

IX. Ein spekulativer Ausblick

Es besteht sicher Anlaß, darüber in Sorge zu sein, ob das Recht der Bundesrepublik künftig die Software — sei sie nun in ihrem heutigen Stadium der „Sophistication“ oder weiterentwickelt — ausreichend schützen wird. Andererseits — der Musterprozeß, in dem das höchstrichterliche Urteil erging, ist noch nicht entschieden. Es mag also zu einem weiteren Urteil des BGH kommen. Denkbar ist jedoch, daß in der rechtlichen Alltagspraxis die Anerkennung von Urheberrechten weitergehen wird, weil man dies für praktischer erachtet und das Risiko gerichtlicher Prüfung scheut. Bemerkenswert sind in diesem Zusammenhang die von Gravenreuth³² berichteten Entscheidungen im strafrechtlichen Bereich; dort wird anscheinend die Frage des Urheberrechtsschutzes wesentlich pauschaler im Einzelfall bejaht.

Denkbar wäre auch, daß im Rahmen einer weiteren Urheberrechtsänderung die Schutzanforderungen geringer gehalten werden, wobei als Ausgleich eine geringere Schutzdauer erwogen werden könnte. Vielleicht bringen uns auch europäische Einigungsbestrebungen einem adäquaten Schutz näher. Der unwahrscheinlichste aller Fälle dürfte jedoch ein an sich wünschenswerter sein: daß der Gesetzgeber einmal prinzipiell nachdenkt und im Rahmen einer BGB-Reform einen allgemeinen Teil und ein eigenes Buch für immaterielle Wirtschaftsgüter, darunter auch die Software, schafft.

³² Die Praxis der strafrechtlichen Verfolgung der Software-Piraterie, ZUM 1985, S. 539 (540)

Abkehr vom Urheberrechtsschutz für Computerprogramme?

Moritz Röttinger*

Im vergangenen Jahr gab es zwei bedeutende Ereignisse in der Bundesrepublik Deutschland, die den Rechtsschutz von Computerprogrammen betrafen. In einem Musterprozeß entschied der Bundesgerichtshof am 9. Mai 1985 erstmals über die Frage des Software-Schutzes, am 24. Juni 1985 wurde eine Novelle zum Urheberrechtsgesetz beschlossen. Im folgenden soll die Bedeutung dieser zwei Ereignisse für die Zukunft sowie der gegenseitige Einfluß beleuchtet werden.

I. Die BGH-Entscheidung

1. Dieser über mehrere Jahre dauernde Musterprozeß ist durch ein sehr genaues Vorgehen der Klägerin bei der Prozeßvorbereitung und -führung gekennzeichnet. Zur Beweissicherung wurde das Landeskriminalamt herangezogen, ein Gutachten über die Identität der Programme von Klägerin und Beklagten hatte große Bedeutung.

Die klagende Inkassogesellschaft ließ sich vom Beklagten ein Inkassoprogramm erstellen. Der Beklagte fertigte sich von diesem Programm Kopien an und lizenzierte diese in weiterer Folge an Dritte, was die Klägerin in diesem Rechtsstreit bekämpfte. Sie stützte sich, abgesehen von vertraglichen Anspruchsgrundlagen, die nur in diesem Einzelfall von — allerdings großer — Bedeutung waren und daher hier nur am Rande beleuchtet werden — auf Urheber- und Wettbewerbsrecht.

Das LG Mannheim fällt am 12. Juni 1981¹ das erstinstanzliche Urteil und war damit eines der ersten Gerichte, die sich mit dieser Problematik auseinanderzu-

setzen hatten². Dieses Urteil wirkte wie ein Paukenschlag³, denn es lehnte Urheberrechtsschutz kategorisch ab. Computerprogramme seien „einem urheberrechtlichen Schutz grundsätzlich schon von ihrem Gegenstand her nicht zugänglich“, weil es „regelmäßig ... an der erforderlichen, der sinnlichen Wahrnehmung zugänglichen Konkretisierung eines geistig-ästhetischen Gehalts“ fehle, so daß auf das Vorhandensein einer schöpferischen Leistung nicht geschlossen werden könne. Die Wertneutralität des Urheberrechts verkennend, vermißte das Gericht „das ästhetische Empfinden ansprechende Merkmale“ und forderte ei-

* Dr. jur., Wien—München, wissenschaftlicher Mitarbeiter am Max-Planck-Institut für ausländisches und internationales Patent-, Urheber- und Wettbewerbsrecht, München.

¹ BB 1981, 1546.

