 (116).
[91] EuGH, Urt. v. 28.7.2016 – C 379/15, Perfumesco.pl, ECLI:EU:C:2016:603, Rn. 39; EuGH, Urt. v. 10.6.2021 – C 65/20, KRONE-Verlag, EU:C:2021:471, Rn. 25; EuGH, Urt. v. 10.12.2018 – C 621/18, Wightman u.a., EU:C:2018:999, Rn. 22.
[92] BGH, Beschl. v. 23.2.2023 – I ZR 157/21, Rn. 39 f.
[93] Hierzu bereits *Antoine,* GRUR 2023, S. 622 (624).
[94] BGH, Beschl. v. 23.2.2023 – I ZR 157/21, Rn. 41.

b) Technische Differenzierung

Der BGH unterscheidet, zumindest bei der Auslegung des Schutzgegenstands des Computerprogramms, zwischen Variablenarten und ordnet das Streitobjekt damit in seinen technischen Kontext präziser ein als bei den Vorlagefragen.[95] Er trennt zwischen auszuschließenden, vom „Nutzer generierten Inhalten von Variablen“ und anders zu wertenden, „vom Entwickler als Kategorie vorgesehenen Variablen, die den Gang der Handlung mitbestimmen“.[96] Offen bleibt demnach allerdings dennoch, ob der BGH sich hierbei nur auf solche Variableninhalte bezieht, die eine konkrete Handlung vorgeben, oder auch alle Variablen umfassen will, die vom Entwickler bewusst vorherbestimmt werden.[97]

3. Zwischenergebnis

Der BGH wählt mit der Vorabentscheidung und Aussetzung des Verfahrens den richtigen Weg, er war zur Vorlage nach Art. 267 I, III AEUV verpflichtet. Ebenso überzeugt er mit Aufteilung und Gestaltung der Vorlagefragen sowie mit der Herangehensweise an die Auslegung der Fragen. Es mangelt allein an geeigneter technischer Differenzierung.

II. Rechtsdogmatische Bewertung

Zur Bewertung aus rechtsdogmatischer Sicht werden die Ausführungen des BGH zum Umfang des Schutzbereichs von Art. 1 I–III der RL 2009/24/EG und der Umarbeitung gemäß Art. 4 I Buchst. b der RL 2009/24/EG und auf deren Überzeugungskraft bewertet.

1. Schutzbereich der RL 2009/24/EG

Der BGH bestimmt den Schutzbereich des Computerprogramms richtig, indem er von einem primären Schutz von Quell- und Objektcode ausgeht, das Erfordernis der Finalität steuernder Programmelemente ablehnt und einen Schutz der Variableninhalte über den Schutz von Romanen als Werke der Literatur verneint.[98]

a) Schutz von Quell- und Objektcode

Überzeugend geht der BGH von einem programmcodeorientierten Verständnis des Schutzbereichs des Computerprogramms aus. Die zwischengespeicherten Variableninhalte sind als Elemente des Programms daher und auch in Anbetracht vergangener Rechtsprechung kein Teil des Schutzbereichs.

aa) Programmcodeorientierung

Trotz der technikneutralen Formulierung[99] ergibt sich in Anbetracht von Erwägungsgrund 15 der RL 2009/24/EG in der Tat ein am Objekt- und Quellcode orientiertes Verständnis, wie der BGH zutreffend festgestellt hat.[100] Als Ausdrucksform wird hier gerade die „Codeform“ betont. Dieses am Programmcode orientierte Verständnis lässt sich überdies auch mit Art. 10 I des TRIPS-Übereinkommens[101] vereinbaren.[102] Hiernach bezieht sich der Schutz gerade auf „Computerprogramme, gleichviel ob sie in Quellcode oder in Maschinenprogrammcode ausgedrückt sind“.[103]

Eine ähnlich enge Konzeption lässt sich auch der vergangenen Rechtsprechung des EuGH entnehmen, wie vom BGH ebenso richtig angeführt.[104] In BSA/Kulturministerium[105] und SAS Institute[106] hat der EuGH den Schutzbereich eines Computerprogramms erstmalig konkretisiert.[107] Hiernach bezieht sich der Schutzgegenstand auf das Computerprogramm in all seinen Ausdrucksformen, die es erlauben, es in den verschiedenen Datenverarbeitungssprachen, wie Quell- und Objektcode zu vervielfältigen.[108] Quell- und Objektcode scheinen, wie vom BGH erkannt,[109] auch hiernach primärer Schutzgegenstand zu sein. Ferner verlangt der EuGH, dass „jede Ausdrucksform ab dem Moment geschützt sein [muss], ab dem ihre Vervielfältigung die Vervielfältigung des

[95] So auch *Rössel*, ITRB 2023, S. 115 (116).
[96] BGH, Beschl. v. 23.2.2023 – I ZR 157/21, Rn. 34.
[97] Ausführlich *Rössel*, ITRB 2023, S. 115 (116).
[98] Vgl. C. III. 1. a).
[99] Zur Begründung vgl. COM (88) 816 final, S. 1 Nr. 1.1.
[100] BGH, Beschl. v. 23.2.2023 – I ZR 157/21, Rn. 25.
[101] BGBl. 1994 II S. 1733.
[102] So auch *Marly,* Der Urheberrechtsschutz grafischer Benutzeroberflächen von Computerprogrammen – Zugleich Besprechung der EuGH-Entscheidung „BSA/Kulturministerium“, GRUR 2011, S. 204 (207); *Junker/Benecke*, Computerrecht, 3. Auflage 2003, S. 43 Rn. 35.
[103] Art. 10 II TRIPS-Abkommen verwendet „Maschinenprogrammcode“ synonym für Objektcode, vgl. BGBl. 1994 II S. 1733.
[104] BGH, Beschl. v. 23.2.2023 – I ZR 157/21, Rn. 25, 31.
[105] EuGH, Urt. v. 22.12.2010 – C 393/09, BSA/Kulturministerium, EU:C:2010:816.
[106] EuGH, Urt. v. 2.5.2012 – C 406/10, SAS Institute, EU:C:2012:259.
[107] *Antoine*, Entwurfsmaterial im Schutz der Software-Richtlinie, CR 2019, S. 1 (2); *Heinze*, Software als Schutzgegenstand des Europäischen Urheberrechts, JIPITEC 02/2011, https://www.jipitec.eu/jipitec/article/view/71/67 [Stand: 18.2.2025], S. 97 (99).
[108] EuGH, Urt. v. 22.12.2010 – C 393/09, BSA/Kulturministerium, EU:C:2010:816, Rn. 35; EuGH, Urt. v. 2.5.2012 – C 406/10, SAS Institute, EU:C:2012:259, Rn. 35.
[109] BGH, Beschl. v. 23.2.2023 – I ZR 157/21, Rn. 25.

