

Neue Juristische Wochenschrift

In Verbindung mit dem Deutschen Anwaltverein

Heft 34

und der Bundesrechtsanwaltskammer herausgegeben von Dr. Rainer Hamm, Rechtsanwalt in Frankfurt a. M. – Prof. Dr. Rudolf Nirk, Rechtsanwalt beim BGH – Dr. Fritz Ostler, Rechtsanwalt in München – Dr. Hans-Jürgen Rabe, Rechtsanwalt in Hamburg – Prof. Dr. Konrad Redeker, Rechtsanwalt in Bonn.

Seite 2105–2168
44. Jahrgang
21. August 1991

Schriftleitung: Prof. Dr. Hermann Weber, Rechtsanwalt, Palmengartenstraße 14, 6000 Frankfurt a. M. 1

Aufsätze

Richter am LG Dr. Helmut Haberstumpf, Nürnberg

Neue Entwicklungen im Software-Urheberrecht

Der nachfolgende Beitrag setzt sich eingehend mit dem Urteil des BGH vom 4. 10. 1990 (NJW 1991, 1231) zum Software-Schutz auseinander. Die in der Entscheidung enthaltenen bemerkenswerten neuen Aspekte und die gegenüber der Inkasso-Entscheidung (BGH, NJW 1986, 196) günstigere Rechtslage werden ausführlich dargestellt.

I. Ausgangslage

1. Entwicklung des Software-Schutzes in der Bundesrepublik Deutschland

Für die Entwicklung des Software-Urheberrechts in der Bundesrepublik sind zwei deutlich unterschiedliche Phasen kennzeichnend. Nachdem ursprünglich ebenso wie im Ausland die Möglichkeiten des Patentschutzes im Vordergrund des Interesses standen, favorisierte im Laufe der Diskussion die überwiegende Meinung im juristischen Schrifttum das Urheberrecht als geeignetes Instrument für den Schutz der Computerprogramme¹. Die Rechtsprechung folgte zunächst diesem Trend.

Mit dem Urheberrechtsschutz für Computerprogramme befaßten sich erstmals im Jahre 1981 die LG Kassel² und Mannheim³, die deren Schutzfähigkeit gegensätzlich beurteilten. Während das LG Kassel das zu bewertende Baustatikprogramm ohne weiteres dem Urheberrechtsschutz unterstellte, hielt das LG Mannheim das umstrittene Inkassoprogramm nicht für schutzfähig, weil Computerprogrammen jeglicher geistig-ästhetischer Gehalt fehle. Die Entscheidung des LG Kassel wurde in der Berufung vom OLG Frankfurt bestätigt⁴; die Revision gegen die Berufungsentscheidung nahm der BGH im Beschluß vom 26. 9. 1985 wegen Aussichtslosigkeit nicht an. Das Urteil des LG Mannheim wurde dagegen im Berufungsverfahren durch das OLG Karlsruhe⁵ abgeändert, da das Berufungsgericht das Inkassoprogramm als geschütztes Werk nach dem Urheberrechtsgesetz ansah. Die Revision dagegen führte zu der Grundsatzentscheidung des BGH „Inkassoprogramm“ vom 9. 5. 1985⁶, der das Berufungsurteil im urheberrechtlichen Teil aufhob und an das OLG Karlsruhe zurückverwies, weil es die schöpferische Eigenart des Inkassoprogramms nur

pauschal und ohne nähere Begründung bejaht habe; das Verfahren wurde inzwischen durch Vergleich beendet⁷. Weitere erste gerichtliche Stellungnahmen liegen in den Entscheidungen der LG Mosbach⁸ und München⁹, der OLG Koblenz¹⁰, Hamburg¹¹, Frankfurt¹² und Nürnberg¹³ sowie des BAG¹⁴ vor. In diesen Entscheidungen wurde die urheberrechtliche Schutzfähigkeit von Computerprogrammen ausnahmslos dem Grundsatz nach bejaht und überwiegend auch tatsächlich zugesprochen. Auf eben diese Rechtsprechung stützte sich ausdrücklich der Bericht des Rechtsausschusses des Deutschen Bundestages vom 17. 5. 1985¹⁵, auf dessen Empfehlung die Programme für die Datenverarbeitung in den Katalog der schützbareren Werke aufgenommen wurden. Das Gesetz zur Änderung von Vorschriften auf dem Gebiet des Urheberrechts vom 24. 6. 1985¹⁶ ist seit 1. 7. 1985 in Kraft.

Diese erste Phase wurde durch die Grundsatzentscheidung des BGH „Inkassoprogramm“¹⁷ beendet. Die Anforderungen an den Erwerb des urheberrechtlichen Schutzes wurden darin so hoch geschraubt, daß das Instrumentarium des Urheber-

1) S. die eingehende und kommentierte Darstellung bei Röttinger, Informatik und Recht (IuR) 1987, 93–98.

2) LG Kassel, BB 1983, 992.

3) LG Mannheim, BB 1981, 1543.

4) OLG Frankfurt, NJW-RR 1986, 126 = CR 1986, 13 – Baustatikprogramme.

5) OLG Karlsruhe, GRUR 1983, 300.

6) BGH, NJW 1986, 192 = CR 1985, 22 – Inkassoprogramm.

7) S. den Bericht von Sieber, CR 1986, 699.

8) LG Mosbach, GRUR 1983, 70.

9) LG München I, GRUR 1983, 175 – Visicalc; LG München I, NJW-RR 1986, 129 = CR 1986, 384.

10) OLG Koblenz, BB 1983, 992.

11) OLG Hamburg, GRUR 1983, 435 – Puckman.

12) OLG Frankfurt, GRUR 1983, 753 – Pengo; OLG Frankfurt, GRUR 1983, 757 – Donkey Kong Junior.

13) OLG Nürnberg, GRUR 1984, 736 – Glasverschnitt-Programm.

14) BAG, NJW 1984, 1579 = GRUR 1984, 429 – Statikprogramme.

15) Bericht der Abgeordneten Stiegler und Saurin, BT-Dr 10/3360, S. 18.

16) BGBl I, 1137.

17) BGH, NJW 1986, 192 = CR 1985, 22ff.

rechtsgesetzes – wenn überhaupt – nur in Ausnahmefällen dem Programmschöpfer zur Verfügung stehen konnte. Danach war die Situation durch eine große Rechtsunsicherheit und eine sich in verschiedene Richtungen zerfasernde Diskussion¹⁸ gekennzeichnet, die sich wieder vermehrt den Schutzmöglichkeiten des Patent- und Gebrauchsmusterrechts, des Geschmacksmusterrechts, des Warenzeichen- und Wettbewerbsrechts, sowie des allgemeinen Zivilrechts zuwandte. Gerichtsentscheidungen, die sich mit der urheberrechtlichen Schutzfähigkeit von Programmen befaßten, blieben rar. Nur gelegentlich wurden die Voraussetzungen des § 2 II UrhG bejaht; dabei handelte es sich aber um Betriebssysteme und um Fälle, bei denen im Prozeß das Vorliegen einer persönlichen geistigen Schöpfung nicht bestritten wurde¹⁹. Im übrigen scheiterte die Durchsetzung urheberrechtlicher Ansprüche meist bereits an den gesetzten Anforderungen an die schlüssige Darlegung und den Beweis der Schutzfähigkeit²⁰. Einen Höhepunkt in dieser Entwicklung bildete zweifellos das Urteil des OLG Hamm vom 27. 4. 1989²¹. Obwohl die dortige Klägerin in der Vorinstanz²² diverse Handbücher und Unterlagen und in der Berufung eine etwa 100 Seiten starke Ausarbeitung zur Gestaltungshöhe des strittigen Betriebssystems²³ vorgelegt hatte, hielt das Gericht den Sachvortrag dennoch nicht für ausreichend und lehnte sogar die Erholung eines Sachverständigengutachtens zur Beurteilung der Schutzfähigkeit ab.

