

Rechtsschutz von Computerprogrammen

Die Diskussion zum Rechtsschutz von Computerprogrammen in der BRD, in Österreich und der Schweiz in den vergangenen 20 Jahren

Teil III und Schluß**

Dr. Moritz Röttinger***

- IV. Urheberrecht
 - A. Bundesrepublik Deutschland
 - B. Österreich
 - 1. Literatur und Gesetzgebung
 - 2. Judicatur
 - C. Schweiz
 - 1. Literatur und Gesetzgebung
 - 2. Judicatur
- V. Wettbewerbsrecht (ohne Wettbewerbsstrafrecht)
 - A. Bundesrepublik Deutschland
 - B. Österreich
 - C. Schweiz
- VI. Warenzeichenrecht
- VII. Vertragsrecht
- VIII. Strafrecht
 - A. Kernstrafrecht
 - 1. Bundesrepublik Deutschland
 - 2. Österreich
 - 3. Schweiz
 - B. Urheberstrafrecht
 - C. Wettbewerbsstrafrecht
- IX. Sonderschutz de lege ferenda

B. Österreich

1. Literatur und Gesetzgebung

Computerprogramme sind im öUrhG nicht ausdrücklich erwähnt. Die Rechtslage in Österreich ist mit der deutschen vor der dUrhGNov 1985 vergleichbar, insbesondere da auch beim Werkbegriff fast gleiche Auffassungen herrschen.

Dittrich²²⁶ befaßt sich mit der Frage, ob Computerprogramme dem Urheberrechtsschutz zugänglich seien und kommt zum Schluß, „daß Programme für elektronische Datenverarbeitungsanlagen in allen ihren Stufen in der Regel Urheberrechtsschutz genießen“²²⁷. Er ordnet die Programme teilweise in die Gruppe der

Werke der Literatur, teilweise der graphischen Darstellungen ein und sieht auch die notwendige Individualität gegeben, da eine genügende „Variationsbreite der Gestaltungsmöglichkeiten vorhanden ist, innerhalb deren der einzelne Programmierer, der unabhängig schafft, seinen eigenen Weg geht“²²⁸. Mit Ausnahme von kleineren und kleinsten Programmen sei Software in allen ihren Stufen urheberrechtlich geschützt. Für **Dittrich** bedeutet das Einspeichern von Daten eine Vervielfältigung und er weist mit Recht in diesem Zusammenhang auf die dadurch entstehenden Probleme, wie zB der freien Werknutzung zum eigenen Gebrauch, hin. Die Person, der die Verwertungsrechte eines Programms zustehen, sei stets der Programmierer und nicht der Unternehmensinhaber, der den Programmierer angestellt hat. Doch werde der Dienstvertrag idR im Zweifel so auszulegen sein, „daß der Dienstnehmer dem Dienstgeber im Vorhinein ein inhaltlich, zeitlich und räumlich unbeschränktes Werknutzungsrecht eingeräumt hat“²²⁹. Ferner sei etwas mittels im Programm vorgesehenen Zufallsgenerators Entstandenes mangels eines Schöpfungsaktes, mangels eines „auf ein Gestalten gerichtetes Tätigsein eines Menschen“²³⁰, kein Werk iSd UrhG. Das Bundesministerium für Justiz²³¹ folgt der Auffassung **Dittrichs**, der dort für Urheberrechtsfragen zuständig ist.

Hodik²³² lehnt sich teilweise an **Kummers** Lehre von der statistischen Einmaligkeit²³³ an. Zentraler

²²⁶ Elektronische Datenverarbeitung und Urheberrecht, ÖBl 1970, 1; ders, Urheberrechtsschutz für Computerprogramme? RdW 1983, 39; ders, Urheberrechtsschutz für Computerprogramme? in: **Kühne** (Hrg), Software und Recht (1986) 103.

²²⁷ AaO (FN 226) ÖBl. 1970, 12.

²²⁸ AaO (FN 226) ÖBl. 1970, 12.

²²⁹ AaO (FN 226) ÖBl. 1970, 14.

²³⁰ AaO (FN 226) ÖBl. 1970, 8.

²³¹ Vorentwurf zu einer UrhGNov 1974, JMZ 17.339-4a/74, daraus entstanden RV zur UrhGNov 1980 (385 BlgNR 15.GP), UrhGNov 1980 (BGBl 1980/321) mit der amtlichen Begründung (422 BlgNR 15.GP) und UrhGNov 1982 (BGBl 1982/295) mit der amtlichen Begründung (973 BlgNR 15.GP) zitiert bei **Dittrich**, aaO (FN 226) RdW 1983, 39 ff.

²³² AaO (FN 24).

²³³ Vgl **Kummer**, Das urheberrechtlich schützbares Werk (1968).

* Anlaß dieser Arbeit war ein vom Verfasser am Max-Planck-Institut für ausländisches und internationales Patent, Urheber- und Wettbewerbsrecht, München, gehaltener Vortrag.

** Der 1. Teil erschien in IuR 1986, 293, der 2. Teil in IuR 1987, 93. Literatur und Judicaten wurden bis 1. Jänner 1987 berücksichtigt.

*** Rechtsanwaltsanwärter in Wien.

Punkt sei das Pflichtenheft, von dem es abhängt, ob ein Programm letztlich geschützt sei. Insbesondere bei großen Programmen werden nach Hodiks Ansicht das Pflichtenheft — und damit alle weiteren Stufen des Programms — urheberrechtlich schutzbar sein: „Immer wenn der Systemanalytiker Wahlmöglichkeiten hat, immer wenn er sich entscheiden muß, welchen Weg er geht, und dieser Weg nicht technisch vorgegeben ist, dann ist Raum für — wenn auch nur geringe — Individualität“²³⁴ (zumindest iSd „kleinen Münze“). Doch sieht Hodik einige schwerwiegende Probleme beim Urheberrechtsschutz, zB ob das Urheberrecht nicht überdehnt und zu einem „Auffangbecken“ für schutzwürdige Phänomene, die sonst nirgendwo Platz finden“, wird. Für ihn ist Computersoftware die kategoriale Herausforderung für das ganze Immaterialgüterrecht²³⁵.

Aus verschiedenen Gründen hält Jahn²³⁶ einen Urheberrechtsschutz für Computerprogramme für nicht passend und nicht sinnvoll. Viele handelsübliche Programme seien wegen der zu geringen Werkhöhe (Trivialität) urheberrechtlich nicht geschützt. Das Kriterium der Werkhöhe sollte verstärkt beachtet werden, „weil wir sonst zwangsläufig zu einer ‚Verwässerung‘ des Urheberrechtsschutzes gelangen würden“²³⁷. Jahn hält die Tätigkeit eines Programmierers — ausgenommen bei besonders komplizierten Programmen — für routinemäßig und schematisch. Die für ihn in Bezug auf Software unbefriedigende gesetzliche Schutzfrist von 70 Jahren post mortem auctoris berge die Gefahr in sich, daß der Fortschritt gehemmt würde. De lege lata kommt er zu folgendem Schluß: „Nur unter folgenden Voraussetzungen, nämlich a) betont hohe Ansprüche für die Zuerkennung der ‚Werkhöhe‘, b) Statuierung eines Urheberrechtseingriffs nur bei tatsächlich ‚identischer‘ Übernahme (vorlagengetreuer Kopie) und c) zusätzlich enger Auslegung der §§ 5, 14 (2) UrhG, wird nach derzeitiger Gesetzeslage eine halbwegs störungsfreie Weiterentwicklung möglich sein.“²³⁸

Nach Ansicht Wolffs^{238a} liegt die für den Urheberrechtsschutz erforderliche „Variationsbreite“ selbst dann vor, „wenn sich Programmstruktur und Programmablauf nicht schon zwangsläufig aus der Aufgabenstellung bzw den Eigenheiten der verwendeten Technik, dh etwa für das Quellenprogramm aus der Syntax der verwendeten Computersprache ergeben: Was sich aus dem Stoff zwangsläufig ergibt, beruht nicht auf einer individuell schaffenden Geistestätigkeit.“ An die Maßstäbe „Individualität“ und „Eigentümlichkeit“ könnten — analog zu literarischen Sammelwerken — keine hohen Anforderungen gestellt werden^{238b}.

Zu Fragen des Arbeitnehmerurheberrechts in bezug auf Computerprogramme meint Wolff^{238c}, daß — unter der Voraussetzung eines zutreffenden Urheberrechtsschutzes — der Arbeitnehmer dem Arbeitgeber „alle zur bestimmungsgemäßen Nutzung des Programms erforderlichen Rechte zumindest stillschweigend einräumt, wenn er nicht einen ausdrücklichen Vorbehalt macht“. Der Arbeitgeber erhalte daher ein umfassendes, zeitlich und räumlich unbeschränktes

und übertragbares Recht zur betriebsinternen und -externen Verwertung der Software, dem Arbeitnehmer bleibe jedenfalls das Recht auf Urheberbezeichnung und auf Zugang zu einem Werkstück.

