

Rechtsschutz von Computerprogrammen

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

Teil II: Urheberrecht**

Dr. Moritz Röttinger***

IV. Urheberrecht

A. Bundesrepublik Deutschland

1. Literatur
2. Judicatur
3. Urheberrechtliche Bilanz
4. Exkurs: Videospiele
5. Exkurs: Urheberrechtlicher Leistungsschutz

IV. Urheberrecht

Auch bei urheberrechtlichen Fragen sind die Unsicherheiten beim Ausloten des Schutzes deutlich, man tastete sich in verschiedene Richtungen vor, so daß es zunächst den Anschein einer wirren Diskussion hatte. Diese Situation muß aber vor dem historischen Hintergrund gesehen werden: Die Urheberrechtler waren Mitte der Sechziger Jahre das erste Mal mit dieser für sie so völlig neuen und vielfach auch teilweise unverständlichen technischen Materie konfrontiert. So ist es anhand der Entwicklung in den ersten Jahren interessant zu sehen, wie Juristen an diese neu auftauchenden Probleme herangingen. Aus diesem Grund soll die Diskussion dieser juristischen „Urphase“ relativ ausführlich dargestellt werden, vielleicht auch in manchen Details und Stellungnahmen, die heute schon längst als überholt geklärt sind. Auch über die dann folgende Diskussion kann aus Platzgründen keine vollständige inhaltliche Darstellung gegeben werden; es sollen nur die wichtigsten, interessantesten und bemerkenswertesten Äußerungen – allerdings aller – durch Veröffentlichungen in Erscheinung getretenen Autoren angeführt werden. Deren allgemeine Einstellung zu verschiedenen Problemen ist der ergänzenden Tabelle zu entnehmen.

Zwei Fragen, die teilweise bis heute noch nicht vollständig beantwortet sind, standen zunächst allgemein im Mittelpunkt und wurden im weiteren Verlauf der juristischen Diskussion sehr genau untersucht: Einerseits die Einordnung der Programme und ihrer Vorstufen in eine der Kategorien der urheberrechtlich geschützten Werke und andererseits die Subsumtion von

Software unter den Begriff der persönlichen geistigen Schöpfung.

*Möbring*¹¹⁶ sieht im Programm ein Schriftwerk iSv § 2 Abs 1 Z 1 UrhG und nicht Darstellungen wissenschaftlicher oder technischer Art gem § 2 Abs 1 Z 7 UrhG. Er stellt an das Maß der eigenschöpferischen Leistung keine besonders hohen Anforderungen, ihm genügt eine sich bei der Sammlung, Einteilung oder Anordnung der Daten ausdrückende Individualität, sofern die Leistung über das rein Schablonenmäßige und eine bloß mechanische Rechenarbeit hinausgeht. Auch *Moser*¹¹⁷ hält sowohl das Flußdiagramm als auch das Umwandlungs- und Operationsprogramm für urheberrechtlich schützenswert. *Öhlschlegel* formuliert vorsichtig – verständlich, da er das UrhG 1965 damals erst im Entwurf kannte: „Es scheint ..., als wäre das Gesetz, wenn es entsprechend ergänzt würde, durchaus brauchbar.“¹¹⁸

*Ulmer*¹¹⁹ bejaht im wesentlichen die urheberrechtliche Schützenswertigkeit der Programme und sieht grundsätzlich einen Platz für Individualität. Es bestünde eine „Breite der Wahlmöglichkeiten, die notwendigerweise dazu führt, daß, je umfangreicher das Programm wird, umso mehr die von verschiedenen Programmierern für dieselbe Aufgabe entwickelten Programme voneinander abweichen“¹²⁰.

* Anlaß dieser Arbeit war ein vom Verfasser am Max-Planck-Institut für ausländisches und internationales Patent-, Urheber- und Wettbewerbsrecht, München, gehaltenen Vortrag. Literatur und Judicatur wurden bis 31. 12. 1986 berücksichtigt.

** Der 1. Teil erschien in iur 1986, 293.

*** Dr. jur., Rechtsanwaltsanwärter in Wien

¹¹⁶ AaO (FN 64) 273 ff.

¹¹⁷ AaO (FN 49) 643.

¹¹⁸ AaO (FN 47) 467. *Öhlschlegel* ist auch der einzige, der noch kurz auf das LUG 1901/1910 eingeht.

¹¹⁹ Der Urheberschutz wissenschaftlicher Werke unter besonderer Berücksichtigung der Programme elektronischer Rechenanlagen, Sitzungsberichte der Bayerischen Akademie der Wissenschaften 1967/1 = Copyright Protection of Scientific Works with Special Reference to Computer Programs, 2 IIC 56 (1971) = RIDA 74 (1972) 47.

¹²⁰ AaO (FN 119) 16 f.

Zu einem etwas zwiespältigen Ergebnis kommen *Axter/Axter*¹²¹. Sie halten das Programm in seiner endgültigen Verkörperung (Lochkarte, -streifen oder Magnetband) für nicht schutzbar, weil „diese Verkörperung der Verwirklichung, nicht aber der Mitteilung der dem Programm zugrundeliegenden Gedanken“ diene. Geschützt sei hingegen die Verkörperung der Systemanalyse als persönliche geistige Schöpfung. Als „kann sinnvolles Ergebnis“ kritisiert *Skaupy*¹²² mit Recht diesen Gedankengang. Denn dann wären Programme zwar in ihren Anfangsstadien, nicht aber nach ihrer Vollendung geschützt. Allerdings hat *Skaupy* selbst Zweifel, ob Programme eine persönliche geistige Schöpfung sind, und sieht praktische Schwierigkeiten bei der Durchsetzung eines etwaigen Urheberrechtsschutzes¹²³. *Axter/Axter* halten die Gewährung eines Ausschließlichkeitsrechts weder für praktisch durchführbar noch für notwendig, da der Programmhersteller sich eine angemessene Belohnung auf vertraglicher Basis sichern könne und Programme – im Gegensatz zu Schriftwerken im engeren Sinn – nicht zur allgemeinen Veröffentlichung bestimmt seien; sie könnten daher durchaus geheimgehalten und vor Vervielfältigung geschützt werden.

Das Problem des angestellten Programmierers sehen bereits *Möbring*¹²⁴ und *Öbschlegel*¹²⁵ und meinen, daß die Nutzungsrechte an den Programmen aufgrund stillschweigender Übertragung dem Arbeitgeber zustünden.

Schöpfungen, die Computer hervorgebracht haben, hält *Moser*¹²⁶ in Form des „konkretisierbar vorliegenden Werks“ urheberrechtlich schutzbar, wenn sie so geartet sind, daß ein gleichwertiges, von Menschenhand geschaffenes Werk geschützt wäre.

Um einen schnellen und rationalen Schutz zu gewährleisten, schlägt *Öbschlegel*¹²⁷ ein Registrierungsverfahren bei einer neu zu schaffenden internationalen Eintragungssammelstelle und die Errichtung einer Programmverwertungsstelle ähnlich der GEMA zur Verteilung der Tantiemen an die Nutzungsberechtigten vor.

Ende der Sechziger Jahre tritt die juristische Diskussion in ein Stadium detaillierterer Analyse. Zwei Meilensteine sind hier zu nennen: Die erste in Buchform erschienene ausführliche Untersuchung 1968 von *Köhler*¹²⁸ und der ein Jahr später erschienene und damals in seiner Tragweite unterschätzte Aufsatz von *v. Gamm*¹²⁹.

*Köhler*¹³⁰ hält den Datenflußplan für nicht schutzbar, wohl aber den Programtablaufplan und die Kodierung. Er wehrt sich, gerade hier von schablonenhafter Tätigkeit zu sprechen, da die Entscheidungen des Programmierers auch in der Codierungsphase sich nicht zwangsläufig ergäben. Die konkreten Überlegungen betreffend Rechenzeit, Speicherbelegung, Verständlichkeit und Übersichtlichkeit ließen genügend individuellen Spielraum. *Köhler* wirft auch die Frage auf, ob eventuell durch den Schutz eines optimalen Programms überwiegende Interessen der Allgemeinheit verletzt würden und diese Programme daher in den Bereich des Allgemeingutes fallen müßten¹³¹.