Computerprogramms zur Folge hätte und auf diese Weise der Computer zur Ausführung seiner Funktion veranlasst werden könnte".[110] Der Ausdrucksform des Computerprogramms muss somit auch eine gewisse Steuerungsfunktion zukommen.[111] Dies lässt sich zutreffend auch der Entstehungsgeschichte der Richtlinie entnehmen. Die Kommission ging von einer „Folge von Befehlen, die […] einen Computer, zur Ausführung seiner Funktion veranlassen",[112] aus.[113]

Eine solche steuernde Funktion nehmen die Variableninhalte allerdings nicht wahr. Zwar haben sie – je nach Nutzerverhalten – einen anderen Einfluss auf den Programmverlauf, jedoch enthalten sie allein konkrete Werte, aber keine steuernden Befehle.[114] Steuernde Funktion haben vielmehr die Befehle des Programmcodes, die die Inhalte der Variablen auslesen und entsprechend umsetzen – nicht jedoch die konkreten Werte der Variablen.[115] Demnach können solche Daten nach allgemeiner Ansicht auch nicht vom Schutz umfasst sein.[116]

An dem vom BGH angenommenen, primär am Quell- und Objektcode orientierten Verständnis rüttelt letztlich auch nicht der Umstand, dass das Entwurfsmaterial Teil des Schutzes eines Computerprogramms ist.[117] Vielmehr ist dieses aus Kohärenzgesichtspunkten den Regelungen der RL 2009/24/EG zuzuordnen,[118] obwohl es die Voraussetzungen eines Computerprogramms nicht erfüllt.[119] Es genügt allein, dass das Entwurfsmaterial dazu geeignet ist, auf seiner Basis ein Programm in Codeform schreiben zu können.[120] Demnach ist zwar die Programmlogik prinzipiell schutzfähig, soweit sie nicht mit den in dem Programm zugrunde liegenden Ideen und Grundsätzen gleichgesetzt werden kann, allerdings wurde diese gerade nicht berührt.[121] Das Programm läuft technisch gleich ab, liest nur andere programmimmanente Werte ein.[122]

bb) Schutz von Programmelementen

Für die Ansicht des BGH, die zwischengespeicherten Variableninhalte nicht vom Schutz zu umfassen, spricht auch die BSA/Kulturministerium-Entscheidung des EuGH.[123] Hiernach sind Elemente als Teil des Ablaufs eines Programms, wie die Variableninhalte, nicht zwingend Teil der Ausdrucksform und somit richtigerweise nicht vom urheberrechtlichen Schutz umfasst. So lehnte der EuGH einen Schutz der Bildschirmoberfläche ab,[124] indem er gerade darauf verwies, dass diese lediglich ein Element des Programms darstelle,[125] aber keine eigenständige Ausdrucksform.[126] Bei den Variableninhalten handelt es sich gerade nicht um antizipierte Variableninhalte, sondern um externe Variablen.[127] Diese sind der Ablaufphase des Programms – wie die Bildschirmoberfläche selbst – zeitlich nachgelagert,[128] denn sie folgen auch aus Handlungen des Nutzers.[129] Ebenso wie die Bildschirmoberfläche,[130] handelt es sich bei den Werten der Variablen insofern auch um (Zwischen-)Ergebnisse des Programms,[131] die klar von der Ausdrucksform und damit dem Schutzbereich der Richtlinie zu trennen sind.[132] Das Urheberrecht kennt gerade keine Ausdehnung des Schutzbereichs auf Erzeugnisse im Sinne eines derivativen Schutzes.[133]

b) Finalität steuernder Programmelemente

[110] EuGH, Urt. v. 22.12.2010 – C 393/09, BSA/Kulturministerium, EU:C:2010:816, Rn. 38.
[111] *Burkhardt* in: Wenzel/Burkhardt Urheberrecht für die Praxis, 5. Auflage 2009, S. 169 Rn. 7; *Antoine*, CR 2019, S. 1 (2); *Marly,* GRUR 2011, S. 204 (207).
[112] Definition des Computerprogramms zum Vorgänger RL 91/250/EWG, COM (88) 816 final, S. 1 Nr. 1.1.
[113] Vom BGH auch berücksichtigt, BGH, Beschl. v. 23.2.2023 – I ZR 157/21, Rn. 2.
[114] Hierzu auch *Spindler*, CR 2012, S. 417 (419); *Mörike*, Urheberrechtliche Zulässigkeit von Drittanbietersoftware in Online-Spielen, 2021, S. 136.
[115] Ebenso *Grützmacher,* ZUM 2023, S. 464 (464).
[116] Vgl. *Grützmacher* in: Wandtke/Bullinger Praxiskommentar Urheberrecht (Fn. 42), UrhG § 69a Rn. 18; *Schneider*, Handbuch – EDV-Recht, 5. Auflage 2017, S. 1035 Rn. 40 f.; *Marly*, Praxishandbuch Softwarerecht, 6. Auflage 2014, S. 10 Rn. 27; *Mörike* (Fn. 114), S. 91; anderer Ansicht *Czychowski/Nordemann,* GRUR 2022, S. 457 (459 ff.).
[117] Zum Schutz des Entwurfsmaterials *Grützmacher* in: Wandtke/Bullinger Praxiskommentar Urheberrecht (Fn. 42), UrhG § 69a Rn. 7.
[118] So auch *Antoine*, GRUR 2023, S. 622 (624).
[119] Vgl. COM (88) 816 final, S. 1 Nr. 1.1.
[120] Hierzu auch *Antoine*, CR 2019, S. 1 (1 ff.).
[121] So auch OLG Hamburg, Urt. v. 7.10.2021 – 5 U 23/12, Rn. 92.
[122] OLG Hamburg, Urt. v. 7.10.2021 – 5 U 23/12, Rn. 92.
[123] EuGH, Urt. v. 22.12.2010 – C 393/09, BSA/Kulturministerium, EU:C:2010:816.
[124] Näheres zur Bildschirmoberfläche *König*, Der wettbewerbsrechtliche Schutz von Computerprogrammen vor Nachahmung, NJW 1990, S. 2233 (2234).
[125] EuGH, Urt. v. 22.12.2010 – C 393/09, BSA/Kulturministerium, EU:C:2010:816, Rn. 41.
[126] So auch *Barnitzke/Möller/Nordmeyer*, Die Schutzfähigkeit graphischer Benutzeroberflächen nach europäischem und deutschem Recht, CR 2011, S. 277 (279); *Härting*, Internetrecht, 7. Auflage 2023, S. 277 Rn. 1136.
[127] Zur Differenzierung D. I. 2. b).
[128] Hierzu *Barnitzke/Möller/Nordmeyer*, CR 2011, S. 277 (279).
[129] So bereits OLG Hamburg, Urt. v. 7.10.2021 – 5 U 23/12, Rn. 92
[130] Näheres hierzu *Raubenheimer,* Softwareschutz nach dem neuen Urheberrecht, CR 1994, S. 69 (70); *Barnitzke/Möller/Nordmeyer,* CR 2011, S. 277 (278).
[131] *Grünberger*, ZUM 2023, S. 309 (334 f.).
[132] Hierzu mehr *Barnitzke/Möller/Nordmeyer,* CR 2011, S. 277 (278 f.); im Ergebnis *Wiebe/Kreutz*, Internet und E-Commerce: Der urheberrechtliche Computerprogrammschutz beim Einsatz von Werbeblockersoftware, CR 2022, S. 383 (385).
[133] Ausführlich *Lauber-Rönsberg*, Autonome „Schöpfung" – Urheberschaft und Schutzfähigkeit, GRUR 2019, S. 244 (248).