Röttinger^{238d} kommt, was die Frage, ob ein Programm die urheberrechtlichen Vervielfältigungsvorgänge darstelle, zum Ergebnis, daß der Urheber eines Programms den Programmablauf dann verbieten kann, wenn kein Paging stattfindet und entweder kein eigener Gebrauch oder ein Laufenlassen durch einen Dritten auf Bestellung gegen Entgelt vorliegt.

Hodik und Tanzer sehen große rechtspolitische Bedenken gegen den Urheberrechtsschutz für Software: Tut man dem Urheberrecht, das man in Frankreich einmal als die „heiligste, unangreifbarste und persönlichste Form des Eigentums“ bezeichnet hat, nicht Gewalt an, wenn alle offenbar schutzwürdigen Objekte, die sonst nirgends leicht unterzubringen sind, ihm untergeordnet werden^{238e}? Sie sehen auch in der langen Schutzfrist, die das UrhG vorsieht, und beim Urheberpersönlichkeitsrecht Probleme.

2. Judicatur

Neben einem verwaltungsgerichtlichen Urteil²³⁹ bejahte das HG Wien in seiner Entscheidung vom 31. Juli 1985²⁴⁰ Urheberrechtsschutz für das fertige Programm und dessen Vorstufen, „sofern es sich nicht um rein wissenschaftliche, durch die Natur eindeutig begründete, Forschungsergebnisse handelt (dazu gehört auch der Algorithmus). (...) Die Eigentümlichkeit und Individualität könne nur gegeben sein, wenn es verschiedene Möglichkeiten gibt, das Programm zu gestalten. Es ist der Schöpfungskraft und der Eigenheit des Programmierers überlassen, insbesondere bei umfangreichen Programmen, die einzelnen auftauchenden

²³⁴ AaO (FN 24) 35 f.

²³⁵ Hodik, Computerprogramme — Urheberrechtsschutz, Medien und Recht 1984/3 S 14 (16).

²³⁶ Reichweite des Urheberrechtsschutzes für Computerprogramme, GesRZ 1985, 191.

²³⁷ AaO (FN 236) 192.

²³⁸ AaO (FN 236) 194.

^{238a} Der Schutz von Computersoftware in Österreich, CR 1986, 500 (501); s auch Wolff, Der rechtliche Schutz von Computersoftware, Computerwelt 1986/1 S 22 (14. 5. 1986), 1986/2 S 16 (28. 5. 1986), 1986/3 S 21 (11. 6. 1986), 1986/5 S 15 (16. 7. 1986).

^{238b} Wolff, Der Urheberrechtsschutz von Computer-Software — steuer- und abgabenrechtliche Aspekte, EDV + R 1986/2 S 6 (7).

^{238c} Die Rechte an durch Arbeitnehmer entwickelter Computer-Software, EDV + R 1986/1 S 6 = Computerwelt 10. 12. 1986 S 18.

^{238d} AaO (FN 149a) 215.

^{238e} Hodik/Tanzer, Die Verwertung selbstgeschaffener „Software“ — Urheberrechtsschutz und Steuerbegünstigung nach § 38 Abs 4 EStG, GesRZ 1986, 122 (130).

²³⁹ In der gebührenrechtlichen Entscheidung des VwGH 27. 11. 1980, ÖBl 1981, 165 (Anm Schönherr), wurde nicht über die urheberrechtliche Schützbarkeit von Computerprogrammen geurteilt, sondern sie aufgrund übereinstimmender Parteinenauffassung bloß vorausgesetzt.

²⁴⁰ Medien und Recht 1985/5 Archiv 9.

Probleme auf verschiedene Arten zu lösen und einen möglichst zweckmäßigen und rationellen Aufbau zu erzielen. Es bestehen auch durch die Berücksichtigung mehrerer immer gegebener, einander widersprechender Zielsetzungen (wie möglichst kurze Betriebszeit und optimale Speicherplatzausnutzung, aber trotzdem größtmögliche Übersichtlichkeit und Klarheit des Programmes) in der Regel eine Fülle von Variationsmöglichkeiten, so daß ein großer Freiraum für individuelle Gestaltung besteht. Immer, wenn nicht nur eine Lösungsmöglichkeit besteht, handelt es sich um eine eigentümliche, individuelle geistige Schöpfung.“

Das OLG Wien legte in seiner Entscheidung vom 12. Dezember 1985^{240a} als 2. Instanz das Schwerk Gewicht auf das Wettbewerbsrecht (s dort) und sprach sich nicht konkret über den Urheberrechtsschutz aus, da die Tatsachenfeststellungen des Erstgerichts unzureichend gewesen seien. Allgemein hielt es aber einen Urheberrechtsschutz dann für möglich, wenn ausreichende Variationsmöglichkeiten dem Programmierer zur Verfügung stehen. Maßgeblich sei auch, ob eine Neuschaffung eines Programms vorliege oder der Programmierer im wesentlichen auf bereits vorhandene Programmbausteine zurückgreifen konnte.

Ein Programm zur Steuerung eines externen Diskettenlaufwerks für Home-Computer sah das OLG Wien am 8. August 1986 — Commodore-Diskettenbetriebssystem^{240b} — als Werk iSd Urheberrechts an, da es „eine komplexe Software ist, die mehrere tausend Programmschritte umfaßt und daher einen weiten Raum für eine individuelle Prägung zuläßt, unter enormem Zeitaufwand zahlreicher Fachleute und mit großen Kosten entwickelt wurde, wobei nicht auf vorhandene Programmbausteine zur Bewältigung der neuen Aufgabenstellung zurückgegriffen werden konnte“.

Als Kernaussage dieser beiden Entscheidungen des OLG Wien sieht **Wittmann**^{240c} — mE zu Recht —, daß rein wirtschaftliche Kriterien (wie Zeitaufwand, Kosten und Anzahl der Programmschritte) — „die dem Urheberrecht an sich fremd sind — als Maßstab für die urheberrechtliche Werkeigenschaft herangezogen, ja praktisch zum Hauptargument für die Werkeigenschaft gemacht [werden]. Hier überlagern sich nun ganz deutlich die für den Tatbestand einer wettbewerbsrechtlich verbotenen sklavischen Nachahmung wesentlichen Elemente mit urheberrechtlichen Kriterien.“

C. Schweiz

1. Literatur und Gesetzgebung

Mit Ausnahme zweier Publikationen jüngerer Datums lehnt die Schweizer Lehre die Anwendbarkeit des Urheberrechts auf Software durchwegs ab, was sich aus einem unterschiedlichen Ansatzpunkt erklären läßt.

Troller²⁴¹ geht von einer ontologisch-phänomenologischen Betrachtungsweise aus und knüpft an den Begriff der ästhetischen Werke iSv Nicolai **Hartmann** an. **Troller** sieht weder die Erfordernisse der persönlichen Schöpfung noch der Individualität als erfüllt und

kommt daher zur Ablehnung des Urheberrechtsschutzes für Computerprogramme. Persönlich oder individuell sei das, „was zu dieser einen Person gehört, was nicht von einer anderen Person ausgesagt werden kann“²⁴². Das persönliche Gepräge bedeute nicht, „daß eine bestimmte Person das Werk geschaffen hat, sondern daß es nur von einer, gleich welcher Person geschaffen sein kann, daß es gleich einer Person als geistige Sache einmalig und nicht wiederholbar ist“²⁴³. **Troller** unterscheidet ein solches „individuell statistisch einmaliges Werk“ von einem „mathematisch statistisch einmaligen“²⁴⁴. Individuell sei eine geistige Leistung demzufolge, wenn sie „wesensmäßig nur eine Person erbringen kann“²⁴⁵. **Troller** schließt also die Möglichkeit einer Doppelschöpfung aus.

Ein weiteres Hindernis für die Anwendung des Urheberrechts ist für **Troller**, daß eine Einordnung der Computerprogramme in eine der Werkkategorien nicht möglich sei²⁴⁶. „Das immaterialgüterrechtlich entscheidende Merkmal der Computerprogramme ist ihr Regelsein. Das ist der Zweck, und daraus ergibt sich ihre Nützlichkeit. Diese Regeln beziehen sich entweder auf die Anwendung von Naturkräften, dann gehören sie zur Kategorie der Erfindungen, oder sie ersetzen Anweisungen an den menschlichen Geist und sind sonst als solche spezialrechtlich nicht geschützt“²⁴⁷.

Neuerdings ordnet **Troller**^{247a} Computerprogramme problemlos in die Kategorie der Sprachwerke ein. Er sieht auch Raum für Individualität, sofern der Urheber nicht nur einen Vorrat von allgemein gebräuchlichen Worten oder Ideen verwendet hat. **Troller** führt in diesem Zusammenhang den Begriff der „immaterialgüterrechtlichen Gattungssache“ ein.