*V. Gamm*¹³² – 1969 noch Landgerichtsdirektor in München – trifft einige Feststellungen, auf die 1985 der BGH¹³³ – v. Gamm ist mittlerweile Vorsitzender des für Urheberrechtsfragen zuständigen 1. Zivilsenats geworden – Bezug nimmt. Computerprogramme und deren Vorstufen wiesen einen geistigen Gedankeninhalt auf, der seinen Niederschlag und Ausdruck „in der Gedankenformung und -führung des dargestellten Inhalts und/oder in der besonderen geistvollen Form und Art der Sammlung, Einteilung und Anordnung des dargebotenen Stoffs“¹³⁴ finde. Mit Ausnahme der technischen Lehre und der Codierung sei in allen Entwicklungsphasen eines Programms eine persönliche geistige Schöpfung möglich. *V. Gamm* stellt etwas klar, das in der Anfangszeit der urheberrechtlichen Diskussion bisweilen übersehen wurde: „Mit fortschreitender Werkvollendung konsumiert das Urheberrecht der jeweils nachfolgenden Werkstadien den Schutz der vorausgegangenen Stadien, soweit sie in diesen aufgehen.“¹³⁵ Vor dem Hintergrund dieser grundsätzlichen urheberrechtlichen Schützbarkeit von Software muß aber jedes einzelne in Frage stehende Programm auf das tatsächliche Vorliegen der erforderlichen Schutzvoraussetzungen geprüft werden, und zwar durch den Vergleich mit bekannten Programmen und übrigen Anordnungs- und Einteilungsprinzipien. „Alle in der

¹²¹ *Axter/Axter*, Die Urheberrechtsschutzfähigkeit von Rechenprogrammen, BB 1967, 606.

¹²² Zur Schutzfähigkeit von elektronischen Rechenprogrammen, BB 1967, 945 (946).

¹²³ AaO (FN 54) 125 ff.

¹²⁴ AaO (FN 64).

¹²⁵ AaO (FN 51) 681.

¹²⁶ AaO (FN 49) 642. Vgl. zu dieser Problematik ua: *Ulmer*, Der urheberrechtliche Werkbegriff und die moderne Kunst, GRUR 1968, 527; *Samson*, Die moderne Kunst, die Computer-„Kunst“ und das Urheberrecht, UFITA 56 (1970) 117; *Möbring*, Können technische, insbesondere Computer-Erzeugnisse Werke der Literatur, Musik und Malerei sein? UFITA 50 (1967) 835; *Hirsch Ballin*, Zufallsmusik, UFITA 50 (1967) 843; *Rissert*, Problèmes de droit d'auteur découlant de l'utilisation d'ordinateurs pour la création d'œuvres, DdA 1979, 244; *Rau*, Antikunst und Urheberrecht (1978); *Weissthanner*, Urheberrechtliche Probleme Neuer Musik (1974).

¹²⁷ AaO (FN 47) 468 und aaO (FN 51) 681. Zur Schaffung einer solchen Stelle auf internationaler Basis krit *Kargl*, aaO (FN 17).

¹²⁸ Der urheberrechtliche Schutz der Rechenprogramme (1968).

¹²⁹ Der urheber- und wettbewerbsrechtliche Schutz von Rechenprogrammen, WRP 1969, 96.

¹³⁰ AaO (FN 128) und *ders*, Zum Urheberschutz für Programme elektronischer Datenverarbeitungsanlagen, BB 1969, 1114.

¹³¹ AaO (FN 128) 68.

¹³² AaO (FN 129).

¹³³ 9. 5. 1985 – Inkasso-Programm – BB 1985, 1747 = WRP 1985, 1235 = CuR 1985, 22 = Medien und Recht 1985/5 Archiv 1 = GRUR 1041 = NJW 1986, 192; vgl. dazu *Frb v Gravenreuth*, „Inkasso-Programm“-Entscheidung des BGH, BB 1985, 2002; *Bauer*, aaO (FN 31); *Schulze*, Urheberrechtsschutz von Computerprogrammen – geklärte Rechtsfrage oder bloße Illusion?, GRUR 1985, 997; *Röttlinger*, aaO (FN 31); *Sieber*, Bilanz eines „Musterverfahrens“, CuR 1986, 699.

¹³⁴ AaO (FN 129) 98.

¹³⁵ AaO (FN 129) 97.

Nähe bleibenden Gestaltungsformen besitzen keinen hinreichenden schöpferischen Eigentümlichkeitsgrad.¹³⁶ Weder die reine mechanisch-technische Fortführung von Bekanntem noch Zeit- oder Arbeitersparnis seien ein urheberrechtliches Qualifikationsmerkmal. „Erst in einem erheblich weiterem Abstand beginnt die untere Grenze der Urheberrechtsschutzfähigkeit, die damit ein bedeutendes schöpferisches Übertragen der Gestaltungstätigkeit in Auswahl, Sammlung, Sichtung, Anordnung und Einteilung der Informationen und Anweisungen gegenüber dem allgemeinen Durchschnittskönnen voraussetzt.“¹³⁷ Die Bedeutung gerade dieses Satzes, den sich später der BGH zu eigen machen sollte, wurde in den folgenden 1½ Jahrzehnten zu wenig erkannt, was aber aus retrospektivischer Sicht verständlich ist.

Rosener¹³⁸ sieht ein Problem darin, daß das Urheberrecht zwar Vervielfältigung und Verbreitung regle, nicht aber die „hier allein interessierende Benutzung“ berücksichtige. Auch Braun¹³⁹ sieht dieses Problem und hält eine Speicherung des Programms in der Maschine nur dann für eine Vervielfältigung, wenn das eingespeicherte Programm sich in allen Einzelheiten dem Benutzer optisch oder akustisch mitteilt. Fast unüberwindbare Hindernisse sieht Braun in der Rechtsdurchsetzung und kommt somit zum radikalen Schluß: „Die praktische Bedeutung des Urheberrechts für den Schutz von Rechenprogrammen ist damit alles in allem äußerst gering zu veranschlagen.“¹⁴⁰

Brutschke legt 1972 eine ausführliche Untersuchung¹⁴¹ vor. Für ihn kommt ein Urheberrechtsschutz für das Objektprogramm nur insoweit in Frage, als „in ihm durch schutzlose Umgestaltung oder Vervielfältigung der schutzfähige Gedankeninhalt des Flußdiagramms niedergelegt ist“¹⁴². Das Codieren sei eine Umgestaltung iSv § 23 UrhG, die Übertragung auf Eingabemedien (Lochkarten, Magnetbänder etc.) eine Vervielfältigung ebenso wie die Umwandlung des Quellens in das Objektprogramm.

Da bei Computerprogrammen die geistig-gewerbliche Leistung im Vordergrund stehe und das eigenschöpferische, geistig-ästhetische Moment aber gering sei, melden Schwaiger/Kockler¹⁴³ wegen eines möglichen Mangels eines kulturellen Gehalts Zweifel an der urheberrechtlichen Schützbarkeit an.

Weisstanner bejaht den individuellen Charakter von Rechenprogrammen. „Daß die individuelle geistige Leistung bei jeder einzelnen Entscheidung in der Regel sehr gering ist, spielt keine Rolle. Die Summe der Entscheidungen macht das Programm jedenfalls zu einer individuellen Leistung.“^{143a}

Ulmer kommt nach langer und verdienstvoller intensiver Beschäftigung mit dieser Materie zum Schluß, daß Urheberrechtsschutz grundsätzlich zu bejahen sei und aufgrund der meist vorhandenen verschiedenen Lösungsmöglichkeiten prinzipiell genügend Spielraum für ein eigenpersönliches Schaffen bestehe¹⁴⁴. Auf internationaler Ebene hält er die RBÜ für einen passenden und brauchbaren Regelungsmechanismus¹⁴⁵.

Für die Praxis sehr wichtig, stellt Ulmer¹⁴⁶ fest, daß jede Speicherung — somit auch jede Benutzung, jeder

Programmlauf¹⁴⁷ — des Programms in der Maschine bereits eine Vervielfältigung iSd UrhG darstelle. Diesen Gedankengang führt Kolle zu Ende: „Das Urheberrecht schützt also zwar Vervielfältigungsrecht auch gegen den unbefugten Gebrauch des Programms.“¹⁴⁸

Auch für Rupp^{148a} wird grundsätzlich mit jedem Programmablauf eine Vervielfältigung iSv § 16 dUrhG hergestellt.

Diese Auffassung widerlegt — in mE überzeugender Weise — Haberstumpf¹⁴⁹. Eine — wenn auch nur vorübergehende, flüchtige — Fixierung des Werkes und damit eine Vervielfältigung finde nur beim Einlesen des Programms von einem von der Maschine räumlich getrennten Datenträger in den Hauptspeicher statt. Wird das Programm aber nicht von auswärts, d. h. von einem getrennten Datenträger (z. B. einer Magnettrommel) in den Hauptspeicher eingelesen oder ist es bereits im Hauptspeicher fixiert, so bleibe vor, während und noch nach dem Programmlauf der Gegenstand, den das Werk unmittelbar präsentiert, derselbe; eine Vervielfältigung finde dann nicht statt. Ebenso liege der Fall, wenn mehrere Programme gleichzeitig ausgeführt werden, denn dabei findet — im Gegensatz zur Stapelverarbeitung, bei der jedes Programm nacheinander vollständig läuft — eine Vervielfältigung — wenn überhaupt — nur von kleinen Teilen des Programms statt; ob diese kleinen Teile dann für sich aber noch Werkcharakter aufweisen, sei fraglich. Somit ist zweifelhaft, ob der Programmlauf in eine der Verwertungsarten, die das UrhG vorsieht, eingeordnet werden kann; das Urheberrecht bietet also keine verlässliche Handhabe, die Benutzung eines Programms zu verbieten.