Der BGH stellt ebenfalls überzeugend dar, dass es nach § 1 I der Mustervorschriften der WIPO[134] auch nicht auf eine Finalität der Programmstrukturen ankommen kann.[135]

Ein Computerprogramm ist hiernach die Abfolge von Befehlen, die nach Aufnahme in einen maschinenlesbaren Träger fähig sind zu bewirken, dass eine Maschine mit informationsverarbeitenden Fähigkeiten eine bestimmte Aufgabe oder ein bestimmtes Ergebnis anzeigt, ausführt oder erzielt.

Dies wird teilweise gerade so interpretiert, dass eine Finalität der steuernden Programmstrukturen benötigt wird.[136] Vom Programmbegriff sollen demnach alle Teile des Befehlsablaufs umfasst sein, die insgesamt bewirken, dass gewisse Ergebnisse ausgeführt oder erzielt werden.[137] Ein solches Ergebnis soll im Streitfall das unterhaltende und herausfordernde Spielerlebnis darstellen,[138] welches sich insbesondere durch programmimmanent permanent verfügbare Funktionen ergibt.[139] Insofern sei es zwingend notwendig, auf die für diesen Prozess bewusst nach dem Willen des Urhebers im Arbeitsspeicher zurückgelegten Variablen zurückgreifen zu können.[140]

Diese Ansicht ist jedoch mit den Zielen und Bestimmungen der RL 2009/24/EG kaum vereinbar.[141] Auch wenn die im Arbeitsspeicher hinterlegten Werte nicht nur zufällige und unvermeidbare Produkte des Softwareablaufs sind,[142] kann es gerade nicht auf den Willen des Programmentwicklers ankommen, dass nur die spielregelkonform bei Programmablauf entstehenden Variableninhalte verwendet werden.[143] Ideen sind nach Art. 1 II und Erwägungsgrund 11 der RL 2009/24/EG keinesfalls vom Schutz umfasst. Dieser im Urheberrecht verankerte Grundsatz[144] findet sich auch im internationalen Recht in Art. 2 des Urheberrechtsvertrags der WIPO[145] und in Art. 9 II des TRIPS-Übereinkommens[146] wieder, wonach der Schutz allein für Ausdrucksformen, nicht aber für Ideen als solche gilt.[147] Insofern sind weder die Funktionalität eines Computerprogramms noch die Programmiersprache oder das Dateiformat zur Nutzung bestimmter Funktionen eine Ausdrucksform des Computerprogramms im Sinne des Art. 1 II der RL 2009/24/EG.[148] Nach Rechtsprechung des EuGH würde ein urheberrechtlicher Schutz von Funktionalitäten zum Schaden des technischen Fortschritts und der industriellen Entwicklung die Möglichkeit eröffnen, Ideen zu monopolisieren.[149] Insofern darf dem Spielentwickler nicht die Möglichkeit gegeben werden, seinen Nutzern vorschreiben zu können, wie sein Spiel gespielt werden darf, indem die Variablen geschützt werden.[150]

Dies zeigt sich auch durch einen Vergleich in die Welt analoger Spiele. So darf hier dem Spieler auch nicht vorgeschrieben werden, dass das Spiel anleitungsgemäß gespielt werden muss.[151] Die Art und Weise der Benutzung des Werkes darf also nicht zustimmungspflichtig sein.[152] Dies würde hier im Ergebnis jedoch erreicht werden, wenn die Abänderung der vorgesehenen Variableninhalte verboten wäre und allein die vom Entwickler vorgesehenen Inhalte verwendet werden dürften.[153] Der Spielentwickler würde hiermit im Widerspruch zum Schutzziel der RL 2009/24/EG die Möglichkeit erhalten, seine Spielidee zu monopolisieren und von Einwirkungen und Veränderungen von außen zu bewahren.

c) Schutz über Roman als Werk der Literatur

Zutreffend kann den zwischengespeicherten Variableninhalten im Arbeitsspeicher des Endgeräts kein Schutz über den Vergleich zu einem Roman als Werk der Literatur zukommen.[154]

Es ist zwar richtig, dass das Computerprogramm urheberrechtlich als literarisches Werk im Sinne der RBÜ

[134] GRUR-Int 1978, S. 286 (290).
[135] BGH, Beschl. v. 23.2.2023 – I ZR 157/21, Rn. 30 f.
[136] *Czychowski/Nordemann,* GRUR 2022, S. 457 (459 f.); so auch von der Revision beanstandet BGH, Beschl. v. 23.2.2023 – I ZR 157/21, Rn. 29.
[137] *Czychowski/Nordemann,* GRUR 2022, S. 457 (459 f.); BGH, Beschl. v. 23.2.2023 – I ZR 157/21, Rn. 29.
[138] Ansicht der Revision BGH, Beschl. v. 23.2.2023 – I ZR 157/21, Rn. 29.
[139] Z.B. Erschöpfen des Turbos; vgl. *Czychowski/Nordemann,* GRUR 2022, S. 457 (459).
[140] *Czychowski/Nordemann,* GRUR 2022, S. 457 (459).
[141] Ebenfalls *Grünberger*, ZUM 2023, S. 309 (335).
[142] So in besagter Ansicht vertreten *Czychowski/Nordemann,* GRUR 2022, S. 457 (459); auch von der Revision ausgeführt BGH, Beschl. v. 23.2.2023 – I ZR 157/21, Rn. 29.
[143] Gleichfalls BGH, Beschl. v. 23.2.2023 – I ZR 157/21, Rn. 30 f.
[144] Hierzu mehr *Grützmacher* in: Wandtke/Bullinger Praxiskommentar Urheberrecht (Fn. 42), UrhG § 69a Rn. 28 ff.
[145] BGBl. 2003 II S. 756.
[146] BGBl. 1994 II S. 1733.
[147] Vom Senat berücksichtigt BGH, Beschl. v. 23.2.2023 – I ZR 157/21, Rn. 25.
[148] Damals noch zu Art. 1 II der RL 91/250/EWG, EuGH, Urt. v. 2.5.2012 – C 406/10, SAS Institute, EU:C:2012:259, Rn. 39.
[149] EuGH, Urt. v. 2.5.2012 – C 406/10, SAS Institute, EU:C:2012:259, Rn. 40; so auch vom BGH berücksichtigt BGH, Beschl. v. 23.2.2023 – I ZR 157/21, Rn. 31.
[150] So auch OLG Hamburg, Urt. v. 7.10.2021 – 5 U 23/12, Rn. 96; *Grünberger*, ZUM 2023, S. 309 (335).
[151] Analog zu Gemälden vgl. *Spindler*, CR 2012, S. 417 (420).
[152] *Spindler*, CR 2012, S. 417 (420).
[153] Im Ergebnis gleich *Spindler*, CR 2012, S. 417 (420).
[154] Zu C. III. 1. a) cc); vgl. BGH, Beschl. v. 23.2.2023 – I ZR 157/21, Rn. 32 ff.

