

1. Teil:

Rechtsschutz von Computerprogrammen

II.

Der urheberrechtliche Schutz von Computerprogrammen

von Dr. Helmut Haberstumpf

Richter am Oberlandesgericht Nürnberg

Übersicht

A. Die Entwicklung des urheberrechtlichen Software-Schutzes		e) Konsequenzen für den Schutzzumfang	49
1. Software als wertvolles und verletzliches Wirtschaftsgut	1	f) Form und Inhalt	51
2. Die Rechtsentwicklung in der Bundesrepublik Deutschland	3	g) Idee und Ausdruck	54
3. Internationale Tendenzen	9	h) Die These von der Freiheit wissenschaftlicher oder technischer Lehren und ihre Folgen	63
B. Begriffsbestimmungen		i) Die Unbegründbarkeit der These von der Freiheit wissenschaftlicher oder technischer Lehren und Erkenntnisse	67
1. Die Hardware-Software-Hierarchie	11	2. Individualität	
2. Die einzelnen Software-Komponenten	15	a) Der schöpferische Eigentümlichkeitsgrad in der Rechtsprechung des BGH	79
a) Computerprogramm	15	b) Individualität nach traditioneller Auffassung	86
b) Herstellerdokumentation	18	c) Individualität von Software-Produkten	88
c) Anwenderdokumentation	19	d) Darlegungs- und Beweislast	93
3. Die Programmentwicklung	20	e) Zusammenfassung	98
4. Computerprogramm und Algorithmus	23	D. Der Urheber und seine Befugnisse	
C. Die Werkeigenschaft der Software-Produkte		1. Entstehen des Urheberrechts	99
1. Der Schutzgegenstand		2. Rechtsinhaberschaft	101
a) Werkarten	28	3. Urheberpersönlichkeitsrecht	
b) Der Werkbegriff in der Rechtsprechung des BGH und seine Anwendung auf Software-Produkte	33	a) Allgemeines	106
c) Formen der Darstellung bei wissenschaftlichen oder technischen Sprachwerken	40	b) Änderungsrecht und Änderungsverbot	107
d) Die Bedeutung eines wissenschaftlichen oder technischen Textes als Gegenstand des urheberrechtlichen Sprachwerkschutzes	45	4. Verwertungsrechte	
		a) Die Interessenlage bei der körperlichen Verwertung von Software-Produkten	111
		b) Das Vervielfältigungsrecht	115
		c) Das Verbreitungsrecht	126
		d) Öffentliche Werkwiedergabe	137

e) Bearbeitungsrechte und freie Benutzung	139	2. Vertragliche Beschränkung von Nutzungsrechten und ihre Grenzen	
5. Schranken des Urheberrechts . .	147	a) Abgrenzung zwischen dinglichen und schuldrechtlichen Nutzungsbeschränkungen . . .	158
E. Software-Urheberrecht im Rechtsverkehr		b) Einzelheiten	162
1. Einräumung von Nutzungsrechten		3. Zulässigkeit des Reverse Engineering	166
a) Grundzüge	150	4. Dekompilierung	171
b) Einfache und ausschließliche Nutzungsrechte	155	F. Literatur	
c) Überlassung von Public Domain-Software und Shareware .	156		

A. Die Entwicklung des urheberrechtlichen Software-Schutzes

1. Software als wertvolles und verletzliches Wirtschaftsgut

Software-Produkte, unter denen die Computerprogramme eine hervorragende Stellung einnehmen, sind geistige Werke¹, die beliebig oft dargestellt und wahrgenommen werden können, ohne daß ihre Struktur geändert wird; an ihnen können daher Immaterialgüterrechte bestehen. Sie sind ferner wertvolle Wirtschaftsgüter, deren Konzeption und Herstellung einen erheblichen Aufwand an Arbeit und Kapital erfordern und für die sich ein eigenständiger Markt gebildet hat. Während die Kosten für Hardware in Zukunft eher stagnieren werden, steigen die Kosten der Software-Entwicklung ständig an². Die durchschnittlichen Aufwendungen für die Entwicklung eines Programms liegen zwischen 30 000,- und 1 Mill. DM³. Nach einer Studie der Internationalen Data Corporation (IDC) erreichte der **Markt für Computerprogramme in der Bundesrepublik Deutschland 1987** ein Gesamtvolumen von 8,6 Mrd. DM, das 1988 auf 10,5 Mrd. DM anstieg; der Anteil der Standardprogramme belief sich 1987 auf 66% und 1988 auf 68%⁴. Die Prognosen gehen auch in Zukunft

1 Die vor allem von *Hoeren*, Rz. 71 ff. und *König*, Rz. 254 ff., *ders.*, GRUR 1991, 587 vertretene Gegenmeinung verkennt, daß Computerprogramme nicht nur kausal auf eine Maschine einwirkende Steuerungsmittel, sondern auch Sprachwerke sind, s. u. Rz. 30.

2 Vgl. Computerwoche vom 6. 6. 1986, S. 16, 17; *Maenner*, Der Deutsche Software-Markt, 1986, S. 17; *Buschmann u. a.*, Der Software-Markt in der Bundesrepublik Deutschland, GMD-Studien Nr. 167, 1989, S. 19 ff.

3 Mitt. 1986, 14.

4 Bericht der Bundesregierung, BT-Drucks. 11/4929, S. 42. Vgl. auch *Moritz/Tybusseck* Rz. 58. Die Angaben über den Umsatz am Software-Markt differieren jedoch je nach Marktforschungsunternehmen und Erhebungsjahr zum Teil erheblich, *Maenner*, a. a. O., Fn. 2, S. 18 ff.

von erheblichen Wachstumsraten – von etwa jährlich 19% in Westeuropa⁵ – für Software-Produkte aus.

Dem hohen wirtschaftlichen Wert, den viele Software-Produkte verkörpern, steht ihre besondere **Verletzlichkeit** gegenüber. Ein betriebsfertiges Programm, das auf einer Diskette, auf Magnetband oder -platte gespeichert ist, kann mühelos und praktisch ohne eigene Kosten kopiert und dann zum Schaden seines Schöpfers oft ohne besonderen Anpassungsaufwand zum vielfachen Programmablauf verwertet werden⁶. Dies gilt im besonderen Maße für die Standard-Software⁷, deren Bedeutung immer mehr zunimmt. Es ist daher weltweit anerkannt, Software-Herstellern auch rechtliche Mittel und Ansprüche an die Hand zu geben, um sie vor unbefugter Übernahme, Kopie und Piraterie zu schützen, da der technische Kopierschutz von erfindungsreichen Raubkopierern immer wieder überwunden wurde und ebenso wie die von manchen Software-Anbietern praktizierte Übung, ihre Programme nur auf bestimmte Computertypen auszurichten, für die Kunden erhebliche Erschwernisse mit sich bringt und daher volkswirtschaftlich unerwünscht ist⁸.

2. Die Rechtsentwicklung in der Bundesrepublik Deutschland

Die rechtspolitische Diskussion konzentrierte sich in Deutschland wie im Ausland auf das **Patent- und Urheberrecht**, da diese Rechtsmaterien einen absoluten und ausschließlichen Schutz gewähren, während der daneben in Betracht kommende vertragliche und wettbewerbsrechtliche Schutz nur gegenüber dem gebundenen Vertragspartner und den Teilnehmern am Wettbewerbsverkehr, nicht gegenüber jedem Dritten durchsetzbar ist.

Nachdem zu Beginn die Möglichkeiten des Patentschutzes im Vordergrund des Interesses standen, sprach sich im Verlauf der Diskussion die ganz überwiegende Meinung in der juristischen Literatur für einen Urheberrechtsschutz aus⁹.

⁵ Markt & Technik vom 10. 5. 1991, S. 98. Zum europäischen Markt vgl. auch Grünbuch der EG-Kommission über Urheberrecht und die technologische Herausforderung, KOM (88) 172 endg., Ziff. 5.2.6.

⁶ 1988 standen in der Bundesrepublik geschätzten 744 000 verkauften PC-Geräten nur noch geschätzte 517 000 verkaufte Programmpakete gegenüber: Bericht der Bundesregierung, BT-Drucks. 11/4929, S. 42. Der weltweit entstandene Schaden wurde für 1991 auf etwas über 6 Mrd. US-Dollar geschätzt, Markt & Technik vom 3. 5. 1991, S. 97.

⁷ Zur volkswirtschaftlichen Bedeutung der Standard-Software, die wirtschaftlich wenig sinnvolle Parallelentwicklungen vermeidet, vgl. näher Möller, Die Wettbewerbsverhältnisse auf dem Markt für Datenverarbeitungsprogramme, 1981, S. 83 f. m. w. N.

⁸ Es verstärkt sich daher die Tendenz, auf technischen Kopierschutz gänzlich zu verzichten, CHIP 10/1985, 16 ff.

⁹ Umfassende und kommentierte Darstellung bei Röttinger, IuR 1987, 93-98.

- 4 Mit dem **Urheberrechtsschutz für Computerprogramme** befaßten sich erstmals im Jahre 1981 die Landgerichte Kassel¹⁰ und Mannheim¹¹, die deren Schutzzfähigkeit gegensätzlich beurteilten. Während das LG Kassel das zu bewertende Baustatikprogramm ohne weiteres dem Urheberrechtsschutz unterstellte, hielt das LG Mannheim das umstrittene Inkassoprogramm nicht für schutzzfähig, weil Computerprogrammen jeglicher geistig-ästhetischer Gehalt fehle. Die Entscheidung des LG Kassel wurde in der Berufung vom OLG Frankfurt bestätigt¹²; 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 Karlsruhe¹³ abgeändert, da das Berufungsgericht das Inkassoprogramm als geschütztes Werk nach dem UrhG ansah. Die Revision dagegen führte zu der Grundsatzentscheidung des BGH „Inkassoprogramm“ vom 9. 5. 1985¹⁴, 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 beendet¹⁵. Weitere erste gerichtliche Stellungnahmen liegen in den Entscheidungen der Landgerichte Mosbach¹⁶ und München¹⁷, der Oberlandesgerichte Koblenz¹⁸, Hamburg¹⁹, Frankfurt²⁰ und Nürnberg²¹ sowie des Bundesarbeitsgerichts²² vor. In diesen Entscheidungen wurde die urheberrechtliche Schutzzfähigkeit von Computerprogrammen ausnahmslos dem Grundsatz nach bejaht und überwiegend auch tatsächlich zugesprochen.
- 5 Auf eben diese Rechtsprechung stützte sich ausdrücklich der **Bericht des Rechtsausschusses des Deutschen Bundestages** vom 17. 5. 1985²³, auf dessen Empfehlung die Programme für die Datenverarbeitung in den Katalog der schützbaeren Werke aufgenommen wurden. Das Gesetz zur Änderung von Vorschriften auf dem Gebiet des Urheberrechts vom 24. 6. 1985 (BGBl. I, 1137) trat am 1. 7. 1985 in Kraft.

10 LG Kassel BB 1983, 992.

11 LG Mannheim BB 1981, 1543.

12 OLG Frankfurt CR 1986, 13 – Baustatikprogramme.

13 OLG Karlsruhe GRUR 1983, 300.

14 BGH GRUR 1985, 1041 ff. = CR 1985, 22 ff. – Inkassoprogramm.

15 Siehe den Bericht von *Sieber*, CR 1986, 699.

16 LG Mosbach GRUR 1983, 70.

17 LG München I GRUR 1983, 175 – Visicalc; LG München I CR 1986, 384.

18 OLG Koblenz BB 1983, 992.

19 OLG Hamburg GRUR 1983, 436 – Puckman.

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

21 OLG Nürnberg GRUR 1984, 736 – Glasverschnitt-Programm.

22 BAG GRUR 1984, 429 – Statikprogramme.

23 Bericht der Abgeordneten *Stiegler* und *Saurin*, BT-Drucks. 10/3360, S.18.

Auf den Beginn der Entwicklung rückschauend, ist zu konstatieren, daß sich in der Bundesrepublik ein breiter Konsens in Rechtsprechung und Literatur gebildet hatte, der den Schöpfern von Computerprogrammen mit Hilfe des Urheberrechts eine effektive und auch in der Praxis durchsetzbare Rechtsmacht zur Wahrung ihrer berechtigten Interessen zubilligte, bis der Bundesgerichtshof dies in seiner **Grundsatzentscheidung „Inkassoprogramm“** wesentlich in Frage stellte. Die Anforderungen an den Erwerb des urheberrechtlichen Schutzes wurden darin so hoch geschraubt, daß das Instrumentarium des UrhG – 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* Diskussion²⁴ 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 Abs. 2 UrhG bejaht, dabei handelte es sich aber um Betriebssysteme und um Fälle, bei denen im Prozeß das Vorliegen einer persönlichen geistigen Schöpfung nicht bestritten wurde²⁵. Im übrigen scheiterte die Durchsetzung urheberrechtlicher Ansprüche meist bereits an den gesetzten Anforderungen an die schlüssige Darlegung und den Beweis der Schutzfähigkeit²⁶. Einen Höhepunkt in dieser Entwicklung bildete zweifellos das Urteil des OLG Hamm vom 27. 4. 1989²⁷. Obwohl die dortige Klägerin in der Vorinstanz²⁸ diverse Handbücher und Unterlagen und in der Berufung eine etwa 100 Seiten starke Ausarbeitung zur Gestaltungshöhe des strittigen Betriebssystems²⁹ vorgelegt hatte, hielt das Gericht den Sachvortrag dennoch nicht für ausreichend und lehnte sogar die Einholung eines Sachverständigengutachtens zur Beurteilung der Schutzfähigkeit ab.

Inzwischen hat sich das Blatt aber wieder ganz entscheidend gewendet. Zunächst nahm der BGH die Revision gegen das Urteil des OLG Hamm zum Anlaß³⁰, einige Aussagen aus der Inkassoprogramm-Entscheidung inhaltlich

24 Einen guten Überblick über diese Phase gibt *Junker*, NJW 1991, 2117 ff., vgl. auch *Betten*, Mitt. 1986, 10 ff.

25 LG Bielefeld CR 1986, 445 mit kritischer Anmerkung von *Kindermann*; LG München I CR 1988, 380; OLG Frankfurt in *Zahrnt*, EDV-Rechtsprechung (2/90), Beilage 24 zu BB 1990, Heft 19, S. 9; OLG Nürnberg NJW 1989, 2634; vgl. auch LAG München CR 1987, 511.

26 LG Braunschweig CR 1986, 806 f.; OLG Hamm CR 1986, 811; OLG Karlsruhe CR 1987, 767 f.; OLG Frankfurt GRUR 1989, 679.

27 CR 1989, 592 ff. – Betriebssystem. Kritische Anmerkungen von *Bücken*, CR 1989, 798 f. und *Schulze*, CR 1989, 799.

28 LG Bielefeld CR 1986, 445.

29 *Bücken*, CR 1989, 798.

30 BGH CR 1991, 80 ff. – Betriebssystem.

deutlich abzuschwächen (s. u. Rz. 78, 80 ff.), auch wenn der Senat verbal keine Veranlassung sah, von den Grundsätzen dieser Entscheidung abzuweichen. Vor allem aber hat der Gesetzgeber durch die Einfügung eines eigenen Abschnitts über „Computerprogramme“ in das UrhG eine neue Rechtslage geschaffen. Das **Zweite Gesetz zur Änderung des Urheberrechtsgesetzes** (BGBl. I, 910) ist am 24. 6. 1993 in Kraft getreten. Die Fassung des neu eingefügten § 69a Abs. 3 UrhG läßt die Forderung des BGH nach einer besonderen Schöpfungshöhe nicht mehr zu (s. u. Rz. 79 ff., 88 ff.). Dadurch wird sichergestellt, daß die Rechtslage in der Bundesrepublik wieder Anschluß an die internationale Entwicklung gewinnt und das Urheberrecht in Zukunft als ein praktisch wirksames und von den Gerichten anerkanntes Schutzinstrument für Computerprogramme in Betracht kommt.

- 8 Die **Gesetzesänderung** wurde erforderlich, um die Europäische Richtlinie des Rates vom 14. 5. 1991 in das nationale Recht umzusetzen. Ihr liegt die Konzeption einer weitgehend wörtlichen Übernahme der Richtlinie zugrunde, auch wenn dies nicht in vollem Umfang dem Sprachgebrauch des UrhG entspricht. Der Sache nach sind die neu geschaffenen Vorschriften ein Stück europäischen Urheberrechts innerhalb des UrhG³¹. Bei der gebotenen richtlinienkonformen Auslegung müssen daher in Zweifelsfragen Entstehungsgeschichte und Materialien der Richtlinie (dazu u. Rz. 10) berücksichtigt werden. Die neu geschaffenen Vorschriften gelten überwiegend mit Rückwirkung und sind folglich auch auf die vor Inkrafttreten des Änderungsgesetzes geschaffenen Computerprogramme anzuwenden (§ 137d UrhG; Art. 9 Abs. 2 der Richtlinie). Lediglich die Regelung über das ausschließliche Vermietrecht nach § 69c Nr. 3 UrhG gilt nicht für Vielfältigungsstücke, die ein Dritter vor dem 1. 1. 1993 zum Zwecke der Vermietung erworben hat.

3. Internationale Tendenzen

- 9 Im Ausland ist eine eindeutige **Tendenz zum Schutz der Software im Rahmen des Urheberrechts** festzustellen. Bestrebungen, einen gesonderten Leistungsschutz einzuführen, haben sich weltweit nicht durchsetzen können, obwohl sie von der Weltorganisation für geistiges Eigentum (WIPO) unterstützt wurden. Die vom internationalen Büro der WIPO 1977 ausgearbeiteten Mustervorschriften für den Schutz der Computer-Software³² wurden von den nationalen Gesetzgebern nicht aufgegriffen. Lediglich in Bulgarien³³ ist ein Gesetz mit einem Sonderschutz für Computerprogramme in Kraft getreten. Brasilien, das ursprünglich einen Sonderrechtsschutz einführen wollte³⁴, favorisiert nun-

31 Begründung des Regierungsentwurfs, BT-Drucks. 12/4022, S. 8. Zu den Grundprinzipien der Gesetzesänderung vgl. eingehend *Lehmann*, CR 1992, 324 ff. und *Schulte*, CR 1992, 588 ff.

32 Sie sind abgedruckt in GRUR Int. 1978, 286.

33 *Eskenazi*, Industrial Property 1981, 288.

34 GRUR Int. 1984, 646 f., GRUR Int. 1987, 121.

mehr die Erstreckung des Urheberrechts auch auf die Software³⁵. Ansonsten hat sich im Juni 1983 ein Ausschuß von Regierungsexperten aus den wichtigsten Industriestaaten in Ost und West³⁶ mit überwältigender Mehrheit dafür ausgesprochen, den von der WIPO ausgearbeiteten Entwurf für einen Sonder-schutz nicht mehr weiter zu verfolgen, weil die Rechtspraxis in einer großen Zahl von Ländern klar darauf hinweise, daß die geltenden Gesetze, insbesondere die Urheberrechtsgesetze, ausreichenden Schutz böten und auch der grenzüberschreitende Schutz durch die Urheberrechtskonventionen (RBÜ und WUA) sichergestellt sei. Auch die Internationale Vereinigung für gewerblichen Rechtsschutz (AIPPI) hat sich auf ihren Konferenzen 1975 in San Francisco, 1985 in Rio de Janeiro, 1988 in Sydney und 1989 in Amsterdam³⁷ nachdrücklich für das Urheberrecht als die passende Schutzform ausgesprochen. Ein Großteil von Staaten ist diesen Bestrebungen gefolgt und hat seine Urheberrechtsgesetze entsprechend angepaßt³⁸. Auf internationaler Ebene bestehen ferner Bestrebungen, im Rahmen der Uruguay-Runde des GATT die Vorschriften der RBÜ auf Computerprogramme auszudehnen oder sie durch ein ergänzendes Protokoll direkt in den Regelungsbereich der RBÜ einzubeziehen³⁹.

Im Rahmen ihrer Bemühungen, der wachsenden **Bedeutung des Urheberrechts innerhalb des gemeinsamen europäischen Marktes** gerecht zu werden, hat die EG-Kommission in ihrem Grünbuch über Urheberrecht und die technologische Herausforderung vom 23. 8. 1988⁴⁰ den Computerprogrammen ein eigenes Kapitel gewidmet. In Übereinstimmung mit der allgemeinen Auffassung in den Mitgliedstaaten stellte sie fest, daß der Rechtsschutz für Computersoftware hauptsächlich durch Anwendung der Urheberrechtsgesetze im weiten Sinne erfolgen (Ziff. 5.3.10., 5.5.13.) und die durch unterschiedliche Handhabung dieses Schutzinstruments hervorgerufene Unsicherheit durch eine Richtlinie beseitigt werden sollte (Ziff. 5.6.2). Die während des Gesetzgebungsverfahrens heftig umstrittene **Richtlinie des Rates über den Rechtsschutz von Computerprogrammen** erging am 14. 5. 1991⁴¹. Die wichtigsten für ihre Auslegung heranzuziehenden Gesetzesmaterialien sind:

35 *Kindermann*, Copyright 1988, 212.

36 Bericht in *Industrial Property* 1983, 287 f.

37 Berichte in *GRUR Int.* 1975, 345 ff., 349; 1985, 747 ff., 752 f.; 1988, 843 ff., 847 f.; 1989, 912 ff.

38 Vgl. im einzelnen oben den Beitrag von *Dreier*, I. B; *ders.*, *GRUR Int.* 1988, 476 ff.; *Kindermann*, Copyright 1988, 201 ff.

39 *Beier/Schricker* (Hrsg.), *GATT or WIPO? New Ways in The International Protection of Intellectual Property*, 1989. Zur letzteren Initiative speziell *Hoeren*, *CR* 1992, 243 ff.

40 KOM (88) 172 endg.

41 Abgedruckt in *ABl.* Nr. 91/L 122/42 (= *GRUR Int.* 1991, 545 ff.). Zu ihrer Entstehungsgeschichte und ihren Grundzügen vgl. *Lehmann*, I. A; *ders.*, *GRUR Int.* 1991, 327 ff.; *Dreier*, *CR* 1991, 577 ff.; *Erdmann/Bornkamm*, *GRUR* 1991, 877 ff. und ausführlich *Czarnota/Hart*, *Legal Protection of Computer Programs in Europe – A Guide to the EC Directive*, 1991.

- Vorschlag der Kommission vom 5. 1. 1989 (KOM (88) 816 endg. – SYN 183)⁴²,
- EntschlieÙung des Europäischen Parlaments vom 11. 7. 1990⁴³,
- Geänderter Vorschlag der Kommission vom 18. 10. 1990⁴⁴,
- Gemeinsamer Standpunkt des Rates vom 13. 12. 1990⁴⁵,
- Mitteilung der Kommission an das Europäische Parlament gemäß Art. 149 Abs. 2 EWG-Vertrag vom 18. 1. 1991⁴⁶.

Die Richtlinie verpflichtet die Mitgliedstaaten, bis 1. 1. 1993 die zur Verwirklichung ihrer Ziele erforderlichen Rechts- und Verwaltungsvorschriften zu erlassen, was in der Bundesrepublik inzwischen durch Änderung des UrhG geschehen ist.

B. Begriffsbestimmungen

1. Die Hardware-Software-Hierarchie

- 11 Unter dem Sammelbegriff der **Hardware** werden alle physikalischen Einheiten zusammengefaßt, aus denen eine Datenverarbeitungsanlage besteht. Ihre einzelnen Bestandteile sind oft, aber nicht notwendig in getrennten Geräten enthalten. Die Hauptkomponenten einer Datenverarbeitungsanlage sind:
- die Zentraleinheit, bestehend aus Steuer- und Rechenwerk, die die Programme ausführt,
 - der Speicher, der die gerade auszuführenden Programme und dazugehörenden Daten aufnimmt, und
 - die Ein- und Ausgabegeräte, die der Kommunikation zwischen dem Computer und der Umwelt dienen⁴⁷.
- 12 Auch der Begriff der **Software** ist ein Sammelbegriff, der Materialien verschiedenster Art zusammenfaßt, die sich einer erschöpfenden Aufzählung und abschließenden Definition entziehen. Die Software läßt sich daher am besten negativ als all das charakterisieren, was nicht Hardware, aber zur sinnvollen Nutzung der Hardware notwendig oder empfehlenswert ist. Man kann sie auch als den geistigen Überbau der elektronischen Datenverarbeitung⁴⁸ bezeichnen. Zu den wichtigsten Bestandteilen der Software zählen:

42 Mit Begründung abgedr. in Abl. Nr. 89/C 91/5.

43 Abl. Nr. 90/C 231/78.

44 Abl. Nr. 90/C 320/22. Begründung dazu: KOM (90) 509 endg. – SYN 183, S. 1–14.

45 Dok. 10652/1/90. Vgl. auch GRUR Int. 1991, 548 f.

46 SEK (91) 87 endg. – SYN 183: GRUR Int. 1991, 549 ff.

47 *Goldschlager/Lister*, S. 12.

48 *Moritz/Tybusseck*, Rz. 7; *Wittmer*, S. 31 f.

- das Computerprogramm
- die Herstellerdokumentation und
- die Anwenderdokumentation.

Die Software läßt sich unterteilen in **System-Software**, auch Betriebssysteme genannt, und in die **Anwender-Software**. Anwender-Software⁴⁹ dient der Lösung bestimmter Datenverarbeitungsprobleme beim Benutzer; sie kommt als Standard-Software, die an den Bedürfnissen einer Vielzahl von Kunden orientiert ist, oder als Individual-Software vor; letztere ist für einen bestimmten Kunden konzipiert und meistens auch auf seine konkrete Datenverarbeitungsanlage zugeschnitten. Die System-Software dient dagegen der internen Steuerung und Verwaltung der Funktionseinheiten des Computers. Sie ermöglicht es, Daten in den Computer ein- und auszugeben, sie zu speichern und ihre Verarbeitung zu steuern. Auch die Übersetzungsprogramme für die jeweils benutzte Programmiersprache gehören hierzu. 13

Die **System-Software** ist somit das **Bindeglied zwischen der Hardware und der Anwender-Software**. Software und Hardware bilden auf diese Weise folgende Hierarchie, wobei die oberen Stufen auf den jeweils darunterliegenden Stufen aufbauen⁵⁰: 14

Anwender-Software
System-Software
Hardware

Es zeigt sich, daß der Unterschied zwischen Hard- und Software nicht so scharf ist, wie die anfängliche Begriffsbestimmung vermuten ließ. Funktionen, die traditionell durch die Hardware realisiert werden, können auch durch Programme erfüllt werden und umgekehrt; d. h. jede Funktion eines Computersystems kann prinzipiell als Programm ausgedrückt oder in die physikalischen Komponenten eingebaut werden⁵¹. Das typische Beispiel für die Lösung von Software-Aufgaben durch Hardware-Einrichtungen bietet die sog. Firmware, auch Mikroprogramme genannt⁵², durch die der Vorteil der Flexibilität herkömmlicher Software-Träger mit der hohen Verarbeitungsgeschwindigkeit der Hardware-Speicher kombiniert wird. Diese Mikroprogramme sind in Festwertspeichern, z. B. in einem ROM-(read only memory)Halbleiterchip, verkörpert, deren Speicherinhalt beim Ausschalten des Computergerätes nicht verlorenght. Varianten des ROM-Speichers sind der PROM (programmable read only memory), bei dem der Anwender das Programm mit Hilfe

⁴⁹ Vgl. den informativen Überblick über die einzelnen Anwendungsgebiete bei *Goldschlager/Lister*, S. 263.

⁵⁰ *Goldschlager/Lister*, S. 19; *Moritz/Tybusseck*, Rz. 24.

⁵¹ *Goldschlager/Lister*, S. 20; *König*, Rz. 253.

⁵² Zur Firmware näher *Dworatschek*, S. 405 ff.; *Moritz/Tybusseck*, Rz. 350 ff.

eines speziellen Gerätes in den Chip schreiben kann, und der EPROM (erasable programmable read only memory), der neu programmierbar ist⁵³. Der Umstand, daß Computerprogramme sowohl als Bestandteil der Hardware (Beispiel: Firmware) wie auch außerhalb der Hardware als Speicherinhalt selbständig verkehrsfähiger Datenträger (Beispiel: Diskette) realisiert und in Verkehr gebracht werden können, hat Bedeutung für den Umfang des urheberrechtlichen Rechtsschutzes⁵⁴.

2. Die einzelnen Software-Komponenten

- 15 Wenn sich naturgemäß die Schutzrechtsproblematik auf die Computerprogramme konzentriert, dürfen die anderen Software-Produkte nicht außer Acht gelassen werden, weil sie im Zusammenhang mit der Programmentwicklung stehen und teilweise mit den Programmen im Paket vertrieben werden.

a) Computerprogramm

Nach DIN 44300 Teil 4 Nr. 4.1.9 (1988) wird das Computerprogramm als eine nach den Regeln der verwendeten Sprache festgelegte **syntaktische Einheit aus Anweisungen und Vereinbarungen** definiert, welche die zur Lösung einer Aufgabe notwendigen Elemente umfaßt. Die von der WIPO ausgearbeiteten Mustervorschriften für den Schutz von Computersoftware bestimmen das Computerprogramm als eine Folge von Befehlen, die nach Aufnahme in einen maschinenlesbaren Träger fähig sind zu bewirken, daß eine Maschine mit informationsverarbeitenden Fähigkeiten eine bestimmte Funktion oder Aufgabe oder ein bestimmtes Ergebnis anzeigt, ausführt oder erzielt⁵⁵. Beide Definitionen schließen sich nicht gegenseitig aus, sondern sprechen jeweils verschiedene Aspekte von Computerprogrammen an (s. u. Rz. 30). Das Gesetz selbst enthält in Übereinstimmung mit dem Richtlinienentwurf keine Definition des Begriffs, weil eine solche Definition durch technische Entwicklungen sehr schnell überholt werden könnte⁵⁶. § 69a Abs. 1 UrhG (Art. 1 Abs. 1 S. 2 der Richtlinie) legt aber fest, daß unter den Begriff des Computerprogramms Programme in jeder Gestalt fallen, auch solche, die in die Hardware integriert sind (s. o. Rz. 14), einschließlich des Entwurfsmaterials. Mit letzterem ist das Material gemeint, aus dem das Programm geschaffen worden ist oder geschaffen werden könnte⁵⁷; damit wird die zur Herstellerdokumentation gezählte

⁵³ Dworatschek, S. 245.

⁵⁴ S. u. Rz. 111 ff., 162.

⁵⁵ GRUR Int. 1978, 290; vgl. auch die Denkschrift über den Rechtsschutz der Datenverarbeitungssoftware in GRUR 1979, 300 ff. und Ziff. 1.1 des Vorschlages der EG-Kommission vom 5. 1. 1989, ABl. Nr. 89/C 91/5, 9.

⁵⁶ Begründung des Regierungsentwurfs, BT-Drucks. 12/4022, S. 9; vgl. auch Vorschlag der EG-Kommission vom 5. 1. 1989, ABl. Nr. 89/C 91/5, 9.

⁵⁷ Vorschlag der EG-Kommission vom 5. 1. 1989, ABl. Nr. 89/C 91/9; 7. Erwägungsgrund zur Richtlinie, ABl. Nr. 91/L 122/42.

Programmbeschreibung (s. u. Rz. 18) in den Bereich des Gesetzesbegriffs mit einbezogen.

Als Endprodukte der Software-Entwicklung liegen Computerprogramme in zweierlei Version vor: als **Quellenprogramm** und als **Objektprogramm**. 16

Das Quellenprogramm ist noch nicht ablauffähig und in einer höheren Programmiersprache abgefaßt, von denen die bekanntesten BASIC, FORTRAN, COBOL, PASCAL, C, ALGOL und Assembler sind. Direkt ablauffähig wird ein solches Quellenprogramm erst nach einer maschinellen Übersetzung mit Hilfe eines Übersetzungsprogramms in die direkt für den Computer verständliche Maschinensprache als Objektprogramm. Dieses besteht aus binären Spannungszuständen, die mittels eines Dienstprogramms jederzeit in einer unstrukturierten Folge von hexadezimalen Ziffern und Zeichen dargestellt werden können.

Quellenprogramme enthalten im wesentlichen **vier Arten von Informationen**, 17 die bei der Übersetzung in den Objektcode teilweise entfernt werden, weil sie für den Programmablauf nicht benötigt werden⁵⁸:

- eine Beschreibung der zu verarbeitenden Daten und ihrer Anordnung,
- eine Beschreibung der Verarbeitungsprozeduren,
- Informationen in Text und/oder digitalisierter Grafik zum Dialog mit dem Benutzer und zu dessen Führung und Unterrichtung über Auswahlmöglichkeiten und Fehlersituationen,
- Informationen für Personen, deren Aufgabe die Entwicklung, Fehlerbeseitigung und Weiterentwicklung des Programms ist.

b) Herstellerdokumentation

Sie dient dem Nachvollzug der einzelnen Planungsschritte während der Software-Entwicklung. Hierher gehört das **Pflichtenheft**, das darlegt, welche Anforderungen an das Programm zu stellen sind⁵⁹, die Wartungsdokumentation, die die Grundlage für spätere Wartungsarbeiten bei Hardware und Software bildet, sowie die Programmbeschreibung. Als **Programmbeschreibung** wird nach den Mustervorschriften für den Schutz von Computersoftware⁶⁰ jede vollständige prozedurale Darstellung in sprachlicher, schematischer oder anderer Form bezeichnet, die ausreicht, um daraus ein entsprechendes Computerprogramm zu erstellen. Dies kann z. B. in Form eines Flußdiagramms, Struktogramms oder Programmablaufplanes erfolgen. 18

⁵⁸ Hierzu näher *Kindermann*, ZUM 1985, 3; *König*, GRUR 1989, 564.

⁵⁹ *Kindermann*, ZUM 1985, 3; *Heussen*, Computerrechtshandbuch, 11 Rz. 19.

⁶⁰ GRUR 1979, 302, 307; bei *Kindermann*, ZUM 1985, 4 und *Heussen*, Computerrechtshandbuch, 11 Rz. 19, Programmlogik-Handbuch genannt.

c) Anwenderdokumentation

- 19 Sie umfaßt alle Unterlagen, die zum Verständnis und zur zweckentsprechenden Nutzung des Programms benötigt werden. Sie ist Bestandteil des **Software-Pakets**, das dem Erwerber zusammen mit dem Programmträger überlassen wird und ihn über Struktur, Leistungsfähigkeit, Einsatzbedingungen und den Gebrauch des Programms informiert.

3. Die Programmentwicklung

- 20 Um den Entwicklungsprozeß bis zur Entstehung eines Software-Produkts überschaubar zu machen und die zu erledigenden Arbeiten aufeinander abstimmen zu können, hat es sich als notwendig erwiesen, diesen Prozeß in einzelne Phasen einzuteilen und Prinzipien, Methoden und Werkzeuge zur planvollen und systematischen Software-Entwicklung (**Software-Engineering**)⁶¹ zu entwerfen.
- 21 Während der BGH in der Entscheidung „Inkassoprogramm“ von drei **Entwicklungsphasen**, der Systemanalyse, der Projektion des Lösungsweges und der Kodierung des Programms⁶², ausgeht, wird in der einschlägigen Fachliteratur noch stärker differenziert. Gewöhnlich unterscheidet man zwischen folgenden Stufen, die im Einzelfall gänzlich wegfallen oder in anderen aufgehen können und zwischen denen die Übergänge fließend sind⁶³:
- In der Anforderungsphase werden die Ziele und Aufgaben der Software-Entwicklung festgelegt und dokumentiert.
 - In der Definitionsphase wird bestimmt, was das Programm leisten soll, welche Hardware gefordert wird bzw. zu unterstützen ist und welcher Benutzerkreis erreicht werden soll. Als Ergebnis dieser Stufe entsteht das Pflichtenheft.
 - Der Grobentwurf bestimmt auf der Grundlage des Pflichtenheftes die Grobstruktur des Programms. Ergebnis dieser Phase ist eine Dokumentation, die in der Regel im Klartext mit graphischen Darstellungen vorliegt.
 - Im Feinentwurf, als dessen Ergebnis die Programmbeschreibung in Form eines Programmablaufplanes oder Struktogramms usw. entsteht, werden die einzelnen Programmteile (Module) im Detail beschrieben.
 - In der Kodierungsphase wird das Programm in einer Programmiersprache formuliert. Ihr Ergebnis ist das Quellenprogramm.

61 Wolters (Hrsg.), Der Schlüssel zur Computer-Software, 1984, S. 21 ff.; *Kindermann*, ZUM 1985, 8. Zur Problematik der verschiedenen Phasenmodelle *Koch/Schnupp*, S. 83 ff.

62 BGH CR 1985, 29 f., im Anschluß an *Köhler*, S. 11 ff.

63 *Ulmer/Kolle*, GRUR Int. 1982, 493; *Kindermann*, ZUM 1985, 6 ff.; *Wolters*, a. a. O., Fn. 61, S. 53 ff.; *Becker/Horn*, DB 1985, 1274 f.; *Ilzhöfer*, CR 1988, 333 ff.; *König*, Rz. 169 ff.

- In der Testphase schließlich werden die Programmteile miteinander verbunden und umfassend getestet. In ihr entsteht auf der Grundlage der Programmbeschreibung und des Quellenprogramms die Anwenderdokumentation (Handbücher) für den späteren Nutzer.

Die Einteilung der Programmentwicklung in einzelne Entwicklungsphasen wird für das Urheberrecht bedeutsam, wenn sich Verletzungshandlungen auf die Übernahme von Produkten aus den einzelnen Programmierstufen beschränken oder wenn Streit über die (Mit-)Urheberschaft bei mehreren Beteiligten mit unterschiedlichen Beiträgen entsteht⁶⁴. Für die übrigen urheberrechtlichen Fragen sind die Entwicklungsphasen ohne Bedeutung, weil es sich hier um einen **einheitlichen Schöpfungsprozeß** – wie bei sonstigem Werkschaffen – handelt, der zielbewußt auf das fertige Programmprodukt ausgerichtet ist⁶⁵, so daß in vorausgehenden Entwicklungsphasen zu Tage tretende individuelle Leistungen in das Endprodukt einfließen.

4. Computerprogramm und Algorithmus

Für die Analyse der Programmierungstätigkeit und ihrer Ergebnisse ist der Begriff des Algorithmus von großer Wichtigkeit. Die Informatik betrachtet ihn als fundamental für ihre Disziplin⁶⁶. Nach der herrschenden Urheberrechtsdoktrin⁶⁷ umfaßt der Schutz der Programme nicht den Algorithmus, weshalb eine sorgfältige Klärung dieses Begriffs unumgänglich ist.

In der **Informatik** versteht man unter „**Algorithmus**“ eine präzise, d. h. in einer festgelegten Sprache abgefaßte, endliche Beschreibung eines allgemeinen Verfahrens unter Verwendung ausführbarer elementarer (Verarbeitungs-) Schritte⁶⁸. Das Besondere an Algorithmen ist, daß sie mechanisch ausgeführt werden können: Für die Betätigung der schöpferischen Phantasie des Ausführ-

⁶⁴ BGH CR 1985, 30 – Inkassoprogramm, Wittmer, S. 40 ff.

⁶⁵ So mit Recht Ulmer/Kolle, GRUR Int. 1982, 493; Wittmer, S. 35 ff.; Harte-Bavendam, Computerrechtshandbuch, 54 Rz. 13; a. A. Buchmüller, Urheberrecht und Computersoftware, Diss. Münster 1986, S. 54 ff., der dezidiert für eine zergliedernde Betrachtungsweise eintritt.

⁶⁶ Albert/Ottmann, Automaten, Sprachen und Maschinen für Anwender, 1983, S. 197; Bund, Einführung in die Rechtsinformatik, 1991, S. 22; Goldschlager/Lister, S. 23; Müller/Löbel/Schmid, Lexikon der Datenverarbeitung, 9. Aufl., Stichwort „Algorithmus“; Wirth, Systematisches Programmieren, 3. Aufl. 1978, S. 35.

⁶⁷ BGH CR 1985, 30 – Inkassoprogramm, differenzierter nunmehr neuerdings BGH CR 1991, 85 – Betriebssystem und die urheberrechtliche Literatur, s. statt aller Ulmer/Kolle, GRUR Int. 1982, 497.

⁶⁸ Bauer/Goos, Informatik, 1. Teil, 3. Aufl. 1982, S. 47; vgl. auch Bauer/Wössner, Algorithmische Sprache und Programmentwicklung, 2. Aufl. 1984, S. 3 ff.; Albert/Ottmann, a. a. O., Fn. 66, S. 198; Goldschlager/Lister, S. 11 ff.; Hermes, Aufzählbarkeit, Entscheidbarkeit, Berechenbarkeit, 2. Aufl. 1971, S. 1 f.; Preuß, Der Rechtsschutz von Computerprogrammen, Diss. Erlangen 1987, S. 21 ff.; Dworatschek, S. 363.

renden bleibt kein Raum; er muß sklavisch nach den ihm gegebenen Vorschriften arbeiten, die alles bis ins Kleinste regeln⁶⁹. Beispiele solcher Verfahren sind die vier Grundrechnungsarten, die es uns z.B. erlauben, mechanisch die Summe oder das Produkt von Zahlen zu errechnen. Algorithmen begegnen uns aber nicht nur bei der Computerprogrammierung, in der Logik oder Mathematik, sondern auch im Alltagsleben, wo sie uns in Gestalt von Kochrezepten, Gebrauchsanweisungen, Schnittmustern usw. entgegnetreten⁷⁰. Jeder Algorithmus kann deshalb durch Maschinen ausgeführt werden, was die mathematische Algorithmustheorie an Hand gedachter Maschinen (sog. Turing-Maschinen) gezeigt hat⁷¹. Ein Algorithmus stellt somit nicht bloß eine abstrakte mathematische Formel oder Organisationsregel dar, wie in der urheberrechtlichen Literatur und Rechtsprechung oft ausgeführt wird⁷², sondern eine detaillierte, durch einen bestimmten Prozessor (Mensch oder Maschine) ausführbare Arbeitsvorschrift.

- 24 Für das **Verhältnis zwischen Computerprogramm und Algorithmus** folgt daraus, daß sich der Begriff des Programms nach den gegebenen Definitionen unter den des Algorithmus subsumieren läßt. Jedes Programm enthält eine Beschreibung eines allgemeinen Verfahrens, d. h. eines Verfahrens, das nicht nur eine einmalige Aufgabe löst, sondern zur Lösung einer Klasse von Problemen durch wiederholten Programmablauf konzipiert ist. In jedem funktionierenden Programm sind die einzelnen Arbeitsschritte so präzise und eindeutig festgelegt, daß das Verfahren mechanisch ohne schöpferische Phantasie abläuft. Jedes Programm ist in einem endlichen Text unter Verwendung einer exakten Programmiersprache niederlegt. In der einschlägigen Literatur werden daher beide Begriffe häufig synonym gebraucht. Die Programmierung wird dementsprechend als ein Prozeß bezeichnet, der in der schrittweisen Entwicklung eines Algorithmus von der problemnahen zur maschinennahen Fassung besteht⁷³. Die Hauptarbeit bei der Erstellung nichttrivialer Programme liegt in der Konzeption eines Algorithmus, der in den Programmierungsphasen schrittweise so verfeinert wird, daß er nach der Übersetzung in den Maschinencode unmittelbar von der Datenverarbeitungsanlage ausgeführt werden kann. Ein Programm ist folglich die für eine Maschine geeignete Fassung eines Algorithmus.

