

Das Recht an Software als subjektives Recht

Wolfgang Mincke, Göttingen

Die Diskussion um den Rechtsschutz für Computer-Software hat eine besondere Schwierigkeit. Ein Recht an Software bedeutet in unserer Rechtsordnung ein subjektives Recht. Allerdings gibt es keine anerkannten Kriterien, was ein subjektives Recht eigentlich ist, wodurch es allgemein konstituiert ist¹. Dabei müssen alle Beiträge zum Rechtsschutz für Computerprogramme wenigstens implizit zu dieser Frage Stellung nehmen. Üblicherweise sieht die Argumentation so aus, daß anerkannte subjektive Rechte genommen und auf ihre Tauglichkeit für den Gegenstand Software betrachtet werden. Im Folgenden soll eine Argumentation aus der entgegengesetzten Richtung, von allgemeinen Kriterien subjektiver Rechte her versucht werden.

Wenn ein überall akzeptiertes Modell des subjektiven Rechts auch nicht verfügbar ist, lassen sich doch Sätze zum subjektiven Recht behaupten, die allgemein sind. Diese Sätze gelten vielleicht nicht für jeden offenbar, haben aber doch eine große Plausibilität. Es kann nicht erwartet werden, daß sie das subjektive Recht vollständig beschreiben, sie können aber trotzdem etwas über den Charakter subjektiver Rechte sagen. Wenigstens läßt sich auf diese Weise die Besonderheit eines subjektiven Rechts an Software zeigen.

I. Zwei Thesen zum subjektiven Recht

Erste These:

Nur knappe Güter sind durch ein subjektives Recht geschützt.

Das subjektive Recht hat etwas mit der Ware in volkswirtschaftlichen Definitionen gemeinsam. Beide setzen Knappheit voraus. Nur das, was nicht jedem im Überfluß zur Verfügung steht, kann Ware sein. Ebenso wird nur das durch ein subjektives Recht geschützt, was nicht für jeden greifbar im Überfluß vorhanden ist. Das ist im Sachenrecht deutlich. Sachen, d.h. körperliche Gegenstände sind deshalb geschützt, weil es sie nur in begrenzter Zahl auf der Welt gibt². Musterbeispiel eines nur begrenzt vorhandenen Gutes sind Grundstücke. Ein Beispiel, das die aktuelle Diskussion bietet: Viele werden heute durch ein Gefühl der Verknappung von Gegenständen beunruhigt, die ehemals reichlich vorhanden gewesen sein sollen: saubere Luft, sauberes Grundwasser. Prompt und konsequent wird der Ruf nach einem subjektiven Recht an diesen Gegenständen laut. (Ein subjektives Recht erfordert dabei mehr als die Knappheit des Gegenstandes; es sollte die Juristen beunruhigen, wie schwer es ihnen fällt, dieses Mehr zu bestimmen.)

Knappheit ist aber nicht nur im Sachenrecht Voraussetzung eines subjektiven Rechts. Im Schuldrecht verhält sich das nicht anders. Um ein obligatorisches Recht zu erhalten, braucht man nach der Grundregel des § 305 BGB einen Vertrag, d.h. jemanden, der einem eine Leistung verspricht. Ein solches Leistungsversprechen erhält man nicht ohne weiteres; im Regelfall erhält man es nur als Gegenleistung für ein eigenes Versprechen. Auch obligatorische Rechte sind also knapp, meist gebunden daran, wie der Partner unsere wirtschaftliche Leistungsfähigkeit einschätzt.

Zweite These:

Subjektive Rechte haben die Wirkung, daß sie ein Gut privatisieren

Es ist ein Einzelnr, der Berechtigte, der das im subjektiven Recht geschützte Gut für sich in Anspruch nehmen kann. Das Gut ist damit dem allgemeinen Zugriff entzogen. Wer an ihm interessiert ist, hat sich mit dem Berechtigten auseinanderzusetzen. Dieser Satz ist ohne Weiteres plausibel und ganz offensichtlich. Zusammen mit der ersten These ließe sich formulieren: Subjektive Rechte privatisieren knappe Güter.

