

## 1. Teil:

## Rechtsschutz von Computerprogrammen

## II.

## Der urheberrechtliche Schutz von Computerprogrammen

von Dr. Helmut Haberstumpf

Richter am Landgericht Nürnberg-Fürth

## Übersicht

<b>A. Die Entwicklung im In- und Ausland</b>		4. Die Bedeutung eines wissenschaftlichen oder technischen Textes . . . . .	49
I. Software als wertvolles und wertliches Wirtschaftsgut . . . . .	1	5. Schutzzumfang . . . . .	54
II. Bundesrepublik Deutschland . . . . .	4	6. Form und Inhalt . . . . .	56
<b>III. Ausland</b>		7. Die These von der Freiheit wissenschaftlicher oder technischer Lehren . . . . .	59
1. Internationale Tendenzen . . . . .	8	8. Die Unbegründbarkeit der These von der Freiheit wissenschaftlicher oder technischer Lehren . . . . .	63
2. Vereinigte Staaten von Amerika . . . . .	9	<b>II. Individualität</b>	
3. Japan . . . . .	12	1. Der schöpferische Eigentümlichkeitsgrad . . . . .	77
4. Frankreich . . . . .	14	2. Individualität nach traditioneller Auffassung . . . . .	85
5. Großbritannien . . . . .	15	3. Software-Produkte . . . . .	89
6. Weitere Länder . . . . .	16	4. Zusammenfassung . . . . .	94
<b>B. Begriffsbestimmungen</b>		<b>D. Der Urheber und seine Befugnisse</b>	
I. Die Hardware-Software-Hierarchie . . . . .	17	I. Entstehen des Urheberrechts . . . . .	95
II. Software-Komponenten		II. Rechtsinhaberschaft . . . . .	97
1. Computerprogramm . . . . .	21	III. Urheberpersönlichkeitsrecht . . . . .	102
2. Programmbeschreibung . . . . .	24	<b>IV. Verwertungsrechte</b>	
3. Begleitmaterial . . . . .	25	1. Die Interessenlage bei der körperlichen Verwertung . . . . .	105
<b>III. Die Programmentwicklung</b> . . . . .	26	2. Das Vervielfältigungsrecht . . . . .	109
<b>IV. Computerprogramm und Algorithmus</b> . . . . .	29	3. Das Verbreitungsrecht . . . . .	119
<b>C. Die Werkeigenschaft der Software-Produkte</b>		4. Bearbeitungsrechte und freie Benutzung . . . . .	128
I. Der Schutzgegenstand		5. Öffentliche Werkwiedergabe . . . . .	134
1. Werkarten . . . . .	32	<b>V. Schranken des Urheberrechts</b> . . . . .	136
2. Der Werkbegriff in der Rechtsprechung des BGH und seine Anwendung auf Software-Produkte . . . . .	36	<b>E. Literatur</b>	
3. Formen der Darstellung bei wissenschaftlichen oder technischen Sprachwerken . . . . .	44		

## A. Die Entwicklung des urheberrechtlichen Software-Schutzes im In- und Ausland

### I. Software als wertvolles und verletzliches Wirtschaftsgut

- 1 Software-Produkte, unter denen die Computerprogramme eine hervorragende Stellung einnehmen, sind Immaterialgüter, geistige Werke, die beliebig oft dargestellt und wahrgenommen werden können, ohne daß ihre Struktur geändert wird. 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 an<sup>1</sup>. Die durchschnittlichen Aufwendungen für die Entwicklung eines Programms liegen zwischen 30 000,- und 1 Mill. DM<sup>2</sup>. Im Jahre 1984 betrug der gesamte Software-Umsatz in der Bundesrepublik Deutschland nach einer Studie der International Data Corporation (IDC) Deutschland GmbH<sup>3</sup> ca. 3,5 Mrd. DM. Davon entfielen etwa 1,5 Mrd. DM auf Individual-Software und ca. 2 Mrd. DM auf Standard-Software. Es wird geschätzt, daß in Zukunft eine deutliche Verschiebung zugunsten der Standard-Software, und zwar bis 1989 auf ca. 11 Mrd. DM, gegenüber der Individual-Software stattfinden wird, die bis 1989 einen Zuwachs auf etwa 4 Mrd. DM verzeichnen soll.
- 2 In Westeuropa wurden 1984 3,99 Mrd. Dollar für Standard-Software und 3,7 Mrd. Dollar für Individual-Software umgesetzt. Die Umsatzschätzungen bis 1990 belaufen sich für Standard-Software auf rund 20,4 Mrd. Dollar und für Individual-Software auf ca. 12,56 Mrd. Dollar<sup>4</sup>.
- 3 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 werden<sup>5</sup>. Dies gilt im besonderen Maß für die Standard-Software<sup>6</sup>, deren Bedeu-

1 Vgl. Computerwoche vom 6. Juni 1986, S. 16, 17; *Maenner*, Der Deutsche Software-Markt, 1986, S. 17.

2 Mitt. 1986, 14.

3 Zitiert nach *Moritz/Tybusseck* RdNr. 47, 48. Die Angaben über den Umsatz am Software-Markt differieren jedoch je nach Marktforschungsunternehmen und Erhebungsjahr zum Teil erheblich, *Maenner* (Fn. 1) S. 18 ff.

4 Computerwoche vom 30. Mai 1986, S. 12.

5 Data Becker, eines der führenden Software-Häuser in der Bundesrepublik, schätzt den ihr durch Raubkopien entstandenen Schaden für 1984 auf 30-40 Mill. DM, vgl. CHIP 10/1985, 18. S. auch v. *Gravenreuth* CR 1986, 111 ff.; *ders.* CR 1986, 612.

6 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.

tion 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 ist<sup>7</sup>.

## II. 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 Frage kommende vertragliche und wettbewerbsrechtliche Schutz nur gegenüber dem gebundenen Vertragspartner und den Teilnehmern am Wettbewerbsverkehr, nicht gegenüber jedem Dritten durchsetzbar ist. 4

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 aus<sup>8</sup>.

Mit dem **Urheberrechtsschutz für Computerprogramme** befaßten sich erstmals im Jahre 1981 die Landgerichte Kassel<sup>9</sup> und Mannheim<sup>10</sup>, die deren Schutzfähigkeit gegensätzlich beurteilten. Während das LG Kassel das zu bewertende Baustatikprogramm ohne weiteres dem Urheberrechtsschutz unterstellte, hielt das LG Mannheim das umstrittene Inkassoprogramm nicht für schutzfähig, weil Computerprogrammen jeglicher geistig-ästhetischer Gehalt fehle. Die Entscheidung des LG Kassel wurde in der Berufung vom OLG Frankfurt bestätigt<sup>11</sup>; die Revision gegen die Berufungsentscheidung nahm der BGH im Beschluß vom 26. Sept. 1985 wegen Aussichtslosigkeit nicht an. Das Urteil des LG Mannheim wurde dagegen im Berufungsverfahren durch das OLG Karlsruhe<sup>12</sup> 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. Mai 1985<sup>13</sup>, der das Berufungsurteil im urheberrechtlichen Teil 5

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

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

9 LG Kassel vom 21. 5. 81 - 8 O 84/80, BB 1983, 992.

10 LG Mannheim vom 12. 6. 81 - 7 O 143/81, BB 1981, 1543.

11 OLG Frankfurt vom 6. 11. 84 - 14 U 188/81, BB 1985, 139 = CR 1986, 13 - Baustatikprogramm.

12 OLG Karlsruhe vom 9. 2. 83 - 6 U 150/81, GRUR 1983, 300.

13 BGH vom 9. 5. 85 - I ZR 52/83, GRUR 1985, 1041 ff. = BB 1985, 1747 ff. = WM 1985, 1235 ff. = NJW 1986, 192 ff. = CR 1985, 22 ff. - Inkassoprogramm.

aufhob und zur erneuten Verhandlung und Entscheidung an das OLG Karlsruhe zurückverwies, weil es nach Ansicht des BGH die schöpferische Eigenart des In-kassoprogramms nur pauschal und ohne nähere Begründung bejaht habe; das Verfahren wurde inzwischen durch Vergleich beendet<sup>14</sup>. Weitere gerichtliche Stellungnahmen liegen in Entscheidungen der Landgerichte Mosbach<sup>15</sup> und München<sup>16</sup>, der Oberlandesgerichte Koblenz<sup>17</sup>, Hamburg<sup>18</sup>, Frankfurt<sup>19</sup> und Nürnberg<sup>20</sup> sowie des Bundesarbeitsgerichts<sup>21</sup> vor. In diesen Entscheidungen wurde die urheberrechtliche Schutzfähigkeit von Computerprogrammen ausnahmslos dem Grundsatz nach bejaht und überwiegend auch tatsächlich zugesprochen.

- 6 Auf eben diese gefestigte Rechtsprechung stützte sich ausdrücklich der **Bericht des Rechtsausschusses des Deutschen Bundestages vom 17. 5. 1985**<sup>22</sup>, auf dessen Empfehlung die Programme für die Datenverarbeitung in den Katalog der schütz-baren Werke aufgenommen wurden. Das Gesetz zur Änderung von Vorschriften auf dem Gebiet des Urheberrechts vom 24. Juni 1985 (BGBl. I, 1137) ist seit 1. Juli 1985 in Kraft.
- 7 Es ist rückschauend 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 „In-kassoprogramm“** wesentlich in Frage stellte. Die Anforderungen an den Erwerb des urheberrechtlichen Schutzes werden darin so hoch geschraubt, daß das rechtliche Instrumentarium des UrhG – wenn überhaupt – nur in Ausnahmefällen einem Programmschöpfer zur Verfügung steht. Seither ist die Situation durch eine große Rechtsunsicherheit und eine sich in verschiedene Richtungen zerfasernde Diskussion<sup>23</sup> gekennzeichnet, die sich wieder vermehrt den Schutzmöglichkeiten des Patent- und Gebrauchsmusterrechts, des Geschmacksmusterrechts, des Warenzeichen- und Wettbewerbsrechts, sowie des allgemeinen Zivilrechts zuwendet.

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

15 LG Mosbach vom 13. 7. 82 – KfH O 35/82, GRUR 1983, 70.

16 LG München I vom 21. 12. 82 – 7 O 2490/82, GRUR 1983, 175 – Visicalc; LG München I vom 29. 8. 85 – 7 O 12031/85, CR 1986, 386.