Unter der hypothetischen Annahme, daß Computerprogramme urheberrechtlich geschützt seien, kommt

¹³⁶ AaO (FN 129) 99.

¹³⁷ AaO (FN 129) 99.

¹³⁸ AaO (FN 72) 408.

¹³⁹ AaO (FN 73) 1346 f.

¹⁴⁰ AaO (FN 73) 1347.

¹⁴¹ Urheberrecht und EDV (1972).

¹⁴² AaO (FN 141) 109.

¹⁴³ AaO (FN 81) 363.

^{143a} Weisstanner, aaO (FN 126) 64.

¹⁴⁴ S ua Urheber- und Verlagsrecht³ (1980) 141.

¹⁴⁵ Problèmes de droit d'auteur découlant de la mémorisation dans l'ordinateur et de la récupération d'œuvres protégées, DdA 1972, 36 (59).

¹⁴⁶ AaO (FN 119) 19 und ders, Elektronische Datenbanken und Urheberrecht (1971) 36.

¹⁴⁷ Ihm folgend Kolle, aaO (FN 52) 617 und ders, Der Rechtsschutz der Computersoftware in der Bundesrepublik Deutschland, GRUR 1982, 443 (455).

¹⁴⁸ AaO (FN 52) 617.

^{148a} Verstößt die unbefugte Benutzung eines urheberrechtlich geschützten Computerprogramms gegen §§ 97 ff., 106 UrhG?, GRUR 1986, 146.

¹⁴⁹ Zur urheberrechtlichen Beurteilung von Programmen für Datenverarbeitungsanlagen GRUR 1982, 142 (149 ff); so auch Betten, Urheberrechtsschutz für Computerprogramme?, Mitt 1984, 201 (203); ders, Urheberrechtsschutz von Computerprogrammen in der Bundesrepublik Deutschland, GesRZ 1986, 25 = Copyright Protection of Computer Programs in the Federal Republic of Germany, Copyright 1986, 352.

Röttinger^{149a} bei dieser Frage zu folgendem Ergebnis: „1. Das Überspielen eines Programms von einer Diskette in den Magnetspeicher ist eine Vervielfältigung. Häufig ist aber für den Programmanwender das Programm schon von vornherein im Massenspeicher enthalten, der Benutzer sieht die Diskette oft gar nicht. 2. Wird das Programm vom Massen- in den Arbeitsspeicher nur teilweise, nur zerstückelt übertragen, findet also Paging statt, liegt mangels Werkcharakter der überspielten Teile keine Vervielfältigung vor. 3. Wird das Programm vom Massen- in den Arbeitsspeicher vollständig übertragen, findet eine Vervielfältigung statt.“ Der Urheber eines Computerprogramms kann daher den Programmlauf immer dann verhieten, wenn kein Paging stattfindet.

Haberstumpf untersucht in seiner hervorragenden Analyse¹⁵⁰ die Vereinbarkeit zweier Thesen. Erstens: Computerprogramme können als Sprachwerk grundsätzlich dem Urheberrechtsschutz unterliegen. Zweitens: Die dem Programm zugrunde liegende Rechenregel, i.e. der Algorithmus, ist als wissenschaftliches Gemeingut urheberrechtlich nicht geschützt. Haberstumpf versteht unter Algorithmus ein Verfahren, dessen Ausführung bis in die letzten Einzelheiten hinein eindeutig vorgeschrieben ist¹⁵¹ und „zu dessen Durchführung keinerlei schöpferische Phantasie erforderlich ist“¹⁵². Er bezeichnet Computerprogramme als geradezu „ideale Beispiele von Algorithmen“¹⁵³, als Teilklasse von Algorithmen. Unter dem Motto, „Schutz individueller Algorithmen unter gleichzeitiger Wahrung wissenschaftlicher Belange“¹⁵⁴, sieht er eine Lösung darin, die urheberrechtlichen Befugnisse wissenschaftlicher Autoren zu beschränken.

Allgemein sieht Haberstumpf^{154a} das Programm als „die für eine Maschine geeignete Fassung eines Algorithmus“, der „daher nicht bloß eine abstrakte mathematische Formel“ darstelle, „sondern eine konkrete und detaillierte, durch einen bestimmten Prozessor (Mensch oder Maschine) ausführbare Arbeitsvorschrift“ sei. Für einen effektiven Urheberrechtsschutz für Computerprogramme sei notwendig, „wenn der im Programm formulierte Algorithmus zur Begründung der Individualität beitragen kann und vom Schutz umfaßt ist“^{154b}. So kommt er zum Schluß: „Ein Computerprogramm, d. h. im wesentlichen der in ihm formulierte Algorithmus, ist individuell und damit geschützt, wenn es erkennen läßt, daß es dem Schöpfer nicht vollständig vorgegeben war.“^{154c}

Kolle, einer der großen „juristischen Software-Experten“, prüft Computerprogramme insbesondere auf die für den Urheberrechtsschutz erforderliche individuelle geistige Leistung. Eine geistige Leistung sieht er bereits bei trivialen Programmen und selbst bei der Codierung. Was die Individualität betrifft, so bejaht er diese bei „nicht ganz banalen Programmaufgaben“¹⁵⁵. Selbst bei gleicher Aufgabenstellung sei eine Gleichartigkeit des Lösungsweges bei zwei voneinander unabhängig arbeitenden Programmierern unwahrscheinlich. Nur dort, wo durch eine strikte Zwangsläufigkeit jedes eigenpersönliche Schaffen ausgeschlossen ist, und bei Ergebnissen bloß mechanischer Ordnungstätigkeit,

fehlt für ihn Individualität, da an das Maß der Individualität keine besonders hohen Anforderungen gestellt würden. Er kommt letztlich zum Ergebnis, „daß der aus den inhaltlichen Elementen der Programmierung resultierende Spielraum für die Entfaltung persönlicher Züge der am Programmierungsprozeß beteiligten Urheber bei nur einigermaßen komplexen, nicht ganz einfachen Problemen derart groß ist, daß verschiedene Programmierer selbst bei identischer Aufgabenstellung, ja selbst bei identischem Programmablaufplan als Vorlage für die Codierung weitgehend differierende Programme kreieren werden“¹⁵⁶.

Demgegenüber argumentiert Kolmsee¹⁵⁷, daß der Programmierer durch technische Gegebenheiten, Zwangsläufigkeiten und Sachgebundenheit in seiner eigenschöpferischen Tätigkeit sehr eingengt sei. Zwar würden zwei Programmierer aufgrund eines vorgegebenen gleichen Programmablaufplanes verschiedene Programme erstellen, doch sei das kein Kriterium für eine persönliche geistige Leistung. Somit seien fertige Programme urheberrechtlich nicht schutzbar. (Kolmsee vermischt aber hier die verschiedenen Ehtstellungsphasen und argumentiert ausschließlich mit der — angeblich schutzunwürdigen — Rodtimearbeit des Codierens.)

Die Deutsche Landesgruppe der AIPPI hat sich in den vergangenen Jahren wiederholt geäußert¹⁵⁸, wobei die Berichte meist von Kolle zusammengestellt wurden. Tenor dieser Aussagen ist, daß das Urheberrecht auch international das passende Schutzinstrument sei. Eine „kategoriale Herausforderung des Urheberrechts“ durch Computerprogramme wird — im Gegensatz zu Dietz¹⁵⁹ — nicht gesehen.

Mit zwei eigenartigen Argumenten lehnt Zahn Urheberrechtsschutz kategorisch ab und dürfte sich damit auf das für ihn als Patentrechtler vielleicht glatte Parkett des Urheberrechts begeben haben: Einerseits sei

^{149a} Finden beim Lauf eines Computerprogramms Vervielfältigungsvorgänge im Sinne des Urheberrechts statt? — Einige Gedanken zum urheberrechtlichen Vervielfältigungsbegriff nach österreichischem und deutschem Recht, FS 50 Jahre Urheberrechtsgesetz (1986) 203 (215).

¹⁵⁰ Computerprogramm und Algorithmus, UFITA 95 (1983) 221.

¹⁵¹ AaO (FN 150) 223 f.

¹⁵² AaO (FN 150) 224.

¹⁵³ AaO (FN 150) 225.

¹⁵⁴ AaO (FN 150) 234.

^{154a} Grundsätzliches zum Urheberrechtsschutz von Computerprogrammen nach dem Urteil des Bundesgerichtshofs vom 9. Mai 1985, GRUR 1986, 222 (225).

^{154b} AaO (FN 154 a) 233.