Inzwischen hat sich aber das Blatt wieder gewendet. Maßgebend ist hierfür in erster Linie die neue Entscheidung des BGH vom 4. 10. 1990²⁴ zum Fall „Betriebssystem“, die das erwähnte Urteil des OLG Hamm vom 27. 4. 1989 aufhob und zur erneuten Verhandlung und Entscheidung zurückverwies. Der BGH betont zwar ausdrücklich, daß er keine Veranlassung sehe, von den Grundsätzen der Inkassoprogrammentcheidung abzuweichen. Liest man aber die Entscheidungsgründe genauer, zeigt sich schnell, daß der BGH tatsächlich einige Aussagen der vorangegangenen Grundsatzentscheidung deutlich abgeschwächt hat, so daß die Durchsetzung der Interessen von Software-Urhebern erheblich erleichtert erscheint. Kann man das Urteil „Inkassoprogramm“ mit der Überschrift „Grundsätzliche Bejahung, praktische Verneinung des Urheberrechtsschutzes für Computerprogramme“²⁵ versehen, wird man das neue BGH-Urteil am treffendsten mit dem Schlagwort „Verbale Aufrechterhaltung der Inkassoprogrammentcheidung, faktischer Teilrückzug“ charakterisieren können. Geblieben ist allerdings die Forderung, daß das durchschnittliche Schaffen bei der Programmerstellung deutlich überstiegen werden muß, so daß zum Erwerb der Urheberrechtsschutzfähigkeit für Software-Produkte strengere Voraussetzungen erfüllt werden müssen als z. B. für Darstellungen wissenschaftlicher oder technischer Art nach § 2 I Nr. 7 UrhG. Diese Differenzierung und Schlechterstellung von Computerprogrammen, die schon nach dem überrkommenen Werkbegriff nicht begründbar ist, wird sich aber nach dem Inkrafttreten der europäischen Richtlinie des Rates über den Rechtsschutz von Computerprogrammen und deren Umsetzung in nationales Recht nicht mehr halten lassen²⁶. In ihrem Art. 1 III weist die Richtlinie²⁷ die Mitgliedstaaten nämlich an, Computerprogramme als literarische Werke zu schützen, wenn sie individuelle Werke in dem Sinne darstellen, daß sie das Ergebnis der eigenen geistigen Schöpfung des Urhebers sind; zur Bestimmung ihrer Schutzfähigkeit dürfen keine anderen Kriterien angewendet werden.

Aufgrund dieser Umstände aus neuester Zeit ist daher zu erwarten, daß die Rechtslage in der Bundesrepublik wieder Anschluß an die internationale Entwicklung²⁸ gewinnt und das Urheberrecht in Zukunft als ein praktisch wirksames und von den Gerichten anerkanntes Schutzinstrument in Betracht

kommt. Dann werden auch die Folgeprobleme, die aus der gesetzgeberischen Entscheidung für den Urheberrechtsschutz resultieren, verstärkt in den Blickpunkt der Diskussion treten. Gerade der Sachverhalt des Falles „Betriebssystem“, wo es um den Inhalt und die Reichweite des Erschöpfungsgrundsatzes nach § 17 II UrhG²⁹ geht, ist dafür exemplarisch.

2. Sachverhalt und Vorgeschichte der Entscheidung „Betriebssystem“

Eine EDV-Händlerfirma handelt mit gebrauchten Datenverarbeitungsanlagen von Nixdorf, die sie zusammen mit der dazugehörigen Systemsoftware von Dritten ankauft und weiterveräußert. Nixdorf bringt diese Anlagen mitsamt der Systemsoftware in Verkehr, indem sie mit ihren Abnehmern über die Hardware und die Software jeweils gesonderte Verträge schließt. Die als Lizenzverträge bezeichneten Verträge über die Systemsoftware enthalten die Klausel, daß der Kunde das nicht übertragbare Recht zur Nutzung der Programme im Zusammenhang mit einem von Nixdorf gekauften oder gemieteten Computersystem erhält. Wegen dieses Weitergabeverbotes sieht Nixdorf den Weitervertrieb gebrauchter Computer samt zugehörigem Betriebssystem durch die beklagte Firma als Verletzung des Verbreitungsrechts an ihrer urheberrechtlich geschützten Systemsoftware an. Das LG Bielefeld wies im erstinstanzlichen Urteil vom 18. 4. 1986³⁰ die Klage ab: Zwar sei das fragliche Betriebssystem urheberrechtsschutzfähig, ihre Weiterverbreitung sei aber dennoch zulässig, weil sich das Verbreitungsrecht nach § 17 II UrhG erschöpft habe. Obwohl die gegebene Begründung nicht bedenkenfrei ist³¹, wurde das Urteil vom Schrifttum im Ergebnis zustimmend aufgenommen³², auch andere Gerichte haben sich dem angeschlossen³³. Die gegen das Urteil des LG Bielefeld eingelegte Berufung von Nixdorf blieb erfolglos, weil das OLG Hamm die schlüssige und substantiierte Darlegung der Urheberrechtsschutzfähigkeit für das fragliche Betriebssystem vermißte. Die Revision gegen die Berufungsentscheidung nahm der BGH nun zum Anlaß, sich ein zweites Mal grundsätzlich zum Thema der Urheberrechtsschutzfähigkeit von Computerprogrammen zu äußern.

18) Vgl. Betten, Mitt 1986, 10ff., und die Beiträge von Kraßer, v. Falkenstein, Schweyer, Lehmann und Haß, in: Lehmann (Hrsg.), Rechtsschutz und Verwertung von Computerprogrammen, 1988.

19) LG Bielefeld, CR 1986, 445 m. krit. Anm. Kindermann; LG München I, CR 1988, 380; OLG Frankfurt, in: Zahrt, Beil. 24 zu BB 1990, Heft 19, S. 9; OLG Nürnberg, NJW 1989, 2634; vgl. auch LAG München, CR 1987, 511.

20) LG Braunschweig, CR 1986, 806f.; OLG Karlsruhe, NJW-RR 1988, 433 = CR 1987, 766f.; OLG Frankfurt NJW 1989, 2631, auch in: Zahrt (o. Fußn. 19), S. 7.

21) CR 1989, 592ff. – Betriebssystem. Krit. Anm. von Bücken, CR 1989, 798f., und Schulze, CR 1989, 799.

22) LG Bielefeld, CR 1986, 445.

23) Bücken, CR 1989, 798.

24) NJW 1991, 1231 = CR 1991, 82ff.; krit. besprochen von Lehmann, CR 1991, 150f.

25) So das einhellige Urteil der Fachwelt: Bauer, CR 1985, 10f.; Röttinger, IuR 1986, 16f.; Haberstumpf, GRUR 1986, 222; ders., in: Lehmann (o. Fußn. 18), II Rdnr. 42; Moritz-Tybussek, Computersoftware, 1986, Rdnrn. 134ff.; Schricker-Loewenheim, UrheberR, 1987, § 2 Rdnrn. 78–81; Hartmann-Bavendamm, in: Kilian-Heussen (Hrsg.), Computerrechtsdb., 1990, 54 Rdnrn. 20–22.

26) Lehmann, CR 1991, 150.

27) ABIEG Nr. 91/L 122/44; dazu Lehmann, CR 1991, 64; ders., GRURInt 1991, 327ff.

28) Haberstumpf, in: Lehmann (o. Fußn. 18), II Rdnrn. 8ff.; Dreier, GRURInt 1988, 476ff.; Kindermann, Copyright 1988, 201ff. Vgl. Lehmann, NJW 1991, 2114 (in diesem Heft).

29) S. näher Jörg Schneider, Softwarenutzungsverträge im Spannungsfeld von Urheber- und Kartellrecht, 1988, S. 126ff.

30) CR 1986, 445 m. krit. Anm. Kindermann.

31) So die zutr. Kritik von Kindermann, CR 1986, 446ff.

32) Haberstumpf, in: Lehmann (o. Fußn. 18), II Rdnrn. 126f.; Schmidt, in: Lehmann (o. Fußn. 18), XV Rdnr. 63; Bartsch, CR 1987, 8ff.; Hoeren, Softwareüberlassung als Sachkauf, 1989, Rdnrn. 146ff.; Jörg Schneider (o. Fußn. 29), S. 138ff., 184ff.; Lehmann, BB 1985, 1210; Jochen Schneider, Praxis des EDV-Rechts, 1990, G Rdnr. 54.