² Zwar entschied das LG Kassel am 21. Mai 1981 (BB 1983, 992), daß ein Computerprogramm urheberrechtlich schutzbar sei, und hielt eine 70 %ige Übereinstimmung zwischen dem Quellenprogramm des Klägers und des Beklagten für eine Urheberrechtsverletzung für ausreichend. Diese Entscheidung wurde vom OLG Frankfurt am 6. November 1984 (BB 1985, 139) bestätigt. Mit Beschluß vom 26. September 1985 (Aktz. I ZR 219/84) hat der BGH die Revision des Beklagten zur Verhandlung nicht angenommen, da die Rechtssache keine grundsätzliche Bedeutung und die Revision im Ergebnis keine Aussicht auf Erfolg habe. Zu beachten ist aber, daß dieser Beschluß nach dem Grundsatzurteil vom 9. Mai 1985 erfolgte. Doch ist es m. E. zweifelhaft, ob die Frage des Rechtsschutzes von Computersoftware aufgrund eines einzigen BGH-Urteils keine grundsätzliche Bedeutung mehr hat.

³ Vgl. Dietz, Das Problem des Rechtsschutzes von Computerprogrammen in Deutschland und Frankreich. Die kategoriale Herausforderung des Urheberrechts, BIE 1983, 305 (307).

ne „einer geistig-ästhetischen Wertung zugängliche Formgestaltung“. Allerdings qualifizierte das Gericht die Vorgangsweise der Beklagten „als wettbewerbswidrige Verwertung eines fremden Arbeitsergebnisses“ i. S. von § 1 UWG: „Die Erzielung eines Wettbewerbsvorsprungs ... durch identische Weiterverwendung eines für einen anderen in dessen Auftrag und auf dessen Kosten geschaffenen Arbeitsergebnisses erscheint in hohem Maße anstößig und sittenwidrig“, u. a. weil sich der Beklagte „aufwendige und mühevollle Entwicklungsarbeiten und -kosten“ erspart habe.

Die Argumente der ersten Instanz lehnte das OLG Karlsruhe am 9. Februar 1983⁴ durchwegs ab: Auf eine künstlerisch-ästhetische Wirkung sei nicht abzustellen, auf einen geistig-ästhetischen Gehalt der Werkform i. S. einer den Schönheitssinn ansprechenden Wirkung komme es nicht an. Auch spiele die Höhe des geistigen Aufwands und der Mühe bei der Beurteilung als schöpferische Leistung ebensowenig eine Rolle wie eine etwaige Neuheit der Aufgabenstellung. Das Gericht sprach also Urheberrechtsschutz zu, verneinte aber die Möglichkeit, Wettbewerbsrecht anzuwenden, weil es grundsätzlich untersagt sei, etwas durch Wettbewerbsrecht zu schützen, das dem Urheberrechtsschutz nicht zugänglich ist. (Dieser „Grundsatz“ ist m. E. problematisch.)

Am 9. Mai 1985 fällt dann der BGH⁵ seine Entscheidung, die nach vielen grundsätzlichen Aussagen die Sache zur weiteren Tatsachenfeststellung an das Berufungsgericht zurückverwies.

2. Verfahrensrechtlich ist von praktischer Bedeutung, daß der BGH ausdrücklich feststellt, daß die Computerprogramme nicht den Anträgen und dem Urteil beigeheftet sein müssen (was aufgrund ihres Umfangs auch kaum möglich ist). Es genügt, wenn auf „schwer zu beschreibende Verbotsgenstände“, die als Anlage beiliegen, Bezug genommen wird.

3. Zu wettbewerbsrechtlichen Ansprüchen macht der BGH keine Ausführungen, da er eine weitere Aufklärung durch den Tatrichter für erforderlich hält.

4. Breiten Raum (ca. die Hälfte) nehmen in den Entscheidungsgründen Überlegungen zu vertragsrechtlichen Ansprüchen ein, die für den konkreten Fall stets besondere Bedeutung haben, für die allgemeine Frage des Rechtsschutzes von Software aber nur zweitrangig sind. Nach Ansicht des BGH hat der Beklagte die vertragliche Nebenpflicht verletzt, sich jeder Verwertung des Programms zu enthalten. Ein entsprechendes Verbot war zwar im Vertrag nicht ausdrücklich enthalten, doch bestand es entweder aufgrund einer mündlichen Vereinbarung oder stillschweigend-schlüssigen Verhaltens.

5. Kernstück der Ausführungen des BGH sind die Feststellungen zum Urheberrechtsschutz. Deutlich erkennbar ist die Autorität des Senatsvorsitzenden von Gamm, denn manche Passagen sind z. T. wörtlich einem von ihm vor 17 Jahren verfaßten Aufsatz⁶ entnommen.

6. Zunächst wird die Entstehung eines Programms in drei Phasen eingeteilt und diese den urheberrechtlichen Kategorien zugeordnet⁷. Das Pflichtenheft, Er-

gebnis der Analysephase falle unter den Begriff des Schriftwerks i. S. von § 2 Abs. 1 Z. 1 UrhG, wobei die Verwendung von mathematischen Zeichen, Zahlen, Buchstaben und Symbolen sowie die Tatsache, daß diese nur Fachleuten verständlich sind, dem Urheberrechtsschutz nicht entgegenstehen. Der Datenflußplan als graphische Darstellung gehöre zu den Darstellungen wissenschaftlicher und technischer Art gem. § 2 Abs. 1 Z. 7 UrhG. Der Programmablaufplan (Blockdiagramm) wird als Mischform von Schriftwerk und Darstellung wissenschaftlicher oder technischer Art angesehen. Das nach der Kodierungsphase fertige Programm sei ein Schriftwerk. Für den endgültigen Schutz sei es unerheblich, in welchem Entstehungsstadium urheberrechtlich relevante Formgestaltungen wahrnehmbar werden.