⁶⁹ Albert/Ottmann, a. a. O., Fn. 66, S. 198; *Hermes*, a. a. O., Fn. 68, S. 1 f.

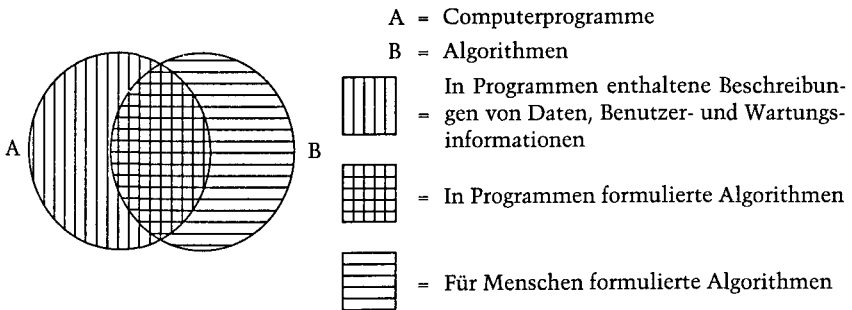
⁷⁰ Claus, Einführung in die Informatik, 1975, S. 16-22, und *Goldschlager/Lister*, S. 12, jeweils mit weiteren Beispielen aus dem Alltagsleben.

⁷¹ Albert/Ottmann, a. a. O., Fn. 66, S. 199, 205 ff.; *Goldschlager/Lister*, S. 81 f.; *Hermes*, a. a. O., Fn. 68, S. 18 ff.; *Heymann*, CR 1990, 14 f.

⁷² *Betten*, Mitt. 1984, 207, und v. *Hellfeld*, Mitt. 1986, 190, rügen dies mit Recht; ebenso *Troller*, CR 1987, 283 und *Wiebe*, S. 41.

⁷³ *Bauer/Wössner*, a. a. O., Fn. 68, S. 9 ff.; *Goldschlager/Lister*, S. 16, 31 ff.; *Wirth*, a. a. O., Fn. 66, S. 35, 120 ff.; *Haberstumpf*, UFITA 95 (1983), 223 f.; *ders.*, GRUR 1986, 225, *Preuß*, a. a. O., Fn. 68, S. 22 ff.; *König*, Rz. 163.

Die bisherige Begriffsanalyse, nach der man die Computerprogramme als echte Teilklasse der Algorithmen ansehen muß, bedarf allerdings einer Korrektur. Hierauf hat im juristischen Schrifttum *Kindermann*⁷⁴ hingewiesen. Er wendet sich gegen die Gleichsetzung beider Begriffe, weil ein einigermaßen komplexes Programm nicht mit einem Algorithmus auskommt, sondern in der Regel eine Vielzahl davon enthält, und weil ein solches Programm nicht nur aus einer Beschreibung von Verarbeitungsprozeduren besteht, sondern auch andere Bestandteile, z. B. eine Beschreibung der zu verarbeitenden Daten (s. o. Rz. 17), beinhaltet. Das erste Argument überzeugt zwar nicht, weil die Verknüpfung einzelner Algorithmen wiederum einen Algorithmus komplexerer Struktur erzeugt, der alle Voraussetzungen des Algorithmusbegriffs erfüllt. Das zweite Argument ist aber dafür um so beachtlicher. Der Algorithmus ist danach nur ein Teil eines komplizierteren Programms, der aus der Beschreibung der Arbeitsprozeduren besteht und von der Beschreibung der zu verarbeitenden Daten, von den Benutzer- sowie Wartungsinformationen unterschieden werden kann. Die Bereiche der **Begriffe des Computerprogramms und des Algorithmus überschneiden sich:**



Es bleibt jedoch festzuhalten, daß der in jedem Computerprogramm beschriebene Algorithmus nicht nur für den Programmierer von großer Wichtigkeit ist, sondern auch für die urheberrechtliche Beurteilung besonders interessant ist, was anschaulich am Verhältnis zwischen Algorithmus und der Beschreibung der Daten und ihrer Struktur gezeigt werden kann. Die Entwicklung des Algorithmus und die Strukturierung der Daten sind untrennbar ineinander greifende Vorgänge. Entscheidungen über die Strukturierung der Daten können nicht ohne die Kenntnis der auf die Daten anwendbaren Algorithmen getroffen werden; umgekehrt hängt die Struktur und Wahl der Algorithmen oft stark von der Struktur der zugrundeliegenden Daten ab⁷⁵, insbesondere wenn diese durch rechtliche, betriebswirtschaftliche oder sonstige Gründe vorgegeben ist.

⁷⁴ *Kindermann*, ZUM 1985, 6.

⁷⁵ *Wirth*, Algorithmen und Datenstrukturen, 1975, S. 7 f.; *Bund*, a. a. O., Fn. 66, S. 64.

- 26 Die **Programmierpraxis**⁷⁶ und die **überwiegende Urheberrechtsliteratur**⁷⁷ verwenden dagegen den Begriff Algorithmus in einer anderen Weise. Gemeint sind nicht die in jedem Programm enthaltenen konkreten Arbeitsbeschreibungen, sondern Verfahrensbeschreibungen höherer Allgemeinheitsstufen. Ein lauffähiges Computerprogramm beschreibt das Verfahren zur Lösung einer Aufgabe, das durch eine bestimmte Maschine oder durch Maschinen eines bestimmten Typs ausgeführt werden soll. Jede derartige Verfahrensvorschrift läßt sich dadurch verallgemeinern, daß man von den Besonderheiten gerade dieser Maschine, dieses Maschinentyps oder ganz davon absieht, daß das Verfahren von einer Maschine ausgeführt werden soll. Man erhält dadurch Algorithmen höherer Abstraktionsstufe, die sich wiederum auf noch allgemeinere mathematische Strukturen zurückführen lassen. Als Beispiel hierfür mag ein in einem Lehrbuch der Informatik entwickelter und dargestellter Algorithmus dienen. Allgemeine Algorithmen dieser Art, die sich bei der Lösung bestimmter Typen von Aufgaben bewährt haben, gehen in das Standardrepertoire der Programmiertechnik ein und werden daher immer wieder als Ausgangspunkt zur Erstellung von Programmen gewählt. Durch Implementierung (tatsächliche Realisierung des Algorithmus auf einem Rechner)⁷⁸ im Wege seiner schrittweisen Verfeinerung⁷⁹ unter Berücksichtigung der maßgeblichen Rahmenbedingungen und gegebenenfalls unter Einbeziehung anderer allgemeiner Algorithmen entsteht das ablauffähige Programm. Der Algorithmus in diesem Sinne verhält sich zum Programm, das ihn benutzt, wie ein allgemeiner Entwurf zum fertigen Werk. Zur terminologischen Unterscheidung der beiden Begriffe soll im folgenden ein allgemeiner Algorithmus mit **Entwurfsalgorithmus** bezeichnet werden, während die im Computerprogramm enthaltene konkrete Verfahrensbeschreibung **Implementationsalgorithmus** heißen soll⁸⁰.
- 27 **Von welchem Algorithmusbegriff der BGH ausgeht, ist nicht ganz eindeutig.** Wenn er in der Entscheidung „Inkassoprogramm“ den freien Algorithmus mit der in einem Programm berücksichtigten, sich auf einen vorgegebenen Rechner beziehenden Rechenregel gleichsetzt⁸¹, dann wird wohl der Entwurfsalgorithmus gemeint sein. In dem Urteil heißt es aber weiter, daß die Feststellun-

76 Vgl. das im Urteil des OLG Frankfurt CR 1986, 19 ff. – Baustatikprogramme – wiedergegebene Gutachten des beigezogenen Sachverständigen.

77 Köhler, S. 12, 60 f.; Ulmer/Kolle, GRUR Int. 1982, 497; Erdmann, CR 1986, 253; Preuß, a. a. O., Fn. 68, S. 179 f.; Schricker/Loewenheim, § 2 Rz. 77; Harte-Bavendamm, Computerrechtshandbuch, 54 Rz. 18; Zahmt, GRUR 1988, 598 f.; König, Rz. 165 f.

78 OLG Frankfurt CR 1986, 19, 21 – Baustatikprogramme; Grünbuch der EG-Kommission über Urheberrecht und die technologische Herausforderung, KOM (88), 172 endg., Ziff. 5.5.12; Erdmann, CR 1986, 253; Heymann, CR 1990, 16.

79 Eingehend Goldschlager/Lister, S. 31 ff.; Bund, a. a. O., Fn. 66, S. 39 ff.

80 So Heussen/Seidel, Juristisches Controlling, Systemverantwortung und Vertragsgestaltung bei DV-Projekten, 1989, S. 140.

81 CR 1985, 30 rechte Spalte oben.

gen des Berufungsgerichts schon deshalb nicht zur Begründung der Schutzfähigkeit ausreichen, weil es sich im wesentlichen auf eine Beschreibung der Arbeitsvorgänge beschränkt habe; die Darstellung der Arbeitsvorgänge sei einem inhaltlichen Schutz nicht zugänglich⁸². Demnach ist auch der Implementationsalgorithmus urheberrechtlich frei. Die neue Entscheidung des BGH zum Fall „Betriebssystem“ hält es dagegen für möglich, daß Algorithmen in der Art und Weise ihrer Implementierung und Zuordnung zueinander urheberrechtsschutzfähig sind⁸³. Offenbar will der BGH nunmehr zwischen dem grundsätzlich schutzfähigen Implementationsalgorithmus und den schutzunfähigen Algorithmen höherer Allgemeinheitsstufe unterscheiden.

C. Die Werkeigenschaft der Software-Produkte

1. Der Schutzgegenstand

a) Werkarten

Sämtliche Software-Erzeugnisse lassen sich unschwer in den Werkekatalog des § 2 Abs. 1 UrhG einordnen. 28

Völlig unproblematisch gilt dies für die **Anwenderdokumentation**, die in ihrer großen Mehrheit aus umgangssprachlich oder fachterminologisch formulierten Schriftwerken (§ 2 Abs. 1 Nr. 1 UrhG) besteht und sich in nichts von herkömmlichen wissenschaftlichen Werken unterscheidet⁸⁴.

Dasselbe ist für den Großteil der Materialien anzunehmen, die die **Herstellerdokumentation** bilden. Nur die Programmbeschreibung, soweit sie sich graphischer Darstellungsmittel, wie z. B. im Fall des Programmablaufplanes, bedient, wurde dagegen nicht so einheitlich beurteilt. Teils sah man sie ebenfalls als Schriftwerk an, weil die benutzten Zeichen und Sinnbilder nach Regeln⁸⁵ verwendet werden, die in jeder relevanter Hinsicht den Sprachkonventionen gleichen⁸⁶. Überwiegend wurde aber die in graphischer Form vorliegende Programmbeschreibung unter § 2 Abs. 1 Nr. 7 UrhG subsumiert oder als Mischform aus Schriftwerk und Darstellung wissenschaftlicher oder technischer Art aufgefaßt⁸⁷. Nach § 69a Abs. 1 UrhG (Art. 1 Abs. 1 S. 2 der Richtlinie) unterfällt sie als Entwurfsmaterial dem Begriff des „Computerpro- 29

82 CR 1985, 31 rechte Spalte unten.

83 BGH CR 1991, 85. Der BGH folgt damit ausdrücklich dem OLG Frankfurt CR 1986, 13 ff. – Baustatikprogramme.

84 *Kolle*, GRUR 1982, 449.

85 Siehe DIN 66001.

86 *Haberstumpf*, GRUR 1982, 145.

87 BGH CR 1985, 29 – Inkassoprogramm; OLG Frankfurt CR 1986, 17 – Baustatikprogramme; v. *Gamm*, WRP 1969, 97; *Köhler*, S. 59; *Nordemann*, ZUM 1985, 11.

gramms". Praktische Auswirkungen haben die verschiedenen Einordnungsvorschläge nicht, weil die Kriterien zum Erwerb des Urheberrechts für die einzelnen Werkkategorien die gleichen sind (s. u. Rz. 84).

- 30 Die gelegentlich geäußerten Zweifel⁸⁸ an der Zugehörigkeit der **Computerprogramme** zum Katalog der schutzfähigen Werke hat der Gesetzgeber durch ihre ausdrückliche Erwähnung in § 2 Abs. 1 Nr. 1 UrhG endgültig beseitigt. Die Neufassung dieser Vorschrift stellt in Verbindung mit § 69a Abs. 4 UrhG unzweideutig klar, daß Computerprogramme eine echte Teilklasse der Sprachwerke bilden. Entsprechend dem Auftrag der Richtlinie werden sie dadurch uneingeschränkt dem Anwendungsbereich des internationalen Urheberrechts (RBÜ und WUA) unterstellt⁸⁹. Trotzdem bleibt beachtenswert, daß Programme ein Doppelgesicht tragen: Sie sind einerseits **Steuerungsmittel**, die kausal auf eine Maschine einwirken und dadurch bestimmte Ergebnisse hervorrufen. Allein unter diesem „technischen“ Aspekt betrachtet, den die Definition des „Computerprogramms“ in § 1 (i) der Mustervorschriften für Computersoftware⁹⁰ im Auge hat, zeigen sich keine Parallelen zu den anderen in § 2 Abs. 1 UrhG aufgezählten Werken. Computerprogramme sind aber andererseits **auch Sprachwerke**, worauf der Gesetzgeber abstellt. Sie wenden sich nämlich an einen unbegrenzten Kreis von Personen, Nutzern, Testern, Bearbeitern usw., die, vorausgesetzt, daß sie die verwendete Programmier- oder Maschinensprache beherrschen, darüber informiert werden, welche Verarbeitungs-schritte in welcher Reihenfolge nach Ansicht des Programmschöpfers vorgenommen werden müssen, um eine bestimmte Aufgabe zu lösen. Unter diesem sprachlichen Aspekt betrachtet, sind die Programme mit den Werkkategorien vergleichbar⁹¹. Die Vereinigung beider Aspekte im Programm hat einige grundsätzliche

88 LG Mannheim BB 1981, 1543; *Axster/Axster*, BB 1967, 611 f.; *Betten*, Mitt. 1984, 202.

89 Art. 1 Abs. 1 der Richtlinie; Begründung des Regierungsentwurfs, BT-Drucks. 12/4022, S. 8 f.; vgl. auch *Lehmann*, I. A. Rz. 5; *ders.*, GRUR Int. 1991, 328; *Dreier*, CR 1991, 578; *Czarnota/Hart*, a. a. O., Fn. 41, S. 29 ff. Die von *Wenzel*, GRUR 1991, 109 f. und *Ensthaler*, GRUR 1991, 891 geäußerte Ansicht, die Richtlinie fordere die Schaffung eines Leistungsschutzrechts, widerspricht eklatant deren Intention, da Leistungsschutzrechte gerade nicht von der RBÜ und dem WUA geregelt werden. So mit Recht *Erdmann/Bornkamm*, GRUR 1991, 880; *Schricker/Schricker*, Einl. Rz. 30; *Broy/Lehmann*, GRUR 1992, 423.

90 GRUR 1979, 306.

91 Zu diesen beiden Aspekten näher *Haberstumpf*, GRUR 1982, 144 ff. und *ders.*, UFITA 95 (1983), 225 ff. Die gegenteilige Ansicht v. *Hellfelds*, GRUR 1989, 472 und *Königs*, Rz. 448 ff., die die in streng normierten Kunstsprachen formulierten Texte nicht als Sprachwerke des Urheberrechts anerkennen wollen, ist nicht nur sprachtheoretisch verfehlt (v. *Kutschera*, Sprachphilosophie, 2. Aufl. 1975, S. 16 f., 222 ff.), sondern wird auch von der herrschenden Urheberrechtsdoktrin mit Recht nicht geteilt (RGZ 121, 357 f.; *Schricker/Loewenheim*, § 2 Rz. 55). Diese Fehlvorstellung liegt auch der Stellungnahme des Bundesrates vom 6. 11. 1992 (BT-Drucks. 12/4022, S. 18) zugrunde. Nicht gefolgt werden kann ferner der These *Ensthalers*, GRUR 1991, 883, Computerprogramme würden nichts beschreiben.

Schwierigkeiten zur Folge, die insbesondere bei der Bestimmung des Schutzzumfangs innerhalb des Vervielfältigungsrechts auftreten. Für das Urheberrecht ist nur der sprachliche Aspekt maßgeblich. Das bedeutet: Solange und soweit der sprachliche Aspekt zum Tragen kommt, soweit reicht auch der Urheberrechtsschutz für Computerprogramme. Schutzzfähig sind alle Arten von Programmen, Anwenderprogramme und Betriebssysteme⁹², Objektprogramme⁹³, Quellenprogramme und das Entwurfsmaterial (s.o. Rz. 15, 18).

Der mit der Schaffung eines individuellen Computerprogramms erworbene Urheberrechtsschutz erfaßt nicht nur das Programm als Ganzes, sondern auch seine **Bestandteile**, sofern sie für sich die Voraussetzungen der §§ 2 Abs. 2, 69a Abs. 3 UrhG erfüllen. Dieser Grundsatz wird in § 69a Abs. 2 UrhG für **Schnittstellen** ausdrücklich hervorgehoben. Als Schnittstellen werden bestimmte Teile eines Programms bezeichnet, die geeignet sind, einen Übergang zu anderen Einheiten oder Systemen herzustellen. Sie werden benötigt, um die Interoperabilität und Kompatibilität zwischen Computersystemen, und damit auch zwischen Software und Hardware oder zwischen Software und Software zu gewährleisten⁹⁴. Zur Klarstellung sei angefügt, daß die Frage nach der Schutzzfähigkeit der Programmteile, die die sog. **Benutzeroberfläche** auf dem Bildschirm erscheinen lassen, nicht identisch ist mit der neuerdings stark diskutierten Problematik⁹⁵, ob ein davon unabhängiger Schutz der Benutzeroberfläche selbst, des „look and feel“, anzuerkennen ist. Dieselbe Oberfläche kann nämlich durch ganz verschiedene Programme erzeugt werden. Diese Problematik ähnelt der Frage nach der Schutzzfähigkeit von Computerspielen und wird daher im Rahmen dieses Beitrages⁹⁶ erörtert.

Sämtliche Software-Produkte gehören zu den **Werken der Wissenschaft** im Sinne von § 1 UrhG, weil sie einen belehrenden Zweck erfüllen. Ein ästhetischer Gehalt in einer den Schönheitssinn ansprechender Bedeutung ist daher nicht erforderlich⁹⁷.

92 BGH CR 1991, 82 – Betriebssystem; LG München I CR 1986, 386; OLG Frankfurt in *Zahrt*, EDV-Rechtsprechung (2/90) Beilage 24 zu Heft 19 des BB 1990, S. 9.

93 Die gegenteilige Ansicht von König, Rz. 467 ff.; ders., GRUR 1989, 559 ff.; Holzinger, GRUR 1991, 366 f. ist mit dem Gesetz nicht vereinbar.

94 10. bis 12. Erwägungsgrund zur EG-Richtlinie, ABl. Nr. 91/L 122/43. Zu den Schwierigkeiten, den Begriff der Schnittstelle adäquat zu definieren, vgl. *Pilny*, GRUR Int. 1990, 432 f.

95 *Hoeren*, CR 1990, 22 ff.; *Wiebe*, GRUR Int. 1990, 26 ff.; *Koch*, GRUR 1991, 180 ff.

96 S. u. *Schlatter*, III., Rz. 67 ff.

97 BGH CR 1985, 29 f. – Inkassoprogramm; *Ulmer/Kolle*, GRUR Int. 1982, 492; v. *Gamm*, WRP 1969, 97; zur Abgrenzung der künstlerischen von den wissenschaftlichen Werken allgemein vgl. näher *Haberstumpf*, Zur Individualität wissenschaftlicher Sprachwerke, 1982, S. 22 ff.; anders LG Mannheim BB 1981, 1543.

b) Der Werkbegriff in der Rechtsprechung des BGH und seine Anwendung auf Software-Produkte

- 33 Ungleich schwieriger als die Eingliederung der Software-Erzeugnisse in den Werkeverzeichnis erweist sich die Frage, wann sie als persönliche geistige Schöpfungen nach §§ 2 Abs. 2, 69a Abs. 3 UrhG zu gelten haben.

Der BGH hat in ständiger Rechtsprechung **vier Kriterien** entwickelt, die vorliegen müssen, um diese Frage bejahen zu können. Der Werkbegriff des § 2 Abs. 2 UrhG erfordert demnach⁹⁸:

- (a) ein persönliches Schaffen,
 - (b) einen geistigen Gehalt,
 - (c) eine wahrnehmbare Formgestaltung und
 - (d) einen schöpferischen Eigentümlichkeitsgrad.
- 34 aa) Das erste Kriterium bedeutet, daß das Werk aus **menschlicher Schaffenstätigkeit** hervorgegangen sein muß, und schließt reine Natur- oder Maschinenprodukte oder völlig dem Zufall überlassene Schöpfungen vom Urheberrechtsschutz aus. Daß die Schutzfähigkeit eines Software-Produkts an dieser Voraussetzung scheitert, wird man allenfalls in den Fällen annehmen können, in denen es durch ein sog. echtes Software-Generatorprogramm erstellt wird. Solche Programme, die es bislang nur für bestimmte Anwendungsgebiete gibt, enthalten eine Bibliothek von typischen Anwendungsfunktionen und Programmmodulen des betreffenden Gebietes, die vom Kunden selektiv ausgewählt und mit dessen Daten- und Dateibesreibungen, Eingabe- und Ausgabeformatierungen nach Menüart ergänzt werden. Nach Eingabe dieser Informationen erzeugt der Generator aus ihnen und den in der Bibliothek vorhandenen Programmteilen ein lauffähiges, ausgetestetes Programm⁹⁹. Dieses neue Programm ist nicht eigenständig geschützt, weil es rein maschinell hergestellt wurde; es ist vielmehr im wesentlichen eine (Teil-)Kopie der aus der Bibliothek entnommenen Teile des Generatorprogramms¹⁰⁰ und unterliegt insoweit der Rechtsmacht dessen Schöpfers. Von diesen Fällen abgesehen, besteht kein Zweifel daran, daß Software-Erzeugnisse aus persönlichem Schaffen entstammen.
- 35 bb) Der geistige Gehalt findet bei Werken der Literatur und – mit Einschränkungen (vgl. nachfolgend unter cc) – der Wissenschaft seinen Niederschlag und Ausdruck in der **Gedankenformung und -führung** des dargestellten Inhalts und/oder der besonders geistvollen Form und Art der Sammlung, Einteilung und Anordnung des dargebotenen Stoffs¹⁰¹.

⁹⁸ Erdmann, Neue höchstrichterliche Rechtsprechung zum Urheberrecht und Geschmacksmusterrecht, 1985, S. 9 ff. mit eingehenden Nachweisen; ders., CR 1986, 251 ff.

⁹⁹ Kindermann, ZUM 1985, 8, 9; Moritz/Tybusseck, Rz. 207–209.

¹⁰⁰ So Moritz/Tybusseck, Rz. 209.

¹⁰¹ BGH GRUR 1980, 230 – Monumenta Germaniae Historica; BGH GRUR 1981, 353 – Staatsexamensarbeit; BGH GRUR 1981, 521 – Fragensammlung; BGH GRUR

cc) Der geistige Gehalt muß sich in einer **für die menschlichen Sinne wahrnehmbaren Formgestaltung** niederschlagen. Eine (dauerhafte) körperliche Festlegung ist nicht notwendig. Die Vollendung der Formgestaltung ist zwar nicht erforderlich, die Formgebung muß aber so weit fortgeschritten sein, daß der geistige Gehalt bereits Gestalt gewonnen hat und eine hinreichende Eigenprägung aufweist. Bei Werken, die stufenweise entstehen, können somit in allen Entwicklungsphasen sinnlich wahrnehmbare Formgestaltungen auftreten, die jeweils selbständig geschützt sein können. Dies ist auch für die Programmentwicklung von Bedeutung, so daß die bei und neben der Programmerstellung entstehenden Software-Produkte dem Urheberrechtsschutz zugänglich sind. 36

Diese für alle Werkarten geltenden Grundsätze unterliegen nach Ansicht des BGH bei wissenschaftlichen oder technischen Werken einer gewichtigen Einschränkung. Für ihre urheberrechtliche Beurteilung scheidet ein geistig-schöpferischer Gehalt in der Gedankenführung und -formung des Inhalts weitgehend aus; die wissenschaftliche Lehre und das wissenschaftliche Ergebnis sind urheberrechtlich frei und jedermann zugänglich¹⁰²; ihrer Darstellung und Gestaltung fehlt, soweit diese aus wissenschaftlichen Gründen in der gebotenen Form notwendig und durch die Verwendung der im fraglichen Bereich üblichen Ausdrucksweise üblich sind, die erforderliche eigenschöpferische Prägung¹⁰³. Dem Urheberrechtsschutz ist daher die in dem Computerprogramm berücksichtigte, sich auf einen vorgegebenen Rechner beziehende Rechenregel (der sog. Algorithmus) ebensowenig zugänglich wie andere bei der Erstellung des Programms herangezogene mathematische oder technische Regeln, die als Bestandteil der wissenschaftlichen Lehre für den Urheber nicht monopolisiert werden dürfen¹⁰⁴. Der BGH zieht daraus den Schluß, daß für den Schutz der Computerprogramme und ihrer Vorstufen nur ihre Form der Darstellung, d.h. die Form und Art der Sammlung, Einteilung und Anordnung des Materials, in Betracht kommt¹⁰⁵.

dd) Zur **Beurteilung des schöpferischen Eigentümlichkeitsgrades** eines Werkes ist der geistig-schöpferische Gesamteindruck der konkreten Gestaltung maßgeblich; auf einen besonderen literarischen, wissenschaftlichen oder künstlerischen Rang kommt es nicht an, da ein Wert- oder Unwerturteil dem Richter versagt ist. Um zu der notwendigen Objektivierung dieses Kriteriums zu gelangen, geht der BGH in zwei Schritten vor: 37

1984, 660 – Ausschreibungsunterlagen; BGH CR 1985, 30 – Inkassoprogramm; BGH CR 1991, 83 – Betriebssystem; *Erdmann*, CR 1986, 252.

102 BGH GRUR 1981, 353 – Staatsexamensarbeit; BGH GRUR 1981, 522 – Fragensammlung; BGH CR 1985, 30 – Inkassoprogramm; v. *Gamm*, WRP 1969, 98.

103 BGH GRUR 1981, 353 – Staatsexamensarbeit; BGH GRUR 1984, 661 – Ausschreibungsunterlagen; BGH CR 1985, 30 – Inkassoprogramm.

104 BGH CR 1985, 30, 31 – Inkassoprogramm.

105 BGH GRUR 1979, 464 – Flughafenpläne; BGH CR 1985, 30 – Inkassoprogramm; BGH CR 1991, 83 – Betriebssystem.

Zunächst ist ein 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 Vorbekanntes bleibt in diesem Bereich¹⁰⁶.

- 38 Lassen sich anhand des Gesamtvergleichs 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 Übertagen der Gestaltungstätigkeit** in Auswahl, Sammlung, Anordnung und Einteilung der Informationen und Anweisungen gegenüber dem allgemeinen Durchschnittskönnen voraussetzt¹⁰⁷. In der neueren Entscheidung zum Fall „Betriebssystem“¹⁰⁸ 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 Programmerstellung**, das deutlich überstiegen werden muß.

Für die Frage nach dem schöpferischen Eigentümlichkeitsgrad kommt es grundsätzlich nicht auf den quantitativen Umfang des Programms an; ebenso wenig darauf, mit welchem Aufwand und welchen Kosten es konzipiert wurde und ob die Aufgabenstellung neu war. Ferner ist nicht entscheidend, daß eine Vielzahl von Programmierern bei gleicher Aufgabenstellung unterschiedliche Programme entwickeln würde.

- 39 ee) Die Grundsatzentscheidung des BGH „Inkassoprogramm“, verbal aufrechterhalten in der Nachfolgeentscheidung „Betriebssystem“, stieß im Schrifttum überwiegend mit Recht auf **Kritik**¹⁰⁹. Die Kritik entzündete sich in erster Linie

¹⁰⁶ BGH CR 1985, 31 – Inkassoprogramm; v. *Gamm*, WRP 1969, 99.

¹⁰⁷ BGH GRUR 1984, 661 – Ausschreibungsunterlagen; BGH CR 1985, 31 – Inkassoprogramm; v. *Gamm*, WRP 1969, 99.

¹⁰⁸ BGH CR 1991, 80, 85 – Betriebssystem; ebenso bereits BGH GRUR 1986, 741 – Anwaltsschriftsatz.

¹⁰⁹ *Bauer*, CR 1985, 10 f.; *Röttinger*, IuR 1986, 16 f.; *Herberger*, IuR 1986, 235; *Hubmann/Preuß*, MitthV 1986, 32 ff.; *Haberstumpf*, GRUR 1986, 222 ff.; *Moritz/Tybusseck*, Rz. 172 ff.; *Schricker*, Internationales Urheberrechtssymposium, Börsenverein des Deutschen Buchhandels (Hrsg.), 1986, S. 217 f.; *Schricker/Loewenheim*, § 2 Rz. 78–81; *Preuß*, a. a. O., Fn. 68, S. 155 ff., 179 ff., 251 ff.; *Harte-Bavendamm*, Computerrechtshandbuch, 54 Rz. 20–22; *Kindermann*, FS für Albert Preu, 1988, S. 53 ff.; *Loewenheim* CR 1988, 800 f.; *Lehmann*, NJW 1988, 2420; *ders.*, GRUR Int. 1991, 329; *ders.*, CR 1991, 150 f. Die bislang einzige voll zustimmende Stellungnahme stammt bezeichnenderweise von *Schulze*, GRUR 1985, 1005, der

an den besonderen Voraussetzungen, die im Rahmen des Kriteriums (d) an den schöpferischen Eigentümlichkeitsgrad gestellt wurden. Diesen Einwendungen ist der Gesetzgeber entsprechend dem Auftrag der EG-Richtlinie nachgekommen, so daß auch einfache persönliche Schöpfungen, die sog. kleine Münze, den Schutz des Gesetzes genießen. Unabhängig davon bleiben aber die Darlegungen des BGH zu den übrigen Kriterien des Werkbegriffs, zu denen der Gesetzgeber nicht Stellung bezieht und die daher auch in Zukunft zu beachten sein werden, in hohem Maße diskussionswürdig.

Während Kriterium (a) als unbedenklich angesehen werden kann, läßt der aus den Kriterien (b) und (c) gezogene Schluß, wissenschaftliche oder technische Werke seien nur in ihrer Form der Darstellung geschützt, im Dunkeln, was damit gemeint ist, was Gegenstand des urheberrechtlichen Schutzes bei diesen Werken sein soll. Der Ausschluß der wissenschaftlichen oder technischen Lehre, einschließlich der Algorithmen, führt, wenn man die Ausführungen des BGH wörtlich nimmt und konsequent anwendet, zum Ausschluß dieser Werke überhaupt einschließlich der Computerprogramme aus dem Bereich des Urheberrechts, was nicht nur dem Gesetz und den internationalen Konventionen, sondern auch dem Grundgesetz widerspräche (Art. 3, 14 GG)¹¹⁰. Da der BGH mit den formulierten Kriterien keine speziellen, nur für Software-Produkte geltenden Prinzipien aufstellen will, erfordert eine fundierte Auseinandersetzung mit dieser Rechtsprechung, die die vom Gesetzgeber in § 69a Abs. 2 UrhG getroffene Unterscheidung zwischen Ausdruck und Idee einzubeziehen hat, eine grundsätzliche Diskussion des dem UrhG zugrundeliegenden Werkbegriffs.

c) Formen der Darstellung bei wissenschaftlichen oder technischen Sprachwerken

aa) Wissenschaftliche oder technische Sprachwerke unterscheiden sich, gerade was die Form der Darstellung angeht, in signifikanter Weise von den Nichtsprachwerken und den anderen Sprachwerken, die sich der Umgangssprache bedienen. Die Wissenschaften haben nämlich Sprachformen entwickelt, die sich im Maß der Reglementierung erheblich von der Sprache des täglichen Lebens und den Ausdrucksmitteln der Nichtsprachwerke abheben. Dieser Prozeß führt von einer Verschärfung der Gebrauchsregeln umgangssprachlicher Ausdrücke (**Ausbildung von Fachterminologien**) bis in seiner konsequentesten Ausprägung zur **Konstruktion streng normierter Kunstsprachen**, wofür die Programmiersprachen sowie die logischen und mathematischen Kalküle exemplarisch sind¹¹¹. Insbesondere bei den Kunstsprachen

den Urheberrechtsschutz für Computerprogramme generell ablehnt, s. *Schulze*, Die kleine Münze und ihre Abgrenzungsproblematik bei den Werkarten des Urheberrechts, 1983, S. 257.

¹¹⁰ Verfassungsrechtliche Bedenken melden auch *Moritz/Tybusseck*, Rz. 192 ff., an.

¹¹¹ Vgl. z. B. *Schnelle*, Sprachphilosophie und Linguistik, 1973, S. 57 ff., 78 ff.

zeigt sich am klarsten das in allen Einzelwissenschaften erkennbare Bestreben, die Gestaltungsfreiheiten der Wissenschaftler bei der Formulierung ihrer Werke immer mehr einzuschränken, um die Sachverhalte, über die eine intersubjektive Verständigung erzielt werden soll, möglichst exakt, unzweideutig und unverfälscht hervortreten zu lassen. Dieser Befund läßt offenbar nur die Wahl zwischen zwei sich einander ausschließenden Alternativen: Entweder ist der dogmatische Ansatz des BGH, den er allerdings selbst nicht konsequent durchhält¹¹², in Zweifel zu ziehen, oder man ist bereit, den Rückzug des Urheberrechts aus dem Bereich von Wissenschaft und Technik mit den daraus resultierenden Folgen für die Autoren und Verlage zu akzeptieren.

41 bb) Wissenschaftliche oder technische Werke können in zwei **Arten von Darstellungsformen** vorliegen:

Form der Darstellung (1):

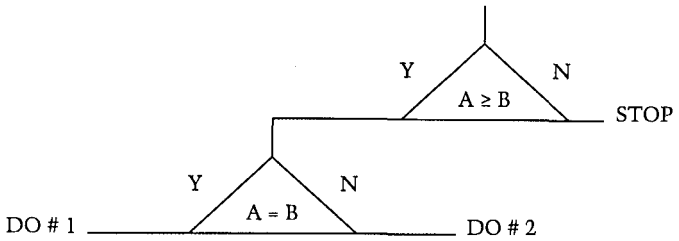
- (1.1) als handschriftliches Manuskript des Autors im Stenogramm,
- (1.2) als handschriftliches Manuskript des Autors in Langschrift,
- (1.3) als maschinenschriftliches Manuskript unter Verwendung der üblichen Schreibmaschinentypen,
- (1.4) als Druckschrift unter ausschließlicher Verwendung der Kleinschreibung usw.

Dieser Liste seien Formen der Darstellung gegenübergestellt, die im Rahmen der Entwicklung eines Computerprogramms entstehen können, einen Teil eines Programmoduls oder einer Subroutine repräsentieren und für ein ganzes Programm stehen mögen:

¹¹² S. BGH GRUR 1980, 231 – Monumenta Germaniae Historica, wo das Gericht die Schutzfähigkeit des fraglichen Registers damit begründete, daß es „auf einer Konzeption beruht, welche die wissenschaftliche Bearbeitung der gesammelten Briefe . . . bereits berücksichtigt“. S. auch BGH GRUR 1981, 352 – Staatsexamensarbeit, wo der BGH seine Grundsätze nicht auf die Arbeit des Klägers anwandte, obwohl die auf S. 355 (re. Spalte oben) enthaltenen Ausführungen nicht nur für die vom Beklagten übernommenen Passagen gelten, sondern auch für die übrigen Teile der Staatsexamensarbeit. Vgl. *Rojahn*, GRUR 1984, 662; *Moser*, Der urheberrechtliche Schutz von wissenschaftlich-technischen Darstellungen in Deutschland und Großbritannien, 1986, S. 241 ff.

Form der Darstellung (2)¹¹³:

(2.1)



(2.2)

```

BASIC
010 IF A >= B THEN 030
020 STOP
030 IF A = B THEN 060
040 REM DO #2
050 GOTO 070
060 REM DO #1
070 END
  
```

(2.3)

```

FORTRAN
IF (A .GE. B) THEN
  IF (A .EQ. B) THEN
    C      DO #1
          ELSE
    C      DO #2
          END IF
  ELSE
    STOP
  END IF
END
  
```

(2.4) S11B3C501EYA3CBACFI10APPX456DODDFG75AA11SECC73190D0D346.

Beide Arten seien voneinander dadurch geschieden, daß die Fälle (1.1) bis (1.4) jeweils aus denselben Worten bestehen, die in derselben Weise angeordnet sind, während in den Beispielen (2.1) bis (2.4) jeweils unterschiedliche Wörter oder Zeichen benutzt werden, die auch anders aneinandergereiht sind. Es stellen sich nun folgende, für das Urheberrecht relevante Fragen: Handelt es sich entsprechend der verschiedenen Formen der Darstellung um acht verschiedene Sprachwerke oder um weniger oder repräsentieren sie dasselbe Werk? In welcher Form der Darstellung ist ein möglicherweise individuelles Werk geschützt? Welche Beziehungen bestehen zwischen den Beispielfällen? Sind sie Vervielfältigungen, Bearbeitungen voneinander oder stehen sie ganz beziehungslos nebeneinander? 42

Für die **Darstellungsformen (1)** sind diese Fragen relativ einfach zu beantworten. Keines der Beispiele stellt den Schutzgegenstand des Urheberrechts dar; sie sind vielmehr nur Exemplare des Werkes. Die Besonderheiten, durch die sich die Beispiele (1.1) bis (1.4) unterscheiden, sind jeweils Eigenschaften der 43

¹¹³ Die Beispiele (2.1) bis (2.3) sind entnommen aus der Publikation „A Proposal for the Improved Protection of Software“, die 1982 von der Association of Data Processing Service Organisation in Washington herausgegeben wurde.

Vervielfältigungsstücke, von denen das Werk als das darin verkörperte geistige Gut abgehoben werden muß. Dieses kann folglich nur etwas sein, was den Formen (1) gemeinsam ist.

Um das aus den Darstellungsformen (1) zu abstrahierende Werk genauer bestimmen zu können, erscheint es zweckmäßig, auf die in der Zeichen- und Sprachtheorie geläufige Unterscheidung zwischen **Zeichenvorkommnis** und **Zeichentyp** bzw. zwischen **Wortvorkommnis** und **Worttyp**¹¹⁴ zurückzugreifen. In jedem der Beispiele kommen Worte vor, die jeweils andere Gestalten annehmen, aber jeweils demselben Worttyp unterfallen und diese Worttypen sind wiederum in derselben Weise aneinandergereiht. Den Darstellungsformen (1) kommt also derselbe Verlauf von Worttypen (Wortverlauf) zu. Haben wir im Wortverlauf eines Textes, der in der urheberrechtlichen Literatur auch mit „äußerer Form“ bezeichnet wird¹¹⁵, das Objekt des Sprachwerkschutzes vor uns? Offenbar nicht. Wenn der Wortverlauf, die äußere Form, das Schutzobjekt darstellt, dann muß es möglich sein, die oben gestellten Fragen, die für die urheberrechtliche Beurteilung von Texten fundamental sind, anhand der äußeren Form zu beantworten. Dies ist zweifellos nicht der Fall. Jedem, der auf den Wortverlauf eines Textes zurückgeworfen ist, weil er die verwendeten Sprachregeln nicht kennt, tritt lediglich ein Aneinanderreihung von aus sich heraus nicht verständlichen Zahlen und Zeichen entgegen¹¹⁶. An der äußeren Form der Darstellung läßt sich nicht einmal erkennen, ob ein bestimmtes Gebilde überhaupt ein Sprachwerk enthält, wofür (2.4) exemplarisch ist. Hierbei handelt es sich nämlich um eine Zeile, die irgendeinem Objektprogramm entnommen wurde und durch Austausch von Zahlen und Buchstaben willkürlich verändert wurde. Wahrscheinlich hat die Form (2.4) überhaupt keinen geistigen Gehalt und drückt bloßen Unsinn aus. Kann somit aufgrund des Wortverlaufs eines Textes nicht beurteilt werden, ob ein geistiger Gehalt ausgedrückt wird, ist natürlich auch kein Urteil über die erforderliche Individualität möglich. Genausowenig können im Wortverlauf sich unterscheidende, z. B. in verschiedenen Sprachen (Chinesisch-Spanisch, FORTRAN-Assembler) verfaßte Texte anhand der äußeren Form darauf verglichen werden, ob sie Vervielfältigungen (§ 16 UrhG), Bearbeitungen, Übersetzungen oder andere Umgestaltungen (§§ 3, 23 UrhG) voneinander sind oder überhaupt nichts gemeinsam haben.

- 44 Warum das so ist, folgt aus dem **Wesen der sprachlichen Kommunikation**. Sprache ist ein System von Konventionen, die festlegen, was als Ausdruck

114 Vgl. z. B. v. *Kutschera*, a. a. O., Fn. 91, S. 17 f.; *Schnelle*, a. a. O., Fn. 111, S. 121 f.; *Margolis*, Die Identität eines Kunstwerks, in Henckmann (Hrsg.), *Ästhetik*, 1979, 212 ff.; *Wollheim*, *Objekte der Kunst*, 1982, S. 77 ff.

115 *Hubmann/Rehbinder*, S. 25.

116 Diesen Standpunkt nahm das LG Mannheim in seinem vielkritisierten erstinstanzlichen Urteil vom 12. 6. 1981 (BB 1981, 1543) im Fall „Inkassoprogramm“ ein und verneinte daher das Bestehen urheberrechtlicher Ansprüche. Vgl. auch *Wiebe*, S. 65 f.

(Worttyp) in einer bestimmten Sprache gilt und welche Ausdruckskombinationen zulässig sind (syntaktische Regeln); sie bestimmen ferner für jeden Ausdruck und jede Ausdruckskombination, welche Bedeutung sie haben (semantische Regeln)¹¹⁷. Als generelle Regeln beziehen sie sich auf die Worttypen der Sprache, nicht auf deren Vorkommnisse¹¹⁸. Wegen ihrer regelhaften Verwendung ist es möglich, verschiedene Worttypen oder Wortkombinationen nach denselben Regeln, d. h. synonym, zu benutzen, so daß man bei der sprachlichen Kommunikation von den Worttypen bzw. bei Texten von den Wortverläufen unabhängig wird. Achtet man nur auf die regelhafte Verwendung der in einem Text erscheinenden Worte, erhält man dessen Bedeutung. Verschiedene Wortverläufe haben dieselbe Bedeutung, wenn die Texte logisch voneinander ableitbar sind bezüglich des Regelsystems der Sprache, in der sie formuliert wurden¹¹⁹.

d) Die Bedeutung eines wissenschaftlichen oder technischen Textes als Gegenstand des urheberrechtlichen Sprachwerkschutzes

Die in den Formen der Darstellung (1) und (2) zum Ausdruck kommende **Bedeutung eines Textes** ist das nach § 2 Abs. 1 Nr. 1 UrhG schutzfähige Sprachwerk. Nur wer die Bedeutung von Wortverläufen zu erfassen vermag, kann beurteilen, ob überhaupt ein Sprachwerk vorliegt und ob es individuell im Sinne von § 2 Abs. 2 UrhG ist. Nur wer die in den Darstellungsformen (2.1) bis (2.4) vorkommenden Zeichen versteht, kann Feststellungen darüber treffen, ob die in (2.1) enthaltene Programmbeschreibung eine Bearbeitung (§ 3 UrhG) der ihr vorgehenden – hier nicht dargestellten – generellen Problemlösung ist, ob die Formen (2.2) und (2.3) als unfreie Benutzungen von (2.1) in Gestalt der Vervielfältigung (§ 16 UrhG) anzusehen sind¹²⁰ und daß (2.4) keinerlei Gemeinsamkeiten mit den anderen Formen der Darstellung aufweist. Dem entspricht es, daß in der Urheberrechtslehre Abweichungen in der Formulierung bei genauer Übereinstimmung in der Gedankenführung in einem literarischen Werk sogar als Beweisanzeichen für eine vorsätzliche Urheberrechtsverletzung bewertet werden¹²¹.