33) OLG Nürnberg, NJW 1989, 2634; a. A. allerdings OLG Frankfurt vom 26. 4. 1989 – 13 U 54/88, in: Zahrt, BB 1990, Beil. 24 zu Heft 19, S. 8ff.

II. Schutzgegenstand

Die Bestimmung des Schutzgegenstandes, auf den sich das Urheberrecht des Werkschöpfers bezieht, ist von ausschlaggebender Bedeutung für die Frage nach der Identität von Werken und ihrer Abgrenzung gegenüber anderen. Die Antworten, die darauf gegeben werden, legen den Umfang des Schutzes fest, den ein Werk genießt. Dazu gehört auch die traditionelle Streitfrage³⁴, ob Gegenstand des Urheberrechts die Form eines Werkes oder auch dessen Inhalt ist. Mit dem Problem des Schutzgegenstandes ist die Frage, unter welchen Voraussetzungen es gerechtfertigt erscheint, ein bestimmtes Werk nach § 2 II UrhG zu schützen, eng verwoben. Einerseits sind Umstände, die an sich die Schutzwürdigkeit zu begründen geeignet sind, nur dann relevant, wenn sie sich auf den Schutzgegenstand beziehen, d. h. für dessen konkrete Gestaltung bestimmend sind. Andererseits liegt eine Urheberrechtsverletzung nur vor, wenn etwas aus einem geschützten Werk übernommen wird, das dem durch den Schutzgegenstand abgesteckten Schutzzumfang unterfällt, und das Übernommene den geforderten Kriterien für die Schutzgewährung entspricht. Gerade in diesem Zusammenhang bietet das neue Urteil des BGH einige bemerkenswert neue Aspekte. Im Fall „Inkassoprogramm“ führte er noch aus³⁵:

„Für die urheberrechtliche Beurteilung wissenschaftlicher oder technischer Werke scheidet ein geistig-schöpferischer Gehalt in der Gedankenführung und -formung des dargestellten Inhalts weitgehend aus; die wissenschaftliche Lehre und das wissenschaftliche Ergebnis sind urheberrechtlich frei und jedermann zugänglich . . . Dem Urnehmerschutz ist daher die in dem Computerprogramm berücksichtigte, sich auf einen vorgegebenen Rechner beziehende Rechenregel (der sogenannte Algorithmus) ebensowenig zugänglich wie andere bei der Erstellung des Programms herangezogene mathematische oder technische Lehren oder Regeln, die als Bestandteil der wissenschaftlichen Lehre frei und jedermann zugänglich sein müssen. Für den Urheberrechtsschutz von Computerprogrammen und ihren Vorstufen kommt danach nur die Form und Art der Sammlung, Einteilung und Anordnung des Materials in Betracht.“

Diese Grundsätze waren u. a. maßgeblich dafür, daß der BGH das Berufungsurteil des OLG Karlsruhe³⁶ aufhob, weil es zur Begründung der Schutzfähigkeit sich im wesentlichen auf eine Beschreibung der Arbeitsvorgänge beschränkt habe, die das fragliche Inkassoprogramm zu leisten vermöge; die dargestellten Arbeitsvorgänge seien einem inhaltlichen Schutz nicht zugänglich³⁷. Der BGH stellte damit klar, daß die in jedem Computerprogramm enthaltene Beschreibung der Verarbeitungsprozeduren, also der konkrete Algorithmus³⁸, nicht zum Schutzgegenstand gehört. Die Individualität eines Software-Produkts konnte daher nicht mit der Individualität der beschriebenen Verarbeitungsprozeduren begründet, eine Urheberrechtsverletzung nicht auf Identitäten oder Ähnlichkeiten bei den konkreten Algorithmen gestützt werden. Dies steht allerdings in einem augenscheinlichen Widerspruch³⁹ zu dem nur wenige Monate später gefaßten Beschluß vom 26. 9. 1985⁴⁰, in dem der BGH die Revision gegen das Urteil des OLG Frankfurt vom 6. 11. 1984 nicht annahm. Das OLG Frankfurt hatte nämlich die Urheberrechtsschutzfähigkeit des strittigen Baustatikprogramms mit der Art und Weise begründet, wie der Programmschöpfer einen allgemeinen Algorithmus im Programm konkret realisiert (implementiert)⁴¹ hatte; die Urheberrechtsverletzung bestand in der weitgehenden Identität der Verarbeitungsteile der Programme beider Prozeßparteien⁴². Nach den Grundsätzen der Inkassoprogramm-Entscheidung hätte der BGH folglich die Revision annehmen und den Rechtsstreit an das Berufungsgerecht zurückverweisen müssen. In dem Urteil zum Fall „Betriebssystem“ schließt sich nun der BGH ausdrücklich den Ausführungen des OLG Frankfurt an⁴³, die dadurch Modell-

charakter erhalten: Algorithmen als solche sind zwar einem Urheberrechtsschutz nicht zugänglich, können aber in der Art und Weise der Implementierung und Zuordnung zueinander urheberrechtsschutzfähig sein. Nicht die Rechenregel, die Idee, die mathematische Formel ist hier Gegenstand des Schutzes, sondern das „Gewebe“. Das Gericht macht sich somit die in der Literatur herrschende Meinung⁴⁴ zu eigen, die auch bei wissenschaftlichen und technischen Werken inhaltliche Elemente zur Schutzbegründung mit heranziehen und in ihrer konkreten Ausgestaltung in den Schutzzumfang einbeziehen will. Der BGH nimmt damit auch die über 100jährige Tradition in der höchstrichterlichen Rechtsprechung wieder auf, die immer schon das wissenschaftliche oder technische Gedankengut, sofern es im Werk seinen konkreten Ausdruck findet, zum Schutzgegenstand rechnete⁴⁵. Ganz offensichtlich will sich der BGH von seiner neueren Rechtsprechung seit der Entscheidung „Flughafenpläne“⁴⁶, die wissenschaftliche oder technische Werke nur in ihrer Form der Darstellung, nicht aber im Inhalt für schutzfähig erachtete, wieder verabschieden⁴⁷. Hierfür spricht insbesondere, daß das Hauptargument des Urteils „Flughafenpläne“, die Abgrenzung zu den technischen Schutzrechten erfordere es, daß wissenschaftliches und technisches Gedankengut nicht Gegenstand des Urheberrechts sein könne, in der Betriebssystem-Entscheidung nicht mehr für stichhaltig gehalten wurde; hier heißt es jetzt, daß das Bestehen von Patentschutz für ein bestimmtes Programm dem Urheberrechtsschutz nicht zwingend entgegenstehe⁴⁸.

Wenn auch diese Entwicklung im Interesse der wissenschaftlichen Autoren und der Programmschöpfer zu begrüßen ist⁴⁹ und Beifall verdient, sollte nicht unerwähnt bleiben, daß der BGH ebenso wie das von ihm zitierte Schrifttum verschweigt, worin sich der im Programm implementierte schutzfähige Algorithmus von dem schutzunfähigen Algorithmus als solchen unterscheidet. Die Problematik dieser Abgrenzung, die auch die EG-Richtlinie in Art. 1 II mit dem Begriffspaar Ausdrucksform/zugrundeliegende Idee anspricht, wird in Zukunft in verstärktem Maße die Rechtsprechung beschäftigen müssen.

Will man sich nicht hoffnungslos in philosophischen Höhenflügen verirren, indem man dem Algorithmus als solchen den Status einer

34) Dazu *Schricker-Loewenheim* (o. Fußn. 25), § 2 Rdnrn. 27 ff.

35) NJW 1986, 192 (196) = CR 1985, 22 (30).

36) GRUR 1983, 300.

37) BGH, NJW 1986, 192 (196) = CR 1985, 22 (31) – Inkassoprogramm.

38) *Kindermann*, ZUM 1985, 3, 6.

39) Hierzu eingehend *Schulze*, GRUR 1985, 1003 ff.

40) I ZR 219/84.

41) NJW-RR 1986, 126 = CR 1986, 19 ff. – Baustatikprogramme.