7. Größere Probleme als die Einordnung in eine der Werkkategorien bereitet die Untersuchung nach dem Vorliegen einer persönlichen geistigen Schöpfung i. S. von § 2 Abs. 2 UrhG. Zunächst wird der — nie bestrittene^{7a} — Satz wiederholt, daß der Algorithmus sowie mathematische oder technische Lehren und Regeln, die als Bestandteil der wissenschaftlichen Lehre frei und jedermann zugänglich sein müßten, nicht geschützt sind.

Das Erfordernis eines geistig-ästhetischen Gehalts werde bei Computerprogrammen erfüllt, denn: „Der geistige Gedankeninhalt findet seinen Niederschlag und Ausdruck in der Gedankenformung und Führung des dargestellten Inhalts und/oder der besonders geistvollen Form und Art der Sammlung, Einteilung und Anordnung des dargebotenen Stoffs.“⁸ Wesentlich sei daher nur die Form und Art der Sammlung, Einteilung und Anordnung des Materials, wobei in allen drei Entwicklungsphasen ein hinreichender Spielraum für individuelle, eigenschöpferische Lösungsmöglichkeiten bestehe. Auch bei der eigentlichen Kodierung könne eine eigenschöpferische Gestaltung zwar nicht von vornherein ausgeschlossen werden, sei aber doch nur in *Einzelfällen* denkbar⁹.

Möglich ist, daß eine ausreichende Gestaltungshöhe nur in der Anfangsphase, nicht mehr aber in den späteren Arbeitsschritten vorliegt. Das stehe aber dem Urheberrechtsschutz grundsätzlich nicht entgegen: „Bei einem einheitlichen Werkschaffen gehen die schöpferi-

⁴ GRUR 1983, 300 = BB 1983, 986.

⁵ BB 1985, 1747 = WRP 1985, 1235 = CuR 1985, 22 = IuR 1985/1 (dieses Heft).

⁶ Der urheber- und wettbewerbsrechtliche Schutz von Rechenprogrammen, WRP 1969, 96.

⁷ Der BGH folgt hier völlig der Darstellung von v. Gamm, a. a. O. (FN 6) 97.

^{7a} Bauer, Rechtsschutz von Computerprogrammen in der Bundesrepublik Deutschland — eine Bestandsaufnahme nach dem Urteil des Bundesgerichtshofs vom 9. Mai 1985, CuR 1985, 5 (12) plädiert allerdings dafür, bei der Erarbeitung eines künftigen Sonderschutzes auch zu prüfen, ob der Algorithmus möglicherweise zeitlich eng begrenzt geschützt werden solle.

⁸ So wörtlich bereits bei v. Gamm, a. a. O. (FN 6) 98.

⁹ V. Gamm, a. a. O. (FN 6) 98 sah allerdings noch für eine individuelle Auswahl und Einteilung in dieser letzten Phase *regelmäßig* keinen Raum.

schen Vorarbeiten in das endgültige Werk ein.“ Die Aussage, „mit fortschreitender Werkvollendung konsumiert das Urheberrecht der jeweils nachfolgenden Werkstadien den Schutz der vorausgegangenen Stadien, soweit sie in diesen aufgehen“¹⁰, muß daher auf einheitliches Werkschaffen eingeschränkt werden. Schließlich könnte sich der Programmierer bei der Erstellung des Primärprogramms darauf beschränken, bestimmte Verarbeitungsschritte in bestimmter Reihenfolge zu übernehmen. Dann aber benützt er möglicherweise nur den Inhalt des Datenflußplanes, nicht hingegen dessen urheberrechtlich relevante Formgebung, auch nicht im Sinne einer Bearbeitung. Die Übernahme ausschließlich dieser Lehre ist urheberrechtlich aber unbeachtlich¹¹.

8. Bis hierher hat der BGH — wie erhofft — Klarheit geschaffen. Neue Probleme schafft er aber mit seinen Ausführungen zum erforderlichen Grad der schöpferischen Eigentümlichkeit. Der geistig-schöpferische Gesamteindruck sei im Gesamtvergleich gegenüber vorbestehenden Gestaltungen festzustellen, und zwar nach dem Kriterium, ob individuelle Eigenheiten hinzugekommen seien. Der BGH betont, daß es sich hierbei um keine — dem Urheberrecht ja fremde — Neuheitsprüfung handele.