^{154c} AaO (FN 154 b).

¹⁵⁵ AaO (FN 52) 9.

¹⁵⁶ AaO (FN 52) 9.

¹⁵⁷ AaO (FN 76) 57 ff.

¹⁵⁸ AaO (FN 87); Bericht für den Kongreß in San Francisco vom 3. bis 10. 5. 1975, AIPPI Annuaire 1975/I 325 = auszugsweise GRUR Int 1974, 129; Bericht für den Geschäftsführenden Ausschuß in Rio de Janeiro vom 13. bis 18. 5. 1985, GRUR Int 1985, 29.

¹⁵⁹ Das Problem des Rechtsschutzes von Computerprogrammen in Deutschland und Frankreich. Die kategoriale Herausforderung des Urheberrechts, BIE 1983, 305.

Grundvoraussetzung für urheberrechtlich geschützte Werke eine „gewisse Ansprache des Herzens“¹⁶⁰, die er bei Software natürlich vermißt. (Solche Formulierungen sind unglückliche Auswüchse der Lehre vom „ästhetischen Überschuß“¹⁶¹ und könnten die herrschende Ansicht von der ästhetischen Wertneutralität des Werkbegriffs¹⁶² gefährden¹⁶³.) Da — so Zahn — andererseits die Frage des Urheberrechtsschutzes für Programme auch keineswegs zweifelsfrei sei und keine Einigkeit unter den Fachleuten bestehe, sowie „wegen der Vielfalt der Ansichten, sollte die Urheberrechtsfähigkeit für Programme verneint werden“¹⁶⁴

Bis zu diesem Zeitpunkt waren die wissenschaftlichen Theoretiker (und z. T. auch Praktiker) in der literarischen Diskussion unter sich. 1981 entschied erstmals ein Gericht über den Urheberrechtsschutz von Computerprogrammen, so daß sich die Literatur 16 Jahre nach Beginn der wissenschaftlichen Diskussion in Deutschland einerseits mit der gerichtlichen Rechtspraxis beschäftigen mußte, andererseits sich nach einiger Zeit an sich dadurch ergebende Konturen orientieren konnte. (Die Judicatur wird unten unter IV.A.2 dargestellt.)

Nordemann¹⁶⁵ hält mit Ausnahme der zur Steuerung von Taschenrechnern eingesetzten Programme alle Computerprogramme im wesentlichen für urheberrechtlich schützbar. Abgesehen von völlig simplen Programmen sei die erforderliche Individualität gegeben, die Programme seien vom „Geschmack“ des Schöpfers geprägt. Insbesondere hinsichtlich der BGH-Entscheidung¹⁶⁶ ist die Bemerkung Nordemanns zum oft zitierten Aufsatz von v. Gamm¹⁶⁷ interessant: dessen Ansicht sei „angesichts der inzwischen gewonnenen genaueren Erkenntnisse über die Schaffung von Computerprogrammen eine Überprüfung wert.“¹⁶⁸

In einer Reaktion auf eine Eingabe der Deutschen Vereinigung für gewerblichen Rechtsschutz und Urheberrecht an das Bundesministerium der Justiz erklärt Ministerialdirektor Krieger: „Ich halte die vorgeschlagene Änderung des Urhebergesetzes [Aufnahme von Computerprogrammen in § 2 Abs 1 Z 1 UrhG] nicht für geboten, weil nach meiner Auffassung bereits das geltende Recht den Schutz von Computerprogrammen in ausreichendem Umfang gewährleistet und auch nicht für zweckmäßig, weil eine gesetzliche Klarstellung dieser Frage sicherlich Wünsche nach gesetzlicher Klarstellung ähnlicher Fragen auslösen würde.“¹⁶⁹ Das zweite Argument scheint m. E. nicht sehr zweckdienlich und auch nicht ganz zutreffend zu sein, wurde eine solche Klarstellung doch nur 2½ Jahre später getroffen.

Schulze¹⁷⁰ sieht auch im Bereich der „kleinen Münze“ des Urheberrechts kaum Platz für Computerprogramme und hält diese weitgehend für urheberrechtlich nicht geschützt. Ihm fehlen Individualität, beherrschende Elemente, soziale Funktion und Gestaltungswille. Zudem seien die Zweckbedingtheit und die Befolgung von Anweisungen schutzverneinende Indizien.

Für *Württemberg*^{170a} bringt ein Urheberrechtsschutz für Software neue Probleme u. a. bei der Feststellung der Urheberschaft mit sich. Er hält auch die

70jährige Schutzfrist post mortem auctoris für zu lang.

Für *Betten* stellen — wie er m. E. überzeugend ausführt — „Computerprogramme ihrem Wesen nach immer einen Fremdkörper im Urheberrecht“¹⁷¹ dar, seien sie doch „reine Wirtschaftsgüter“¹⁷². Er hält Computerprogramme für eine neue Werkart, die im UrhG keinen Platz fände. Da es sich dabei um reine Wirtschaftsgüter handle, sei der im Urheberrecht betonte Persönlichkeitsrechtliche Schutz verfehlt, notwendig sei vielmehr ein Investitions- oder Industrieschutz¹⁷³. Der Hinweis, „daß bei der Schaffung des Urheberrechtsgesetzes mitnichten an Computerprogramme gedacht wurde“¹⁷⁴, könnte m. E. Anlaß zu einer mißverständlichen Deutung geben, wie dies bei einer ablehnenden australischen Entscheidung u. a. als Begründung angeführt worden ist. Dies kann selbstverständlich niemals eine Begründung für eine Schutzverweigerung sein. Schließlich ist ein Hauptgrund für die Verwendung unbestimmter oder weitgefaßter Gesetzesbestimmungen die Möglichkeit, daß später neue, im Zeitpunkt des Entstehens des Gesetzes nicht vorhersehbare Entwicklungen auch berücksichtigt werden können.

Für *Hubmann*¹⁷⁵, *Kindermann*¹⁷⁶ und *Samson*¹⁷⁷ steht die Anwendung des Urheberrechts auf Software

¹⁶⁰ Urheberrecht und Computer-Programme — Versuch einer Bestandsaufnahme, GRUR 1978, 207 (209).

¹⁶¹ *Tetzner*, Voraussetzung des Kunstschutzes, NJW 1961, 1748; OLG Hamburg 15. 11. 1979 — Toilettensitz — WRP 1980, 159 (161).

¹⁶² Statt vieler *Ulmer* aaO (FN 144) 133; ausdrücklich im Zusammenhang mit dem Schutz von Software *Ulmer/Kolle*, Der Urheberrechtsschutz von Computerprogrammen, GRUR Int 1982, 489 (493); *Sieber*, Urheberrechtliche und wettbewerbsrechtliche Erfassung der unbefugten Softwarenutzung, BB 1981, 1547 (1551); *Nordemann*, Das Computerprogramm als urheberrechtlich geschütztes Werk, FS Roerber (1982) 297 (300).

¹⁶³ *Hodik*, aaO (FN 24) 29 f. befürchtet sogar, daß so der Werkbegriff mißverständlich zu einem von den Gerichten verliehenen Qualitätsprädikat werden könnte.

¹⁶⁴ AaO (FN 160) 218.

¹⁶⁵ AaO (FN 162).

¹⁶⁶ AaO (FN 133).

¹⁶⁷ AaO (FN 129).

¹⁶⁸ AaO (FN 162) 304.

¹⁶⁹ Aktuelle Berichte, GRUR 1982, 670.

¹⁷⁰ Die kleine Münze und ihre Abgrenzungsproblematik bei den Werkarten des Urheberrechts (1983) 256 ff.

^{170a} *Württemberg*, The Protection of Computer-Software in the Federal Republic of Germany, Computer Law & Practice 1986, 166.

¹⁷¹ Zum Rechtsschutz von Computerprogrammen, Mitt 1983, 62 (70) = aktualisiert Observations on the Legal Protection of Computer Programs in the Federal Republic of Germany, Industrial Property 1983, 310 = Réflexion sur la protection juridique des programmes d'ordinateurs au RFA, La Propriété Industrielle 1983, 336.

¹⁷² AaO (FN 149) 302.

¹⁷³ AaO (FN 149) 203.

¹⁷⁴ AaO (FN 149) 201.

¹⁷⁵ Urheber- und Verlagsrecht⁵ (1984) 99.

¹⁷⁶ Vertrieb und Nutzung von Computersoftware aus urheberrechtlicher Sicht, GRUR 1983, 150.

¹⁷⁷ Urheberrecht (1973) 75.

außer Zweifel; *Kindermann* wendet auf Vertrieb und Nutzung von Computerprogrammen die Regelungen über die Verwertungsrechte des UrhG an. *Brandi-Dobrn*¹⁷⁸ sieht nur einen engen formbestimmten Urheberrechtsschutz, hält aber einen Sachverständigenbeweis über den Werkcharakter bei umfangreichen Programmen für entbehrlich.