17 OLG Koblenz vom 13. 8. 81 – 6 U 294/80, BB 1983, 992.

18 OLG Hamburg vom 31. 3. 83 – 3 U 192/82, GRUR 1983, 436 – Puckman.

19 OLG Frankfurt vom 13. 6. 83 – 6 W 34/83, GRUR 1983, 753 – Pengo; OLG Frankfurt vom 21. 7. 83 – 6 U 16/83, GRUR 1983, 757 – Donkey Kong Junior.

20 OLG Nürnberg vom 8. 5. 84 – 3 U 652/83, GRUR 1984, 736 – Glasverschnitt-Programm.

21 BAG vom 13. 9. 83 – 3 AZR 371/81, GRUR 1984, 429 – Statikprogramme.

22 Bericht der Abgeordneten Stiegler und Saurin, BTDr. 10/3360, S. 18.

23 Vgl. *Betten* Mitt. 1986, 10 ff. und unten die Beiträge von *Kraßer* (S. 99), *v. Falckenstein* (S. 172), *Schweyer* (S. 204), *Lehmann* (S. 230) und *Haß* (S. 299).

### III. Die Rechtsentwicklung im Ausland

#### 1. Internationale Tendenzen

Auch 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-Software<sup>24</sup> wurden nämlich von den nationalen Gesetzgebern nicht aufgegriffen. Lediglich in Bulgarien<sup>25</sup> ist ein Gesetz mit einem Sonderschutz für Computerprogramme in Kraft getreten; in Brasilien liegt ein Gesetzentwurf für einen solchen Sonderrechtsschutz vor<sup>26</sup>. Ansonsten hat sich im Juni 1983 ein Ausschuß von Regierungsexperten aus den wichtigsten Industriestaaten in Ost und West<sup>27</sup> mit überwältigender Mehrheit dafür ausgesprochen, den von der WIPO ausgearbeiteten Entwurf für einen Sonderschutz 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. Zu demselben Ergebnis kam eine im Februar 1985<sup>28</sup> gemeinsam von der UNESCO und der WIPO einberufene Konferenz.

Die EG-Kommission bereitet ein Grünbuch über aktuelle urheberrechtliche Fragen vor, das voraussichtlich im Laufe des Jahres 1987 erscheinen und sich ebenfalls eingehend mit dem Schutz der Computerprogramme befassen wird.

#### 2. Vereinigte Staaten von Amerika<sup>29</sup>

Die USA haben sehr früh im **Bundesgesetz vom 12. Dez. 1980** den Rechtsschutz für Computerprogramme in das allgemeine Urheberrechtsgesetz durch die Aufnahme einer Definition des Ausdrucks „Computerprogramm“ (§ 101) und durch Einfügung einer Schrankenregelung zugunsten des rechtmäßigen Inhabers einer Programmkopie (§ 117) eingebaut. Auf der Grundlage der neuen Gesetzeslage wurde von den Gerichten eine Reihe von strittigen Fragen geklärt. Hervorzuheben sind zwei Entscheidungen des United States Court of Appeals vom 30. Aug.

24 Sie sind abgedruckt in GRUR Int. 1978, 286 = Copyright 1978, 6.

25 *Eskenazi Industrial Property* 1981, 288.

26 S. GRUR Int. 1984, 646 f.; GRUR Int. 1987, 121 und den Bericht über die Tagung der deutsch-brasilianischen Juristenvereinigung in GRUR Int. 1986, 110 f.

27 Siehe den Bericht in *Industrial Property* 1983, 287 f.

28 *Le Droit d'Auteur* 1985, 128 ff. Vgl. auch die Entschlüsse der Association Littéraire et Artistique Internationale (ALAI) vom 1. 10. 83 in *Le Droit d'Auteur* 1984, 30, und der Association Internationale pour la Protection de la Propriété Industrielle (AIPPI) vom 12.-18. Mai 1985 in *Le Droit d'Auteur* 1985, 310 ff., *Kolle* GRUR Int. 1985, 29 ff.

29 Zur Rechtslage in den USA eingehend *Bauer* GRUR Int. 1984, 136 ff.

1983 [Apple Computer v. Franklin Computer] und des Central District Court of California vom 11. Apr. 1983 [Apple Computer v. Formula International]<sup>30</sup>. Die Gerichte stellten fest, daß Systemprogramme nicht anders zu behandeln sind als Anwenderprogramme und daß beide Arten von Programmen Urheberschutz genießen; Programme sind geschützt, unabhängig davon, ob sie als Quellenprogramm oder im Objektcode vorliegen; dieser Schutz geht nicht dadurch verloren, daß ein Objektprogramm in einen Festwertspeicher (ROM) eingegeben wird.

- 10 Die vom Gesetz zum Erwerb des Urheberrechts erforderliche **Originalität**, worunter man nur versteht, daß der Autor das Werk selber geschaffen und nicht aus anderen Werken kopiert hat<sup>31</sup>, stellt im allgemeinen keine besondere Hürde für den Programmschutz dar und wurde daher bislang von allen amerikanischen Gerichten für die strittigen Programme bejaht. Nicht geschützt sind Ideen, Theorien, Entdeckungen, Prinzipien als solche (§ 102), was in bezug auf die Computerprogramme den Ausschluß des Algorithmus aus dem Urheberrechtsschutz bedeutet<sup>32</sup>. Interessanterweise geraten dadurch auch die amerikanischen Gerichte in ganz ähnliche Schwierigkeiten<sup>33</sup>, wie sich bei der Würdigung der Rechtsprechung des BGH zeigen wird. Es mehren sich daher in den USA die Stimmen, die die Einbeziehung von Algorithmen und allgemein von Ideen in den Urheberrechtsschutz befürworten<sup>34</sup>.
- 11 Voraussetzung für eine auf das Urheberrecht gestützte Verletzungsklage in den USA ist die **Anbringung des Copyright-Vermerkes** und die **Registrierung** des Programms beim Copyright Office in Washington. Der Copyright-Vermerk muß in dreifacher Weise erscheinen: als Aufdruck oder Aufkleber auf dem maschinenlesbaren Trägermedium (z. B. Diskette), als Kommentarzeile im Quellenprogramm und als alphanumerische Konstante im Quellenprogramm, die bei dessen Übersetzung in das Objektprogramm mitgeführt wird und in diesem erscheint. Dieser Formmangel kann jedoch innerhalb der ersten fünf Jahre geheilt werden. Die Pflicht zur Hinterlegung von zwei Exemplaren der besten Ausgabe des Werkes beim Copyright Office ist keine Schutzvoraussetzung, ihre Verletzung kann aber durch eine Geldstrafe geahndet werden.

30 *Bauer* GRUR Int. 1984, 141; *Kolle* ZUM 1985, 20; *Rodau* Intellectual Property Law Review 1986, 413 ff.

31 *Nimmer*, On Copyright, Vol 1 1973, § 10.

32 *Kolle* ZUM 1985, 24.

33 *Bauer* GRUR Int. 1984, 142, der auf die Probleme hinweist, die sich den Gerichten in den beiden erwähnten Apple-Entscheidungen bei der Frage stellten, worin die nicht geschützte Idee eigentlich liegt. Vgl. auch die Entscheidung des Court of Appeals 3d Circuit v. 4. 8. 86 in GRUR Int. 1986, 668; besprochen von *Sandison* EIPR 1986, 86 ff.

34 *Stern* Industrial Property 1982, 179 ff.; *Hopkins* Intellectual Property Law Review 1982, 385 ff. m. w. N.

### 3. Japan

Die Versuche, für Computerprogramme einen Sonderrechtsschutz einzuführen, fielen in Japan zunächst auf fruchtbaren Boden. Im Dez. 1983 legte nämlich das Wirtschaftsministerium (MITI) einen Vorentwurf für ein solches Gesetz vor, der inzwischen aufgrund massiver Einwirkung des für Urheberrechtsfragen zuständigen Kulturamtes und auch der US-Regierung zu den Akten gelegt ist<sup>35</sup>. Statt dessen ist seit 1. 1. 1986 ein Gesetz in Kraft, das nun die Schutzproblematik im Rahmen des Urheberrechts regelt<sup>36</sup>. Das neue Gesetz nimmt die Programmwerke in den Katalog der geschützten Werke auf, schließt aber Programmiersprachen, Regeln oder Algorithmen, die zur Entwicklung des Programmwerkes benutzt werden, vom Schutz aus. Die Schutzdauer beträgt 50 Jahre ab dem Tag der Veröffentlichung bzw. ab dem Tag der Herstellung des Programmwerkes, wenn keine Veröffentlichung erfolgt. Für die Schutzdauer gilt das Gegenseitigkeitsprinzip, so daß Ausländern, in deren Land eine kürzere Schutzfrist besteht, auch in Japan nur für die kürzere Frist Schutz gewährt wird. Das von einem Arbeitnehmer im Rahmen seiner Tätigkeit geschaffene Programm gehört dem Arbeitgeber. Vom Schutz gegen Veränderungen des Werkes sind solche Änderungen ausgenommen, die für die Lauffähigkeit des Programms notwendig sind oder zu seiner Verbesserung durchgeführt werden; der Inhaber einer Programmkopie hat das Recht, die zur Benutzung des Programms notwendigen Kopien und Bearbeitungen herzustellen. Der gutgläubige Erwerber einer gesetzwidrig hergestellten Programmkopie begeht bei ihrer Nutzung keine Urheberrechtsverletzung. Das Gesetz sieht schließlich eine freiwillige Registrierung von Programmen vor, die jedoch nicht Voraussetzung für das Entstehen des Urheberrechtsschutzes und die Erhebung einer Urheberrechtsklage ist.

Bereits vor Inkrafttreten der Gesetzesänderung haben die Landgerichte von Tokio, Yokohama und Osaka<sup>37</sup> Schadensersatzklagen stattgegeben, die auf die Verletzung des Urheberrechts an Programmen für Videospiele gestützt waren, wobei u. a. auch das auf einem Festwertspeicher gespeicherte Objektprogramm als Vervielfältigung angesehen wurde.

### 4. Frankreich

Auch in Frankreich wurde die Software mit Wirkung vom 1. 1. 1986 in den Katalog der urheberrechtlich geschützten Werke aufgenommen. In welchem Umfang Software-Produkte Schutz genießen, ist jedoch nicht im französischen Urheberrechtsgesetz geregelt, sondern in einem selbständigen Gesetz vom 3. Juli 1985, auf

35 *Rahn* GRUR Int. 1984, 217 ff.; *Kitagawa* GRUR Int. 1985, 173 ff.