Das Werk im Sinne der Urheberrechts läßt sich danach als das **Ergebnis einer Abstraktion** begreifen, die von gewissen Besonderheiten der Formen der Darstellung absieht, in denen es vorkommt. Daraus folgt, daß ein Werk nie ohne eine sinnlich wahrnehmbare Gestaltung zur Existenz gelangen kann¹²²; denn liegt eine solche Gestaltung nicht vor, kann keine Abstraktion vorgenommen werden: Was allein in der Phantasie des Schöpfers lebt, ist urheberrechtlich

¹¹⁷ v. Kutschera, a. a. O., Fn. 91, S. 19, 25, 167 ff.; Haberstumpf, a. a. O., Fn. 97, S. 9 ff.

¹¹⁸ v. Kutschera, a. a. O., Fn. 91, S. 19.

¹¹⁹ Kamlah/Lorenzen, Logische Propädeutik, 2. Aufl. 1973, S. 133 ff.

¹²⁰ BGH CR 1985, 31 – Inkassoprogramm.

¹²¹ Fromm/Nordemann, § 24 Anh. Rz. 9b.

¹²² Kummer, Das urheberrechtlich schützbares Werk, 1968, S. 7 f.; Troller, CR 1987, 218; ders., UFITA 50 (1967), 389.

irrelevant¹²³. Das Werk ist daher nicht, wie man die Kriterien (b) und (c) des BGH zum Werkbegriff mißverstehen könnte, eine Form der Darstellung, die einen geistigen Gehalt besitzt, sondern ein geistiger Gehalt, der eine Form benötigt, um existent zu werden, dessen Weiterleben aber von dieser und anderen Formen nicht mehr abhängt und nur durch das menschliche Gedächtnis begrenzt wird¹²⁴.

- 47 Das Werk aus seinen Vorkommnissen zu abstrahieren, zu identifizieren und von anderen Werken abzugrenzen¹²⁵, gelingt am einfachsten bei den Sprachwerken und dort wiederum bei den wissenschaftlichen oder technischen. Entsprechend der wissenschaftlichen Zielsetzung, zu einer intersubjektiven Verständigung über Sachverhalte zu gelangen, ist bei diesen Werken zu ihrer Identifizierung nicht nur von der Laut- oder Schriftgestalt der benutzten Worte oder Zeichen – Form der Darstellung (1) –, sondern auch von den verwendeten Worten und ihren Verläufen – Form der Darstellung (2) – abzusehen. Für die urheberrechtliche Beurteilung dieser Werke ist daher maßgeblich, welcher **Sachgehalt** ausgedrückt wird, weil die Bedeutung wissenschaftlicher Texte mit den zur Sprache kommenden Sachverhalten zusammenfällt¹²⁶. Deshalb ist die nach § 2 Abs. 2 UrhG erforderliche Individualität auch nur dort zu suchen, so daß die in diesen Werken anzutreffenden reglementierten und normierten Sprachstrukturen der Anwendbarkeit des Urheberrechts nicht entgegenstehen.
- 48 Prinzipiell läßt sich diese Auffassung auch auf die **künstlerischen Sprachwerke und Nichtsprachwerke** nach § 2 Abs. 1 Nr. 2–6 UrhG übertragen¹²⁷. Man muß sich allerdings vor Augen halten, daß die Bedeutung dieser Werke, die man in der urheberrechtlichen Terminologie mit „ästhetischer Gehalt“¹²⁸ umschreibt, enger an die Gestalten ihrer Vorkommnisse¹²⁹ gebunden ist als bei den wissenschaftlichen Sprachwerken. Die Bedeutung (ästhetischer Gehalt) künstlerischer Sprachwerke kann sich nämlich aus dem zur Sprache

123 BGHZ 9, 240, 241.

124 Beispiel: Ein Maler malt ein geschütztes Gemälde, von dem es kein einziges Exemplar (Reproduktion, Fotografie usw.) mehr gibt, aus dem Gedächtnis detailgetreu nach. Der Originalkünstler kann sich der Verwertung dieser Nachbildung widersetzen, vorausgesetzt, es gelingt ihm, z. B. durch Zeugenaussagen zu beweisen, daß die Nachbildung seinem Werk gleicht oder in den wesentlichen Zügen ähnelt; vgl. den Fall des LG Dresden GRUR 1930, 818. *Plett*, Urheberschaft, Miturheberschaft und wissenschaftliches Gemeinschaftswerk, 1984, S. 130.

125 Problem des Rechtsgegenstandes, s. *Hubmann/Rehbinder*, S. 22.

126 *Kamlah/Lorenzen*, a. a. O., Fn. 119, S. 132 ff.; v. *Kutschera*, a. a. O., Fn. 91, S. 27 f., 175 f.; *Haberstumpf*, a. a. O., Fn. 97, S. 24, 25.

127 S. vor allem *Margolis*, a. a. O., Fn. 114, S. 209 ff.; *Wollheim*, a. a. O., Fn. 114, S. 77 ff.; *Haberstumpf*, FS zum 100jährigen Bestehen der Dt. Vereinigung für gewerblichen Rechtsschutz und Urheberrecht, Bd. II, 1991, S. 1128 ff.

128 Z. B. *Möhring/Nicolini*, § 2 Anm. 6a, cc; v. *Gamm*, § 2 Rz. 5.

129 Insoweit erscheint es gerechtfertigt, die künstlerischen Werke als Einheit von Form und Inhalt zu betrachten, s. *Ulmer*, S. 120.

kommenden Sachgehalt (Handlungsablauf bei einem Kriminalroman), dem Wortverlauf (bei Gedichten) oder aus beidem ergeben. Bei den künstlerischen Nichtsprachwerken wird der ästhetische Gehalt möglicherweise auch durch die materielle Beschaffenheit der Werkstücke, z. B. durch den Untergrund bei Gemälden oder durch die Herstellungsweise der Farben, wesentlich mitgeprägt. Die dadurch bedingten Modifikationen und Schwierigkeiten bei der Bestimmung der Identität dieser Werke müssen im folgenden außer Betracht bleiben.

e) Konsequenzen für den Schutzzumfang

Ist die aus seinen Vorkommnissen abstrahierbare Bedeutung der Gegenstand des urheberrechtlichen Sprachwerkschutzes, dann wird **vom Schutz alles umfaßt, was zur Bedeutung des Textes gehört**, für den der Urheber die Rechte des Gesetzes in Anspruch nimmt. Ihm sind danach kraft seines Urheberrechts alle Formen der Darstellung (1) und (2) vorbehalten, die dieselbe oder in den wesentlichen Zügen (§§ 3, 23, UrhG)¹³⁰ dieselbe Bedeutung haben wie der von ihm geschaffene Text. 49

Umgekehrt ist alles, worauf zwar ein bestimmtes Werk beruhen mag oder was in einem Zusammenhang mit der Schöpfung eines Werkes steht, aber nicht zu dessen Bedeutung gehört, vom Urheberrecht nicht erfaßt. Außersprachliche Gegenstände (Personen, Sachen, Zeitabschnitte), auf die der Schöpfer Bezug nimmt, indem er sie beschreibt, sind folglich nicht geschützt; sie können unbeschadet des Urheberrechts an der Beschreibung anderweitig beschrieben werden. Verschiedene wissenschaftliche Autoren sind somit ohne weiteres in der Lage, sich denselben Forschungsgegenständen zu widmen, ohne fremde Urheberrechte zu tangieren, es sei denn, sie treffen darüber identische oder wesentlich identische Aussagen. Werden in einem geschützten Sprachwerk Verfahren, Methoden, Stilrichtungen beschrieben oder Handlungsanweisungen gegeben, dann hat der Urheber kraft seiner verwertungsrechtlichen Befugnisse kein Recht, anderen das Handeln nach diesen Verfahren, Methoden oder Anweisungen und die Verwertung der dabei erzielbaren Ergebnisse zu verbieten. Sein Urheberrecht bezieht sich nur auf die Verfahrensbeschreibung, die aber in der Ausführung der Handlungsanweisung und den daraus resultierenden Ergebnissen nicht wiederkehrt¹³¹. Die hier vertretene Ansicht erklärt den allgemein akzeptierten Grundsatz, daß der Gedankeninhalt, über den ein Sprachwerk selbst nichts aussagt, auch nicht vom urheberrechtlichen Schutz umfaßt wird, weil dieser außerhalb des Werkes (= Bedeutung) steht¹³². Hat ein wissenschaftlicher Autor sich von einer bestimmten Konzeption leiten lassen

¹³⁰ *Ulmer*, S. 225; siehe auch *Troller*, CR 1987, 353.

¹³¹ BGH GRUR 1985, 131 – Elektrodenfabrik; *Ulmer*, S. 224 f., 140; v. *Gamm*, BauR 1982, 100; *D. Reimer*, GRUR 1980, 580–582; *Haberstumpf*, a. a. O., Fn. 97, S. 19 f.; *ders.*, UFITA 95 (1983), 241; *Moser*, a. a. O., Fn. 112, S. 267 ff.

¹³² RG GRUR 1934, 378 – Taylorix-System; BGH GRUR 1959, 251 – Einheitsfahr-schein; BGH GRUR 1963, 634 – Rechenschieber. Vgl. auch *Troller*, CR 1987, 279.

oder stellt er Erkenntnisse dar, die er aufgrund einer bestimmten Methode gewonnen hat, ohne die Konzeption oder Methode in seinem Werk zu beschreiben, so hindert folglich sein Urheberrecht andere Wissenschaftler nicht, die Konzeption oder Methode zum Gegenstand einer Abhandlung zu machen oder gleichfalls danach zu handeln¹³³.

- 50 Für den **Software-Schutz** gilt nichts anderes. Auch hier ist für die **Bestimmung des Schutzgegenstandes und -umfanges** entscheidend, welche Bedeutung das Produkt, für das der Software-Hersteller Urheberrechtsschutz begehrt, besitzt, was in der Praxis ohne allzu große Schwierigkeiten feststellbar ist, weil die Bedeutung der verwandten Zeichen und Worttypen ziemlich präzise festliegt. Der Schutz für ein Computerprogramm bezieht sich somit genau auf die Informationen, die seine Niederschrift, z. B. als Quellprogramm, beinhaltet, nämlich die Beschreibung der Daten und ihrer Anordnung, die Beschreibung der Verarbeitungsprozeduren, sowie etwaige Dialog- und Wartungsinformationen (s. o. Rz. 17). Es ist folglich ohne weiteres möglich, dieselbe Aufgabe mit denselben Ergebnissen durch verschiedene, jeweils geschützte Programme zu lösen, weil in der Regel viele Lösungswege und damit verschiedene Beschreibungen von Lösungswegen offenstehen¹³⁴. Außerhalb des Software-Schutzes bleiben die bei der Programmentwicklung verwendeten Methoden des Software-Engineering, es sei denn, der Programmenschöpfer hat solche Methoden erst selbständig entwickelt und gesondert, etwa im Entwurfsmaterial dargestellt; dann kann er, Individualität vorausgesetzt, aber wiederum nur einer identischen oder wesentlich identischen Beschreibung seiner Methode, nicht aber ihrer Anwendung durch andere entgegenreten. Der Programmschutz umfaßt ferner nicht die Nutzung des Computerprogramms im Programmablauf selbst, weil auch hier nicht das Programm reproduziert, sondern etwas anderes geschaffen wird (s. u. Rz. 125). Eine Ausnahme hierzu bilden nur die „echten Software-Generatorprogramme“ (s. o. Rz. 34), die sich beim Lauf teilweise selbst reproduzieren.

f) Form und Inhalt

- 51 Die hier vertretene Interpretation des Werkbegriffs macht die in der urheberrechtlichen Literatur und Rechtsprechung vieldiskutierte **Unterscheidung zwischen Form und Inhalt des Werkes entbehrlich**, wodurch eine Reihe von Scheinproblemen vermieden werden. Es kann nämlich keine Rede davon sein, daß beide Begriffe auch nur annähernd übereinstimmend verwendet werden oder daß über ihre Bedeutung Konsens herrscht. In der philosophischen Ästhetik werden z. B. bis zu neun verschiedene Verwendungsweisen des Begriffs-paars „Form-Inhalt“ unterschieden¹³⁵. Besonders die Ausführungen des BGH zum Werkbegriff lassen völlig im Dunkeln, was unter Form und Inhalt ver-

133 S. *Ulmer*, Der Urheberschutz wissenschaftlicher Werke unter besonderer Berücksichtigung der Programme elektronischer Rechenanlagen, 1967, S. 19.

134 *Kolle*, GRUR 1982, 453; *Ulmer/Kolle*, GRUR Int. 1982, 495; *Wittmer*, S. 114 ff.

135 *Ingarden*, Erlebnis, Kunstwerk und Wert, 1969, S. 36 ff.

standen werden soll, so daß seine Rechtsprechung zu erheblichen Mißdeutungen führen muß und damit eine große Rechtsunsicherheit heraufbeschwört. Wenn der BGH nämlich wissenschaftliche Werke nicht in ihrem Inhalt, sondern nur in ihrer Form schützen will¹³⁶, kann er nicht die Formen der Darstellung (1) und (2) gemeint haben, weil sonst ein Sprachwerkurheber nicht gegen die unautorisierte Verwertung einer Übersetzung seines Werkes einschreiten könnte; diese weist ja einen vom Originaltext gänzlich verschiedenen Wortverlauf auf. Dies stünde auch in Widerspruch zu der im Fall „Inkassoprogramm“ getroffenen Feststellung, daß die generelle Problemlösung das eigentliche Programmwerk sei und die nachfolgenden Entwicklungsstufen als deren abhängige Bearbeitung bzw. unfreie Benützung zu beurteilen seien¹³⁷. Es ist daher wahrscheinlich, daß der BGH das Sprachwerk, wie hier, als den konkreten, aus den Formen der Darstellung (1) und (2) abstrahierbaren, geistigen Gehalt (Bedeutung) auffaßt¹³⁸.

Dann setzt sich aber der BGH in einen logischen Widerspruch zu seiner Behauptung, der Inhalt wissenschaftlicher Werke sei frei. In der traditionellen Bildungssprache wird nämlich der Inhalt eines Textes überwiegend mit seiner Bedeutung gleichgesetzt¹³⁹. Da der den Inhalt ausdrückende Wortverlauf nicht der urheberrechtliche Schutzgegenstand sein kann, wird jeder Leser, der die Entscheidungen des BGH in diesem Sinn interpretiert, zu dem Schluß kommen müssen, daß wissenschaftliche oder technische Werke überhaupt nicht geschützt sind. Diese absurde Konsequenz hat der BGH sicherlich nicht gewollt. Also muß angenommen werden, daß er den Ausdruck „Inhalt“ in einer vom üblichen Verständnis abweichenden Weise verwendet, ohne allerdings klarzustellen, in welcher. Diese **terminologischen Unklarheiten und Mehrdeutigkeiten**, von denen auch die Instanzgerichte und das Schrifttum in unterschiedlichem Maße infiziert sind¹⁴⁰, lassen es geraten erscheinen, auf die Unterscheidung zwischen Form und Inhalt auch bei der Beurteilung wissenschaftlicher und technischer Werke gänzlich zu verzichten¹⁴¹. Dies gilt ebenso für die genausowenig klar faßbare „innere Form“¹⁴².

136 So ausdrücklich BGH GRUR 1979, 464 f. – Flughafenpläne; BGH GRUR 1984, 660 – Ausschreibungsunterlagen.

137 BGH CR 1985, 31 – Inkassoprogramm; s. auch *Herberger*, IuR 1986, 235; *Hubmann/Preuß*, MittHV 1986, 32 f.

138 So jetzt deutlicher BGH CR 1991, 85 – Betriebssystem.

139 *Kamlah/Lorenzen*, a. a. O., Fn. 119, S. 130 f.

140 Vgl. den detaillierten Überblick bei *Preuß*, a. a. O., Fn. 68, S. 157 ff.

141 Der BGH scheint geneigt zu sein, sich ebenfalls von dieser Unterscheidung distanzieren zu wollen, s. *Erdmann*, CR 1986, 253 (*Erdmann* ist Mitglied des für Urheberrechtssachen zuständigen Senats). Ebenso *Ulmer/Kolle*, GRUR Int. 1982, 497; *Loewenheim*, ZUM 1985, 29; *Schricker*, FS zum 100jährigen Bestehen der Dt. Vereinigung für gewerblichen Rechtsschutz und Urheberrecht, Bd. II, 1991, S. 1112; *Hubmann/Rehbinder*, S. 29 f.

142 Zur Irrelevanz der inneren Form vgl. *Haberstumpf*, a. a. O., Fn. 97, S. 59 ff.; *Moser*, a. a. O., Fn. 112, S. 214.

- 53 Wird die Frage nach der Schutzzfähigkeit dieser Werke relevant, ist demnach allein maßgeblich, welche Bedeutung sich aus der jeweiligen Gestaltung abstrahieren läßt, für die der Urheber Schutz begehrt. Der sich so ergebende geistige Gehalt ist dann darauf zu überprüfen, ob er als Ganzer oder in Teilen individuell im Sinne von § 2 Abs. 2 UrhG ist; im letzteren Fall bezieht sich das Urheberrecht auf die individuellen Bedeutungsbestandteile. An die Stelle der Unterscheidung zwischen Form und Inhalt hat entsprechend der These *Ulmers*¹⁴³ die Unterscheidung zwischen den individuellen Zügen des Werkes und dem in ihm enthaltenen Allgemein- bzw. Fremdgut zu treten.

g) Idee und Ausdruck

- 54 Mit dem Begriffspaar **Form-Inhalt darf nicht die Unterscheidung zwischen geschütztem Ausdruck und ungeschützter Idee verwechselt werden**, die der Gesetzgeber in § 69a Abs. 2 UrhG eingeführt hat. Der Urheberrechtsschutz gilt für jede Ausdrucksform eines Computerprogramms. Ideen und Grundsätze, die einem Element eines Computerprogramms zugrundeliegen, einschließlich der den Schnittstellen zugrundeliegenden Ideen und Grundsätze, sind nicht geschützt. Diese Formulierung geht auf Art. 1 Abs. 2 der Richtlinie zurück, der das Schutzobjekt in der deutschen Fassung mit „Ausdrucksformen von Computerprogrammen“ und in der englischen Originalfassung mit „expression in any form of a computer program“ umschreibt. Die Richtlinie greift damit eine aus dem anglo-amerikanischen Urheberrecht geläufige Unterscheidung auf; danach schützt das Urheberrecht nur den Ausdruck von Ideen und Prinzipien („expression of ideas and principles“), nicht aber die zugrundeliegenden Ideen und Grundsätze („ideas and principles which underlie any element of a program“)¹⁴⁴. Wegen dieses Ursprung ist es zweckmäßig, zunächst einen Blick auf die US-amerikanische Rechtsprechung zu werfen, die sich bereits mehrfach in Software-Verletzungsfällen mit dieser Abgrenzung zu befassen hatte und sehr anschaulich die Schwierigkeiten illustriert, die nach der Umsetzung der Richtlinie auch auf die deutschen Gerichte zukommen werden. Eine Regelung, wie Ausdruck und Idee voneinander zu scheiden sind, enthält die Urheberrechtsnovelle ebensowenig wie die Richtlinie.
- 55 aa) Auf der Grundlage der Entscheidung *Whelan vs. Jaslow*¹⁴⁵ zieht die **Rechtsprechung in den USA** die Trennlinie zwischen Idee und Ausdruck wie folgt:

¹⁴³ *Ulmer*, S. 122; ihm folgend *Hubmann/Rehbinder*, S. 26 f.; ebenso *Loewenheim*, ZUM 1985, 29.

¹⁴⁴ Erwägungsgründe 13 bis 15 aus der englischen Fassung der Richtlinie.

¹⁴⁵ US Court of Appeals for the 3rd Circuit, CR 1987, 843 mit Anm. von *Knospe*, GRUR Int. 1987, 805 ff. Ebenso US District Court N. D. California, in Sachen *Broderbund vs. Unison*, CR 1989, 402 ff. Vgl. auch *Oman*, GRUR Int. 1988, 472 ff.; *ders.*, GRUR Int. 1992, 887 ff.; *Wiebe*, S. 111 ff. Kritisch dazu Eastern District Court of New York in Sachen *Computer Associates International Inc. vs. Altai Inc.* CR 1992, 463; *Meyer/Hayes*, Mitt. 1993, 82 ff.

Idee eines funktionalen Werkes ist der Zweck oder die Funktion, das es erfüllen soll; alles übrige, also die Struktur, Abfolge und Organisation eines Programms ist schützbarer Ausdruck, vorausgesetzt, dieser folgt nicht notwendig aus dem Zweck oder der Funktion des Programms. Die Struktur und Organisation ist folglich dann schützenswert, wenn der gewünschte Zweck auf einer Vielzahl unterschiedlicher Wege erreicht werden kann. Diese Einschränkung ist eine Konsequenz aus der sog. Merger-Doktrin, die besagt, daß Idee und Ausdruck miteinander verschmelzen, wenn nur wenige oder keine anderen Möglichkeiten des Ausdrucks einer Idee existieren. Werden auf diese Weise Idee und Ausdruck ununterscheidbar, dann würde der Schutz des Ausdrucks dem Urheberrechtsinhaber ein Monopol auf seine Idee verleihen¹⁴⁶.

Diese Abgrenzung kann zumindest für das deutsche Recht nicht befriedigen. 56
Zwar ist zweifellos richtig, daß der **urheberrechtliche Schutz für Programme in keinem Fall deren Funktion oder Zweck umfaßt**. Jedes Computerprogramm enthält nämlich u. a. eine Beschreibung des Lösungsweges zur Erfüllung einer Aufgabe, die in ihm jedoch nicht ausgedrückt wird (s. o. Rz. 49 f.). Insoweit stellt der Ausschluß der Funktion vom Rechtsschutz eine bloße Trivialität dar und verfehlt den Sinn der intendierten Trennung, den auch die EG-Richtlinie vor Augen hat. Dieser besteht vielmehr darin, im Interesse des wissenschaftlichen, technischen und wirtschaftlichen Fortschritts die von vorneherein schutzunfähigen Elemente herauszulösen, und zwar unabhängig davon, ob sie individuell sind oder nicht. Wenn eine vorgegebene Aufgabenstellung aus betriebswirtschaftlichen, technischen oder sonstigen Gründen den Programmierer im Einzelfall ausnahmsweise dazu zwingt, nur ganz bestimmte Befehle und Befehlsfolgen zu wählen, dann besteht kein gestalterischer Spielraum, so daß mangels Individualität ein geschütztes Werk nicht entstehen kann (s. u. Rz. 92). Zur Begründung dieses Ergebnisses bedarf es eines Rückgriffs auf die Merger-Doktrin nicht. Die Grenzlinie zwischen geschütztem Ausdruck und freien Ideen oder Grundsätzen ist daher auf einer anderen Ebene zu ziehen.

bb) **Ausgangspunkt** für die gesuchte Abgrenzung ist der **Begriff des Ausdrucks**. 57
Als relative Begriffe sind nämlich die „Ideen und Grundsätze“ nach der Formulierung von § 69a Abs. 2 UrhG mittels des Wortes „zugrundeliegend“ auf die „Ausdrucksformen eines Computerprogramms“ bezogen. Da das Urheberrecht immer nur konkreter Werkschutz ist, kann die geschützte „Ausdrucksform“ wiederum nur das Ergebnis einer menschlichen Äußerungshandlung sein, die im Falle eines Sprachwerkes eine phonetische oder graphische Zeichenfolge ist und eine bestimmte Bedeutung hat (s. o. Rz. 44 ff.). Wie ausgeführt, läßt sich der urheberrechtliche Sprachwerkschutz unter Ausblendung der Bedeutung nicht auf die reine graphische oder phonetische Erscheinungsweise reduzieren, weil der Urheber sonst z. B. gegen die unautorisierte Übersetzung seines Werkes schutzlos wäre (s. o. Rz. 51). Also ist die geschützte

¹⁴⁶ S. *Fetterman*, *Intellectual Property Law Review* 1988, 402; vgl. auch US District Court N. D. California, in Sachen *NEC vs. Intel*, GRUR Int. 1990, 397 m. w. N.

Ausdrucksform eines Programms das in ihm konkret Ausgedrückte, die Bedeutung des Werkes, die bei wissenschaftlichen oder technischen Werken mit ihrem Inhalt zusammenfällt (s. o. Rz. 47). Die Rechtsprechung in den USA hat daher auch für den Programmschutz klargestellt, daß sich dieser nicht auf die bloße Übernahme des Programmcodes¹⁴⁷ beschränkt, sondern auch die Struktur und Organisation umfaßt. Um dies besser herauszustellen und deutlich zu machen, daß die in § 69a Abs.2 UrhG getroffene Unterscheidung nicht mit der zwischen Form und Inhalt identisch ist, wird daher im folgenden statt des Begriffs „Ausdrucksform“ entsprechend der Formulierung im englischen Richtlinienentwurf der Begriff „Ausdruck“ verwandt.

Der konkreten Aussage eines Programmwerkes können Ideen oder Grundsätze in zweierlei Weise zugrundeliegen; beides muß streng auseinander gehalten werden. In dem einen Fall läßt der Urheber sich von ihnen bei der Erstellung seines Werkes leiten, ohne sie dort zum Ausdruck zu bringen; im anderen Fall werden sie dagegen im Werk selbst zur Sprache gebracht¹⁴⁸.

- 58 cc) **Beispiele für den ersten Fall sind Verarbeitungstechniken**, z. B. die Verfahren, Methoden und Prinzipien des Software Engineering, Stilrichtungen, ferner Konzeptionen und Gesichtspunkte, nach denen ein Urheber die Auswahl, Sammlung oder Anordnung vorhandenen Stoffs trifft¹⁴⁹, ohne sie in dem Werk zu beschreiben. Da diese Grundsätze, Ideen, Methoden, Konzeptionen nicht dem konkreten Ausdruck des Werkes angehören, werden sie folglich in keinem Fall vom Urheberrechtsschutz für dieses Werk umfaßt, und zwar unabhängig davon, ob sie in verschiedener Weise angewendet werden können oder nicht. Die Vervielfältigung oder öffentliche Wiedergabe des Werkes reproduziert die ihm in diesem Sinne zugrundeliegenden Ideen und Grundsätze nicht¹⁵⁰.
- 59 dd) Sofern in einem Werk Ideen oder Grundsätze zur Sprache gebracht werden, können sie in einem weiten oder engen Sinn ausgedrückt sein. **Im engen Sinne werden sie ausgedrückt, wenn das Werk die Idee oder den Grundsatz formuliert**, sie also konkret beinhaltet. Hier verschmelzen Idee und Ausdruck. Das für den Software-Schutz typische Beispiel ist der Implementationsalgorithmus. Als konkreter Ausdruck oder Inhalt eines Sprachwerkes kann die darin formulierte Idee nicht vom Sprachwerkschutz generell ausgenommen werden; jede Vervielfältigung oder öffentliche Wiedergabe reproduziert sie. In diesem Bereich kann die Frage nur lauten, ob bestimmte Arten von Ideen oder Grundsätzen aus übergeordneten Interessen dem Schutz entzogen werden

147 *Fettermann*, Intellectual Property Law Review 1988, 402; US District Court C. D. California, in Sachen Apple Computer vs. Formula International; hierzu *Bauer*, GRUR Int. 1984, 141 ff. Ferner US Court of Appeals für the 3rd Circuit in Sachen Whelan vs. Jaslow, CR 1987, 845, Davon geht auch die EG-Richtlinie aus, s. *Czar-nota/Hart*, a. a. O., Fn. 41, S. 36.

148 *Haberstumpf*, GRUR 1986, 225 ff.

149 So die Konzeption im Fall „Monumenta Germaniae Historica“, BGH GRUR 1980, 231, und „Fragensammlung“, BGH GRUR 1981, 522.

150 Vgl. *Haberstumpf*, GRUR 1986, 226.

sollen, was vor allem für wissenschaftliche Lehren, Theorien und Erkenntnisse diskutiert wird. Wie nachfolgend näher ausgeführt wird (Rz. 63 ff.), ist diese Frage zu verneinen.

Im weiten Sinne werden Ideen oder Grundsätze in einem Sprachwerk ausgedrückt, wenn sie **als allgemeine Gedanken vom Werkschöpfer zur Vorlage benutzt wurden**, um sie für die verfolgten spezifischen Zwecke zu konkretisieren, oder wenn sie nachträglich aus dem Werk rekonstruiert werden. Das Standardbeispiel für den Software-Schutz ist der Entwurfsalgorithmus, der allein oder zusammen mit anderen allgemeinen Algorithmen im Programm konkretisiert wird. Als weiteres Beispiel kann die im Fall „Flughafenpläne“¹⁵¹ fragliche Konzeption gelten, die den Plänen des dortigen Klägers zugrundelag. Der Vergleich seiner Pläne mit denen der dortigen Beklagten zeigt, daß sie verschiedene Inhalte hatten, weil der dargestellte Gegenstand, geplanter Großflughafen München II, jeweils anders beschrieben wurde. Aus beiden Plänen war nur der gemeinsame Grundgedanke rekonstruierbar, die Abfertigungsgebäude quer zu den Pisten anzuordnen, sie durch Umfassungsstraßen zu erschließen und ein unterirdisches Massenverkehrsmittel in die Mitte des Komplexes einzuführen. Diese Idee war in beiden Plänen im weiten Sinne ausgedrückt und wurde von den Parteien in unterschiedlicher Weise konkretisiert.

Diese Fallgruppe ist der **eigentliche Anwendungsbereich** für die Differenzierung zwischen geschütztem Ausdruck und freier Idee. Es wird klar, warum eine befriedigende Abgrenzung auf große Schwierigkeiten stoßen muß. Was nämlich in bezug auf einen konkreten Ausdruck zugrundeliegende Idee im weiten Sinne ist, kann unmittelbarer Inhalt eines anderen Werkes sein, das sie formuliert und fällt hinsichtlich dieses Werkes in dessen Schutzzumfang. Der Autor eines Lehrbuchs der Informatik, der einen neuartigen und individuellen Entwurfsalgorithmus darstellt, muß kraft seines Urheberrechts die rechtliche Möglichkeit besitzen, anderen den identischen oder wesentlich identischen Nachdruck auch des Teils des Lehrbuchs zu verbieten, der den Algorithmus enthält. Andererseits darf seine Rechtsmacht nicht so weit gehen, alle Konkretisierungen seines Entwurfsalgorithmus kontrollieren zu können. Ebenso muß der Schöpfer eines Computerprogramms das Recht haben, gegen die Verwertung von Programmen einzuschreiten, die seinen von ihm entwickelten und individuellen Implementationsalgorithmus identisch oder wesentlich identisch beinhalten. Andererseits darf ihm im Interesse des wissenschaftlichen Fortschritts nicht gestattet sein, alle Verallgemeinerungen seiner konkreten Verfahrensbeschreibung zu monopolisieren.

Wo die **jeweilige Grenzlinie zu ziehen ist, ist anhand der Umstände des Einzelfalls zu entscheiden**, wobei der Vorschrift des § 24 UrhG die maßgebliche Rolle zukommt¹⁵². § 24 UrhG, der gemäß § 69a Abs. 4 UrhG auch auf

¹⁵¹ BGH GRUR 1979, 464 ff.

¹⁵² Eine direkt vergleichbare Vorschrift fehlt im Urheberrecht der USA, so daß auch deshalb die in der dortigen Rechtsprechung entwickelten Grundsätze nicht ohne

Computerprogramme anwendbar bleibt, dient dem Interesse des Fortschritts von Kunst und Wissenschaft. Er besitzt die nötige Flexibilität, um im Einzelfall die Bedürfnisse der Allgemeinheit am technischen Fortschritt auf dem Gebiet der Software-Entwicklung und an der Aufrechterhaltung eines funktionierenden Wettbewerbs gegenüber den Interessen der Software-Urheber, vor der Ausbeutung ihrer Werke geschützt zu werden, adäquat abzuwägen. Ausgangspunkt für die Abgrenzung ist immer das konkrete Werk, für das der Schöpfer um Rechtsschutz nachsucht. Dessen konkreter Werkinhalt und Individualität bestimmen den Schutzzumfang. Handelt es sich um ein Werk, das eine Idee oder einen Grundsatz unmittelbar ausdrückt, so erstreckt sich der Schutz auch auf solche Konkretisierungen, die bloße Bearbeitungen oder andere Umgestaltungen nach § 23 UrhG sind, bei denen die entnommenen Züge des benutzten Werkes noch nicht verblassen¹⁵³ (näher unten Rz. 141, 144). Gleiches gilt, wenn aus einem Werk die zugrundeliegenden allgemeineren Grundsätze herausgelöst und in einem anderen Sprachwerk dargestellt werden. Diese Frage ist z. B. für die Zulässigkeit der Verwertung von Materialien wichtig, die beim Reverse Engineering eines fremden Objektprogramms entstehen (s. u. Rz. 166 ff.).

h) Die These von der Freiheit wissenschaftlicher oder technischer Lehren und ihre Folgen

- 63 Eine **wissenschaftliche oder technische Lehre**, Erkenntnis oder Theorie ist die **Bedeutung eines Textes**, wenn der Autor in diesem Text die Lehre, Erkenntnis oder Theorie im engen Sinne zum Ausdruck bringt¹⁵⁴. Beispiele hierfür sind die Arbeit eines Historikers, der einen bestimmten Zeitabschnitt beschreibt¹⁵⁵, oder die Abhandlung eines Logikers, der erstmals einen bekannten

weiteres auf das deutsche Recht übertragbar sind. Vgl. auch Grünbuch der EG-Kommission über Urheberrecht und die technologische Herausforderung, KOM (88) 172 endg., Ziff. 5.5.12 und *Czarnota/Hart*, a. a. O., Fn. 41, S. 36 f. sowie Eastern District Court of New York in Sachen *Computer Associates International Inc. vs. Altai Inc.*, CR 1992, 463 f.

153 *Schricker/Loewenheim*, § 24 Rz. 9–12.

154 *Hubmann*, Das Recht des schöpferischen Geistes, 1954, S. 19 ff. und *ders.*, UFITA 24 (1957), 7 f., sowie *Troller*, UFITA 50 (1967), 392 f., 400 f., und *ders.*, CR 1987, 216, deuten davon abweichend Erkenntnisse als ideal, unabhängig von der sprachlichen Erfassung durch den Menschen existierende Wesenheiten, die als solche frei seien. Schutzfähig könnten nur die menschlichen Bewußtseinsinhalte sein, mit denen der menschliche Geist in sprachlicher Auseinandersetzung den Bereich des idealen Seins zu erschließen sucht. Diese Unterscheidung bleibt für die hier diskutierte These des BGH folgenlos (*Herberger*, JuR 1986, 235 und *Haberstumpf*, GRUR 1986, 229), weil der BGH gerade Erkenntnissen als menschlichen Bewußtseinsinhalten (= Bedeutungen wissenschaftlicher Texte) die Schutzfähigkeit abspricht; so ganz deutlich in GRUR 1984, 660 f. – Ausschreibungsunterlagen.

155 S. Urteil des OLG Frankfurt GRUR 1990, 126 – Unternehmen Tannenbergl, ausführlich besprochen in *Haberstumpf*, UFITA 96 (1983), 41 ff.

Lehrsatz beweist¹⁵⁶. Die Mehrzahl der wissenschaftlichen Werke beinhaltet aber nicht nur Erkenntnisse, Lehren und Theorien, sondern enthält auch eine Begründung dafür, warum der Autor seine eigene Lehre oder fremde Erkenntnisse für zutreffend hält, oder den Versuch, andere Theorien zu widerlegen, oder stellt überhaupt erst eine wissenschaftliche Fragestellung zur Diskussion. Präsentiert ein Forscher eine Theorie zusammen mit einer Begründung, Widerlegung oder Fragestellung, macht erstere nur einen Teil der Bedeutung des fraglichen Textes aus. Dieser Fall ist auch bei den Computerprogrammen gegeben, weil zumindest umfangreichere Programme neben der Beschreibung der Arbeitsprozeduren (Implementationsalgorithmus) auch eine Beschreibung der Daten und ihrer Anordnung sowie weitere Zusatzinformationen enthalten (s. o. Rz. 17).

Als konkrete Bedeutungen oder Teilbedeutungen wissenschaftlicher oder technischer Texte sind somit **Theorien und Erkenntnisse**, Individualität vorausgesetzt, **vom urheberrechtlichen Sprachwerkschutz umfaßt**. Geht man dagegen von der Rechtsprechung des BGH aus, wonach wissenschaftliches oder technisches Gedankengut weder zur Begründung der Schutzfähigkeit dieser Werke herangezogen werden kann noch dem Schutz unterliegt¹⁵⁷, bleiben Texte, die Erkenntnisse allein oder im Zusammenhang mit Begründungen, Widerlegungen oder einer Fragestellung präsentieren, als Ganzes oder in Teilen schutzlos. Die Formen der Darstellung (1) und (2) können nicht zur Begründung der Schutzfähigkeit herangezogen werden, weil das darin ausgedrückte Sprachwerk eine Abstraktion davon ist und weil jeder Wissenschaftler, der nicht ausnahmsweise gleichzeitig ein sprachliches Kunstwerk schaffen will, aus dem ihm vorgegebenen Repertoire seiner Fachsprache oder Kunstsprache die Sprachzeichen so auswählt und anordnet, damit sein Text möglichst genau die von ihm gefundene Erkenntnis bedeutet.

Genauso wählt jeder Programmierer bei der Kodierung des Quellenprogramms die Zeichen der verwendeten Programmiersprache so aus und ordnet sie so an, daß sie insgesamt den Lösungsweg beschreiben, den er unter den gegebenen Rahmenbedingungen (Aufgabe, Datenverarbeitungsanlage, Programmiersprache, zur Verfügung stehende Zeit, Zahl der Mitarbeiter usw.) für den optimalen hält. Für die Schutzfähigkeit der Programme bedeutet der Ausschluß der wissenschaftlichen Lehre einschließlich der Algorithmen, daß die erforderliche Individualität nur bei den Programmteilen zu suchen ist, die nicht die Verarbeitungsprozeduren (Implementationsalgorithmus) beschreiben, und daß das Urheberrecht nur diese Teile schützt. **Ohne die Einbezie-**

¹⁵⁶ Vgl. *Haberstumpf*, a. a. O., Fn. 97, S. 3 unter Hinweis auf den berühmt gewordenen Beweis der Vollständigkeit der Prädikatenlogik durch *Gödel*, Monatshefte für Mathematik und Physik, Bd. 37 (1930), 349–360.

¹⁵⁷ BGH GRUR 1979, 465 – Flughafenpläne; BGH GRUR 1984, 660 – Ausschreibungsunterlagen; BGH CR 1985, 30 – Inkassoprogramm; OLG Karlsruhe GRUR 1983, 306.

hung des Herzstücks eines jeden Programms, des Algorithmus¹⁵⁸, ist der vom Gesetzgeber gewollte **Urheberrechtsschutz für Computerprogramme nur sehr unvollständig erreichbar**¹⁵⁹.

66 Eine Zeitlang wurde die **Qualität eines Programms** in erster Linie danach gemessen, ob es möglichst wenig Arbeitsspeicherplatz beansprucht (Effizienz), ob es fehlerfrei ist und die zur Lösung der Aufgabe erforderlichen Funktionen vollständig enthält. Neben diesen Anforderungen, die, was die Effizienz betrifft, wegen der gesteigerten Speicherplatzkapazitäten und Verarbeitungsgeschwindigkeiten moderner Datenverarbeitungsanlagen teilweise in den Hintergrund getreten sind, haben sich Software-Produkte heutzutage weiteren Qualitätskriterien zu stellen:

- leichte Bedienbarkeit
- leichte Änderbarkeit und Erweiterungsfähigkeit
- Wartungsfreundlichkeit und
- Übertragbarkeit auf andere Anlagen und Betriebssysteme¹⁶⁰.

Um auch diesen Anforderungen zu entsprechen, enthalten daher zumindest größere Programme Zusatzinformationen zum Dialog mit dem Benutzer und zur Wartung und Weiterentwicklung. Diese Zusatzinformationen werden nun nicht beziehungslos der Darstellung der Daten und der Verarbeitungsprozeduren angefügt. Vielmehr muß der bereits im Lösungsweg beschriebene Algorithmus all den genannten Qualitätsanforderungen, die sich zum Teil widersprechen¹⁶¹, genügen und sie in ein optimales Verhältnis zueinander bringen. Daraus folgt, daß der entwickelte Algorithmus die Benutzer- und Wartungsinformationen notwendig mitprägt, weil es – zumindest auch – vom Lösungsweg abhängt, an welchen Stellen diese Informationen auftauchen, welchen Inhalt sie haben, d. h. welche Auswahlmöglichkeiten bestehen, welche Fehlersituationen auftreten, wie Fehler korrigiert werden können usw. Analoges läßt sich für die Auswahl der Daten und ihre Strukturierung sagen. Sofern die Auswahl und Anordnung der Daten nicht durch rechtliche, betriebswirtschaftliche oder sonstige Gründe vorgegeben ist wie z. B. im Fall „Inkassoprogramm“¹⁶², sind die Implementation eines Algorithmus und die

158 Vgl. anschaulich OLG Frankfurt CR 1986, 19 ff. – Baustatikprogramme, wo die Urheberrechtsverletzung ausschließlich damit begründet wurde, daß die Verarbeitungsteile der strittigen Programme weitgehend identisch waren. Ihm insoweit folgend jetzt auch BGH CR 1991, 85 – Betriebssystem. S. auch *Betten*, Mitt. 1984, 207.

159 Näher *Haberstumpf*, GRUR 1986, 227 f.; zustimmend *Harte-Bavendamm*, Computerrechtshandbuch, 54 Rz. 18.

160 *Wolters*, a. a. O., Fn. 61, S. 33; *Kolle*, GRUR 1982, 453.

161 Z. B. möglichst geringe Arbeitszeit und Speicherplatzausnutzung gegenüber möglichst großer Übersichtlichkeit; s. *Wolters*, a. a. O., Fn. 61, S. 34.