42) NJW-RR 1986, 126 = CR 1986, 19 (20 ff.) – Baustatikprogramme.

43) NJW 1991, 1231 = CR 1991, 80 (85).

44) *Ulmer*, Der Urheberrechtsschutz wissenschaftlicher Werke unter besonderer Berücksichtigung der Programme elektronischer Rechenanlagen, 1967, S. 3, 15 f.; *Ulmer-Kolle*, GRURInt 1982, 497; *Kolle*, GRUR 1982, 455; *Loewenheim*, ZUM 1985, 29; *Schricker-Loewenheim* (o. Fußn. 25), § 2 Rdnr. 78; *Moritz-Tybussek* (o. Fußn. 25), Rdnrn. 136 ff.; *Harte-Bavendamm* (o. Fußn. 25), 54 Rdnr. 18.

45) So mit vorbildlicher Klarheit BGH, GRUR 1955, 599 – Der praktische Ratgeber. Einen Überblick über diese Rechtsprechung unter dem Aspekt des Inhaltsschutzes geben *Reimer*, GRUR 1980, 572 ff. und *Haberstumpf*, in: Festschr. z. 100jährigen Bestehen der Deutschen Vereinigung für Gewerblichen Rechtsschutz und Urheberrecht, 1991, II B 2, C 2.

46) BGH, NJW 1979, 1548 = GRUR 1979, 465.

47) Zur Kritik an dieser Rechtsprechung vgl. *Haberstumpf*, in: *Lehmann* (o. Fußn. 18), II Rdnrn. 44 ff. Gegen die Sinnfälligkeit der Unterscheidung zwischen Form und Inhalt hat sich auch *Erdmann*, CR 1986, 253, ausgesprochen, der Mitglied des für Urheberrechtssachen zuständigen Senates beim BGH ist.

48) NJW 1991, 1231 = CR 1991, 80 (82).

49) *Lehmann*, CR 1991, 151.

platonischen Idee⁵⁰ zuweist, bleibt nur übrig, ihn als Verfahrensbeschreibung höherer Allgemeinheitsstufe zu deuten, wie es der Programmierpraxis⁵¹ und der überwiegenden Literaturmeinung⁵² entspricht. Solche Algorithmen höherer Allgemeinheitsstufe, die beispielsweise in einem Lehrbuch der Informatik vorgestellt und formuliert sein können⁵³ und sich zur Lösung bestimmter Typen von Aufgaben bewährt haben, werden immer wieder als Ausgangspunkt zur Erstellung von Programmen gewählt. Durch Implementierung im Wege ihrer schrittweisen Verfeinerung⁵⁴ unter Berücksichtigung der gegebenen Rahmenbedingungen und gegebenenfalls unter Einbeziehung anderer allgemeiner Algorithmen entsteht das ablauffähige Programm. Ein solcher in einem Informatiklehrbuch formulierter Algorithmus ist nun keine abstrakte, urheberrechtlich völlig irrelevante Wesenheit, sondern vielmehr konkreter und unmittelbarer Ausdruck oder Teilausdruck des Lehrbuchs und muß daher in den Urheberrechtsschutz, den das Lehrbuch genießt, mit einbezogen sein. Es wäre nicht akzeptabel, wenn jedermann den Teil des Lehrbuchs, der den Algorithmus enthält, jederzeit wörtlich oder sinngemäß ohne Zitierung des Autors nachdrucken oder sonstwie beliebig ausbeuten könnte. Da somit Algorithmen höherer Allgemeinheitsstufe nicht schlechthin schutzunfähig sein können, stellt sich das Problem, wie weit der Schutz von Algorithmen gehen kann. Ebenso wenig wie man dem Entwickler eines im Computerprogramm formulierten Algorithmus die Rechtsmacht zugestehen kann, sich alle möglichen Verallgemeinerungen vorzubehalten, wird der Schöpfer eines individuellen allgemeinen Algorithmus alle möglichen Konkretisierungen kontrollieren dürfen. Wo die jeweilige Grenzlinie zu ziehen ist, wird anhand der Umstände des Einzelfalles zu entscheiden sein, wobei der Vorschrift des § 24 UrhG die entscheidende Rolle zukommt⁵⁵. Vom Schutzzumfang umfaßt sind danach alle diejenigen Konkretisierungen oder Verallgemeinerungen, die den jeweiligen Algorithmus, für den um Schutz nachgesucht wird, identisch oder wesentlich identisch repräsentieren.

III. Schöpferischer Eigentümlichkeitsgrad bei Software-Produkten

Nach der Rechtsprechung des BGH erfordert ein schutzfähiges Werkschaffen einen hinreichenden schöpferischen Eigentümlichkeitsgrad. Maßgebend ist dabei der geistig-schöpferische Gesamteindruck der konkreten Gestaltung. Um zu der notwendigen Objektivierung dieses Kriteriums zu gelangen, geht der BGH in zwei Schritten vor:

(1) Zunächst ist der Gesamtvergleich mit vorbestehenden Gestaltungen vorzunehmen. Dieser Vergleich enthält keine Neuheitsprüfung, sondern beantwortet die Frage, ob der konkreten Formgestaltung gegenüber den vorbekannten Gestaltungen individuelle Eigenheiten zukommen. Alle in deren Nähe bleibenden Gestaltungen besitzen keinen hinreichenden schöpferischen Eigentümlichkeitsgrad; auch die bloße mechanisch-technische Fortführung und Entwicklung des Vorbekannten bleibt in diesem Bereich⁵⁶.

(2) Lassen sich anhand des Gesamtvergleiches schöpferische Eigenheiten feststellen, so sind diese nach der Formulierung im Urteil „Inkassoprogramm“ dem Schaffen eines Durchschnittsprogrammierers gegenüberzustellen. Das Können eines Durchschnittsprogrammierers, 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 voraussetzt⁵⁷. In der neuen Entscheidung zum Fall „Betriebssystem“⁵⁸ umschreibt der BGH den schöpferischen Eigentümlichkeitsgrad etwas anders: Nicht das Schaffen eines Durchschnittsprogrammierers ist als Maßstab zu nehmen, sondern das alltägliche durchschnittliche Schaffen bei der Programmherstellung, das deutlich überstiegen werden muß.

1. Gesamtvergleich mit vorbekannten Gestaltungen

Sofern man den auf der ersten Stufe anzustellenden Gesamtvergleich mit den vorbestehenden Gestaltungen als Vergleich mit anderen auf dem betreffenden Gebiet existierenden Werken auffaßt⁵⁹, werden sowohl der Urheber bei der Darle-

gung wie auch der Richter bei der Feststellung der Schutzfähigkeit überfordert. Welcher Richter beispielsweise besitzt schon einen umfassenden Überblick über die auf dem gesamten Anwendungsgebiet des Urheberrechts existierenden Werke, die man dem jeweils im Streit befindlichen gegenüberstellen könnte? Ohne Erholung eines Sachverständigengutachtens wäre ein Urheberrechtsprozeß somit kaum mehr führbar. Die Problematik dieser Forderung zeigt sich gerade bei Computerprogrammen in besonderer Schärfe. Sie würde, wie das OLG Hamm in der Berufungsentscheidung zum Fall „Betriebssystem“⁶⁰ unter konsequenter Fortführung der BGH-Entscheidung „Inkassoprogramm“ ausgeführt hat, eine synoptische Gegenüberstellung der konkreten Formgestaltungen des in Frage stehenden Programms mit denen vorbekannter Programme voraussetzen. Die Quellfassungen vorbekannter Programme, die den Gesamtvergleich erst ermöglichen, sind dem Anspruchsteller in der Regel gar nicht zugänglich, wie der BGH⁶¹ dem OLG Hamm völlig zu Recht entgegenhält. Dieser müßte nämlich die üblicherweise nur im Objektcode vorliegende Software anderer Hersteller erwerben und dann mittels Dekompilierung⁶² in ihre Quellfassung zurückübersetzen, um diese mit seinem eigenen Quellcode konfrontieren zu können. Der Anspruchsteller würde dann allerdings Gefahr laufen, das Urheberrecht der Hersteller der analysierten Programme zu verletzen; die rückwärtige Analyse fremder Programme zum Zweck der Vorbereitung und Durchführung eines Prozesses gehört nämlich normalerweise nicht zu den von der EG-Richtlinie nach Art. 6 erlaubten Dekompilierungsfällen⁶³.