36 Zum Inhalt des Gesetzes näher: *Betten* CR 1985, 120; *Karjala* EIPR 1986, 105 ff.

37 Tokyo District Court vom 24. 5. 82, EIPR 1983, D-46; Yokohama District Court vom 30. 3. 83, EIPR 1983, D-138; Osaka District Court vom 26. 1. 84, EIPR 1984, D-86; vgl. auch *Kolle* ZUM 1985, 23.

das das Urhebergesetz verweist (Art. 3)<sup>38</sup>. Man kann diese Regelung als eine **Kombination aus Urheberrecht und Sonderrecht** bezeichnen<sup>39</sup>. Die wichtigsten Bestimmungen lauten: Mangels gegenteiliger Vereinbarung gehören Software-Erzeugnisse, die von Arbeitnehmern oder Staatsbediensteten im Rahmen ihrer Tätigkeit geschaffen werden, dem Arbeitgeber, dem Betrieb oder der öffentlich-rechtlichen Körperschaft. Der Urheber kann sich einer Bearbeitung der Software im Rahmen der von ihm abgetretenen Rechte nicht widersetzen; sein Rückrufs- oder Rücktrittsrecht ist ausgeschlossen. Jede Vervielfältigung der Software durch einen Benutzer – mit Ausnahme der Herstellung einer Sicherungskopie – erfordert stets die Zustimmung des Berechtigten. Die Schutzfrist beträgt 25 Jahre ab dem Zeitpunkt der Herstellung. Für den Schutz von Ausländern gilt das Prinzip der Gegenseitigkeit; vorbehaltlich der internationalen Konventionen genießen Ausländer in Frankreich nur den Schutz dieses Gesetzes, wenn in deren Staaten auch französische Staatsbürger geschützt sind.

Das neue Gesetz beseitigte die Rechtsunsicherheit, die durch sich widersprechende Entscheidungen französischer Instanzgerichte entstanden war<sup>40</sup>.

## 5. Großbritannien

- 15 Mit Wirkung vom 16. Sept. 1985 wurde in Großbritannien durch den **Copyright Amendment Act**<sup>41</sup> das Urheberrecht ergänzt. Computerprogramme sind danach ausdrücklich den literarischen Werken gleichgestellt. Unter die dem Urheber vorbehaltenen Verwertungsrechte fällt auch die Einspeicherung des Programms in einen Computer. Die Übersetzung eines Programms in eine andere Computersprache gilt als Bearbeitung. Das Gesetz enthält schließlich Strafbestimmungen, die das Anfertigen, Vertreiben oder Importieren einer unerlaubten Kopie unter Strafe stellen.

Der Gesetzgeber hat dadurch die Rechtsprechung bestätigt, die in mehreren Fällen bereits den Urheberrechtsschutz für Programme bejaht hatte<sup>42</sup>.

## 6. Weitere Länder

- 16 Neben den bislang behandelten fünf auf dem Software-Markt führenden Staaten sind die nationalen **Urheberrechtsgesetze** um den Schutz der Computersoftware

38 Abgedruckt in GRUR Int. 1986, 36 ff. und UFITA 104 (1987), 212 ff. Besprechungen von *Thurrow* UFITA 104 (1987), 9 ff. und *Röttinger* GRUR Int. 1985, 808 ff.; *Knorr* CR 1986, 52 ff.

39 *Röttinger* GRUR Int. 1985, 812; *Betten* CR 1985, 120.

40 Einen Überblick über die Judikatur gibt *Röttinger* GRUR Int. 1985, 808 ff.; vgl. auch *Jonquères* GRUR Int. 1986, 455 ff. und *Kolle* ZUM 1985, 22.

41 Abgedruckt in EIPR 1985, 242; zur Entstehungsgeschichte vgl. *Tuckett* EIPR 1984, 211 und die aktuellen Berichte in GRUR Int. 1985, 608, 698.

42 High Court of Justice, Chancery Division vom 2. 7. 82, GRUR Int. 1984, 111; vgl. auch *Kolle* ZUM 1985, 23.

in Australien<sup>43</sup>, Indien<sup>44</sup>, Ungarn<sup>45</sup> sowie den asiatischen Schwellenländern Taiwan, Singapur und Südkorea<sup>46</sup> erweitert worden.

**Gerichtsentscheidungen**, in denen Computerprogrammen der begehrte Urheberrechtsschutz zugebilligt wurde, liegen vor in Australien<sup>47</sup>, Kanada<sup>48</sup>, Italien<sup>49</sup>, den Niederlanden<sup>50</sup>, Österreich<sup>51</sup> und Südafrika<sup>52</sup>.

## B. Begriffsbestimmungen

### I. Die Hardware-Software-Hierarchie

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: 17

- 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 dienen<sup>53</sup>.

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 gei- 18

43 GRUR Int. 1984, 717; näher *Kolle ZUM* 1985, 16.

44 GRUR Int. 1985, 347.

45 GRUR Int. 1984, 477.

46 Taiwan: GRUR Int. 1986, 744; Singapur: EIPR 1987, 266; Südkorea: GRUR Int. 1987, 202.

47 Federal Court of Australia vom 29. 5. 84, GRUR Int. 1985, 833; vgl. dagegen aber auch High Court of Australia vom 6. 5. 86, GRUR Int. 1987, 424 ff.

48 Federal Court of Canada vom 26. 6. 84, GRUR Int. 1985, 124; Federal Court of Canada vom 29. 4. 86, GRUR Int. 1986, 497.

49 Tribunal de Torino vom 17. 10. 83, EIPR 1983, 347 ff.; Pretura di Pisa vom 14. 4. 84, EIPR 1984, D-211; Corte di Cassazione vom 6. 2. 87, For. it. 1987 II, 289.

50 Rechtsbank te Hertogenbosch vom 30. 1. 81 und 14. 5. 82, GRUR Int. 1983, 669 m. Anm. *Verkade*; *Kolle ZUM* 1985, 22 f.

51 Handelsgericht Wien vom 31. 7. 85, Medien und Recht 1985, Heft 5; OLG Wien vom 12. 12. 85, Medien und Recht 1986, 22 – Zahnarztprogramm; OLG Wien vom 8. 8. 86, Medien und Recht 1986, 17 – Commodore-Diskettenbetriebssystem.

52 Supreme Court of South Africa vom 19. 6. 81, GRUR Int. 1983, 674.

53 *Goldschlager/Lister*, Informatik, 1984, S. 12.

stigen Überbau der elektronischen Datenverarbeitung<sup>54</sup> bezeichnen. Zu den wichtigsten Bestandteilen der Software zählen:

- das Computerprogramm,
- die Programmbeschreibung und
- das Begleitmaterial.

- 19 Die Software läßt sich unterteilen in **System-Software**, auch Betriebssysteme genannt, und in die **Anwender-Software**. Anwender-Software<sup>55</sup> 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 meist 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.
- 20 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 aufbauen<sup>56</sup>:

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 werden<sup>57</sup>. Das typische Beispiel für die Lösung von Software-Aufgaben durch Hardware-Einrichtungen bietet die sog. Firmware, auch Mikroprogramme genannt<sup>58</sup>, 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 Aus-

54 Moritz/Tybusseck RdNr. 7; Wittmer S. 31 f.

55 Vgl. den informativen Überblick über die einzelnen Anwendungsgebiete bei Goldschlager/Lister (Fn. 53) S. 232.

56 Goldschlager/Lister (Fn. 53) S. 19; Moritz/Tybusseck RdNr. 24.

57 Goldschlager/Lister (Fn. 53) S. 20.

58 Zur Firmware näher Dworatschek, Grundlagen der Datenverarbeitung, 7. Aufl. 1986, S. 405 ff.; Moritz/Tybusseck RdNr. 235 ff.

schalten des Computergeräts nicht verlorengeht. Varianten des ROM-Speichers sind der PROM (programmable read only memory), bei dem der Anwender das Programm mit Hilfe eines speziellen Geräts in den Chip einschreiben kann, und der EPROM (erasable programmable read only memory), der neu programmierbar ist<sup>59</sup>. 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, ist nicht nur für den Umfang des urheberrechtlichen Rechtsschutzes<sup>60</sup>, sondern auch für die Ausgestaltung von Software-Verträgen und der daraus erwachsenden Haftung für Software-Mängel<sup>61</sup> von Bedeutung.

## II. Die einzelnen Software-Komponenten

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

### 1. Computerprogramm

Nach DIN 44300 (1972) wird das Computerprogramm als eine zur Lösung einer Aufgabe (mittels einer digitalen Rechenanlage) vollständige Anweisung (**Arbeitsvorschrift**) zusammen mit allen erforderlichen Vereinbarungen (**Absprachen über die in Anweisungen auftretenden Sprachelemente**) definiert. 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 erzielt<sup>62</sup>. Computerprogramme als Endprodukt der Software-Entwicklung liegen in zweierlei Version vor: als Quellenprogramm und als Objektprogramm. 21

Das **Quellenprogramm** ist noch nicht ablauffähig und in einer höheren Programmiersprache abgefaßt, von denen die bekanntesten BASIC, FORTRAN, COBOL, PL/1, PASCAL, APL und ALGOL sind. Direkt ablauffähig wird ein solches Quellenprogramm erst nach einer maschinellen Übersetzung mit Hilfe eines Übersetzungsprogramms in die direkt für den Computer verständliche Maschinsprache als **Objektprogramm**. Dieses besteht in einer unstrukturierten Folge von hexadezimalen Ziffern und Zeichen, die nur noch vom Fachmann entziffert werden können. 22

59 *Dworatschek* (Fn. 58) S. 245.

60 S. u. RdNr. 106 ff., 116 ff., 123 f.

61 S. die Beiträge von *Köhler* (unten S. 384 ff.) und *Brandi-Dohrn* (unten S. 622 ff.).

62 GRUR Int. 1978, 290; vgl. auch die Denkschrift über den Rechtsschutz der Datenverarbeitungssoftware in GRUR 1979, 300.

- 23 Quellenprogramme enthalten im wesentlichen **vier Arten von Informationen**, die bei der Übersetzung in den Objektcode teilweise entfernt werden, weil sie für den Programmablauf nicht benötigt werden<sup>63</sup>:
- 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.

## 2. Programmbeschreibung

- 24 Als Programmbeschreibung wird nach den Mustervorschriften für den Schutz von Computersoftware<sup>64</sup> 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.

## 3. Begleitmaterial

- 25 Das Begleitmaterial schließlich umfaßt alle Unterlagen, die zum Verständnis und zur zweckentsprechenden Nutzung des Programms benötigt werden. Es 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.

Die Mustervorschriften für den Schutz der Computersoftware zählen zum Begleitmaterial auch die **gesamte Dokumentation**, die im Rahmen der Software-Entwicklung neben der Programmbeschreibung anfällt und immer wieder gebraucht wird, wenn das Programm gewartet werden muß oder geändert werden soll<sup>65</sup>. Hierzu gehört auch das **Pflichtenheft**, das darlegt, welche Anforderungen an das Programm zu stellen sind.