162 OLG Karlsruhe GRUR 1983, 307; BGH CR 1985, 31 – Inkassoprogramm; vgl. auch *Brandi-Dohm*, GRUR 1985, 183.

Strukturierung der Daten untrennbar ineinandergreifende Tätigkeiten¹⁶³. Sofern hier also überhaupt Raum zur Entfaltung von Individualität für einen Programmierer bleibt, macht auch hier der von ihm entworfene Algorithmus seinen Einfluß geltend. Bei konsequenter Anwendung der These von der Freiheit der Algorithmen ist man folglich gezwungen, aus den Programmteilen, die nicht die Arbeitsprozeduren beschreiben, die mitprägenden algorithmischen Lösungselemente herauszulösen, falls dies überhaupt möglich ist, und den Rest auf den geforderten Eigentümlichkeitsgrad zu untersuchen. Daß nach einer solchen Prozedur für einen nennenswerten Schutz von Software-Produkten noch etwas übrigbleibt, ist kaum zu erwarten.

i) Die Unbegründbarkeit der These von der Freiheit wissenschaftlicher oder technischer Lehren und Erkenntnisse

Angesichts der weitreichenden Konsequenzen, zu denen die diskutierte These führt, stellt sich die Frage nach ihrer **Rechtfertigung**. Die Auffassung von der Freiheit der Erkenntnisse im Urheberrecht kann nur dann akzeptiert werden, wenn hierfür ganz überragende Gründe ins Feld geführt werden können. Die vorgebrachten Argumente überzeugen nicht. 67

aa) Neue wissenschaftliche oder technische Erkenntnisse sind nicht in der Natur vorgegeben. Es gibt keine mechanisch anwendbare Verfahren und Methoden zur Gewinnung von Hypothesen und Theorien. Auch empirische Theorien sind nicht bloß Annahmen über die Welt, die aufgrund der vorgegebenen Bedeutung ihrer Ausdrücke wahr oder falsch sind, sondern legen gleichzeitig die Bedeutung der in ihnen vorkommenden Terme fest¹⁶⁴. Das Begriffnetz einer Theorie, das diese Naturdeutung enthält, ist daher immun gegen Falsifikation durch Beobachtung und Experiment. Die Änderung des einer Theorie zugrundeliegenden Deutungsschemas wird nicht durch Erfahrung notwendig, sondern z. B. dadurch motiviert, daß die bisher verwendete Sprache eine zu geringe Ausdrucksfähigkeit besitzt, daß die Umdeutung gewisser Ausdrücke ihr eine größere Fruchtbarkeit in der Naturbeschreibung verleiht, es erlaubt, allgemeine Gesetze einfacher zu formulieren usw.¹⁶⁵. Die **wissenschaftliche Arbeit** einschließlich des Entwurfs von Algorithmen ist deshalb grundsätzlich eine **schöpferische Tätigkeit**, die Phantasie und Scharfsinn voraussetzt¹⁶⁶. 68

¹⁶³ S. o. Rz. 25 und *Wirth*, a. a. O., Fn 75, S. 7.

¹⁶⁴ *Popper*, Logik der Forschung, 6. Aufl. 1976, S. 3–5, 31, 71, 378; *Albert*, Traktat über kritische Vernunft, 3. Aufl. 1975, S. 27; *Essler*, Wissenschaftstheorie II, 1971, S. 9.

¹⁶⁵ v. *Kutschera*, a. a. O., Fn. 91, S. 117.

¹⁶⁶ *Hempel*, Philosophie der Naturwissenschaften, 1974, S. 27 f.; v. *Kutschera*, a. a. O., Fn. 91, S. 337 ff.; *Kuhn*, Die Struktur wissenschaftlicher Revolutionen, 2. Aufl. 1976, S. 18 f., 89; *Goodman*, Weisen der Welterzeugung, 1990, S. 14 ff., 114 ff.; *Plander*, UFITA 76 (1976), 25, 41 ff.; *Plett*, a. a. O., Fn. 124, S. 76 ff.; *Moser*, a. a. O., Fn. 112, S. 252; *Altenpohl*, Der urheberrechtliche Schutz von Forschungsergebnissen, 1987, S. 115 ff.; *Hubmann/Rehbinder*, S. 27. Zu den Algorithmen: *Goldschlager/Lister*, S. 22; *Troller*, CR 1987, 283.

- 69 bb) Das vom BGH in den Entscheidungen „Flughafenpläne“ und „Ausschreibungsunterlagen“ hervorgehobene Argument, die **Abgrenzung zu den technischen Schutzrechten** erfordere, daß das wissenschaftliche oder technische Gedankengut nicht Gegenstand des Urheberrechts sei, kann nur auf Unverständnis stoßen, wenn man die große Masse von Werken betrachtet, in denen reine Erkenntnisse präsentiert werden, ohne sie in Handlungsanweisungen zur Beherrschung der Naturkräfte umzumünzen. Für reine wissenschaftliche Erkenntnisse, die weder patent- noch gebrauchsmusterfähig sind (§§ 1 Abs. 2 Nr. 1, Abs. 3 PatG, 1 Abs. 2 Nr. 1, Abs. 3 GebrMG), ist eine Überschneidung der Schutzrechtssysteme nicht einmal theoretisch denkbar.
- 70 Eine Kollision könnte nur dann auftreten, wenn ein Sprachwerk Anweisungen zum technischen Handeln, also eine technische Lehre, enthält. Aber auch dort sind **Urheberrecht und technische Schutzrechte miteinander verträglich**, weil sie jeweils Schutz gegen verschiedene Handlungen gewähren. Das Urheberrecht an einer Patentschrift, das allerdings nur bis zu ihrer Veröffentlichung relevant ist, weil sie danach zu einem amtlichen Werk nach § 5 UrhG wird¹⁶⁷, bewahrt den Erfinder der in ihr dargestellten technischen Lehre davor, daß sie in identischer oder wesentlich identischer Bedeutung vervielfältigt, verbreitet und öffentlich wiedergegeben wird. Das Patentrecht weist dagegen dem Erfinder die Anwendung des technischen Verfahrens und die mit ihrer Hilfe erzielbaren Erzeugnisse ausschließlich zu (vgl. § 9 PatG)¹⁶⁸. In der Entscheidung „Betriebssystem“ hat der BGH dies inzwischen auch anerkannt¹⁶⁹.
- 71 Daß trotz dieser klaren Abgrenzbarkeit der beiden Schutzrechtssysteme bei Computerprogrammen Bereichsüberschneidungen dann vorkommen können, wenn der im Programm beschriebene Algorithmus ausnahmsweise eine Lehre zum technischen Handeln beinhaltet¹⁷⁰, stellt ein **Sonderproblem** dar, weil Computerprogramme im Unterschied zu den bislang vorkommenden technischen Werken nicht nur Sprachwerke sind, sondern gleichzeitig als Steuerungsmittel für eine Maschine fungieren. Diese Sonderproblematik ist auf der Rechtsfolgenseite bei der Frage, wie weit das Vervielfältigungsrecht des Programmschöpfers reicht, zu berücksichtigen (s. u. Rz. 125)¹⁷¹.
- 72 cc) Das allenthalben am zugkräftigsten erachtete Argument¹⁷², im Interesse des Fortschritts müßten Erkenntnisse und Lehren frei sein, um ihre **Monopo-**

167 *Schricker/Katzenberger*, § 5 Rz. 25, 46 m. w. N.

168 S. *Hubmann*, Gewerblicher Rechtsschutz, 4. Aufl. 1981, S. 139; zur Verträglichkeit der Schutzsysteme vgl. auch *Kolle*, GRUR 1982, 450; *Ulmer/Kolle*, GRUR Int. 1982, 492; *Buchmüller*, a. a. O., Fn. 65, S. 41 f.; *Altenpohl*, a. a. O., Fn. 166, S. 156 ff.; a. A. *Ensthaler*, GRUR 1991, 882.

169 BGH CR 1991, 82 – Betriebssystem.

170 S. unten die Beiträge von *Kraßer*, IV, V.

171 So auch BGH CR 1991, 86 – Betriebssystem.

172 Z. B. BGH CR 1985, 31 – Inkassoprogramm; *Schricker/Loewenheim*, § 2 Rz. 30, 31; *Loewenheim*, ZUM 1985, 29; *Erdmann*, CR 1986, 253; *Plander*, UFITA 76 (1976), 25, 31.

lisierung in der Hand ihrer Schöpfer zu verhindern, steht und fällt mit der implizit vorausgesetzten Prämisse, daß das Urheberrecht Lehren und Erkenntnisse derart monopolisiert, daß ihre Diskussion, Überprüfung und Weiterentwicklung unmöglich ist oder unangemessen erschwert wird. Genau dies ist jedoch nicht der Fall.

Durch eine ökonomische Analyse der **Theorie der Property Rights** hat *Lehmann*¹⁷³ überzeugend dargelegt, daß durch die Gewährung von ausschließlichen Monopolrechten, z. B. Eigentums-, Patent- und Urheberrecht, zwar partikuläre Wettbewerbsbeschränkungen eintreten, daß aber dafür auf einer höheren Stufe wirtschaftlich relevanter Tätigkeit ein funktionsfähiger Wettbewerb zum Nutzen aller initiiert und erhalten wird. Genausowenig bedeutet die Zubilligung eines urheberrechtlichen Ausschließlichkeitsrechts für Erkenntnisse ohne weiteres, daß die wissenschaftliche Auseinandersetzung fortschrittshemmend eingeschränkt wird. Die Allgemeinheit ist an einem Fortschreiten von Wissenschaft und Technik zur Verbesserung der menschlichen Lebensbedingungen interessiert. Fortschritt findet aber nur statt, wenn wissenschaftliches oder technisches Gedankengut nicht bloß wiedergegeben, sondern weiterentwickelt wird. Das Allgemeininteresse deckt sich somit mit dem Interesse des Urhebers, vor einer beliebigen Ausbeutung und Aneignung seiner Erkenntnisse und Lehren durch andere geschützt zu werden¹⁷⁴. Wenn nun das Urheberrecht eine solche Ausbeutung verhindert, unterstützt es wirksam das Bestreben anderer Forscher, eigene Gedanken zu entwickeln¹⁷⁵, und fördert so auf einer höheren Stufe zum Nutzen aller den Wettbewerb der Ideen und Gedanken.

Ob sich die Gefahr einer fortschrittshemmenden Behinderung der wissenschaftlichen Auseinandersetzung realisiert, ist folglich nicht automatisches Resultat der Gewährung von Ausschließlichkeitsrechten für Erkenntnisse und Lehren, sondern hängt davon ab, wie diese Rechte im einzelnen ausgestaltet sind und welchen Umfang sie haben¹⁷⁶. Ein Blick in das UrhG wird davon überzeugen, daß der Gesetzgeber diese **Interessenlage** durchaus erkannt und angemessen abgewogen hat¹⁷⁷. Es gibt nur drei Möglichkeiten, Erkenntnisse, Begründungen, Widerlegungen und Fragestellungen als Bedeutungen oder Teilbedeutungen wissenschaftlicher oder technischer Texte zu übernehmen: wörtlich, mit anderen Worten unter Aufrechterhaltung der Bedeutung oder

173 GRUR Int. 1983, 356 ff.; *ders.* in der Voraufgabe dieses Bandes I Rz. 5.

174 *Hubmann/Rehbinder*, S. 36 ff., 166.

175 *Haberstumpf*, UFITA 95 (1983), 242; *Altenpohl*, a. a. O., Fn. 166, S. 200.

176 *Lehmann*, GRUR Int. 1983, 362; so auch *Heymann*, CR 1990, 14.

177 Vgl. im einzelnen *Haberstumpf*, a. a. O., Fn. 97, S. 78 ff.; *ders.*, GRUR 1986, 232 ff.; *Preuß*, a. a. O., Fn. 68, S. 213 ff.; *Buchmüller*, a. a. O., Fn. 65, S. 49 ff. und sehr ausführlich *Altenpohl*, a. a. O., Fn. 166, S. 194 ff., 275. Zustimmung *Harte-Bavendamm*, Computerrechtshandbuch, 54 Rz. 18; *Rauber*, Der urheberrechtliche Schutz von Computerprogrammen, 1988, S. 77, 238 ff. Dies wird von *Ensthaler*, GRUR 1991, 882 verkannt, weshalb seine Argumentation von unzutreffenden Prämissen ausgeht.

indem sie modifiziert werden. Jede dieser drei Möglichkeiten muß im Interesse wissenschaftlicher Auseinandersetzung möglich sein. Das Urheberrecht verhindert dies auch nicht.

- 74 Das Interesse eines Forschers an der **wortgleichen Übernahme** der Inhalte fremder Arbeiten wird durch die §§ 51 Nr. 1 und 2 und 53 Abs. 2 Nr. 1 UrhG befriedigt. Durch die enge Fassung der Vorschriften über die Zitierfreiheit und die Beschränkung der Vervielfältigungsmöglichkeit auf nur wenige Exemplare (bis zu 7 Stück¹⁷⁸) wird sichergestellt, daß die wortgleiche Übernahme fremden Gedankenguts nicht zu einer Ausbeutung fremder Werke führt.
- 75 Die **bedeutungsgleiche Übernahme fremder Gedanken** unter Veränderung des Wortverlaufes oder ihre Modifikation ist unter den Voraussetzungen des § 24 UrhG erlaubt. Durch die Vorschrift über die freie Benutzung wird einerseits gewährleistet, daß jeder auf fremden Erkenntnissen und Lehren aufbauen darf, andererseits verhindert, daß eine unerwünschte Ausbeutung erfolgt, weil der Benutzende eigene schöpferische Gedanken entwickeln muß, die die Individualität der bedeutungsgleich oder modifiziert verwendeten Teile in den Hintergrund treten lassen. Aus den §§ 51 Nr. 1 und 2, 53 Abs. 2 Nr. 1 UrhG kann die Wertung des Gesetzgebers entnommen werden, daß die Belange der Wissenschaften gegenüber anderen dem Urheberinteresse entgegenstehenden Allgemeininteressen eine hervorgehobene Stellung einnehmen. Es ist daher der Schluß gerechtfertigt, daß bei der Benutzung fremden wissenschaftlichen Gedankenguts zu wissenschaftliche Zwecken der Spielraum für eine freie Benutzung größer ist als bei sonstigen Werken¹⁷⁹.

Darüber hinaus darf der Inhalt eines Werkes nach § 12 Abs. 2 UrhG mit anderen Worten öffentlich mitgeteilt oder beschrieben werden, wenn das Werk bereits veröffentlicht ist und seine Mitteilung die Lektüre nicht ersetzt.

- 76 dd) Die vorstehenden Überlegungen haben deutlich klargestellt, daß nicht nur keine Bedenken dagegen bestehen, Erkenntnisse und Lehren zur Begründung der Individualität wissenschaftlicher oder technischer Werke heranzuziehen und für schutzfähig zu erachten, sondern daß dies unbedingt geboten ist, um den Ausschluß dieser zweifellos schutzfähigen Werke aus dem Werkeverzeichnis des § 2 Abs. 1 UrhG zu vermeiden. Die Notwendigkeit, das Allgemeininteresse an möglichst ungehinderter wissenschaftlicher Auseinandersetzung angemessen zu berücksichtigen, stellt sich danach nicht als ein Problem des Werkbegriffes und des Schutzgegenstandes dar, sondern hat vielmehr die **Beschränkung der Befugnisse der Urheber** wissenschaftlicher oder technischer Werke¹⁸⁰ zur Folge, was der Gesetzgeber bereits in sein Regelungswerk einbezogen hat.

178 BGH GRUR 1978, 476 – Vervielfältigungsstücke.

179 Ulmer, S. 278; Hubmann/Rehbinder, S. 167; Hubmann, MittHV 1962, 151; Preuß, a. a. O., Fn. 68, S. 235 f.; LG München II UFITA 24 (1957), 271.

180 So vor allem Plander, UFITA 76 (1976), 54 ff., 69; er sieht allerdings zu Unrecht in Sprachwerken zur Sprache kommende Erkenntnisse nach ihrer Veröffentlichung nicht mehr als geschützt an. Ebenso Plett, a. a. O., Fn. 124, S. 99 ff.

Damit ist der Weg frei, Algorithmen in den Urheberrechtsschutz einzubeziehen¹⁸¹, vorausgesetzt, sie werden in einem Text als dessen Bedeutung oder Teilbedeutung im engen Sinne ausgedrückt (s. o. Rz. 59). **Individuelle Algorithmen sind daher schutzfähig**, ob sie als Bedeutungsbestandteil eines Quellenprogramms erscheinen, ob sie als generelle Problemlösung, die nach Ansicht des BGH – grundsätzlich mit Recht – das eigentliche Programmwerk darstellt¹⁸², im Grobentwurf präsentiert oder in noch allgemeinerer Form in einem Lehrbuch der Informatik dargestellt werden. Auch der Lehrbuchverfasser, der einen neuen individuellen Algorithmus erfunden und beschrieben hat, darf den Schutz des Urheberrechts in Anspruch nehmen und verhindern, daß dieser Teil seines Lehrbuchs ohne seine Zustimmung und ohne Quellenangabe wörtlich übernommen (§§ 51, 63 UrhG) oder sonstwie beliebig ausgebeutet wird. Durch das Urheberrecht werden auch Algorithmen sehr hoher Allgemeinheitsstufe nicht monopolisiert, weil diese eine Vielzahl von Wahl- und Entscheidungsmöglichkeiten zur Implementierung offen lassen¹⁸³. Deshalb wird die Implementierung von Algorithmen hoher Allgemeinheitsstufe in aller Regel als freie Benutzung nach § 24 UrhG angesehen werden können¹⁸⁴.

Die hier vertretene Auffassung zwingt nicht zu einem radikalen Umdenken in der Urheberrechtsdoktrin, sondern bedeutet in Wahrheit nur die Rückkehr zu der vor der Entscheidung des BGH „Flughafenpläne“ herrschenden und bewährten Spruchpraxis, nach der immer schon inhaltliche Elemente, d. h. wissenschaftliches oder technisches Gedankengut, sofern es in einem Werk seinen Ausdruck fand, zur Begründung der Schutzfähigkeit herangezogen wurden¹⁸⁵. Die Interessen wissenschaftlicher Autoren auf Anerkennung ihrer Persönlichkeitsrechte im Hinblick auf den Inhalt ihrer Arbeiten bleiben durch die §§ 12 bis 14 UrhG gewahrt¹⁸⁶. Um diese Bedürfnisse, die seit langem als berechtigt anerkannt sind¹⁸⁷, zu befriedigen, ist ein Rückgriff auf das allgemeine Persönlichkeitsrecht nicht nötig. Dementsprechend steht die im Schrifttum herrschende Meinung auf dem Standpunkt, daß auch algorithmische

181 *Betten*, Mitt. 1984, 207; *Buchmüller*, a. a. O., Fn. 65, S. 59, 64; *Haberstumpf*, UFITA 95 (1983), 221 ff.; *ders.*, GRUR 1986, 227 ff.; *Herberger*, IuR 1986, 235; *Troller*, CR 1987, 283, 358; *Preuß*, a. a. O., Fn. 68, S. 187 ff., 238; *Heymann*, CR 1990, 15 f.; *Rauber*, a. a. O., Fn. 177, S. 260.

182 BGH CR 1985, 31 – Inkassoprogramm; vgl. auch *Buchmüller*, a. a. O., Fn. 65, S. 59.

183 So die Aussage des Sachverständigen im Urteil des OLG Frankfurt CR 1986, 21 re. Spalte – Baustatikprogramme. So jetzt auch BGH CR 1991, 85 – Betriebssystem; *Preuß*, a. a. O., Fn. 68, S. 232 ff.; *Haberstumpf*, GRUR 1986, 233; *Heymann*, CR 1990, 16; Grünbuch der EG-Kommission über Urheberrecht und die technologische Herausforderung, KOM (88) 172 endg., Ziff. 5.5.12.

184 *Ulmer/Kolle*, GRUR Int. 1982, 497; *Preuß*, a. a. O., Fn. 68, S. 236; *Haberstumpf*, UFITA 95 (1983), 244.

185 *D. Reimer*, GRUR 1980, 572 ff.; *Haberstumpf*, a. a. O., Fn. 127, S. 1146 ff.; *Kindermann*, ZUM 1987, 227; *Buchmüller*, a. a. O., Fn. 65, S. 36 ff.; *Schricker*, a. a. O., Fn. 141, S. 1112 f.

186 Näher *Plander*, UFITA 76 (1976), 55–58.

187 *Engel*, GRUR 1982, 707 ff. m. w. N.

Lösungselemente in ihrer konkreten Ausgestaltung und Verschmelzung im Computerprogramm, also der Implementationsalgorithmus, für sein individuelles Gepräge mitbestimmend und daher vom Schutz mitumfaßt sind¹⁸⁸. Wenn der BGH sich im Fall „Betriebssystem“ dieser Literaturansicht neuerdings¹⁸⁹ angeschlossen hat, so stellt dies einen bemerkenswerten Schritt in die richtige Richtung und eine **deutliche Abkehr von den Auffassungen dar, die noch im Urteil „Inkassoprogramm“ vertreten wurden**. Dort wurde nämlich das Berufungsurteil u. a. deshalb aufgehoben, weil es sich bei der Begründung der Schutzfähigkeit im wesentlichen auf eine Beschreibung der Arbeitsvorgänge beschränkt habe, die einem inhaltlichen Schutz nicht zugänglich seien¹⁹⁰.

2. Individualität

a) Der schöpferische Eigentümlichkeitsgrad in der Rechtsprechung des BGH

- 79 Die neu geschaffene Vorschrift des § 69a Abs. 3 UrhG – wörtlich übernommen aus Art. 1 Abs. 3 der Richtlinie – enthält zur Beschreibung der Schutzvoraussetzungen nahezu dieselben Begriffe wie § 2 Abs. 2 UrhG. Damit ist sachlich nichts anderes gemeint als das, was nach traditionellem Urheberrechtsverständnis mit Individualität bezeichnet wird¹⁹¹; einfache, gerade noch individuelle Werke, die sog. kleine Münze, waren dadurch in den Schutzbereich des UrhG einbezogen¹⁹². Die Gesetzeslage in Deutschland hätte daher eine Umsetzung von Art. 1 Abs. 3 der Richtlinie nicht erfordert. Nötig wurde sie nur deshalb, weil der BGH in Abkehr von der überkommenen Praxis seit der Entscheidung „Ausschreibungsunterlagen“¹⁹³ bei wissenschaftlichen und technischen Werken über bloße Individualität hinaus zusätzliche Anforderungen für den Schutzerwerb, nämlich ein gesteigertes Maß an Individualität, stellte. Die Gesetzesänderung bedeutet folglich nur die **Rückkehr zu der vorherigen bewährten Praxis**¹⁹⁴, deren Grundsätze ohne weiteres anwendbar bleiben.

188 *Ulmer*, a. a. O., Fn. 133, S. 15 f.; *Ulmer/Kolle*, GRUR Int. 1982, 497; *Kolle*, GRUR 1982, 454 f.; *Sieber*, BB 1983, 980; *Loewenheim*, ZUM 1985, 29 f.; *Schricker/Loewenheim*, § 2 Rz. 78; *Hubmann/Preuß*, MittHV 1986, 33 f.; *Köhler*, S. 47 f., 52 f.; *Katzenberger*, Naturwissenschaften 1975, 557; *Harte-Bavendamm*, Computerrechtshandbuch, 54 Rz. 18. Worin sich der (freie) „Algorithmus als solcher“ von seiner (geschützten) „Verschmelzung im Programm“ unterscheidet, wird allerdings verschwiegen.

189 BGH CR 1991, 85 – Betriebssystem.

190 BGH CR 1985, 31 – Inkassoprogramm.

191 *Erdmann/Bornkamm*, GRUR 1991, 878.

192 Begründung zum UrhG 1965, BT-Drucks. IV/270, S. 38.

193 BGH GRUR 1984, 661; noch dezidiierter im Urteil CR 1985, 31 – Inkassoprogramm; GRUR 1986, 741 – Anwaltsschriftsatz; GRUR 1987, 704, 706 – Warenzeichenlexika; CR 1991, 83 – Betriebssystem.

194 Begründung des Regierungsentwurfs zur Novelle 1992, BT-Drucks. 12/4022, S. 9; *Erdmann/Bornkamm*, GRUR 1991, 878 f.

aa) Sofern man nach den Ausführungen des BGH den auf der ersten Stufe anzustellenden **Gesamtvergleich mit den vorbestehenden Gestaltungen** als Vergleich mit anderen auf dem betreffenden Gebiet existierenden Werken auffaßt¹⁹⁵, werden sowohl der Urheber bei der Darlegung wie auch der Richter bei der Feststellung der Schutzzfähigkeit 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“¹⁹⁶ 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 aber dem Anspruchsteller in der Regel gar nicht zugänglich, wie der BGH in seinem Revisionsurteil¹⁹⁷ dem OLG Hamm völlig zu Recht entgegenhält. Dieser müßte nämlich die üblicherweise nur im Objektcode vorliegende Software anderer Hersteller erwerben und dann mittels Dekompilierung (s. u. Rz. 167, 173) 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 und zurückübersetzten Programme zu verletzen; die rückwärtige Analyse fremder Programme zum Zweck der Vorbereitung und Durchführung eines Prozesses gehört nämlich normalerweise nicht zu den von §§ 69d Abs. 3 und 69e UrhG (Art. 5 Abs. 3, 6 der Richtlinie) erlaubten Dekompilierungsfällen (s. u. Rz. 170). Ganz unmöglich ist der postulierte Gesamtvergleich, wenn das fragliche Werk eine Neuentwicklung auf einem Gebiet ist, auf dem sich noch keine vergleichbaren Gestaltungen herausgebildet haben.

Der geforderte **Gesamtvergleich** ist nicht nur schwierig durchzuführen und stößt auf rechtliche Bedenken, er ist vor allem **überflüssig**. Die Betriebssystem-Entscheidung macht dies ganz deutlich, auch wenn der BGH dort verbal an diesem Erfordernis festhält. Der BGH führt nämlich aus, daß die nach Maßgabe des Gesamtvergleiches festgestellten schöpferischen Eigenheiten dem durchschnittlichen Schaffen bei der Programmerstellung gegenüberzustellen seien. Die für die Urheberrechtsschutzfähigkeit hinreichende Gestaltungshöhe werde erst erreicht, wenn das alltägliche, durchschnittliche Pro-

¹⁹⁵ So BGH CR 1985, 32 – Inkassoprogramm, wo bemängelt wird, daß das Berufungsgericht ungeklärt ließ, worin sich das fragliche Inkasso-Programm von vorhandenen Inkasso-Programmen abhebt.

¹⁹⁶ OLG Hamm CR 1989, 594.

¹⁹⁷ BGH CR 1991, 84 – Betriebssystem.

grammierschaffen, das auf einer mehr oder weniger routinemäßigen, handwerksmäßigen, mechanisch-technischen Aneinanderreihung und Zusammenfügung des Materials beruhe, deutlich überstiegen werde. Mit dieser Umschreibung des durchschnittlichen Programmierschaffens wird in der urheberrechtlichen Terminologie¹⁹⁸ der Bereich des Nichtindividuellen, Schutzunfähigen 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.

- 82) Ob der Werkschöpfer den schutzunfähigen Bereich verlassen und eine individuelle Leistung erbracht hat, richtet sich nach überkommener Auffassung danach, ob ihm auf seinem Schaffensgebiet ein ausreichender Gestaltungsspielraum offenstand und ob er ihn auch tatsächlich genutzt hat (s. u. Rz. 86 f.). Genauso geht der BGH in der Betriebssystem-Entscheidung vor, indem er es zur schlüssigen Darlegung der urheberrechtlichen Schutzfähigkeit genügen läßt, daß der Anspruchsteller auf die bei der Entwicklung 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 und ähnlichen Werken kommt es dagegen **erst auf Einwand des Verletzters**, wenn er sich damit verteidigt, die Schutzfähigkeit entfalle oder sei eingeschränkt, weil der Urheber auf vorbekanntes Formengut zurückgegriffen habe; in diesem Falle ist es seine Sache, die Gestaltung des Vorbekannten darzulegen und zu beweisen¹⁹⁹.
- 83) bb) Der BGH ist eine nähere Begründung für das von ihm gesetzte hohe Schutzniveau bislang schuldig geblieben. In der Betriebssystem-Entscheidung führt er statt dessen aus, es handele sich um eine an der üblichen urheberrechtlichen Diktion ausgerichtete Formulierung, die die allgemeinen Grundsätze auf Datenverarbeitungsprogramme übertrage²⁰⁰. Dies ist unkorrekt. Das Gericht nimmt zum Beleg für diese Behauptung nur auf einige Entscheidungen neueren Datums zum Schriftwerkschutz²⁰¹ bezug, in denen in der Tat ein besonderer Grad an Individualität verlangt wurde, und unterschlägt dabei aber die über

198 S. z. B. *Schricker/Loewenheim*, § 2 Rz. 12.

199 BGH CR 1991, 84 – Betriebssystem; BGH GRUR 1981, 822 – Stahlrohrstuhl II.

200 BGH CR 1991, 84; ebenso *Erdmann/Bornkamm*, GRUR 1991, 878.

201 BGH GRUR 1984, 661 – Ausschreibungsunterlagen; GRUR 1986, 741 – Anwaltschriftsatz; GRUR 1987, 706 – Warenzeichenlexika. Ebenso jetzt MDR 1992, 659 f. – Bedienungsanweisung.

100jährige Tradition in der höchstrichterlichen Rechtsprechung²⁰², die gerade für diese Werke stets einfache Individualität ausreichen ließ. Die unterschiedliche Behandlung von Darstellungen wissenschaftlicher und technischer Art nach § 2 Abs. 1 Nr. 7 UrhG, an die in einigen neueren Entscheidungen²⁰³ erheblich niedrigere Anforderungen gestellt wurden, versucht der BGH damit zu rechtfertigen, daß die Zweckbestimmung der Darstellungen im Unterschied zu Computerprogrammen und anderen Schriftwerken wenig Raum für eine individuelle Gestaltung lasse. Eine grundsätzlich **unterschiedliche Behandlung der Darstellungen** nach § 2 Abs. 1 Nr. 7 **und wissenschaftlich-technischer Schriftwerke** nach § 2 Abs. 1 Nr. 1 UrhG ist jedoch nicht vertretbar²⁰⁴.

Das UrhG von 1965 hat durch die Zusammenfassung des LUG und KUG und durch die Nennung der materiellen Schutzvoraussetzungen in § 2 Abs. 2 einen **einheitlichen Werkbegriff** geschaffen, der es grundsätzlich verbietet, die Schutzwürdigkeit der unter das Gesetz fallenden Werke an verschieden hohen Maßstäben zu messen²⁰⁵. Nachdem nun aber die höchstrichterliche Rechtsprechung seit der Entscheidung vom 10. 6. 1911²⁰⁶ bei den Werken der angewandten Kunst traditionell höhere Anforderungen an die Schutzfähigkeit stellt, um eine Abgrenzung zum Geschmacksmustergesetz 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“ eingeschlagen²⁰⁷. 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 ist²⁰⁸, fiel aus dem Regelungsbereich des UrhG heraus. Die Verwertungsgesellschaften wären vor praktisch

202 Z. B. RGSt. 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; GRUR 1932, 743; GRUR 1933, 425; GRUR 1943/44, 357; BGH GRUR 1956, 88 – Bebauungsplan; GRUR 1980, 231 – Monumenta Germaniae Historica; GRUR 1981, 353 – Staatsexamensarbeit; GRUR 1981, 521 – Fragensammlung.

203 BGH GRUR 1987, 361 – Werbepläne; GRUR 1988, 35 – Topographische Landeskarten; GRUR 1991, 530 – Explosionszeichnungen.

204 So auch *Harte-Bavendamm*, Computerrechtshandbuch, 54 Rz. 20; *Moritz/Tybussek*, Rz. 188 ff.

205 *Fromm/Nordemann*, § 2 Rz. 20; *Schulze*, a. a. O., Fn. 109, S. 68, m. w. N.

206 RGZ 76, 339 ff. – Schulfraktur.

207 S. ganz deutlich *Erdmann*, CR 1986, 254.

208 BT-Drucks. IV/270, S. 38. Vgl. auch *Schricker/Loewenheim*, § 2 Rz. 19.

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 Abs. 2 UrhG²⁰⁹ geltend machen²¹⁰? 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 ist²¹¹. 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 werden²¹². 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 Abs. 2 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 Schwäche der Vorlage die Benutzung gemäß § 24 UrhG erleichtert²¹³. 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 Werke, 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 Originalwerk, 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 Werkes gewinnt so eine Monopolstellung, mit deren Hilfe er schöpferische Weiterentwicklungen seines Werkes meist verbieten kann²¹⁴.

- 85 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 werden²¹⁵.

209 Verteilungspläne Wissenschaft in der Fassung vom 10. 1. 1987: § 9 Abs. 3.

210 Treffend *Kindermann*, ZUM 1987, 227.

211 Z. B. BGH ZUM 1986, 50 und 55 – GEMA-Vermutung I und II.

212 *Schulze*, CR 1986, 784.

213 *Schricker/Loewenheim*, § 24 Rz. 9 m. w. N. aus der Rechtsprechung.

214 *Preuß*, a. a. O., Fn. 68, S. 270 ff.

215 So *Schulze*, ZUM 1989, 60; *ders.*, GRUR 1987, 777.

Abgesehen davon, daß dementsprechende Aktivitäten des Gesetzgebers zumindest auf absehbare 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 werden²¹⁶. Hinzu kommt, daß sich auf diese Weise eine deutliche Diskrepanz zur Rechtslage im Ausland aufzutut, 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 bereitstünden²¹⁷. 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.

b) Individualität nach traditioneller Auffassung

In Übereinstimmung mit der herrschenden Meinung im Schrifttum²¹⁸ sah auch die höchstrichterliche Spruchpraxis²¹⁹ das entscheidende Kriterium zur Abgrenzung der geschützten Werke von den ungeschützten darin, daß das Werk die **Individualität des Schöpfers** zum Ausdruck bringen muß. Unter Individualität wird allgemein dasjenige verstanden, was der Urheber neben dem verarbeiteten Allgemein- und Fremdgut von sich aus, aus seinen persönlichen Anlagen und Fähigkeiten, dem Werk hinzugibt. Der Grad der Individualität kann von verschiedener Stärke sein, je nachdem in welchem Umfang sich der Schöpfer an Vorgegebenem orientiert oder Eigenes schafft. Nach bislang absolut herrschender Praxis reichte es aus, daß überhaupt etwas Individuelles zum Ausdruck gebracht wird, so daß auch Individualitäten auf bescheidenem Niveau, die „kleine Münze“²²⁰ urheberrechtlichen Schaffens, dem Urheberrechtsschutz unterstellt wurden. Ob ein bestimmtes Werk überhaupt Individualität aufweist, kann man vergleichsweise einfach und sicher durch eine negative Abgrenzung gegenüber dem Nichtindividuellen feststellen. Individualität fehlt, wenn ausschließlich vorgegebenes Allgemein- und

²¹⁶ So aber *Schulze*, ZUM 1989, 61; dagegen *Schricker/Schricker*, Einl. Rz. 30; *Loewenheim*, GRUR 1987, 764 f.

²¹⁷ *Schricker/Schricker*, Einl. Rz. 30; *Loewenheim*, GRUR 1987, 768; *Erdmann/Bornkamm*, GRUR 1991, 880.

²¹⁸ Z. B. *Fromm/Nordemann*, § 2 Rz. 18, 23; *Hubmann/Rehbinder*, S. 28 ff.; *Ulmer*, S. 132 ff.

²¹⁹ Z. B. BGHZ 9, 268 f. – Lied der Wildbahn I; sowie die Nachweise unter Fn. 202.

²²⁰ Zur kleinen Münze *Hubmann/Rehbinder*, S. 30, 87 m. w. N. aus der Rechtsprechung und *Ulmer*, S. 133, 136. Gegen den Schutz der kleinen Münze haben sich ausgesprochen *Thoms*, Der urheberrechtliche Schutz der kleinen Münze, 1980, S. 260 ff. und *Schulze*, a. a. O., Fn. 109, S. 136 ff.

Fremdgut nach bekannten und bereits entwickelten Gesichtspunkten, Methoden oder Konzeptionen verarbeitet werden, so daß jeder Verfasser – von Fehlern abgesehen – im wesentlichen das Gleiche geschaffen hätte²²¹. Läßt sich dies für ein bestimmtes Werk ausschließen, steht fest, daß der Schöpfer etwas von sich hinzugegeben hat, wobei offen bleiben kann, ob das von ihm Stammende einen größeren oder geringeren Umfang einnimmt. Diese Abgrenzung kann in den meisten Fällen auch ein Richter im Prozeß ohne Einholung eines Sachverständigengutachtens vornehmen, weil er, sofern das Werk nicht mit ganz speziellen wissenschaftlichen oder technischen Problemen befaßt ist, aufgrund seiner allgemeinen und beruflichen Bildung gewöhnlich in der Lage ist zu beurteilen, ob ausschließlich Allgemeingut nach vorgegebenen Gesichtspunkten, Methoden oder Konzeptionen verarbeitet wurde²²².

- 87 Zu dieser Rechtsprechung, die **schlichte Individualität** genügen läßt, ist nicht nur für den Bereich der Computerprogrammierung gemäß § 69a Abs. 3 UrhG, sondern auch für das literarische Schaffen auf dem Gebiet von Wissenschaft und Technik zurückzukehren. Sie vermeidet die oben geschilderten Schwierigkeiten. Sie begründet, warum dem Schöpfer ein ausschließliches Recht an seinem Werk zuzuweisen ist, weil er etwas Eigenes, mag es auch im Einzelfall von geringem Umfang sein, geschaffen hat, das dank seiner Individualität aus der Masse des Alltäglichen herausragt. Die Zulassung auch schlichter Individualitäten behindert den Fortschritt von Kultur und Wissenschaften nicht, weil das Mehr an Urheberrecht durch die leichtere Benutzbarkeit nach § 24 UrhG ausgeglichen wird. Die Rechtsprechung des BGH zur Verteilung der Behauptungs- und Beweislast im Urheberrechtsprozeß²²³ und zur GEMA-Vermutung²²⁴ ergibt nur vor dem Hintergrund der traditionellen Auffassung einen Sinn. Für die Individualität eines im Prozeß vorgelegten Werkes spricht nämlich eine tatsächliche Vermutung, wenn dem Schöpfer auf seinem Schaffensgebiet ein ausreichend großer Gestaltungsspielraum zur Verfügung stand²²⁵. Ist der Urheber selbst bei vorgegebenem Stoff (Forschungsgegenstand, literarische Fabel, Motiv eines Werkes der bildenden Kunst) mangels verbindlicher Verarbeitungsmethoden nicht auf ein bestimmtes Ergebnis festgelegt, bleibt ihm nichts anderes übrig, als die gegebenen Spielräume auch tatsächlich zu nutzen, um überhaupt ein Ergebnis zu erzielen. Diese Vermu-

221 RGZ 108, 65; RG GRUR 1943/44, 358 – Gewehrreinigungshölzer; *Fromm/Nordemann*, § 2 Rz. 19; *Köhler*, S. 53, 61; *Kolle*, GRUR 1982, 453; *Ulmer/Kolle*, GRUR Int. 1982, 495; *Loewenheim*, ZUM 1985, 27; *Nordemann*, ZUM 1985, 14; *Schricker*, a. a. O., Fn. 109, S. 218.

222 Beispielhaft hierfür BGH GRUR 1980, 231 – Monumenta Germaniae Historica. Die Entscheidung fand einhelligen Beifall: *Haberstumpf*, a. a. O., Fn. 97, S. 39 f.; *Rojahn*, GRUR 1984, 662; *Schulze*, a. a. O., Fn. 109, S. 256. Ebenso BGH GRUR 1981, 522 – Fragensammlung.

223 BGH GRUR 1981, 822 – Stahlrohrstuhl II.

224 S. o. Fn. 211.

225 *Fromm/Nordemann* § 2 Rz. 22; *Sieber*, BB 1983, 981. So jetzt auch *Erdmann/Bornkamm*, GRUR 1991, 879.

tung kann ein wegen Urheberrechtsverletzung in Anspruch Genommener widerlegen, indem er darlegt und gegebenenfalls beweist, daß der Urheber den Spielraum ausnahmsweise nicht durch eine eigene Schöpfung, sondern durch eine unfreie Übernahme fremder Gestaltungen ausgefüllt hat.

c) Individualität von Software-Produkten

An die Individualität von Software-Produkten sind **keine anderen Anforderungen** zu stellen. Ebenso wenig wie es nach dem eindeutigen Willen des deutschen Gesetzgebers und der Richtlinie gestattet ist, über den mit dem Begriff der einfachen Individualität beschriebenen Mindeststandard hinauszugehen, ist ein Absenken der Schutzvoraussetzungen unter dieses Niveau gerechtfertigt. Für letzteres könnte zwar die Begründung in dem ursprünglichen Kommissionsentwurf vom 5. Jan. 1989 sprechen. Dort wird der Begriff der Individualität eines Werkes dahingehend beschrieben, daß es nicht kopiert worden ist²²⁶. Dieser Formulierung lag noch das anglo-amerikanische Rechtsverständnis zugrunde, das die Schutzvoraussetzungen großzügiger handhabt als die kontinentaleuropäische Praxis²²⁷. Nicht kopiert ist beispielsweise ein Sachregister, das ein Assistent für das neue Lehrbuch seines Professors anfertigt, oder ein Adressenverzeichnis, das aufgrund eigener Erhebungen erstellt wurde. Individuelle Leistungen stellen derartige Arbeiten in der Regel nicht dar, weil die dafür erforderlichen Ordnungs- und Einteilungsgesichtspunkte vorbekannt und üblich sind²²⁸. Während des Gesetzgebungsverfahrens zum Erlaß der Richtlinie hat sich aber generell eine deutliche Verschiebung zugunsten des kontinentaleuropäischen Verständnisses ergeben²²⁹, die es verbietet, das deutsche Umsetzungsgesetz insoweit im Sinne der ursprünglichen Vorstellungen der Kommission auszulegen.

Obwohl die Entwicklung von Software durch eine Reihe von vorgegebenen technischen, organisatorischen oder sonstigen Bedingungen (Aufgabenstellung, Endziel, Datenverarbeitungsanlage, Programmiersprache, Methoden des Software Engineering usw.) beeinflusst wird, bilden diese Vorgegebenheiten nur den Rahmen, der eine Fülle von **Wahlmöglichkeiten** offenläßt²³⁰, so daß verschiedene Programmierer selbst bei gleicher Aufgabenstellung zu ganz unterschiedlichen Programmen gelangen werden²³¹; erst recht gilt dies, wenn der Programmschöpfer von einer selbst konzipierten Aufgabenstellung ausgeht.

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

227 *Lesshaft/Ulmer*, CR 1991, 524; *Dreier*, CR 1991, 578 Fn. 23.

228 *Haberstumpf*, a. a. O., Fn. 97, S. 35 ff.; *ders.*, a. a. O., Fn. 127, S. 1148 f.

229 *Lesshaft/Ulmer*, CR 1991, 524 f.; *Engel*, unten XVIII, Rz. 113.

230 *Köhler*, S. 65 ff.; 76 ff.; *Ulmer/Kolle*, GRUR Int. 1982, 495; *Kolle*, GRUR 1982, 453 f.; *Wittmer*, S. 114 ff.; *Haberstumpf*, GRUR 1982, 147; *Kindermann*, ZUM 1985, 8; *Nordemann*, ZUM 1985, 14; *Loewenheim*, ZUM 1985, 27; *Harte-Bavendamm*, Computerrechtshandbuch, 54 Rz. 17; *Lesshaft/Ulmer*, CR 1991, 522.