geschützt wird.[155] Ebenso sind bei einem Roman als Werk der Literatur zutreffend auch eigenpersönlich geprägte Bestandteile geschützt, wie der Gang der Handlung und die Ausgestaltung von Szenen.[156] Wie der BGH allerdings bereits richtig erkannt hat,[157] lässt sich dies nicht auf Computerprogramme in der Form ableiten, dass auch die zwischengespeicherten Variablen vom Schutz umfasst sind. Entscheidend hierfür führt der BGH bereits an, dass die in Rede stehenden Variablenwerte auf das konkrete Nutzerverhalten zurückzuführen sind und insofern nicht in gleicher Art und Weise als eigenpersönliches Element betrachtet werden können.[158] Außerdem wäre ein Schutz hierüber widersprüchlich zum Schutzbereichsverständnis des Quell- und Objektcodes.[159] Überzeugender findet sich der „Gang der Handlung" in der Anordnung des Quellcodes wieder.[160] Dieser ist zutreffend auch geschützt,[161] hier jedoch unberührt geblieben, weil allein die Inhalte der Variablen anders befüllt werden.[162] Ausschlaggebend weist der BGH aber auch hier eine Ausdehnung des Schutzbereichs zurück, weil sonst ein mittelbarer Schutz der Spielidee erreicht werden würde,[163] der dem Urheberrecht fremd ist.[164]

2. Umarbeitung des Computerprogramms

Der BGH folgt überzeugend der bislang herrschenden Auffassung und hält in Anbetracht des Wortlauts für eine Umarbeitung des Computerprogramms einen tatsächlichen Substanzeingriff, in Form der Einwirkung auf Quell- oder Objektcode, für notwendig.[165] Die Modifikation der Variableninhalte stellt daher keine Umarbeitung des Computerprogramms dar.

a) Wortlaut und Systematik

Zutreffend ist in Anbetracht des Begriffs der „Umarbeitung" aus Art. 4 I Buchst. b der RL 2009/24/EG sowie der „alteration",[166] von einer tatsächlich nötigen Veränderung des Quell- und Objektcodes auszugehen.[167] Für diese Auffassung sprechen ebenfalls die „Übersetzung" sowie das „Arrangement" aus Art. 4 I Buchst. b der RL 2009/24/EG, welche eine Abänderung des konkreten Programmcodes bzw. der konkreten Codestruktur implizieren, um diese an die neuen Erfordernisse anzupassen.[168] So meint die „Übersetzung" vor allem die Übertragung eines Programms in eine andere Programmiersprache.[169] Andererseits könnte die „andere Umarbeitung"[170] aber auch so verstanden werden, dass für diese ein Substanzeingriff gerade nicht zwingend nötig ist.[171]

Für einen Substanzeingriff spricht aus systematischer Sicht jedoch außerdem die Verzahnung des Schutzbereichs des Computerprogramms und des Umarbeitungsbegriffs.[172] Insofern muss jede Umarbeitung eines Computerprogramms denklogisch auch den Schutzgegenstand des Computerprogramms aus Art. 1 I–III der RL 2009/24/EG erfassen.[173] Wegen des am Programmcode orientierten Verständnisses[174] ist dessen Veränderung und nicht jede beliebige Veränderung des Ablaufs des Programms erforderlich. Anderenfalls würde der Umarbeitungsbegriff den Urheberrechtsschutz unsystematisch über den Schutzbereich des Computerprogramms erweitern.[175]

Letztlich spricht für das substanzbezogene Verständnis des Umarbeitungsbegriffs auch ein systematischer Vergleich mit dem Begriff der Vervielfältigung aus Art. 4 I 1 Buchst. a der RL 2009/24/EG.[176] So hat der EuGH in der Entscheidung „SAS Institute" betont, dass das Urheberrecht am Computerprogramm nicht verletzt werden könne, wenn überhaupt kein Zugang zum Quellcode besteht.[177] Folgerichtig

---

[155] Wortlaut des Art. 1 I der RL 2009/24/EG.
[156] Hierzu *Bullinger* in: Wandtke/Bullinger Praxiskommentar Urheberrecht (Fn. 42), UrhG § 2 Rn. 48.
[157] Zu C. III. 1. a) cc); vgl. BGH, Beschl. v. 23.2.2023 – I ZR 157/21, Rn. 32 ff.
[158] BGH, Beschl. v. 23.2.2023 – I ZR 157/21, Rn. 34.
[159] Zum Verständnis D. II. 1. a) aa).
[160] So auch *Grützmacher*, ZUM 2023, S. 464 (465).
[161] Zu D. II. 1. a) aa).
[162] Ebenso *Grützmacher*, ZUM 2023, S. 464 (465).
[163] BGH, Beschl. v. 23.2.2023 – I ZR 157/21, Rn. 34; zustimmend *Grützmacher*, ZUM 2023, S. 464 (465).
[164] Hierzu mehr *Hoeren*, Internetrecht – Ein Grundriss, 4. Auflage 2021, S. 8 Rn. 18 ff.
[165] BGH, Beschl. v. 23.2.2023 – I ZR 157/21, Rn. 41; zur h.M. *Spindler* in: Schricker/Loewenheim Urheberrecht Kommentar (Fn. 40), UrhG § 69c Rn. 14; *Kreutzer*, Werbeblocker und Urheberrecht, MMR 2018, S. 639 (643); *Ritter*, Kein Funktionsschutz für Computerprogramme, GRUR-Prax 2022, S. 149 (149).
[166] Verwendet in Art. 4 I Buchst. b der englischen Fassung der RL 2009/24/EG.
[167] Im Ergebnis auch *Antoine*, GRUR 2023, S. 622 (625); *Grützmacher*, ZUM 2023, S. 464 (466).
[168] *Spindler*, CR 2012, S. 417 (419).
[169] *Grützmacher* in: Wandtke/Bullinger Praxiskommentar Urheberrecht (Fn. 42), UrhG § 69c Rn. 19.
[170] Vgl. Wortlaut des Art. 4 I Buchst. b der RL 2009/24/EG.
[171] *Mörike* (Fn. 114), S. 135.
[172] Hierzu D. I. 2. a).
[173] So auch *Antoine*, GRUR 2023, S. 622 (625).
[174] Zu D. II. 1. a) aa).
[175] Vgl. *Antoine*, GRUR 2023, S. 622 (625).
[176] Hierzu bereits *Antoine*, GRUR 2023, S. 622 (625).
[177] EuGH, Urt. v. 2.5.2012 – C 406/10, SAS Institute, EU:C:2012:259, Rn. 61.

können diese substanzbezogenen Grundsätze auch auf den Umarbeitungsbegriff übertragen werden.[178]

b) Telos

Für die Auffassung des BGH sprechen überdies teleologische Gründe. Zur Förderung von Interoperabilität[179] kann der programmgemäße Ablauf gerade nicht Teil des Schutzbereichs sein,[180] sodass eine Umarbeitung nicht bei jeglicher Veränderung des Ablaufs bejaht werden kann.[181] Ansonsten würde jede Interaktion zwischen Programmen, wie u. a. eine zielgerichtete Nutzung und Verwendung von Funktionalitäten,[182] untersagt werden, auch wenn der Programmcode unberührt bleibt.[183] Dies würde die Weiterentwicklung von Programmen auf der Grundlage von offenen Schnittstellen, die gerade keinen Eingriff in die Programmsubstanz erfordern, verhindern.[184] Hierdurch würde das verfolgte Ziel konterkariert werden, die Verbindung und das Zusammenwirken aller Elemente eines Computersystems, auch von verschiedenen Herstellern, zu ermöglichen.[185] Art. 4 I Buchst. b der RL 2009/24/EG schützt indes nur vor Veränderungen des Programmcodes. Anderenfalls wäre es widersprüchlich, dem Nutzer die Erlangung von unersichtlichen Informationen über Schnittstellen nach Art. 6 der RL 2009/24/EG zu ermöglichen, die Schnittstelle jedoch nicht nutzbar zu machen, weil jede Veränderung der Daten einer zustimmungsbedürftigen Umarbeitung entsprechen würde.[186]

3. Zwischenergebnis

Die Ausführungen des BGH zu beiden Vorlagefragen überzeugen in rechtsdogmatischer Hinsicht. Den zwischengespeicherten Variableninhalten kommt nach dem herrschenden, am Programmcode orientierten Verständnis des Schutzbereichs kein Schutz nach Art. I–III der RL 2009/24/EG und § 69a I UrhG und zu. In Anbetracht dessen ist eine Veränderung dieser Inhalte auch nicht als zustimmungsbedürftige Umarbeitung gemäß Art. 4 I Buchst. b der RL 2009/24/EG und § 69c Nr. 2 UrhG zu sehen.