Der geforderte Gesamtvergleich ist aber nicht nur schwierig durchzuführen und stößt auf rechtliche Bedenken, er ist vor allem überflüssig. Die Betriebssystem-Entscheidung macht das ganz deutlich. Die beim Gesamtvergleich festgestellten schöpferischen Eigentümlichkeiten sollen dem durchschnittlichen Programmierschaffen, das auf einer mehr oder weniger routinemäßigen, handwerksmäßigen, mechanisch-technischen Aneinanderreihung und Zusammenfassung des Materials beruht, gegenübergestellt werden. So wie der BGH das durchschnittliche Programmierschaffen umschreibt, wird in der urheberrechtlichen Terminologie⁶⁴ der Bereich des

50) Zu solchen Ansätzen in der urheberrechtlichen Literatur s. Haberstumpf, Zur Individualität wissenschaftlicher Sprachwerke, 1982, S. 68ff.; ders., GRUR 1986, 229.

51) Vgl. das im Urteil des OLG Frankfurt, NJW-RR 1986, 126 = CR 1986, 19ff. – Baustatikprogramme, wiedergegebene Gutachten des beigezogenen Sachverständigen.

52) Ulmer-Kolle, GRURInt 1982, 497; Erdmann, CR 1986, 253; Preuß, Der Rechtsschutz von Computerprogrammen, Diss. Erlangen, 1987, S. 180f.; Schrickler-Loewenheim (o. Fußn. 25) § 2 Rdnr. 77; Harte-Bavendamm, Computerrechtshdb. (o. Fußn. 25), 54 Rdnr. 18; Zahmt, GRUR 1988, 598f.

53) OLG Frankfurt, NJW-RR 1986, 126 = CR 1986, 19 (21) – Baustatikprogramme.

54) Vgl. hierzu eingehend Goldschlager-Lister, Informatik, 3. Aufl. (1990), S. 31ff.

55) Haberstumpf, in: Lehmann (o. Fußn. 18), II Rdnrn. 130f.

56) BGH, NJW 1986, 192 = CR 1985, 31 – Inkassoprogramm; v. Gamm, WRP 1969, 99.

57) BGH, NJW 1985, 1631 = GRUR 1984, 661 – Ausschreibungsunterlagen; BGH, NJW 1986, 192 = CR 1985, 31 – Inkassoprogramm; v. Gamm, WRP 1969, 99.

58) BGH, NJW 1991, 1231 = CR 1991, 80, 85 – Betriebssystem; ebenso bereits BGH, NJW 1987, 1332 = GRUR 1986, 741 – Anwaltschriftsatz.

59) So BGH, NJW 1986, 192 = CR 1985, 22 (32) – Inkassoprogramm, wo bemängelt wird, daß das BerGer. ungeklärt ließ, worin sich das fragliche Inkasso-Programm von vorhandenen Inkasso-Programmen abhebt.

60) OLG Hamm, CR 1989, 594.

61) BGH, NJW 1991, 1231 = CR 1991, 80 (84) – Betriebssystem.

62) Ilzhöfer, CR 1990, 578.

63) Dazu näher Haberstumpf, CR 1991, 129ff.

64) Z. B. Schrickler-Loewenheim (o. Fußn. 25), § 2 Rdnr. 12.

Schutzunfähigen, Nichtindividuellen beschrieben; es ist anzunehmen, daß der BGH seine Ausführungen auch in diesem Sinne verwenden will. Um nun festzustellen, ob einem bestimmten Werk schöpferische Eigenheiten zukommen, reicht es aus, dieses von vorneherein dem Bereich des Schutzunfähigen gegenüberzustellen. Geht es über den Standard des alltäglichen, an Vorgegebenheiten orientierten Schaffens hinaus, besitzt es schöpferische Eigenheiten, ohne daß ein Gesamtvergleich mit anderen bereits existierenden Werken erforderlich ist. Die vom BGH postulierte erste Prüfungsstufe kann folglich ersatzlos übergangen werden.

Ob der Werkschöpfer den schutzunfähigen Bereich verlassen hat, richtet sich nach überkommener Auffassung danach, ob ihm ausreichende Gestaltungsspielräume offenstanden und ob er sie auch tatsächlich genutzt hat. Genauso geht der BGH auch in der Betriebssystem-Entscheidung vor, indem er es zum schlüssigen Sachvortrag genügen läßt, daß der Anspruchsteller auf die bei der Erstellung der fraglichen Systemsoftware bestehenden Gestaltungsspielräume und darauf hingewiesen habe, daß es sich in verschiedener Hinsicht um Neuentwicklungen handele. Zu einem Vergleich mit anderen bereits existierenden Werken kommt es dagegen erst auf Einwand des Verletzers, wenn er sich damit verteidigt, der Urheber habe auf vorbekanntes Formengut zurückgegriffen; in diesem Fall ist es seine Sache, die Gestaltung der vorbekannten Werke darzulegen und zu beweisen⁶⁵.

2. Gestaltungshöhe

Zu der Frage nach der erforderlichen Gestaltungshöhe stellt der BGH im Urteil „Betriebssystem“ klar, daß nicht das Schaffen eines Durchschnittsprogrammierers, also eines durchschnittlichen oder ähnlich guten Gestalters, den Vergleichsmaßstab bilden soll, wie man die Ausführungen der Inkassoprogrammierscheidung mißverstehen konnte. Geblieben ist aber die Forderung, daß das maßgebliche durchschnittliche Schaffen bei der Programmerstellung deutlich überstiegen werden muß. Eine Begründung für diese erhöhten Anforderungen bietet auch dieses Urteil nicht. Der BGH führt nur aus, es handele sich um eine an der üblichen urheberrechtlichen Diktion ausgerichtete Formulierung, die die allgemeinen Grundsätze auf Datenverarbeitungsprogramme übertrage. Dies ist inkorrekt. Das Gericht nimmt zum Beleg für diese Behauptung nur auf einige Entscheidungen neueren Datums zum Schriftwerkschutz⁶⁶ bezug, in denen in der Tat ein besonderer Grad an Individualität verlangt wurde, und unterschlägt dabei aber die über 100jährige Tradition in der höchstrichterlichen Rechtsprechung⁶⁷, die gerade für diese Werke stets einfache Individualität ausreichen ließ. Die unterschiedliche Behandlung von Kartenwerken, an die in zwei neueren Entscheidungen⁶⁸ erheblich niedrigere Anforderungen gestellt wurden, versucht der BGH damit zu rechtfertigen, daß die Zweckbestimmung der Darstellungen wissenschaftlicher oder technischer Art im Unterschied zu Computerprogrammen wenig Raum für eine individuelle Gestaltung lasse. Eine grundsätzlich unterschiedliche Behandlung der Darstellungen nach § 21 Nr. 7 UrhG und wissenschaftlich-technischer Sprachwerke nach § 21 Nr. 1 UrhG ist jedoch nicht vertretbar⁶⁹.

Das Urheberrechtsgesetz von 1965 hat durch die Zusammenfassung des Literatururheberrechtsgesetzes und Kunsturheberrechtsgesetzes und durch die Nennung der materiellen Schutzvoraussetzungen in § 2 II UrhG einen einheitlichen Werkbegriff geschaffen, der es grundsätzlich verbietet, die Schutzwürdigkeit der unter das Gesetz fallenden Werke an verschiedenen hohen Maßstäben zu messen⁷⁰.