231 Dieser Umstand hat wesentliche Indizwirkung; a. A. aber BGH CR 1985, 31 und OLG Karlsruhe GRUR 1983, 306 – Inkassoprogramm, OLG Frankfurt GRUR 1983, 755 – Pengo; *Loewenheim*, ZUM 1985, 27; *Schricker/Loewenheim*, § 2 Rz. 81.

- 90 Bereits die **Vielfalt der Qualitätsanforderungen** an ein Software-Produkt, die zum Teil gegenläufig sind²³², zwingt den Programmierer dazu, sie nach Prioritäten zu gewichten und so in Einklang zu bringen, daß sie den Bedürfnissen der jeweiligen Aufgabe unter den gegebenen Rahmenbedingungen möglichst optimal gerecht werden. Das Schrifttum²³³ weist unter Bezugnahme auf das einhellige Urteil der Fachwelt zutreffend darauf hin, daß erhebliche Spielräume für individuelles Schaffen bei der Auswahl von Ein- und Ausgangsgrößen, bei der Auswahl, Anpassung, Abwandlung oder Neuentwicklung von Algorithmen²³⁴, bei der Strukturierung der Daten und der Formulierung der für die Nutzung, Wartung und Weiterentwicklung von Software nötigen und nützlichen Zusatzinformationen bestehen. Es ist anzumerken, daß auch die der „äußeren und inneren Form“ zugerechneten Spielräume²³⁵ in Wahrheit nicht bloß diese, sondern vor allem die sprachliche Bedeutung der Programmierschrift bzw. ihrer Vorstufen betreffen; denn jedes verwendete Symbol oder Wort, mag es aus der benutzten Programmiersprache stammen oder vom Programmierer definiert sein, bedeutet etwas und trägt zusammen mit den ebenfalls bedeutungsvollen Verbindungsworten und -symbolen zur Gesamtbedeutung des Textes bei.
- 91 **Spielraum für individuelles Schaffen besteht auf allen Stufen der Programm-entwicklung**, angefangen bei der Anforderungs- und Definitionsphase, bei der Erstellung des Grob- und Feinentwurfs bis hin zur Kodierung des Programms, wobei die verbleibenden Wahlfreiheiten durch die in den vorangegangenen Phasen getroffenen Entscheidungen immer mehr eingeengt werden. Im Einzelfall kann insbesondere bei der Kodierung die Freiheit zu individueller Gestaltung ganz fehlen, wenn sich das Programm aus einer im Detail ausgefeilten Programmbeschreibung unter Anwendung üblicher Programmierungstechniken ergibt²³⁶. Im Einzelnen bedarf es hier noch keines Eingehens auf die Frage, in welchem urheberrechtlichen Verhältnis die Programmstufen zueinander stehen, weil die für die Werkeigenschaft der Computerprogramme wichtigen Umstände und Merkmale früherer Entwicklungsstufen in das angestrebte Endprodukt einfließen²³⁷.
- 92 Bei der Beurteilung der Individualität im Einzelfall kann auf ein **Prüfungsschema** zurückgegriffen werden, das das OLG Frankfurt in seiner Entscheidung

232 S. o. Rz. 66; vgl. BGH CR 1991, 83 – Betriebssystem.

233 Besonders eingehend Wittmer, S. 114 ff.; Kollé, GRUR 1982, 454; Ulmer/Kollé, GRUR Int. 1982, 495; Ilzhöfer, CR 1988, 424 f. So jetzt auch BGH CR 1991, 85 – Betriebssystem.

234 OLG Frankfurt CR 1986, 19, 21, – Baustatikprogramme; BGH CR 1991, 85 – Betriebssystem.

235 So vor allem Wittmer, S. 114–120.

236 BGH CR 1985, 31 – Inkassoprogramm; v. Gamm, WRP 1969, 99; Haberstumpf, GRUR 1982, 147; Ilzhöfer, CR 1988, 425.

237 BGH CR 1985, 30 f. – Inkassoprogramm; Kollé, GRUR 1982, 453; Ulmer/Kollé, GRUR Int. 1982, 493 f.; Wittmer, S. 39 ff.; Schricker/Loewenheim, § 2 Rz. 75; Harte-Bavendamm, Computerrechtshandbuch, 54 Rz. 12 f.

vom 6. 11. 1984 „Baustatistikprogramme“²³⁸, die der BGH durch Verwerfung der dagegen eingelegten Revision bestätigte, vorgeschlagen hat. Hierbei handelt es sich nicht um einen abschließenden Katalog von Einzelvoraussetzungen für das Vorliegen der Individualität von Software-Produkten, sondern um Kriterien, die indiziellen Charakter haben. Danach sind Computerprogramme urheberrechtlich geschützt, wenn

- (1) sich der Programmablauf und die Befehlsstruktur nicht notwendig aus der Aufgabenstellung ergeben,
- (2) der Urheber bei der Gestaltung frei zwischen verschiedenen Formeln und Abläufen wählen und die Variablen weitgehend selbst festlegen konnte,
- (3) das Programm sich nicht nur in der mechanisch-technischen Fortführung und Entwicklung des allgemein Vorbekanntes erschöpft.

Die vom OLG Frankfurt zusätzlich erhobene Forderung, die daraus erkennbare Individualität müsse das Durchschnittskönnen deutlich überragen, entfällt. Sind die Prüfungskriterien (1) bis (3) gegeben, dann steht auf jeden Fall fest, daß der Programmschöpfer etwas Eigenes geschaffen hat, um sein Ergebnis zu erzielen, es sei denn, er hat ausnahmsweise ein bereits existierendes Programm durch unfreie Benutzung übernommen. Angesichts der generell bei der Software-Entwicklung vorhandenen Variationsbreite ist das Vorliegen der Prüfungskriterien (1) bis (3) bei umfangreicheren Programmen zu vermuten²³⁹. Es ist daher die Wertung gerechtfertigt, daß **Urheberrechtsschutz für Computerprogramme die Regel und fehlende Individualität die Ausnahme ist**²⁴⁰.

d) 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 Abs. 2 UrhG scheiterte²⁴¹, kommt der Frage nach Inhalt und Umfang der Darlegungs- und Beweislast erhebliche praktische Bedeutung zu. Hierzu enthält das **Urteil des BGH „Betriebssystem“** eine Reihe wichtiger Hinweise und Klarstellungen, die ihre Gültigkeit auch dann behalten, wenn man einfache Individualität als Schutzvoraussetzung genügen läßt.

²³⁸ CR 1986, 13, 18.

²³⁹ *Hubmann/Rehbinder*, S. 30; *Ulmer/Kolle*, GRUR Int. 1982, 496; Denkschrift über den Rechtsschutz der Datenverarbeitungssoftware, GRUR 1979, 303; *Kindermann*, GRUR 1983, 155; *Harte-Bavendamm*, in Gloy (Hrsg.), Handbuch des Wettbewerbsrechts, 1986, § 42 Rz. 216; *ders.*, Computerrechtshandbuch, 54 Rz. 27. Der gegenteiligen Ansicht von *Schulze*, CR 1986, 782, ist nicht zu folgen. Seine Ausführungen in bezug auf das Beispiel eines 200 Seiten umfassenden Romanmanuskripts gelten gleichermaßen für jedes umfangreichere Computerprogramm.

²⁴⁰ Begründung des Regierungsentwurfs, BT-Drucks. 12/4022, S. 9: Die Einführung einer *gesetzlichen* Vermutung für die Schutzfähigkeit hat der Gesetzgeber dagegen mit Recht ausdrücklich abgelehnt.

²⁴¹ S. o. die Nachweise unter Fn. 26, 27.

- 94 Ob eine persönliche geistige Leistung vorliegt, ist eine Rechtsfrage, die die Prozeßparteien nicht unstreitig stellen können²⁴². 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 unmittelbar 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 vorzulegen²⁴³ oder schriftsätzlich zu präsentieren, wobei auf theoretische Umschreibungen und Abstraktionen nicht völlig verzichtet werden kann²⁴⁴. 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 offenbaren²⁴⁵. Die Beschreibung muß 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 Übernahme seines Programms oder nur die Aneignung einzelner Arbeitsergebnisse aus den Vorstufen oder von Teilen des Programms behauptet. Im ersten Fall ist die ins einzelne gehende Herausarbeitung aller schöpferischen Elemente entbehrlich, sofern überhaupt Individualität, an welcher Stelle des Programms oder seiner Vorstufen auch immer, dargetan wird. Generell ergibt sich eine erhebliche Erleichterung daraus, daß der Urheberrechtsschutz für Computerprogramme nunmehr die Regel ist (s. o. Rz. 92). Einen Vergleich mit anderen existierenden Programmen vorzunehmen, die gleiche oder ähnliche Funktionen erfüllen, ist nicht erforderlich.
- 95 Im einzelnen geht die Darlegung der Schutzfähigkeit dahin vorzutragen, inwieweit **Gestaltungsspielräume** bei der Erstellung des fraglichen Software-Produkts vorhanden waren²⁴⁶, wobei eine Orientierung an den Prüfungskrite-

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

243 Am besten sind Unterlagen aus der Herstellerdokumentation geeignet, *Kindermann*, a. a. O. Fn. 109, S. 66.

244 BGH CR 1991, 83 – Betriebssystem; gegen OLG Hamm CR 1989, 594.

245 Die im Urteil des OLG Nürnberg GRUR 1984, 736 f. – Glasverschnittprogramm, angesprochene Problematik wird dadurch vermieden. A. A. *Engel*, unten XVIII., Rz. 118. Zur berechtigten Kritik an dem vom OLG Nürnberg praktizierten Geheimverfahren, bei welchem nur dem Sachverständigen bestimmte Unterlagen zur Verfügung gestellt wurden: *Ullmann*, CR 1986, 198 f.; *Lachmann*, NJW 1987, 2209 f.; ebenso BGH NJW 1992, 1819.

246 BGH CR 1991, 83 – Betriebssystem.

rien des OLG Frankfurt zweckmäßig ist. 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 würden²⁴⁷. Da das geschützte Programmwerk mit dem konkreten Werkinhalt zusammenfällt (s. o. Rz. 50), muß sich die Darstellung darauf beziehen, ob im Hinblick auf die beschriebenen Daten und ihrer 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 Implementationsalgorithmus sowie der Verfeinerung vorhandener allgemeiner Algorithmen und ihrer Zuordnung zueinander (Art und Weise der Implementierung)²⁴⁸ 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 dargetan, daß die Spielräume auch tatsächlich genutzt wurden, um sein gefundenes Ergebnis überhaupt erzielen zu können. Es ist dann Angelegenheit des Verletzers einzuwenden, daß sein Prozeßgegner ausnahmsweise ohne Nutzung der dargelegten Wahlfreiheiten sein Produkt durch bloße Übernahme oder unschöpferische Weiterentwicklung bereits existierender Programme geschaffen hat. **Erst in dieser Phase kommt es zu einem Vergleich mit vorbekannten Gestaltungen**, deren Aussehen und Eigenheiten der Verletzer vorzutragen und zu beweisen hat. 96

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 Arbeits-einsatz qualifizierter Programmierer sprechen für das Vorliegen von Individualität²⁴⁹. Dies ist nach dem Urteil der Fachwelt insbesondere bei der Erstellung von Systemsoftware anzunehmen²⁵⁰. Dasselbe gilt, wenn das Programm eine Neuentwicklung auf einem fremden Gebiet ist²⁵¹. 97

247 S. o. Fn. 221; *Harte-Bavendamm*, Computerrechtshandbuch, 54 Rz. 24; ähnlich auch BGH CR 1991, 83 – Betriebssystem.

248 So jetzt auch BGH CR 1991, 85 – Betriebssystem.

249 BGH CR 1991, 85 – Betriebssystem; *Engel*, unten XVIII., Rz. 120; *Erdmann*, CR 1986, 255; *Harte-Bavendamm*, Computerrechtshandbuch, 54 Rz. 27; v. *Gravenreuth*, GRUR 1986, 720 f.

250 BGH CR 1991, 85 – Betriebssystem; LG München I CR 1986, 386; OLG Frankfurt in: *Zahmt*, EDV-Rechtsprechung (2/90), Beilage 24 zu Heft 19 des BB 1990, S. 9.

251 *Engel*, unten XVIII., Rz. 120; LG München I CR 1986, 386.

e) Zusammenfassung

- 98 Ein Software-Produkt ist ein urheberrechtlich geschütztes Werk, wenn nachfolgende Voraussetzungen gegeben sind:
- Es muß in den **Werketatalog des § 2 Abs. 1 UrhG** eingeordnet werden können. Dies trifft auf die derzeit bekannten und vorkommenden Software-Produkte zu (s. o. Rz. 28 ff.). Mit der Subsumtion eines solchen Produkts unter den Begriff des Sprachwerks nach § 2 Abs. 1 Nr. 1 UrhG und den der Darstellungen wissenschaftlicher oder technischer Art nach § 2 Abs. 1 Nr. 7 UrhG sind gleichzeitig die Kriterien (b) und (c) des BGH zum Werkbegriff per definitionem erfüllt (s. o. Rz. 46).
 - Es muß auf **persönlichem Schaffen** beruhen. Dies trifft für die derzeit bekannten und vorkommenden Software-Produkte praktisch immer zu (s. o. Rz. 34).
 - Es muß die **Individualität des Schöpfers** erkennen lassen, wobei Individualität auf bescheidenem Niveau genügt. Die Individualität zeigt sich insbesondere auch bei der Entwicklung und Verfeinerung des Algorithmus, der ebenfalls für die anderen Programmteile von wesentlicher Bedeutung ist (s. o. Rz. 65 f.). Das Vorliegen von Individualität ist bei komplexen und umfangreicheren Programmen, die der Lösung nicht ganz einfacher Aufgaben dienen, zu vermuten. Die konkrete Darlegung und der Beweis der schöpferischen Elemente eines Programms hat die Vorlage einer für den Richter verständlichen Beschreibung des Programms zur Voraussetzung (s. o. Rz. 94 ff.).

D. Der Urheber und seine Befugnisse

1. Entstehen des Urheberrechts

- 99 Das Urheberrecht an einem Software-Produkt entsteht mit der **Werkerschöpfung**, d. h. wenn eine sinnlich wahrnehmbare Formgestaltung vorliegt, die Individualität erkennen läßt. Die Einhaltung von Formalitäten, wie Anbringung des Copyright Vermerkes, Anmeldung, Registrierung oder Hinterlegung bestimmter Werkexemplare, ist nur erforderlich, wenn um Rechtsschutz in den USA²⁵² und den Staaten nachgesucht wird, die dem Welturheberrechtsabkommen beigetreten sind und die Erfüllung solcher Förmlichkeiten verlangen (Art. III WUA).
- 100 Die Formfreiheit nach deutschem Recht bedeutet nicht, daß es keine Möglichkeit der Registrierung und Hinterlegung gibt, was in mancher Hinsicht wünschenswert sein kann²⁵³. Das UrhG sieht nämlich in den §§ 66 Abs. 2

252 Zu den formellen Schutzvoraussetzungen im US-amerikanischen Software-Recht eingehend *Föhr*, CR 1988, 453 ff.

253 *Betten*, Mitt. 1984, 208; *Hoeren*, Rz. 240 ff.; *Jochen Schneider*, C Rz. 140 ff.

Nr. 2 und 138 eine freiwillige Registrierung anonymer und pseudonymer, bereits veröffentlichter Werke vor. Da Computerprogramme in der Regel ohne Angabe des oder der Urheber veröffentlicht und verbreitet werden, ist die Eintragung eines Programms in die beim Deutschen Patentamt geführte Urheberrolle zum Nachweis seiner Existenz, der wahren Urheberschaft und der genauen Fassung durchaus möglich und wird auch praktiziert. In die **Urheberrolle** werden u. a. eingetragen: Name, Geburts- und ggfs. Sterbedaten des Urhebers, der Titel oder eine sonstige Bezeichnung des Werkes, sowie der Zeitpunkt und die Form der ersten Veröffentlichung des Werkes²⁵⁴. Es ist jedoch zu beachten, daß die Urheberrechtsabteilung des Deutschen Patentamts nur zur Entgegennahme von Quellenprogrammen bereit ist und gemäß § 138 Abs. 4 UrhG jedem die Einsicht in die Urheberrolle gestatten muß.

2. Rechtsinhaberschaft

Inhaber des Urheberrechts ist in jedem Fall der **Schöpfer des Software-Produkts** (§ 7 UrhG). Es gibt demzufolge kein Urheberrecht für juristische Personen (Gesellschaften, Vereine, öffentlich-rechtliche Körperschaften usw.). Das in § 7 UrhG statuierte Urheberschaftsprinzip bleibt durch den neu geschaffenen § 69b UrhG (Art. 2 Abs. 3, Art. 3 der Richtlinie) unberührt. Diese Vorschrift beinhaltet nur in Abweichung von § 43 UrhG die vollständige Zuordnung aller vermögensrechtlicher Befugnisse²⁵⁵ an Programmen, die von Arbeitnehmern geschaffen werden, an ihre Arbeitgeber bzw. Dienstherren, sofern vertraglich nichts anderes geregelt ist. Der Sache nach handelt es sich um eine gesetzliche vertragsdispositive Einräumung aller Nutzungsrechte und eine Abtretung der Vergütungsansprüche²⁵⁶. 101

Da die Entwicklung von Software-Produkten regelmäßig das Ergebnis von **Teamarbeit** ist, kann die Frage problematisch werden, ob und in welcher Weise die Beteiligten am entstehenden Urheberrecht Anteil haben. Sind sie alle Angestellte desselben Unternehmens, werden solche Probleme bei der Durchsetzung des Urheberrechts an den Produkten des Unternehmens kaum praktische Relevanz gewinnen können, weil die Befugnisse der Beteiligten für die betriebliche Auswertung an den Unternehmer gemäß § 69b UrhG übergehen, so daß ihr Beteiligungsverhältnis dahinstehen kann. Anders stellt sich die Sachlage dar, wenn neben Angestellten andere Personen Beiträge leisten, wenn Software-Produkte von Selbständigen entwickelt werden oder im Rahmen der Forschung an Hochschulen und Instituten entstehen²⁵⁷. 102

²⁵⁴ §§ 1 und 2 der Verordnung über die Urheberrolle vom 18. 12. 65.

²⁵⁵ Begründung des Regierungsentwurfs, BT-Drucks. 12/4022, S. 10.

²⁵⁶ *Lehmann*, CR 1992, 325; zu den Einzelheiten s. den Beitrag von *Buchner*, unten XI.

²⁵⁷ Zur Verwertung im universitären Bereich vgl. *Hubmann*, MittHV 1962, 144 ff.; *ders.*, MittHV 1977, 77 ff.; *ders.*, MittHV 1978, 189 ff.; *Katzenberger*, GRUR 1984, 319 ff.; *Rehbinder*, FS für Heinrich Hubmann, 1985, S. 359 ff.; BGH NJW 1991, 1481 ff.; OLG Karlsruhe CR 1987, 287 ff.; speziell zur Verwertung von Computerprogrammen *Hubmann/Preuß*, MittHV 1986, 36 ff.

- 103 Keinen urheberrechtlichen Anteil an dem Werk erwirbt ein bloßer **Gehilfe**, der dem Gestaltungswillen eines anderen untergeordnet ist²⁵⁸, sowie in der Regel der **Auftraggeber**²⁵⁹ und der **Ideenanreger**²⁶⁰.
- 104 Die danach als schöpferisch beteiligt in Betracht kommenden sind entweder Miturheber (§ 8 UrhG) oder Originalurheber und Bearbeiter (§§ 3, 23 UrhG) oder frei Benutzende nach § 24 UrhG (s. u. Rz. 141 ff.)²⁶¹. **Miturheberschaft** liegt vor, wenn sich die Einzelanteile nicht gesondert verwerten lassen, was bei der Software-Entwicklung regelmäßig der Fall ist, weil die erforderlichen schöpferischen Beiträge meist untrennbar in das angestrebte Endprodukt, das Computerprogramm, einfließen²⁶². Miturheberschaft setzt ferner voraus, daß sich jeder einer Gesamtidée unterordnet²⁶³. Dies kann auch dann der Fall sein, wenn die Beteiligten ihre Leistungen so aufteilen, daß sie nacheinander, auf Vorarbeiten der anderen aufbauend, tätig werden²⁶⁴, vorausgesetzt, sie kommen zu Beginn ihrer Tätigkeit zusammen, um den Gegenstand ihres Vorhabens zu bestimmen, die Zielrichtung festzulegen und die zu leistende Arbeit untereinander abzusprechen; die Unterordnung unter eine Gesamtidée schließt auch ein, daß die Beteiligten ihre Bereitschaft kundgeben, die Beiträge aufeinander abzustimmen, so daß das Gemeinschaftswerk von allen getragen werden kann²⁶⁵. Deshalb steht der Annahme der Miturheberschaft nicht entgegen, wenn nach Konzipierung der Gesamtidée im Laufe der Software-Entwicklung einzelne Mitglieder des Programmiererteams wechseln, weil sich auch die neu Eintretenden der Gesamtidée unterordnen müssen und in der Lage sind, bei der Abstimmung ihrer Beiträge auf diese noch einzuwirken²⁶⁶. Für die in Teamarbeit entstehenden Software-Produkte ist die Miturheberschaft die Regel²⁶⁷.
- 105 Die **Bearbeitung** eines Werkes unterscheidet sich von der Miturheberschaft dadurch, daß der Bearbeiter ohne Willensübereinstimmung mit dem Originalurheber ein Werk in schöpferischer Weise vollendet, verändert oder weiterentwickelt. Bearbeitung kann z. B. vorliegen, wenn das ursprüngliche Arbeitsteam völlig aus dem Entwicklungsprozeß ausscheidet und durch ein neues ersetzt wird, das ohne Willensübereinstimmung mit dem vorherigen auf deren Vorarbeiten aufbaut; ebenso wenn jemand aus den Aufzeichnungen des Teams, das

258 *Fromm/Nordemann*, § 8 Rz. 5 mit Beispielen; *Ulmer*, S. 187.

259 *Fromm/Nordemann*, § 7 Rz. 2, § 8 Rz. 6; *Ulmer*, S. 186.

260 *Fromm/Nordemann*, § 8 Rz. 7; *Ulmer*, S. 186; *Harte-Bavendamm*, Computerrechtshandbuch, 54 Rz. 45.

261 *Schricker*, a. a. O., Fn. 109, S. 218.

262 *Harte-Bavendamm*, Computerrechtshandbuch, 54 Rz. 42.

263 *Fromm/Nordemann*, § 8 Rz. 2; *Hubmann/Rehbinder*, S. 112; v. *Gamm*, § 8 Rz. 10.

264 Dieser Sachverhalt des „vertikal-arbeitsteiligen Schaffens“ wird eingehend von *Plett*, a. a. O., Fn. 124, S. 9, 60 ff., behandelt.

265 *Plett*, a. a. O., Fn. 124, S. 72 f.

266 Die diesbezüglichen Bedenken von *Betten*, Mitt. 1984, 203, sind daher grundlos.

267 Denkschrift über den Rechtsschutz der Datenverarbeitungssoftware, GRUR 1979, 302; *Sieber*, BB 1981, 1552.

mit der Erstellung des Quellenprogramms seine Arbeit abgeschlossen hat, die Hersteller- oder Anwenderdokumentation (s. o. Rz. 18, 19) zusammenstellen muß. Wegen weiterer typischer Bearbeitungsfälle vgl. u. Rz. 143, 146.

3. Urheberpersönlichkeitsrecht

a) Allgemeines

Die dem Schöpfer von Software-Erzeugnissen zustehenden **persönlichkeitsrechtlichen Befugnisse**, nämlich das Veröffentlichungsrecht (§ 12 UrhG), das Recht auf Anerkennung der Urheberschaft (§ 13 UrhG)²⁶⁸, das Entstellungsverbot (§ 14 UrhG), das Zugangsrecht (§ 25 UrhG)²⁶⁹ und die Rückrufsrechte nach §§ 41, 42 UrhG, spielen in der Praxis eine eher untergeordnete Rolle. Soweit Software in abhängiger Tätigkeit entwickelt wird, gehen in der Regel auch die verzichtbaren Persönlichkeitsrechte im Rahmen des § 43 UrhG durch gebundene Rechtsübertragung auf den Arbeitgeber oder Dienstherren über; die Persönlichkeitsrechte werden von § 69b UrhG nicht erfaßt²⁷⁰. Fälle, in denen die unverzichtbaren Persönlichkeitsrechte, Entstellungen des Werkes zu verbieten und den Rückruf wegen gewandelter Überzeugung nach § 42 UrhG zu erklären, relevant werden, erscheinen kaum denkbar. Der Rückruf wegen Nichtausübung gemäß § 41 UrhG kann nur gegenüber dem Inhaber eines ausschließlichen Nutzungsrechts ausgeübt werden, nicht jedoch gegenüber den Endabnehmern von Software, die auf selbständig verkehrsfähigen Datenträgern in den Verkehr gebracht wird, weil diese naturgemäß nur einfache Vervielfältigungsrechte gemäß § 31 Abs. 2 UrhG zur Anfertigung von Sicherungskopien und zur Einspeicherung des Programms erwerben (s. u. Rz. 155).

b) Änderungsrecht und Änderungsverbot

Wesentlich bedeutsamer ist dagegen die Frage, in welchem Umfang der Inhaber eines Nutzungsrechts an geschützter Software einem **Änderungsverbot** unterworfen ist. Dieser ist normalerweise nur zur Verwertung des Werkes in der Originalfassung befugt. Computerprogramme müssen aber häufig an die speziellen Beschaffenheiten der EDV-Anlagen von Endabnehmern angepaßt und infolge neuer gesetzlicher, organisatorischer und technischer Anforderungen beim Kunden gewartet und weiterentwickelt werden²⁷¹. Nach § 69c Nr. 2 UrhG (Art. 4b der Richtlinie) umfassen die Ausschließlichkeitsrechte des Software-Urhebers auch die Übersetzung, die Bearbeitung, das Arrangement und andere Umarbeitungen eines Computerprogramms, sowie die Vervielfältigung

²⁶⁸ Ulmer/Kolle, GRUR Int. 1982, 500; Harte-Bavendamm, Computerrechtshandbuch, 54 Rz. 50.

²⁶⁹ Harte-Bavendamm, Computerrechtshandbuch, 54 Rz. 57.

²⁷⁰ Begründung des Regierungsentwurfs, BT-Drucks. 12/4022, S. 10.

²⁷¹ OLG Koblenz BB 1983, 994; Sieber, BB 1983, 983; Schrickler, a. a. O., Fn. 109, S. 219; Harte-Bavendamm, a. a. O., Fn. 239, § 42 Rz. 222.

der erzielten Ergebnisse. In Übereinstimmung mit § 39 UrhG, der gemäß § 69a Abs. 4 UrhG anwendbar bleibt, wird damit ein generelles Änderungsverbot statuiert, das aber nicht ausnahmslos Geltung besitzt. § 69d Abs. 1 UrhG (Art. 5 Abs. 1 der Richtlinie) erlaubt zunächst dem Berechtigten die Vornahme von Änderungen, wenn diese zur Fehlerberichtigung notwendig sind. Damit ist aber nur ein Mindeststandard geregelt, der nicht ausschließt, daß die Vertragsparteien weiterreichende Änderungsvereinbarungen ausdrücklich oder stillschweigend gemäß § 39 Abs. 1 UrhG treffen und der Urheber nach Treu und Glauben (§ 39 Abs. 2 UrhG) auch Änderungen hinnehmen muß, die über die bloße Fehlerbeseitigung hinausgehen. Als nach Treu und Glauben zulässige Änderungen wird man nämlich nur solche ansehen können, die die bestimmungsgemäße Benutzung eines Computerprogramms durch den Nutzungsberechtigten sicherstellen sollen und folglich gemäß § 69d Abs. 1 UrhG zu dulden sind. Wegen des im Kern zwingenden Charakters von § 69d Abs. 1 UrhG kann die bestimmungsgemäße Nutzung, die die Fehlerbeseitigung einschließt, nur beschränkt und näher eingegrenzt (näher u. Rz. 159), nicht aber gänzlich ausgeschlossen werden²⁷². Soweit sich im Einzelfall ein Änderungsrecht für den Nutzungsberechtigten aus § 39 Abs. 1 oder 2 in Verbindung mit § 69d Abs. 1 UrhG ergibt, darf er gemäß § 69d Abs. 3 UrhG auch die dafür erforderlichen Handlungen zur Analyse des Programms vornehmen. Nutzungsberechtigte bedürfen daher insoweit keiner Quellfassung, sondern können durch „Reverse Engineering“ (näher u. Rz. 166 ff.) das ihnen vorliegende Objektprogramm untersuchen, um erlaubte Änderungen vornehmen zu können.

- 108 Wenn ausdrückliche Vereinbarungen fehlen, kann sich aus Branchengepflogenheiten²⁷³ und den Umständen des Vertragsschlusses stillschweigend die **Einräumung von Änderungsbefugnissen** nach § 39 Abs. 1 UrhG oder sogar von **Bearbeitungsrechten** gemäß § 23 UrhG ergeben. Generell spricht für die Einräumung von Änderungs- und Bearbeitungsrechten, wenn von vorneherein deutlich wird, daß sich bestimmte Bedienungsanforderungen oder Hardware-Komponenten beim Benutzer in absehbarer Zeit ändern werden und deshalb Anpassungsarbeiten unvermeidbar sind, um einen schnellen Wertverfall des zur Nutzung erworbenen Programms zu verhindern²⁷⁴. Wird ein Programm in Form eines Quellenprogramms zusammen mit einer Wartungsdokumentation, also mit Materialien, deren Sinn es gerade ist, die Programmpflege und -weiterentwicklung zu ermöglichen, geliefert oder besteht eine Verpflichtung zur Überlassung solcher Materialien, so wird dies in Fachkreisen als die Einräumung von Änderungs- und Bearbeitungsrechten gewertet. Eine Verpflichtung zur Herausgabe der Quellfassung und der Herstellerdokumentation wurde von der Rechtsprechung bisher jedoch nur für den Fall des Vertragsschlusses über die Herstellung von Individualsoftware ohne Verpflichtung des Software-Lieferanten

272 17. Erwägungsgrund zur Richtlinie, ABl. Nr. 91/L 122/43.

273 Vgl. *Fromm/Nordemann*, § 39 Rz. 2.

274 LG München I CR 1988, 380; *Harte-Bavendamm*, a. a. O., Fn. 239, § 42 Rz. 222.

zur Wartung und Pflege des Programms bejaht²⁷⁵. Demgegenüber besteht bei Verträgen über Standardprogramme²⁷⁶ und vor allem bei solchen, die Pflege- und Wartungsverpflichtungen des Software-Herstellers beinhalten²⁷⁷, in der Regel kein Überlassungsanspruch hinsichtlich dieser Materialien und damit auch keine Änderungsbefugnis nach § 39 Abs. 1 UrhG, weil der Anwender sie dann normalerweise nicht benötigt. Als eine Änderungsvereinbarung hat das OLG München²⁷⁸ eine Vertragsklausel in einem Software-Überlassungsvertrag gedeutet, die gewährleistungsrechtliche Folgen, z. B. die Fiktion der Abnahme oder den Wegfall der Gewährleistung, daran knüpfte, daß der Kunde oder Dritte Änderungen am Programm vornehmen. Ein unbeschränktes Änderungs- und Bearbeitungsrecht erhält schließlich der Arbeitgeber oder Dienstherr eingeräumt, wenn die Software-Entwicklung im Rahmen abhängiger Tätigkeit erfolgt²⁷⁹.

Wann sich ein **Änderungsrecht nach Treu und Glauben** gemäß § 39 Abs. 2 UrhG ergibt, entscheidet sich aufgrund einer Interessenabwägung, die konkret und einzelfallbezogen vorzunehmen ist²⁸⁰. Für eine weitergehende Zulässigkeit der Vornahme von Änderungen, als dies bei anderen Werken üblich ist, spricht die gleichsam notorische Änderungs- und Anpassungsbedürftigkeit von Programmen²⁸¹ sowie das Zurücktreten der persönlichkeitsrechtlichen Bezüge zwischen dem Urheber und Software-Produkten²⁸². Zu den nach Treu und Glauben zulässigen Änderungen zählt auf jeden Fall die Berichtigung unzweifelhafter Programmfehler (§ 69d Abs. 1 UrhG), die auch bei hochqualifizierten Programmen immer wieder vorkommen. Gleiches gilt in den Fällen, in denen der Software-Lieferant übernommene Pflege- und Wartungspflichten zu erfüllen sich unberechtigt und endgültig weigert oder nicht mehr in der Lage ist, etwa weil er in Konkurs gefallen ist²⁸³ oder seinen Geschäftsbetrieb aufgegeben hat. Programmänderungen, die mit der Übertragung von Anwendersoftware (Portierung)²⁸⁴ in eine andere Systemumgebung oder auf eine andere Hardware verbunden sind, dürften nach Treu und Glauben nur zulässig sein, wenn die damit verbundenen Eingriffe in das Programm geringfügig sind²⁸⁵ und vor allem der vertraglich vereinbarte Umfang der Nutzungsbefug-

275 LG München I CR 1989, 990; zustimmend *Jochen Schneider*, G Rz. 235; *Malzer*, S. 296 ff.

276 OLG München CR 1992, 208 ff.; *Jochen Schneider*, A Rz. 62 f.; D Rz. 334; G Rz. 230 ff.; *Hoeren*, Rz. 236 ff.; *Moritz/Tybusseck*, Rz. 766; *Heussen*, Computerrechtshandbuch, 44 Rz. 34.

277 BGH CR 1986, 380.

278 OLG München CR 1988, 378 f.; zustimmend *Jochen Schneider*, G Rz. 238; kritisch *Crozziel*, CR 1988, 381.

279 Begründung zum Regierungsentwurf, BT-Drucks. 12/4022, S. 10.

280 *Schricker/Dietz*, § 39 Rz. 14. Zur Einzelabwägung bei Standardprogrammen *Habel*, Nutzungsrechte an Standardanwenderprogrammen, 1989, S. 136 ff.

281 *Harte-Bavendamm*, Computerrechtshandbuch, 54 Rz. 53.

282 *Lehmann*, CR 1990, 630.

283 *Hoeren*, Rz. 267

284 Näher *Zahrtnt*, CR 1989, 968 ff.; *Lehmann*, CR 1990, 625 ff.

285 *Lehmann*, CR 1990, 628 ff.

nisse nicht überschritten wird. Letzteres wäre beispielsweise zu verneinen, wenn ein Anwenderprogramm, das auf Einplatzbetrieb ausgerichtet ist, auf ein mehrplatzfähiges Betriebssystem wie UNIX portiert wird; die dadurch bedingte Ausweitung der Nutzungsmöglichkeiten braucht der Software-Urheber nicht hinzunehmen (s. u. Rz. 163).

- 110 In **Softwarenutzungsverträgen** gelegentlich **enthaltene Änderungsverbote** sind daher, obwohl sie auf den ersten Blick mit der Wertung des UrhG im Einklang zu sein scheinen, nicht immer bedenkenfrei²⁸⁶. So kann nach der Umsetzung der EG-Richtlinie in innerstaatliches Recht dem rechtmäßigen Erwerber eines Computerprogramms nach § 69d Abs. 1 UrhG weder durch ein individual- noch formularvertragliches Änderungsverbot die Fehlerbeseitigung, soweit sie zur Aufrechterhaltung der bestimmungsgemäßen Nutzung erforderlich ist, untersagt werden. Ausdrückliche oder stillschweigende Änderungsvereinbarungen nach § 39 Abs. 1 UrhG gehen abweichenden Änderungsverboten in ABG-Klauseln vor (§ 4 AGBG). Formularklauseln, die so weit gefaßt sind, daß sie auch andere nach Treu und Glauben zulässige Änderungen gemäß § 39 Abs. 2 UrhG verbieten, verstoßen zumindest gegen § 9 AGBG, ohne daß eine geltungserhaltende Reduktion in Frage kommt²⁸⁷. Gleiches dürfte auch für entsprechende individualvertragliche Verbote gelten, sofern sie der Aufrechterhaltung der bestimmungsgemäßen Nutzung durch den Berechtigten entgegenstehen (s. o. Rz. 107). Zulässig sind allerdings solche umfassenden Änderungsverbote, wenn der Software-Lieferant im Gegenzug sich zur Fehlerbeseitigung und Anpassung des Programms an die Bedürfnisse des Abnehmers verpflichtet, da dieser eine Änderungsbefugnis insoweit nicht benötigt. Es müßte dann aber Vorsorge für den Fall getroffen werden, daß die Anpassungsverpflichtung in Wegfall kommt oder nicht mehr erfüllt werden kann, etwa weil der Software-Lieferant in Konkurs gefallen ist²⁸⁸. Ohne solche Einschränkungen des Änderungsverbots schießen derart umfassende Klauseln über das gebotene Maß hinaus und können als Formularbestimmungen nach § 9 AGBG keinen Bestand haben.

²⁸⁶ *Zahrnt*, CR 1989, 969, hält sie auch in Allgemeinen Geschäftsbedingungen grundsätzlich für wirksam, nach *Jochen Schneider*, G Rz. 53, sind sie in Verträgen über die Beschaffung von Standard-Software unwirksam. Eingehend zu Änderungsverboten *Marly*, Rz. 789 ff. und *Schmidt*, unten XV., Rz. 71.

²⁸⁷ *Marly*, Rz. 817.

²⁸⁸ *Marly*, Rz. 817; *Schmidt*, unten XV., Rz. 71. Ähnlich *Hoeren*, Rz. 267 f. für den vergleichbaren Fall des Verbots der Dekompilierung oder Disassemblierung. Dazu näher u. Rz. 169 f., 171 ff.

4. Verwertungsrechte

a) Die Interessenlage bei der körperlichen Verwertung von Software-Produkten

Da die Funktionen eines Computersystems als Programm, d. h. als Software ausgedrückt, oder in die physikalischen Komponenten, d. h. in die Hardware eingebaut werden können, stehen Software-Hersteller insbesondere von Betriebssystemen prinzipiell vor der Wahl, ob sie ihr **Produkt als integralen Bestandteil eines Computergerätes**, von *Kindermann* anschaulich „Software im Gehäuse“²⁸⁹ genannt, **oder als Speicherinhalt eines selbständig verkehrsfähigen maschinenlesbaren Datenträgers** (Diskette, Kassette, Bildplatte usw.)²⁹⁰ bzw. mittels Datenfernübertragung²⁹¹ in Verkehr bringen wollen. Beide Möglichkeiten haben verschiedene wirtschaftliche und urheberrechtliche Auswirkungen. 111

Ein Programmurheber, der sein Werk als **Software im Gehäuse** vertreibt oder vertreiben läßt, bindet die Nutzung seines Programms an das jeweilige Computergerät, dessen Teil es wird. Er ist daher in der Lage, das Entgelt für seine schöpferische Leistung entsprechend der Anzahl der verbreiteten Geräte zu erzielen, indem er es in den Verkaufspreis einkalkuliert, wenn er gleichzeitig der Hersteller der Hardware ist, oder indem er sich bei der Überlassung des Programms an einen Hardware-Produzenten – etwa wie beim Absatzhonorar im Buchverlag – eine am Geräteabsatz orientierte Vergütung versprechen läßt. Die Interessenlage beim Vertrieb von Software im Gehäuse gleicht somit der allgemein für das Urhebervertragsrecht kennzeichnenden Situation, in der der Urheber selbst oder mittels eines Verwerter Exemplare seines Werkes an das Abnehmerpublikum heranführt, das mit der bestimmungsgemäßen Nutzung dieser Exemplare (Lesen, Hören, Betrachten) keine urheberrechtlichen Verwertungshandlungen vornimmt. 112

Im Gegensatz dazu ist die Nutzung eines auf einem **selbständig verkehrsfähigen Datenträger** verkörperten oder per Datenfernübertragung überlassenen Programms technisch nicht an die EDV-Anlage des Endabnehmers gebunden, sondern auf beliebig vielen Computern möglich. Jeder Erwerber kann z. B. die Lieferkopie seinem gesamten Bekanntenkreis zur Verfügung stellen. Kopieren durch Übertragung auf andere Datenträger ist anders als bei der Software im Gehäuse mit geringstem Aufwand möglich. Hohe Beliebtheit und großer Erfolg müssen sich folglich nicht in höheren Absatzzahlen und größeren Einnahmen niederschlagen. Dem Schöpfer eines geschützten Programms müssen daher hier urheberrechtliche Mittel an die Hand gegeben werden, um die Nutzung seines Werkes unter Kontrolle zu halten und insbesondere zeit- 113

²⁸⁹ GRUR 1983, 152: Vertriebsform (4); vgl. hierzu die instruktive Entscheidung des OLG Wien Medien und Recht 1986, 17 – Commodore-Diskettenbetriebssystem.

²⁹⁰ *Kindermann*, GRUR 1983, 152: Vertriebsformen (1)–(3).

²⁹¹ Dazu *Marly*, Rz. 84 ff.

lich parallele Mehrfachnutzungen²⁹² auf beliebig vielen EDV-Anlagen und durch dritte Personen verhindern zu können. Nur dann wird er entsprechend dem Grundgedanken des UrhG²⁹³ in die Lage versetzt, eine am Erfolg des Programms orientierte Vergütung zu erlangen.

- 114 Wegen dieser Unterschiede wird man den Vertrieb von Programmen als Software im Gehäuse oder als Speicherinhalt von verkehrsfähigen Datenträgern als **zwei verschiedene Vervielfältigungs- und Verbreitungsarten** ansehen können, auf die der Urheber ein von ihm zu vergebendes Vervielfältigungs- und/oder Verbreitungsrecht mit dinglicher Wirkung gemäß § 32 UrhG beschränken kann (s. u. Rz. 162).

b) Das Vervielfältigungsrecht

- 115 aa) § 69c Nr. 1 UrhG (Art. 4a der Richtlinie) gewährt jedem Programmurheber das ausschließliche Recht, die dauerhafte oder vorübergehende Vervielfältigung, ganz oder teilweise, eines Computerprogramms mit jedem Mittel und in jeder Form vorzunehmen oder zu gestatten. Sachlich besagt dies dasselbe wie § 16 Abs. 1 UrhG, der das Vervielfältigungsrecht als das Recht umschreibt, Vervielfältigungsstücke des Werkes herzustellen, gleichviel in welchem Verfahren und in welcher Zahl, wozu auch die Übertragung auf Bild- oder Tonträger gehört. Was als Vervielfältigungsstück eines Computerprogramms zu gelten hat, wird jedoch weder in § 69c Nr. 1 UrhG noch in Art. 4a der Richtlinie inhaltlich näher definiert. Es wird daher auch **keine ausdrückliche Regelung** getroffen, ob das **Laden, Anzeigen, Ablaufen, Übertragen oder Speichern Vervielfältigungen im Sinne des Urheberrechts sind**. Wann dies der Fall ist, bleibt dem jeweiligen nationalen Recht überlassen²⁹⁴, so daß die intensiv geführte Diskussion über diesen Begriff in Deutschland ihre Relevanz beibehält.
- 116 Nach allgemein akzeptierter Auffassung²⁹⁵ wird unter einem **Vervielfältigungsstück** jede körperliche Festlegung des Werkes verstanden, die geeignet ist, das Werk den menschlichen Sinnen auf irgendeine Art mittelbar oder unmittelbar wahrnehmbar zu machen.
- Vervielfältigungsstücke, die ein Programm oder sonstiges Software-Produkt unmittelbar oder mittelbar repräsentieren, können demnach sein: Papier-, Lochkarten- und Magnetplattenstapel, per Scanner lesbare Papierstreifen (sog.