III. Ökonomische Bewertung

Zur Bewertung des Beschlusses aus ökonomischer Perspektive wird die Wirkung auf die Investitionsschutzinteressen der Klägerin sowie der Einfluss auf den Markt skizziert und beurteilt.

1. Investitionsschutzinteressen

Die Auffassung des BGH würde die Veränderung der Variableninhalte und damit die Nutzung der Software „Action-Replay“ erlauben.

Dennoch bleiben die Investitionsschutzinteressen der Klägerin gewahrt, da es keinen zwingenden negativen Einfluss auf den Kaufanreiz für die Originalsoftware gibt. Das Produkt der Beklagten stellt nur eine Erweiterung zum Originalspiel der Klägerin dar, welche lediglich simultan zu dessen Ablauf funktioniert. Dem Nutzer wird somit nicht die Möglichkeit gegeben, auf den Kauf des Spiels zu verzichten. Vielmehr könnte das Angebot der Zusatzsoftware ggf. sogar zu einem zusätzlichen Kaufanreiz am Originalspiel führen, schließlich erweitern „Action Replay“ und „Tilt-FX“ die Nutzungsmöglichkeiten des Spiels für den Spieler.[187]

Aus ökonomischer Sicht wirkt sich auf die Klägerin somit allein der Umstand negativ aus, dass sie daran gehindert wird, in einer Neuauflage des Spiels Kundenwünschen nachzukommen und insofern zum Beispiel die Beschränkung des Turbos selbst aufzuheben und damit Umsatz generieren zu können.[188] Eine zu weite Ausdehnung des Anpassungsrecht des Urhebers würde jedoch zu einer Monopolisierung führen, die von der RL 2009/24/EG gerade verhindert werden soll.[189]

2. Einfluss auf den Markt

Die Ansicht des BGH wirkt sich positiv auf die Spielbranche und den wirtschaftlichen Markt im Ganzen aus, indem er die Grenzen der Veränderungen von Computerprogrammen näher beleuchtet.

Der Beschluss skizziert exemplarisch, dass Veränderungen des Programmablaufs eines Computerprogramms keiner

---

[178] *Antoine*, GRUR 2023, S. 622 (625).
[179] Zentrales Ziel, vgl. ErwGr 15 der RL 2009/24/EG.
[180] Ebenso OLG Hamburg, Urt. v. 7.10.2021 – 5 U 23/12, Rn. 91; *Grützmacher* in: Wandtke/Bullinger Praxiskommentar Urheberrecht (Fn. 42), UrhG § 69c Rn. 22; *Bröckers*, Second Hand-Software im urheberrechtlichen Kontext, 2010, S. 33.
[181] So auch *Grützmacher* in: Wandtke/Bullinger Praxiskommentar Urheberrecht (Fn. 42), UrhG § 69c Rn. 22.
[182] *Spindler*, CR 2012, S. 417 (419).
[183] *Antoine*, GRUR 2023, S. 622 (625).
[184] LG Hamburg, Urt. v. 3.5.2016 – 308 O 46/16, Rn. 28; zustimmend *Grützmacher*, Anmerkung zu LG Hamburg, Urt. v. 3.5.2016 – 408 O 46/16, CR 2016, S. 782 (785); *Mörike* (Fn. 114), S. 136 f.
[185] Vgl. ErwGr 15; OLG Hamburg, Urt. v. 7.10.2021 – 5 U 23/12, Rn. 98.
[186] *Mörike* (Fn. 114), S. 137.
[187] Hierzu B. II.
[188] So auch *Czychowski/Nordemann*, GRUR 2022, S. 457 (462).
[189] Vgl. *Grützmacher*, ZUM 2023, S. 464 (467).

Zustimmung bedürfen, soweit sie den Programmcode unberührt lassen. Damit ermöglicht der Senat das Zusammenwirken von verschiedenen Computerprogrammen, ganz im Sinne der erstrebten Interoperabilität.[190] Bei Überdehnung des Schutzbereichs durch Erfassen jeglicher Veränderung des Ablaufs, wäre die Interaktion verschiedener Computerprogramme hingegen nahezu völlig verhindert.[191] Die klare Trennlinie mündet überdies vor allem in Planungssicherheit. Langwierige und kostenintensive Prozesse stellen eine riesige Markteintrittshürde für Sekundärmärkte und Konkurrenzunternehmen dar,[192] die daher besonders von einer klaren rechtlichen Ausgestaltung profitieren. Hierdurch wird den Wettbewerbern die Möglichkeit gegeben, ihre innovativen Ideen rechtssicher umsetzen zu können, ohne sich künftig etwaigen urheberrechtlichen Unterlassungsansprüchen ausgesetzt sehen zu müssen.[193]

Die hiermit geschaffenen Rahmenbedingungen ermuntern im Ergebnis dazu, Ergänzungsprodukte oder andere Erweiterungen gewinnorientiert zu entwickeln. Dies führt im Ergebnis zu technischem Fortschritt, was sich beispielhaft bereits mit dem zugrundeliegenden Sachverhalt aufzeigen lässt. Die von der Beklagten ebenfalls entwickelte Zusatzfunktion „Tilt-FX“ ermöglicht eine Steuerung des Spiels allein durch Neigen der Spielkonsole,[194] indem ebenfalls die zwischengespeicherten Variableninhalte modifiziert werden.[195] Die extensive Auslegung der Umarbeitung von Computerprogrammen würde insofern nicht nur die „Cheating-Software“[196], sondern auch das innovative „Add-Ons“[197] betreffen und Fortschritt hemmen.

Insgesamt fördert die restriktive Auslegung des BGH Interoperabilität und senkt die Markteintrittshürde für Sekundärmärkte, indem sie Planungssicherheit schafft. Dies resultiert überzeugend in technischem Fortschritt.

3. Zwischenergebnis

Der Beschluss wahrt im Ergebnis insgesamt positiv die Interessen der Klägerin und trägt zugleich wesentlich zur Förderung des ökonomischen Wettbewerbs bei.

IV. Technische Bewertung

Letztlich ist der Beschluss des BGH noch aus technischer Perspektive zu bewerten.

