



# Entwicklungen im IT-Recht

Ingres-Tagung vom 2. Juli 2019

Dr. Michael Reinle, LL.M.

# Agenda

---

- BGer vom 8. Februar 2019 (4A\_433/2018)
  - Teilnehmerhaftung des Access Providers
  
- OLG Hamburg vom 28. Februar 2019 (5 U 146/16)
  - Nachweis der Urheberschaft an Open Source Software
  
- Oracle vs. Google
  - Urheberrechtsschutz für Java API
  
- Diskussion

# Haftung von Access Providern



## BGer vom 8. Februar 2019 - Sachverhalt

---

- Klägerin bezweckt Produktion und Verleih von Grossfilmen und Beiprogrammen sowie An- und Verkauf solcher Filme; Mitglied der Schweizerischen Vereinigung zur Bekämpfung der Piraterie
- Streitgegenstand: Internetportale wie [www.cineblog-01.net](http://www.cineblog-01.net), auf welchen von Uploadern Filme unrechtmässig zur Verfügung gestellt werden, welche von den Nutzern heruntergeladen oder gestreamt werden können
- Beklagte: Swisscom
- Rechtsbegehren
  - Swisscom sei zu verpflichten, durch dazu geeignete technische Massnahmen ihren Kunden im Internet den Zugang zu den Domains [www.cineblog-01.net](http://www.cineblog-01.net) und weiteren Internetseiten zu sperren

## BGer vom 8. Februar 2019 - Erwägungen

---

- Umstritten: Passivlegitimation von Swisscom
- URG: keine eigene Bestimmung betreffend Teilnahmehandlungen
- Art. 50 OR – zivilrechtliche Verantwortlichkeit von Teilnehmern
- Anwendbarkeit bei reparatorischen und negatorischen Ansprüchen gegenüber Teilnehmern
- Kein Anlass für Analogie zu Persönlichkeitsrecht
- Voraussetzungen: rechtswidrige Haupttat, adäquat kausaler Beitrag zum Verletzungserfolg

# BGer vom 8. Februar 2019 - Erwägungen

---

- Art. 50 OR

*1 Haben mehrere den Schaden gemeinsam verschuldet, sei es als Anstifter, Urheber oder Gehilfen, so haften sie dem Geschädigten solidarisch.*

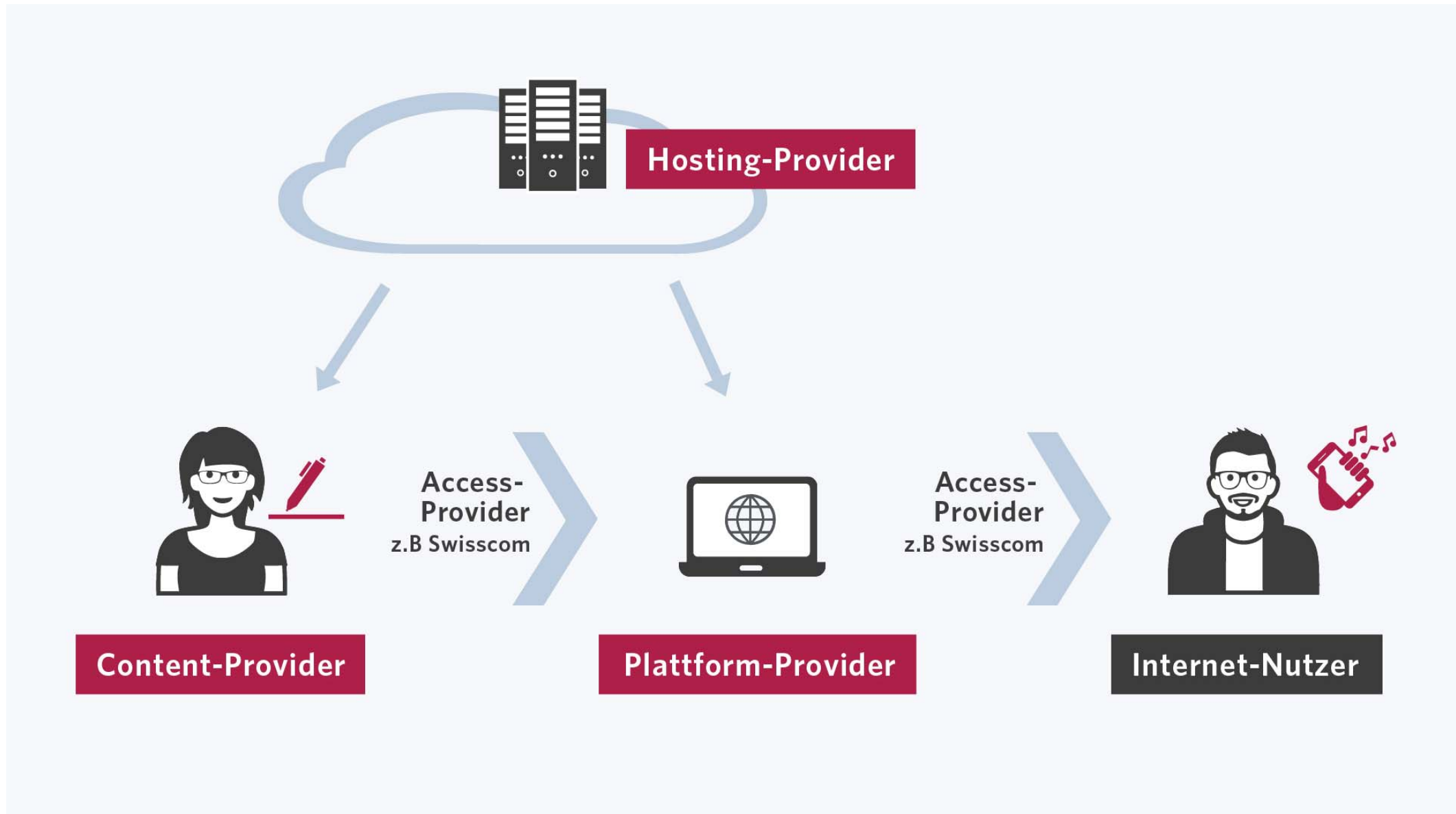
*2 Ob und in welchem Umfange die Beteiligten Rückgriff gegeneinander haben, wird durch richterliches Ermessen bestimmt.*