Was als Gegenstand eines subjektiven Rechts in Frage kommt, ist noch von weiteren, eher technisch scheinenden Voraussetzungen abhängig. Subjektive Rechte gibt es grundsätzlich nur an bestimmten, individuellen, abgegrenzten Gütern. Diesen Satz kennt man im Sachenrecht als das Spezialitätsprinzip³. Er macht Regelungen nötig, die bestimmen, wann eine Sache aufhört oder beginnt selbständig Gegenstand von Rechten zu sein. Solche Regelungen finden wir im Bürgerlichen Gesetzbuch in den §§ 90 ff. und 946 ff. Zugleich bringt der Spezialitätsgrundsatz zum Ausdruck, daß es nur in Ausnahmefällen wie beim Vermögen von Gesamthandsgemeinschaften Sachgesamtheiten als Gegenstand von Berechtigungen gibt. Grundsätzlich ist die einzelne Sache Gegenstand eines Rechts.

Der Spezialitätsgrundsatz hat noch einen weiteren Aspekt, der vielleicht nur eine Umformulierung der genannten Aspekte ist; es gibt keine Rechte an Eigenschaften, oder konkreter: Kein Privater hat ein Recht an einer Sache, nur weil die Sache bestimmte Eigenschaften hat. Jemand mag ein Buch haben, das mehr als tausend Seiten hat; niemand kann ein Recht an allen Büchern mit mehr als tausend Seiten haben. Auch dies ist eine Bedeutung des Spezialitätsprinzips. Diese Bedeutung des Spezialitätsprinzips läßt sich hinter der Monopolgesetzgebung erkennen. Es muß verhindert werden, daß „Zement“ als solcher privatisiert wird. Mit einem solchen Recht würden nicht nur bestimmte Gegenstände, es würde eine Gattung von Gegenständen, ein nur allgemein beschriebener Ausschnitt der Wirklichkeit selbst monopolisiert. Das Recht zieht hier der Privatisierung eine Grenze. Es hält damit den Zugang aller zu allen Arten von Gegenständen und damit zur Wirklichkeit offen.

1) Zum Stand der Diskussion vgl. Larenz, Zur Struktur "subjektiver Rechte", in: Beiträge zur Europäischen Rechtsgeschichte und zum geltenden Zivilrecht. Festgabe für Johannes Sontis. München 1977. S. 129 ff.

2) Der Jurist, der eine These an extremen Beispielen testet, würde einwenden, daß ich auch an einem Eimer Wasser, den ich aus dem Meer schöpfe, Eigentum begründen kann. Wenn nun aber jemand mutwillig den Eimer verschüttet, sähe ich mich eher in meiner Persönlichkeit angegriffen als in meinem Eigentum. Schon wenn der Eimer den Strand hinaufgetragen wird, beginnt jedoch mit der aufgewendeten Arbeit die Knappheit.

3) Im Schuldrecht verlangt man die Bestimmtheit einer Forderung. Diese Bestimmtheit hat eine ganz ähnliche Funktion wie der Spezialitätsgrundsatz im Sachenrecht.

II. Drei Thesen zum Immaterialgüterrecht

Dritte These:

Der Gegenstand der Immaterialgüterrechte ist eine Information.

Vierte These:

Informationelle Gegenstände sind nicht knapp.

Fünfte These:

Information über die Wirklichkeit darf nicht privatisiert werden.

Diese drei Thesen scheinen weit über das Ziel hinauszuschießen und leicht zu widerlegen zu sein. Sie scheinen die Immaterialgüterrechte insgesamt in Frage zu stellen. Das ist natürlich nicht beabsichtigt; aber die Thesen sollen etwas bewußt machen: Die Immaterialgüterrechte sind wegen ihres Gegenstandes offenbar besondere Rechte. Die Thesen dieses Abschnitts sollen daraufhinweisen, daß die Immaterialgüterrechte die Tendenz haben, in einen Bereich vorzudringen, in dem private Berechtigungen problematisch sind. Unter diesem Aspekt werden die Grenzen dieser Rechte wichtig; sie sind tatsächlich sehr eng gezogen. Daraus lassen sich Rückschlüsse auf Art und Wirkung der Immaterialgüterrechte ziehen, die auch für die Diskussion um das Recht an Software fruchtbar zu machen sind.

1. Knappheit und Privatisierung im Patentrecht

Der Gegenstand des Patentrechts ist eine Information. Das Patentrecht schützt eine sog. Lehre zum technischen Handeln⁴. Diese Lehre ist es, die in der Patentanmeldung beschrieben wird. Geschützt ist nicht das Produkt der Erfindung, sondern nur die Information, wie zu verfahren ist, um zu einem bestimmten Produkt zu kommen. Information, nachdem sie einmal vorhanden ist, ist aber ihrer Natur nach nicht knapp, sondern beliebig reproduzierbar.