Die Beurteilung von Computerprogrammen hat nach Ansicht des BGH¹² in zwei Schritten vor sich zu gehen: Zunächst ist im Vergleich mit den vorbekannten Programmen, deren Arbeitsergebnissen, Anordnungen, Einteilungsprinzipien etc. ein schöpferischer Eigentümlichkeitsgehalt zu suchen, wobei sowohl bei allen in der Nähe der vorbekannten Gestaltungen bleibenden Programmen als auch bei der „bloß mechanisch-technischen Fortführung und Entwicklung“ (als Abgrenzung zur Bearbeitung?) der erforderliche Eigentümlichkeitsgrad nicht vorhanden sei. Ist nun aber eine solche hinreichende Eigentümlichkeit gegeben, so sei in einem zweiten Schritt das Programm dem Schaffen eines Durchschnittsprogrammierers gegenüberzustellen. Hierzu betont der BGH — in Fortführung seiner Rechtsprechung¹³ —, daß das Durchschnittskönnen, das rein Handwerkliche oder eine mechanisch-technische Anordnung dem Urheberrechtsschutz nicht zugänglich sei. Dann folgt der Kernsatz der ganzen Entscheidung:

„Erst in einem *erheblich weiteren Abstand* beginnt die *untere Grenze* der Urheberrechtsschutzfähigkeit, die ein *deutliches Übertreten* der Gestaltungstätigkeit in Auswahl, Sammlung, Anordnung und Einteilung der Informationen und Anweisungen gegenüber dem *allgemeinen Durchschnittskönnen* voraussetzt.“^{14/15}

9. Die große Unbekannte in dieser Formulierung ist der „Durchschnittsprogrammierer“. Dieser unbestimmte Begriff wird die Gerichte vermutlich noch vor manche Überlegung stellen^{15a}. Wie aber kann er verstanden werden?

Der BGH grenzt nur negativ ab und hält den quantitativen Umfang eines Programms für unerheblich. Dem ist insofern zuzustimmen, als es ja schließlich Aufgabe jedes Informatikers ist, sein vorgegebenes Ziel durch ein möglichst kompaktes und direkt arbeitendes

Programm so rasch wie möglich und ohne Umwege zu erreichen. Ebenso spielten Aufwand, Kosten und etwaige Neuheit der Aufgabenstellung bei der Beurteilung einer urheberrechtlichen Schützbarkeit keine Rolle.

Ebenfalls nicht entscheidend für die Werkqualität ist nach Ansicht des BGH¹⁶ — unter Berufung auf die „Pengo“-Entscheidung des OLG Frankfurt¹⁷ —, „daß eine Vielzahl von Programmierern bei gleicher Aufgabenstellung unterschiedliche Programme entwickeln würde“. Der BGH lehnt diese an sich durchaus brauchbare Überlegung m. E. zu Unrecht kategorisch ab. Wenn schon nicht die Möglichkeit, bei gleicher Ausgangslage zu verschiedenen Ergebnissen zu kommen, unbedingt als Element in den Werkbegriff i. S. einer von der Schweizer Lehre vertretenen statistischen Einmaligkeit¹⁸ aufgenommen werden muß, so sollte man sie doch zumindest als ein Indiz für ein individuelles Werkschaffen gelten lassen¹⁹. Mit seiner ablehnenden Haltung könnte der BGH auch im Widerspruch zu seiner Forderung nach einem Vergleich mit vorbekannten Programmgestaltungen kommen, um die Individualität festzustellen. Will er aber nicht Wertungen vornehmen und abwägen — was dem Urheberrecht auch fremd wäre —, so muß er mit dem vergleichen, was da ist und auch was da sein könnte, um das Individuelle, das Einmalige festzustellen, das Einmalige aber nicht im Sinne einer wertenden Interpretation, sondern im Sinne des statistisch Einmaligen²⁰. Auf die-

¹⁰ V. Gamm, a. a. O. (FN 6) 97.

¹¹ Dieser Gedankengang findet sich in OLG Karlsruhe 9. 11. 1983, a. a. O. (FN 4) 306.

¹² Der BGH übernimmt z. T. wörtlich Formulierungen von v. Gamm (FN 6) 99.

¹³ Vgl. zuletzt 15. 12. 1978 — Flughafenpläne — BGHZ 73, 288 = GRUR 1979, 464; 21. 11. 1980 — Staatsexamensarbeit — GRUR 1981, 352; 27. 2. 1981 — Fragensammlung — GRUR 1981, 520; 29. 3. 1984 — Ausschreibungsunterlagen — GRUR 1984, 659.

¹⁴ Hervorhebungen von mir. (M. R.)

¹⁵ Fast wörtlich übernommen von v. Gamm, a. a. O. (FN 6) 99.

^{15a} Zur Schwierigkeit, den „Durchschnittsfachmann“ im Patentrecht festzustellen, s. Kummer, Die objektive Beurteilung der erfinderischen Leistung, GRUR 1964, 236.