## III. Die Programmentwicklung

- 26 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 ein-

<sup>63</sup> Hierzu näher *Kindermann* ZUM 1985, 3.

<sup>64</sup> GRUR 1979, 302, 307; bei *Kindermann* ZUM 1985, 4, Programmlogik-Handbuch genannt.

<sup>65</sup> GRUR 1979, 302.

zuteilen und Prinzipien, Methoden und Werkzeuge zur planvollen und systematischen Software-Entwicklung (**Software Engineering**)<sup>66</sup> zu entwerfen.

Während der BGH in der Entscheidung „Inkassoprogramm“ von drei **Entwicklungsphasen**, der Systemanalyse, der Projektion des Lösungsweges und der Kodierung des Programms<sup>67</sup>, 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 sind<sup>68</sup>:

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

Die Einteilung der Programmentwicklung in einzelne Entwicklungsphasen wird für das Urheberrecht bedeutsam, wenn sich Verletzungshandlungen auf die Übernahme von Produkten aus den einzelnen Programmierungsstufen beschränken oder wenn Streit über die (Mit-)Urheberschaft bei mehreren Beteiligten mit unterschiedlichen Beiträgen entsteht<sup>69</sup>. 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 ist<sup>70</sup>, so daß in vorausgehen-

66 Wolters (Hrsg.), *Der Schlüssel zur Computer Software*, 1984, S. 21 ff.; *Kindermann ZUM* 1985, 8.

67 BGH vom 9. 5. 85 – I ZR 52/83, CR 1985, 29 f., im Anschluß an Köhler S. 11 ff.

68 *Kindermann ZUM* 1985, 6 ff.; *Wolters (Fn. 66)* S. 53 ff.; *Becker/Horn DB* 1985, 1274 f.; *Zahn GRUR* 1978, 209 f.

69 BGH vom 9. 5. 85 – I ZR 52/83, CR 1985, 30 – Inkassoprogramm; *Wittmer* S. 40 ff.

70 So mit Recht *Ulmer/Kolle GRUR Int.* 1982, 493; *Wittmer* S. 35 ff.; a. A. *Buchmüller, Urheberrecht und Computersoftware*, Diss. Münster 1986, S. 54 ff., der dezidiert für eine zergliedernde Betrachtungsweise eintritt.

den Entwicklungsphasen zu Tage tretende individuelle Leistungen in das Endprodukt einfließen.

#### IV. Computerprogramm und Algorithmus

- 29 Für die Analyse der Programmierungstätigkeit und ihrer Ergebnisse ist der Begriff des Algorithmus von allergrößter Wichtigkeit. Die Informatik betrachtet ihn als fundamental für ihre Disziplin<sup>71</sup>. Nach der absolut herrschenden Urheberrechtsdoktrin<sup>72</sup> 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-)Schritte<sup>73</sup>. Das Besondere an Algorithmen ist, daß sie mechanisch ausgeführt werden können: Für die Betätigung der schöpferischen Phantasie des Ausführenden bleibt kein Raum; er muß sklavisch nach den ihm gegebenen Vorschriften arbeiten, die alles bis ins Kleinste regeln<sup>74</sup>. 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. entgegentreten<sup>75</sup>. Jeder Algorithmus kann deshalb durch Maschinen ausgeführt werden, was die mathematische Algorithmentheorie an Hand gedachter Maschinen (sog. Turing-Maschinen) gezeigt hat<sup>76</sup>. Ein Algorithmus stellt somit nicht bloß eine abstrakte mathematische Formel oder Organisationsregel dar, wie in der urheberrechtlichen Literatur und Rechtsprechung oft

71 *Albert/Ottmann*, Automaten, Sprachen und Maschinen für Anwender, 1983, S. 197; *Goldschlager/Lister* (Fn. 53) S. 23; *Müller/Löbel/Schmid*, Lexikon der Datenverarbeitung, 9. Aufl., Stichwort „Algorithmus“; *Wirth*, Systematisches Programmieren, 3. Aufl. 1978, S. 35.

72 BGH vom 9. 5. 85 – I ZR 52/83, CR 1985, 30 – Inkassoprogramm; differenziertere Ansichten werden in der urheberrechtlichen Literatur vertreten, s. statt aller *Ulmer/Kolle GRUR Int.* 1982, 497.

73 *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* (Fn. 71) S. 198; *Goldschlager/Lister* (Fn. 53) S. 11 ff.; *Hermes*, Aufzählbarkeit, Entscheidbarkeit, Berechenbarkeit, 2. Aufl. 1971, S. 1 f.; *Preuß*, Der Rechtsschutz von Computerprogrammen nach dem Urteil des BGH vom 9. 5. 85, Diss. Erlangen 1987, A II, 4; *Dworatschek* (Fn. 58) S. 363.

74 *Albert/Ottmann* (Fn. 71) S. 198; *Hermes* (Fn. 73) S. 1 f.

75 *Claus*, Einführung in die Informatik, 1975, S. 16–22, und *Goldschlager/Lister* (Fn. 53) S. 12, jeweils mit weiteren Beispielen aus dem Alltagsleben.

76 *Albert/Ottmann* (Fn. 71) S. 199, 205 ff.; *Goldschlager/Lister* (Fn. 53) S. 81 f.; *Hermes* (Fn. 73) S. 18 ff.

ausgeführt wird<sup>77</sup>, sondern eine detaillierte, durch einen bestimmten Prozessor (Mensch oder Maschine) ausführbare Arbeitsvorschrift.

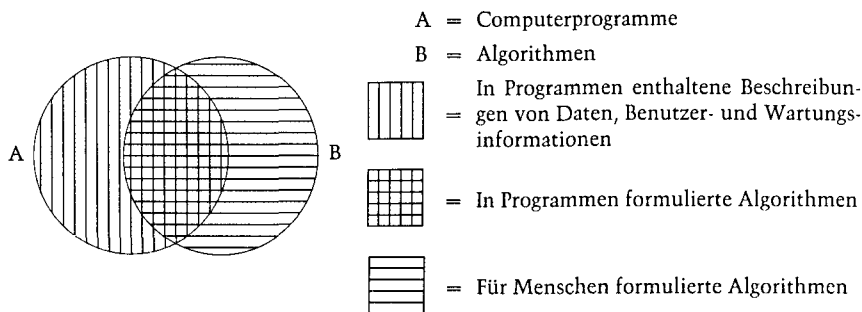
Für das **Verhältnis zwischen Computerprogramm und Algorithmus** folgt daraus, 30  
daß sich der Begriff des Programms nach den gegebenen Definitionen unter den des Algorithmus subsumieren läßt. Jedes Programm enthält eine Beschreibung eines allgemeinen Verfahrens, d. h. eines Verfahrens, das nicht nur 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 niedergelegt. 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 besteht<sup>78</sup>. Die Hauptarbeit bei der Erstellung nicht-trivialer 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.

Die bisherige Begriffsanalyse, nach der man die Computerprogramme als echte 31  
Teilklassen der Algorithmen ansehen muß, bedarf allerdings einer Korrektur. Hierauf hat im juristischen Schrifttum *Kindermann*<sup>79</sup> 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. RdNr. 23), beinhaltet. Das erste Argument *Kindermanns* 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 der 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:

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

78 *Bauer/Wössner* (Fn. 73) S. 9 ff.; *Goldschläger/Lister* (Fn. 53) S. 16, 31 ff.; *Smolek/Weisenböck*, Einführung in die EDV von A–Z, 1977, Stichwort „Algorithmen“; *Wirth* (Fn. 71) S. 35, 120 ff.; *Haberstumpf* UFITA 95 (1983), 223 f.; *ders.* GRUR 1986, 225; *Preuß* (Fn. 73) A II, 4.

79 *Kindermann* ZUM 1985, 6.



Es bleibt jedoch festzuhalten, daß der in jedem Computerprogramm beschriebene Algorithmus nicht nur den für den Programmierer wichtigsten Teil darstellt, sondern auch für die urheberrechtliche Beurteilung am interessantesten ist, was anschaulich am Verhältnis zwischen Algorithmus und der Beschreibung der Daten und ihrer Struktur gezeigt werden kann. Die Entwicklung eines Algorithmus und die Strukturierung der Daten sind untrennbar ineinandergreifende 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 ab<sup>80</sup>, insbesondere wenn diese durch rechtliche, betriebswirtschaftliche oder sonstige Gründe vorgegeben ist.

## C. Die Werkeigenschaft der Software-Produkte

### I. Der Schutzgegenstand

#### 1. Werkarten

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

Völlig unproblematisch gilt dies für das **Begleitmaterial**, das in seiner großen Mehrheit aus umgangssprachlich oder fachterminologisch formulierten Schriftwerken (§ 2 Abs. 1 Nr. 1 UrhG) besteht und sich in nichts von herkömmlichen wissenschaftlichen Werken unterscheidet<sup>81</sup>.

- 33 Die **Programmbeschreibung**, soweit sie sich graphischer Darstellungsmittel, wie z. B. im Fall des Programmablaufplanes, bedient, wird dagegen nicht so einheitlich beurteilt. Teils sieht man sie ebenfalls als Schriftwerk an, weil die benutzten Zeichen und Sinnbilder nach Regeln<sup>82</sup> verwendet werden, die in jeder relevanter

80 Wirth, Algorithmen und Datenstrukturen, 1975, S. 7 f.; vgl. auch Haberstumpf GRUR 1986, 228 f.

81 Kollé GRUR 1982, 449.

82 Siehe DIN 66001.

Hinsicht den Sprachkonventionen gleichen<sup>83</sup>. Überwiegend wird 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 aufgefaßt<sup>84</sup>. Praktische Auswirkungen haben die verschiedenen Einordnungsvorschläge nicht, weil die Kriterien zum Erwerb des Urheberrechtsschutzes für beide Werkkategorien die gleichen sind.