Wenn die Lehre nicht knapp ist, eignet sie sich damit eigentlich nicht als Gegenstand eines Rechts. Information kann nur künstlich verknappt werden durch Geheimhaltung, durch Informationsverbote – oder durch ein subjektives Recht. Tatsächlich bringt beim Patentrecht erst das subjektive Recht die Verknappung. Das was sonst Voraussetzung des Rechtsschutzes ist, wird beim Patentrecht zur Wirkung des Rechts.

Bei genauerem Hinsehen ist aber eine Unterscheidung nötig. Das Patentrecht verknappt die Information nicht; im Gegenteil, durch die Anmeldung der Lehre als Patent wird sie erst bekannt, die Information verbreitet. Jeder kann sich jetzt informieren (§ 31 PatG). Die reine Information als Kenntnis der Lehre, als Bereicherung des Wissens bleibt frei. Auch das Patentrecht respektiert also den Satz, daß an einem informationellen Gegenstand, der nicht knapp ist, kein subjektives Recht bestehen kann.

Was für den Erfinder privatisiert wird, ist nicht die Information selbst, das Wissen, und auch nicht das mit diesem Wissen hergestellte Produkt, sondern nur die Verwertung des Wissens zur Herstellung des Produkts. Auch diese Verwertungsmöglichkeit ist nicht knapp, sie hat nicht die Spezialität, die wir sonst bei subjektiven Rechten voraussetzen. Es ist tatsächlich ein Stück allgemein beschreibbare Wirklichkeit, das für den Erfinder privatisiert wird. Der Rahmen des durch das Patent

recht privatisierten Bereichs ist damit aber deutlich enger gezogen. Verwertung heißt hier gewerbliche Verwertung (§ 11 Ziff.1 PatG); zuletzt wirkt die Privatisierung also nur in einem Sonderbereich, in dem auch durch zahlreiche andere Regelungen ein Sonderrecht gilt.

2. Knappheit und Privatisierung im Urheberrecht

Wie im Patentrecht ist auch im Urheberrecht der Gegenstand des subjektiven Rechts seiner Natur nach informationell. Gegenstand des Rechts ist jetzt allerdings nicht eine Lehre, wie beim Patentrecht, sondern ein Produkt, ein sprachlicher, musikalischer oder bildnerischer Gegenstand. Dieser Gegenstand ist natürlich nicht das Papier, auf dem die Sprache oder die Musik aufgezeichnet ist, oder die Leinwand und die Farbstoffe, aus denen das Bild hergestellt worden ist; insoweit gilt das allgemeine Sachenrecht. Es ist die Darstellung in einem abstrakteren Sinne, die man in einem noch ungenauen Sinne auch als Information bezeichnen kann. Wie beim Patentrecht ist der Gegenstand des Urheberrechts, nachdem das Werk einmal geschaffen worden ist, nicht knapp. Der sprachliche, musikalische oder bildnerische Gegenstand läßt sich beliebig reproduzieren (wobei die Qualität der Reproduktion zweifelhaft sein kann; auf diese Qualität kommt es im Urheberrecht aber nicht an). Knapp werden kann das Papier für die Bücher oder die Leinwand für das Bild. Das Werk, die Gestaltung ist mit heutigen Mitteln beliebig wiederholbar. Damit scheint auch dem Gegenstand des Urheberrechts die für den Schutz durch ein subjektives Recht vorausgesetzte Knappheit zu fehlen. Wieder, wie beim Patentrecht, muß man aber genauer betrachten, was Information oder informationeller Gegenstand jetzt im Urheberrecht bedeutet.

Information kann man zunächst in einem einfachen Sinne als Mitteilung über die Wirklichkeit verstehen. Diese Information ist nicht Gegenstand des Urheberrechts und kann es nicht sein. Mit einem Schutz dieser Information würde wieder ein Wirklichkeitsausschnitt privatisiert und der Allgemeinheit entzogen. Information kann aber auch etwas anderes heißen; Bilder und Musik enthalten nur sehr beschränkt Mitteilungen über die Wirklichkeit. Sie gestalten, sie zeigen eher, als daß sie etwas sagen.