*3 Der Begünstiger haftet nur dann und nur soweit für Ersatz, als er einen Anteil an dem Gewinn empfangen oder durch seine Beteiligung Schaden verursacht hat.*

# BGer vom 8. Februar 2019 - Erwägungen

---

- Rechtswidrige Haupttat
  - Nutzer: Herunterladen zum Eigengebrauch (Art. 19 Abs. 1 lit. a URG)
  - Eigengebrauchsschranke durch Revision des URG nicht angetastet
  - Aber: Urheberrechtsverletzung durch Portalbetreiber, Hoster und Uploader
  - CH-Recht anwendbar, auch wenn Handlungen der Uploader etc. im Ausland (Art. 110 Abs. 1 IPRG)
  
- Teilnahmehandlung am urheberrechtlich unzulässigen Zugänglichmachen der fraglichen Filme durch Portalbetreiber, Hoster und Uploader?
  
- Adäquater Kausalzusammenhang = nicht jede beliebige Teilnahmehandlung, die lediglich „irgendwie“ von förderndem Einfluss ist, jedoch nicht in hinreichend engem Zusammenhang mit der Tat selbst steht





# BGer vom 8. Februar 2019 - Erwägungen

---

- Funktion des Access Providers
  - (automatisiertes) Anbieten eines Zuganges zum weltweiten Internet
  - Kunden keine Urheberrechtsverletzung – Tatbeitrag bei Direktverletzungen durch Uploader?
  - Kein Angebot von bestimmten Inhalten
  - Keine vertragliche Beziehung zwischen Swisscom und Direktverletzern
  - Kein konkreter Tatbeitrag am Zugänglichmachen der Filme auf (ausländischen) Rechnern
  
- Keine Systemhaftung gestützt auf Art. 50 OR – Netzsperrern etc. wären durch Gesetzgeber zu treffen
  
- Netzsperrern im Geldspielgesetz und im revidierten FMG

## BGer vom 8. Februar 2019 – zitierte Gesetzesbestimmungen

---

- Art. 66 lit. d PatG

*Gemäss den nachfolgenden Bestimmungen kann zivil- und strafrechtlich zur Verantwortung gezogen werden:*

*d. wer zu diesen Handlungen anstiftet, bei ihnen mitwirkt, ihre Begehung begünstigt oder erleichtert.*

- Art. 9 Abs. 2 DesG

*2 Die Rechtsinhaberin kann Dritten auch verbieten, bei einer widerrechtlichen Gebrauchshandlung mitzuwirken, deren Begehung zu begünstigen oder zu erleichtern.*