Erdmann^{178a} übernimmt die Meinung des BGH (s. u.). *Schmidt* und *Knorr*^{178b} stellen — nach dem BGH-Urteil — die Frage, ob ein darüber hinaus gehender Schutz für Software überhaupt notwendig sei, da ein solcher Schutz den notwendigen Reifungsprozess der Gesamt-Software verlangsamen könne.

Frb. v. Gravenreuth^{178c} kommt bezüglich des Verhältnisses von Quantität zu Qualität eines Computerprogramms zum Schluß, daß stets auf den Einzelfall und die jeweilige Programmieretechnik abgestellt werden muß. Meist sei das kürzere, rascher arbeitende und speicherplatzsparendere Programm das „bessere“, wobei es aber auch umgekehrt sein kann.

Mit dem Problembereich des angestellten Programmierers, auf den aus Platzgründen hier nicht eingegangen werden kann, haben sich in jüngster Zeit *Kindermann*¹⁷⁹ und *Kolle*¹⁸⁹ sowie *Abel*^{180a}, *Koch*^{180b}, *Ullmann*^{180c} und *Link*^{180d} befaßt.

Am 24. Juni 1985 hat der Deutsche Bundestag eine Novelle zum UrhG beschlossen¹⁸¹, die erstmals in der BRD auch gesetzliche Vorschriften zu Software enthält. Computerprogramme wurden expressis verbis in den Katalog der urheberrechtlich geschützten Werke des § 2 UrhG aufgenommen, dessen Abs 1 Z 1 nun lautet: „Sprachwerke, wie Schriftwerke und Reden, sowie Programme für die Datenverarbeitung“. Software wird nicht als ein Unterfall von Sprachwerken, sondern als ein selbständiger, neuer Typus eines geschützten Immaterialguts behandelt, das gleichberechtigt neben Sprachwerken tritt¹⁸². Diese ausdrückliche gesetzliche Verankerung des Software-schutzes geht auf einen Wunsch des Wirtschaftsausschusses des Bundestags¹⁸³ zurück und hat nach Aussage des Rechtsausschusses des Bundestags¹⁸⁴ nur klarstellende Bedeutung, die der „inzwischen gefestigten Rechtsprechung“ entsprechen. Voraussetzung ist aber weiterhin das Vorliegen einer schöpferischen Leistung iSd urheberrechtlichen Werkbegriffs. Im Zuge der Zusammenfassung der §§ 53 und 54 UrhG aF zum § 53 nF („Vervielfältigungen zum privaten und sonstigen eigenen Gebrauch“) werden Computerprogramme in Abs. 4 von dieser Privilegierung ausgeschlossen: „Ebenso ist die Vervielfältigung eines Programms für die Datenverarbeitung § 2 Abs. 1 Nr. 1) oder wesentliche Teile davon stets nur mit Einwilligung der Berechtigten zulässig.“ Mit dieser Bestimmung soll dem Entstehen oder Wachsen eines Raubkopien-Marktes begegnet werden. Allerdings wurde nicht bedacht, daß mit dieser Formulierung jetzt auch die Herstellung von Sicherheitskopien ohne ausdrückliche Zustimmung der Berechtigten unzulässig ist. Es ist zu hoffen, daß es sich hier um eine Schlaperei des Gesetzgebers handelt, die dieser bald beheben sollte — eventuell nach dem Vorbild von Sec 117 US Copyright Act oder Art 47 franz UrhG-Nov 1985¹⁸⁵.

Die dUrhGNov 1985 ist kein Meilenstein in der Entwicklung der historischen Diskussion zum Urheberrechtsschutz von Computerprogrammen^{185a}. Denn Kernfrage bleibt weiterhin: Kommt Computerprogrammen Werkcharakter zu oder nicht?

2. Judicatur¹⁸⁶

Die erste Entscheidung stammt vom LG Kassel vom 21. Mai 1981¹⁸⁷, das Computerprogramme grundsätzlich für urheberrechtlich schutzbar hielt und bei einer 70%igen Übereinstimmung zweier Programme ein Plagiat sah.

Ablehnend hingegen entschied das LG Mannheim am 12. Juni 1981¹⁸⁸: Es fehle „bei einem Computerprogramm regelmäßig ... an der erforderlichen, der sinnlichen Wahrnehmung zugänglichen Konkretisierung eines geistig-ästhetischen Gehalts“, so daß nicht auf das Vorhandensein einer schöpferischen Leistung geschlossen werden könne.

¹⁷⁸ Zur Reichweite und Durchsetzung des urheberrechtlichen Softwareschutzes, GRUR 1985, 179.

^{178a} Möglichkeiten und Grenzen des Urheberrechts, CuR 1986, 249.

^{178b} *Schmidt/Knorr*, Die Werkhöhe bei Software, iur 1986, 7.

^{178c} Juristisch relevante technische Fragen zur Beurteilung von Computer-Programmen, GRUR 1986, 720.

¹⁷⁹ Der angestellte Programmierer — Urheberrechtliche Beurteilung und Vertragspraxis, GRUR 1985, 1008.

¹⁸⁰ Der angestellte Programmierer — Zur rechtlichen Zuordnung von in Arbeitsverhältnissen geschaffenen, insbesondere urheberrechtlich geschützten Softwareprodukten, GRUR 1985, 1016.

^{180a} Software-Entwicklung durch Mitarbeiter — gelöste und ungelöste Fragen, RDV 1985, 27.

^{180b} Urheberrechte an Computerprogrammen im Arbeitsverhältnis, CuR 1985, 86 und 146.

^{180c} Zur Vergütung eines im Arbeitsverhältnis erstellten Computer-Programms — Arbeitnehmerurheberrecht und § 36 UrhG, CuR 1986, 564.

^{180d} Die Auswirkungen des Urheberrechts auf die vertraglichen Beziehungen bei der Erstellung von Computerprogrammen, GRUR 1986, 141.

¹⁸¹ dBGBl 1985 I 1137.

¹⁸² Vgl *Bauer*, aaO (FN 31); *Röttinger*, aaO (FN 31).

¹⁸³ Vgl Stellungnahme vom 13. 3. 1985.

¹⁸⁴ Bericht der Abgeordneten *Saurin* und *Stiegler*, BT-Drucks 10/3360.

¹⁸⁵ Gesetz vom 3. Juli 1985 (UrhGNov), JO 1985, 7495 = RIDA 126 (1985) 204 = Expertises 1985, 155; vgl auch *Röttinger*, aaO (FN 35); *Vivant*, iur 1986, 189–190.

^{185a} So auch *Betten*, Einführung in das Thema, Mitt 1386, 10.

¹⁸⁶ S auch folgende Rechtsprechungsübersichten: *Dietz*, Die Entwicklung des Urheberrechts der Bundesrepublik Deutschland von 1979 bis Anfang 1984, UFITA 100 (1985) 15 (24 ff.); *Llewellyn*, Legal Protection of Computer Software in the Federal Republic of Germany: Recent Developments, 15 IIC 187 (1984); *Sieber*, Der urheberrechtliche Schutz von Computerprogrammen — Eine Bilanz der ersten landgerichtlichen und oberlandesgerichtlichen Entscheidungen, BB 1983, 977; *ders*, Copyright Protection of Computer Programs in Germany, 8 EIPR (1984) 214 und 9 EIPR (1984) 253.

¹⁸⁷ BB 1983, 992.

¹⁸⁸ BB 1981, 1543 (krit *Zabrnt*); diese Entscheidung wurde später vom OLG Karlsruhe am 9. 2. 1983 und vom BGH am 9. 5. 1985 aufgehoben.

Das LAG Schleswig-Holstein stellte am 24. Juni 1981¹⁸⁹ fest, daß Computerprogramme urheberrechtlich schützbar seien und daß bei im Rahmen eines Arbeitsverhältnisses erstellten Programmen der Arbeitnehmer dem Arbeitgeber stillschweigend ein Nutzungsrecht einräume. Ähnlich entschied das OLG Koblenz am 13. August 1981¹⁹⁰.

Unter den üblichen Voraussetzungen des UrhG hält das LG Mosbach in seiner Entscheidung vom 13. Juli 1982¹⁹¹ Computerprogramme und die dazugehörige Dokumentation für prinzipiell urheberrechtlich schützbar.

Am 21. Dezember 1982 entschied das LG München I¹⁹², daß es sich bei Computerprogrammen um persönliche geistige Schöpfungen handeln kann, wobei der schöpferische Gedankeninhalt von Computerprogrammen sich in Auswahl, Sammlung, Sichtung, Anordnung und Einteilung des Materials zeige.