1. Auslagerung von Programmteilen

Aus technischer Sicht wird ein Computerprogramm zunächst in einer Programmiersprache wie Java oder C++ geschrieben und anschließend in den Objektcode kompiliert.[198] Vor diesem Hintergrund ergibt sich auch das daraus resultierende programmorientierte Verständnis des Schutzgegenstands.[199] Im Zuge der technischen Entwicklung greifen Informatiker mittlerweile jedoch immer häufiger darauf zurück, die anfangs im Programmcode enthaltenen Befehle auszulagern.[200] So werden auch im Rahmen des vorliegenden Computerspiels Daten in den Arbeitsspeicher abgelegt.[201] Dieser speichert und liest die Inhalte zwar nur temporär, aber deutlich schneller aus und sorgt somit für mehr Effizienz.[202]

Daher scheint sich ein pauschaler und starrer Schutzausschluss von ausgelagerten Elementen des Programms aus technischer Sicht zu verbieten, um der Komplexität und den Veränderungen in diesem Bereich weiterhin gerecht zu werden.[203] Hierfür spricht außerdem, dass ein Zugriff auf den Quellcode aus technischer Sicht meist gar nicht möglich ist, sodass Umarbeitungen Dritter zwangsläufig über andere Wege erfolgen müssen.[204] Eine restriktive Beschränkung auf Quell- und Objektcode würde daher viele zustimmungsbedürftige Umarbeitungshandlungen gar nicht umfassen. Maßgeblich sollte deshalb vielmehr sein, welche Rolle und Funktion eine Datenstruktur innerhalb der Datenverarbeitung konkret einnimmt.[205] Es biete sich aus technischer Sicht an, eine Schutzfähigkeit nur zu bejahen, wenn die Datenartefakte einen Einfluss auf das Programm haben, ebenfalls im Programmcode niedergeschrieben sein könnten und letztlich

---

[190] Im Ergebnis vgl. *Grützmacher*, ZUM 2023, S. 464 (465).
[191] Vgl. *Spindler*, CR 2012, S. 417 (419).
[192] *Grützmacher*, CR 2016, S. 782 (785).
[193] Ähnlich *Grützmacher*, ZUM 2023, S. 464 (466).
[194] Zu B. II.; BGH, Beschl. v. 23.2.2023 – I ZR 157/21, Rn. 2.
[195] Zu B. II.; BGH, Beschl. v. 23.2.2023 – I ZR 157/21, Rn. 18.
[196] Z.B. „Action Replay“.
[197] Z.B. „Tilt-FX“.
[198] Ausführlich *Oehler*, Komplexe Werke im System des Urheberrechtsgesetzes am Beispiel von Computerspielen, 2016, S. 432.
[199] Zu D. II. 1. a) aa); ebenfalls vom BGH berücksichtigt BGH, Beschl. v. 23.2.2023 – I ZR 157/21, Rn. 24.
[200] *Nebel/Stiemerling*, CR 2016, S. 61 (61).
[201] BGH, Beschl. v. 23.2.2023 – I ZR 157/21, Rn. 18.
[202] *Baun*, Operating Systems/Betriebssysteme, 2020, S. 55; *Hellmann*, Rechnerarchitektur Einführung in den Aufbau moderner Computer, 2020, S. 251.
[203] Ähnlich *Nebel/Stiemerling*, CR 2016, S. 61 (61); zustimmend *Wiebe* in: Leupold/Wiebe/Glossner IT-Recht – Recht, Wirtschaft und Technik der digitalen Transformation, 4. Auflage 2021, Teil 2.1 Rn. 8.
[204] Näheres hierzu *Mörike* (Fn. 114), S. 143 f.
[205] *Mörike* (Fn. 114), S. 143 f.

vom Entwickler antizipiert sind.[206] Eine externe Modifikation dieser antizipierten variablen Daten käme einem unmittelbaren Eingriff in die Befehlsstruktur gleich und sollte folglich weiterhin geschützt sein.[207] Sofern das Computerprogramm wie im vorliegenden Fall eine Beeinflussung des Variablenwerts durch Nutzerverhalten jedoch vorsieht, kann jener Inhalt nur als temporärer In- und Output des Programms und nicht als Ausdrucksform des Entwicklers angesehen werden.[208] Die Veränderung des Wertes simuliert allein programmimmanentes Nutzerverhalten, sodass die Programmlogik unberührt bleibt.[209] Die Umarbeitung des Wertes ist sodann gerade nicht einer Umarbeitung der Programmbefehle gleichzusetzen.

2. Zwischenergebnis

Folglich scheint eine reine Beschränkung des Schutzbereichs auf Quell- und Objektcode angesichts der technischen Entwicklungen nicht mehr zeitgemäß. Dennoch ist dem Beschluss des BGH, aufgrund der konkreten Sachlage, auch aus technischer Perspektive zuzustimmen.[210]

V. Ergebnis

Der Beschluss des BGH ist somit insgesamt sehr positiv zu bewerten. Er wählt eine geeignete Herangehensweise und überzeugt mit seiner Argumentation aus rechtsdogmatischer, ökonomischer und auch technischer Perspektive. Begrüßenswert wäre allein, eine technisch fundiertere Auseinandersetzung, insbesondere zur Berücksichtigung des skizzierten Wandels in der Programmiertechnik.

E. Unionsrechtliche Fortentwicklung

Für die finale Entscheidung im anhängigen Rechtsstreit vor dem BGH sind jedoch die Erwägungen des EuGH zur Auslegung der RL 2009/24/EG von entscheidender Bedeutung. Diese ist nicht nur für den noch anhängigen Rechtsstreit vor dem BGH, sondern auch für alle nationalen Gerichte verbindlich.[211] Demnach werden im Folgenden die im weiteren Prozessverlauf erfolgten Schlussanträge des Generalanwalts Szpunar sowie die Ausführungen der Ersten Kammer des EuGH zur Beantwortung der Vorlagefragen analysiert und mit den gewonnenen Erkenntnissen verglichen.

I. Generalanwalt Szpunar

In seinen Schlussanträgen vom 25.1.2024[212] stimmt Generalanwalt Szpunar überzeugend der Rechtsauffassung des BGH zur Auslegung von Art. 1 I–III der RL 2009/24/EG dahingehend zu, dass der Schutzbereich der RL 2009/24/EG nicht den Inhalt von variablen Daten erfasst, die ein geschütztes Computerprogramm im Arbeitsspeicher eines Computers angelegt hat und im Ablauf des Programms verwendet, soweit dieser Inhalt nicht die Vervielfältigung oder spätere Entstehung eines solchen Programms ermöglicht.[213]

Szpunar gelingt es dabei überdies nicht nur überzeugend den unionsrechtlichen, völkerrechtlichen und teleologischen Hintergrund für besagte Auffassung heranzuziehen,[214] sondern zugleich auch eine geeignetere technischere Herangehensweise in Anbetracht obiger Differenzierungen zu wählen.[215] Er bezieht sich zunächst auf die in der Informatik verwendete Definition einer Variable als „einen Speicherort im Computer, in den während der Ausführung eines Computerprogramms Informationen, d.h. Daten abgelegt werden und auf den das Programm zugreifen kann, um diese Informationen bei der Ausführung seiner Aufgaben zu verwenden“.[216] Sodann trennt er überzeugend zwischen den „Werten“ von Variablen, als die konkreten abgelegten Informationen, und den „Parametern“ von Variablen, wie ihre Namen oder die Art der dort abzulegenden Daten, die in der Regel vom Programmcode festgelegt werden und sich nicht verändern.[217] Als integraler Bestandteil des Programmcodes sollen, vorbehaltlich ihrer Individualität, nur die Parameter einer Variable den durch die RL 2009/24/EG gewährten Schutz genießen dürfen, nicht aber die Werte dieser Variablen.[218]