# BGer vom 8. Februar 2019 – zitierte Gesetzesbestimmungen

---

- **Geldspielgesetz**

*Art. 86 Sperrung des Zugangs zu nicht bewilligten Spielangeboten*

*1 Der Zugang zu online durchgeführten Geldspielen ist zu sperren, wenn die Spielangebote in der Schweiz nicht bewilligt sind.*

*2 Gesperrt wird ausschliesslich der Zugang zu Spielen, deren Veranstalterinnen ihren Sitz oder Wohnsitz im Ausland haben oder ihn verschleiern und die von der Schweiz aus zugänglich sind.*

*3 Die ESBK und die interkantonale Behörde führen und aktualisieren jeweils eine Sperrliste betreffend die Angebote in ihrem Zuständigkeitsbereich.*

*4 Die Fernmeldedienstanbieterinnen sperren den Zugang zu den Spielangeboten, die auf einer der Sperrlisten aufgeführt sind.*

*5 Die ESBK und die interkantonale Behörde können einer Benutzerin oder einem Benutzer zu Aufsichts- oder Forschungszwecken Zugang zu den gesperrten Angeboten gewähren.*

# Open Source Software



# OLG Hamburg vom 28. Februar 2019- Sachverhalt

---

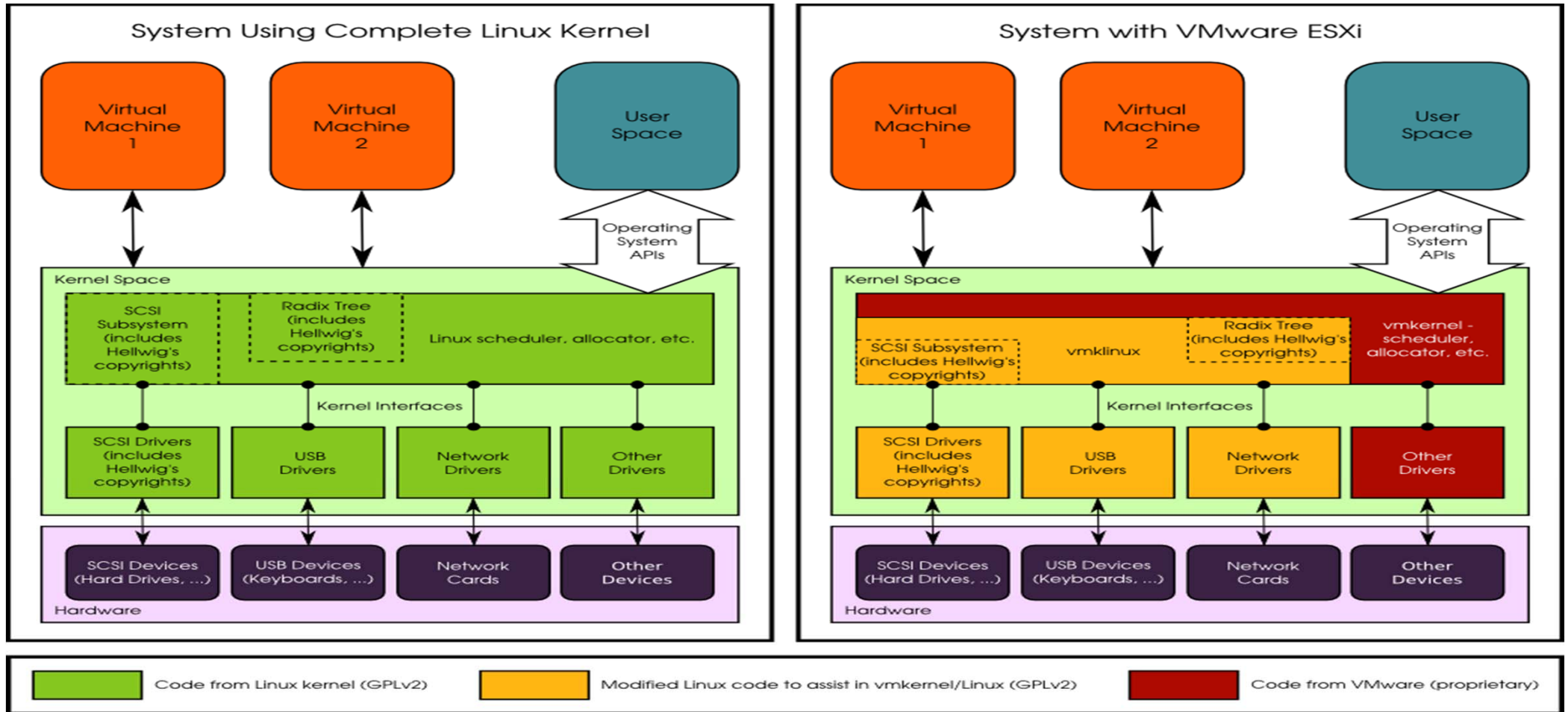
- Kläger: Christoph Hellwig – aktiver Linux-Entwickler
- Streitgegenstand: Was gilt als Bearbeitung eines Computerprogrammes bei Verschmelzung von Softwarekomponenten zu einem Softwareprodukt
- Beklagte: Vmware
- Technischer Hintergrund
  - Linux-Kernel=Kern des Linux-Betriebssystems. Zuständig für die Verwaltung und das Ansprechen von Geräten zur Datenspeicherung (z.B. externes Laufwerk) sowie für die Verwaltung von Gerätetreibern
  - Gerätetreiber = notwendig für die Kommunikation des Betriebssystem-Kernels mit einem integrierten oder externen Gerät
  - Gerätetreiber mit dem übrigen Kernel des Betriebssystems als einheitliche Binärdatei oder als ausgelagerte Kernel-Module
  - Gerätetreiber und der Kernel grundsätzlich untrennbar – voller Zugriff auf Interna des Betriebssystems – Auslagerung nur zur Reduktion des Ressourcenverbrauchs