Auf **Trollers** ursprüngliche Thesen greift **Sidler**²⁴⁸ zurück, der weder bei der Systemanalyse, noch beim Blockdiagramm oder sonstigen Entwicklungsstufen Raum für Originalität findet²⁴⁹. Für seine kategorische

^{240a} M + R 1986/1 S 22.

^{240b} Rechtskräftig — EDV + R 1986/4 S 34.

^{240c} Die „Commodore“-Entscheidung — Hinweise zum Rechtsschutz gegen Softwarepiraterie vor den österreichischen Gerichten, EDV + R 1986/4 S 2.

²⁴¹ Urheberrecht und Ontologie, UFITA 50 (1967) 385; ders, Urheberrechtlicher Schutz von Anweisungen an den menschlichen Geist?, FS Roeber (1982) 413; ders, Immaterialgüterrecht I³ (1983) 356 ff.

²⁴² AaO (FN 241), UFITA 50 (1967) 411.

²⁴³ AaO (FN 242) 411.

²⁴⁴ AaO (FN 241) FS Roeber (1982) 415.

²⁴⁵ AaO (FN 242) 412.

²⁴⁶ Nur die Mitteilungsträger könnten als Sprach- oder Bildwerke angesehen werden, die aber wegen ihrer mangelnden persönlichen Gestaltung wiederum vom Urheberrechtsschutz ausgeschlossen wären.

²⁴⁷ AaO (FN 242) 418.

^{247a} Der Rechtsschutz von Computerprogrammen in der Schweiz, CR 1986, 232.

²⁴⁸ Der Schutz von Computerprogrammen im Urheber- und Wettbewerbsrecht (1968).

²⁴⁹ Zur Ansicht, daß jeder Programmierer ein eigenes, durch ihn geprägtes Blockdiagramm aufstellen könnte, meint **Siedler**: „Fürwahr eine kühne Auffassung!“ (aaO [FN 248] 34).

Ablehnung führt er zwei Argumente an: „Einmal stellt das Computerprogramm kein ästhetisches Werk, sondern ein Verstandeswerk dar, das ohnehin einem urheberrechtlichen Schutz nicht zugänglich ist. Selbst wenn aber dieses Argument als unbrauchbar verworfen würde, ist der urheberrechtliche Schutz dennoch zu verneinen, weil das Computerprogramm nie eine originale Schöpfung darstellen kann.“²⁵⁰

Heim^{251,252} und **Curchod**²⁵³ folgen ebenfalls **Troller** und lehnen Urheberrechtsschutz ab. Sie halten ihn aber auch für nicht zweckmäßig: Der Maßstab der Originalität sei unterschiedlich; die Identifizierung der Urheber sei manchmal kaum möglich, die in der Schweiz geltende 50jährige Schutzfrist post mortem auctoris sei zu lang und könne durch Bearbeitung sogar noch verlängert werden; das Urheberrecht biete keinen ausreichenden Schutz vor unerlaubter Benutzung.

Kummer betrachtet Computerprogramme auch als bloße Anweisungen und sieht als unüberwindbares Hindernis für einen etwaigen Urheberrechtsschutz die Zweckgebundenheit: „Wo immer aber Zweckmäßigkeit befiehlt, bleibt der Urheberschutz aus.“²⁵⁴

Während die Schweizer Landesgruppe der AIPPI 1974^{254a} noch der ablehnenden Lehre folgte, hielt sie 1983²⁵⁵ das Urheberrecht uU für anwendbar.

Eine grundlegend andere Meinung als die übrige Literatur vertritt **Wittmer**²⁵⁶. Er hält das Urheberrecht für ein zweckmäßiges und brauchbares Schutzinstrument für Computerprogramme. Er sieht „handfeste Individualitäten“²⁵⁷ und in der frei gewählten Operandensymbolik eine schöpferische Eigenart.

Auch **Cherpillod**^{257a} vertritt die Anwendbarkeit des Urheberrechts auf Computerprogramme. Mit Recht betont er, daß das Kriterium der Ästhetik dem Urheberrecht fremd ist. Bei den einzelnen Arbeitsschritten sei genügend Raum für eine individuelle Prägung. Was einen Schutz vor unrechtmäßigem Gebrauch betrifft, so sei dafür das Urheberrecht grundsätzlich nicht zuständig, es sei denn, das Programm würde beim Gebrauch zwangsläufig vervielfältigt werden.

Im Rahmen der Revision des schwUrhG wurde im Parlament mit besonderem Nachdruck der Schutz der Computerprogramme verlangt. Es soll — so **Comte**^{257b} — erreicht werden, „daß sich der Urheberrechtsschutz auch auf unternehmerische Leistungen wie Computerprogramme, Planungsunterlagen, Konstruktionspläne und ähnliche Leistungen bezieht, wohlverstandenen Leistungen, deren Schutz auch im Rahmen der Revision des Wettbewerbsrechts angestrebt wird. Damit stellt sich eine wichtige rechtspolitische Frage: Soll das Urheberrecht neben dem Patentrecht, dem Markenrecht, dem Muster- und Modellrecht sowie dem Wettbewerbsrecht zur 5. Säule des gewerblichen Rechtsschutzes werden? Mit der Forderung, das Urheberrecht dem gewerblichen Rechtsschutz anzugleichen, wird diese Frage bejaht. Diese Bejahung mag für gewisse Bereiche der Industrie und des Gewerbes auf den ersten Blick verlockend erscheinen. Allerdings könnten sich daraus bedeutende Probleme ergeben und für jenen Bereich, auf dem die rechtsethi-

sche Rechtfertigung des Urheberrechts basiert, für den Bereich der Literatur und Kunst nämlich, wäre eine solche Antwort mit Sicherheit nachteilig.“

2. Judicatur

Urheberrechtliche Entscheidungen zum Software-schutz sind aus der Schweiz nicht bekannt.

V. Wettbewerbsrecht (ohne Wettbewerbsstrafrecht)

Als wettbewerbsrechtliche Tatbestände des Zivilrechts kommen insbesondere in Frage: Sklavische Nachahmung, Benutzung einer in wettbewerbswidriger Weise verschafften Leistung, systematische Nachahmung, unmittelbare und nachschaffende Leistungsübernahme, Rufausbeutung, Vertragsverletzung (alles §1 dUWG, §1 öUWG, Art 1 schwUWG, Art 2, 4, 5 schwUWG-Entwurf), Mißbrauch von Unternehmenskennzeichen (§16 dUWG, §9 öUWG, Art 1 schwUWG, Art 3 lit c schwUWG-Entwurf), Angestelltenbestechung und Geheimnismißbrauch (§12 iVm §13 und §§17, 18 iVm §19 dUWG, §§10–12 iVm §13 öUWG, Art 1 schwUWG, Art 4 schwUWG-Entwurf).

A. Deutschland

Von Gamm²⁵⁸ sieht überhaupt das Schwergewicht des Softwareschutzes auf dem Wettbewerbsrecht. **Braun**²⁵⁹ hält einen wettbewerbsrechtlichen Schutz vor allem in Verbindung mit einem durchdachten vertraglichen Schutzsystem für brauchbar. **Kolmsee**²⁶⁰ tritt für einen Leistungsschutz im Rahmen des §1 UWG ein und meint, daß damit Computerprogramme ausreichend geschützt wären.

Einen Wettbewerbsschutz für möglich, aber unzureichend halten **Kolle**²⁶¹, **Beier**²⁶², die Deutsche Lan-

²⁵⁰ AaO (FN 248) 40.

²⁵¹ **Heim**, Die statistische Einmaligkeit im Urheberrecht de lege lata und de lege ferenda (1971) 77 f.

²⁵² **Heim/Curchod**, La protection des programmes d'ordinateurs, RSPIDA 1972, 101.

²⁵³ AaO (FN 252).

²⁵⁴ AaO (FN 233) 202.

^{254a} Rapport im Namen der Schweizergruppe von **Finsler** für die Tagung des Geschäftsführenden Ausschusses des Präsidentenrats in Melbourne vom 24. 2. bis 2. 3. 1974, AIPPI Annuaire 1973/I 437.

²⁵⁵ Beantwortung des Fragebogens für die Tagung des Präsidentenrats 1983 in Athen, AIPPI Annuaire 1984/III 219.

²⁵⁶ AaO (FN 111).

²⁵⁷ AaO (FN 111) 114.

^{257a} L'objet du droit d'auteur. Etude critique de la distinction entre forme et idée (1985) 171 ff.

^{257b} Revisionsbestrebungen im schweizerischen Immaterialgüterrecht, GRUR Int 1986, 675 (677).

²⁵⁸ AaO (FN 129) 99 f.

²⁵⁹ AaO (FN 73) 1344 f.