¹⁶ A. A. LG München I 1 21. 12. 1982 — VISICALC — GRUR 1983, 175; BMJ, GRUR 1982, 670; Arrondissementsrechtbank Hertogenbosch 30. 1. 1981 (Zwischenurteil) und 14. 5. 1982 — Computersoftware-Logbuchprogramm — GRUR Int. 1983, 669 (Anm. Verkade); Hodik, Der Schutz von Software im österreichischen Recht (1984) 35 f.; E. Ulmer, Der Urheberrechtsschutz wissenschaftlicher Werke unter besonderer Berücksichtigung der Programme elektronischer Rechenanlagen, Sitzungsberichte der Bayerischen Akademie der Wissenschaften 1967/1 S. 16 f. = Copyright Protection of Scientific Works With Special Reference to Computer Programs, 2 IIC 1 (1971) 56 = RIDA 74 (1972) 47.

¹⁷ 13. 6. 1983, GRUR 1983, 753.

¹⁸ Vgl. Kummer, Das urheberrechtlich schützbares Werk (1968).

¹⁹ Vgl. Cour d'Appel de Paris 2. 11. 1982 — Babolat Maillot c. Pachot — GRUR Int. 1983, 60 = RIDA 115 (1983), 148 = Expertises 1982, 243: „... ähnlich wie Übersetzer müssen die Programmierer zwischen verschiedenen Arten der Darstellung und des Ausdrucks wählen, wobei ihre Wahl den Stempel ihrer Persönlichkeit trägt.“ (Übersetzung von mir. M. R.)

²⁰ Kummer, a. a. O. (FN 18) 30.

se statistische Einmaligkeit soll m. E. zumindest als Hilfsmittel^{20a} bei der Beurteilung der Individualität und schöpferischen Eigentümlichkeit zurückgegriffen werden.

Wo der BGH im weiten Feld der sich Programmierer nennenden Menschen den Durchschnittsprogrammierer ansiedeln will, bleibt unklar, insbesondere ohne ein wertendes Qualitätskriterium einführen zu wollen. Vorausgesetzt man kann alle Programmierer in ein Maßsystem einordnen, so wird man wohl nicht ein dann errechnetes arithmetisches Mittel als Bestimmung dieses Wesens „Durchschnittsprogrammierer“ heranziehen können. Man könnte theoretisch alle Programmierer entsprechend ihrer qualitativen und quantitativen Ausbildung und ihrer Erfahrung in Kategorien einordnen und in jeder einen Durchschnittsprogrammierer feststellen, dessen Schaffen und Können für die von Programmierern dieser Gruppe erstellten Programme als Vergleichsmaßstab gelten könnte. Allerdings müssten bei einer solchen Vorgangsweise auch die verschiedenen Programmiersprachen berücksichtigt werden²¹. Alle diese Varianten sind aber weder praktisch durchführbar noch zum Ziel führend. Es wird wohl die Aufgabe des BGH sein, den „Durchschnittsprogrammierer“ möglichst bald ausfindig zu machen und zu definieren. Es ist m. E. nicht zulässig, einen unbestimmten Begriff (schöpferischer Eigentümlichkeitsgrad) mit einem anderen unbestimmten Begriff (Durchschnittsprogrammierer) auszufüllen.

Eine dem Begriff „Durchschnittsprogrammierer“ ähnliche Formulierung findet sich in der Entscheidung „Ausschreibungsunterlagen“²², wo der BGH „eine das durchschnittliche Ingenieurschaffen . . . deutlich überragende individuelle Eigenart“ vermißt. Im Bereich der Technik scheint der BGH daher etwas Außergewöhnliches zu fordern, denn Gedankengestaltungen, die sich aus der Natur der Sache ergeben und als technische Anweisungen auch in ihrer Darstellung durch Gesetze der Zweckmäßigkeit vorgegeben sind, seien nicht schutzbar²³. Aber gerade das ist ja regelmäßig bei Computerprogrammen der Fall. Diese Zweckmäßigkeitsüberlegungen, die für jeden Informatiker in der Tat stets eine Leitschnur sein müssen, sieht der BGH auch bei der Software-Entwicklung gegeben, die er „als einen zielbewußten, ganz auf das fertige Programmprodukt ausgerichteten einheitlichen Schöpfungsprozeß der Werkvollendung begreift“.

Auf der anderen Seite stellt die Herstellung eines umfangreichen Produkts für ein kompliziertes und komplexes Programm den Informatiker vor viel höhere Anforderungen als die Lösung eines „primitiven“ und trivialen Problems durch ein einfaches und kurzes Programm. Zur Beurteilung eines möglichen Urheberrechtsschutzes sollte m. E. daher ein zweifacher relativer Quantitätsvergleich vorgenommen werden (ohne sich durch irgendwelche Wertungskriterien beeinflussen zu lassen): Erstens eine Einordnung in eine der quantitativ unterschiedlichen Programmarten entsprechend der Komplexität in dem Sinn, daß ein umfangreicheres Programm eher auf eine urheberrechtliche Schützbarkeit hinweist^{23a}, und zweitens ein Vergleich

innerhalb der jeweiligen Programmkategorie mit etwa gleich komplexen, sich auf ähnliche Aufgabenstellungen beziehenden Programmen in dem Sinn, daß hier das kürzere, kompaktere, schnellere Programm eher schützbar sein könnte.