²⁹² Begründung des Regierungsentwurfs, BT-Drucks. 12/4022, S. 11; *Bartsch*, CR 1987, 9; *Haberstumpf*, CR 1987, 413 f.; *Ernestus*, CR 1989, 789; *Lehmann*, CR 1989, 1062; *ders.*, CR 1990, 627; *Jörg Schneider*, CR 1990, 506 f.; *Marly*, Rz. 779.

²⁹³ *Fromm/Nordemann*, § 1 Rz. 4; *Hubmann/Rehbinder*, S. 48.

²⁹⁴ *Lehmann*, oben I. A, Rz. 13; *ders.*, GRUR Int. 1991, 330. Die gegenteilige Ansicht von *Schulte*, CR 1992, 650 f., überinterpretiert die Materialien zur EG-Richtlinie und läßt die Urheberrechtstradition in Deutschland (s. u. Rz. 125) völlig außer Ansatz.

²⁹⁵ BGH GRUR 1955, 494 – Grundig-Reporter; BGH GRUR 1982, 103 – Masterbänder.

Softstrips), Diskette, Magnetband (Spule, Kassette), Bild-, Festplatte²⁹⁶ usw. Keine Vervielfältigung ist dagegen die Auflistung des Programms auf dem Bildschirm, da es auf diese Weise nicht reproduziert, sondern nur sichtbar gemacht wird. Es liegt vielmehr eine unkörperliche Wiedergabe vor, die nur dann der Rechtsmacht des Urhebers unterliegt, wenn sie öffentlich geschieht²⁹⁷.

bb) Auch die **Einspeicherung eines Programms in den Arbeitsspeicher eines Computers** ist eine Vervielfältigungshandlung, da ein neues körperliches Festlegungsexemplar, das Computergerät, geschaffen wird, dessen Aufbau es ermöglicht, eingegebene Programme über den Monitor oder den Drucker für die menschlichen Sinne wahrnehmbar zu machen. Dies ist unabhängig davon, ob die Programmeingabe von einem externen (z. B. Diskette) oder internen (z. B. Festplatte)²⁹⁸ Datenträger erfolgt. Ebenso ist der Einbau von Software in ein Computergerät als dessen integraler Bestandteil als Vervielfältigung zu werten²⁹⁹. Das gilt auch für das sog. Downloading, bei dem Programme mittels Datenfernübertragung in den Arbeitsspeicher eines anderen Computers übertragen und dort abgespeichert werden. 117

Diese herrschend gewordene Auffassung³⁰⁰ wird im Schrifttum vereinzelt angezweifelt, wobei u. a. vorgebracht wird, der Vervielfältigungsbegriff umfasse nur solche körperlichen Fixierungen, die der Vermittlung des Werkgenusses, nicht aber der Ausführung des Inhalts dienen³⁰¹; er beziehe sich nur auf fungible Werkexemplare mit einigermaßen stabiler Materialisierung³⁰² (Buchexemplar, Tonband, Diskette), weil das Vervielfältigungsrecht in Zusammenhang mit dem Verbreitungsrecht stehe³⁰³; der Gesetzgeber habe bei der Formulierung des § 53 Abs. 4 S. 2 a. F. UrhG nicht gewollt, daß über das Vervielfältigungsrecht hinaus weitere Befugnisse geschaffen werden. 118

296 BGH CR 1991, 85 f. – Betriebssystem; weitere Beispiele bei *Harte-Bavendamm*, Computerrechtshandbuch, 54 Rz. 60.

297 BGH CR 1991, 86 – Betriebssystem; *Schricker/Loewenheim*, § 16 Rz. 2, 9 m. w. N.

298 Die in der Voraufgabe unter II Rz. 115 für diesen Fall geäußerte abweichende Meinung wird im Hinblick auf das von *Ernestus*, CR 1989, 784, 789, als Fall 2 gebrachte Beispiel nicht mehr aufrechterhalten.

299 7. Erwägungsgrund zur Richtlinie, ABl. Nr. 91/L 122/42; *Kindermann*, GRUR 1983, 156.

300 AG Amberg CR 1990, 658; *Hubmann/Rehbinder*, S. 131; *Fromm/Nordemann*, § 16 Rz. 1; *Ulmer*, S. 232; *Köhler*, S. 26, 37, 69; *Kolle*, GRUR Int. 1974, 450; *Kindermann*, GRUR 1983, 157; *Ulmer/Kolle*, GRUR Int. 1982, 499; *Becker/Horn*, DB 1985, 1278; *Wittmer*, S. 147, 166; *Moritz/Tybusseck*, Rz. 230; *Rupp*, GRUR 1986, 147 ff.; v. *Gravenreuth*, GRUR 1986, 722 f.; *Erdmann*, CR 1986, 256; *Röttlinger*, IuR 1987, 271; *Troller*, CR 1987, 356; *Ernestus*, CR 1989, 789; *Katzenberger*, GRUR 1990, 94 f.; *Harte-Bavendamm*, Computerrechtshandbuch, 54 Rz. 61; *Lehmann*, oben I. A, Rz. 13; *ders.*, CR 1991, 151; *ders.*, GRUR Int. 1991, 331; *Marly*, Rz. 111 ff.; *Koch/Schnupp*, S. 187 f.

301 *Preuß*, a. a. O., Fn. 68, S. 243 f.

302 *Hoeren*, Rz. 103 ff.

303 *Brandi-Dohrn*, GRUR 1985, 185; *Bartsch*, CR 1987, 10; *Betten*, Mitt. 1984, 204; *Buchmüller*, a. a. O., Fn. 65, S. 114 ff.

fältigungsrecht eine fortlaufende Kontrolle der Nutzung beim Erwerber eines Werkstücks ermöglicht werde³⁰⁴. Diese Argumente überzeugen nicht.

- 119 Der **Vervielfältigungsbegriff** setzt nicht die Herstellung von verbreitungsfähigen fungiblen Werkstücken voraus, da Werke auch mittels schnell vergänglicher oder verderblicher Materialien (Schnee, Eis, Backwerk)³⁰⁵ körperlich fixiert werden können, für die eine Verbreitung im Sinne von § 17 Abs. 1 UrhG nicht in Frage kommt. Vervielfältigungs- und Verbreitungsrecht sind voneinander unabhängig³⁰⁶. Durch das Einlesen eines Programms in den Arbeitsspeicher ist der Programmnutzer nicht notwendig darauf festgelegt, das Programm anschließend auch ablaufen zu lassen³⁰⁷. Wenn dies auch die primäre Nutzungsart ist, so ist sie doch nicht die einzige. Die Einspeicherung kann genauso gut den Zweck haben, das Programm auf dem Bildschirm zur rückwärtigen Analyse oder zur Vornahme von Änderungen erscheinen zu lassen, Kopien von ihm anzufertigen oder für eine Vielzahl von Programmläufen zu verwahren. Zwar wird durch das Laden des Programms in den Arbeitsspeicher nur eine vorübergehende Kopie geschaffen, die in der Regel wieder gelöscht wird, wenn der Anwender ein neues Programm benutzt oder sein Gerät abschaltet. Dies kann sich aber, je nachdem wie lange er mit dem Programm arbeitet, über viele Stunden hinziehen, so daß auch rein zeitlich die Einspeicherung keine belanglose technische Randerscheinung darstellt³⁰⁸. Auch die nur vorübergehende Vervielfältigung fällt unter § 69c Nr. 1 UrhG. Die Eingabe urheberrechtlich geschützter Werke in Speicher von computergestützten Datenbanken wird einhellig als Vervielfältigung angesehen³⁰⁹. Da eine EDV-Anlage auch gespeicherte Programme wie Daten behandelt³¹⁰, besteht technisch kein Grund für eine verschiedene Behandlung von Programmen und anderen Daten. Wie diese Beispiele belegen, wird beim Einspeichern eines Programms in den Arbeitsspeicher noch von dessen sprachlichem Aspekt Gebrauch gemacht (s. o. Rz. 30); der dem Urheberrecht nicht mehr zugängliche „technische“ Aspekt des Programms kommt erst beim Programmlauf selbst zum Tragen.
- 120 Die Einspeicherung als Vervielfältigungshandlung anzusehen, wird schließlich durch die dargestellte **Interessenlage** gefordert. Nach der Gegenansicht endet die Rechtsmacht des Programmschöpfers, sobald sein Programm in einem Computer eingegeben ist. Von einem Unbefugten, der mittels einer Raubkopie sein Gerät geladen hat, könnte er nicht die Löschung des gespei-

304 *Schricker/Loewenheim*, § 16 Rz. 9; *Loewenheim*, FS für v. Gamm, 1990, S. 432 f. 305 *v. Gamm*, § 16 Rz. 10.

306 *Ulmer*, S. 234; *Schricker/Loewenheim*, § 17 Rz. 7; *Jörg Schneider*, S. 30 f.; *ders.*, CR 1990, 505; *Ernestus*, CR 1989, 785.

307 *Betten*, Mitt. 1984, 204.

308 So aber *Hoeren*, Rz. 104 ff.; hiergegen eingehend *Marly*, Rz. 113 ff.; *Koch/Schnupp*, S. 187 f.

309 Vgl. z. B. *Ulmer*, S. 232; *ders.*, Elektronische Datenbanken und Urheberrecht, 1971, S. 36, 46; *Fromm/Nordemann*, § 16 Rz. 1; *Moritz/Tybusseck*, Rz. 238.

310 *Dworatschek*, S. 51.

cherten Programms verlangen, so daß der Raubkopierer auch nach Herausgabe oder Vernichtung der Kopien es dennoch ablaufen lassen kann³¹¹. Der rechtmäßige Inhaber einer Programmkopie könnte das Programm in die Geräte seines gesamten Bekanntenkreises beliebig oft eingeben oder sie auch nach Beendigung des Überlassungsvertrages weiternutzen, ohne daß der Programmschöpfer mit den Mitteln des Urheberrechts dagegen vorgehen könnte³¹². Diesem wäre jede Kontrolle darüber entzogen, in welchem Umfang, auf welchen Maschinen und von wem sein Programm genutzt wird. Eine solche Kontrolle ist aber prinzipiell erforderlich, damit der Software-Urheber sich den ihm gebührenden Anteil an der wirtschaftlichen Nutzung seines Werkes sichern kann. Auf die potentielle Gefährdung der Interessen von Software-Urhebern durch den Ladevorgang im Hinblick auf die unerlaubte Nutzung, Bearbeitung oder Verfälschung macht auch die EG-Kommission in der Begründung für ihren ursprünglichen Richtlinienentwurf vom 5. Jan. 1989 aufmerksam und spricht sich ebenfalls dafür aus, das Laden des Programms als zustimmungsbedürftige Handlung anzusehen³¹³.

Diese Ansicht hat die Konsequenz, daß jeder Programmiererwerber ein **Nutzungsrecht zur Herstellung von Sicherungskopien und zur Einspeicherung in seinen Computer** erwerben muß, was auch entweder ausdrücklich oder stillschweigend im Software-Überlassungsvertrag geschieht. Die Befürchtung von *Loewenheim*³¹⁴, der Software-Hersteller könne diese Rechtswirkung durch Äußerung eines entgegenstehenden Willens verhindern, ist grundlos. Das Verhalten des Software-Lieferanten, der dem Endabnehmer eine Programmkopie, gleichgültig ob aufgrund eines Kauf- oder Lizenzvertrages, überläßt, weist so eindeutig auf die Gestattung der bestimmungsgemäßen Nutzung dieser Kopie hin, daß man schon nach der bisherigen Rechtslage jede entgegenstehende Willensäußerung als eine unbeachtliche „*protestatio facto contraria*“ werten mußte³¹⁵. Dementsprechend regelt § 69d Abs. 1 UrhG dieses Problem nun in der Weise, daß Vervielfältigungen durch einen Nutzungsberechtigten ohne Zustimmung des Rechtsinhabers angefertigt werden dürfen, wenn sie für die bestimmungsgemäße Nutzung des Programms notwendig sind. Trotz des Vertragsvorbehalts kann diese Regelung nicht gänzlich abgedungen werden. Eine andere Frage ist es dagegen, inwieweit Software-Urheber die von ihnen eingeräumten Vervielfältigungsrechte gemäß § 32 UrhG oder schuldrechtlich beschränken können (dazu unten Rz. 158 ff.).

311 So mit Recht *Moritz/Tybusseck*, Rz. 239; *Marly*, Rz. 124.

312 *Haberstumpf*, CR 1991, 133; *Ernestus*, CR 1989, 784, 789; *Marly*, Rz. 125 f.; auf weitere instruktive Beispiele weist v. *Gravenreuth*, GRUR 1986, 723 hin. Diese Konsequenzen werden von *König*, Rz. 485 ff. zu Unrecht gezeugnet.

313 ABl. Nr. 89/C 91/10, 11.

314 *Schricker/Loewenheim*, § 16 Rz. 9.

315 Ebenso *Hoeren*, Rz. 97 und *Harte-Bavendamm*, Computerrechtshandbuch, 54 Rz. 61; *Malzer*, S. 106.

- 122 cc) Entgegen einer in der Literatur weit verbreiteten Ansicht³¹⁶ stellt der **Ablauf eines Programms selbst keine Vervielfältigungshandlung** dar³¹⁷. Die Ausführung eines Programms geht so vor sich, daß das auf einem externen oder internen Speicher verwahrte Programm in den Arbeitsspeicher übertragen wird, wo die Befehle vom Steuerwerk einzeln abgerufen und im Rechenwerk Schritt für Schritt mit den dazu gehörenden Daten abgearbeitet werden. Beim Ablauf eines als Software im Gehäuse integrierten Programms werden die Befehle von den Halbleiterchips meist direkt abgerufen und ausgeführt, ohne daß sie zuvor eigens in den Arbeitsspeicher eingelesen werden müßten. Nach den vorstehenden Ausführungen ist klar, daß mit diesen Vorgängen nur dann eine urheberrechtliche Vervielfältigung verbunden ist, wenn das Programm von einem externen oder internen Permanentenspeicher (z. B. Diskette oder Festplatte) in den Arbeitsspeicher eingegeben wird. Bei der Ausführung von in der Hardware integrierter Software ist damit eine Vervielfältigung nicht verknüpft. Stellt somit der Programmablauf auch aus technischen Gründen nicht immer und automatisch eine Vervielfältigungshandlung dar, dann kann man diesen Vorgang generell nur dann der Rechtsmacht des Urhebers unterwerfen, wenn man ihn als eine neue, den in § 15 UrhG aufgezählten Rechten vergleichbare Verwertungsart auffaßt³¹⁸. Dies ist aber weder erforderlich noch wünschenswert.
- 123 **Beim Vertrieb von Software im Gehäuse unterliegt der Einbau der Software in die Hardware dem Vervielfältigungsrecht** des Programmurhebers, so daß er sich bereits hier den angemessenen Anteil an der Werknutzung sichern kann. Ein Bedürfnis, darüber hinaus den Programmablauf bei dem Abnehmer der Hardware kontrollieren zu können, besteht nicht mehr. Durch die Wahl dieser Verwertungsart legt sich der Programmschöpfer darauf fest, daß sein Programm das rechtliche Schicksal der Hardware teilt, deren Teil es ist³¹⁹. Seine urheberrechtlichen Interessen sind erst wieder berührt, wenn der Erwerber des Computers die darin integrierte Software auf davon unabhängige Datenträger oder Computergeräte überträgt und so zusätzlich Werkstücke produziert, die mehrfach parallel nutzbar sind; diese Vorgänge sind unzweifelhaft Vervielfältigungshandlungen (s. o. Rz. 116).

316 Köhler, S. 26, 37, 69; Kolle, GRUR Int. 1974, 450; Ulmer/Kolle, GRUR Int. 1982, 499; Kindermann, GRUR 1983, 157; v. Gravenreuth, GRUR 1986, 722; Rupp, GRUR 1986, 147 ff.; Moritz/Tybusseck, Rz. 230 ff.; Becker/Horn, DB 1985, 1278; Ernestus, CR 1989, 789; Harte-Bavendamm, Computerrechtshandbuch, 54 Rz. 61.

317 BGH CR 1991, 86 – Betriebssystem; Haberstumpf, GRUR 1982, 149 ff.; ders., GRUR 1986, 234 f.; Wittmer, S. 149, 166; Hubmann/Preuß, MittHV 1986, 35; Schricker, a. a. O., Fn. 109, S. 219; Röttinger, IuR 1987, 95 f.; ders., IuR 1987, 271; Erdmann, CR 1986, 256; Jörg Schneider, S. 26 ff.; ders., CR 1989, 504 f.; Loewenheim, FS für v. Gamm, 1990, S. 434; Marly, Rz. 127 ff.; Lehmann, oben I. A, Rz. 13; ders., CR 1990, 626 f.; ders., GRUR Int. 1991, 330.

318 So Kindermann, GRUR 1983, 160 f.; Rupp, GRUR 1986, 150; Harte-Bavendamm, Computerrechtshandbuch, 54 Rz. 61.

319 Näher Haberstumpf, CR 1987, 415 f.; Jörg Schneider, S. 138.

Läßt dagegen der Urheber sein **Werk, verkörpert auf einem selbständig verkehrsfähigen Datenträger**, in Verkehr bringen, **muß jeder spätere Nutzer**, bevor er das Programm ablaufen läßt, **spätestens beim Einlesen in den Arbeitsspeicher seines Computers das Vervielfältigungsrecht des Urhebers in Anspruch nehmen**. Dieser kann somit bereits die notwendigen Vorbereitungs-handlungen zum Programmlauf, die ohne seine Zustimmung erfolgen (§ 69c Nr. 1 UrhG), verbieten und seinen angemessenen Anteil an der Werknutzung erzielen. Ein zusätzliches Kontrollrecht hinsichtlich des Programmlaufs selbst ist ebenfalls nicht mehr nötig³²⁰. Bei der Überlassung von Software mittels Datenfernübertragung gilt nichts anderes. Denn auch dann muß der Nutzer das überspielte Programm entweder auf einem internen oder externen Datenträger permanent speichern, um es von dort je nach Bedarf in den Arbeitsspeicher seines Computers eingeben zu können. 124

Die Qualifikation des Programmlaufs als Vervielfältigung muß aber auch aus **rechtssystematischen Gründen** auf erhebliche Bedenken stoßen, weil dadurch das System der urheberrechtlichen Verwertungsrechte verlassen wird. Allen in den §§ 15 ff., 69c UrhG genannten Rechten ist gemeinsam, daß sie sich auf Handlungen oder Vorgänge beziehen, die das geschützte Werk reproduzieren, wiedergeben oder zur Schau stellen. Im Programmlauf wird dagegen das Programm weder reproduziert noch wiedergegeben, sondern ausgeführt³²¹. Am Ende eines Programmlaufs stehen daher Rechenergebnisse der verschiedensten Art, die mit dem benutzten Programm nicht identisch, ja nicht einmal ähnlich sind. Das Ergebnis eines Programmlaufs kann z. B. bestehen in einer Grafik, in Musik, in der Buchhaltung für einen bestimmten Betrieb, in Spielabläufen auf dem Bildschirm, in Änderungen der Geschwindigkeit eines Flugzeuges³²² usw. Er ist daher vergleichbar der Ausführung einer urheberrechtlich geschützten Arbeitsanweisung, die nach allgemeiner Meinung nicht als Verwertungshandlung angesehen wird (s. o. Rz. 49 f., 58). Durch die Einbeziehung des Programmlaufs in das System der Verwertungsrechte würde dem Urheber die Ausführung des im Programm beschriebenen Verfahrens ausschließlich zugewiesen, was sonst nur für den Erfinder nach Erwerb eines Patents möglich ist (§ 9 PatG), womit die Gefahr einer uferlosen Ausdehnung des Urheberrechts in Bereiche heraufbeschworen würde, für die es nicht geschaffen ist³²³. 125

Daß es dennoch zu gewissen Bereichsüberschreitungen zu den technischen Schutzrechten kommen kann, weil der Schöpfer eines urheberrechtlich geschützten Programms, das ausnahmsweise auch eine technische Lehre beinhaltet und somit auch patentfähig ist, die Ausführung des technischen Verfahrens zwar über sein Urheberrecht nicht verbieten, aber über sein Kontroll-

³²⁰ Vgl. eingehend *Haberstumpf*, CR 1987, 414 f.; *Marly*, Rz. 131.

³²¹ *Jörg Schneider*, S. 28. Ähnlich BGH CR 1991, 86 – Betriebssystem.

³²² BGH GRUR 1986, 531 – Flugkostenminimierung.

³²³ *Dietz*, *Bijblad Industriele Eigendom* 1983, 310 f.; *Haberstumpf*, GRUR 1982, 151; *ders.*, GRUR 1986, 234 f.

recht hinsichtlich der Einspeicherung in EDV-Anlagen verhindern kann, muß als Konsequenz der gesetzgeberischen Entscheidung für den Urheberrechtsschutz von Computerprogrammen hingenommen werden.

Die Gesetzesänderung zwingt nicht zu der Annahme, daß auch der Programmaufschlüsselung selbst der Rechtsmacht des Urhebers unterfällt. Praktische Auswirkungen hätte die Gegenansicht nur für den Fall des Ablaufs von integrierter Software (s. o. Rz. 122). Zwar wird diese Auffassung von der EG-Kommission in der Begründung des Entwurfs vom 5. Januar 1989 für den Ablauf von integrierter Software favorisiert³²⁴, wobei sie jedoch gleichzeitig konzediert, daß in diesem Fall, um mit dem Programm zu arbeiten, vielleicht eine Vervielfältigung nicht mehr erforderlich sei. Wie aber ausgeführt wurde, besteht aus urheberrechtlicher Sicht kein Bedürfnis, den Ablauf von Software im Gehäuse durch den Urheber zu kontrollieren. Dies hätte vielmehr lediglich die Auflösung des tradierten Vervielfältigungsbegriffs zur Folge (s. o. Rz. 112), ohne daß ein irgendwie sichtbarer Vorteil für die Software-Urheber dagegenstünde.

c) Das Verbreitungsrecht

- 126 aa) Aufgrund seines Verbreitungsrechts nach § 69c Nr. 3 S. 1 UrhG, der mit § 17 Abs. 1 UrhG übereinstimmt, hat der Programmschöpfer die ausschließliche Befugnis, das Original oder Vervielfältigungsstücke seines Werkes der Öffentlichkeit anzubieten oder in Verkehr zu bringen. Das in § 69c Nr. 3 S. 1 UrhG neu geschaffene Vermietrecht führt zu einer Änderung der bisherigen Rechtslage nur hinsichtlich der Weiterverbreitung von Programmexemplaren mit der Folge, daß die §§ 17 Abs. 2 und 27 UrhG insoweit nicht mehr anwendbar sind. Das Vermietrecht ist daher im Zusammenhang mit dem Erschöpfungsgrundsatz zu behandeln (s. u. Rz. 135 f.). Das erstmalige öffentliche Verbreiten von Werkstücken durch Vermieten oder Verleihen unterfällt schon nach der bisherigen Rechtslage dem Verbreitungsrecht des § 17 Abs. 1 UrhG.

Ein **Angebot an die Öffentlichkeit** liegt vor, wenn Werkexemplare in Geschäften, Katalogen, Prospekten, Inseraten usw. dem Kunden zum Verkauf oder zur Besitzüberlassung (Verleihen, Vermieten) dargeboten werden. Hierbei kommt es nicht darauf an, daß die Werkstücke zur Zeit des Angebots bereits hergestellt sind, das Anbieten zur alsbaldigen Herstellung und Lieferung genügt³²⁵. Mit **Inverkehrbringen** ist die Besitzüberlassung an die Öffentlichkeit gemeint. Der Begriff der Öffentlichkeit im Sinne von § 17 Abs. 1 UrhG ist grundsätzlich nach der Legaldefinition des § 15 Abs. 3 UrhG zu bestimmen, die jedoch bei der hier vorliegenden körperlichen Verwertung nur sinngemäß heranzuziehen ist. Danach ist es nicht erforderlich, daß das Werk gleichzeitig gegenüber einer Mehrzahl von Personen verwertet wird. Die Verbreitung in Form des Inverkehrbringens erfolgt nämlich grundsätzlich nur im Wege der Einzel-

324 ABl. Nr. 89/C 91/11.

325 BGH CR 1991, 405 – Einzelangebot; *Schricker/Loewenheim*, § 17 Rz. 4; a. A. *Harte-Bavendamm*, Computerrechtshandbuch, 54 Rz. 69.

verbreitung. Dementsprechend muß das Angebot an die Öffentlichkeit nicht an eine Mehrzahl von Interessenten gerichtet sein. Auch ein Einzelangebot kann ein öffentliches sein, wenn es an einen der Öffentlichkeit angehörigen Dritten adressiert wird, zu dem keine persönlichen Bindungen bestehen³²⁶.

bb) Das Verbreitungsrecht findet im Interesse des Rechtsverkehrs seine Grenze am **Erschöpfungsgrundsatz** des § 17 Abs. 2 UrhG, welcher zwingendes Recht ist: Sind Werkstücke mit Zustimmung des Berechtigten im Wege der Veräußerung in Verkehr gebracht worden, so ist ihre Weiterverbreitung zulässig. § 17 Abs. 2 UrhG, der nur die Erschöpfung des inländischen Verbreitungsrechts zur Folge hat, wird auf den Bereich des Gemeinsamen Marktes erweitert durch den **Grundsatz der gemeinschaftsrechtlichen Erschöpfung**, den der EuGH entwickelt hat³²⁷ und der jetzt für Computerprogramme in den Gesetzestext (§ 69c Nr. 3 S. 2 UrhG) aufgenommen wurde: Auch solche Werkexemplare dürfen weiterverbreitet werden, die durch den Rechtsinhaber oder mit seiner Zustimmung in einem Mitgliedstaat der Gemeinschaft in den Verkehr gebracht wurden³²⁸. Über die Reichweite des Erschöpfungsgrundsatzes beim Vertrieb von Software-Erzeugnissen herrschen mancherlei Unklarheiten³²⁹.

Unter **Veräußerung** im Sinne von § 17 Abs. 2 UrhG ist die Überlassung der tatsächlichen Gewalt über Werkstücke zu verstehen, bei der der Veräußerer zu erkennen gibt, daß er die Kontrolle über deren Verbleib nicht mehr ausüben will³³⁰. Darunter fällt vor allem die Eigentumsübertragung einschließlich der Veräußerung unter Eigentumsvorbehalt, nicht dagegen die vorübergehende miet- oder leihweise Besitzüberlassung und die Sicherungsübereignung³³¹; diese Vorgänge erfahren durch das neu eingeführte Vermietrecht eine gesonderte Behandlung (s. u. Rz. 135 f.). Beim Vertrieb von Software-Produkten ist eine Veräußerung beispielsweise gegeben, wenn Software als Bestandteil der Hardware³³² oder verkörpert auf selbständig verkehrsfähigen Datenträgern zusammen mit der vom gleichen Hersteller gelieferten Hardware (sog. gebündelte Überlassung) zu Eigentum übertragen wird, ferner wenn allein Programmkopien zum Verbleib auf Dauer verkauft werden³³³. Aber auch

326 BGH CR 1991, 405 – Einzelangebot.

327 EuGH GRUR Int. 1982, 376 – Polydor/Harlequin; GRUR Int. 1981, 230 – Gebührendifferenz II; GRUR Int. 1983, 645 – Handtaschenmodell; BGH GRUR Int. 1981, 564 – Schallplattenimport.

328 Wegen Einzelheiten vgl. *Schricker/Loewenheim*, § 17 Rz. 32 ff.

329 Vgl. die Kritik von *Kindermann* an der Begründung des Urteils des LG Bielefeld, CR 1986, 444/446 ff.

330 Begründung des Regierungsentwurfs 1965, BT-Drucks. IV/270, S. 48. Zu den Kriterien, die für eine Veräußerung sprechen, s. *Harte-Bavendamm*, Computerrechtshandbuch, 54 Rz. 79 und *Jörg Schneider*, S. 132 ff.

331 Vgl. näher *Schricker/Loewenheim*, § 17 Rz. 17 f.

332 *Jörg Schneider*, S. 138; *Harte-Bavendamm*, Computerrechtshandbuch, 54 Rz. 82; a. A. mit unhaltbarer Begründung *Moritz/Tybusseck*, Rz. 355 ff.

333 *Kindermann*, GRUR 1983, 152: Vertriebsform (4), (1), (3); *Jörg Schneider*, S. 133 f., 138 ff.

wenn Programmexemplare im Rahmen eines Lizenzvertrages überlassen werden³³⁴, so spricht dies allein noch nicht gegen eine Veräußerung im Sinne von § 17 Abs. 2 UrhG³³⁵, weil es grundsätzlich nicht darauf ankommt, welches schuldrechtliche Verpflichtungsgeschäft der Besitzeinräumung an Werkstücken zugrundeliegt³³⁶; nur wenn der Lizenzgeber dem -nehmer befugtermaßen die Verpflichtung auferlegt, nach Beendigung des Vertrages die Programmkopie zurückzugeben oder zu vernichten oder auf andere Weise zu erkennen gibt, daß er sich nicht endgültig der Verfügungsmöglichkeit über sie begeben will, tritt die Erschöpfungswirkung nicht ein.

- 129 **Berechtigter im Sinne von § 17 Abs. 2 UrhG** sind der Urheber und jeder, der von ihm ein Recht zur Verbreitung der Werkstücke ableiten kann. Das Verbreitungsrecht kann gemäß § 32 UrhG räumlich, zeitlich oder inhaltlich beschränkt eingeräumt werden (näher unten Rz. 158). Solche dinglich wirkenden Beschränkungen haben u. a. die Konsequenz, daß die Erschöpfung nur hinsichtlich des beschränkt eingeräumten Teils des Verbreitungsrechts eintritt, nicht aber hinsichtlich der Teile, die von der Rechtseinräumung ausgenommen wurden; insoweit fehlt es an der Zustimmung des Berechtigten³³⁷. Zu beachten ist allerdings, daß nur solche Beschränkungen sich auf den Eintritt der Erschöpfung auswirken, die auf die Erstverbreitung bezogen sind. Die Art und Weise der Weiterverbreitung ist dagegen nicht mehr beschränkbar³³⁸. § 17 Abs. 2 UrhG enthält zwingendes Recht. Der Erschöpfungsgrundsatz erfaßt jedoch nicht das Vervielfältigungsrecht des Programmurhebers und nicht sein Verbreitungsrecht hinsichtlich anderer vom Erwerber – z. B. zur Sicherung – selbst hergestellter Programmkopien³³⁹; ebenso nicht die Weiterverbreitung in Ausübung des Vermietrechts.
- 130 **Im Einzelnen** hat § 17 Abs. 2 UrhG für den Vertrieb von Software-Produkten folgende Auswirkungen: Ein Programmurheber, der sein Werk als integrierten Teil eines Computers vertreiben läßt, kann einem Erwerber nicht verbieten, daß dieser das Gerät an dritte Personen weiterverbreitet, die wiederum ohne Zustimmung des Urhebers die integrierte Software beim Programmlauf nutzen können, weil damit eine urheberrechtliche Vervielfältigung nicht verbunden ist.
- 131 Ebenso ist unter den Voraussetzungen des § 17 Abs. 2 UrhG der Erwerber eines selbständig verkehrsfähigen Datenträgers zur Weiterverbreitung befugt. Anders als im Fall des Vertriebs von Software im Gehäuse muß aber jeder

334 *Kindermann*, GRUR 1983, 152; Vertriebsform (2).

335 So mit Recht *Buchmüller*, a. a. O., Fn. 65, S. 121 f.; *Lehmann*, BB 1985, 1210; a. A. *Ulmer/Kolle*, GRUR Int. 1982, 499.

336 *Schricker/Loewenheim*, § 17 Rz. 17; *Jörg Schneider*, S. 136.

337 Wegen Einzelheiten vgl. *Schricker/Loewenheim*, § 17 Rz. 22 ff.

338 BGH CR 1986, 451 – Schallplattenvermietung, OLG Frankfurt CR 1991, 92.

339 *Kindermann*, CR 1986, 446 ff.; *ders.*, GRUR 1983, 159; *Ulmer/Kolle*, GRUR Int. 1982, 499; *Harte-Bavendamm*, Computerrechtshandbuch, 54 Rz. 86.

spätere Erwerber einer solchen weiterverbreitungsfähigen Programmkopie das nicht erschöpfte Vervielfältigungsrecht des Urhebers in Anspruch nehmen, um Sicherungskopien anfertigen und das Programm in seinen Computer einspeichern zu dürfen. **Die Befugnis zur bestimmungsgemäßen Nutzung des weiterverbreiteten Programmexemplars** erhalten Zweit- oder Dritterwerber durch stillschweigende oder ausdrückliche Weiterübertragung der entsprechenden Nutzungsrechte mit Zustimmung des Programmurhebers nach §§ 34, 35 UrhG.

Eine **stillschweigende Zustimmung des Urhebers zur Weiterübertragung** wird man immer dann annehmen können, wenn der Ersterwerber unter Weitergabe seiner Lieferkopie seine erworbenen Vervielfältigungsrechte vollständig an den Zweiterwerber überträgt. Dann ist gewährleistet, daß der Ersterwerber nicht mehr zur Vervielfältigung befugt ist und der Zweiterwerber voll an seine Stelle tritt. Das Programm wird so nacheinander von verschiedenen Personen genutzt. Da der Programmurheber diese Nutzung beim Inverkehrbringen der Lieferkopie erlaubt und hierfür vom Ersterwerber bereits sein Entgelt erhalten hat, besteht für ihn kein billigenswertes Interesse, seine Zustimmung zur Weiterübertragung zu verweigern, da er sich sonst widersprüchlich verhalten³⁴⁰ und der Erschöpfungsgrundsatz umgangen werden würde. Von einer stillschweigenden Zustimmung des Urhebers kann man dagegen nicht für den Fall ausgehen, daß der Ersterwerber seine Vervielfältigungsrechte nicht vollständig an den Zweiterwerber weitergibt, sondern sich neben diesem die Nutzung des Programms vorbehält. Hierfür bedarf es der ausdrücklichen Zustimmung des Urhebers, der so die beabsichtigte zeitlich parallele Mehrfachnutzung verhindern oder von einer Vergütung abhängig machen kann. 132

Die vorstehenden Grundsätze können nicht einfach dadurch umgangen werden, daß der Software-Urheber oder Lieferant die Übertragbarkeit der eingeräumten Nutzungsrechte durch ausdrückliche Erklärung, etwa in seinen AGB, ausschließt oder von Bedingungen abhängig macht³⁴¹. Der **Ausschluß der Weiterveräußerung** ist zwar prinzipiell nach § 34 Abs. 4 UrhG möglich³⁴², stößt aber in Fällen der vorliegenden Art auf erhebliche Bedenken. Der Erwerber eines unter den Voraussetzungen des § 17 Abs. 2 UrhG veräußerten Programmexemplars besitzt zwar die nicht ausschließbare Befugnis zur Weiterveräußerung³⁴³, diese ist jedoch für ihn und jeden Zweit- oder Dritterwerber nutzlos, wenn nicht die zur bestimmungsgemäßen Nutzung des Werkstücks 133

³⁴⁰ *Bartsch*, CR 1987, 9, 10 Fn. 13; *Jörg Schneider*, S. 126; *Harte-Bavendamm*, Computerrechtshandbuch, 54 Rz. 83; vgl. auch *Kindermann*, GRUR 1983, 159.

³⁴¹ Zum Wortlaut diesbezüglicher Klauseln *Bartsch*, CR 1987, 8; *Hoeren*, Rz. 126 und vor allem die umfassende und in die Tiefe gehende Darstellung bei *Marly*, Rz. 680 ff. und *Schmidt*, unten XV., Rz. 67 ff.

³⁴² *Schricker/Schricker*, § 34 Rz. 13.

³⁴³ Im Hinblick auf § 17 Abs. 2 UrhG können solche Weitergabeverbote nur schuldrechtlichen Charakter haben: *Jörg Schneider*, S. 128; *Hoeren*, Rz. 150; *Marly*, Rz. 681 ff.

erforderlichen Nutzungsrechte mitübergehen können. Klauseln, die die Übertragbarkeit der Vervielfältigungsrechte völlig ausschließen, setzen auf diese Weise den grundlegenden Erschöpfungsgrundsatz faktisch außer Kraft. Maßgebend ist auch, daß der Veräußerung von Programmemplaren im Sinne von § 17 Abs. 2 UrhG in der Regel Verträge zugrunde liegen, in denen dem Kunden Software gegen einmaliges Entgelt auf Dauer zur freien Verfügung überlassen wird und die die Rechtsprechung mit Recht zumindest als kaufrechtsähnliche Verträge qualifiziert³⁴⁴. Mit der Anwendung des Kaufrechts als Leitbild wäre es nicht vereinbar, wenn der Kunde gehindert würde, die Software einem Dritten zu übertragen³⁴⁵. Aus diesen Gründen können pauschale Weiterveräußerungsverbote jedenfalls als Formulklauseln nach § 9 Abs. 2 AGBG immer dann keine rechtliche Verbindlichkeit erlangen, wenn ein Sachverhalt vorliegt, der wirtschaftlich einer „Veräußerung“ gleichkommt³⁴⁶. Wegen der gleichen Interessenlage gilt dies daher auch für die kaufrechtsähnliche Überlassung von Software im Wege der Datenfernübertragung, bei der dem Kunden ohne Aushändigung eines körperlichen Werkstücks das Programm direkt in dessen EDV-Anlage eingespeist wird³⁴⁷. Es werden folglich nur solche Klauseln wirksam sein, die darauf abzielen und sicherstellen sollen, daß keine zeitlich parallele Mehrfachnutzung durch verschiedene Personen stattfindet (s. o. Rz. 113). Individualvertragliche Weiterveräußerungsverbote, die grundsätzlich wirksam sind, unterliegen aber der uneingeschränkten kartellrechtlichen Überprüfung nach Maßgabe der §§ 15, 18 GWB und der Behinderungsverbote der §§ 26 Abs. 2, 22, 37a Abs. 3 GWB³⁴⁸. Unter den Voraussetzungen des § 34 GWB ist ferner die Schriftform erforderlich³⁴⁹.

- 134 Den Eintritt der Erschöpfung mit den dargestellten Auswirkungen kann der Software-Urheber nur dadurch vermeiden, daß er die Software nicht durch Veräußerung, sondern durch **vorübergehende Überlassung im Rahmen eines Miet- oder Lizenzvertrages** in Verkehr bringt oder bringen läßt. Der in solchen Verträgen zulässige Ausschluß der Übertragbarkeit der Nutzungsrechte kann jedoch auch hier Probleme aufwerfen, wenn die Software zusammen mit der

344 BGH CR 1988, 126 f.; BGH CR 1990, 26 f.; Köhler/Fritzsche, unten XIII., Rz. 32.

345 Hoeren, Rz. 163; Jörg Schneider, S. 135 f.; Jochen Schneider, D Rz. 94, G Rz. 54 f.; Lehmann, BB 1985, 1210; Malzer, S. 130 ff.; Marly, Rz. 693 ff.

346 OLG Nürnberg NJW 1989, 2635; eingehend und überzeugend Marly, Rz. 693 ff.; vgl. ferner Bartsch, CR 1987, 8 ff.; Lehmann, BB 1985, 1210; Schmidt, unten XV., Rz. 68; Köhler/Fritzsche, unten XIII., Rz. 61; Hoeren, Rz. 163; Jochen Schneider, G Rz. 55; Malzer, S. 133. Bedenklich demgegenüber OLG Frankfurt in Zahn, EDV-Rechtsprechung (2/90), Beilage 24 zu Heft 19 des BB 1990, S. 8 ff. Die gegenteilige Prämisse, bei der Überlassung von Software handele es sich stets um einen Know-how-Lizenzvertrag (a. a. O. Rz. 342).

347 Bartsch, CR 1987, 10 f.; Jörg Schneider, S. 131 ff.; Jochen Schneider, D Rz. 87, G Rz. 55; vgl. in diesem Zusammenhang BGH CR 1990, 26 f.

348 So überzeugend Jörg Schneider, S. 184 ff. und Lehmann, BB 1985, 1210 ff.

349 Lehmann, unten XVI., Rz. 5; Marly, Rz. 687, 303 ff.

Übertragung des Eigentums an einem Computergerät überlassen wird³⁵⁰. Kann in einem solchen Fall die weiterverbreitungsfähige Hardware nur mit dieser Software vertrieben werden, hat der Ausschluß der Übertragbarkeit faktisch die Unveräußerlichkeit des Computergerätes zur Folge und behindert den Handel mit gebrauchter Hardware erheblich³⁵¹. Weitergabeverbote mit diesen Auswirkungen sind daher ebenfalls nach den oben dargestellten Grundsätzen zu behandeln. Anders gestaltet sich die Rechtsgrundlage dagegen, wenn die Hardware auch ohne die mitüberlassene Software verkäuflich ist, z. B. weil auf dem Markt diese oder vergleichbare Software-Erzeugnisse erhältlich sind³⁵².

cc) Mit der Einführung des im deutschen Recht bislang unbekanntes ausschließlichen **Vermietrechts**³⁵³ nimmt der deutsche Gesetzgeber entsprechend dem Auftrag in Art. 4c der Computerrechtsrichtlinie die europäische Entwicklung³⁵⁴ zugunsten der Schaffung eines solchen Rechts vorweg. Eine Regelung der Ausleihfähigkeit in öffentlichen Bibliotheken, die keinen Erwerbszwecken dient, blieb entgegen dem ursprünglichen Kommissionsvorschlag vom 5. Jan. 1989³⁵⁵ ausgeklammert. Dies wird die kommende europäische Vermietrechtsrichtlinie nachholen, die zwar dem Urheber auch ein ausschließliches Verleihrecht zuerkennen, den Mitgliedstaaten aber gestatten wird, aus kulturellen oder anderen Gründen Ausnahmen dann vorzusehen, wenn die Urheber zumindest eine angemessene Vergütung für dieses Verleihen erhalten. Mit Rücksicht auf die bestehende Vermietpraxis erstreckt sich das neu eingeführte Vermietrecht gemäß § 137d Abs. 1 S. 2 UrhG nicht auf Vielfältigungstücke, die ein Dritter vor dem 1. Jan. 1993 zum Zweck der Vermietung erworben hat (BT-Drucks. 12/4597, S. 3).

Die Einführung des Vermietrechts hat zur Folge, daß die Weitervermietung von Programmexemplaren auch dann der absoluten Rechtsmacht des Urhebers unterliegt, wenn an sich die Erschöpfung des Verbreitungsrechts hinsichtlich dieser Werkstücke eintreten würde. Die Weitervermietung, für die nach dem nicht mehr anwendbaren § 27 UrhG nur ein Vergütungsanspruch

350 Vgl. die instruktiven Fälle: LG Bielefeld CR 1986, 444 ff. mit Anm. *Kindermann*; OLG München BB 1988, 585 f.; OLG Nürnberg NJW 1989, 2634 f.; OLG Frankfurt oben Fn. 346.