²⁶⁰ AaO (FN 76) 68 ff.

²⁶¹ AaO (FN 52) 615; **ders**, aaO (FN 48) 72; **ders**, aaO (FN 147) 456.

²⁶² AaO (FN 75) 218 FN 32.

Übersicht über die Diskussion zum Rechtsschutz von Computerprogrammen in der BRD, in Österreich und in der Schweiz	Programme durch Patentrecht schutzbar	Urheberrechtlich schutzbar										Videospiele	Urheberrechtsschutz f. Programme sinnvoll/passend/ausreichend	ergänzender Leistungsschutz sinnvoll	sinnvolle Schutzfrist post creationem (in Jahren)	Sonderschutz sinnvoll	Programme durch Wettbewerbsrecht ausreichend schutzbar	Pr. d. Warenzeichenrecht einm. germaßen ausreichend schutzbar			
		fertiges Programm	Algorithmus	Systemanalyse	Pflichtenheft	Datenflußplan	Programmablaufplan	Blockdiagramm	Quellenprogramm	Codierung	Videospiele										
											Spielidee								zugrundeliegendes Programm	Darstellung als Laufbilder	Darstellung als Filmwerk
1961-1977																					
BPatG 12. 9. 1961	+																				
Huber 1965/67/69	+ -																				
Öhlschlegel 1965	(+)													+							
Ulmer 1966/71/72		(+)						+						+							
Baltzer 1966	-																				
Möhring 1967	-	(+)			(+)																
Moser 1967		(+)			(+)		(+)														
Skaupy 1967	+	+ -												+							
Troller 1967		-																			
Axter/Axter 1967		-r)		+	+		+	-						+			(+)				
Rau 1967	(-)																				
Köhler 1968/69		(+)	-			+		(+)						a)							
Öhlschlegel 1968		(-)												b)							
Kummer 1968		-																			
Sidler 1968		-		-				-	-												
Kumm 1969/70	-																				
v Gamm 1969		(-)	c)		+	(-)								a)			+				
Kargl 1969		+												+			(+)				
BPatG 20. 6. 1969	+																				
Rosener 1970	-	+ -												+ -							
Dittrich 1970/83		(+)		(+)	(+)	(+)	(+)														
BPatG 14. 5. 1970	+																				
Braun 1971	-	(-)																(+)			
Heim 1971		-																			
Baier 1972	-													(-)							
Bruschke 1972		(+)			+	+	(-)		-					b)							
Heim/Curchod 1972		-															d)				
Kolle 1973/74	(-)		-					(+)						a)		unter 20	+ -	-			
Lauschke 1973	+																				
Zipse 1973	(+)																				
Samson 1973		+		+																	
Schwaiger/Kockler 1973	-													-							
BPatG 28. 3. 1973	+																				
AIPPI-BRD 1974															+		-				
B A Pagenberg 1974	+																				
Weissthaner 1974		+																			
öBMJ		(+)		(+)	(+)	(+)	(+)														
Purtschert 1974															-			-			
AIPPI-CH 1974	-																				
BPatG 23. 7. 1974 — Dispositionsprogramm	-																				
BPatG 23. 7. 1974 — Straken	-																				
BPatG 6. 8. 1974 — Prüfverfahren	-																				
Kolmsee 1975	(+)	-		(+)	-	-								a)	+			+			
AIPPI 1975		(+)												+		10-25	-				
Kienzle 1975	-	(+)			(+)	(+)															
BGH 22. 6. 1976 — Dispositionsprogramm	-																				
BGH 1. 7. 1976 — Kennungsscheibe	-																				
Pakuscher 1977														-		10-25	+				
Kolle 1977/82/84	-	(+)												+		e)	-	-			
WIPO-Mustervorschriften 1977																		q)			
BGH 21. 4. 1977 — Straken	-																				

desgruppe der AIPPI²⁶³, Brandi-Dohn²⁶⁴, Betten²⁶⁵, Becker/Horn²⁶⁶ und Schulze²⁶⁷, in manchen Fällen für recht brauchbar halten ihn Frh v Graevenreuth²⁶⁸ und Sieber²⁶⁹.
 Lehmann^{269a} regt einen ergänzenden Titelschutz gem §16 UWG an, dessen Bedeutung aber mE nicht

²⁶³ AaO (FN 87) 163 ff.
²⁶⁴ AaO (FN 178) 185.
²⁶⁵ AaO (FN 171) 69.
²⁶⁶ Der Schutz von Computersoftware in der Rechtspraxis, DB 1985, 1274 (1276).
²⁶⁷ AaO (FN 133) 1006.
²⁶⁸ Unterlassungsanspruch gegen Software-Kopierprogramme, GRUR 1985, 504.
²⁶⁹ AaO (FN 162) 1553 ff.
^{269a} Der wettbewerbsrechtliche Titelschutz für Computerprogramme, CR 1986, 373.

Übersicht über die Diskussion zum Rechtsschutz von Computerprogrammen in der BRD, in Österreich und in der Schweiz	Programme durch Patentrecht schützbar	Urheberrechtlich schützbar											Urheberrechtsschutz f Programme sinnvoll/passend/ausreichend	ergänzender Leistungsschutz sinnvoll	sinnvolle Schutzfrist post creationem (in Jahren)	Sonderschutz sinnvoll	Programme durch Wettbewerbsrecht ausreichend schutzbar	Pr dt Warenzeichenrecht entgegenfalls ausreichend schutzbar	
		fertiges Programm	Algorithmus	Systemanalyse	Pflichtenheft	Datenflußplan	Programmablaufplan	Blockdiagramm	Quellenprogramm	Codierung	Videospiele								
											Spielidee	zugrundeliegendes Programm							Darstellung als Laufbilder
1977-1984																			
BGH 7. 7. 1977 — Prüfverfahren	-																		
Zahn 1978		-	-																+
BGH 14. 2. 1978 — Fehlerortung	-																		
Dt Vereinigung f GRUR 1979		+	-											+			70 pma	-	
Ulmer 1980/82		(+)+		+				+	+					+		e)			
Windisch 1980															+				
BGH 13. 5. 1980 — Antilockiersystem	(+)																		
BGH 16. 9. 1980 — Walzstabteilung	-																		
Sieber 1981		(+)		+			+		-									f)	
Nordemann 1981/82/84		+												+	+	+	a)	-	
G Schulze 1981-83		(-)																	
Nirk 1981		(+)																	
Wittmer 1981						+	+		+					+				-	
LG Kassel 21. 5. 1981		(+)																-	
LG Mannheim 12. 6. 1981 — Inkassoprogramm		-																	
LAG Schleswig-Holstein 24. 6. 1981		+																	
OLG Koblenz 13. 8. 1981		(+)																	
Haberstumpf 1982/83		(+)	q)	(+)		(+)	(+)		(+)	h)								+	
Krieger 1982		(+)												+					
LG Karlsruhe 20. 1. 1982																		-	
BPatG 21. 1. 1982	-																		
LG Mosbach 13. 7. 1982 — Computerprogramme	(+)																		
LG Frankfurt/M 25. 1. 1982 — DONKEY KONG JUNIOR												+		+					
LG München I 21. 12. 1982 — VISICALC		(+)																	
AIPPI-BRD 1983/85	-	+	-											+			i)	-	
Betten 1983/84	(+)	+-	-j)											-			10-25	+	
Seisler 1983													+	+				- (+)	
Dietz 1983/84														-			d)	+	
Frh v Gravenreuth 1983/85/86		(+)											+	(+)	+			f)	
Kindermann 1983		+																	
Fromm/Nordemann/Vinck/Hertin 1983														+					
AIPPI-Ö 1983		(+)												+				-	
Troller 1983/85		-																	
AIPPI-CH 1983		(+)	-															+	
OLG Karlsruhe 9. 2. 1983 — Inkasso-Programm		(+)																	
LG Mannheim 25. 3. 1983 — DONKEY KONG JUNIOR																		(+)	
OLG Hamburg 31. 3. 1983 — PUCKMAN											k)			(+)					
LG Berlin 11. 4. 1983 — Wordstar																		+	
OLG Frankfurt 13. 6. 1983 — Pengo		(+)	-	(+)		(+)			(+)	(+)		l)	-	-					
OLG Frankfurt/M 21. 7. 1983 — DONKEY KONG JUNIOR I		(+)	-	(+)		(+)			(+)	(+)		l)	-	-				-	
OLG Frankfurt/M 4. 8. 1983 — DONKEY KONG JUNIOR II			-	(+)		(+)							-	-					
BAG 13. 9. 1983 — Statikprogramm		(+)	-			(+)	(+)		(+)	-									
Loewenheim 1984/85		(+)	-			(+)			(+)		m)	a)	(+)	(+)	+			-	
Schwerdtel 1984																	+		
Hubmann 1984		(+)																	