Nachdem nun aber die höchstrichterliche Rechtsprechung seit der Entscheidung vom 10. 6. 1911⁷¹ bei den Werken der

angewandten Kunst traditionell höhere Anforderungen an die Schutzfähigkeit stellt, um eine Abgrenzung zum Geschmacksmusterrecht zu erreichen, könnte man aus dem Postulat des einheitlichen Werkbegriffs die Konsequenz ziehen, in allen Bereichen des urheberrechtlichen Schaffens die Schutzvoraussetzungen auf das im Überschneidungsgebiet zwischen Urheber- und Geschmacksmusterrecht erforderliche Niveau anzuheben. Diesen Weg hat der BGH in seiner neueren Rechtsprechung zum Schutz wissenschaftlicher Werke seit dem Urteil „Ausschreibungsunterlagen“ eingeschlagen⁷². Die weitere Fortschreibung dieser Tendenz muß erhebliche Auswirkungen auf das Urheberrechtssystem haben. Im Bereich des musikalischen und literarischen Schaffens sind sicherlich mindestens ebenso vielfältige Möglichkeiten für schöpferisches Gestalten wie bei der Computerprogrammierung gegeben; also dürften auch dort die Anforderungen an die Gestaltungshöhe nicht zu niedrig angesetzt werden. Ein Großteil von Werken insbesondere der sog. kleinen Münze, für die ein Schutzbedürfnis anerkannt ist⁷³, fielen aus dem Regelungsbereich des Urheberrechtsgesetzes heraus. Die Verwertungsgesellschaften wären vor praktisch unlösbare Probleme gestellt. Mit welchem Recht könnte dann die VG Wort für jeden ihr gemeldeten und in der Bundesrepublik erschienenen wissenschaftlichen Beitrag, der mindestens zwei Schreibmaschinenseiten lang ist, den Vergütungsanspruch nach § 54 II UrhG⁷⁴ geltend machen⁷⁵? Die GEMA bezieht ihre Effektivität zu einem großen Teil aus der Vermutung, daß der von ihr verwaltete lückenlose oder nahezu lückenlose Bestand in- und ausländischer Tanz- und Unterhaltungsmusik urheberrechtlich geschützt ist⁷⁶. Eine solche Vermutung kann nicht mehr aufrecht erhalten werden, wenn eine bestimmte Gestaltungshöhe erreicht werden muß. Daß alle oder nahezu alle Werke der Tanz- und Unterhaltungsmusik die Grenze zur Schutzunfähigkeit deutlich übersteigen, kann praktisch ausgeschlossen werden⁷⁷. Die generelle Anhebung der Schutzvoraussetzungen hat aber nicht nur das Entstehen einer Schutzlücke zur Folge, sondern führt auch zu einer nicht gerechtfertigten Monopolstellung für diejenigen Werke, die die aufgestellten Hürden überwinden. Die Anforderungen, die im Rahmen von § 2 II UrhG gestellt werden, korrelieren nämlich mit den Voraussetzungen für die Annahme einer freien Benutzung nach § 24 UrhG. Je ausgeprägter die schöpferische Eigenart eines Werkes ist, desto weniger kommt eine freie Benutzung in Betracht, während umgekehrt die Schwä-

65) BGH, NJW 1991, 1231 = CR 1991, 80 (84) – Betriebssystem; BGH, NJW 1982, 108 = GRUR 1981, 822 – Stahlrohrstuhl II.

66) BGH, NJW 1985, 1631 = GRUR 1984, 661 – Ausschreibungsunterlagen; GRUR 1986, 741 – Anwaltschriftsatz; BGH, NJW-RR 1987, 1081 = GRUR 1987, 706 – Warenzeichenlexika.

67) Z. B. RGS I 17, 198 f.; 33, 130 f.; 39, 100; 41, 402; 62, 400; RGZ 41, 49; 81, 123; 108, 65; 116, 294; RG, GRUR 1926, 118; 1932, 743; 1933, 425; 1943/44, 357; BGH, GRUR 1956, 88 – Bauplan; GRUR 1980, 231 – Monumenta Germaniae Historica; GRUR 1981, 353 – Staatsexamensarbeit; GRUR 1981, 521 – Fragensammlung.

68) BGH, NJW-RR 1987, 750 = GRUR 1987, 361 – Werbepläne; BGH, NJW 1988, 337 = GRUR 1988, 35 – Topographische Landeskarten.

69) So auch Harte-Bavendamm (o. Fußn. 25), 54 Rdnr. 20; Lehmann, CR 1991, 150 f.

70) Fromm-Nordemann, UrheberR, 7. Aufl., § 2 Rdnrn. 19 ff.; Schulze, Die kleine Münze und ihre Abgrenzungproblematik bei den Werkarten des Urheberrechts, 1983, S. 68 m. v. Nachw.

71) RGZ 76, 339 ff. – Schulfaktur.

72) S. ganz deutlich Erdmann, CR 1986, 254.

73) BT-Dr IV/270, S. 38. Vgl. auch Schricker-Loewenheim (o. Fußn. 25), § 2 Rdnr. 19.; Lehmann, CR 1991, 150.

74) Verteilungspläne Wissenschaft in der Fassung v. 10. 1. 1987: § 9 III.

75) Treffend Kindermann, ZUM 1987, 227.

76) Z. B. BGH, NJW 1986, 1249 = ZUM 1986, 200 – GEMA-Vermutung III.

77) Schulze, CR 1986, 784.

che der Vorlage die Benutzung gem. § 24 UrhG erleichtert⁷⁸. Je höher also die Anforderungen an den schöpferischen Eigentümlichkeitsgrad generell angesetzt werden, desto mehr wird der kulturelle und wissenschaftliche Fortschritt, dem die Vorschrift des § 24 UrhG dient, auf Gebieten blockiert, die durch solchermaßen geschützte Werke besetzt sind. Werden nämlich Programme, die die strengen Voraussetzungen erfüllen, bearbeitet und will der Bearbeiter das Urheberrecht nach § 3 UrhG erwerben, dann sind an seine Leistung dieselben Anforderungen zu stellen wie an das Originalprogramm, weil das Bearbeiterurheberrecht volles Urheberrecht ist. Um nun zu einer freien Benutzung zu gelangen, bedarf es eines weiteren Qualitätssprungs, der ebenfalls den Forderungen des BGH zu genügen hat. Dies wird aber nur in Ausnahmefällen möglich sein. Der Urheber eines nach den Kriterien des BGH geschützten Programms gewinnt so eine Monopolstellung, mit deren Hilfe er schöpferische Weiterentwicklungen seines Programms meist verbieten kann⁷⁹. Man steht somit vor der unhaltbaren Situation, daß ein Programmschöpfer, der die Hürden gerade noch überwindet, ein rechtliches und faktisches Monopol an seiner Schöpfung erlangt, während ein anderer Software-Hersteller, der nur knapp daran scheitert, leer ausgeht. Zwei nahezu gleich schöpferische Leistungen werden urheberrechtlich extrem verschieden behandelt. Dies hat nicht nur negative Auswirkungen für den Fortschritt auf dem Gebiet der Software-Entwicklung, sondern erscheint auch verfassungsrechtlich nicht unbedenklich.

Da das Wettbewerbsrecht nicht geeignet ist, diese Folgen zu verhindern oder entscheidend abzuschwächen, müßten somit alle Werkarten, bei denen größere Gestaltungsspielräume bestehen, vergleichbar dem Verhältnis zwischen Urheberrecht/Geschmacksmusterrecht und Lichtbildwerk/Lichtbild durch die Schaffung entsprechender Leistungsschutzrechte unterbaut werden⁸⁰. Abgesehen davon, daß dementsprechende Aktivitäten des Gesetzgebers zumindest auf abschbare Zeit nicht zu erwarten sind, ist eine solche Entwicklung schon deshalb nicht wünschenswert, weil damit nur neue Abgrenzungsproblematiken heraufbeschworen würden. Alle sprachlichen Erzeugnisse z. B. können schwerlich – wie die Lichtbilder – mit einem ausschließlichen Leistungsschutz ausgestattet werden⁸¹. Hinzu kommt, daß sich auf diese Weise eine deutliche Diskrepanz zur Rechtslage im Ausland aufbaut, wo die materiellen Schutzvoraussetzungen überwiegend großzügiger gehandhabt werden. Die zum Leistungsschutz degradierten Werke fielen aus dem System der internationalen Urheberrechtskonventionen heraus, ohne daß für sie internationale Leistungsschutzabkommen bereitstünden⁸². Es ist daher vorzuziehen, das Postulat des einheitlichen Werkbegriffs dadurch zu erfüllen, daß für alle Werkarten einfache Individualität ausreichen soll und nur dort eine Ausnahme zugelassen wird, wo es zu Bereichsüberschneidungen mit Regelungen kommt, die wie das Geschmacksmustergesetz als urheberrechtlicher Unterbau für bestimmte Werke dienen können.