Das OLG Karlsruhe hob am 9. Februar 1983¹⁹³ die obgenannte Entscheidung des LG Mannheim auf und setzte sich detailliert mit den Einwänden gegen einen Urheberrechtsschutz auseinander. Es komme weder auf die Allgemeinverständlichkeit der gewählten Sprache an, noch sei auf eine künstlerisch-ästhetische Wirkung abzustellen. Die Gestaltungsvielfalt lasse ausreichend Spielraum für eine schöpferische Leistung. Weder die Quantität eines Programms noch der geistige Aufwand noch eine etwaige Neuheit der Aufgabenstellung seien Kriterien für einen Urheberrechtsschutz. Grundsätzlich bestehe daher die Möglichkeit eines Urheberrechtsschutzes für Computerprogramme. Ähnlich entschied auch das OLG Frankfurt/Main am 13. Juni 1983¹⁹⁴ und am 4. August 1983¹⁹⁵, das das einem Videospiegel zugrundeliegende Programm abgesehen vom Algorithmus in allen Entwicklungsstufen bis zur Codierungstätigkeit und das Quellenprogramm als prinzipiell schützbar ansah.

Nach Ansicht des BAG vom 13. September 1983¹⁹⁶ sind weder das der Programmentwicklung zugrundeliegende rechnerische System noch die Codierungsarbeit dem Urheberrechtsschutz zugänglich, wohl aber Flußdiagramm, Ablaufplan und Quellenprogramm. Ein Arbeitnehmer übertrage dem Arbeitgeber im Zweifel konkludent das Nutzungsrecht an von ihm geschaffenen, urheberrechtlich geschützten Werken, wenn er zur Erstellung solcher Werke verpflichtet ist.

Das OLG Nürnberg stellte am 8. Mai 1984¹⁹⁷ auf die für eine persönliche geistige Schöpfung erforderliche individuelle Prägung von Idee, logischem Aufbau und Realisierung eines Computerprogramms ab.

Das LG Mannheim nahm am 17. August 1984¹⁹⁸ die stillschweigende Einräumung des Bearbeitungsrechts an und unterstellte von vornherein Urheberrechtsschutz.

Das LG Düsseldorf sah am 24. Oktober 1984^{198a} ein Textverarbeitungsprogramm als urheberrechtlich geschützt an, da es ausreichend sei, „daß die Bearbeitung des Stoffs eine willkürliche Aufarbeitung zuläßt, und diese einer selbständigen schöpferischen Geistestätigkeit entspricht ...“. Daher sei es eine Urheberrechtsverletzung, ein Kopierprogramm anzubieten, mit dessen

Hilfe Kopien des Textverarbeitungsprogramms erstellt werden können.

Unter den allgemeinen Voraussetzungen des urheberrechtlichen Werkbegriffes hielt das LG München I am 25. Juli 1985^{198b} — noch in Unkenntnis des BGH-Urteils vom 9. Mai 1985 (s. u.) — Computerprogramme für urheberrechtlich schützbar, „wenn die gestellte Aufgabe mehrere Lösungen zuläßt und die Auswahl dem Programmurheber einen gedanklich weiten Spielraum läßt“. Gerade bei Betriebsprogrammen, deren Erstellung wesentlich schwieriger als die eines Benutzerprogrammes sei, da die Befehlsstruktur sich nicht aus der Aufgabenstellung ergebe, sei eine Vielzahl von Lösungsmöglichkeiten gegeben, insbesondere wenn es sich um ein komplexes Programm handle“.

Die urheberrechtliche Schützbarkeit bejaht das OLG Frankfurt/Main in Kassel in seiner Entscheidung vom 6. November 1984¹⁹⁹ unter folgenden Voraussetzungen: Der Programmablauf dürfe sich nicht zwangsläufig aus der Aufgabenstellung ergeben, der Urheber müsse zwischen verschiedenen Möglichkeiten wählen können, das Programm dürfe nicht bloß eine mechanisch-technische Fortführung von allgemein Bekanntem sein, ein bedeutendes, schöpferisches, auf das Urheberrecht zurückgehendes Übertagen der Gestaltungstätigkeit gegenüber dem allgemeinen Durchschnittskönnen müsse erkennbar sein. Mit Beschluß vom 26. September 1985 hat der BGH²⁰⁰ die Revision gegen dieses Urteil nicht angenommen, da die Rechtsache keine grundsätzliche Bedeutung und die Revision im Ergebnis keine Aussicht auf Erfolg habe. Diesem Beschluß ist aber die folgende BGH-Entscheidung vorausgegangen.

Das schon heiß ersehnte Grundsatzurteil fällt der BGH am 9. Mai 1985²⁰¹. Der BGH kommt zum Schluß, daß Computerprogramme und ihre Vorstufen — mit Ausnahme des Algorithmus und meist auch der Codierung — grundsätzlich dem Urheberrechtsschutz zugänglich seien. „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

¹⁸⁹ BB 1983, 994.

¹⁹⁰ BB 1983, 992.

¹⁹¹ Computerprogramme — GRUR 1983, 70.

¹⁹² VISICALC — GRUR 1983, 175.

¹⁹³ Inkasso-Programm — GRUR 1983, 300 = BB 1983, 986.

¹⁹⁴ Pengo — GRUR 1983, 753.

¹⁹⁵ DONKEY KONG JUNIOR II — WRP 1984, 79 = ZUM 1984, 41 = GRUR 1984, 509 (nur Leitsätze).

¹⁹⁶ Statikprogramm — GRUR 1984, 429 (Anm Ulmer) = 15 IIC 781 (1984) (Anm Ulmer) = 6 EIPR (1984) 256 (Anm Sieber).

¹⁹⁷ Glasverschnitt-Programm — GRUR 1984, 736 = BB 1984, 1252 = 6 EIPR (1984) 258.

¹⁹⁸ Inkasso-Programm II — BB 1985, 142.

^{198a} 12 O 403/84 (nicht rechtskräftig).

^{198b} 7 O 12031/85 (rechtskräftig).

¹⁹⁹ Baustatikprogramm — Berufungsinstanz zu LG Kassel 21. 5. 1981 — GRUR 1985, 1049 = BB 1985, 139 = CuR 1986, 13.

²⁰⁰ I ZR 219/84.

²⁰¹ AaO (FN 133).

Sammlung, Einteilung und Anordnung des dargebotenen Stoffs. ... In diesem Bereich besteht ein hinreichender Spielraum für individuelle, eigenschöpferische Lösungsmöglichkeiten ...“ Der schöpferische Eigentümlichkeitsgehalt sei im Gesamtvergleich gegenüber bestehenden Gestaltungen zu beurteilen. Mit der folgenden Kernaussage der Entscheidung wirft der BGH m. E. neue Probleme auf, ohne die alten vollständig zu lösen: „Lassen sich nach Maßgabe des Gesamtvergleichs mit dem Vorbekanntem schöpferische Eigenheiten feststellen, so sind diese dem Schaffen eines Durchschnittsprogrammierers gegenüberzustellen. Das Können eines Durchschnittsgestalters, das rein Handwerksmäßige, die mechanisch-technische Aneinanderreihung und Zusammenfügung des Materials liegt außerhalb jeder Schutzfähigkeit. 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.“ Der BGH legt also einen besonders strengen Maßstab an.

In einem Strafverfahren fällt das AG München am 2. Sept. 1985^{201a} einen Schuldspruch nach § 106 dUrhG und ging daher von einer urheberrechtlichen Schützbarkeit des gegenständlichen Programms aus.

Nach Ansicht des LG München I vom 29. August 1985^{201b} sei der Urheberrechtsschutz bei Computerprogrammen dann zu bejahen, wenn die gestellte Aufgabe mehrere Lösungen zuläßt und die Auswahl dem Programmurheber einen gedanklich weiten Spielraum läßt. Die Erstellung eines Betriebsprogrammes sei allerdings wesentlich schwieriger als die eines Benutzerprogramms, „da hier die Befehlsstruktur sich nicht aus der Aufgabenstellung ergibt. Dies führt dazu, daß dem Programmierer bei der Auswahl der Befehle, deren Reihenfolge und der Benutzung von Unterprogrammen oder Rückverweisungen ... eine Vielzahl von Möglichkeiten zur Verfügung stehen.“ Weitere Indizien für die schöpferische Darstellung seien der Umfang, der auf die Komplexität hinweise, und der Zeitaufwand für die Programmerstellung. Werden Eigentümlichkeiten des Programms übernommen, die sich nicht aus Zufälligkeiten oder freiem Nachschaffen erklären lassen, so reiche dies aus, den Verletzungstatbestand nachzuweisen.

3. Urheberrechtliche Bilanz

Literatur und Judicatur tasten sich immer weiter an die Möglichkeiten und Grenzen eines Urheberrechtsschutzes heran. Die Meinungen gehen weiter auseinander. Weder die UrhGNov 1985 noch die BGH-Entscheidung vom 9. Mai 1985 haben eine Klärung gebracht, sie haben teilweise zu neuen Unklarheiten geführt²⁰².