Übersicht über die Diskussion zum Rechtsschutz von Computerprogrammen in der BRD, in Österreich und in der Schweiz	Programme durch Patentrecht schützbare	Urheberrechtlich schützbare											Urheberrechtsschutz f. Programme sinnvoll/passend/ausreichend	ergänzender Leistungsschutz sinnvoll	sinnvolle Schutzfrist post creationem (in Jahren)	Sonderschutz sinnvoll	Programme durch Wettbewerbsrecht ausreichend schützbare	Pr. dr. Warenzeichenrecht ein-gemakten ausreichend schützbare				
		fertiges Programm	Algorithmus	Systemanalyse	Pflichtenheft	Datenflußplan	Programm-ablaufplan	Blockdiagramm	Quellenprogramm	Codierung	Videospiele											
											Spielidee	zugrundeliegendes Programm							Darstellung als Laubilder	Darstellung als Filmwerk		
1984-1986																						
Hodik 1984/86			-		(+)													d)	+	-		
LG Kassel 10. 1. 1984 — Hyper Olympic																						
OLG Karlsruhe 14. 3. 1984 — Atari-Spielcassetten													n)	n)	n)							
OLG Nürnberg 8. 5. 1984 — Glasverschnitt-Programm		(+)																				
LG Mannheim 17. 8. 1984 — Inkasso-Programm II		(+)																				
LG Düsseldorf 24. 10. 1984 — Genie-Textverarbeitung		(+)																				
OLG Frankfurt/M 6. 11. 1984 — Druckbalken		(+)																				
AG Kaufbeuren 14. 11. 1984													(+)		(+)							
Bauen 1985			-o)																			
Schroeder 1985													(+)		+							
Brandi-Dohrn 1985		+																				
Becker/Horn 1985	-	(+)																				
dUrhGNov 1985		(+)																				
Rupp 1985																						
Wulff 1985		(+)																				
Jahn 1985																						
Röttinger 1985/86		(+)p)																	d)	+		
Cherpillod 1985		+																				
G Schulze 1985		(-)p)	-o)																			
BGH 9. 5. 1985 — Inkasso-Programm		(+)	-	(+)	(+)	(+)	(+)	(+)	(+)	(-)												
HG Wien 31. 7. 1985 — Zahnarztprogramm		(+)	-	(+)	(+)	(+)	(+)	(+)	(+)						+							
BGH 26. 9. 1985 — Druckbalken		(+)																				
LG München I 12. 7. 1985																					(+)f)	
LG München I 25. 7. 1985		(+)																				
AG München 2. 9. 1985		(+)																				
LG München I 29. 8. 1985		(+)																				
OLG Wien 12. 12. 1985 — Zahnarztprogramm		(+)a)																			(+)f)	
Bohlig 1986																						(+)
Harte-Bavendamm 1986																						f)
Lehmann 1986																						f)
Wolff 1986	(-)	(+)f)			(+)	(+)	(+)	(+)	(+)													f)
Comte 1986																						(-)
Württemberg 1986																						(-)
Habenstumpf 1986			(+)																			d)
Hodik/Tanzer 1986		(+)																				d)
Betten 1986	(+)	(+)																				(+)
Troller 1986		(+)																				-
Erdmann 1986	(-)	+ -																				f)
OLG Karlsruhe 24. 9. 1986																						+ s)

Zeichenerklärung

- + ja
- nein
- (+) grundsätzlich ja, aber Ausnahmen möglich
- (-) grundsätzlich nein, aber Ausnahmen möglich
- + - zweifelnd
- a) keine ausdrücklichen Aussagen, aber aus dem Zusammenhang ergibt sich eine positive Haltung
- b) Die Wirksamkeit des Urheberrechts sei gering.
- c) prinzipiell Urheberrechtsschutz möglich, im Einzelfall aber selten
- d) jedenfalls kürzer als die derzeit im UrhG vorgesehene Dauer
- e) Ein Schutz von 70 Jahren post mortem auctoris sei für Software weder hinderlich noch schädlich, da die Lebensdauer eines Programms idR kurz sei; sollte ein Programm ausnahmsweise eine längere Lebensdauer haben, sei ein langer Schutz auch gerechtfertigt; „Die Länge des Schutzes kann in Kauf genommen werden“.
- f) in manchen Fällen recht brauchbar
- g) Durch die Beschränkung der urheberrechtlichen Befugnisse wissenschaftlicher Autoren könnten manche Inhalte und Algorithmen geschützt werden.

- h) aber häufig nur geringer Raum für Individualität
- i) Eine 70-jährige Schutzfrist post mortem auctoris sei nicht hinderlich, besser wäre aber eine wesentlich kürzere.
- j) Aber ein Schutz sei erforderlich.
- k) unklar, s Text
- l) Eine prinzipielle Möglichkeit des Urheberrechtsschutzes für das dem Videospiel zugrundeliegende Programm bestehe, im konkreten Fall fehle aber eine schöpferisch-geistige Leistung.
- m) in der Praxis aber eher die Ausnahme
- n) Es wurden die urheberrechtlichen Ansprüche abgewiesen, weil der Klagsvortrag unzureichend war
- o) Die Möglichkeit eines angemessenen Schutzes sollte geprüft werden.
- p) wie BGH 9. 5. 1985 — Inkasso-Programm —, aber Großteil der Programme de facto schutzlos
- q) Die Mustervorschriften sind sonderrechtliche Regelungen.
- r) Ein Schutzbedürfnis bestehe nicht.
- s) theoretisch möglich.

über den Schutz durch das Warenzeichenrecht (s.u.) geht. Nach Ansicht von **Harte-Bavendamm**^{269b} hat das Wettbewerbsrecht nicht nur lückenfüllende Funktion, sondern insbesondere durch die Tatbestände der nachschaffenden, unmittelbaren Leistungsübernahme (§ 1 dUWG) und des Geheimnisschutzes (§§ 17-20 a dUWG) nicht unerhebliche Bedeutung.

In der Judicatur²⁷⁰ hat das OLG Frankfurt/Main dem Videospiel „DONKEY KONG JUNIOR“ zweimal²⁷¹ in der Anlehnung an Modeneuheiten einen beschränkten wettbewerbsrechtlichen Leistungsschutz nach § 1 UWG zugestanden, wobei das Gericht die – seiner Meinung nach erforderlichen – besonderen, erst die Wettbewerbswidrigkeit begründenden Umstände vorliegen sah. „Der ‚Schöpfer‘ eines Videospiels genießt ... Leistungsschutz nach § 1 UWG, wenn der Nachahmer das Arbeitsergebnis durch unmittelbare Leistungsübernahme an sich gebracht hat (‚Raubkopien‘). Der Schutz ist auf sechs Monate bis ein Jahr beschränkt, da erfahrungsgemäß die Publikums-Faszination nach diesem Zeitraum erlischt, der Aufwand für die Herstellung des Spiels also innerhalb des genannten Zeitraums ‚lukriert‘ ist. In der Verkürzung des ‚Amortisationszeitraums‘ liegt der Verstoß gegen § 1 UWG.“²⁷² Allerdings weist das Gericht darauf hin, daß die Vorschriften des UWG nicht dazu benützt werden dürfen, einen nicht bestehenden Urheberrechtsschutz zu ersetzen, da sonst insbesondere die zeitliche Begrenzung des Urheberrechtsschutzes ihren Sinn verlöre.

Das LG Berlin hat in seiner Wordstar-Entscheidung vom 11. April 1983²⁷³ die Anwendung von § 1 UWG bejaht und ausgeführt, daß die Beklagte sittenwidrig gehandelt habe, da sie durch Kopieren des Programms und durch unerlaubte Übersetzung des Benutzerhandbuchs „zum Zwecke des Wettbewerbs das fertige Arbeitsergebnis eines anderen, das eine schutzwürdige Eigenart aufweist und nur unter Aufwand an Mühe und Kosten erreichbar war, mittels eines technischen Vervielfältigungsverfahrens unter Einsparung eigener Kosten anfertigt und es ohne jede eigene Verbesserung oder Zutaten in unveränderter Form auf den Markt bringt, um den Berechtigten um die Früchte seiner Arbeit zu bringen“.

Das LG München I hat am 12. Juli 1985^{273a} festgestellt, daß ein Programm, das sich von einem vorbestehenden bei einer Gesamtlänge von 12000 Einzelschritten in nur 9 unterscheidet, kopiert sein muß: „Es ist völlig ausgeschlossen, daß bei einer bloßen Anlehnung an die von der Klägerin entwickelten Gedanken die einzelnen Schritte in den Programmen bis auf 9 Abweichungen identisch würden. Dies kann das Gericht ohne Einschaltung eines Sachverständigen aufgrund eigener Sachkunde beurteilen.“ Ein solcher rein technischer Kopiervorgang falle als „Schmarotzen an fremder Leistung“ unter § 1 dUWG, da die beklagte Partei „sich ein mit großem Aufwand und Mühe errungenes fremdes Arbeitsergebnis durch unmittelbare Leistungsübernahme in unlauterer Weise zu eigen macht“. Sie habe sich gegenüber der klagenden Partei „einen Wettbewerbsvorsprung geschaffen, da sie mit ihrem simplen Kopiervorgang den Leistungsvorsprung der Klägerin beseitigt hat“.