Die gelegentlich geäußerten Zweifel<sup>85</sup> 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. Trotzdem bleibt beachtenswert, daß die 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 den Schutz der Computersoftware<sup>86</sup> im Auge hat, zeigen sich keine Parallelen zwischen den Programmen und den anderen in § 2 Abs. 1 UrhG aufgezählten Werken. Computerprogramme sind aber andererseits **auch Sprachwerke**, weil sie sich an einen unbegrenzten Kreis von Personen, Nutzern, Testern, Bearbeitern usw., wenden, die, vorausgesetzt, daß sie die verwendete Programmier- oder Maschinensprache beherrschen, darüber informiert werden, welche Verarbeitungsschritte in welcher Reihenfolge nach Ansicht des Programmschöpfers von der Maschine vorgenommen werden müssen, um eine bestimmte Aufgabe zu lösen. Unter diesem sprachlichen Aspekt betrachtet, sind die Programme mit den anderen Werkkategorien vergleichbar<sup>87</sup>. Die Vereinigung beider Aspekte im Programm hat einige grundsätzliche Schwierigkeiten zur Folge, die insbesondere bei der Bestimmung des Schutzzumfangs innerhalb des Vervielfältigungsrechts auftreten. Für das Urheberrecht ist nur der sprachliche Aspekt maßgebend, was der Gesetzgeber durch die Einfügung der Programme in die Gruppe der Sprachwerke dokumentiert hat. Das bedeutet: Solange und soweit der sprachliche Aspekt zum Tragen kommt, soweit reicht auch der Urheberrechtsschutz für Computerprogramme. Schutzfähig sind alle Arten von Programmen, Anwenderprogramme und Betriebssysteme<sup>88</sup>.

Sämtliche Software-Produkte gehören zu den **Werken der Wissenschaft** im Sinne von § 1 UrhG, weil sie einen belehrenden Zweck erfüllen<sup>89</sup>. Ein ästhetischer Ge-

83 *Haberstumpf* GRUR 1982, 145.

84 BGH vom 9. 5. 85 – I ZR 52/83, CR 1985, 29 – Inkassoprogramm; OLG Frankfurt vom 6. 11. 84 – 14 U 188/81, CR 1986, 17 – Baustatikprogramm; v. *Gamm* WRP 1969, 97; *Köhler* S. 59; *Nordemann* ZUM 1985, 11.

85 LG Mannheim vom 12. 6. 81 – 7 O 143/81, BB 1981, 1543; *Axster/Axster* BB 1967, 611 f.; *Betten* Mitt. 1984, 202.

86 GRUR 1979, 306.

87 Zu diesen beiden Aspekten näher *Haberstumpf* GRUR 1982, 144 ff. und *ders.* UFITA 95 (1983), 225 ff.

88 Vgl. LG München I vom 29. 8. 85 – 7 O 12031/85, CR 1986, 386, mit Anm. *Engel*.

89 BGH vom 9. 5. 85 – I ZR 52/83, CR 1985, 29 – Inkassoprogramm.

halt in einer den Schönheitssinn ansprechenden Bedeutung ist daher nicht erforderlich<sup>90</sup>.

## 2. Der Werkbegriff in der Rechtsprechung des BGH und seine Anwendung auf Software-Produkte

- 36 Ungleich schwieriger als die Eingliederung der Software-Erzeugnisse in den Werkkatalog erweist sich die Frage, wann sie als persönliche geistige Schöpfungen nach § 2 Abs. 2 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 demnach<sup>91</sup>:

- (a) ein persönliches Schaffen,
  - (b) einen geistigen Gehalt,
  - (c) eine wahrnehmbare Formgestaltung und
  - (d) einen schöpferischen Eigentümlichkeitsgrad.
- 37 a) 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 nur 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 Dateibeschreibungen, 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 Programm<sup>92</sup>. 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 Generatorprogramms<sup>93</sup> und unterliegt insoweit der Rechtsmacht dessen Schöpfers. Von diesen Fällen abgesehen,

90 BGH vom 9. 5. 85 – I ZR 52/83, CR 1985, 30 – 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 vom 12. 6. 81 – 7 O 143/81, BB 1981, 1543.

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

92 *Kindermann* ZUM 1985, 8, 9; *Moritz/Tybusseck* RdNr. 190–197; vgl. auch v. *Gamm* WRP 1969, 98.

93 So *Moritz/Tybusseck* RdNr. 196.

besteht kein Zweifel daran, daß Software-Erzeugnisse aus persönlichem Schaffen entstammen.

b) Der geistige Gehalt findet bei Werken der Literatur und – mit Einschränkungen (vgl. nachfolgend unter c) – 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 Stoffs<sup>94</sup>. 38

c) 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. 39

Diese für alle Werkarten geltenden Grundsätze unterliegen nach Ansicht des BGH bei wissenschaftlichen oder technischen Werken einer gewichtigen Einschränkung. Für die urheberrechtliche Beurteilung dieser Werke scheidet ein geistig-schöpferischer Gehalt in der Gedankenführung und -formung des dargestellten Inhalts weitgehend aus; die wissenschaftliche Lehre und das wissenschaftliche Ergebnis sind urheberrechtlich frei und jedermann zugänglich<sup>95</sup>; 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 Prägung<sup>96</sup>. 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 dürfen, vielmehr frei und jedermann zugänglich sein müssen<sup>97</sup>. Der BGH zieht

94 BGH vom 7. 12. 79 – I ZR 157/77, GRUR 1980, 230 – Monumenta Germaniae Historica; BGH vom 21. 11. 80 – I ZR 106/78, GRUR 1981, 353 – Staatsexamensarbeit; BGH vom 27. 2. 81, – I ZR 29/79, GRUR 1981, 521 – Fragensammlung; BGH vom 29. 3. 84 – I ZR 32/82, GRUR 1984, 660 – Ausschreibungsunterlagen; BGH vom 9. 5. 85 – I ZR 52/83, CR 1985, 30 – Inkassoprogramm; *Erdmann* CR 1986, 252.

95 BGH vom 21. 11. 80 – I ZR 106/78, GRUR 1981, 353 – Staatsexamensarbeit; BGH vom 27. 2. 81 – I ZR 29/79, GRUR 1981, 522 – Fragensammlung; BGH vom 9. 5. 85 – I ZR 52/83, CR 1985, 30 – Inkassoprogramm; v. *Gamm* WRP 1969, 98.

96 BGH vom 21. 11. 80 – I ZR 106/78, GRUR 1981, 353 – Staatsexamensarbeit; BGH vom 29. 3. 84 – I ZR 32/82, GRUR 1984, 661 – Ausschreibungsunterlagen; BGH vom 9. 5. 85 – I ZR 52/83, CR 1985, 30 – Inkassoprogramm.

97 BGH vom 9. 5. 85 – I ZR 52/83, CR 1985, 30, 31 – Inkassoprogramm.

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 kommt<sup>98</sup>.

- 40 d) 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:

Zunächst ist der Gesamtvergleich mit vorbestehenden Gestaltungen vorzunehmen. Dieser Vergleich enthält keine – für den Urheberrechtsschutz unerhebliche – 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 Bereich<sup>99</sup>.

- 41 Lassen sich anhand des Gesamtvergleiches schöpferische Eigenheiten feststellen, so sind diese dem Schaffen eines Durchschnittsprogrammierers gegenüberzustellen. Das Können eines Durchschnittsprogrammierers, das rein Handwerksmäßige, die mechanisch-technische Aneinanderreihung und Zusammenfügung des Materials liegt außerhalb jeder Schutzfähigkeit. Erst in einem erheblich weiteren Abstand beginnt die untere Grenze der Urheberrechtsschutzfähigkeit, die ein deutliches Übertreten der Gestaltungstätigkeit in Auswahl, Sammlung, Anordnung und Einteilung der Informationen und Anweisungen gegenüber dem allgemeinen Durchschnittskönnen voraussetzt<sup>100</sup>. Für die Frage des schöpferischen Eigentümlichkeitsgrades kommt es grundsätzlich nicht auf den quantitativen Umfang des Programms an; ebensowenig 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.

- 42 e) Die Grundsatzentscheidung des BGH vom 9. Mai 1985 zum Software-Schutz, in der die dargestellten Kriterien bislang am prägnantesten formuliert und zusammengefaßt wurden, stieß im Schrifttum überwiegend mit Recht auf Kritik<sup>101</sup>. Im

98 BGH vom 15. 12. 78 – I ZR 26/77, GRUR 1979, 464 – Flughafenpläne; BGH vom 9. 5. 85 – I ZR 52/83, CR 1985, 30 – Inkassoprogramm.

99 BGH vom 9. 5. 85 – I ZR 52/83, CR 1985, 31 – Inkassoprogramm; v. Gamm WRP 1969, 99.

100 BGH vom 29. 3. 84 – I ZR 32/82, GRUR 1984, 661 – Ausschreibungsunterlagen; BGH vom 9. 5. 85 – I ZR 52/83, CR 1985, 31 – Inkassoprogramm; BGH vom 17. 4. 86 – I ZR 213/83, GRUR 1986, 741 – Anwaltsschriftsatz; v. Gamm WRP 1969, 99.

101 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 RdNr. 134 ff.; Schricker, Internationales Urheberrechtssymposium, Börsenverein des Deut-

Ergebnis führt diese Rechtsprechung unter grundsätzlicher Bejahung zur praktischen Verneinung des Urheberrechtsschutzes für Computerprogramme, so daß diese Rechtsmaterie den Software-Schöpfern – wenn überhaupt – nur in Ausnahmefällen zur Seite steht. Die vereinzelt geäußerte Hoffnung<sup>102</sup>, das Urteil werde damit zu negativ interpretiert, da der BGH im Beschluß vom 26. Sept. 1985 (s. o. RdNr. 5) die Revision gegen das Urteil des OLG Frankfurt – Baustatikprogramm –<sup>103</sup> wegen Aussichtslosigkeit nicht angenommen hat, dürfte kaum eine reale Basis haben. Der Vorsitzende des für Urheberrechtssachen beim BGH zuständigen Senates v. *Gamm*, auf dessen früherer Veröffentlichung (WRP 1969, 96 ff.) die Ausführungen zum Software-Schutz teilweise wörtlich basieren, äußerte nämlich noch in einem Vortrag am 14. Mai 1986<sup>104</sup>, daß nach seiner Auffassung allenfalls 5% aller Computerprogramme am Markt persönliche geistige Schöpfungen seien.

Da der BGH für Software-Erzeugnisse keine besonderen Grundsätze aufgestellt, sondern nur die in den dargestellten vier Kriterien formulierten Prinzipien, die für alle Werke und Werkarten gelten, angewandt hat, muß jede fundierte Auseinandersetzung mit dem Urteil den im Rahmen von § 2 Abs. 2 UrhG entwickelten Werkbegriff generell in die Betrachtung einbeziehen.