Auch Sprache kann man so benutzen, daß sie „zeigt“, wenn die Sprache als das Medium der Mitteilung an der Information teilnimmt. Man denke an die Mitteilung, daß es über den Bergen still ist. „Über allen Gipfeln ist Ruh“ sagt einerseits dasselbe, ist aber mehr; die benutzten Wörter unterstützen die Aussage. In diesem Mehr sind die benutzten Wörter wesentlich. „Über allen Gipfeln ist Ruh“ läßt sich nicht ohne weiteres in eine andere Sprache übersetzen, die Aussage, daß es über den Bergen still ist, dagegen ohne Schwierigkeit. „Über allen Gipfeln ist Ruh“ hat eine „musikalische“ Qualität. Nicht was gesagt wird, sondern wie es gesagt wird, ist an diesem Satz wichtig. Es ist dieses „wie“, das durch das Urheberrecht geschützt wird. Es ist – mit der gängigen Unterscheidung – die Form des Satzes im Gegensatz zum Inhalt. Information enthält das Werk insoweit nicht als Mitteilung über die Wirklichkeit, sondern weil die Form für die Kommunikation benutzt wird.

4) BGHZ 52,74 – Rote Taube.

Wie beim Patentrecht – anders als bei anderen subjektiven Rechten – ist der Gegenstand beim Urheberrecht als informationeller Gegenstand nicht knapp. Noch einmal ist es das Recht selbst, das die Verknappung herbeiführt, wenn das Urheberrecht das Werk privatisiert. Beim Urheberrecht stellt sich aber die Frage, ob hier tatsächlich ein Stück Wirklichkeit privatisiert wird. Natürlich werden Künstler und Kunstfreunde auf der Wirklichkeit des Werks, das in ihrem Leben so wichtig ist, bestehen. Das einmal geschaffene Werk ist Teil der Wirklichkeit. Aber seine Wirklichkeit ist doch auch eine sehr besondere.

Das urheberrechtlich geschützte Werk ist mit allgemeinen Begriffen nicht zu beschreiben. Literatur-, Musik- und Kunstwissenschaftler versuchen sich zwar daran; aber sie selbst dürften als erste zugeben, daß sie das Werk allenfalls kennzeichnen, identifizieren und klassifizieren können. Adäquat wiederzugeben ist es nicht, außer durch eine Reproduktion, die sich der Darstellungsmittel des Werks selbst bedient. Das Werk erweist sich dadurch gerade als nicht allgemeiner Wirklichkeitsteil, sondern als sehr individueller Gegenstand. So haben diese Werke häufig einen Namen: „Der Mann mit dem Goldhelm“ oder „Pastorale“. Einen Namen zu haben zeichnet aber gerade individuelle Gegenstände aus. Das Spezialitätsprinzip ist im Urheberrecht nicht angetastet. Die Gefahr besteht nicht, daß hier durch ein subjektives Recht der Allgemeinheit der Zugang zur Wirklichkeit verstellt werden könnte.

Die Individualität des Werks ist eine in Rechtsprechung und Literatur anerkannte Voraussetzung des urheberrechtlichen Schutzes⁵. Ausgedrückt wird dies in Formulierungen wie „Spielraum für das persönliche Schaffen“, „persönliche geistige Schöpfung“ oder „eigenschöpferische Lösungsmöglichkeit“. Die vorstehenden Überlegungen scheinen insoweit also nichts Neues zu sagen; sie geben aber doch Anlaß zu einer Differenzierung. Das individuelle, persönliche Element des Werks darf nicht im Lösungsweg liegen; Lösungswege werden gefunden, nicht geschaffen. Individuell persönlich sind in einem gewissen Sinne auch mathematische Beweise, für die es meist auch eine Vielzahl von Möglichkeiten gibt. Auch ein eleganter Beweis enthält aber nur Mitteilungen über die Wirklichkeit – wenn er richtig ist – und kann deswegen nicht privatisiert werden. Es ist zwar denkbar, daß man einem Beweis eine Gestalt gibt, die an der Aussage teilnimmt, indem sie die Aussage unterstützt. Dann hat die Gestaltung den Schutz des Urheberrechts, damit kann aber kein Recht am Lösungsweg entstehen.

Bei der Aussage, daß der Gegenstand des Urheberrechts informationeller Natur ist, stößt man auf eine Zweideutigkeit des Begriffs Information. Information ist im Urheberrecht nicht eine Mitteilung über die Wirklichkeit, es ist nicht der inhaltliche Aspekt der Information, der im Urheberrecht eine Rolle spielt. Es ist ein anderer, ein kommunikativer Aspekt, der im Urheberrecht wichtig ist. Was im Urheberrecht geschützt ist, ist die individuelle Art der Kommunikation, in der die Gestaltung für die Information benutzt wird. Diese Gestaltung erst hat die für ein subjektives Recht erforderliche Spezialität und kann in einem subjektiven Recht privatisiert werden.