Das LG Karlsruhe hat den wettbewerbsrechtlichen Schutz eines Programms in seinem Urteil vom 20. Jänner 1982^{273b} sehr restriktiv gesehen und ausgeführt, daß die Übernahme einer fremden Leistung grundsätzlich erlaubt und nur bei Vorliegen besonderer Umstände unlauter iSv § 1 dUWG sei, was die klagende Partei im konkreten Fall nicht ausreichend beweisen habe können.

Unabhängig von einer etwaigen urheberrechtlichen Schützbarkeit qualifizierte das LG München I am 12. Juli 1983^{273c} den rein technischen Vorgang des fast vollständigen Kopierens als „Schmarotzen an fremder Leistung“ iSv § 1 dUWG und damit als sittenwidrig, da es sich nicht mehr um ein an sich erlaubtes bloßes Nachschaffen oder Nachempfinden sondern um eine Übernahme und Ausbeutung eines fremden Arbeitsergebnisses ohne jeglichen eigenen ins Gewicht fallenden Schaffungsvorgang handle. „Erst nach Ablauf einer gewissen Nutzungs- und Amortisationszeit kann für die bloße mechanische Vervielfältigung das Unlauterkeitsmoment entfallen.“

B. Österreich

Hodik²⁷⁴ sieht für Software die unmittelbare Leistungsübernahme als wichtigsten Fall des Wettbewerbsrechts an und vertritt die – mE zu befürwortende – Ansicht, daß Sittenwidrigkeit schon in der Übernahme der fremden Leistung und der Verwertung ohne eigenen Beitrag liege. Eine praktische Schwierigkeit liege in Österreich darin, daß eine Beweislastumkehr – im Gegensatz zum deutschen Recht – hier ausgeschlossen ist. Ein Geheimnis gem § 11 öUWG sei das handelsfertige Programm nicht, wohl aber uU die Vorstufen, wie zB das Pflichtenheft²⁷⁵.

Auch **Wolff**^{275a} sieht nur einen begrenzten Schutz durch das Wettbewerbsrecht, da „wettbewerbsrechtliche Ansprüche wohl nur gegen den ‚Raubkopierer‘ geltend gemacht werden [können], nicht aber gegenüber seinen (gutgläubigen) Kunden (und auch dies nur, wenn jener ‚im geschäftlichen Verkehr zu Zwecken des Wettbewerbes‘ gehandelt hat)“. In Einzelfällen könnten auch die wettbewerbsrechtlichen Vorschriften über den Geheimnisschutz, den Vorlagenmißbrauch und den Titelschutz anwendbar sein^{275b}.

^{269b} Wettbewerbsrechtlicher Schutz von Computerprogrammen, CR 1986, 615.

²⁷⁰ Vgl auch LG Mannheim aaO (FN 188) und LG Mosbach aaO (FN 191).

²⁷¹ AaO (FN 195 und 204).

²⁷² AaO (FN 195).

²⁷³ IuR 1986, 24 – rechtskräftig.

^{273a} 21 O 6448/83 St.

^{273b} IuR 1986, 25.

^{273c} CR 1986, 332 (Anm Brandi-Dohrn).

²⁷⁴ AaO (FN 163) 63 ff.

²⁷⁵ Ähnlich auch die österreichische Landesgruppe der AIPPI, Beantwortung des Fragebogens für die Tagung des Präsidentenrats 1983 in Athen, AIPPI Annuaire 1984/III 173.

^{275a} AaO (FN 238 a) 503.

^{275b} Wolff, Der rechtliche Schutz von Computer-Software, EDV + R 1986/3 S 10 (13 f).

Das OLG Wien sprach am 12. Dezember 1985 in seiner „Zahnarztprogramm“-Entscheidung^{275c} aus, daß bei sklavischer Nachahmung iSv §1 öUWG immer besondere unlautere Umstände vorliegen müssen: „Wer ohne jede eigene Leistung, ohne eigenen ins Gewicht fallenden Schadensvorgang^{275d} das ungeschützte Arbeitsergebnis eines anderen ganz oder doch in erheblichen Teilen glatt übernimmt, um so dem Geschädigten mit dessen mühevoller und kostspieliger Leistung Konkurrenz zu machen, macht sich einer schmarotzerischen Ausbeutung fremder Leistung schuldig und verstößt damit gegen die guten Sitten.“

C. Schweiz

Purtschert²⁷⁶ hält einen patentähnlichen Inhaltsschutz in Form eines wettbewerbsrechtlichen Leistungsschutzes für Computerprogramme für weder notwendig noch wünschenswert. Er meint, daß die Software-Hersteller kein übermäßig großes Interesse an einem Schutz hätten, da „der Fabrikant die Kosten, die ihm für seine Programmierungshilfe anfallen, im Verkaufspreis vorwegnimmt. Sollte ein Programm demnach weiterveräußert und seine diesbezüglichen Dienste in der Folge weniger beansprucht werden, so erleidet der Unternehmer dadurch keine finanzielle Einbuße.“²⁷⁷ „Der finanzielle Anreiz, der mit der Leistung verbundene Ertrag, richtet sich mithin nicht nach dem Umstand, ob das Programm für sich, sondern danach, ob die Datenverarbeitung als Einrichtung rentiert.“²⁷⁸ Diese Auffassung mag vielleicht aus den Umständen der damaligen Zeit (1974) zu verstehen sein, ist aber heute mE nicht mehr haltbar.

Wittmer²⁷⁹ erachtet das Wettbewerbsrecht für teilweise brauchbar, insbesondere hinsichtlich des Geheimnisschutzes und des Schutzes vor Übernahmehandlungen; allerdings sei dieser Schutz lückenhaft und oft unsicher. **Wittmer** ist der Auffassung, daß eine Leistung vor krasser Ausbeutung geschützt werden müsse, und neigt dazu, das Wettbewerbsrecht als einen die Sonderrechte ergänzenden subsidiären Leistungsschutz zu sehen. Demgegenüber vertritt aber ein großer Teil der Schweizer Lehre die Meinung, daß ein sonderrechtlich nicht geschütztes Arbeitsergebnis grundsätzlich nachgeahmt werden könne, sofern keine sonstigen wettbewerbswidrigen Begleitumstände hinzutreten.

Für **Troller**^{279a} ist das Kopieren gem. Art 1 Abs 1 schwUWG unlauter und fielen auch unter Art 5 schwUWG-Entwurf.

VI. Warenzeichenrecht

Obwohl **Betten**²⁸⁰ dem Warenzeichen- und Gebrauchsmusterrecht große Bedeutung zumißt, kommen diese Vorschriften höchstens am Rande ergänzend in Betracht. Wie **Becker/Horn**²⁸¹ mE zu Recht ausführen, kann ein warenzeichenrechtlicher Schutz nie das Programm als solches, sondern nur die Werbung, den Vertrieb etc betreffen. In der Praxis kann das Warenzeichenrecht in jenen Fällen hilfreich sein, in denen solche Programme oder Dokumentationen unrechtmä-

ßig vervielfältigt wurden, in denen ein Warenzeichen enthalten war und dieses mitkopiert wurde²⁸².

Als einen indirekten, aber nur ergänzenden Schutz, der die Verfolgung von Softwarepiraterie in der Praxis erleichtern kann, sieht auch **Wolff**^{282a} das Markenrecht an.

Der BGH entschied am 2. Mai 1985²⁸³, daß ein Warenzeichen sowohl für die Ware Computerprogramm (als Ergebnis einer geistigen Leistung) als auch für die Dienstleistung Computerprogramm (lediglich verkörpert in der Hilfsware des beliebigen Trägers) eingetragen werden könne; eine Abgrenzung sei allerdings notwendig. Auch das BPatG meinte in seiner Entscheidung vom 27. September 1985^{283a}, daß der Begriff „Datenverarbeitungsprogramme“ für einen Anmeldegegenstand nicht zu unbestimmt iSv §2 WZG sei. Dazu bemerkt **Betten**²⁸⁴, daß Warencharakter nur solchen Programmen zugesprochen werden könne, bei denen Computerprogramm und Datenträger untrennbar miteinander verbunden seien, dh „wenn die Änderbarkeit des Computerprogramms ausgeschlossen oder wenigstens mit technischen oder programm-technischen Mitteln erschwert wird“.