351 Zur Bedeutung dieses Marktes *Jörg Schneider*, S. 85 ff.

352 Die vom BGH CR 1987, 363, gemachten Ausführungen können auf diese Fallkonstellation übertragen werden; vgl. auch die Anm. in IuR 1986, 461 zu dem Urteil des LG Bielefeld (Fn. 350); *Lehmann*, CR 1987, 422 f.

353 Die Bundesregierung stand der Einführung eines generellen Vermietrechts vorher ablehnend gegenüber: Bericht der Bundesregierung vom 7. 7. 1989, BT-Drucks. 11/4929, S. 27 ff.

354 Grünbuch über Urheberrecht und die technologische Herausforderung vom 23. 8. 1988 – KOM (88) 172 endg. – Ziff. 4.5 ff.; Vorschlag für eine Richtlinie des Rates zum Vermietrecht, Verleihrecht und zu bestimmten verwandten Schutzrechten vom 5. 12. 1990 – KOM (90) 586 endg. – SYN 319. Dazu v. *Lewinski*, GRUR Int. 1991, 104 ff.

355 KOM (88) 816 endg. – SYN 183, Abl. Nr. 89/C 91/12.

vorgesehen war, wird dadurch vom Erschöpfungsgrundsatz ausgenommen und zu einem ausschließlichen und absoluten Verwertungsrecht aufgewertet. Unter „**Vermietung**“ versteht die Richtlinie die „Überlassung eines Computerprogramms oder einer Kopie davon zur zeitweiligen Verwendung und zu Erwerbszwecken“; der öffentliche Verleih wird davon nicht erfaßt³⁵⁶. Die in der Richtlinie verwendeten Begriffe des Vermietens und Verleihens decken sich somit nicht mit den bürgerlich-rechtlichen Begriffen der Miete oder der Leihe. Die Abgrenzung erfolgt daher nicht danach, ob die zeitweilige Gebrauchsüberlassung entgeltlich oder unentgeltlich geschieht, sondern danach, ob sie Erwerbszwecken dient oder nicht³⁵⁷. Vermietung im Sinne der Richtlinie und damit im Sinne von § 69c Nr. 3 UrhG kann folglich auch die unentgeltliche Gebrauchsüberlassung sein, sofern sie die wirtschaftlichen Interessen des Überlassenden fördert³⁵⁸. Vertragliche Vereinbarungen, die die Weitervermietung von Programmexemplaren ausschließen oder beschränken, sind, auch wenn sie in AGB-Klauseln enthalten sind, daher grundsätzlich von der Rechtsmacht des Software-Urhebers gedeckt und zulässig.

d) Öffentliche Werkwiedergabe

- 137 Wenn auch das Recht zur körperlichen Verwertung (§ 15 Abs. 1 Nr. 1 und 2 UrhG) bei der Vermarktung von Software-Produkten eindeutig im Vordergrund des Interesses steht, ist im Hinblick auf die Entwicklung neuer Textkommunikationsdienste nicht auszuschließen, daß auch dem Recht des Urhebers, das Werk in unkörperlicher Form mittels Sendung der Öffentlichkeit zugänglich zu machen (§§ 15 Abs. 2, 20 UrhG), größeres Gewicht zukommen wird. Dem Endabnehmer können Software-Erzeugnisse auch durch **Datenfernübertragung**, d. h. per Drahtfunk oder drahtlos, übermittelt werden. Sofern dieser über sein Empfangsgerät eine Kopie herstellt, liegt jedoch eine Vervielfältigung vor, ohne daß das Senderecht des Software-Urhebers in Anspruch genommen werden muß³⁵⁹.
- 138 An einen **Eingriff in das Senderecht** könnte aber gedacht werden, wenn bei einer weiteren Verbreitung von Kommunikationsdiensten, etwa des Bildschirmtextes, auch Software-Erzeugnisse für eine große Zahl von Nutzern bereitgehalten werden, bei denen ein mehrfacher Abruf praktisch zur gleichen Zeit möglich ist³⁶⁰. Im einzelnen tauchen aber in diesem Zusammenhang

356 16. Erwägungsgrund zur Computerrechtsrichtlinie, ABl. Nr. 91/L 122/43.

357 Vgl. näher v. *Lewinski*, GRUR Int. 1991, 108, im Hinblick auf die gleichlautenden Definitionen von „Vermietung“ und „Verleihen“ nach Art. 1 der kommenden Vermietungsrichtlinie.

358 Vgl. *Schricker/Loewenheim*, § 27 Rz. 8.

359 Ebenso *Harte-Bavendamm*, Computerrechtshandbuch, 54 Rz. 90; unzutreffend insoweit *Kindermann*, GRUR 1983, 156.

360 *Katzenberger* in Bullinger (Hrsg.), Rechtsfragen der elektronischen Textkommunikation, 1984, S. 105 ff.; *Schricker*, a. a. O., Fn. 109, S. 221; vgl. auch *Schricker/v. Ungern-Sternberg*, § 20 Rz. 21.

noch so viele klärungsbedürftige Rechtsfragen auf, daß eine abschließende urheberrechtliche Beurteilung noch nicht möglich erscheint und die weitere technische Entwicklung abgewartet werden sollte.

e) Bearbeitungsrechte und freie Benutzung

Vervielfältigungs- und Verbreitungsrecht beziehen sich auf Gestaltungen, die das Werk in identischer oder unschöpferisch veränderter Bedeutung repräsentieren. Zu den Verwertungsrechten eines Programmschöpfers zählt aber auch das **Bearbeitungsrecht**, das ihn in die Lage versetzt, der unerlaubten Verwertung schöpferisch umgestalteter oder bearbeiteter Versionen seines Werkes entgegenzutreten (§§ 3, 23, 69c Nr. 2 UrhG). Der demgegenüber in der Literatur häufig vertretenen Ansicht³⁶¹, das Bearbeitungsrecht des Urhebers erstrecke sich ebenfalls auf unschöpferische Veränderungen des Werkes, ist nicht zu folgen. Sie entspricht weder dem Willen des Gesetzgebers noch der Systematik des Gesetzes³⁶²; für sie besteht auch kein Bedürfnis. Unschöpferische Werkänderungen unterfallen bereits dem negativen Verbotsrecht des Urhebers, das aus den Verwertungsrechten der §§ 16 bis 22 UrhG fließt, und dürfen schon deshalb nur mit seiner Zustimmung verwertet werden. Über sein Recht, das Werk in unschöpferisch umgestalteter Form zu nutzen, kann der Urheber durch eine Änderungsvereinbarung nach § 39 Abs. 1 UrhG verfügen, so daß insoweit kein Grund besteht, diesen Vorgang zusätzlich § 23 UrhG zu unterwerfen.

Der Einwilligung des Werkschöpfers bedürfen nach § 23 S. 1 UrhG nur die Veröffentlichung oder Verwertung des bearbeiteten oder umgestalteten Werkes, nicht die Herstellung der Bearbeitung oder Umgestaltung selbst³⁶³. Diese Regelung, die der Gesetzgeber aus Praktikabilitätsgründen getroffen hatte, wurde durch die Fassung des neuen § 69c Nr. 2 UrhG für Computerprogramme abgeändert. Für diese Werke unterfällt dem Bearbeitungsrecht **auch bereits die Erstellung der Bearbeitung**³⁶⁴.

Das Bearbeitungsrecht findet seine Grenze in dem Recht jedermanns, ein fremdes Werk im Sinne von § 24 UrhG frei zu benutzen. Eine freie Benutzung liegt vor, wenn die Individualität des benutzten Werkes in den Hintergrund tritt und gegenüber der Individualität des neu geschaffenen Werkes verblaßt³⁶⁵. Die **Abgrenzung zwischen Bearbeitung und freier Benutzung** ist im Einzelfall nicht immer leicht zu treffen. Sie erfordert eine umfassende Abwägung der Interessen der Allgemeinheit am wissenschaftlichen und techni-

³⁶¹ v. Gamm, § 23 Rz. 8; Fromm/Nordemann, § 3 Rz. 1, § 23 Rz. 1; Schrickler/Loewenheim, § 23 Rz. 4; Hoeren, Rz. 253 ff.; König, GRUR 1989, 565 f.; Ilzhöfer, CR 1990, 580.

³⁶² Haberstumpf, CR 1991, 135 f.

³⁶³ BT-Drucks. IV/270, S. 51; Schrickler/Loewenheim, § 23 Rz. 20, 25 f.

³⁶⁴ Begründung des Regierungsentwurfs, BT-Drucks. 12/4022, S. 11.

³⁶⁵ BGH GRUR 1958, 404 – Lili Marleen; GRUR 1959, 381 – Gasparone; GRUR 1965, 47 – Stadtplan.

schen Fortschritt mit den Interessen der Software-Schöpfer, vor der Aneignung und Ausbeutung ihrer individuellen Leistungen durch andere geschützt zu werden. Wegen der herausgehobenen Stellung der wissenschaftlichen Belange ist der Spielraum für eine freie Benutzung von Software-Erzeugnissen zu wissenschaftlichen Zwecken größer als bei sonstigen Werken (s. o. Rz. 75). Ein strengerer Maßstab ist dagegen anzulegen, wenn schöpferisch veränderte Software-Produkte lediglich die wirtschaftlichen Interessen des Benutzenden fördern sollen³⁶⁶. Wie beim sonstigen Werkschaffen auch hängt der Schutzzumfang eines Software-Programms ferner von dem Maß seiner Individualität ab; von besonders originellen Werken ist ein überdurchschnittlich weiter Abstand zu halten, während bei Werken von niedriger Individualität bereits geringere schöpferische Zusätze genügen können, um die schöpferische Eigenart des benutzten Werkes in den Hintergrund treten zu lassen³⁶⁷.

- 142 **Im Streitfall wird sich die Abgrenzungsproblematik meist nur mit Hilfe Sachverständiger klären lassen.** Die Praxis hat aber gezeigt³⁶⁸, daß es durchaus möglich ist, ungeachtet des genauen quantitativen Ausmaßes identischer oder abweichender Merkmale zu bestimmen, ob ein früheres Werk noch als Anregung für eigenes schöpferisches Programmieren diene oder ob in dem jüngeren Werk wesentliche Züge des älteren wiederkehren. In praktisch allen komplexeren Programmen findet sich nämlich eine so große Anzahl willkürlich gewählter Details, von Unvollkommenheiten oder gar bewußt eingebauter Fallen, daß sich im Falle einer unfreien Benutzung sehr schnell eine beweiskräftige Häufung von Übereinstimmungen ergibt³⁶⁹.
- 143 Die Frage, ob Vervielfältigungen, schöpferische Bearbeitungen oder freie Benutzungen vorliegen, kann bereits im Prozeß der Software-Entwicklung praktische Relevanz gewinnen, wenn die hierbei Tätigen nicht als Miturheber und nicht in abhängiger Position für denselben Arbeitgeber oder Dienstherren schaffen. In der Literatur³⁷⁰ werden zum **Verhältnis zwischen den in den einzelnen Entwicklungsphasen entstehenden Dokumentationen** unterschiedliche Auffassungen vertreten. Der BGH³⁷¹ qualifiziert die generelle Problemlösung als das eigentliche Werk und sieht den eigenschöpferischen Datenflußplan als deren abhängige Bearbeitung (§ 3 UrhG) an, während der Programmablaufplan sowie die Kodierung als unfreie Benutzung in Form der Vervielfältigung zu beurteilen sind. Wenn auch die Aussage des BGH sicherlich in vielen Fällen die rechtliche Situation zutreffend wiedergibt, darf nicht außer

366 Haberstumpf, UFITA 95 (1983), 244.

367 S. o. Rz. 84 und Kölle, GRUR 1982, 454; Sieber, BB 1983, 985.

368 OLG Frankfurt CR 1986, 20 ff. – Baustatikprogramme; LG Kassel BB 1983, 992.

369 Vgl. OLG Frankfurt CR 1986, 20 ff. – Baustatikprogramme; LG München I CR 1986, 386; BGH CR 1990, 189 – Programmübernahme; Harte-Bavendamm, Computerrechtshandbuch, 54 Rz. 92; ders., a. a. O., Fn. 239, § 42 Rz. 221 und 190; Kindermann, a. a. O., Fn. 109, S. 68 f.

370 Köhler, S. 60–80; Axster/Axster, BB 1967, 611; Buchmüller, a. a. O., Fn. 65, S. 53 ff.

371 BGH CR 1985, 31 – Inkassoprogramm.

acht gelassen werden, daß nicht selten eine andere Beurteilung Platz greifen kann, so daß diese Frage einer abschließenden und für alle Fälle passenden Beantwortung nicht zugänglich ist. Wie sich das Verhältnis zwischen den Software-Entwicklungsphasen urheberrechtlich konkret gestaltet, hängt nämlich davon ab, ob das Ergebnis einer bestimmten Entwicklungsstufe überhaupt dokumentiert wird, was nicht immer der Fall ist (s. o. Rz. 21), und wie detailliert es ausgearbeitet und formuliert wird. Ferner ist es durchaus möglich, daß der schöpferische Abstand zwischen einer etwa im Pflichtenheft oder im Grobentwurf dokumentierten allgemeinen Problemlösung und der Programmbeschreibung so groß ist, daß von einer Bearbeitung nicht mehr gesprochen werden kann, sondern von einer freien Benutzung ausgegangen werden muß. Generelle Problemlösungen, d. h. Algorithmen hoher Allgemeinstufe, lassen nämlich immer eine Vielzahl von Wahl- und Entscheidungsmöglichkeiten offen, wie sie zu einem konkreten ablauffähigen Programm verfeinert werden können³⁷².

Dies kann annäherungsweise anhand folgenden **Beispiels** erläutert werden: 144

Gegeben sei die Aufgabe, wie man von München nach Rom gelangt. Die generelle Problemlösung möge lauten: Man nehme den Landweg über Kufstein, Innsbruck, Brenner, Verona, Bologna, Florenz. Man kann sich leicht vorstellen, daß auf deren Grundlage ausgearbeitete und an verschiedenen Bedürfnissen orientierte Wegbeschreibungen völlig verschieden ausfallen können. Für einen Manager, der daran interessiert ist, möglichst schnell von München nach Rom zu gelangen, wird es ausreichen, der obigen Wegbeschreibung Hinweise auf die zwischen den Orten bestehenden Autobahnverbindungen hinzuzufügen, so daß die daraus resultierende konkrete Problemlösung sich stark an die generelle anlehnt. Ganz anders ist die Sachlage im Falle eines kunst- oder naturliebenden Touristen, der für seine Reise Zeit hat. Für diesen wird nur eine Wegbeschreibung geeignet sein, die unter Einbeziehung von Nebenstrecken und Umwegen die in der Umgebung der vorgeschlagenen Route vorhandenen Naturdenkmäler oder kulturellen Sehenswürdigkeiten darstellt; diese wird daher so viele konkrete Einzelheiten enthalten und in Beziehung zueinander setzen, daß die als Vorlage benutzte generelle Problemlösung daneben ganz in den Hintergrund tritt.

Analoges gilt für die Programmentwicklung. Je nachdem wie der Programmierer entsprechend der Bedürfnisse von verschiedenen Anwendern oder Anwendergruppen Prioritäten setzt und die Spielräume, die auch eine individuelle allgemeine Problemlösung offenläßt, nutzt, entscheidet es sich, ob der von ihm gefundene konkrete (Implementations-)Algorithmus so sehr der Vorlage verhaftet bleibt, daß sein Ergebnis sich als deren abhängige Bearbeitung darstellt, oder ob seine Lösung so viele schöpferische Elemente enthält, daß der

³⁷² *Goldschlager/Lister*, S. 31 ff.; vgl. auch OLG Frankfurt CR 1986, 19 – Baustatikprogramme.

übernommene generelle Algorithmus daneben verblaßt, was um so eher angenommen werden kann, je allgemeiner der benutzte Lösungsweg ist³⁷³.

- 145 Weder Bearbeitung noch freie Benutzung ist in der Regel die **Kodierung des Quellenprogramms** aufgrund der Programmbeschreibung, da hier meist kein Spielraum für eigenschöpferisches Gestalten mehr besteht; Ausnahmen sind aber denkbar, wenn die Programmbeschreibung Lücken aufweist und ergänzt werden muß. Die Übersetzung des Quellenprogramms in das Objektprogramm kann dagegen keine schöpferische Bearbeitung nach § 3 UrhG sein³⁷⁴, weil der Übersetzungsvorgang genau vom Übersetzungsprogramm durch mechanisches Zuordnen von Ausdrücken der einen Sprache zu den Ausdrücken der anderen gesteuert wird. Anders ist die Sachlage wiederum bei dem umgekehrten Fall der Rückübersetzung eines Objektcodes in die Quellversion. Dieser Vorgang beruht im wesentlichen auf einer geistigen Tätigkeit, weil die vorhandenen Rückübersetzungstechniken und -programme die Rekonstruktion der ursprünglichen Quellfassung nur unterstützen, nicht aber allein bewerkstelligen können (näher u. Rz. 167)³⁷⁵. Hier kann daher das rückübersetzte Quellprogramm durchaus eine schöpferische Bearbeitung des ursprünglichen Objekt- oder Quellcodes sein.
- 146 **Schöpferische Bearbeitungen oder andere Umgestaltungen im Sinne von § 23 UrhG außerhalb der eigentlichen Programmentwicklung** sind beispielsweise die Anpassung eines Programms an die Besonderheiten spezieller Datenverarbeitungsanlagen oder seine Weiterentwicklung unter weitgehender Beibehaltung des Problemlösungsteils, sowie die Änderung oder der Austausch einzelner Bausteine³⁷⁶. Eine Bearbeitung wird ferner in der Regel vorgenommen, wenn ein in einer bestimmten Programmiersprache formuliertes Quellenprogramm in eine andere Programmiersprache übersetzt wird. Die einzelnen Programmiersprachen sind nämlich zur besseren Formulierung spezieller (mathematischer, wirtschaftlicher, organisatorischer usw.) Probleme konstruiert. Die Übersetzung eines komplizierten Programms von einer Programmiersprache in eine andere besteht daher analog der Übersetzung von einer Kultursprache in eine andere³⁷⁷ und im Gegensatz zur Übertragung eines Quellenprogramms in den Objektcode nicht in der bloßen Ersetzung der Ausdrücke des Originaltextes durch bedeutungsgleiche der anderen Sprache. Eine solche Übersetzung kann folglich nur mehr oder weniger der Bedeutung des Ursprungstextes gleichkommen, da es keine allgemeingültigen scharfen Kriterien für Übersetzungsgenauigkeit gibt³⁷⁸. Die Übersetzung eines kompli-

373 Haberstumpf, GRUR 1986, 233; Preuß, a. a. O., Fn. 68, S. 232 ff.; kritisch hierzu Jochen Schneider, C Rz. 86.

374 Köhler, S. 88.

375 König, GRUR 1989, 564; Hoeren, Rz. 254; Kindermann, CR 1990, 639; Harte-Bavendamm, GRUR 1990, 659 f.; Haberstumpf, CR 1991, 137 f.

376 Harte-Bavendamm, a. a. O., Fn. 239, § 42 Rz. 221.

377 Haberstumpf, a. a. O., Fn. 97, S. 34.

378 v. Kutschera, a. a. O., Fn. 91, S. 297.

zierten Textes ist in der Regel schöpferisch, weil der Übersetzer die – ihm zwar vorgegebenen – Konventionen der Zielsprache in nicht vorgegebener, d. h. individueller, Weise abzuwandeln hat, um ein Sprachwerk zu schaffen, das in seiner Bedeutung dem Ausgangstext nahekommmt.

5. Schranken des Urheberrechts

Wie bei sonstigen Werken ist auch das Urheberrecht von Software-Schöpfern beschränkt, und zwar **persönlich** nach Maßgabe der §§ 120 ff. UrhG und **räumlich** auf das Gebiet der Bundesrepublik Deutschland, einschließlich der vor dem Beitritt der neuen Bundesländer in der früheren DDR geschaffenen Werke. Die EG-Richtlinie sieht in Art. 8 Abs. 1 zwar eine Schutzdauer von 50 Jahren nach dem Tod des Urhebers vor, erlaubt aber in Art. 8 Abs. 2 der Bundesrepublik, ihre längere **Schutzdauer von 70 Jahren** post mortem auctoris gemäß § 64 UrhG³⁷⁹ solange beizubehalten, bis die Schutzfristen für urheberrechtlich geschützte Werke innerhalb der EG endgültig harmonisiert sind. Der Gesetzgeber hat daher von der Umsetzung dieses Artikels der Richtlinie abgesehen. Die wichtigste **inhaltliche Beschränkung**, im Interesse von Kunst und Wissenschaft schöpferische Werke als Vorlage und Anregung für eigenes Schaffen gemäß § 24 UrhG frei benutzen zu dürfen, wurde bereits mehrfach dargestellt (s. o. Rz. 62, 141 ff.).

Die in den §§ 45 ff. UrhG zugunsten verschiedener Belange gezogenen **Schranken des Urheberrechts gelten für Computerprogramme nicht**. Die Gesetzesnovellierung sieht zwar in den §§ 69d und e UrhG bestimmte Ausnahmen von den zustimmungsbedürftigen Handlungen vor, die jedoch nur für Personen wirken, die vertragliche Nutzungsrechte an einem Computerprogramm erworben haben. Der Sache nach handelt es sich aber um Regelungen, die dem Urhebervertragsrecht und damit den §§ 31 ff. UrhG zuzuordnen sind. Diese Ausnahmenvorschriften sind daher im Zusammenhang des Abschnitts über das Software-Urheberrecht im Rechtsverkehr zu erörtern (s. u. Rz. 159 f., 166 ff.). Darüber hinausgehende Ausnahmen zugunsten der in den §§ 45 ff. UrhG genannten Personen und Institutionen sind dagegen weder von der Richtlinie³⁸⁰ noch von der Urheberrechtsnovelle zugelassen. Die schon vorher durch § 53 Abs. 4 S. 2 a. F. UrhG bestehende Rechtslage hat sich durch die Streichung dieser Vorschrift nicht geändert³⁸¹. Folglich dürfen ohne Zustimmung der Rechtsinhaber z. B. Programm listings auch nicht zu wissenschaftlichen oder Unterrichtszwecken ausgedruckt, an Schüler und Studenten verteilt oder über Projektoren öffentlich wiedergegeben werden.

379 Die aus der langen Schutzdauer hergeleiteten Bedenken gegen die urheberrechtliche Schutzfähigkeit von Software-Produkten (so z. B. *Betten*, Mitt. 1984, 204 f.) sind unbegründet, s. *Ulmer/Kolle*, GRUR Int. 1982, 500.

380 19. Erwägungsgrund zur Richtlinie, ABL Nr. 91/L 122/43; noch deutlicher in der Begründung zum Geänderten Vorschlag der Kommission vom 18. 10. 1990, KOM (90) 509 endg. – SYN 183, S. 4. Vgl. auch *Czarnota/Hart*, a. a. O., Fn. 41, S. 31.

381 Begründung zum Regierungsentwurf, BT-Drucks. 12/4022, S. 8 f.

- 149 Die neuen Vorschriften der §§ 69a ff. UrhG gelten allerdings nur für Computerprogramme im Sinne von § 69a Abs. 1 UrhG. Hinsichtlich der **anderen Software-Produkte**, die keine Programme sind, die Anwenderdokumentation und Herstellerdokumentation mit Ausnahme des Entwurfsmaterials (s. o. Rz. 15 ff., 28 f.), für die ohnehin nur die allgemeinen Bestimmungen des UrhG gelten, bestehen dagegen keine Bedenken, die Schrankenbestimmungen der §§ 45 ff. UrhG anzuwenden³⁸².

E. Software-Urheberrecht im Rechtsverkehr

1. Einräumung von Nutzungsrechten

a) Grundzüge

- 150 Das Urheberrecht ist vererblich und kann in Erfüllung einer Verfügung von Todes wegen oder an Miterben im Wege der Erbauseinandersetzung übertragen werden (§§ 28, 29 S. 1 UrhG). Unter Lebenden ist es dagegen weder als Ganzes noch in seinen Teilen übertragbar (§ 29 S. 2 UrhG). Um dennoch sein Werk verwerten zu können, ist der Urheber darauf angewiesen, rein schuldrechtlich die Nutzung seines Werkes zu gestatten oder aus seinem Urheberrecht abgeleitete Nutzungsrechte als einfache oder ausschließliche Berechtigungen gemäß § 31 UrhG einzuräumen. Dogmatisch wird die Einräumung von Nutzungsrechten als eine Art Belastung des Urheberrechts gedeutet, die durch gebundene Rechtsübertragung zum Entstehen eines Tochterrechts führt, das in vielfacher Weise an das beim Urheber verbleibende Mutterrecht gebunden bleibt³⁸³. **Die beim Erwerber entstehenden Nutzungsrechte sind gegenständliche dingliche Rechte**, was für das ausschließliche Recht im Sinne von § 31 Abs. 3 UrhG unbestritten ist und inzwischen von der h. M.³⁸⁴ auch für das einfache Recht gemäß § 31 Abs. 2 UrhG angenommen wird. Die Nutzungsrechtseinräumung erfolgt durch eine grundsätzlich formfreie³⁸⁵ Einigung zwischen den Beteiligten nach §§ 413, 398 BGB, deren Wirksamkeit neben der Verfügungsbefugnis des Übertragenden auch die Gültigkeit des schuldrechtlichen Verpflichtungsgeschäfts voraussetzt; das Abstraktionsprinzip des Sachenrechts gilt im Urhebervertragsrecht nach überwiegender Ansicht nicht³⁸⁶. Der gute Glaube an den Bestand des Urheberrechts oder die Verfügungsbefugnis des Verfügenden bleibt ungeschützt.

382 *Czarnota/Hart*, a. a. O., Fn. 41, S. 31 f.

383 *Schricker/Schricker*, Vor §§ 28 ff. Rz. 43 ff. m. w. N.; *Lehmann*, NJW 1993, 1823.

384 *Schricker/Schricker*, Vor §§ 28 ff. Rz. 49 m. w. N.

385 Verträge, die Bindungen im Sinne von § 18 GWB enthalten, unterliegen jedoch der Schriftform des § 34 GWB. S. *Jörg Schneider*, S. 194 ff.; *Lehmann*, unten XVI., Rz. 5; *Hoeren*, Rz. 270 ff.; *Marly*, Rz. 303 ff.

386 *Schricker/Schricker*, Vor §§ 28 ff. Rz. 61.

Die Verfügungsmacht eines Nutzungsrechtsinhabers geht weiter als die des Urhebers. Jener kann sich auch durch freie Übertragung ganz oder teilweise von seiner Rechtsposition trennen, bedarf aber zur Weiterübertragung seiner Rechte oder zur Einräumung von Nutzungsrechten zweiter Stufe (sog. Enkelrechte)³⁸⁷ unter den Voraussetzungen von §§ 34, 35 UrhG der Zustimmung des Urhebers. 151

Die in der Einräumung von Nutzungsrechten oder deren Weiterübertragung liegende Verfügung ist von dem ihr zugrundeliegenden Verpflichtungsgeschäft zu unterscheiden, auch wenn beide Rechtsgeschäfte in der Regel in einem Akt zusammenfallen. Als Verpflichtungsgeschäft kommen nahezu alle wichtigen schuldrechtlichen Vertragstypen in Betracht³⁸⁸. Daß der Endabnehmer von urheberrechtlich geschützter Software Nutzungsrechte zur Herstellung von Sicherungskopien und zur Programmeingabe benötigt und von seinem Software-Lieferanten auch erhält, zwingt nicht zu dem Schluß, daß zwischen ihnen ein Lizenzvertrag geschlossen wurde³⁸⁹, sondern läßt durchaus die Annahme eines Kaufvertrages oder kaufrechtsähnlichen Vertrages zu³⁹⁰. Wesentlich für die Einordnung eines konkreten Vertrages in die gesetzlich vorgesehenen Vertragstypen ist vielmehr, welche Hauptpflichten die Parteien begründen. Von den im Schuldvertrag getroffenen Vereinbarungen und dem daraus erschließbaren gemeinsamen Zweck hängt ab, in welchem Umfang Nutzungsrechte eingeräumt oder weiterübertragen werden und ob es sich um einfache oder ausschließliche Rechte handelt. 152

Für das Software-Urheberrecht ist insbesondere beachtenswert, daß in den meisten Fällen nicht die Werkschöpfer selbst ihre Produkte in den Verkehr bringen, sondern die **Unternehmen und Dienstherrn**, die sie beschäftigen. Diese besitzen vom Urheber abgeleitete Nutzungsrechte, über die sie ohne die Beschränkung des § 29 S. 2 UrhG frei verfügen können. 153

Ob einfache oder ausschließliche Nutzungsrechte eingeräumt werden und welchen Umfang sie haben sollen, unterliegt der Parteivereinbarung; mangels ausdrücklich geäußerten Vertragswillens ist die Tragweite des Vertrages durch Auslegung zu ermitteln. Die allgemeinen Auslegungsregeln der §§ 133, 157 BGB werden dabei überlagert durch die speziellen Vorschriften des Urhebervertragsrechts, wobei dem in § 31 Abs. 5 UrhG statuierten **Zweckübertragungsgrundsatz** herausragende Bedeutung zukommt. Dessen Geltung sowie der anderen Grundsätze des allgemeinen Urhebervertragsrechts werden durch die §§ 69d und e UrhG nicht in Frage gestellt, sondern nur im Hinblick auf softwarespezifische Besonderheiten ergänzt (s. u. Rz. 159). § 31 Abs. 5 UrhG zwingt die Parteien dazu, die Nutzungsarten, zu denen der Erwerber berechtigt werden soll, einzeln aufzuführen. Mit „**Nutzungsart**“ ist nicht das in den 154

³⁸⁷ *Schricker/Schricker*, Vor §§ 28 ff. Rz. 43, § 34 Rz. 7, § 35 Rz. 1.

³⁸⁸ *Schricker/Schricker*, Vor §§ 28 ff. Rz. 66, §§ 31/32 Rz. 13 ff.

³⁸⁹ Das verkennt *Hoeren*, Rz. 85 ff.; *ders.*, RDV 1988, 116 f.

³⁹⁰ So mit Recht BGH CR 1988, 127; *Malzer*, S. 78 ff., 100 ff.; *Marly*, Rz. 89 ff.; *Köhler/Fritzsche*, unten XIII, Rz. 13.

§§ 15 ff. UrhG geregelte gesetzlich definierte Verwertungsrecht gemeint. Sie ist vielmehr die nach der Verkehrsauffassung hinreichend klar abgrenzbare, wirtschaftlich-technisch als einheitlich und selbständig sich abzeichnende konkrete Art und Weise der Verwertung eines Werkes³⁹¹. Sind im Vertrag die übertragenen Nutzungsarten nicht einzeln aufgeführt, richtet sich der Umfang der Rechteinräumung nach dem **Vertragszweck**, den die Parteien gemeinsam verfolgen. Der Erwerber erhält Nutzungsrechte in dem Umfang übertragen, wie es zur Erfüllung des Vertragszwecks unbedingt erforderlich ist. In Zweifelsfällen bleiben Einzelbefugnisse soweit wie möglich beim Urheber zurück³⁹². Der Zweckübertragungsgrundsatz und seine gesetzlichen Konkretisierungen in den §§ 37, 38, 44, 88 und 89 UrhG finden nicht nur auf Verträge Anwendung, die der Urheber selbst schließt, sondern auch auf die Weiterübertragung von Nutzungsrechten durch den Erwerber³⁹³. Bleibt unklar, ob ein einfaches oder ausschließliches Nutzungsrecht erworben wurde, ist im Zweifel von der Übertragung eines einfachen Rechts auszugehen³⁹⁴.

b) Einfache und ausschließliche Nutzungsrechte

- 155 Der Auftraggeber, der gegen Entgelt **Individualsoftware** von einem Software-Haus entwickeln läßt, wird sich grundsätzlich ausbedingen wollen, daß er ausschließliche Nutzungsrechte zur Vervielfältigung und gegebenenfalls auch zur Verbreitung des Programms einschließlich aller Vorstufen erhält³⁹⁵, was ihm allerdings vom Hersteller meist nicht zugestanden wird, weil dies wegen der Gefahr der Selbstkollision seine weitere berufliche oder gewerbliche Betätigung einschränken kann³⁹⁶. Hinweise für die Ausschließlichkeit der übertragenen Nutzungsrechte sind, daß der Auftragnehmer bekundet, kein Interesse daran zu haben, die erstellte Individualsoftware für sich oder andere zu verwerten, und dem Auftraggeber die Nutzung unter Ausschluß der Mitbewerber zu ermöglichen³⁹⁷. Damit ist aber im Zweifel nicht die Befugnis zur Verwertung einer Bearbeitung verbunden (§ 37 Abs. 1 UrhG)³⁹⁸.

Die Rechtsnatur der bei der **Überlassung von Standard-Software** an den Endabnehmer eingeräumten Befugnisse ist demgegenüber eindeutig. Da die Standard-Software auf eine weite Verbreitung hin konzipiert ist und von einer Vielzahl von Kunden genutzt werden soll, ist klar, daß diese nur einfache Rechte erwerben können³⁹⁹.

391 *Schricker/Schricker*, Vor §§ 28 ff. Rz. 52, §§ 31/32 Rz. 7, 38; *Lehmann*, NJW 1993, 1825.

392 *Schricker/Schricker*, Vor §§ 28 ff. Rz. 64 ff.

393 BGH GRUR 1960, 199 – Keine Ferien für den lieben Gott.

394 *Fromm/Nordemann*, §§ 31/32 Rz. 17.

395 *Jochen Schneider*, H Rz. 271, G Rz. 224.

396 *Harte-Bavendamm*, Computerrechtshandbuch, 54 Rz. 103; *Jochen Schneider*, G Rz. 343; *Malzer*, S. 305 ff.

397 OLG Karlsruhe GRUR 1983, 308; BGH CR 1985, 26 – Inkassoprogramm; *Harte-Bavendamm*, Computerrechtshandbuch, 54 Rz. 103.

398 OLG Karlsruhe GRUR 1983, 309 – Inkassoprogramm.

399 Vgl. *Habel*, a. a. O., Fn. 280, S. 75 ff.

c) Überlassung von Public Domain-Software und Shareware

Besondere urheberrechtliche Probleme werfen die Vertriebsformen für **Public Domain-Software und Shareware** auf. Public Domain-Software ist dadurch gekennzeichnet, daß der Hersteller keine Vergütung für ihre Überlassung verlangt und grundsätzlich jedem Benutzer gestattet, das Programm zu kopieren und/oder weiterzugeben⁴⁰⁰; bei der völlig freien Freeware wird auch die Veränderung des Programms und dessen Weitergabe in veränderter Form gestattet⁴⁰¹. Bei der Überlassung von Shareware wird demgegenüber auf eine Vergütung nicht völlig verzichtet. Der Anwender erhält zunächst eine Programmversion zur Erprobung mit der Bitte, sich registrieren zu lassen und eine verhältnismäßig geringe Gebühr zu entrichten, wenn sich das Programm für seine Zwecke als tauglich erweist. Gleichzeitig verspricht der Lieferant, eine vollständige Dokumentation zu liefern, den Abnehmer zu unterstützen und preisgünstig neuere Programmversionen zur Verfügung zu stellen⁴⁰². 156

Daß Software vergütungsfrei überlassen wird, schließt natürlich nicht aus, daß die betreffenden Programme durchaus urheberrechtsschutzfähig sein können. Die **kostenlose Gestattung** der Vervielfältigung, Verbreitung und ggfs. der Änderung von Public Domain-Software hat wegen der grundsätzlichen Unverzichtbarkeit des Urheberrechts auch nicht den Verlust der entsprechenden Verwertungsrechte zur Folge⁴⁰³. Der Verzicht auf die Vergütung ist vielmehr als eine an die Allgemeinheit gerichtete Erklärung zu werten, daß jedem Anwender ein einfaches Nutzungsrecht im Sinne von § 31 Abs. 2 UrhG eingeräumt wird, das ihn berechtigt, das Programm auf die erlaubte Art zu nutzen⁴⁰⁴. Bedingungen oder Einschränkungen werden dabei in weitergehendem Umfang als zulässig angesehen werden können, als dies bei entgeltlichen Überlassungsverträgen der Fall ist⁴⁰⁵. 157

Erst recht führt die Überlassung von Shareware-Programmen zu keinem Verzicht auf urheberrechtliche Befugnisse. Der Abnehmer erwirbt Nutzungsrechte ebenfalls nur in dem erlaubten Umfang, wie er sich aus den Erklärungen seines Vertragspartners und dem jeweiligen Vertragszweck ergibt.

400 *Marly*, Rz. 236; *Hoeren*, Rz. 445; *Heussen*, Computerrechtshandbuch, 47 Rz. 190.

401 *Marly*, Rz. 244.

402 *Hoeren*, Rz. 446; *Marly*, Rz. 279 ff.; *Heussen*, Computerrechtshandbuch, 47 Rz. 192.

403 *Marly*, Rz. 243; *Koch/Schnupp*, S. 265 f.

404 *Marly*, Rz. 243.

405 Wegen Einzelheiten vgl. *Marly*, Rz. 244 ff.

2. Vertragliche Beschränkung von Nutzungsrechten und ihre Grenzen

a) Abgrenzung zwischen dinglichen und schuldrechtlichen Nutzungsbeschränkungen

- 158 Gemäß § 32 UrhG können **Nutzungsrechte räumlich, zeitlich oder inhaltlich beschränkt eingeräumt werden**. Begrenzungen dieser Art konkretisieren die vertraglich bestimmte Nutzungsart, indem sie das Nutzungsrecht den ganz speziellen Bedürfnissen und Zielsetzungen der Vertragspartner anpassen (s. o. Rz. 154)⁴⁰⁶. Sie legen den Umfang der jeweiligen Nutzungserlaubnis fest und haben daher **dinglichen Charakter**. Davon sind **rein schuldrechtliche Absprachen zu unterscheiden**, die sich nur auf die Art und Weise der Ausübung des Rechts, nicht aber auf dessen Umfang beziehen. Die Überschreitung rein schuldrechtlicher Vereinbarungen ist urheberrechtlich irrelevant, sie verletzt allein den Vertrag. Dinglich wirkende Beschränkungen sind dagegen auch von Dritten zu beachten und haben Auswirkungen auf den Erschöpfungsgrundsatz gemäß § 17 Abs. 2 UrhG; die Überschreitung einer derartigen Beschränkung des Verbreitungsrechts führt nicht zu dessen Erschöpfung (s. o. Rz. 129). Nutzungsrechtsbegrenzungen, die sich innerhalb des durch die §§ 31 und 32 UrhG geschaffenen Rahmens bewegen, halten ferner in der Regel einer Inhaltskontrolle nach dem AGBG stand, weil sie mit dem Leitbild des Urhebervertragsrechts übereinstimmen, und sind auch einer kartellrechtlichen Kontrolle entzogen⁴⁰⁷. Darüber hinausgehende Klauseln haben demgegenüber nur schuldrechtlichen Charakter und können uneingeschränkt insoweit auf ihre Gültigkeit überprüft werden.
- 159 Diese Grundsätze bleiben von den neu eingeführten Ausnahmenvorschriften der §§ 69d und e UrhG unberührt (§ 69a Abs. 4 UrhG)⁴⁰⁸. § 69d Abs. 1 UrhG bezieht sich nur auf das Vervielfältigungs- und Bearbeitungsrecht nach § 69c Nr. 1 und 2 UrhG; für das Verbreitungsrecht greift somit uneingeschränkt § 32 UrhG ein. Nach § 69d Abs. 1 UrhG darf der zur Verwendung einer Programmkopie Berechtigte Vervielfältigungen, Veränderungen oder Bearbeitungen vornehmen, wenn sie für deren bestimmungsgemäße Benutzung einschließlich der Fehlerberichtigung notwendig sind. Unter einem zur Verwendung eines Vervielfältigungsstücks Berechtigten ist nicht nur der Käufer, sondern auch der Lizenznehmer⁴⁰⁹ zu verstehen. Das bedeutet, daß jeder, der vertragliche Nutzungsrechte an einem Computerprogramm erwirbt, auch wenn es nicht aufgrund eines Kauf- oder Lizenzvertrages im juristischen

406 Zum Verhältnis von § 31 zu § 32 UrhG vgl. *Schricker/Schricker*, §§ 31/32 Rz. 7, 38, Vor § 28 ff. Rz 51.

407 *Lehmann* unten XVI, Rz. 49 und ausführlich *Jörg Schneider*, S. 100 ff., 201.

408 *Czarnota/Hart*, a. a. O., Fn. 41, S. 64: Die Gültigkeit beschränkender Klauseln richtet sich nach nationalem Recht. Allgemein zum neuen Software-Vertragsrecht *Lehmann*, NJW 1993, 1822 ff.

409 Begründung des Regierungsentwurfs, BT-Drucks. 12/4022, S. 12; vgl. dazu auch *Lehmann*, oben I. A, Rz. 17; *ders.*, GRUR Int. 1991, 332; *Dreier*, CR 1991, 580 f.; *Czarnota/Hart*, a. a. O., Fn. 41, S. 64.

Sinne geschieht, sich auf diese Vorschrift berufen kann. § 69d Abs. 1 UrhG steht unter dem Vorbehalt einer anderen besonderen vertraglichen Bestimmung und ist deshalb dispositives Recht. Daraus folgt aber nicht, daß er ganz abbedungen werden kann. Die Vorschrift ist im Kern zwingendes Recht⁴¹⁰. Aus den Materialien zur Richtlinie⁴¹¹ geht nämlich klar hervor, daß sich der Vertragsvorbehalt nur darauf bezieht, die Verwendung der erworbenen Programmkopie in bestimmter Weise z. B. auf einem bestimmten Gerät und durch andere Auflagen zu beschränken. § 69d Abs. 1 UrhG ist folglich als eine konkrete Ausprägung des Zweckübertragungsgrundsatzes⁴¹² für Software-Überlassungsverträge zu interpretieren⁴¹³, die zum Ausdruck bringt, daß der rechtmäßige Erwerber eines Programms zwingend urheberrechtliche Nutzungsrechte mindestens in dem Umfang erhält, wie zur Erreichung des jeweiligen Vertragszwecks nötig ist. Dieser geht in allen Software-Überlassungsverträgen dahin, dem Anwender die Nutzung eines Computerprogramms ohne zahlenmäßige Begrenzung durch ganzes oder teilweises Kopieren des maschinenlesbaren Programmcodes in dessen Computer zum Zweck der Abarbeitung der enthaltenen Befehle und/oder Daten zu ermöglichen⁴¹⁴. Ein rechtmäßiger Nutzer erwirbt somit auf jeden Fall die Befugnis, das erworbene Programm in den Arbeitsspeicher seines Gerätes einzugeben. Den in § 69d Abs. 1 UrhG erwähnten besonderen vertraglichen Bestimmungen bleibt vorbehalten, den jeweiligen Vertragszweck an die speziellen Bedürfnisse der Vertragsparteien anzupassen und durch Beschränkungen der Nutzungsrechte zu konkretisieren. Damit steht die Neuregelung mit den bisherigen Grundsätzen des Urhebervertragsrechts, die sich aus dem Zusammenspiel zwischen § 31 Abs. 5 und § 32 UrhG ergeben, in Einklang.