Die Rechtsprechung wird zumindest bei den Computerprogrammen ohnehin nicht umhin kommen, diesen Weg einzuschlagen. Die EG-Richtlinie über den Rechtsschutz von Computerprogrammen weist in Art. 1 III die Mitgliedstaaten nämlich an, diese zu schützen, wenn sie individuelle Werke in dem Sinne darstellen, daß sie das Ergebnis der eigenen geistigen Schöpfung ihres Urhebers sind; zur Bestimmung ihrer Schutzfähigkeit dürfen keine anderen Kriterien angewendet werden. In der Begründung zum ursprünglichen Vorschlag der Kommission vom 5. 1. 1989⁸³ für die Richtlinie wird dies dahin interpretiert, daß das Werk nicht kopiert sein darf. Damit ist klargestellt, daß nur einfache Individualität, nicht aber ein bestimmtes Maß an Individualität als Schutzvorausset-

zung verlangt werden darf. Die höheren Maßstäbe, die der BGH anlegt, sind auch deshalb nicht mehr haltbar⁸⁴. Wenn auch die Richtlinie kein unmittelbar geltendes Recht in der Bundesrepublik schafft, ist es insbesondere im Hinblick auf das Rückwirkungsgebot in Art. 9 II der Richtlinie rechtlich bedenkenfrei, wenn bereits jetzt im Vorgriff auf das bis 1. 1. 1993 ergehende nationale Umsetzungsgesetz und im Einklang mit der herrschenden Literaturansicht sowie der traditionellen Spruchpraxis der schöpferische Eigentümlichkeitsgrad auf einfache Individualität reduziert wird.

3. Darlegungs- und Beweislast

Nachdem in der Vergangenheit die gerichtliche Durchsetzung urheberrechtlicher Ansprüche für Software-Produkte häufig bereits an der unzureichenden Darlegung der Voraussetzungen des § 2 II UrhG scheiterte, kommt der Frage nach Inhalt und Umfang der Darlegungs- und Beweislast erhebliche praktische Bedeutung zu. Hierzu enthält das Urteil zum Fall „Betriebssystem“ eine Reihe wichtiger Hinweise und Klarstellungen, die auch dann ihre Gültigkeit behalten, wenn man einfache Individualität als Schutzvoraussetzung genügen läßt.

Ob eine persönliche geistige Leistung vorliegt, ist eine Rechtsfrage, die die Prozeßparteien nicht unstrittig stellen können⁸⁵. Der Verletzte muß daher im Prozeß diejenigen Elemente konkret darlegen, welche die Urheberrechtsschutzfähigkeit begründen. Anders als z. B. bei künstlerischen Werken der bildenden Kunst, der Musik und der Sprache, bei denen der maßgebliche Gesamteindruck in der Regel durch sinnliche Wahrnehmung eines Werkexemplars aufgenommen werden kann, sind Exemplare eines Computerprogramms, auch wenn sie es in sichtbarer Form als Ausdruck des Objekt- oder Quellcodes repräsentieren, für den Richter üblicherweise nicht verständlich, weil ihm die Kenntnis der Programmiersprache und der zugrundeliegenden Technik fehlt. Deshalb hat im Software-Verletzungsprozeß der Kläger eine für den Richter als Nichtfachmann verständliche Beschreibung seines Programms vorzulegen⁸⁶ oder schriftsätzlich zu präsentieren, wobei auf theoretische Umschreibungen und Abstraktionen nicht völlig verzichtet werden kann⁸⁷. Die Vorlage einer Quellfassung des Programms kann dagegen nur in Ausnahmefällen verlangt werden, z. B. wenn der einzusetzende Sachverständige ohne sie die Individualität nicht beurteilen kann. Der Programmschöpfer soll nämlich nicht gezwungen sein, ohne Not seine im Programm verkörperten Betriebsgeheimnisse zu offenbaren⁸⁸. Die Beschreibung muß

78) Schrickler-Loewenheim (o. Fußn. 25), § 24 Rdnr. 9 m. w. Nachw. aus der Rspr.

79) Preuß (o. Fußn. 52), S. 270 ff.

80) So Schulze, ZUM 1989, 60; ders., GRUR 1987, 777.

81) So aber Schulze, ZUM 1989, 61; dagegen Schrickler-Schrickler (o. Fußn. 25), Einl. Rdnr. 30; Loewenheim, GRUR 1987, 764f.

82) Schrickler-Schrickler (o. Fußn. 25), Einl. Rdnr. 30; Loewenheim, GRUR 1987, 768.

83) KOM (88) 816 endg. – SYN 183 –, ABl EG Nr. 89/C 91/9.

84) So auch mit Recht Lehmann, CR 1991, 150; ders., GRURInt 1991, 336.

85) OLG Karlsruhe, GRUR 1983, 306 – Inkassoprogramm; Erdmann, CR 1986, 255; Schulze, CR 1986, 783.

86) Am besten sind Unterlagen aus der Herstellerdokumentation geeignet, Kindermann, in: Festschr. f. Albert Preu, 1988, S. 66.

87) BGH, NJW 1991, 1231 = CR 1991, 80 (83) – Betriebssystem; gegen OLG Hamm, CR 1989, 594.

88) Die im Urteil des OLG Nürnberg, GRUR 1984, 736f. – Glasverschnittprogramm, angesprochene Problematik wird dadurch weitgehend vermieden. Zur berechtigten Kritik an dem vom OLG Nürnberg praktizierten Geheimverfahren, bei welchem nur dem Sachverständigen bestimmte Unterlagen zur Verfügung gestellt wurden: Ullmann, CR 1986, 198f.; Lachmann, NJW 1987, 2206; Engel, in: Lehmann (o. Fußn. 18), XVIII Rdnr. 118.

eine konkrete Darstellung der schöpferischen Elemente enthalten, deretwegen der Kläger um Rechtsschutz nachsucht. Wieweit sie gehen muß, hängt zunächst davon ab, ob der Werkschöpfer eine identische oder wesentlich identische Übernahme seines Programms oder nur die Aneignung einzelner Ergebnisse aus den Vorstufen oder von Teilen des Programms behauptet. Im ersten Fall ist die ins einzelne gehende Herausarbeitung aller schöpferischer Elemente entbehrlich, sofern überhaupt Individualität, an welcher Stelle des Programms oder seiner Vorstufen auch immer, dargetan wird. Einen Vergleich mit anderen existierenden Programmen vorzunehmen, die gleiche oder ähnliche Funktionen erfüllen, ist nicht erforderlich.

Im einzelnen geht die Darlegung der Schutzfähigkeit dahin vorzutragen, inwieweit Gestaltungsspielräume bei der Erstellung des fraglichen Software-Produkts vorhanden waren⁸⁹. In möglichst anschaulicher Weise sollten die Aufgabenstellung, die technischen, organisatorischen und sonstigen Vorgegebenheiten geschildert und herausgearbeitet werden, daß trotz dieser Bedingungen Wahlfreiheiten bestanden, so daß mehrere Programmierer zu verschiedenen Gestaltungen kommen würden⁹⁰. Da das geschützte Werk mit dem konkreten Werkinhalt zusammenfällt⁹¹, muß sich die Darstellung darauf beziehen, ob im Hinblick auf die beschriebenen Daten und ihre Anordnung, die Verarbeitungsprozeduren oder auf etwaige Dialog- und Wartungsinformationen Gestaltungsspielräume vorhanden waren. Die Individualität kann daher auch und insbesondere mit bestehenden Wahlfreiheiten bei der Entwicklung des konkreten im Programm beschriebenen Algorithmus sowie der Verfeinerung vorhandener allgemeiner Algorithmen und ihrer Zuordnung zueinander (Art und Weise der Implementierung)⁹² begründet werden.