10. Der BGH hat die Latte für die Schützbarkeit höher als je zuvor angelegt und bleibt eine Begründung dafür schuldig. Denn die Schützbarkeit beginnt nicht bereits beim Eintritt in den Bereich des *Überdurchschnittlichen*, auch noch nicht nach einem *erheblich weiteren Abstand*, sondern erst bei einem zusätzlichen *deutlichen* Überragen²⁴ der Leistung. Und selbst dort liegt erst die *untere* Grenze. Nur wenige Programme werden alle diese Hürden überspringen können und in den erlauchten Kreis der alles in den Schatten stellenden Spitzenprogramme vordringen können^{24a}. Urheberrechtlich geschützt ist also nur mehr die absolute „*crème de la crème*“ der Programme.

11. Zwei Schlüsse liegen demnach nahe. Erstens: Im Rahmen der prinzipiellen Schützbarkeit ist eine Vermutung der Nicht-Schützbarkeit²⁵ anzunehmen. Zweitens: In der in den letzten Jahren ergangenen und jetzt mit der „Inkasso-Programm“-Entscheidung fortgesetzten Rechtsprechung scheint der BGH das Urheberrecht i. S. eines Kunst- und Literatururheberrechts einzugrenzen und einen etwaigen Urheberrechtsschutz nur restriktiv zuzugestehen.

II. Die Urheberrechtsnovelle 1985²⁶

1. Die Bundesrepublik Deutschland reiht sich mit der Ergänzung des Werkkatalogs des UrhG um „Programme für die Datenverarbeitung“ in die Reihe jener Länder ein, die eine gesetzliche Regelung betreffend Software-Schutz im positiven Recht verankert haben²⁷:

^{20a} Vgl. *Troller*, Immaterialgüterrecht I 3 (1983) 365: „Der Begriff „statistische Einmaligkeit“ hat keine selbständige unmittelbare Bedeutung; er hat eine wichtige Hilfsfunktion beim Erkennen der Schutzwürdigkeit des Werkes.“

²¹ Vgl. *Frh. v. Gravenreuth*, Anmerkung zu BGH „Inkasso-Programm“, BB 1985, 2002 (2003).

²² A. a. O. (FN 13).

²³ A. a. O. (FN 22).

^{23a} Ähnlich schon E. *Ulmer* a. a. O. (FN 16) 17.

²⁴ Entgegen der Ansicht von *Frh. v. Gravenreuth*, a. a. O. (FN 21) liegt kaum eine Diskrepanz zur „Ausschreibungsunterlagen“-Entscheidung, a. a. O. (FN 13) vor; schon dort ist von einer „deutlich überragenden individuellen Eigenart“ die Rede, hinzugekommen ist nur der „erheblich weitere Abstand“.

^{24a} Die sog. „kleine Münze“ scheint nach Ansicht des BGH für Computerprogramme nicht zu gelten.

²⁵ Ähnlich — allerdings in etwas anderem Zusammenhang — schon *Rojahn*, GRUR 1984, 662 (Anm. zu BGH „Ausschreibungsunterlagen“).

²⁶ Gesetz zur Änderung von Vorschriften auf dem Gebiet des Urheberrechts v. 24. 6. 1985 BGBl. I 1137; s. auch *Flehsig*, Die Novelle zur Änderung und Ergänzung des Urheberrechts, NJW 1985, 991.

²⁷ Die Aufzählung bei *Bauer*, a. a. O. (FN 7 a) 8 FN 26 ist unvollständig.

Philippinen²⁸, USA²⁹, Ungarn³⁰, Australien³¹, Japan³², Großbritannien³³, Frankreich³⁴, Indien^{34a} und Taiwan^{34b}, die alle Urheberrechtsschutz oder einen darauf beruhenden Schutz³⁵ gewähren, sowie Bulgarien³⁶, das weltweit als einziges Land einen Sonderschutz sui generis vorsieht.

2. „Programme für die Datenverarbeitung“ werden ausdrücklich in § 2 Abs. 1 Z. 1 UrhG eingefügt und treten damit als schützbares Werke neben Sprachwerke. Diese ausdrückliche Verankerung von Computerprogrammen im UrhG geht auf einen Wunsch des Wirtschaftsausschusses des Bundestages zurück. Der Rechtsausschuß betont³⁷, daß es sich nur um eine Klarstellung handele, also um einen Akt der authentischen Interpretation. Es wird noch auf das Erfordernis einer schöpferischen Leistung gem. § 2 Abs. 2 hingewiesen. Damit wird klargestellt, daß nicht schlechthin jedes Programm urheberrechtlich geschützt ist, sondern alle sonstigen vom UrhG geforderten Eigenschaften des Werkbegriffs vorliegen müssen, so daß die Ausführungen des BGH-Urteils vom 9. Mai 1985 für die Frage des Werkcharakters weiterhin Gültigkeit haben.