Während das Kriterium (a) als unbedenklich angesehen werden kann, fordern die Darlegungen zu den übrigen Voraussetzungen Kritik heraus. Der aus den Kriterien (b) und (c) gezogene Schluß, wissenschaftliche oder technische Werke seien nur in ihrer Form der Darstellung geschützt, läßt im Dunkeln, was damit gemeint ist, was der Gegenstand des urheberrechtlichen Schutzes bei diesen Werken sein soll. Der Ausschluß der wissenschaftlichen oder technischen Lehre, einschließlich der Algorithmen, führt, konsequent angewandt, 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)<sup>105</sup>. Die Anforderungen an den Eigentümlichkeitsgrad nach Kriterium (d) erscheinen zu hoch angesetzt. Einerseits bleiben dadurch nach überkommener Praxis zweifellos schutzwürdige Werke schutzlos, andererseits werden Werke, die ausnahmsweise diese Hürde überspringen, beim Urheber monopolisiert, da eine freie Benutzung solcher Werke gemäß § 24 UrhG kaum denkbar ist.

43

---

schen Buchhandels (Hrsg.), 1986, S. 217 f.; *Schricker/Loewenheim*, Kommentar zum Urheberrecht, 1987, § 2 RdNr. 78–81; *Preuß* (Fn. 73) D II, III, VI. Die bislang einzige voll zustimmende Stellungnahme stammt bezeichnenderweise von *Schulze GRUR* 1985, 1003, der den Urheberrechtsschutz für Computerprogramme generell ablehnt, s. *Schulze*, Die kleine Münze und ihre Abgrenzungsproblematik bei den Werkarten des Urheberrechts, 1983, S. 257.

102 *Kolle GRUR* 1985, 1017 ff.

103 OLG Frankfurt vom 6. 11. 84 – 14 U 188/81, CR 1986, 13 ff.

104 *GRUR* 1986, 731.

105 Verfassungsrechtliche Bedenken melden auch *Moritz/Tybusseck*, RdNr. 144, an.

### 3. Formen der Darstellung bei wissenschaftlichen oder technischen Sprachwerken

44 a) Wissenschaftliche oder technische Sprachwerke unterscheiden sich, gerade was die Form der Darstellung angeht, in signifikanter Weise von den Nichtsprachwerken nach § 2 Abs. 1 Nr. 2-6 UrhG 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 sind<sup>106</sup>. Insbesondere bei den Kunstsprachen 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 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 durchhält<sup>107</sup>, 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 wissenschaftlichen Verlage zu akzeptieren. Welche der beiden Konsequenzen die richtige ist, kann erst nach einer sorgfältigen Überprüfung der Frage, was das Objekt des wissenschaftlichen Sprachwerkschutzes überhaupt ist, beurteilt werden.

45 b) Wissenschaftliche oder technische Werke können grundsätzlich 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,

<sup>106</sup> Vgl. z. B. *Schnelle*, Sprachphilosophie und Linguistik, 1973, S. 57 ff., 78 ff.

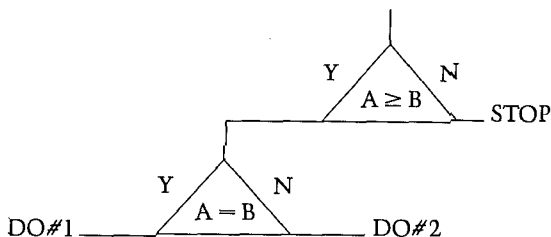
<sup>107</sup> Siehe BGH vom 7. 12. 79 – I ZR 157/77, GRUR 1980, 231 – Monumenta Germaniae Historica –, wo das Gericht die Schutzfähigkeit des fraglichen Registers damit begründete, daß es „auf einer Konzeption beruht, welche die wissenschaftliche Bearbeitung der gesammelten Briefe . . . bereits berücksichtigt“. Siehe auch BGH vom 21. 11. 80 – I ZR 106/78, 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.

(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 Programmmoduls oder einer Subroutine repräsentieren und für ein ganzes Programm stehen mögen:

Form der Darstellung (2)<sup>108</sup>:

(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 erheben sich nun folgende, im Rahmen des Urheberrechts relevante Fragen: Handelt es sich entsprechend der verschiedenen Formen der Darstellung um acht verschiedene Sprachwerke oder um weniger oder repräsentieren diese dasselbe Werk? In welcher Form der Darstellung ist ein möglicherweise individuelles Werk geschützt? Welche Beziehungen bestehen zwischen den Beispielfällen? Sind sie Vervielfältigungen, Bearbeitungen oder Umgestaltungen voneinander oder stehen sie ganz beziehungslos nebeneinander?

46

108 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.

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 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.

- 47 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**<sup>109</sup> 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 zu (1) kommt daher derselbe Verlauf von Worttypen (Wortverlauf) zu. Haben wir im Wortverlauf eines Textes, der in der urheberrechtlichen Literatur auch mit „äußerer Form“ bezeichnet wird<sup>110</sup>, 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 beantworten zu können. Dies ist aber zweifellos nicht der Fall. Jedem, der auf den Wortverlauf eines Textes zurückgeworfen ist, weil er die verwendeten Sprachregeln nicht kennt, tritt lediglich eine Aneinanderreihung von aus sich heraus nicht verständlichen Zahlen und Zeichen entgegen<sup>111</sup>. 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 und durch Austausch von Zahlen und Buchstaben willkürlich verändert wurde. Wahrscheinlich hat die Form (2.4) überhaupt keinen geistigen Gehalt, sondern 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.

109 Vgl. z. B. v. *Kutschera*, Sprachphilosophie, 2. Aufl. 1975, S. 17 f.; *Schnelle* (Fn. 106) S. 121 f.; *Margolis*, Die Identität eines Kunstwerks, in Henckmann (Hrsg.), Ästhetik, 1979, S. 212 ff.; *Wollheim*, Objekte der Kunst, 1982, S. 77 ff.

110 *Hubmann*, S. 34.

111 Diesen Standpunkt nahm das LG Mannheim in seiner vielkritisierten erstinstanzlichen Entscheidung vom 12. 6. 81 (BB 1981, 1543) im Fall „Inkassoprogramm“ ein und verneinte daher das Bestehen urheberrechtlicher Ansprüche.

Warum das so ist, folgt aus dem **Wesen der sprachlichen Kommunikation**. Sprache ist ein System von Konventionen, die festlegen, was als Ausdruck (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)<sup>112</sup>. Als generelle Regeln beziehen sie sich auf die Ausdrücke (Worttypen) der Sprache, nicht auf deren Vorkommnisse<sup>113</sup>. 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 wurden<sup>114</sup>. 48

#### 4. Die Bedeutung eines wissenschaftlichen oder technischen Textes als der Gegenstand des urheberrechtlichen Sprachwerkschutzes

Die in den Formen der Darstellung (1) und (2) zum Ausdruck kommende **Bedeutung eines Textes** stellt das nach § 2 Abs. 1 Nr. 1 UrhG schutzfähige Sprachwerk dar<sup>115</sup>. 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 sind<sup>116</sup> 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 werden<sup>117</sup>. 49

Diese aus dem Wesen der sprachlichen Kommunikation abgeleiteten Überlegungen können für den Werkbegriff allgemein fruchtbar gemacht werden. Das Werk im Sinne des 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 wahr- 50

112 v. Kutschera (Fn. 109) S. 19, 25, 167 ff.; Haberstumpf (Fn. 90) S. 9 ff.

113 v. Kutschera (Fn. 109) S. 19.

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

115 Diese Auffassung ist eingehend dargestellt, hergeleitet und anhand der höchstrichterlichen Rechtsprechung überprüft in Haberstumpf (Fn. 90) S. 9 ff., 35 ff.

116 BGH vom 9. 5. 85 – I ZR 52/83, CR 1985, 31 – Inkassoprogramm.

117 Fromm/Nordemann § 24 Anh. Anm. 9b.

nehmbare Gestaltung zur Existenz gelangen kann<sup>118</sup>; denn liegt eine solche Gestaltung nicht vor, kann keine Abstraktion vorgenommen werden: Was allein in der Phantasie des Schöpfers lebt, ist urheberrechtlich irrelevant<sup>119</sup>. 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 wird<sup>120</sup>.

- 51 Das Werk aus seinen Vorkommnissen zu abstrahieren, zu identifizieren und von anderen Werken abzugrenzen<sup>121</sup>, 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 zusammenfällt<sup>122</sup>. 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.
- 52 Der gegen diese Ansicht erhobene Einwand, man müsse auch den Wortverlauf in den Schutzzumfang bei wissenschaftlichen Werken miteinbeziehen, weil ein flüssiger Stil dasselbe ausdrücken könne wie ein holpriger<sup>123</sup>, überzeugt nicht. Sicherlich spielen auch hier Stilfragen eine Rolle; diese sind aber der wissenschaftlichen Zielsetzung untergeordnet. Die Ausbildung von Kunstsprachen mit der damit verbundenen Ausmerzungen stilistischer Wahlfreiheiten belegt das anschaulich. Es ist daher nicht denkbar, daß allein durch die flüssigere Neuformulierung eines wissenschaftlichen Textes, die genau denselben Sachgehalt repräsentiert, ein neues selbständiges schutzfähiges Werk (§ 24 UrhG) geschaffen werden kann.

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

119 BGHZ 9, 240, 241.

120 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. auch *Plett*, Urheberschaft, Miturheberschaft und wissenschaftliches Gemeinschaftswerk, 1984, S. 130.

121 Problem des Rechtsgegenstandes, s. *Hubmann* S. 31.

122 *Kamlah/Lorenzen* (Fn. 114) S. 132 ff.; v. *Kutschera* (Fn. 109) S. 27 f., 175 f.; *Haberstumpf* (Fn. 90) S. 24, 25.

123 *Preuß* (Fn. 73) D III 2 a, bb.

Prinzipiell läßt sich diese Auffassung auch auf die **künstlerischen Sprachwerke und Nichtsprachwerke** nach § 2 Abs. 1 Nr. 2–6 UrhG übertragen<sup>124</sup>. Man muß sich allerdings vor Augen halten, daß die Bedeutung dieser Werke, die man in der urheberrechtlichen Terminologie mit „ästhetischer Gehalt“<sup>125</sup> umschreibt, enger an die Gestalten ihrer Vorkommnisse<sup>126</sup> gebunden ist als bei den wissenschaftlichen Sprachwerken. Die Bedeutung (ästhetischer Gehalt) künstlerischer Sprachwerke kann sich nämlich aus dem zur Sprache 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.

### 5. 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)<sup>127</sup> dieselbe Bedeutung haben wie der von ihm geschaffene Text.