4. Exkurs: Videospiele

Seit einigen Jahren erfreuen sich die vornehmlich aus den USA und Japan kommenden Videospiele gro-

ßer Beliebtheit. Auch wenn sie vielleicht nur eine vorübergehende Modeerscheinung sein sollten — Gerüchten zufolge soll der Videospieleboom in den USA und z. T. auch in Europa bereits wieder im Abnehmen sein²⁰³, da mittlerweile der Computer vor allem bei der jüngeren Generation eine Selbstverständlichkeit im täglichen Leben wird, wodurch die Faszination, auf Computerbasis zu spielen, verlorengehe —, so ist ein rasch durchsetzbarer, effektiver Rechtsschutz wegen der großen wirtschaftlichen Bedeutung besonders wichtig. Die Lebensdauer solcher Videospiele beträgt oft nur wenige Monate; sie lassen sich nur in jener kurzen Zeit gut verkaufen, in der sie aktuell sind²⁰⁴. Nicht nur in Fernost, auch in Europa werden schon wenige Wochen, nachdem ein neues Videospiele auf den Markt gekommen ist, Kopien hergestellt und zu einem wesentlich günstigeren Preis als Originale angeboten.

Gegenüber gewöhnlichen Computerprogrammen weisen Videospiele — auch Bildschirmspiele genannt — zwei Besonderheiten auf: Erstens kann der Spieler in das Spielgeschehen eingreifen und den Spielverlauf variieren, jedoch immer nur im vom zugrundeliegenden Programm vorgegebenen Rahmen. Zweitens ist bei der Suche nach passenden Schutzmöglichkeiten sowohl die Spielidee als auch das Programm und auch die audio-visuelle Ausgestaltung in Betracht zu ziehen, wobei ein kumulativer Schutz möglich ist²⁰⁵.

In der Praxis hat sich das Wettbewerbsrecht insbesondere in jenen Fällen, bei denen im Zuge des Kopierens das Spiel bzw. das Programm — zwar meist nur leicht — verändert wurde, als nicht ausreichend erwiesen²⁰⁶. Nur als flankierende Maßnahme dient das Warenzeichenrecht, wenn beim Kopieren auch das Warenzeichen mitkopiert wurde. Es ist also zu untersuchen, ob das Urheberrecht anwendbar ist.

Die Spielidee als Beschreibung des Spielverlaufs, als Darstellung von Abläufen und Szenen, vergleichbar mit Regieanweisungen, als Disposition oder Fabel sollte nicht a priori vom Urheberrechtsschutz ausgeschlossen sein. Zweifellos ist die abstrakte Idee dem Urheberrechtsschutz nicht zugänglich. Doch kann die

^{201a} CuR 1986, 223 — rechtskräftig.

^{201b} iur 1986, 206 = CuR 1986, 384 (krit Engel).

²⁰² Vgl Schulze aaO (FN 133); Röttinger aaO (FN 31).

²⁰³ Kralicek, Spiele ohne Grenzen — Heimcomputer haben die Computerspiele abgelöst, KURIER 20. 11. 1985.

²⁰⁴ Das OLG Frankfurt/Main 21. 7. 1983 — DONKEY KONG JUNIOR I — GRUR 1983, 757 meint, daß nach 6 Monaten bis einem Jahr „die Spiele den von ihnen ausgehenden besonderen Anreiz auf das Publikum“ verlieren.

²⁰⁵ So auch Schroeder, Recent German Case Law on Copyright Protection of Video Games, 1 EIPR (1985) 19 (20): „Of course, protection as a cinematographic work may then overlap with the source programs copyrightability as a computer program. But why should it not? After all, the visible display is a video games most important feature.“

²⁰⁶ So zB Nordemann, Bildschirmspiele — eine neue Werkart im Urheberrecht, GRUR 1981, 891 (892); Seisler, Zum Schutz von Bildschirm-Computerspielen gegen „Raubkopien“, DB 1983, 1292; Loewenheim, Urheberrechtlicher Schutz von Videospiele, FS Hubmann (1985) 307 (308f.): Der Wettbewerbsschutz komme der Software „nur reflexartig zugute“.

Spielidee eines Videospiele weit darüber hinausgehen. Ein Urheberrechtsschutz kommt aber jedenfalls nur dann in Frage, wenn eine entsprechende Werkhöhe erreicht wird, was bei den derzeit angebotenen Spielen nicht der Fall sein dürfte. Zutreffend meint *Loewenbeim*²⁰⁷: „Entgegen der allgemein geäußerten Ansicht dürfte der Schutz für Videospiele nicht prinzipiell ausgeschlossen sein, praktisch aber die Ausnahme bilden.“ Das AG Kaufbeuren²⁰⁸ formuliert noch weitergehend: „Der Spielidee liegt auch ein Mindestmaß an individueller Gestaltung zugrunde, die von dem Programmierer der Software selbst gestaltet wird.“ Vielleicht etwas zu kategorisch meint das LG Frankfurt/Main^{208a}, daß die geistige Idee des Spiels „bereits als solche Urheberrechtsschutz zu genießen hat“.

Bei der Beurteilung des dem Videospiele zugrundeliegenden Programms gilt das oben für Software Gesagte in gleicher Weise.

Der Schutz der audio-visuellen Gestaltung wird in der Judicatur unterschiedlich beurteilt. Es geht um die Frage, ob die graphische und akustische Gestaltung als Filmwerk iSv § 2 Abs 1 Z 6 UrhG oder als Lautbild iSv § 95 UrhG oder weder noch anzusehen ist.

Die erste Entscheidung erging am 25. November 1982 vom LG Frankfurt/Main^{208b}, das das Videospiele „DONKEY KONG JUNIOR“ ohne Angabe von Gründen als Filmwerk ansah. Auch das LG Mannheim stufte am 25. März 1983²⁰⁹ dieses Videospiele als Filmwerk ein. Ebenso entschied das OLG Hamburg am 31. März 1983²¹⁰ für das Videospiele „PUCKMAN“. Ohne Angabe von Gründen qualifizierte auch das LG Kassel am 10. Januar 1984²¹¹ das Videospiele „Hyper-Olympic“ als geschütztes Filmwerk.

Am 14. November 1984 stellte das AG Kaufbeuren²¹² ein Videospiele unter Filmwerkschutz und meinte: „Da bei der Programmierung die möglichen denkbaren Veränderungen vorgegeben sind, entsteht durch die beabsichtigten Eingriffe mittels der Steuerung jeweils kein neuer Film. Es handelt sich dabei um beabsichtigte Eingriffe. (...) Die dann am Bildschirm ablaufende Bild- und Tonfolge ruft auch eine ästhetische Wirkung hervor. Eine hinreichende schöpferische Eigenart ist gegeben, wobei die jeweils abgewandelten Grundmuster einer allgemeinen Spielidee noch ein ausreichendes Maß an Eigentümlichkeit aufweisen.“

Im Fall „Pengo“ hat das OLG Frankfurt/Main am 13. Juni 1983²¹³ Filmwerkschutz abgelehnt, weil bei der Umsetzung des Quellenprogramms in eine Bildfolge kein Raum für eine eigenpersönliche Schöpfung sei. Auch als Laufbilder wurde das Videospiele nicht qualifiziert, weil dafür stets eine Wiedergabe notwendig sei, was aber wegen des Eingriffs des Spielers nicht möglich sei; es werde nur ein Ergebnis sichtbar auf dem Bildschirm dargestellt. Im selben Sinn entschied der gleiche Senat wenige Wochen später²¹⁴ im Fall DONKEY KONG JUNIOR I: „Im Gegensatz zu dem geschützten Filmwerk ist nämlich gerade das Ergebnis des Spiels nicht fixiert, sondern es liegt im Wesen des Spiels, daß die Spieler möglichst bei jedem Spiel unterschiedliche Schritte vornehmen, die dann auch zu unterschiedlichen Bildern führen. Gerade diese vielfälti-

gen Gestaltungsmöglichkeiten des Ablaufs, die den Sinn und Reiz des Spiels ausmachen, verbieten es ... , das Spiel als solches den urheberrechtlich geschützten Filmwerken gleichzustellen.“ Auch in der DONKEY KONG JUNIOR II-Entscheidung des OLG Frankfurt/Main vom 4. August 1983²¹⁵ wird aus den in der Pengo-Entscheidung genannten Gründen Filmwerkschutz und Schutz als Laufbilder abgelehnt. Auch das OLG Karlsruhe ist in seiner Atari-Spielkassetten-Entscheidung vom 14. März 1984²¹⁶ dem Urheberrechtsschutz eher abgeneigt: Mit Hinweis auf OLG Frankfurt/Main 13. Juni 1983 — Pengo²¹⁷ — „welches einen Urheberrechtsschutz für Telespiele grundsätzlich verneint“, stellt es fest: „Die Klägerin hat nichts dazu vorgetragen, in welchem Stadium der Entwicklung des Spielprogramms ein eigenschöpferisches Werk zu sehen ist und worin sich dieses manifestiert. Schon aus diesem Grund ist die auf die Verletzung des Urhebergesetzes gestützte Klage abzuweisen.“

Nach Ansicht des OLG Karlsruhe, das am 24. September 1986^{217a} über den Schutz des Videospiele „1942“ entschied, ist der programmierte Film ebenso wie der Zeichentrick- oder der mit der Kamera gedrehte Film geschützt. „Dem Urheberrechtsschutz steht nicht entgegen, daß für den Spieler die Möglichkeit gegeben ist, in das Spielgeschehen einzugreifen und die Bild- und Tonfolge zu ändern. Die durch den Eingriff veränderte Bild- und Tonfolge ist nicht ein neuer, gar vom Spieler „produzierter“ Film. Vielmehr sind alle denkbaren Veränderungen vorprogrammiert.“ Auch komme es nicht darauf an, ob diese Laufbilder individuelle Gestaltung haben, wodurch sie zum Filmwerk würden, da dem Produzenten des Videospiele das ausschließliche Nutzungsrecht im Rahmen des Leistungsschutzrechts aus § 94 dUrhG zustehe.