VII. Vertragsrecht²⁸⁵

Das Vertragsrecht hat va vorbeugende Bedeutung und ergänzt andere Schutzmöglichkeiten. Allerdings wirkt es nur zwischen den Vertragspartnern und nicht gegen Dritte. Denkbar sind Verträge zwischen dem Software-Hersteller und dem Software-Erwerber (Lizenznehmer), zwischen dem Computerunternehmen und dem angestellten Programmierer (Angestellten-, bzw Werkvertrag), zwischen dem Computerunternehmen und dem unabhängigen Software-Hersteller bzw unabhängigen Programmierer (Werkvertrag) sowie zwischen dem Hardware-Hersteller, der die Hardware gemeinsam mit der dazu erworbenen Software vertreibt, und dem Software-Hersteller (Software-Lieferanten).

Inhalt solcher Verträge sollen Regelungen ua über Kontrollrechte, Inhalt und Umfang der Leistungen, Schutz- und Geheimhaltungspflichten, Konkurrenzkláuseln, Umfang von Verwendung, Vervielfältigung

^{275c} AaO (FN 240 a).

^{275d} Richtig wohl: „Schaffungsvorgang“.

²⁷⁶ Der Schutz des unmittelbaren Ergebnisses einer Arbeits- oder Unternehmensleistung (1974) 280 ff.

²⁷⁷ AaO (FN 276) 285.

²⁷⁸ AaO (FN 276) 287.

²⁷⁹ AaO (FN 111) 71 ff.

^{279a} AaO (FN 247 a) 233.

²⁸⁰ AaO (FN 149, 171 und 185 a).

²⁸¹ AaO (FN 266) 1276.

²⁸² Vgl OLG Frankfurt aaO (FN 195); LG Berlin aaO (FN 273); AG Paderborn 13. 10. 1983, 20 Cs 20 Js 189/83 (199/83) (rechtskräftig); so auch **Bohlig**, Warenzeichen: Eine alternative Schutzmöglichkeit für Computerprogr.? CR 1986, 126.

^{282a} AaO (FN 238 a) 502 f sowie aaO (FN 238 b) 11.

²⁸³ Datenverarbeitungsprogramm als „Ware“ — GRUR 1985, 1055 (krit **Betten**) = WM 1985, 1322 = DB 1985, 2603.

^{283a} Datenverarbeitungsprogramme als „Ware“ — Mitt 1986, 18.

²⁸⁴ AaO (FN 283) 1058.

²⁸⁵ Siehe dazu va **Braun** aaO (FN 73) 1344; AIPPI-BRD aaO (FN 87) 165 f.; **Pakuscher** aaO (FN 49) 43.

und Verbreitung, Konventionalstrafen, Änderungs- und Bearbeitungsrechte, Haftung bei mißbräuchlicher Verwendung durch Dritte, Beschränkung des Zugangs zum Programm auf bestimmte Personen etc sein.

Als generelles und umfassendes Schutzinstrument kommt Vertragsrecht nicht in Frage, kann aber — wie aus der BGH-Entscheidung „Inkasso-Programm“²⁸⁶ ersichtlich ist — im Einzelfall große Bedeutung haben. Es kann nicht deutlich genug darauf hingewiesen werden, wie viel wirtschaftlicher Schaden durch gut durchdachte Verträge vermieden werden kann.

VIII. Strafrecht

A. Kernstrafrecht²⁸⁷

Als strafrechtlich eventuell relevante Handlungen kommen Computermanipulation, Computerspionage, Software-Diebstahl, Computersabotage und „Zeitdiebstahl“ in Frage. Der Schaden kann mehrere Millionen DM betragen, eine Zunahme der Computerkriminalität mit allen ihren facettenreichen Varianten ist zu befürchten. Als Vorbeugung können personelle, betriebsorganisatorische, technische, vertragsrechtliche und versicherungsrechtliche Maßnahmen dienen.

1. Deutschland

Generell wird die Anwendbarkeit des Kernstrafrechts in der Literatur²⁸⁸ zurückhaltend beurteilt. Diskutiert werden folgende Tatbestände: Diebstahl, Betrug, Hehlerei, Begünstigung, Strafvereitelung, Unterschlagung, Entziehung elektrischer Energie, Automatenmißbrauch, Untreue, Urkundenfälschung, Fälschung technischer Aufzeichnungen, Urkundenunterdrückung und Unterdrückung technischer Aufzeichnungen, Schutz öffentlicher Urkunden und Verwahrungsbruch. Eindeutig ist die Lage jedenfalls in jenen seltenen Fällen, wo zB eine Diskette oder Programmdokumentation in Zueignungsabsicht entwendet wurde. Bekannt geworden sind — neben einer Entscheidung^{288a}, die den Verkauf von Raubkopien als Betrug ansah — nur wenige Entscheidungen, die sich hauptsächlich mit Video-Spielen befaßten²⁸⁹.

Das Zweite Gesetz zur Bekämpfung der Wirtschaftskriminalität (2. WikG) vom 15. Mai 1986 (BGBl I 721)^{289a} fügte in das dStGB folgende Bestimmungen ein: Ausspähen von Daten (§ 202 a), Computerbetrug (§ 263 a), Fälschung beweisheblicher Daten (§ 269), Täuschung im Rechtsverkehr bei Datenverarbeitung (§ 270), Datenveränderung (§ 303 a) und Computersabotage (§ 303 b).

2. Österreich^{289b}

Der OGH befaßte sich in seiner Entscheidung vom 19. Dezember 1984²⁹⁰ mit der Qualifikation eines Magnetstreifens als Schriftbild bzw Urkunde und befand in seiner Entscheidung vom 12. Februar 1986^{290a}, daß das Löschen eines Computerprogramms den Tatbestand der Sachbeschädigung verwirkliche.

Im Sommer 1985 wurde ein Entwurf für eine öStGBNov erarbeitet, der ua als neue Tatbestände Beschädigung gespeicherter Daten, Computerbetrug, Fälschung gespeicherter Daten und Unterdrückung gespeicherter Daten enthält, wozu sich Fuchs²⁹¹ kritisch geäußert hat. Im Oktober 1986 legte das BMJ einen

überarbeiteten Entwurf eines Strafrechtsänderungsgesetzes 1986^{291a} vor, der nur noch zwei dieser Tatbestände vorsieht: Datenbeschädigung (§ 126 a) und betrügerischer Datenverarbeitungsmissbrauch (§ 148 a). Ob, wann und in welcher Form diese neuen Bestimmungen in Kraft treten werden, läßt sich derzeit nicht abschätzen.

Schmölzer^{291b} mißt dem Sachbegriff rechtsdogmatisch gesehen große Bedeutung zu. Sie hält es aber für entbehrlich, einen Tatbestand „Beschädigung gespeicherter Daten“ zu schaffen.

3. Schweiz

Aus der Schweiz ist nur eine Entscheidung²⁹² bekannt, die Magnetbänder, auf denen Computerprogramme gespeichert waren, als Gegenstand des Diebstahls angesehen hat.

B. Urheberstrafrecht²⁹³

Urheberstrafrecht kommt nur dann in Betracht, wenn es sich um ein urheberrechtlich geschütztes

²⁸⁶ AdO (FN 133).

²⁸⁷ Eine ausführliche Diskussion der Anwendbarkeit des Kernstrafrechts auf Computerprogramme muß hier unterbleiben, um den Umfang dieses Aufsatzes nicht zu sprengen; es sei auf die in den FN angegebene Literatur verwiesen.

²⁸⁸ Sieber, Computerkriminalität und Strafrecht² (1980); ders, Gefahr und Abwehr der Computerkriminalität, BB 1982, 1433; Frh v Gravenreuth, Strafrechtliche Beurteilung des unrechtmäßigen Kopierens von Computersoftware, BB 1983, 1742; ders, Erste Strafentscheidungen zur Software-Piraterie, GRUR 1985, 416; ders, Die Praxis der strafrechtlichen Verfolgung der Software-Piraterie, ZUM 1985, 539; Wulff, Computerprogramme und Videoaufzeichnung als Gegenstand einer Straftat, BB 1985, 427; Lieben, Strafrechtliche Bekämpfung der Videopiraterie durch die §§ 257 ff. StGB, GRUR 1984, 572; Kollé, aaO (FN 147); Winkelbauer, Computerkriminalität und Strafrecht, CR 1985, 40; Paul, Programmsabotage — Polizeiliche Ermittlungspraxis und Virusprogramme, CR 1985, 52; Sieg, Strafrechtlicher Schutz gegen Computerkriminalität, Jura 1986, 352; Engelhard, Computerkriminalität und deren Bekämpfung durch strafrechtliche Reformen, DVR 1985, 165; Frh v Gravenreuth, Lokale Besonderheiten bei strafrechtlicher Verfolgung der Software-Piraterie, CR 1986, 586; Liebl/Grosch, Datendiebstahl als Form der Computerkriminalität, CR 1985, 162.