Umgekehrt ist alles, worauf zwar ein bestimmtes Werk beruhen mag oder was in einem Zusammenhang mit der Schöpfung eines bestimmten Werkes steht, aber nicht zu dessen Bedeutung gehört, vom Urheberrecht an diesem Werk nicht erfaßt. Außersprachliche Gegenstände (Personen, Sachen, Zeitabschnitte), auf die der Schöpfer Bezug nimmt, indem er sie in seinem Werk 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 nach diesen Methoden erzielbaren Ergebnisse zu verbieten. Sein Urheberrecht bezieht sich nur auf die Verfahrensbeschreibung, die aber in der Ausführung der Handlungsanweisung und den daraus

124 S. vor allem *Margolis* (Fn. 109) S. 209 ff.; *Wollheim* (Fn. 109) S. 77 ff.

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

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

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

resultierenden Ergebnissen nicht wiederkehrt<sup>128</sup>. 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) steht<sup>129</sup>. Hat ein wissenschaftlicher Autor sich von einer bestimmten Konzeption leiten lassen 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, diese Konzeption oder Methode zum Gegenstand einer Abhandlung zu machen oder gleichfalls danach zu handeln<sup>130</sup>.

- 55 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 Urheberrecht 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 Quellenprogramm, beinhaltet, nämlich die Beschreibung der Daten und ihrer Anordnung, die Beschreibung der Verarbeitungsprozeduren, sowie etwaige Dialog- und Wartungsinformationen (s. o. RdNr. 23). Es ist folglich ohne weiteres möglich, dieselbe Aufgabe mit denselben Ergebnissen (Verarbeitungswirkungen) durch verschiedene, jeweils selbständig geschützte Programme zu lösen, weil in aller Regel viele Lösungswege und damit verschiedene Beschreibungen von Lösungswegen offenstehen<sup>131</sup>. Außerhalb des Software-Schutzes bleiben auch die bei der Programmentwicklung verwendeten Methoden des Software Engineering, es sei denn, der Programmschöpfer hat solche Methoden erst selbständig entwickelt und gesondert, etwa im Begleitmaterial, darstellt; dann kann er, Individualität vorausgesetzt, aber wiederum nur einer identischen oder wesentlich identischen Beschreibung seiner Methode, nicht aber ihrer Anwendung durch andere entgegentreten. 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. RdNr. 118). Eine Ausnahme hierzu bilden nur die „echten Software-Generatorprogramme“ (s. o. RdNr. 37), die sich beim Lauf teilweise selbst reproduzieren.

128 BGH vom 10. 5. 84 – I ZR 85/82, GRUR 1985, 131 – Elektrodenfabrik; *Ulmer* S. 224 f., 140; v. *Gamm* BauR 1982, 100; *D. Reimer* GRUR 1980, 580–582; *Haberstumpf* (Fn. 90) S. 19 f.; *ders.* UFITA 95 (1983), 241; *Moser* (Fn. 107) S. 267 ff.

129 RG vom 17. 2. 34 – I 212/33, GRUR 1934, 378 – Taylorix-System; BGH vom 25. 11. 58 – I ZR 15/58, GRUR 1959, 251 – Einheitsfahrschein; BGH vom 27. 3. 63 – I b ZR 129/61, GRUR 1963, 634 – Rechenschieber. Vgl. auch *Troller* CR 1987, 279.

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

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

## 6. Form und Inhalt

Die hier vertretene Interpretation des Werkbegriffes macht die in der urheberrechtlichen Literatur und Rechtsprechung vieldiskutierte **Unterscheidung zwischen Form und Inhalt des Werkes entbehrlich**, was nur als großer Vorteil bezeichnet werden kann. Es kann nämlich keine Rede davon sein, daß beide Ausdrücke auch nur annähernd übereinstimmend verwendet werden oder daß über ihre Bedeutung Konsens besteht. In der philosophischen Ästhetik werden z. B. bis zu neun verschiedene Verwendungsweisen des Begriffspaares „Form-Inhalt“ unterschieden<sup>132</sup>. Besonders die Ausführungen des BGH zum Werkbegriff lassen völlig im Dunkeln, was unter Form und Inhalt verstanden 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 will<sup>133</sup>, kann er nicht die Formen der Darstellung (1) und (2) gemeint haben, weil sonst ein Sprachwerksurheber z. B. 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 Benutzung zu beurteilen seien<sup>134</sup>. 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) auffaßt. Hierfür spricht insbesondere, daß die Konsequenzen, die aus dieser Auffassung für die Bestimmung des Schutzzumfanges resultieren, sich mit althergebrachten und allgemein akzeptierten Grundsätzen des Urheberrechts decken (s. o. RdNr. 54, 55).

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 gleichgesetzt<sup>135</sup>. Da der Wortverlauf eines Textes, wie ausgeführt, 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. Daß der BGH diese absurde Konsequenz gewollt hat, kann ausgeschlossen werden. Also muß angenommen werden, daß er den Ausdruck „Inhalt“ in einer vom üblichen Verständnis abweichenden Weise verwendet, ohne allerdings klarzustellen,

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

133 So ausdrücklich BGH vom 15. 12. 78 – I ZR 26/77, GRUR 1979, 464, 465 – Flughafenpläne; BGH vom 29. 3. 84 – I ZR 32/82, GRUR 1984, 660 – Ausschreibungsunterlagen.

134 BGH vom 9. 5. 85 – I ZR 52/83, CR 1985, 31 – Inkassoprogramm; s. auch *Herberger* IuR 1986, 235; *Hubmann/Preuß* MittHV 1986, 32 f.

135 *Kamlah/Lorenzen* (Fn. 114) S. 130, 131.

in welcher. Diese **terminologischen Unklarheiten und Mehrdeutigkeiten**, von denen auch die Instanzgerichte und das Schrifttum in unterschiedlichem Maße infiziert sind<sup>136</sup>, lassen es geraten erscheinen, auf die Unterscheidung zwischen Form und Inhalt auch bei der Beurteilung wissenschaftlicher oder technischer Werke gänzlich zu verzichten<sup>137</sup>. Dies gilt ebenso für die genauso wenig klar faßbare „innere Form“<sup>138</sup>.

- 58 Wird die Frage nach der Schutzfähigkeit dieser Werke relevant, ist demnach allein maßgebend, 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 der als Ganzer oder in Teilen individuell im Sinne von § 2 Abs. 2 UrhG ist; im letzteren Fall bezieht sich das Urheberrecht nur auf die individuellen Bedeutungsbestandteile. An die Stelle der Unterscheidung zwischen Form und Inhalt hat somit entsprechend der These *Ulmers*<sup>139</sup> die **Unterscheidung zwischen den individuellen Zügen des Werkes und dem in ihm enthaltenen Allgemein- bzw. Fremdgut** zu treten.

### 7. Die These von der Freiheit wissenschaftlicher oder technischer Lehren und ihre Folgen

- 59 Aufgrund der vorstehenden Überlegungen zum Begriff des Sprachwerkes ist man nun in der Lage, die These von der Freiheit der wissenschaftlichen oder technischen Lehre in ihren Auswirkungen auf das Urheberrechtssystem zu erfassen und adäquat zu diskutieren. Eine **wissenschaftliche oder technische Lehre, Erkenntnis oder Theorie ist die Bedeutung eines Textes**, wenn der Autor in diesem Text die Lehre, Erkenntnis oder Theorie zum Ausdruck bringt<sup>140</sup>. Beispiele hierfür sind die

136 Vgl. den detaillierten Überblick bei *Preuß* (Fn. 73) B II 2 d, D II 2.

137 Der BGH scheint geneigt zu sein, sich ebenfalls von dieser Unterscheidung zu distanzieren, s. *Erdmann* CR 1986, 253 (*Erdmann* ist Mitglied des für Urheberrechtssachen zuständigen Senats beim BGH). Ebenso *Ulmer/Kolle* GRUR Int. 1982, 497; *Loewenheim* ZUM 1985, 29.

138 Zur Irrelevanz der inneren Form vgl. *Haberstumpf* (Fn. 90) S. 59 ff.; *Moser* (Fn. 107) S. 314.

139 *Ulmer* S. 122; ihm folgend *Hubmann* S. 35; ebenso *Loewenheim* ZUM 1985, 29.

140 *Hubmann* S. 36; *ders.*, Das Recht des schöpferischen Geistes, 1954, S. 19 ff. und 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, mit denen der menschliche Geist in sprachlicher Auseinandersetzung den Bereich des idealen Seins zu erschließen sucht, sein. Diese Unterscheidung bleibt für die hier diskutierte These des BGH folgenlos (*Herberger* IuR 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.

Arbeit eines Historikers, der einen bestimmten Zeitabschnitt beschreibt<sup>141</sup>, oder die Abhandlung eines Logikers, der erstmals einen bekannten Lehrsatz beweist<sup>142</sup>. Die Mehrzahl der wissenschaftlichen Werke beinhaltet aber nicht nur Erkenntnisse, Lehren oder 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 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 insbesondere bei Computerprogrammen gegeben, weil zumindest umfangreichere Programme neben der Beschreibung der Arbeitsprozeduren (Algorithmus) auch eine Beschreibung der Daten und ihrer Anordnung sowie weitere Zusatzinformationen enthalten (s. o. RdNr. 23).

Als Bedeutungen oder Teilbedeutungen wissenschaftlicher oder technischer Texte sind somit **Lehren, 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 unterliegt<sup>143</sup>, 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 Fachterminologie 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 Ausdrücke 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 also die Auffassung des BGH, daß die erforderliche Individualität nur bei den Programmteilen zu suchen ist, die nicht die Verarbeitungsprozeduren (Algorithmus) beschreiben, und daß das Urheberrecht

141 Siehe das Urteil des OLG Frankfurt vom 27. 8. 81 – 15 U 198/80; ausführlich besprochen in *Haberstumpf* UFITA 96 (1983), 41 ff.

142 Vgl. *Haberstumpf* (Fn. 90) S. 3 unter Hinweis auf den berühmt gewordenen Beweis der Vollständigkeit der Prädikatenlogik durch *Gödel* in: Monatshefte für Mathematik und Physik Bd. 37 (1930), 349–360.

143 BGH vom 15. 12. 78 – I ZR 26/77, GRUR 1979, 465 – Flughafenpläne; BGH vom 29. 3. 84 – I ZR 32/82, GRUR 1984, 660 – Ausschreibungsunterlagen; BGH vom 9. 5. 85 – I ZR 52/83, CR 1985, 30 – Inkassoprogramm.

nur diese Teile schützt. Ohne die Einbeziehung des Herzstücks eines jeden Programms, des Algorithmus<sup>144</sup>, steht aber der vom Gesetzgeber gewollte Urheberrechtsschutz für Computerprogramme nur auf dem Papier<sup>145</sup>.

- 62 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 Betriebssysteme<sup>146</sup>.