III. Verknappung und Privatisierung durch ein Recht an Software

1. Software als Verfahren im Patentrecht

Die Betrachtung von Computer-Software unter dem Gesichtspunkt, daß Computerprogramme im Wesentlichen eine Lehre darstellen, ist die Betrachtung aus patentrechtlicher Sicht. Eine solche Betrachtung mag müßig scheinen, nachdem § 1 II Ziff. 3 PatG Programme für Datenverarbeitungsanlagen ausdrücklich vom Schutz des Patentrechts ausnimmt. Trotzdem sei diese Regelung hier noch einmal an den bisher entwickelten Standards gemessen.

Der Ausschluß der Computerprogramme vom patentrechtlichen Schutz und die Hineinziehung in das Urheberrecht durch § 2 II Ziff. 1 UrhG ist nicht ohne Merkwürdigkeit. In ihrem Kern stellen alle Computerprogramme eine Lehre dar, wie mit eingegebenen Daten zu verfahren ist. Dadurch kann der Computer selbst oder mit Hilfe des Computers ein externer Vorgang gesteuert werden. In beiden Fällen kann man ein materielles Produkt wahrnehmen. Das stellt die Computerprogramme in die Nähe der im Patentrecht geregelten Verfahren⁶. Computerprogramme arbeiten aber auch zu anderen Zwecken: Wohl die meisten Programme steuern nicht einen Vorgang, sondern sie verarbeiten eingegebene Information zu neuer Information. Das Produkt bleibt auf einer informationellen Ebene. Dieser Unterschied ist für das Verhältnis zum Patentrecht wichtig.

Patentrechtlich schützbares Verfahren haben als Ergebnis ein materielles Produkt. Ein Verfahren, das nur Information verarbeitet, dessen Produkt also wieder nur eine Information ist, ist nicht schutzbar. Das steht hinter dem Negativkatalog in § 1 II PatG oder hinter der Formulierung, daß Schöpfungen, die sich nur an den menschlichen Geist richten, als Erfindungen ausscheiden⁷. Es würden damit Verfahren der Informationsgewinnung privatisiert, der Zugang zu Informationen würde beschränkt. Das aber ist der wohl wesentlichste Teil der Informationsfreiheit, daß niemandem die Möglichkeit genommen werden darf, sich ein möglichst genaues Bild von der Wirklichkeit zu machen. Dazu dürfen auch die Verfahren der Informationsverarbeitung nicht privatisiert werden. Obwohl also vom Gegenstand des Rechts her Computerprogramme den durch das Patentrecht geschützten Lehren zum technischen Handeln nahestehen, sind sie zu Recht vom patentrechtlichen Schutz ausgeschlossen.

2. Software als Produkt im Urheberrecht

Als nur informationelles Produkt geraten Computerprogramme andererseits in die Nähe des Urheberrechts. Das mag bei der Einordnung der Datenverarbeitungsprogramme ins Urheberrecht eine Rolle gespielt haben. Das gerade am Patentrecht gebrauchte Argument, daß beim informationellen Produkt Information privatisiert wird, greift beim Urheberrecht

5) Vgl. RGZ 172, 29 (34); BGH GRUR 1985, 1041 (1047); Ulmer/Kolle, Der Urheberrechtsschutz von Computerprogrammen. GRUR Int. 1982, 489 (493 ff.).

6) Deshalb ist ein elektronisch gesteuertes Antiblockiersystem patentfähig – s. BGH GRUR 1980, 849.

7) BGH, GRUR 69, 184; vgl. Eisenmann, Rdn. 126.

in gleicher Weise ein. Allerdings geht es beim urheberrechtlichen Schutz nicht um das vom Programm gelieferte Ergebnis als Produkt, sondern um das Programm selbst, das Programm als Schöpfung des menschlichen Geistes. Seit der Inkasso-Entscheidung⁸ ist die Frage in einer Vielzahl von Veröffentlichungen erörtert worden.

Hier sollen nur die eingangs genannten Standards noch einmal für die Kritik benutzt werden, vor allem also die Frage, wie der urheberrechtliche Schutz für Computerprogramme zum Spezialitätsgrundsatz steht. Oben wurde argumentiert, daß die individuelle „eigenschöpferische“ Lösungsmöglichkeit als Kriterium noch zu ungenau ist. Die Spezialität setzt voraus, daß die Gestaltung des Programms an der Kommunikation teilnimmt. Die Gestaltung bleibt bei Computerprogrammen aber verborgen; es geht im Gegenteil meist sogar darum, die Gestaltung des Lösungswegs, den Quellcode, nicht zu offenbaren.