^{288a} AG Mannheim 22. 5. 1986 (rechtskräftig), CR 1986, 661.

²⁸⁹ AG Brakel 64 Cs/20 Js 320/83 (rechtskräftig); AG Einbeck Ls 24 Js 8995/84-60-84; AG Kaufbeuren 14. 11. 1984 Ds 31 Js 10067/84 (rechtskräftig); AG Paderborn aaO (FN 282).

^{289a} Die hier interessierenden Bestimmungen sind abgedruckt in CR 1986, 233; s auch Lenckner/Winkelbauer, Computerkriminalität — Möglichkeiten und Grenzen des 2. WiKG, CR 1986, 483 und 654.

^{289b} Jaburek/Schmölzer, Computerkriminalität (1985).

²⁹⁰ ÖJZ 1985, 659.

^{290a} M + R 1986/3 S 25 (Anm Schmölzer).

²⁹¹ Zum Entwurf von Strafbestimmungen gegen die Computerkriminalität, RdW 1985, 330.

^{291a} Abgedruckt in BMJ (Hrsg.), Strafrechtsreform 1986, Schriftenreihe des BMJ Bd 31.

^{291b} Computerkriminalität und ihre Bekämpfung, EDV + R 1986/4 S 28.

²⁹² BGer 6. 2. 1985, M + R 1985/3 Archiv 22.

²⁹³ S insbesondere die in FN 201 a, 288 und 289 angegebene Literatur und Judicatur.

Werk handelt; ist also der Werkcharakter iSd UrhR anerkannt, so sind — das Vorliegen sonstiger erforderlicher Tatbestandselemente vorausgesetzt — urheberstrafrechtliche Normen stets anzuwenden. Hinsichtlich Computerprogramme ergeben sich — ihre urheberrechtliche Schützbarkeit vorausgesetzt — keine Besonderheiten oder Unterschiede zu anderen Werken.

C. Wettbewerbsstrafrecht²⁹⁴

Als Tatbestände kommen in Frage: Geheimnisverrat und Verleitung dazu (§§ 17 und 20 dUWG, § 11 öUWG, Art 13 schwUWG, Art 4 schwUWG-Entwurf), Vorlagenfreibeuterei (§§ 18 und 20 dUWG, § 12 öUWG, Art 13 schwUWG, Art 4 schwUWG-Entwurf) und Bestechung (§ 12 dUWG, § 10 öUWG, Art 3 schwUWG, Art 4 schwUWG-Entwurf). Die Regierungsvorlage²⁹⁵ zu einer dUWGNov soll die Ahndung des Sich-Verschaffens eines Geheimnisses erleichtern²⁹⁶.

VII. Sonderschutz de lege ferenda

Wie sich gezeigt hat, kommt als einziges — einigermaßen brauchbares — Schutzinstrument für Computerprogramme de lege lata — wenn überhaupt — nur das Urheberrecht in Frage. Doch bestehen noch viele Zweifel und Nachteile, die die Anwendung des Urheberrechts mit sich bringt. So verwundert es nicht, daß sich die Literatur und auch internationale Organisationen (zB WIPO und AIPPI) Gedanken über die Sinnhaftigkeit, Praktikabilität und Ausgestaltung eines möglichen, neu zu schaffenden Sonderschutzes sui generis gemacht haben. Einen solchen Sonderschutz für Computerprogramme gibt es im deutschsprachigen Raum nicht; weltweit sehen nur Bulgarien²⁹⁷ und unter dem Deckmantel des Urheberrechts Frankreich²⁹⁸ einen solchen Sonderschutz vor. Die Meinungen²⁹⁹ in Deutschland, Österreich und der Schweiz reichen von völliger Ablehnung bis zur Ansicht, ein Sonderschutz sei die einzige Lösung. Es scheint, daß sich in jüngster Vergangenheit die Forderungen nach einem Schutz sui generis verstärkt haben.

Einem neu zu schaffenden Sonderschutz stehen insbesondere **Beier, Nordemann, Loewenheim**, die Deutsche und Österreichische Landesgruppe der AIPPI, die Deutsche Vereinigung für gewerblichen Rechtsschutz und Urheberrecht, **Wittmer** und zT **Kolle** ablehnend gegenüber. Als Argumente werden u a angeführt: die Gefahr einer Zersplitterung des gewerblichen Rechtsschutzes, die lange Dauer bis zum Inkrafttreten einer erst zu erarbeitenden internationalen Konvention, die Ungewißheit, ob dann alle wesentlichen Staaten einem solchen Übereinkommen beitreten würden, die Gefahr der Aushöhlung der klassischen Schutzsysteme, die mangelnde Berechtigung, ausgerechnet für Software einen Sonderschutz zu schaffen.

Eher positiv einem Sonderschutz gegenüber eingestellt sind **Ölschlegel, Pakuscher, Zahn, Haberstumpf, Kargl**, die Schweizer Landesgruppe der AIPPI,

Betten, Dietz, Hodik, Bauer, Schulze, Jahn und Röttinger.

Zum Teil werden Sonderregelungen im Rahmen des Urheberrechts verlangt³⁰⁰. Diese Vorgangsweise, der Frankreich gefolgt ist, ist mE abzulehnen, da dies zu einer Verwässerung des Urheberrechts und einer unzulässigen Vermischung von gewerblichem Rechtsschutz und Urheberrecht führt³⁰¹. Da die Probleme, die sich bei der Anwendung des Urheberrechts auf Computerprogramme ergeben, vielfältig und einem wirklichen Schutz hinderlich sind (Schutzfrist, Schutzvoraussetzungen, Werkhöhe, Arbeitnehmerurheberrecht etc), erscheint die Schaffung eines selbständigen Sonderschutzes unabhängig von bestehenden Rechten die einzig zufriedenstellende Lösung³⁰².

Anzustreben ist mE ein umfassendes Computerrecht, das möglichst alle in Frage kommenden Sachverhalte regelt: Programmschutz, Rechte, Lizenzen, Arbeitnehmerbestimmungen etc. Ein solches Computerrecht sollte auch Semiconductor-Chips berücksichtigen. Jedenfalls müßte ein solches Gesetz oder eine solche Konvention die Anwendung jedes anderen Rechtsgebietes ausschließen, um die dort bestehenden Probleme und Nachteile zu vermeiden. Ziel sollte eine international koordinierte Erarbeitung dieses Computerrechts sein. Das mag vielleicht gewisse Schwierigkeiten mit sich bringen, doch hat das Genfer Tonträgerabkommen gezeigt, daß eine internationale Konvention durchaus in einem vertretbaren Zeitraum zu erarbeiten ist. Zudem bestehen auf dem Gebiet der Software bereits zahlreiche Vorarbeiten, auf die aufgebaut werden könnte. Die weiteren Überlegungen zum Schutz von Computerprogrammen müssen mE in Richtung eines Schutzinstruments sui generis gehen und nicht, wie das Urheberrecht am besten zurechtgebogen werden könnte. Denn Computersoftware sprengt nicht nur die Grenzen des Urheberrechts, sondern des ganzen Immaterialgüterrechts.

²⁹⁴ S insbesondere **Rupp**, Strafrechtlicher Schutz von Computer-, Soft- und Orgware nach §§ 17 ff. UWG unter Berücksichtigung der Reformentwürfe zum UWG, WRP 1985, 676; **Braun** aaO (FN 73) 1344; AIPPI-BRD aaO (FN 87) 163 f.; **Frh v Gravenreuth**, aaO (FN 288) BB 1983, 1742; **Sieber** aaO (FN 162); **Brandi-Dohrn** aaO (FN 178).

²⁹⁵ BT-Drucks 9/1707; BR-Drucks 60/82.

²⁹⁶ Vgl **Rupp** aaO (FN 294).

²⁹⁷ AaO (FN 26).

²⁹⁸ AaO (FN 35).

²⁹⁹ Eine Übersicht über verschiedene ausländische Vorschläge bis zur Mitte der Siebziger Jahre bietet **Kindermann**, Special Protection Systems for Computer Programs — A Comparative Study, 7 IIC 301 (1976). Auf die internationale Diskussion zur Frage eines Sonderschutzes und insbesondere auf die Arbeiten der WIPO und der AIPPI kann hier nicht eingegangen werden; s dazu **Kolle** aaO (FN 48).

³⁰⁰ ZB **Pakuscher** aaO (FN 49); **Ölschlegel** aaO (FN 47).

³⁰¹ S ausführlich **Röttinger** aaO (FN 35).

³⁰² Vehement für einen Sonderschutz haben sich in jüngster Vergangenheit ua **Betten**, aaO (FN 149 und 171), **Bauer** aaO (FN 31), **Jahn** aaO (FN 236), **Schulze** aaO (FN 133) und **Röttinger** aaO (FN 31), ausgesprochen.