3. § 53 UrhG („Vervielfältigungen zum privaten und sonstigen eigenen Gebrauch“) enthält in Abs. 4 Satz 2 folgende Ergänzung: „Ebenso ist die Vervielfältigung eines Programms für die Datenverarbeitung (§ 2 Abs. 1 Nr. 1) oder wesentlicher Teile davon stets nur mit Einwilligung des Berechtigten zulässig.“ Damit wird das Kopieren von Programmen zum eigenen Gebrauch ausnahmslos verboten, zum Unterschied von z. B. Filmen, Schallplatten etc. Diese Bestimmung führt zu mehreren Problemen³⁸.

Das generelle Kopierverbot beinhaltet auch ein Verbot zur Herstellung von Sicherheitskopien, was in der Software-Industrie aber Gang und Gäbe ist. (Warum die französischen und amerikanischen Bestimmungen, die Sicherheitskopien erlauben, nicht als Vorbilder herangezogen wurden, ist unklar).

Ob eine — möglicherweise (?) — größere wirtschaftliche Bedeutung der Computerindustrie zu einer diesbezüglichen Differenzierung im Vergleich zu anderen Werken, also zu einer Durchbrechung des Grundsatzes des Rechts der Kopie zum eigenen Gebrauch, berechtigt, sei dahingestellt. Jedenfalls kann eine private Vervielfältigung von Software nunmehr strafrechtlich verfolgt werden.

Ein großer Teil der Literatur³⁹ ist der Ansicht, daß jeder Programmlauf durch die zwangsläufige Einspeicherung in den Arbeitsspeicher eine Vervielfältigung darstelle. In diesem Fall dürfte der Software-Erwerber (der Lizenznehmer) m. E. eine konkludente Lizenz erhalten haben, doch ergeben sich dabei noch weitere lizenzrechtliche Probleme, auf die hier nicht eingegangen werden kann.

Nicht zugestimmt werden kann m. E. der Ansicht *Bauers*⁴⁰, daß der Verweis in § 53 Abs. 4 Satz 2 UrhG auf § 2 Abs. 1 Z. 1 eine Differenzierung der Computerprogramme schaffe: Die Kopie zum eigenen Gebrauch sei nur bei unter § 2 Abs. 1 Z. 1 fallenden Programmen verboten, nicht aber bei nach § 2 Abs. 1 Z. 7 geschützten. Aber Computerprogramme stehen in § 2

Abs. 1 Z. 1 gleichberechtigt neben Sprachwerken und wurden nicht als Unterfall von diesen angesehen: Zu den geschützten Werken gehören insbesondere „Sprachwerke, wie Schriftwerke und Reden, sowie Programme für die Datenverarbeitung“. Der Beistrich nach „Reden“ macht deutlich, daß Computerprogramme nicht als Beispielfälle — wie Schriftwerke und Reden — von Sprachwerken eingeordnet sind, sondern selbständig daneben treten⁴¹ und in Z. 1 nur wegen ihrer Verwandtschaft zu Sprachwerken genannt sind. So scheint m. E. auch vom Gesetzeszweck her die Interpretation zulässig, daß Software in Zukunft nicht mehr in die Kategorie der „Darstellungen wissenschaftlicher oder technischer Art“ der Z. 7 eingeordnet werden kann. Das Verbot der Kopie zum eigenen Gebrauch kann daher auf diesem Weg nicht umgangen werden. (Andererseits ist die Kopie zum eigenen Gebrauch eines nach § 2 Abs. 1 Z. 7 geschützten Datenflußplans nach der neuen Formulierung des § 53 Abs. 4 Satz 2 zulässig.)

Die Neufassung von § 53 Abs. 4 Satz 2 ist jedenfalls zumindest unglücklich. Es bleibt zu hoffen, daß es sich nur um ein Redaktionsversehen handelt und dies vom Gesetzgeber klargestellt und in sinnvoller Weise neu geregelt wird.

III. Folgerungen

Was sind nun die Folgen der BGH-Entscheidung und der UrhGNov für den gegenwärtigen Stand des Urheberrechtsschutzes von Computersoftware? Sowohl der BGH als auch der Gesetzgeber halten an einem grundsätzlichen Urheberrechtsschutz fest, der BGH schränkt diesen auf wenige Einzelfälle ein. Überspitzt formuliert: Theoretischer Schutz, aber

²⁸ UrhG 1972.

²⁹ Computer Software Copyright Act 1980.

³⁰ Änderungsverordnung 1983 zur Durchführungsverordnung zum UrhG (s. GRUR Int. 1984, 477).

³¹ Copyright Amendment Act 1984 (s. GRUR Int. 1984, 717).