# OLG Hamburg vom 28. Februar 2019- Sachverhalt

---

- Umstrittenes Computerprogramm: ESXi Virtualisierungssoftware
- vmkernel = Betriebssystem-Kernel von Kernelmodulen getrennt – enthält keine Linux-Codes
- vmkernel nur in Objektcode – Keine Offenlegung des Source Codes
- Modul „vmklinux“: Enthält Codes des Linux-Betriebssystems – Source Code offengelegt und Lizenzierung unter GPL-2.0
- Vorwürfe des Klägers
  - Übernahme Linux-Code
  - Verstoss gegen Copyleft
  - Kein Nutzungsrecht mehr

# OLG Hamburg vom 28. Februar 2019- Sachverhalt



Quelle: Software Freedom Conservancy ([https://sfconservancy.org/copyleft-compliance/linux-vs-vmkernel\\_en.png](https://sfconservancy.org/copyleft-compliance/linux-vs-vmkernel_en.png))

# OLG Hamburg vom 28. Februar 2019- Urheberrechtsverletzung

---

- Verletzung des Copyleft? „vmkernel“ und „vmkernel“ ein einheitliches Werk?
  - Dynamische Nachladung des Linux-Codes in „vmkernel“ – Ausführung des Codes im Kernel-Space, nicht im User-Space
  - „vmkernel“ und „vmkernel“ im selben Adressraum ausgeführt – Interaktion der Komponenten
  - „vmkernel“ ohne „vmkernel“ nicht lauffähig
  
- Vom Gericht offengelassen



# OLG Hamburg vom 28. Februar 2019- relevante GPL-Bestimmungen

---

2. You may modify your copy or copies of the Program or any portion of it, thus forming a work based on the Program, and copy and distribute such modifications or work under the terms of Section 1 above, provided that you also meet all of these conditions:

a) (...)

b) You must cause any work that you **distribute or publish**, that in **whole** or in part contains or is **derived** from the Program or any part thereof, to be licensed as a **whole** at no charge to all third parties under the terms of this License.

c) (...)

*These requirements apply to the modified work as a **whole**. If identifiable sections of that work are **not derived** from the Program, and can be reasonably considered **independent and separate works** in themselves, then this License, and its terms, do not apply to those sections when you distribute them as **separate works**. But when you distribute the same sections as part of a **whole** which is a work based on the Program, the distribution of the **whole** must be on the terms of this License, whose permissions for other licensees extend to the entire **whole**, and thus to each and every part regardless of who wrote it.*

*Thus, it is not the intent of this section to claim rights or contest your rights to work written entirely by you; rather, the intent is to exercise the right to control the distribution of derivative or collective works based on the Program.*

*In addition, mere aggregation of another work not based on the Program with the Program (or with a work based on the Program) on a volume of a storage or distribution medium does not bring the other work under the scope of this License.*