Szpunar begründet dies damit, dass die RL 2009/24/EG gerade nur Quell- und Objektcode schützt, da dieser die Vervielfältigung eines Programms überhaupt ermöglicht.[219] Dementsprechend sind die Variablenwerte als externe und vom Computer erst während des Programmablaufs erzeugte

[206] Vgl. *Nebel/Stiemerling*, CR 2016, S. 61 (65); vgl. *Rössel*, ITRB 2023, S. 115 (116).
[207] Ausführlich *Rössel*, ITRB 2023, S. 115 (116).
[208] *Rössel*, ITRB 2023, S. 115 (116); vgl. *Grünberger,* ZUM 2023, S. 309 (335).
[209] So bereits OLG Hamburg, Urt. v. 7.10.2021 – 5 U 23/12, Rn. 92.
[210] Andere Ansicht *Czychowski/Nordemann*, GRUR 2022, S. 457 (459 ff.).
[211] Vgl. *Schlachter* in: Erfurter Kommentar zum Arbeitsrecht (Fn. 78), AEUV Art. 267 Rn. 1.
[212] Schlussanträge der Generalanwalts Marciej Szpunar, v. 25.4.2024 – C 159/23, Action Replay, ECLI:EU:C:2024:363.
[213] Schlussanträge GA Szpunar – C 159/23, ECLI:EU:C:2024:363, Action Replay, Rn. 79.
[214] Schlussanträge GA Szpunar – C 159/23, ECLI:EU:C:2024:363, Action Replay, Rn. 29 ff.
[215] Schlussanträge GA Szpunar – C 159/23, ECLI:EU:C:2024:363, Action Replay, Rn. 43 ff.
[216] Schlussanträge GA Szpunar – C 159/23, ECLI:EU:C:2024:363, Action Replay, Rn. 44.
[217] Schlussanträge GA Szpunar – C 159/23, ECLI:EU:C:2024:363, Action Replay, Rn. 44.
[218] Schlussanträge GA Szpunar – C 159/23, ECLI:EU:C:2024:363, Action Replay, Rn. 45, 47.
[219] Schlussanträge GA Szpunar – C 159/23, ECLI:EU:C:2024:363, Action Replay, Rn. 35–37.

Daten, die eine Vervielfältigung des Programms oder gar nur eines Teils davon gerade nicht ermöglichen, nicht zu schützen.[220] Hinzukommend sind diese bloßes Ergebnis des Spielverlaufs und damit letztlich des Verhaltens des Spielers, wonach die Werte der Variablen das nach Art. 1 III der RL 2009/24/EG erforderliche Kriterium der Individualität nicht erfüllen und damit schon keine eigene geistige Schöpfung darstellen.[221] Der sonst mittelbar bezweckte Schutz des konkreten „Spielerlebnisses" würde sich, wie bereits ausführlich dargestellt, auf einen mit der Richtlinie nicht vereinbaren Schutz der Ideen, Grundsätze und Funktionalitäten des Computerprogramms ausweiten.[222]

Ebenso positiv wie der BGH berücksichtigt Szpunar auch die enge Verknüpfung zwischen der Auslegung des Schutzbereichs gem. Art. 1 I–III der RL 2009/24/EG und des Umarbeitungsbegriffs aus Art. 4 I Buchst. b der RL 2009/24/EG, weshalb in Anbetracht seiner Ausführungen zum Schutzbereich die Veränderung von Variablenwerten keine Umarbeitung in diesem Sinne darstellen kann.[223]

II. Erste Kammer des EuGH

Mit seinem Urteil vom 17.10.2024[224] schließt sich auch die Erste Kammer des EuGH der vom BGH und Szpunar überzeugend vertretenen Auffassung an. Der Schutzbereich der RL 2009/24/EG erfasst demnach nicht den Inhalt von variablen Daten, die ein geschütztes Computerprogramm im Arbeitsspeicher eines Computers angelegt hat und im Ablauf des Programms verwendet, soweit dieser Inhalt nicht die Vervielfältigung oder spätere Entstehung eines solchen Programms ermöglicht.[225]

Aus dem Wortlaut von Art. 1 II, III der RL 2009/24/EG und seiner vergangenen Rechtsprechung schließt der EuGH, dass maßgeblich Quell- und Objektcode als Ausdrucksform eines Computerprogramms geschützt sind, da diese die Vervielfältigung des Programms ermöglichen.[226] Jenes codeorientierte Verständnis untermauert er unter Berücksichtigung des sich aus Art. 10 I TRIPS-Übereinkommen[227] und Art. 2 des Urheberrechtsvertrags der WIPO[228] ergebenden völkerrechtlichen Kontexts,[229] sowie mit Blick auf die Erwägungsgründe 7, 11 und 15 der RL 2009/24/EG.[230] Überzeugend hebt er ebenso wie Szpunar hervor, dass die RL 2009/24/EG in Anbetracht von Erwägungsgrund 2 maßgeblich darauf abzielt, die Urheber der Programme vor der unerlaubten Vervielfältigung sowie vor der Verbreitung dieser „Raubkopien" zu schützen, die einfach und kostengünstig hergestellt werden können.[231] Zugleich betont der EuGH, dass die RL 2009/24/EG in Anbetracht der Begründungen zum Vorgänger in Form der RL 91/250/EWG[232] sowie Erwägungsgrund 10 der RL 2009/24/EG keine Monopole gewährt, die eine unabhängige Entwicklung und damit technischen Fortschritt verhindern.[233] Vielmehr steht es den Wettbewerbern des Urhebers eines Computerprogramms frei, kompatible Produkte herzustellen und zu vertreiben.[234] Dazu besteht die Funktion von Computerprogrammen gerade darin, auch mit anderen Komponenten eines Computersystems in Verbindung zu treten und zu interagieren.[235] Abschließend verweist der EuGH auf die Ausführung von Szpunar, dass der Inhalt von Variablen lediglich ein Element des Computerprogramms darstellt, mittels dessen die Benutzer die Funktionalitäten des Programms nutzen können, das nicht generell als „Ausdrucksform" eines Computerprogramms im Sinne von Art. 1 II der RL 2009/24/EG geschützt ist, wobei dies im konkreten Fall natürlich vom vorlegenden Gericht in Form des BGH zu bewerten ist.[236]

Angesichts dieser Ausführungen wird die zweite Vorlagefrage nicht beantwortet.[237] Dies verwundert angesichts der engen Verzahnung des Schutzbereichs des Computerprogramms und des Umarbeitungsbegriffs nicht.