Zur bestimmungsgemäßen Benutzung eines rechtmäßig erworbenen Programms gehört üblicherweise auch die Anfertigung einer Sicherungskopie. Deshalb gewährt § 69d Abs. 2 UrhG dem rechtmäßigen Nutzer eine entsprechende vertraglich nicht abdingbare Befugnis (§ 69g Abs. 2 UrhG). Diese Befugnis steht allerdings unter dem Vorbehalt der Notwendigkeit der Anfertigung einer Sicherungskopie. Dadurch wird verhindert, daß eine über das gebotene Maß hinausgehende Anzahl von Kopien angefertigt wird, die dann als „Sicherungskopien“ ausgegeben werden. Die Gesetzesformulierung ist offen für eine Auslegung, daß die gesetzliche Befugnis dann nicht entsteht, wenn dem Nutzungsberechtigten von seinem Vertragspartner eine Siche-

160

410 Begründung des Regierungsentwurfs, BT-Drucks. 12/4022, S. 12, die von einem gewissen „zwingenden Kern“ spricht, dessen Ausmaß und Bedeutung festzulegen der Rechtsprechung vorbehalten bleiben soll.

411 17. Erwägungsgrund zur Richtlinie, ABl. Nr. 91/L 122/43 und ganz besonders deutlich Begründung zum Geänderten Vorschlag der Kommission vom 18. 10. 1990, KOM (90) 509 endg. – SYN 183, S. 9.

412 Allgemein hierzu *Schricker/Schricker*, §§ 31/32 Rz. 31 ff.

413 *Lehmann*, oben I. A, Rz. 17; *ders.*, GRUR Int. 1991, 332; *Czarnota/Hart*, a. a. O., Fn. 41, S. 65, 71.

414 *Marly*, Rz. 39, 652 ff.

rungskopie ausgehändigt wird⁴¹⁵. Wird die Anfertigung einer notwendigen Sicherungskopie durch eingebaute Kopierschutzmechanismen verhindert, hat der Programmiererwerber einen vertraglichen Anspruch auf deren Beseitigung, da sein Vertragspartner verpflichtet ist, die sich aus dem Vertragszweck er-schließende bestimmungsgemäße Nutzung zu ermöglichen.

- 161 Keine dinglichen Beschränkungen nach § 32 UrhG sind zunächst solche, die mit der Nutzungsrechtseinträumung unmittelbar nichts zu tun haben (z. B. Vergütungsvereinbarungen), die das Urheberrecht erweitern, also Handlungen verbieten, die von den Verbotsrechten der §§ 16 ff. UrhG nicht gedeckt sind (z. B. Wettbewerbsverbote), ferner solche, die nicht den Umfang des Nutzungsrechts regeln, sondern nur die Art und Weise seiner Ausübung. Das zuletzt genannte Kriterium deckt sich weitgehend mit der Frage, in welchem Umfang Nutzungsrechte nach § 32 UrhG gegenständlich beschränkt werden können. Der Zuschnitt dinglicher Rechte durch Vereinbarung von Einschränkungen ist nicht in das Belieben der Parteien gestellt, sondern im Interesse der Rechts- und Verkehrssicherheit begrenzt. **Gegenständliche Rechte sind nur insofern abspaltbar, als sie nach der Verkehrsauffassung wirtschaftlich-technisch einheitliche und abgrenzbare Nutzungsarten darstellen**⁴¹⁶. Die Grenze für den gegenständlichen Zuschnitt von Nutzungsrechten deckt sich mit dem Begriff der Nutzungsart im Sinne von § 31 Abs. 1, 4, 5 UrhG (s. o. Rz. 154). Im Urhebervertragsrecht kommt es so zu einem gewissen Typenzwang.

b) Einzelheiten

- 162 aa) Im **Verhältnis zwischen Programmschöpfer** bzw. seinem Arbeitgeber oder Dienstherren auf der einen Seite **und Programmverwertern** auf der anderen Seite, die es übernehmen, das Programm zu vervielfältigen, zu verbreiten und die erforderlichen Nutzungsrechte den Endabnehmern einzuräumen, ergeben sich Parallelen zum Verlagswesen, so daß die dort herausgearbeiteten Grundsätze unter Berücksichtigung der Besonderheiten des Software-Vertriebs entsprechend herangezogen werden können⁴¹⁷. Gleiches gilt für den Vertrieb von Software im Gehäuse (s. o. Rz. 112). Zahlenmäßige Begrenzungen auf eine bestimmte Anzahl von Werkstücken und zeitliche Befristungen des Vervielfältigungs- und/oder Verbreitungsrechts sind unproblematisch zulässig⁴¹⁸. Eine räumliche Beschränkung ist nur auf das Territorium von Staaten möglich⁴¹⁹, wobei allerdings die Vergabe des Verbreitungsrechts für einen oder mehrere Staaten der Europäischen Gemeinschaft wegen der gemeinschaftsrechtlichen Erschöpfung (s. o. Rz. 127) nicht sinnvoll ist. **Inhaltliche Be-**

⁴¹⁵ Begründung des Regierungsentwurfs, BT-Drucks. 12/4022, S. 12.

⁴¹⁶ BGH GRUR 1990, 669 – Bibelreproduktion; BGH GRUR 1992, 311 – Taschenbuch-Lizenz; *Schricker/Schricker*, Vor §§ 28 ff. Rz. 52, §§ 31/32 Rz. 8, 38 jeweils m. w. N.

⁴¹⁷ *Lehmann*, unten XVI, Rz. 65.

⁴¹⁸ *Jörg Schneider*, S. 122.

⁴¹⁹ *Schricker/Schricker*, Vor §§ 28 ff. Rz. 54.

schränkungen liegen vor im Hinblick auf den Einbau von Software in Hardware (Software im Gehäuse) oder auf deren Speicherung in selbständig verkehrsfähigen Datenträgern sowie auf den Vertrieb solcher Hardware oder Datenträger. Ob die Übermittlung von Programmen im Wege der Datenfernübertragung als eine wirtschaftlich eigenständige und abgegrenzte Nutzungsart angesehen werden kann, ist fraglich, weil sie technisch nur eine besondere Art der Programmübergabe ist und beim Empfänger unmittelbar ein Vervielfältigungsstück erzeugt⁴²⁰; ein Verwerter, der das Recht zur Vervielfältigung und Verbreitung von Software über selbständig verkehrsfähige Datenträger besitzt, wird diese daher urheberrechtlich auch durch Datenfernübertragung an den Kunden bringen können und umgekehrt. Bei einer weiteren Verbreitung der Datenfernübertragung könnte sich diese Beurteilung allerdings ändern. Als eine eigenständige Nutzungsart ist dagegen die Vervielfältigung von Programm listings im Quellcode und deren Verbreitung in Computerzeitschriften anzusehen.

bb) Im **Verhältnis zwischen den Endabnehmern von Software und Programm-schöpfern bzw. Programmverwertern** werfen zeitliche Befristungen der Nutzungsrechte keine Probleme auf. Jeweils eigenständige Verwertungsformen liegen daher vor bei der endgültigen Überlassung von Software aufgrund eines Kaufvertrages oder auf Zeit aufgrund eines Miet- oder Lizenzvertrages. Die Vereinbarung von zahlenmäßigen Höchstgrenzen für die Anfertigung von Vervielfältigungsstücken ist nur für die Herstellung von Sicherungskopien, nicht aber für Einspeicherungsvorgänge sinnvoll und zulässig. Da aus Gründen der Rechtssicherheit nur eine territoriale Vergabe von Nutzungsrechten möglich ist, sind sog. Raum- oder Betriebslizenzen, die die Nutzung nur innerhalb eines bestimmten Raumes oder in einem bestimmten Betrieb (Betriebsgelände) gestatten, keine räumlichen Beschränkungen im Sinne von § 32 UrhG (dazu näher unten Rz. 165).

Im Verhältnis zum Endnutzer kommt als inhaltliche Beschränkung vor allem die Differenzierung zwischen der **Nutzung auf einem Einplatz- oder Mehrplatzsystem**⁴²¹ in Betracht. Mehrplatzsysteme sind dadurch gekennzeichnet, daß verschiedene Nutzer gleichzeitig auf ein Computersystem und die dazugehörige Software zugreifen können⁴²². Gegenüber der Nutzung auf einem Einplatzsystem stellt der Mehrplatzeinsatz sowohl technisch wie auch wirtschaftlich eine eigenständige und abgrenzbare Nutzungsart dar. Technisch erfordert er in der Regel – zumindest derzeit noch – besondere Maßnahmen, um Computerprogramme netzwerkfähig zu machen⁴²³. Wirtschaftlich gesehen liegt eine erheblich intensivere Nutzung vor, weil der Anwender nur eine Programmkopie erwerben muß, die er gleichzeitig an mehreren Stationen zum Einsatz bringen kann. Er erspart sich so den Erwerb mehrerer Kopien für einzelne

420 BGH CR 1990, 26 f.; Hoeren, Rz. 369 ff.

421 Marly, Rz. 777 ff.

422 Dworatschek, S. 402; Hoeren, Rz. 297, 320 und eingehend Marly, Rz. 761 ff.

423 Hoeren, Rz. 342.

Computergeräte⁴²⁴. Wirtschaftlich ist es daher weder aus der Sicht des Programmurhebers noch aus der des Anwenders gleich, ob verschiedene Nutzer eine Programmkopie nacheinander oder gleichzeitig benutzen können. Software-Hersteller können auf diese Weise die Erlaubnis zur Mehrfachnutzung mit der Zahlung höherer, gegebenenfalls gestaffelter Entgelte verbinden⁴²⁵. Vertragliche Verbote der Nutzung im Netzwerk stehen folglich in Einklang mit § 32 UrhG und halten auch einer Inhaltskontrolle nach § 9 AGBG stand. Wenn die Vertragsparteien keine ausdrücklichen Regelungen getroffen haben, hängt der Inhalt des eingeräumten Nutzungsrechts davon ab, ob die überlassene Software erkennbar für einen Einzelplatzrechner entwickelt wurde oder ob sie von vorneherein auf zeitgleichen Mehrfacheinsatz ausgerichtet ist⁴²⁶.

- 164 **Klauseln, die die Übertragbarkeit von Nutzungsrechten ausschließen**, sind keine inhaltlichen Beschränkungen, weil sie nicht den Umfang der eingeräumten Befugnisse betreffen, sondern die Verfügungsmacht des Nutzungsrechtsinhabers (dazu oben Rz. 133 f.). Die Einräumung eines „nicht übertragbaren“ Nutzungsrechts ist daher nicht als Nutzungsart im Sinne von §§ 31 Abs. 1 und 5 UrhG anzusehen.
- 165 Aus Vorstehendem folgt, daß **rein schuldrechtliche Klauseln** dann vorliegen, wenn die Nutzung des Programms nur auf einem bestimmten Gerät, exakt mit Gerätenummer bezeichnet, nur auf Maschinen eines bestimmten Herstellers⁴²⁷, in einem bestimmten Raum oder einem bestimmten Betrieb/Betriebsgelände gestattet wird⁴²⁸. Das Interesse der Software-Urheber an einer sachgerechten und wirtschaftlichen Verwertung ihrer Werke geht nämlich dahin, zeitgleiche, von ihrer Zustimmung nicht gedeckte Mehrfachnutzungen zu verhindern (s. o. Rz. 113). Dies hat zur Folge, daß der Erwerber das Programm ohne entsprechende Erlaubnis immer nur auf **einem Gerät** zum Einsatz bringen kann. Auf welcher Maschine und an welchem Ort diese Nutzung erfolgt, tangiert sein Partizipationsinteresse dagegen nicht⁴²⁹. Auch der Inhalt des Vervielfältigungsvorgangs ist davon unabhängig. Als schuldrechtliche Klauseln unterliegen solche Beschränkungen der vollen kartellrechtlichen⁴³⁰ und AGB-rechtlichen Kontrolle. Letztere wird in der Regel sowohl bei Software-Überlassungsverträgen auf Dauer⁴³¹ wie auch auf Zeit⁴³² zur Unwirk-

424 Hoeren, Rz. 334.

425 Marly, Rz. 778 f., 787 f.; Jochen Schneider, G Rz. 47; Lehmann, unten XVI., Rz. 3; Harte-Bavendamm, Computerrechtshandbuch, 54 Rz. 77 a. E.; a. A. Hoeren, Rz. 335 ff.

426 Marly, Rz. 773 ff.

427 S. OLG Frankfurt CR 1991, 345 f.

428 Jörg Schneider, S. 123; Habel, a. a. O., Fn. 280, S. 146 f. Eine Übersicht über typische Klauseln dieser Art gibt Marly, vor Rz. 740.

429 Ebenso Marly, Rz. 748.

430 Ausführlich Jörg Schneider, S. 143 ff.

431 OLG Frankfurt CR 1991, 345 f.; Marly, Rz. 751 ff.; Köhler/Fritzsche, unten XIII., Rz. 62; Schmidt, unten XV., Rz. 70.

432 Marly, Rz. 758 f.; vgl. auch Malzer, S. 239 ff.; Schmidt, unten XV., Rz. 70.

samkeit gemäß § 9 Abs. 2 AGBG führen, da die aufgezählten Klauseln den Vertragszweck gefährden, indem sie einem notwendig werdenden Wechsel der Hardware oder einer Betriebsverlagerung beim Anwender entgegenstehen. Im Falle des Kaufvertrages kommen sie ferner im Ergebnis einem Weiterveräußerungsverbot (s. o. Rz. 133) gleich⁴³³.

3. Zulässigkeit des Reverse Engineering

Die Vorschrift des § 69d Abs. 3 UrhG (Art. 5 Abs. 3 der Richtlinie) erlaubt jeder zur Verwendung einer Programmkopie berechtigten Person, das Funktionieren dieses Programms zu beobachten, zu untersuchen oder zu testen, um die dem ganzen Programm⁴³⁴ oder einem seiner Elemente zugrunde liegenden Ideen und Grundsätze zu ermitteln, wenn dies durch Handlungen geschieht, zu denen sie berechtigt ist. Davon kann vertraglich nicht abgewichen werden (§ 69g Abs. 2 UrhG). Man bezeichnet diesen Vorgang mit „Reverse Engineering“⁴³⁵. Dabei wird unterschieden zwischen der rückwärtigen Analyse fremder Programme (reverse analysis) und der Verwertung der dabei gewonnenen Informationen (forward programming)⁴³⁶. Das Reverse Engineering dient vielerlei Bedürfnissen. Es kann der wissenschaftlichen Forschung dienen, aber auch zum Ziel haben, Fehler zu beseitigen, das Programm an geänderte Anforderungen anzupassen oder ein selbst entwickeltes Programm mit dem analysierten kompatibel zu machen⁴³⁷ usw.

Weil fremde Programme in aller Regel nur in Form des Objektcodes als Speicherinhalt eines Datenträgers zur Verfügung stehen, **setzt die Analyse voraus, daß das Objektprogramm erst einmal lesbar gemacht wird.** Dies kann dadurch geschehen, daß mit Hilfe von Dienstprogrammen, eines sog. Debuggers oder Disassemblers, nach dem Laden des Programms ein Speicherabzug auf dem Bildschirm erzeugt wird, dessen Inhalt in hexadezimaler Schreibweise auf Papier ausgedruckt oder auf einem permanenten Speicher verwahrt werden kann⁴³⁸. Damit sind aber nur die Voraussetzungen für die weitere Analyse geschaffen, sofern diese darauf abzielt, die grundlegenden Strukturen, Prinzipien und Eigenheiten des Programms aufzudecken. Diese Tätigkeit, die über die Rückübersetzung des Objektcodes in eine höhere Assemblersprache

⁴³³ Jochen Schneider, G Rz. 50–52.

⁴³⁴ Begründung zum Regierungsentwurf, BT-Drucks. 12/4022, S. 12.

⁴³⁵ Hoeren, Rz. 248 ff.; Sucker, CR 1989, 471; Lehmann, CR 1989, 1059 ff.; ders., CR 1990, 94; Bauer, CR 1990, 91 ff.; Schnell/Fresca, CR 1990, 157 ff.; Ilzhöfer, CR 1990, 581 ff.; Kindermann, CR 1990, 638 ff.; Harte-Bavendamm, GRUR 1990, 657 ff.; Haberstumpf, CR 1991, 129 ff.; Wiebe, CR 1992, 134 ff.

⁴³⁶ Zu den Begriffen vgl. Schnell/Fresca, CR 1990, 157 f.; Harte-Bavendamm, GRUR 1990, 658.

⁴³⁷ Zu den einzelnen Zwecken näher Harte-Bavendamm, GRUR 1990, 659; Haberstumpf, CR 1991, 129 f.

⁴³⁸ König, GRUR 1989, 560 ff. mit Beispielen solcher Ausdrücke; vgl. auch Vinje, GRUR Int. 1992, 253.

oder eine problemorientierte Universalsprache führt, ist im wesentlichen eine geistige. Sie kann durch Hilfsprogramme nur noch unterstützt, nicht mehr allein ausgeführt werden⁴³⁹. Um die weitere Analyse durchführen zu können, wird es häufig erforderlich, zumindest aber zweckmäßig sein, erzielte Zwischen- und Endergebnisse körperlich zu fixieren, z. B. den rekonstruierten Quellcode auf einem Papierstapel auszudrucken oder auf einen Permanent-Speicher zu übertragen. Bei der rückwärtigen Analyse von Programmen fallen also anders als bei der Untersuchung von sonstigen Sprachwerken in mannigfacher Hinsicht Vervielfältigungs- oder Bearbeitungshandlungen an, für die der Analysierende die Zustimmung des Programmurhebers gewöhnlich nicht erhalten wird; dieser ist nicht daran interessiert, sein im Programm verkörper-tes Know-how aufdecken zu lassen⁴⁴⁰.

- 168 § 69d Abs. 3 UrhG versucht, diesen Interessenwiderstreit in ein ausgewogenes Verhältnis zu bringen. **Seine Reichweite ist allerdings begrenzt.** Da der rechtmäßige Erwerber eines Computerprogramms auf jeden Fall die Befugnis zur Eingabe in den Arbeitsspeicher erhält, kann er ohnehin das geladene Programm durch die vorhandenen Dienstprogramme auf dem Bildschirm sichtbar machen. Eine erneute Vervielfältigung ist damit nicht verbunden (s. o. Rz. 116); für dieses Ergebnis bedarf es der Vorschrift des § 69d Abs. 3 UrhG nicht. Sie dient daher zunächst der Klarstellung, daß von der Befugnis zur Einspeicherung vertraglich nicht diejenigen Eingabevorgänge ausgenommen werden können, die zum Zweck der Analyse des Programms erfolgen⁴⁴¹. Die Erlaubnis zur Herstellung weitergehender Vervielfältigungsstücke oder bearbeiteter Programmversionen, etwa in Form des Papierausdrucks oder der Permanent-Speicherung auf einem Datenträger, läßt sich daraus jedoch nicht ableiten, weil es sich um Verwertungsvorgänge handelt, die über die bloße Programmeingabe hinausgehen. Um auch solche Handlungen vornehmen zu können, bedarf es weitergehender gesetzlicher oder vertraglicher Berechtigungen des Nutzers, wie § 69d Abs. 3 UrhG klarstellt. Umgekehrt hat natürlich der Analysierende bei der Untersuchung des Programms wirksam vereinbarte Beschränkungen der in Anspruch genommenen Nutzungsrechte zu beachten.
- 169 Über die Programmeingabe hinausgehende Befugnisse gewährt das Gesetz in § 69e Abs. 1 UrhG zur **Herstellung eigener interoperabler Programme** und in § 69d Abs. 1 UrhG zur **Fehlerberichtigung**. Das Recht zur Fehlerbeseitigung beinhaltet die Befugnis, das Programm durch Eliminierung von Fehlern zu verändern, die geänderte Version permanent zu speichern und künftig durch Programmeingabe zu nutzen. Macht die Analyse des Programms zur Fehlerbeseitigung die ganze oder teilweise körperliche Fixierung des Programms mittels Papierausdrucks oder Übertragung auf einen Datenträger erforderlich, ist dies von § 69d Abs. 3 UrhG gedeckt. Gleiches gilt für die in der Praxis wichti-

439 König, GRUR 1989, 564; Haberstumpf, CR 1991, 132.

440 Bauer, CR 1990, 91; Haberstumpf, CR 1991, 135; Moritz/Tybusseck, Rz. 305.

441 Haberstumpf, CR 1991, 134 f. zu diesem Problem unter dem Aspekt der früheren Rechtslage. S. auch Vinje, GRUR Int. 1992, 254.

ge Frage der **Wartung und Anpassung** überlassener Programme an geänderte Anforderungen beim Benutzer. Die Richtlinie hat in ihrer endgültigen Fassung zwar die im Vorschlag des Europäischen Parlaments vom 11. Juli 1990 enthaltene Erlaubnis zur **Wartung**⁴⁴² gestrichen, das bedeutet aber nicht, daß damit § 39 UrhG beseitigt wäre. Es können sich demnach zur **Wartung** erforderliche Änderungs- oder sogar Bearbeitungsrechte aus einer Vereinbarung nach § 39 Abs. 1 UrhG oder nach **Treu und Glauben** gemäß § 39 Abs. 2 UrhG ergeben (s. o. Rz. 108 f.).

Nicht gestattet sind demgegenüber z. B. die Rückübersetzung fremder Programme in den Quellcode und dessen Verbreitung in Computerzeitschriften⁴⁴³ sowie die Programmanalyse zum Zweck der Neuprogrammierung eines Konkurrenzprodukts oder zu Forschungszwecken. Nicht gestattet sind aber auch die Herstellung von Quellfassungen eines Programms und deren Vorlage im Softwareverletzungsprozeß zum Beweis, daß das analysierte Programm das des Klägers verletzt. Wenn sich der Beklagte weigert, sein Programm von einem gerichtlichen Sachverständigen untersuchen zu lassen, kann die Weigerung allerdings als Beweisvereitelung gewertet werden, vorausgesetzt, es bestehen hinreichende Verdachtsmomente, daß das Programm des Beklagten das des Klägers verletzt⁴⁴⁴. Solche Verdachtsmomente können durchaus mittels eines Vergleichs auf der Objektebene und der jeweiligen Dokumentationen begründet werden. 170

4. Dekompilierung

Ein besonderes Anliegen der Richtlinie und damit des nahezu wörtlich aus Art. 6 übernommenen § 69e UrhG besteht darin, die **Interoperabilität und Kompatibilität von Computersystemen** zu gewährleisten, damit Software und Hardware mit anderer Soft- oder Hardware und Benutzern in Verbindung treten und miteinander agieren können⁴⁴⁵. Die Teile des Programms, die eine solche Verbindung und Interaktion ermöglichen, werden als **Schnittstellen** bezeichnet, die den Übergang zwischen miteinander in Beziehung stehenden Systemen schaffen; über die Schnittstelle erfolgt der Austausch von Daten oder Steu- 171

442 ABl. Nr. 90/C 231/81. Vgl. dazu *Sucker*, CR 1990, 812; *Czarnota/Hart*, a. a. O., Fn. 41, S. 66 f.

443 Fall *Microsoft Corp. vs. Shuwa System Trading KK*, Tokyo District Court EIPR 1989, D-215; Besprechung von *Karjala*, EIPR 1988, 172 ff.

444 Begründung des Regierungsentwurfs, BT-Drucks. 12/4022, S. 14, unter Hinweis auf die Entscheidungen des BGH NJW 1967, 2012 und MDR 1984, 48. Für den Software-Schutz bereits LG Karlsruhe in: *Zahrt*, EDV-Rechtsprechung (1/91), Beilage 7 zu Heft 7 des BB 1991, S. 3 f. Skeptisch hierzu *Engel*, unten XVIII, Rz. 81d, 81f.

445 10. bis 12. Erwägungsgrund zur Richtlinie, ABl. Nr. 91/L 122/43; *Lehmann*, CR 1989, 1058. Welche Bedeutung die Kompatibilität von Computersystemen haben kann, zeigt anschaulich *Vinje*, GRUR Int. 1992, 251 f.

rungssignalen⁴⁴⁶. Die Schnittstelle zwischen Mensch und Maschine umfaßt z. B. die Bedienungselemente des Computers (Tastatur und Bildschirm) sowie den Teil der Software, der direkt mit dem Benutzer in Dialog tritt (sog. Benutzeroberfläche)⁴⁴⁷. Schnittstellen werden ferner benötigt zur Interaktion zwischen der Zentraleinheit und den Peripheriegeräten, zwischen Hardware und Betriebssystem und zwischen verschiedenen Programmen⁴⁴⁸. Wünscht ein Hersteller, seine Produkte mit Software-Produkten anderer Hersteller zu verbinden, benötigt er Informationen über die Merkmale der fremden Programme (Software im Gehäuse, Betriebssysteme, Anwender-Software), die dazu bestimmt oder geeignet sind, die gewünschte Interoperabilität zu gewährleisten. In vielen Fällen werden die erforderlichen Informationen in Handbüchern oder auf Anfrage zugänglich gemacht, womit das Einverständnis zu ihrer Verwertung ausgedrückt wird⁴⁴⁹. In zunehmenden Maße gehen Hersteller oder Gruppen von Herstellern auch dazu über, Schnittstellendefinitionen zu normen und öffentlich zu dokumentieren⁴⁵⁰; diese Programmteile werden dadurch gemeinfrei. Um auch in den Fällen zu einer Kompatibilität zu gelangen, in denen Software-Hersteller nicht bereit sind, ihre Schnittstellenmerkmale offen zu legen, gestattet § 69e UrhG, sich unter bestimmten Voraussetzungen die notwendigen Informationen ohne Zustimmung des Rechtsinhabers zu verschaffen und in einem eigenen interoperablen Programm zu verwenden, auch wenn damit eine Vervielfältigung oder Übersetzung verbunden ist. Bestrebungen, die Vorschrift über das Dekompilieren ausdrücklich auch auf die Möglichkeit der Interoperabilität von Hardware zu erstrecken, haben sich weder im Europäischen Parlament noch im Rat durchgesetzt. Auch § 69e UrhG ist zwingend (§ 69g Abs. 2 UrhG).

- 172 Die Zulässigkeit der Dekompilierung zur Herstellung eigener interoperabler Programme war während des europäischen Gesetzgebungsverfahrens äußerst umstritten⁴⁵¹. Die gefundene Lösung stellt einen **diffizilen Kompromiß** zwischen den Interessen der Software-Hersteller, ihre im Programm steckenden Betriebsgeheimnisse nicht aufdecken lassen zu müssen, und den Interessen der Allgemeinheit und der Konkurrenten an der Aufrechterhaltung eines funktionsfähigen Wettbewerbs dar. § 69e UrhG hat daher nicht nur urheberrechtlichen, sondern auch wettbewerbsrechtlichen Charakter. Die danach erlaubte Aufdeckung von Schnittstellenmerkmalen ist kein Verstoß gegen

446 Zu den Schwierigkeiten, den Begriff der Schnittstelle adäquat zu definieren, *Pilny*, GRUR Int. 1990, 432 f.

447 *Pilny*, GRUR Int. 1990, 433 f. Zur vielfach diskutierten Frage, ob und inwieweit die dem Anwender entgegentretende Benutzeroberfläche einen selbständigen Schutz neben dem Programm genießt, das sie erzeugt und steuert, s. o. Rz. 31 und dort Fn. 95 sowie den Beitrag von *Schlatter*, unten III.

448 *Pilny*, GRUR Int. 1990, 434 f.

449 *Wittek*, Computerrechtshandbuch, 32 Rz. 46 f.

450 Z. B. UNIX-Schnittstellenkooperation der X/Open-Group, CR 1987, 224 ff.

451 *Lehmann*, oben I. A, Rz. 20; *ders.*, GRUR Int. 1991, 333; *Vinje*, GRUR Int. 1992, 256.

§§ 17, 18 UWG⁴⁵², obwohl die Regelungen über den Schutz von Geschäfts- und Betriebsgeheimnissen grundsätzlich von den §§ 69a ff. UrhG nicht tangiert werden (§ 69g Abs. 1 UrhG).

Trotz seiner minutiösen Fassung läßt § 69e UrhG eine Reihe von Interpretationsmöglichkeiten offen. Er ist mit „Dekompilierung“ überschrieben. Dekompilierung bezeichnet die Rückübersetzung eines Objektprogramms in eine problemorientierte Programmiersprache. In § 69e Abs. 1 UrhG ist ferner ausdrücklich nur die Rede davon, daß die Vervielfältigung und Übersetzung des Codes erlaubt sind, um Informationen zur Herstellung der Interoperabilität eines unabhängig geschaffenen Programms zu erhalten. Daraus könnte man schließen, daß allein die Rückübersetzung in den Quellcode und gegebenenfalls die körperliche Fixierung der dekompierten Schnittstelle gestattet ist. Demjenigen, der sein Produkt an die anderer Hersteller ankoppeln will, ist nicht allein damit gedient, über eine rückwärtige Analyse die Ideen und Grundsätze zu erkennen, die den Teilen des fremden Programms zugrundeliegen, die die Verbindung ermöglichen. Er muß die dabei gewonnenen Informationen auch in seinem Erzeugnis umsetzen können⁴⁵³. Ohne eine solche Verwertungsmöglichkeit bliebe die reine Dekompilierung eine akademische Angelegenheit. Wegen des standardisierten Charakters von Schnittstellen⁴⁵⁴ wird es vielfach erforderlich sein, die aufgedeckten und erkannten Schnittstellenmerkmale identisch oder nahezu identisch zu übernehmen⁴⁵⁵. Da Schnittstellen urheberrechtsschutzfähig sein und/oder Betriebsgeheimnisse darstellen können, könnte der Fall eintreten, daß die Verwendung solchermaßen geschützter Schnittstellenmerkmale zu einer Verletzung des Urheberrechts oder des lautereren Wettbewerbs nach §§ 17, 18 UWG führt. § 69e UrhG soll diese Konsequenz ganz offensichtlich verhindern. Daraus folgt, daß **der Unternehmer geschützter fremder Schnittstellenmerkmale auch berechtigt ist, diese in seinem interoperablen Programm zu vervielfältigen** und zusammen mit ihm zu verbreiten. Nur in dieser Deutung läßt sich das in den Erwägungsgründen zur Richtlinie formulierte Ziel⁴⁵⁶ erreichen, die Verbindung aller Elemente eines Computerprogramms, auch solcher verschiedener Hersteller, zu ermöglichen, so daß sie zusammenwirken können.

Der Urheber des analysierten Programms darf diese Art der **Verwertung auch nicht von der Zahlung einer Lizenzgebühr abhängig machen**. Verweigert er nämlich einem Interessenten auf dessen Anfrage die kostenlose Bekanntgabe von Schnittstellenmerkmalen, dann sind sie für diesen nicht ohne weiteres

452 *Lehmann*, oben I. A., Rz. 25; *ders.*, GRUR Int. 1991, 335; *Dreier*, CR 1991, 583; a. A. *Moritz*, GRUR Int. 1991, 702; *Habel*, CR 1991, 257 ff.; *Wiebe*, CR 1992, 138.

453 *Lehmann*, oben I. A., Rz. 20, Fn. 85; *ders.*, GRUR Int. 1991, 333 Fn. 85; *Dreier*, CR 1991, 583; *Vinje*, GRUR Int. 1992, 259 f.

454 *Pilny*, GRUR Int. 1990, 431; *Lehmann*, CR 1989, 1058.

455 *Vinje*, GRUR Int. 1992, 259; a. A. *Schulte*, CR 1992, 650.

456 10. Erwägungsgrund zur Richtlinie, ABL. Nr. 91/L 122/43; *Czarnota/Hart*, a. a. O., Fn. 41, S. 38, 82.

zugänglich, so daß der Interessent gemäß § 69e Abs. 1 Nr. 2 UrhG zur Dekompilierung schreiten darf. Es wäre ungereimt, wenn dieser nun, nachdem er sich der Mühe der Rückübersetzung unterzogen hat, für die Verwertung der dabei gewonnenen Informationen ein Entgelt zahlen müßte⁴⁵⁷. Der Schöpfer der übernommenen Schnittstelle erhält für die in § 69e UrhG vorgesehene Beschränkung seiner Rechte schließlich einen gewissen Ausgleich dadurch, daß mit dem Auftreten kompatibler Software-Produkte auf dem Markt die Anwendungsmöglichkeiten und Absatzchancen seines Werkes gewöhnlich verbessert werden.

175 Als kumulativ zu erfüllende **Voraussetzungen für die Zulässigkeit der Dekompilierung** und Verwendung fremder geschützter Schnittstellen nennt § 69e Abs. 1 UrhG,

- daß die damit verbundenen Vervielfältigungs- oder Übersetzungshandlungen zur Herstellung der Interoperabilität eines unabhängig geschaffenen Computerprogramms unerlässlich sind,
- daß sie von einer zur Verwendung der Programmkopie berechtigten Person oder in ihrem Namen vorgenommen werden,
- daß die notwendigen Informationen zur Herstellung der Interoperabilität den berechtigten Personen noch nicht ohne weiteres zugänglich gemacht sind und
- daß sich diese Handlungen auf die zur Herstellung der Interoperabilität notwendigen Teile beschränken.

Sind diese Voraussetzungen erfüllt, dann dürfen fremde Schnittstellenmerkmale auch in ein Programm übernommen werden, das zu dem analysierten in Konkurrenz treten kann⁴⁵⁸. Teile des Programms, die für die Verbindung mit anderen Programmen nicht relevant sind, dürfen dagegen nicht vervielfältigt oder übersetzt werden.

176 § 69e Abs. 2 UrhG **grenzt diese Voraussetzungen näher ab**, während Abs. 3 eine kaum praktisch werdende Generalklausel enthält, die die Stimmigkeit mit der RBÜ unterstreichen soll. Es ist nicht erlaubt, daß die bei der Dekompilierung von Schnittstellen gewonnenen Informationen

- (a) zu anderen Zwecken als zur Herstellung der Interoperabilität des unabhängig geschaffenen Programms verwendet werden;
- (b) an Dritte weitergegeben werden, es sei denn, daß dies für die Interoperabilität des unabhängig geschaffenen Programms notwendig ist;

⁴⁵⁷ *Vinje*, GRUR Int. 1992, 257; *Lehmann*, CR 1992, 327 Fn. 42; *Czarnota/Hart*, a. a. O., Fn. 41, S. 80; a. A. *Schulte*, CR 1992, 650.

⁴⁵⁸ Mitteilung der Kommission an das Europäische Parlament gemäß Art. 149 EWG-Vertrag vom 18. 1. 1991, GRUR Int. 1991, 550. Eingehend zu diesem Problem *Vinje*, GRUR Int. 1992, 255 ff.

(c) für die Entwicklung, Herstellung oder Vermarktung eines Programms mit im wesentlichen ähnlicher Ausdrucksform oder für irgendwelche anderen das Urheberrecht verletzenden Handlungen verwendet werden.

Ob die perfektionistische Ausgestaltung der neuen Ausnahmegesetzgebung **den Anforderungen der Praxis standhält, bleibt abzuwarten**. Solange sich Dekompilierungsvorgänge im internen Bereich von Anwendern abspielen, werden die betroffenen Programmurheber kaum die Möglichkeit besitzen, dagegen einzuschreiten und eine Verletzung ihrer Rechte nachzuweisen⁴⁵⁹. Praktische Relevanz wird § 69e UrhG daher in der Regel erst gewinnen, wenn die bei der Dekompilierung gewonnenen Informationen in Programmen verwertet werden, die in Verkehr gebracht werden. Stellt nun der betroffene Programm-schöpfer fest, daß ein neues auf dem Markt erschienenen Programm Teile seines Produkts enthält, die als Schnittstelle dienen, ist es seine Aufgabe, im Verletzungsprozeß nachzuweisen, daß diese Teile identisch oder wesentlich identisch übernommen wurden und für sich urheberrechtlich geschützt sind; sein Prozeßgegner muß sich demgegenüber damit verteidigen, daß er die Voraussetzungen des § 69e Abs. 1 UrhG erfüllt hat. Bei Fällen, in denen § 69e Abs. 2 UrhG relevant wird, ist die Ausgangslage eine andere. Hauptanwendungsfall wird sein, daß ein Programmurheber argwöhnt, ein nicht interoperables Konkurrenzprodukt sei mittels Dekompilierung seines Programms entstanden. Im Verletzungsprozeß wird er dann darzulegen und zu beweisen haben, daß sein Programm geschützt ist und in dem Konkurrenzprodukt – zumindest teilweise – identisch oder wesentlich identisch wiederkehrt. Gelingt ihm dies, wird seine Unterlassungsklage Erfolg haben, und zwar unabhängig davon, ob eine zulässige oder unzulässige Dekompilierung vorausgegangen war. Stellt sich jedoch heraus, daß das angegriffene Programm das Urheberrecht an dem analysierten nicht verletzt, weil es z. B. die Qualität einer freien Benutzung gemäß § 24 UrhG erreicht, dann wird man der Wertung des § 69e Abs. 2 Nr. 3 UrhG entnehmen müssen, daß urheberrechtliche Ansprüche auch dann nicht gegeben sind, wenn es unter Verletzung von § 69e Abs. 2 Nr. 1 UrhG geschaffen wurde; es wäre kaum verständlich, wenn aufgrund des Urheberrechts die Verwertung eines Werkes verboten werden könnte, das niemandes Urheberrecht verletzt. Man könnte allerdings daran denken, diesen Wertungswiderspruch zwischen § 69 Abs. 2 Nr. 1 und Nr. 3 UrhG dadurch aufzulösen, daß die nachgewiesene Verletzung von § 69e Abs. 2 Nr. 1 UrhG den Zugang zu den grundsätzlich daneben anwendbaren Vorschriften zum Schutz von Geschäfts- und Betriebsgeheimnissen (§ 69g Abs. 1 UrhG) eröffnet. Auf jeden Fall wird damit eine Vertragsverletzung verbunden sein.

Trotz dieser Schwächen ist die **Einführung einer Ausnahmeregelung zugunsten der Herstellung von Interoperabilität** zwischen verschiedenen Computersystemen **zu begrüßen**. Allein ihre Existenz könnte die Software-Industrie veranlassen, stärker als bisher von sich aus Schnittstellen anzubieten, zu

⁴⁵⁹ *Haberstumpf*, CR 1991, 140 f.

normen und öffentlich bekannt zu geben, worauf die EG-Kommission ohnehin im Rahmen ihrer kartellrechtlichen Praxis schon seit langem drängt⁴⁶⁰. Dann würde der Streit um die Dekompilierung von Schnittstellenmerkmalen einen großen Teil seiner Schärfe verlieren.

F. Literatur

- Betten*, Urheberrechtsschutz von Computerprogrammen?, Mitt. 1984, 201 ff.
Buchmüller, Urheberrecht und Computersoftware, Diss. Münster, 1986
Dworatschek, Grundlagen der Datenverarbeitung, 7. Aufl., 1986
Erdmann, Möglichkeiten und Grenzen des Urheberrechts, CR 1986, 249 ff.
Ernestus, Nutzung und Vervielfältigung eines Computerprogramms, CR 1989, 784 ff.
Fromm/Nordemann, Urheberrecht, 7. Aufl., 1988
v. Gamm, Der urheber- und wettbewerbsrechtliche Schutz von Rechenprogrammen, WRP 1969, 96 ff.
 – Urheberrechtsgesetz, 1968
Goldschlager/Lister, Informatik, 3. Aufl., 1990
Haberstumpf, Zur urheberrechtlichen Beurteilung von Programmen für Datenverarbeitungsanlagen, GRUR 1982, 142 ff.
 – Grundsätzliches zum Urheberrechtsschutz von Computerprogrammen nach dem Urteil des Bundesgerichtshofs vom 9. Mai 1985, GRUR 1986, 222 ff.
 – Der Ablauf eines Computerprogramms im System der urheberrechtlichen Verwertungsrechte, CR 1987, 409 ff.
Hoeren, Softwareüberlassung als Sachkauf, 1989
Hubmann/Rehbinder, Urheber- und Verlagsrecht, 7. Aufl., 1991
Kilian/Heussen (Hrsg.), Computerrechtshandbuch, 1991 (zit.: *Bearbeiter*, Computerrechtshandbuch)
Kindermann, Vertrieb und Nutzung von Computersoftware aus urheberrechtlicher Sicht, GRUR 1983, 150 ff.
 – Was ist Computer-Software?, ZUM 1985, 2 ff.
Koch/Schnupp, Software-Recht, Bd. I, 1991
Köhler, Reimar, Der urheberrechtliche Schutz der Rechenprogramme, 1968
König, Das Computerprogramm im Recht, 1991
Kolle, Der Rechtsschutz der Computersoftware in der Bundesrepublik Deutschland, GRUR 1982, 443 ff.
Lehmann, Die Europäische Richtlinie über den Schutz von Computerprogrammen, GRUR Int. 1991, 327 ff.
 – Portierung und Migration von Anwendersoftware, CR 1990, 625 ff.
 – Das neue Software-Vertragsrecht – Verkauf und Lizenzierung von Computerprogrammen, NJW 1993, 182
Loewenheim, Der urheberrechtliche Schutz der Computer-Software, ZUM 1985, 26 ff.
Malzer, Der Softwarevertrag, 1991
Marly, Softwareüberlassungsverträge, 1991
Moritz/Tybusseck, Computersoftware, Rechtsschutz und Vertragsgestaltung, 2. Aufl. 1992
Nordemann, Der urheberrechtliche Schutz der Computer-Software, ZUM 1985, 10 ff.
Pilny, Schnittstellen in Computerprogrammen, GRUR Int. 1990, 431 ff.

⁴⁶⁰ *Lehmann*, oben I. A, Rz. 7; *Schröder*, Computerrechtshandbuch, 63 Rz. 14 ff.; vgl. auch 26. Erwägungsgrund zur Richtlinie, ABl. Nr. 91/L 122/43.

- Preuß*, Der Rechtsschutz von Computerprogrammen nach dem Urteil des BGH vom 9. Mai 1985, Diss. Erlangen 1987
- Röttinger*, Rechtsschutz von Computerprogrammen, IuR 1986, 293 ff., 1987, 93 ff., 139 ff.
- Schneider, Jochen*, Praxis des EDV-Rechts, 1990
- Schneider, Jörg*, Softwarenutzungsverträge im Spannungsfeld von Urheber- und Kartellrecht, 1989
- Schricker* (Hrsg.), Urheberrecht, 1987 (zit.: *Schricker/Bearbeiter*)
- Schulze*, Urheberrechtsschutz von Computerprogrammen – geklärte Rechtsfrage oder bloße Illusion?, GRUR 1985, 997 ff.
- Sieber*, Der urheberrechtliche Schutz von Computerprogrammen, BB 1983, 977 ff.
- Troller*, Der urheberrechtliche Schutz von Inhalt und Form der Computerprogramme, CR 1987, 213 ff., 278 ff., 352 ff.
- Ulmer*, Urheber- und Verlagsrecht, 3. Aufl., 1980
- Der Urheberschutz wissenschaftlicher Werke unter besonderer Berücksichtigung der Programme elektronischer Rechenanlagen, 1967
- Ulmer/Kolle*, Der Urheberschutz von Computerprogrammen, GRUR Int. 1982, 489 ff.
- Vinje*, Die EG-Richtlinie zum Schutz von Computerprogrammen und die Frage der Interoperabilität, GRUR Int. 1992, 250 ff.
- Wiebe*, Know-how-Schutz von Computersoftware, 1993
- Wittmer*, Der Schutz von Computersoftware – Urheberrecht oder Sonderrecht?, 1981