# OLG Hamburg vom 28. Februar 2019- relevante GPL-Bestimmungen

---

## Auflösende Bedingung

*4. You may not copy, modify, sublicense, or distribute the Program except as expressly provided under this License. Any attempt otherwise to copy, modify, sublicense or distribute the Program is void, and will automatically terminate your rights under this License. However, parties who have received copies, or rights, from you under this License will not have their licenses terminated so long as such parties remain in full compliance.*

# OLG Hamburg vom 28. Februar 2019- GPL Notice

---

<one line to give the program's name and a brief idea of what it does.>

Copyright (C) <year> <name of author>

This program is free software: you can redistribute it and/or modify it under the terms of the GNU General Public License as published by the Free Software Foundation, either version 3 of the License, or (at your option) any later version.

This program is distributed in the hope that it will be useful, but WITHOUT ANY WARRANTY; without even the implied warranty of MERCHANTABILITY or FITNESS FOR A PARTICULAR PURPOSE. See the GNU General Public License for more details.

You should have received a copy of the GNU General Public License along with this program. If not, see <<http://www.gnu.org/licenses/>>.

# OLG Hamburg vom 28. Februar 2019- Urheberschaftsnachweis

---

- Besitzt Christoph Hellwig Urheber- bzw. Bearbeiterurheberrechte am übernommenen Linux-Code?
  - Bearbeiterurheberrecht – beschränkter Schutz (Umarbeitung der selbst entwickelten Programmteile)
  - Schutzfähigkeit von Programmteilen
  
- Was muss Bearbeiter beweisen?
  - Welche Teile aus dem Linux-Programm von ihm in welcher Weise umgearbeitet wurden
  - Erfüllen diese Umarbeitungen Anforderungen an Bearbeiterurheberrecht
  - Übernahme der schutzbegründenden umgearbeiteten Programmteile durch die Beklagte
  
- Kläger hat Beweislast nicht erfüllt
  - Blosser Verweis auf Git-Repository nicht ausreichend
  - Vorlage eines Gesamt-Source Codes ohne konkrete Bezeichnung der umgearbeiteten Code-Zeilen nicht ausreichend

# OLG Hamburg vom 28. Februar 2019- Github Repository

Name	Description	Owner
<i>pub/scm/linux</i>		
kernel/git/abelloni/linux.git	Alexandre Belloni kernel tree	Alexandre Belloni
kernel/git/abelloni/rtc-tools.git	rtc-tools	Alexandre Belloni
kernel/git/acme/linux.git	perf, networking and other random stuff	Arnaldo Carvalho de Melo
kernel/git/acme/tuna.git	Unnamed repository; edit this file 'description' to name the repository.	Arnaldo Carvalho de Melo
kernel/git/aegl/linux.git	Tony Luck's Linux Tree	Tony Luck
kernel/git/aegl/ras-tools.git	Unnamed repository; edit this file 'description' to name the repository.	Tony Luck
kernel/git/afaerber/linux-actions.git	Actions Semi ARM SoC kernel tree by Andreas Faerber	Andreas Färber
kernel/git/afaerber/linux-firmware.git	Andreas Färber's fork of linux-firmware.git	Andreas Färber
kernel/git/afaerber/linux-lora.git	Staging tree for Linux LoRa sockets	Andreas Färber
kernel/git/afaerber/linux-realtek.git	Realtek ARM SoC kernel tree by Andreas Faerber	Andreas Färber
kernel/git/agk/linux-dm.git	Old device-mapper tree	Alasdair G Kergon
kernel/git/agross/linux.git	Andy Gross's fork of linux.git	Andy Gross
kernel/git/agruen/linux-richacl.git	Richacl	Andreas Gruenbacher
kernel/git/agruen/linux.git	Andreas Gruenbacher's fork of linux.git	Andreas Gruenbacher
kernel/git/aia21/ntfs.git	NTFS Kernel Tree	Anton Altaparmakov
kernel/git/ak/linux-mce-2.6.git	x86 machine check improvement tree	Andi Kleen
kernel/git/ak/linux-misc.git	Andi's various kernel branches	Andi Kleen
kernel/git/ amit/virtio-console.git	virtio-console staging tree, testing ground before sending off to Rusty	Amit Shah
kernel/git/ amit/virtio.git	Amit Shah's fork of linux.git	Amit Shah
kernel/git/andrea/aa.git	Transparent Hugepage Support	Andrea Arcangeli
kernel/git/andy/linux-gpio-intel.git	Intel SoC and PMIC GPIO drivers	Andy Shevchenko
kernel/git/apw/checkpatch.git	checkpatch: master repository with test suite	Andy Whitcroft
kernel/git/apw/overlayfs.git	overlayfs playground	Andy Whitcroft
kernel/git/ardb/linux.git	Unnamed repository; edit this file 'description' to name the repository.	And Bischoff