Hat der Werkschöpfer auf diese Weise ausgeschlossen, daß er durch die gegebenen Rahmenbedingungen und die üblicherweise angewendeten und bekannten Verarbeitungstechniken im konkreten Einzelfall auf sein Ergebnis festgelegt war, bedarf es aus seiner Sicht keines weiteren Vortrags und Beweises mehr. Da ein besonderes Maß an Individualität entgegen der Rechtsprechung des BGH nicht zu fordern ist, ist damit gleichzeitig auch dargetan, daß die Spielräume tatsächlich genutzt wurden, um sein gefundenes Ergebnis überhaupt erzielen zu können. Es ist dann Sache des Verletzten einzunehmen, sein Prozeßgegner habe ausnahmsweise ohne Inanspruchnahme der dargelegten Wahlfreiheiten sein Produkt durch bloße Übernahme oder unschöpferische Weiterentwicklung bereits existierender Programme geschaffen. Erst in dieser Phase kommt es zu einem Vergleich mit vorbekannten Gestaltungen, deren Aussehen und Eigenheiten der Verletzer darzulegen und zu beweisen hat.

Bei der Spezifizierung der Individualität von Software-Produkten kann sich der Werkschöpfer unterstützend auf eine Reihe von Indizien berufen. Großer Umfang und große Komplexität eines Programms und der intensive Arbeitseinsatz qualifizierter Programmierer sprechen für das Vorliegen von Individualität⁹³. Dies ist nach dem Urteil der Fachwelt insbesondere bei der Entwicklung von Systemsoftware anzunehmen⁹⁴. Dasselbe gilt, wenn das Programm eine Neuentwicklung auf einem fremden Gebiet ist⁹⁵.

IV. Ausblick

Die Entwicklung des Software-Urheberrechts in der Bundesrepublik steht vor einem Durchbruch zugunsten der erleichterten und praktikablen Durchsetzung urheberrechtlicher Ansprüche an Computerprogrammen. Ihr steht derzeit nur noch die Forderung des BGH entgegen, nach der die erforderliche Individualität die Schutzuntergrenze deutlich übersteigen muß. Diese Hürde wird aber spätestens mit der bis zum 1. 1. 1993 zu erfolgenden Umsetzung der EG-Richtlinie über den Rechtsschutz von Computerprogrammen in nationales Recht fallen, wenn nicht die Rechtsprechung sich bereits vorher entschließt, im Vorgriff auf das Umsetzungsgesetz und im Einklang mit der Urheberrechtstradition in Deutschland einfache Individualität als materielle Schutzvoraussetzung genügen zu lassen. Auf jeden Fall werden sich

wieder Gerichtsverfahren häufen, in denen die Urheberrechtsschutzfähigkeit von Computerprogrammen umstritten ist, so daß die gerichtliche Klärung weiterer Folgeprobleme erwartet werden kann.

So wird sich wohl bereits das OLG Hamm, an das der Rechtsstreit „Betriebssystem“ zurückverwiesen ist, mit dem Problem auseinandersetzen müssen, wann eine Vervielfältigung eines geschützten Programms vorliegt. Der BGH nimmt nur zu der Frage Stellung, ob der reine Ablauf eines Programms eine urheberrechtliche Verwertungshandlung ist⁹⁶, die er zutreffend⁹⁷ entgegen einer in der Literatur verbreiteten Ansicht⁹⁸ verneint. Die praktisch bedeutsamere Streitfrage, ob eine Vervielfältigungshandlung mit der Einspeicherung eines Programms in den Arbeitsspeicher einer EDV-Anlage verbunden ist⁹⁹, blieb dagegen unentschieden. Auch in diesem Zusammenhang wird die EG-Richtlinie zu einer Klärung führen. In der Begründung zu ihrem Vorschlag vom 5. 1. 1989¹⁰⁰ stellte die EG-Kommission ausdrücklich klar, daß sie das Laden eines Programms in den Arbeitsspeicher als eine zustimmungsbedürftige Handlung ansieht, die allerdings nach Art. 4 I der Richtlinie dem rechtmäßigen Erwerber des Programms nicht vertraglich untersagt werden darf.

Große praktische Bedeutung werden Fragen gewinnen, in welchem Umfang die Lieferanten urheberrechtlich geschützter Software ihren Kunden Beschränkungen hinsichtlich der Nutzung auferlegen können. Dies betrifft z. B. Klauseln, die die Nutzung nur auf einer bestimmten EDV-Anlage oder auf Maschinen in einem bestimmten Raum erlauben, die Änderungen am Programm verbieten oder dem Erwerber untersagen, die erworbenen Nutzungsrechte an Dritte weiterzuübertragen¹⁰¹. Im Software-Urheberrecht ist die Interessenlage eine andere als im sonstigen Urhebervertragsrecht, wo der in der Regel wirtschaftlich schwache Urheber einem stärkeren Verwerter gegenübertritt. Im Software-Urheberrecht vereinigt sich dagegen die rechtlich starke Stellung des Urhebers mit der wirtschaftlich überlegenen Position des Software-Herstellers, der dem Endabnehmer gegenüber die Bedingungen der Software-Überlassung weitgehend diktieren kann. Deshalb werden Vertragsbestimmungen und Klauseln, die die Nutzung von Software beim Endabnehmer beschränken, nicht ohne weiteres für zulässig angesehen werden können und einschränkend ausgelegt werden müssen¹⁰².

89) BGH, NJW 1991, 1231 = CR 1991, 80 (83) – Betriebssystem.

90) S. RGZ 108, 65; 172, 34; *Fromm-Nordemann* (o. Fußn. 70), § 2 Anm. 6d; *Kolle*, GRUR 1974, 9; *ders.*, GRUR 1982, 453; *Ulmer-Kolle*, GRURInt 1982, 495; *Loewenheim*, ZUM 1985, 27; *Harte-Bavendamm* (o. Fußn. 25), 54 Rdnr. 24; ähnlich jetzt auch BGH, NJW 1991, 1231 = CR 1991, 80 (83) – Betriebssystem.

91) *Haberstumpf*, in: *Lehmann* (o. Fußn. 18), II Rdnrn. 23, 55.

92) BGH, NJW 1991, 1231 = CR 1991, 80 (85) – Betriebssystem.

93) BGH, NJW 1991, 1231 = CR 1991, 80 (85) – Betriebssystem; *Engel*, in: *Lehmann* (o. Fußn. 18), XVIII Rdnr. 123; *Erdmann*, CR 1986, 255; *Harte-Bavendamm* (o. Fußn. 25), 54 Rdnr. 27.

94) BGH, NJW 1991, 1231 = CR 1991, 80 (85) – Betriebssystem; *LG München I*, CR 1986, 386.

95) *LG München I*, CR 1986, 386; *Engel*, in: *Lehmann* (o. Fußn. 18), XVIII Rdnr. 123.

96) BGH, NJW 1991, 1231 = CR 1991, 86 – Betriebssystem.

97) *Haberstumpf*, in: *Lehmann* (o. Fußn. 18), II Rdnr. 114; *Jörg Schneider* (o. Fußn. 29), S. 26 ff.; *ders.*, CR 1989, 504 f.; *Erdmann*, CR 1986, 256.

98) *Ulmer-Kolle*, GRURInt 1982, 499; *Kindermann*, GRUR 1983, 157; *Moritz-Tybussek* (o. Fußn. 25), Rdnrn. 147 ff.; *Harte-Bavendamm* (o. Fußn. 25), 54 Rdnr. 61; *Ernestus*, CR 1989, 789.

99) Zum Diskussionsstand vgl. *Haberstumpf*, in: *Lehmann* (o. Fußn. 18), II Rdnrn. 110 ff.; *Harte-Bavendamm* (o. Fußn. 25), 54 Rdnr. 61.

100) KOM (88) 816 endg., AbIEG Nr. 89/C 91/10.

101) *S. Jochen Schneider* (o. Fußn. 32), G Rdnrn. 41 ff.

102) So *OLG Nürnberg*, NJW 1989, 2635 im Hinblick auf Weitergabeverbote.