III. Ergebnis

Sowohl Generalanwalt Maciej Szpunar als auch die Erste Kammer des EuGH folgen somit der positiv zu bewertenden

[220] Schlussanträge GA Szpunar – C 159/23, ECLI:EU:C:2024:363, Action Replay, Rn. 48.
[221] Schlussanträge GA Szpunar – C 159/23, ECLI:EU:C:2024:363, Action Replay, Rn. 49.
[222] Schlussanträge GA Szpunar – C 159/23, ECLI:EU:C:2024:363, Action Replay, Rn. 57.
[223] Schlussanträge GA Szpunar – C 159/23, ECLI:EU:C:2024:363, Action Replay, Rn. 61.
[224] EuGH, Urt. v. 22.12.2010 – C 159/23, Action Replay, ECLI:EU:C:2024:887.
[225] EuGH, Urt. v. 22.12.2010 – C 159/23, Action Replay, ECLI:EU:C:2024:887, Rn. 52.
[226] EuGH, Urt. v. 22.12.2010 – C 159/23, Action Replay, ECLI:EU:C:2024:887, Rn. 37.
[227] BGBl. 1994 II S. 1733.
[228] BGBl. 2003 II S. 756.
[229] EuGH, Urt. v. 22.12.2010 – C 159/23, Action Replay, ECLI:EU:C:2024:887, Rn. 39 f.
[230] EuGH, Urt. v. 22.12.2010 – C 159/23, Action Replay, ECLI:EU:C:2024:887, Rn. 42–45.
[231] EuGH, Urt. v. 22.12.2010 – C 159/23, Action Replay, ECLI:EU:C:2024:887, Rn. 47.
[232] COM (88) 816 final, S. 3 f. Nr. 3.6, 3.12.
[233] EuGH, Urt. v. 22.12.2010 – C 159/23, Action Replay, ECLI:EU:C:2024:887, Rn. 48.
[234] EuGH, Urt. v. 22.12.2010 – C 159/23, Action Replay, ECLI:EU:C:2024:887, Rn. 48.
[235] EuGH, Urt. v. 22.12.2010 – C 159/23, Action Replay, ECLI:EU:C:2024:887, Rn. 49.
[236] EuGH, Urt. v. 22.12.2010 – C 159/23, Action Replay, ECLI:EU:C:2024:887, Rn. 51.
[237] EuGH, Urt. v. 22.12.2010 – C 159/23, Action Replay, ECLI:EU:C:2024:887, Rn. 53.

Rechtsauffassung des BGH zur Auslegung der RL 2009/24/EG.

Eine klare technische Differenzierung, die den beschriebenen technischen Wandel in der Programmiertechnik berücksichtigt, ist zwar auch im Urteil des EuGH nicht zu finden. Allerdings enthalten jedenfalls die Schlussanträge von Szpunar entsprechende Erwägungen. Dies lässt hoffen, dass eine klare Einordnung zumindest in der künftigen Rechtsprechung des EuGH noch folgen kann.[238]

F. Fazit

Die zu Beginn aufgeworfenen Fragen zur Bewertung des Beschlusses des BGH lassen sich insgesamt also wie folgt beantworten:

Der BGH wählt mit der Vorabentscheidung und Aussetzung des Verfahrens aufgrund des unionsrechtlichen Hintergrundes der §§ 69a ff. UrhG die richtige Vorgehensweise; er war nach Art. 267 I, III AEUV sogar hierzu verpflichtet. Er überzeugt mit der Aufteilung des Rechtsproblems in zwei Vorlagefragen, die das Problem zutreffend erfassen – wenn auch nicht in technisch differenziertester Art. Er bestimmt den Schutzbereich des Computerprogramms mit überzeugenden Auslegungsmethoden und bettet das Problem zur Umarbeitung des Computerprogramms in seinen rechtlichen Kontext zutreffend ein. Seinen Ausführungen hierzu ist überdies eine technisch gelungenere Differenzierung zu entnehmen.

Die vom BGH abgegebene Tendenz, dass sich der Schutzbereich des Computerprogramms im Wesentlichen auf den Quell- und Objektcode beschränkt, sodass die Veränderung der im Arbeitsspeicher zwischengespeicherten und im Verlauf des Programms verwendeten Daten keinen Eingriff in den Schutzbereich darstellt, entspricht dem bisherigen Verständnis in Rechtsprechung und Literatur. Gleiches gilt für die Umarbeitung eines Computerprogramms, welche nach der bislang herrschenden Ansicht stets einen konkreten Eingriff in die Programmsubstanz erforderte.

Diese Auffassung überzeugt aus rechtsdogmatischer, ökonomischer und technischer Sicht. Aus rechtsdogmatischer Sicht argumentiert der BGH in Einklang mit der vergangenen Rechtsprechung des EuGH sowie stets unter Berücksichtigung der Ziele der RL 2009/24/EG und schließt einen Schutz externer Variableninhalte vor diesem Hintergrund konsequent aus. Dazu sprechen zahlreiche Argumente aus systematischer und teleologischer Sicht dafür, einen Eingriff in die Programmsubstanz für den Begriff der Umarbeitung aus Art. 4 I Buchst. b der RL 2009/24/EG und § 69c Nr. 2 UrhG zu fordern. Aus ökonomischer Perspektive führt dies im Ergebnis überzeugend zu Interoperabilität, Planungssicherheit und entscheidend zu technischem Fortschritt. Auch vor dem Hintergrund der fortschreitenden technischen Entwicklung ist der Schlussfolgerung des BGH aus technischer Perspektive zuzustimmen. Die Veränderung der beanstandeten Variableninhalte kommt einer Beeinflussung der Befehlsstruktur nicht gleich.

Auch Generalanwalt Szpunar und die Erste Kammer des EuGH folgen in ihrer maßgebenden Auslegung des Unionsrechts erfreulicherweise der positiv zu bewertenden Einschätzung des BGH. Aus dem Wortlaut von Art. 1 I–III der RL 2009/24/EG, dem Telos dieser Richtlinie, der vergangenen Rechtsprechung des EuGH und auch dem völkerrechtlichen Kontext ergibt sich zutreffend, dass der Schutzbereich von Computerprogrammen nicht die Variableninhalte erfasst, die nur im Arbeitsspeicher zwischengespeichert und im Ablauf des Programms verwendet werden, soweit dieser Inhalt nicht die Vervielfältigung oder spätere Entstehung eines solchen Programms ermöglicht. Aus systematischer Sicht stellt eine Veränderung dieser Inhalte der Variablen auch keine zustimmungsbedürftige Umarbeitung dar, wie Szpunar in Einklang mit der Einschätzung des BGH betont. Im Gegensatz zum BGH wählt zumindest Szpunar auch eine deutlich detailliertere technische Herangehensweise, die eine präzisere Einordnung in den komplexen technischen Hintergrund ermöglicht.

Mit Blick auf den weiteren Prozessverlauf steht der erste Senat des BGH nun vor der Aufgabe, die Auslegung des EuGH zur RL 2009/24/EG auf den noch anhängigen Rechtsstreit anzuwenden und Rechtsklarheit zu schaffen. Damit wird der BGH im Ergebnis nicht nur ein langwieriges Verfahren abschließen, sondern auch konkret aufzeigen, in welchem Umfang Interoperabilität urheberrechtlich künftig möglich ist. Angesichts des skizzierten Wandels in der Programmiertechnik und des technologischen Fortschritts ist dennoch davon auszugehen, dass derart komplexe Bewertungen auch in Zukunft stets vom konkreten Einzelfall abhängen werden.[239]

[238] Zur Rolle der Schlussanträge vgl. *Ullenboom*, Die Auslegung von EuGH-Entscheidungen – ein Blick aus der Gerichtspraxis, ZEuP 2024, S. 636 (644).
[239] So auch *Molle,* EuGH-Vorlage zur urheberrechtlichen Zulässigkeit einer sog. „Cheat-Software“, GRUR-Prax 2023, S. 304 (304).