Die Meinung der Literatur ist demgegenüber einheitlicher. *Nordemann*²¹⁸, der 1981 als erster in Deutschland darüber publiziert hat, hält einen Laufbildschutz gem § 95 dUrhG für gegeben. Denn alle

²⁰⁷ AaO (FN 206) 324.

²⁰⁸ 14. 11. 1984, Ds 31 Js 10067/84 (rechtskräftig); vgl auch OLG Hamburg 31. 3. 1983 — PUCKMAN — GRUR 1983, 436 (437): „Den Videospiele liegt zwar eine bestimmte Spielidee zugrunde, die als solche noch keinen urheberrechtlichen Schutz genießt (vgl. BGH in GRUR 1962, 51, 52 — Zahlenlotto). Die Idee ist jedoch der individuellen Gestaltung durch den Programmierer zugänglich. (...) Die Spielidee ist ... nicht etwa von vornherein außer acht zu lassen.“

^{208a} 25. 11. 1982 — DONKEY KONG JUNIOR — 2/3 O 485/82.

^{208b} AaO (FN 208 a).

²⁰⁹ 7 O 1/83 (rechtskräftig).

²¹⁰ AaO (FN 208).

²¹¹ 4 O 13/84 — Hyper Olympic.

²¹² AaO (FN 208).

²¹³ AaO (FN 194).

²¹⁴ AaO (FN 204).

²¹⁵ OLG Frankfurt/Main 4. 8. 1983 — DONKEY KONG JUNIOR II — aaO (FN 195).

²¹⁶ GRUR 1984, 521 = FSR 1985, 606.

²¹⁷ AaO (FN 194).

^{217a} CuR 1986, 723.

²¹⁸ AaO (FN 206) 893 f.

Veränderungen, die der Spieler durch das Bedienen des Spielhebels vornehmen kann, seien bereits vorprogrammiert. Dem Produzenten eines Videospiele stehe ein Leistungsschutzrecht aus §94 dUrhG. Da eine Vielzahl denkbarer Varianten der audio-visuellen Ausgestaltung bestehe, könne auch grundsätzlich ein Werk iS des Urheberrechts vorliegen und somit Filmwerkschutz gem §2 Abs 1 Z 6 UrhG — zumindest im Rahmen der „kleinen Münze“ — in Betracht kommen. Ihm folgend rechnet auch *Vinck*²¹⁹ Bildschirmspiele zu Filmwerken. Neben diesem Filmwerkschutz hält *Seisler*²²⁰ auch das zugrundeliegende Computerprogramm für schutzbar.

Auch *Loewenheim*²²¹ hält einen Laufbild- und ggf einen Filmwerkschutz für möglich und widerlegt mE stichhaltig die ablehnenden Argumente der Gerichte. Es bestehe genügend Raum für eine individuelle Ausgestaltung der audio-visuellen Elemente. Zwar könne der Spieler durch Geschicklichkeit den Spielverlauf beeinflussen, doch könne am Bildschirm nichts erscheinen, „was nicht zuvor in das Programm als mögliche Spielvariante eingebaut war. Unter diesen Gesichtspunkten erscheint die Schlußfolgerung, es liege keine Wiedergabe vor, nicht zwingend.“ Das Wiedergabe-

Element sei auch nicht notwendiger Bestandteil eines Filmwerks oder von Laufbildern.

5. Exkurs: Urheberrechtlicher Leistungsschutz

Ein besonderer urheberrechtlicher Leistungsschutz für Computerprogramme wurde zeitweise, allerdings nicht intensiv diskutiert; die Meinungen sind unterschiedlich. *Windisch*²²² und *Schwerdtel*²²³ halten einen urheberrechtlichen Leistungsschutz für wünschenswert, letzterer sogar für die einzige Möglichkeit: „Generell kann Softwareschutz ... nur ein Leistungsschutz sein, nicht mehr, aber auch nicht weniger.“ *Kolle*²²⁴ und *Brandi-Dobrn*²²⁵ lehnen einen solchen Schutz ab.

²¹⁹ In *Fromm/Nordemann/Vinck/Hertin*, Urheberrecht⁵ (1983) §2 Rz 15.
²²⁰ AaO (FN 206) 1293.
²²¹ AaO (FN 206) 320 ff.; *ders*, Der urheberrechtliche Schutz von Computer-Software — Die neuere Rechtsprechung in der Bundesrepublik Deutschland unter Berücksichtigung der Rechtsentwicklung bei Videospiele, ZUM 1985, 26 (30).
²²² Beziehungen zwischen Urheber-, Erfinder-, Programmierer- und Tonaufnahme-Leistungen, GRUR 1980, 587.
²²³ Schutz für Software aus praktischer Sicht, Mitt 1984, 211.
²²⁴ AaO (FN 247).
²²⁵ AaO (FN 178).

Gewährleistung bei der Lieferung von DV-Systemen

Christoph Zahrnt

1. Einleitung

1.1 Stufen

Das BGB unterscheidet (Abbildung 1)

- den gewöhnlichen Gebrauch
- den vertraglich vorausgesetzten Gebrauch
 - gemäß Produktbeschreibung des Lieferanten
 - gemäß Besprechung der Anforderungen des Anwenders
- ordnungsgemäße Beratung¹ und damit den abgesichert geeigneten Gebrauch
- den Gebrauch gemäß zugesicherter Eigenschaften.

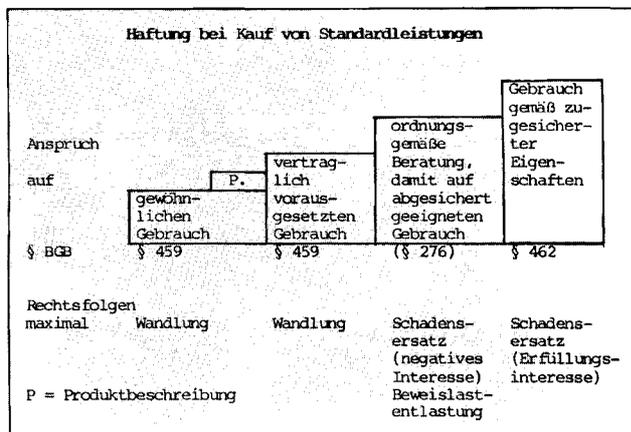


Abbildung 1

1.2 Praxisprobleme

- Was ist der gewöhnliche Gebrauch? Angesichts des enormen Fortschritts in der EDV konnte sich bisher kaum etwas Gewöhnliches einigermaßen deutlich außerhalb des Bereichs des Trivialen herausbilden (Abbildung 2).

Datensicherung

IBM brachte ein System/1 auf den Markt, das zunehmend auch für kommerzielle Anwendungen angeboten (und in die Richtung weiterentwickelt) wurde. Die Datensicherung für eine 32 Mio Byte Platte erfolgte anfangs über Disketten (Bruttokapazität ca. 1,2 Mio Byte). Abends mußte ein Benutzer „Disc-Jockey“ spielen. IBM entwickelte dann einen Diskettenschacht, in den die erforderliche Zahl an Disketten auf einmal eingelegt werden konnte.

Später wurde dann das Streaming Tape entwickelt, das die Datensicherung auf eine Kassette in einigen Minuten zuließ.

Zu dieser Zeit brachten andere Hersteller Systeme mit größeren Plattenlaufwerken heraus — ohne Streaming Type und z. T. mit geringerer Diskettenkapazität.

Abbildung 2

¹ Siehe Zahrnt, Verletzung von Beratungspflichten bei Verträgen über Bürocomputer, IuR 1986, 354 ff.