³² UrhGNov 1985 (s. GRUR Int. 1985, 497 und japanisches AIPPI Journal, March 1985, 45).

³³ Copyright (Computer Software) Amendment Act 1985.

³⁴ UrhGNov 1985 (ausführlich s. *Röttinger*, Zur Neuregelung des Softwareschutzes in Frankreich, GRUR Int. 1985, Nr. 12).

^{34a} UrhGNov 1984, s. Copyright 1985, 61.

^{34b} UrhGNov 1985.

³⁵ Vgl. Frankreich und insbes. *Röttinger*, a. a. O. (FN 34).

³⁶ Verordnung 1979 (s. *Propriété Industrielle* Nov. 1981, Lois et traités Bulgarie Texte 1—001 S. 001 und *Eskenazi*, La législation Bulgare ... matière de protection juridique du logiciel, *Propriété Industrielle* 1981, 318).

³⁷ BT-Drucksache 10/3360 v. 17. 5. 1985.

³⁸ Vgl. näher *Bauer*, a. a. O. (FN 7 a) 8 f.

³⁹ Statt vieler *Ulmer/Kolle*, Der Urheberrechtsschutz von Computerprogrammen, GRUR Int. 1982, 489 (499) m. w. N. sowie *Kindermann*, Vertrieb und Nutzung von Computersoftware aus urheberrechtlicher Sicht, GRUR 1983, 150 (157); a. A. vor allem *Haberstumpf*, Zur urheberrechtlichen Beurteilung von Programmen für Datenverarbeitungsanlagen, GRUR 1982, 142 (150).

⁴⁰ A. a. O. (FN 7 a) 8 f.

⁴¹ A. A. neben *Bauer* auch *Frh. v. Gravenreuth*, a. a. O. (FN 21) 2004.

praktische Schutzlosigkeit von Software im Bereich des Urheberrechts. Diese neue Situation hat zweierlei zur Folge:

1. Da das Urheberrecht bisher als Hauptschutzform angesehen wurde und das Patentrecht nicht anwendbar ist, ist eine weiträumige Schutzlosigkeit von Computerprogrammen zu befürchten. Kennzeichenrecht hilft nur in Randgebieten, Vertragsrecht nur im konkreten Einzelfall, wird aber an Bedeutung schlagartig zunehmen. So bleibt nur das Wettbewerbsrecht, das über die Generalklausel des § 1 UWG einige Fälle abdeckt, als generelles Schutzinstrument allerdings nicht geeignet ist, weil es kein absolutes subjektives Recht gewährt. In welchen Fällen das Wettbewerbsrecht wirklich anwendbar ist, bedarf genauer Untersuchungen insbesondere hinsichtlich seiner Verhältnisse zu den Immaterialgüterrechten; endgültige Klärung kann hier aber nur die Rechtsprechung bringen.

2. Der positive Aspekt dieser Entscheidung ist, daß sich die juristische Diskussion wieder verstärkt mit der Suche nach neuen Schutzformen für Computerprogramme beschäftigen muß. Es dürfte jetzt endlich deutlich sein, daß das Urheberrecht eben doch nicht das „Allheilmittel“ ist, daß Software nicht ins Urheberrecht paßt. Es muß daher die Suche nach einem neuen und neuartigen Schutzinstrument einsetzen^{41 a} — rasch, aber doch überlegt. Die Technik sprengt hier die herkömmlichen Kategorien des Immaterialgüter-

rechts und bedarf eines Sonderschutzes sui generis. Die Eigenheiten und die Andersartigkeit von Software rechtfertigen m. E. die Schaffung eines neuen Immaterialgüterrechts und fordern einen juristischen Schöpfungsakt. Der Rechtsschutz von Software ist nicht länger die kategoriale Herausforderung des Urheberrechts⁴², sondern generell des gesamten Immaterialgüterrechts⁴³.

Dieser Herausforderung kann nur durch ein umfassendes Computerrecht begegnet werden, das alle rechtlichen Aspekte von Software, Halbleiterchips, Lizenzen und damit verwandten Angelegenheiten regeln muß. Die Schaffung eines solchen neuen Rechts bringt zweifellos vor allem auf internationaler Ebene einige Schwierigkeiten mit sich, die aber m. E. durchaus überwunden werden können. Um eine einheitliche Entwicklung zu gewährleisten und eine weltweite Zersplitterung zu verhindern, sind insbesondere die internationalen Organisationen wie WIPO und AIPPI dringend aufgefordert, gemeinsam mit den nationalen Regierungen eine internationale Konvention und Mustergesetze zu schaffen.

^{41 a} Für einen Sonderschutz auch *Bauer*, a. a. O. (FN 7 a) 12 und *Jahn*, Reichweite des Urheberrechtsschutzes für Computerprogramme, hes RZ 1985, 191.

⁴² *Dietz*, a. a. O. (FN 3) 305.

⁴³ *Hodik*, Computerprogramme — Urheberrechtsschutz, Medien und Recht 1984/3 S. 14.