<https://git.kernel.org/pub/scm/linux/kernel/>



**Oracle vs. Google**

# Oracle vs. Google

---

## ■ Prozessgeschichte

## ■ Technischer Hintergrund

- Übernahme von 9-Linien rangeCheck-Funktion, mehreren Test-Files, Struktur, Sequenz und Organisation (SSO) der Java API sowie API Dokumentation
- 37 Java API-Pakete besonders umstritten
- Kopie des sog. Declaration Codes, aber Entwicklung des eigenen Implementation Codes
- Ziel: Google wollte Java Entwicklern die Entwicklung von Apps für Android erleichtern

## ■ Rechtlich relevante Fragen

- Liegt überhaupt eine Urheberrechtsverletzung vor? Sind die Java API schutzfähig?
- Falls ja, ist das Verhalten von Google „Fair Use“

# Oracle vs. Google

---

- Definition Java API (Quelle: <https://www.techopedia.com/definition/25133/application-programming-interface-api-java>)

*An application programming interface (API), in the context of Java, is a collection of prewritten packages, classes, and interfaces with their respective methods, fields and constructors. Similar to a user interface, which facilitates interaction between humans and computers, an API serves as a software program interface facilitating interaction.*

*In Java, most basic programming tasks are performed by the API's classes and packages, which are helpful in minimizing the number of lines written within pieces of code.*

- Beispiel für Java API-Struktur (Quelle: <https://www.geeksforgeeks.org/packages-in-java/>)

```
// import the Vector class from util package. import java.util.vector; // import all the classes from util package import java.util.*;
```



# Oracle vs. Google - Urheberrechtsverletzung

---

- Sind Java API Deklarationen urheberrechtlich geschützt?
  
- District Court for the Northern District of California - Nein
  - Unprotectable method or system under 17 U.S.C § 102(b)
  - Merger Doctrine: nur beschränkte Möglichkeiten, die Deklarationen auszudrücken
  - Words and Short Phrases Doctrine
  
- Court of Appeals for the Federal Circuit - Ja
  - Merger Doctrine: Entscheidend sei, ob der Urheber keine alternative Möglichkeit hatte, um die Idee auszudrücken
  - Merger Doctrine: Beschränkungen eines nachfolgenden Bearbeiters in Design-Wahl irrelevant
  - Merger Doctrine sei nur Verteidigung gegen Verletzung, nicht gegen Schutzfähigkeit
  - Structure, Sequenze, and Organization (SSO) von Computerprogrammen schutzfähig

# Oracle vs. Google – Fair Use

---

- Purpose and Character of the Use
  - Commercial Use – kostenlose Weitergabe schliesst commercial use nicht aus
  - Transformative Use: Smartphones als neuer Kontext?
  - APIs immer denselben Zweck
  
- The Nature of Copyrighted Work
  - Je kreativer das Werk, desto höher die Anforderungen an Fair Use
  - Hier eher tiefe Kreativität, da funktionale Überlegungen erheblich und wichtig
  - Unterschied zwischen Deklarationscode und Implementierung
  
- The Amount and Substantiality of the Portion Used
  - Hat Google mehr kopiert als notwendig, um in Java zu schreiben?
  - Wie ist die Schutzhöhe zu berücksichtigen?
  
- Market Harm
  - Schaden auf potenziellen Märkten (z.B. Märkte für derivative Produkte)?

# Diskussion

---

- Schutz von APIs – wie würde in der Schweiz entschieden?
- Ist das Schweizerische Urheberrecht für den Schutz von Software gerüstet? – braucht es zusätzliche Schranken des Urheberrechts analog zu Fair Use?
- Wie ist bei OSS und Copyleft zu entscheiden, ob eine Bearbeitung stattfindet? - autonome Definition oder nach nationalem Urheberrecht



**Dr. Michael Reinle, LL.M.**

Partner, Zürich

[michael.reinle@mll-legal.com](mailto:michael.reinle@mll-legal.com)

[www.mll-legal.com](http://www.mll-legal.com) | [www.mll-news.com](http://www.mll-news.com)

---

# Besten Dank

Wir danken für Ihre Zeit und Ihr Interesse