Gegen die erforderliche Spezialität spricht auch ein anderer Gedanke: Computerprogramme sind ohne Zweifel mit allgemeinen Begriffen zu beschreiben. Ein Programm ist sogar um so besser zu beschreiben, je besser die Programmierung ist. Schwierigkeiten bei der Beschreibung bereiten eher die Unzulänglichkeiten, die ein schlechter Programmierer in das Programm gebracht hat. Das Programm ist um so individueller, je schlechter es programmiert ist. Der urheberrechtliche Schutz könnte also zwar beim Niveau der Programmierung ansetzen; das Kriterium wirkte dann allerdings genau der beabsichtigten Richtung entgegen: Die schlechten Programme erhielten den urheberrechtlichen Schutz, sie hätten eher die für den Schutz durch ein subjektives Recht erforderliche Spezialität.

Daß es sich bei Computerprogrammen – guten wenigstens – um ein Stück allgemeine Wirklichkeit handelt, wird schließlich durch folgende Überlegung deutlich. Diskutiert wird regelmäßig der Schutz von Computerprogrammen mit der Frage nach der Schutzfähigkeit von Algorithmen. Bei Programmen, die in einer deklarativen Sprache wie PROLOG geschrieben sind, ist es wenigstens äußerst zweifelhaft, ob in ihnen ein Algorithmus zu finden ist. In seinem Aufbau stellt ein solches Programm eher eine sehr genaue Beschreibung eines Stücks Wirklichkeit dar. Es läuft in einer Form ab, die mathematischem Beweisen vergleichbar ist, wobei sich die „Datenverarbeitung“ als Nebeneffekt ergibt. Im Leistungsumfang sind diese Programme den herkömmlichen, imperativen oder prozeduralen nicht unterlegen.

Bei Programmen, die in deklarativer Sprache geschrieben sind, ist die Problematik des Schutzes durch ein subjektives Recht ganz deutlich. Die Beschreibung des Problemfeldes kann nicht urheberrechtlich geschützt sein. Der „Beweis“ ist sicher auch nicht schutzbar, wenn man nicht das Setzen eines „cut“ oder „fail“ in einem PROLOG-Programm als urheberrechtlich relevante Leistung ansehen will. Sachliche Kompetenz wird bei diesen Programmen noch in viel höherem Maße gefordert als bei den imperativen Programmen. Gute und schlechte Programme unterscheiden sich in deklarativen Sprachen noch viel deutlicher, als bei den imperativen. Die guten Programme sind daran zu erkennen, daß sie erstaunlich kurz sind. Es gibt hier offenbar so etwas wie eine optimale Programmierung. Dabei werden die logischen Zusammenhänge auf eine kürzeste Form gebracht: Soll dann durch ein Computerprogramm ein Recht an logischen Zusammenhängen erworben werden? Ohne jetzt auf den Zusammenhang von imperativer und deklarativer Programmierung genauer einzugehen, kann es doch für den urheberrechtlichen Schutz nicht entscheidend sein, ob ein Programm in der einen oder anderen Sprache geschrieben ist.

Die Argumentation hier ist als Stellungnahme gegen ein subjektives Recht an Software deutlich genug. Computerprogrammen fehlt die für den Gegenstand eines subjektiven Rechts erforderliche Spezialität. Die Spezialität läßt sich auch nicht – wenn man den Bundesgerichtshof in der Inkasso-Entscheidung so verstehen will – durch Anforderungen an die „Programmierhöhe“ retten.

Man mag sich der vorgetragenen Argumentation anschließen oder nicht, wenigstens sollte sie bewußt machen, welchen Eingriff in die überkommene Gestalt subjektiver Rechte ein solches Recht an Software bedeutet. Diesen Eingriff sollten auch die Stimmen bedenken, die in einem Sonderrecht – neben Patent- oder Urheberrecht – die Lösung sehen. Software muß damit nicht schutzlos bleiben, die Rechtsordnung hat auch andere Schutzmöglichkeiten wie z. B. den wettbewerbsrechtlichen Leistungsschutz⁹. Ein solcher Schutz wäre zur Schonung des subjektiven Rechts vorzuziehen.

8) BGHZ 94, 276.

9) Vgl. Baums, Wettbewerbsrechtlicher Schutz von Computerprogrammen, DB 1988, 429.