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 widersprechen<sup>147</sup>, 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 beseitigt 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“<sup>148</sup>, sind die Entwicklung des Algorithmus und die Strukturierung der Daten untrennbar ineinandergreifende Tätigkeiten<sup>149</sup>. Sofern hier also überhaupt Raum zur Entfaltung von Individualität für einen Programmierer bleibt, macht auch hier der von ihm entworfene Algorithmus seinen Ein-

144 Vgl. anschaulich OLG Frankfurt vom 6. 11. 84 – 14 U 188/81, CR 1986, 20 ff., wo die Urheberrechtsverletzung ausschließlich damit begründet wurde, daß die Verarbeitungsteile der strittigen Programme weitgehend identisch waren; *Betten* Mitt. 1984, 207.

145 Vgl. im einzelnen *Haberstumpf* GRUR 1986, 227 f.

146 *Wolters* (Fn. 66) S. 33; *Kolle* GRUR 1982, 453.

147 Z. B. möglichst geringe Arbeitszeit und Speicherplatzausnutzung gegenüber möglichst großer Übersichtlichkeit; s. *Wolters* (Fn. 66) S. 34.

148 OLG Karlsruhe vom 9. 2. 83 – 6 U 150/81, GRUR 1983, 307; BGH vom 9. 5. 85 – I ZR 52/83, CR 1985, 31 – Inkassoprogramm; vgl. auch *Brandi-Dohrn* GRUR 1985, 183.

149 S. o. RdNr. 31 und *Wirth* (Fn. 80) S. 7.

fluß geltend, was dessen zentraler Stellung innerhalb der Software-Entwicklung durchaus entspricht. Bei konsequenter Anwendung der These des BGH 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.

#### 8. Die Unbegründbarkeit der These von der Freiheit wissenschaftlicher oder technischer Lehren und Erkenntnisse

Angesichts der weitreichenden Konsequenzen, zu denen der dogmatische Ansatzpunkt des BGH führt, stellt sich die Frage nach seiner **Rechtfertigung**. Die These von der Freiheit der Lehre im Urheberrecht kann nur dann akzeptiert werden, wenn hierfür ganz überragende Gründe ins Feld geführt werden können. Die vorgebrachten Argumente überzeugen nicht. 63

a) 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 fest<sup>150</sup>. Das Begriffsnetz 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.<sup>151</sup>. Die **wissenschaftliche Arbeit** einschließlich des Entwurfs von Algorithmen ist daher grundsätzlich eine **schöpferische Tätigkeit**, die Phantasie und Scharfsinn voraussetzt<sup>152</sup>. 64

b) Das vom BGH in den Entscheidungen „Flughafenpläne“ und „Ausschreibungsunterlagen“ hervorgehobene Argument, die **Abgrenzung zu den technischen Schutzrechten** erfordere, daß das wissenschaftliche oder technische Gedankengut 65

150 *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.

151 v. *Kutschera* (Fn. 109) S. 117.

152 *Hempel*, Philosophie der Naturwissenschaften, 1974, S. 27 f.; v. *Kutschera* (Fn. 109) S. 337 ff.; *Kuhn*, Die Struktur wissenschaftlicher Revolutionen, 2. Aufl. 1976, S. 18 f., 89; *Plander UFITA* 76 (1976), 25, 41 ff.; *Plett* (Fn. 120) S. 76 ff.; *Moser* (Fn. 107) S. 252 f.; *Altenpohl*, Der urheberrechtliche Schutz von Forschungsergebnissen, 1987, S. 115 ff.; zu den Algorithmen vgl. *Goldschlager/Lister* (Fn. 53) S. 22; *Troller CR* 1987, 283.

nicht Gegenstand des Urheberrechtsschutzes 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.

- 66 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 zur Veröffentlichung der Schrift relevant ist, weil sie danach zu einem amtlichen Werk nach § 5 UrhG wird<sup>153</sup>, bewahrt den Erfinder der in ihr dargestellten technischen Lehre davor, daß sie in identischer oder wesentlich identischer Bedeutung vervielfältigt, verbreitet oder öffentlich wiedergegeben wird, während das Patentrecht dem Erfinder die Anwendung des technischen Verfahrens und die mit ihrer Hilfe erzielbaren Erzeugnisse vorbehalten (vgl. § 9 PatG)<sup>154</sup>.
- 67 Daß trotz dieser klaren Abgrenzbarkeit der beiden Schutzrechtssysteme bei Computerprogrammen Bereichsüberschreitungen dann vorkommen können, wenn der im Programm beschriebene Algorithmus ausnahmsweise eine Lehre zum technischen Handeln beinhaltet<sup>155</sup>, stellt ein **Sonderproblem** dar, weil Computerprogramme im Unterschied zu den bislang vorkommenden technischen Werken nicht nur Sprachwerke sind, sondern gleichzeitig auch als Steuerungsmittel für eine Maschine fungieren können. Diese Sonderproblematik kann daher kein Argument für die These des BGH liefern, sie ist vielmehr auf der Rechtsfolgenreite bei der Frage, wie weit das Vervielfältigungsrecht des Programmschöpfers reicht, zu berücksichtigen<sup>156</sup>.
- 68 c) Aber auch das allenthalben als am zugkräftigsten erachtete Argument<sup>157</sup>, im Interesse des Fortschritts müßten Erkenntnisse und Lehren frei sein, um ihre **Monopolisierung** in der Hand ihrer Schöpfer zu verhindern, ist durch das folgende argumentum ad absurdum unschwer zu widerlegen. Die Argumentation beruht auf einem Schlußschema etwa der folgenden Art:

153 v. *Gamm* § 5 RdNr. 8; *Fromm/Nordemann* § 5 Anm. 4; *Benkard*, Patentgesetz, 7. Aufl. 1981, § 1 Rnr. 100.

154 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* (Fn. 70) S. 41 f.; *Altenpohl* (Fn. 152) S. 156 ff.

155 S. den Beitrag von *Kraßer* unten S. 99 und *Gall* unten S. 135.

156 S. u. RdNr. 111, 118.

157 Vgl. z. B. BGH vom 9. 5. 85 – I ZR 52/83, CR 1985, 31 – Inkassoprogramm; *Loewenheim ZUM* 1985, 29; *Erdmann CR* 1986, 253; *Plander UFITA* 76 (1976), 25, 31; *Hubmann* S. 35 f., 105 f., 284 f.

1. Prämisse: Die Einbeziehung wissenschaftlicher oder technischer Erkenntnisse oder Lehren in den Urheberrechtsschutz führt zu ihrer Monopolisierung derart, daß ihre Diskussion, Überprüfung und Weiterentwicklung unmöglich ist oder unangemessen erschwert wird.

2. Prämisse: Im Interesse des Fortschritts muß die Diskussion, Überprüfung und Weiterentwicklung wissenschaftlicher oder technischer Erkenntnisse oder Lehren möglich sein und darf nicht unangemessen erschwert werden.

Schluß: Also umfaßt der Urheberrechtsschutz keine wissenschaftliche oder technische Lehren oder Erkenntnisse.

Vom Standpunkt der Logik ist an diesem Schlußschema nichts auszusetzen, wenn die Prämissen stimmen. Es ist allerdings genauso gültig, wenn man es auf die anderen Bedeutungsbestandteile, die in wissenschaftlichen oder technischen Werken enthalten sind, anwendet und die Ausdrücke „wissenschaftliche oder technische Erkenntnisse oder Lehren“ ersetzt durch „Begründungen, Widerlegungen und Fragestellungen“. Wenn das Urheberrecht zu einer unangemessenen Monopolisierung von Erkenntnissen führt, dann monopolisiert es auch Begründungen, Widerlegungen und Fragestellungen in dieser Weise. Da diese Bedeutungsbestandteile wissenschaftlicher oder technischer Werke im Interesse des Fortschritts gleichfalls der Diskussion, Überprüfung und Weiterentwicklung zugänglich sein müssen, ist man gleichfalls auf die Folgerung festgelegt, daß sie vom Urheberrechtsschutz ausgeschlossen sein müssen. Das wiederum bedeutet, daß es keinen Urheberrechtsschutz für wissenschaftliche oder technische Werke gibt, weil nach der Eliminierung sämtlicher wichtiger Bedeutungsbestandteile nichts mehr übrig bleibt, was geschützt werden könnte. Also muß in der Argumentation angesichts dieser absurden Konsequenzen ein Fehler stecken. In der Tat erweist die kritische Überprüfung, daß die in der ersten Prämisse formulierte Annahme unzutreffend ist.

Durch eine ökonomische Analyse der **Theorie der Property Rights** hat Lehmann<sup>158</sup> überzeugend dargestellt, 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

158 GRUR Int. 1983, 356 ff.; ders. oben I RdNr. 5.

zu werden<sup>159</sup>. Wenn nun das Urheberrecht eine solche Ausbeutung verhindert, unterstützt es wirksam das Bestreben der anderen Forscher, eigene Gedanken zu entwickeln<sup>160</sup>, und fördert so auf einer höheren Stufe zum Nutzen aller den Wettbewerb der Ideen und Gedanken.

- 70 Ob sich die Gefahr einer fortschrittshehmenden Behinderung der wissenschaftlichen Auseinandersetzung realisiert, ist folglich nicht automatisches Resultat der Gewährung von Ausschließlichkeitsrechten für Erkenntnisse oder Lehren, sondern hängt davon ab, wie diese Rechte im einzelnen ausgestaltet sind und welchen Umfang sie haben<sup>161</sup>. Ein Blick in das UrhG wird davon überzeugen, daß der Gesetzgeber diese **Interessenlage** durchaus erkannt und angemessen abgewogen hat<sup>162</sup>.

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

- 71 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 Stück<sup>163</sup>) wird sichergestellt, daß die wortgleiche Übernahme fremden Gedankenguts nicht zu einer Ausbeutung fremder Werke führt.
- 72 Die **bedeutungsgleiche Übernahme fremder Gedanken** unter Veränderung des Wortverlaufs 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 wissenschaftlichen

159 Hubmann S. 47, 184 ff.

160 Haberstumpf UFITA 95 (1983), 242; Altenpohl (Fn. 152) S. 200.

161 Lehmann GRUR Int. 1983, 362.

162 Vgl. im einzelnen Haberstumpf (Fn. 90) S. 78 ff., ders. GRUR 1986, 232 ff.; ebenso Preuß (Fn. 73) D IV 2; Buchmüller (Fn. 70) S. 49 ff. und sehr ausführlich Altenpohl (Fn. 152) S. 194 ff., 275.

163 BGH vom 4. 4. 78 – I ZR 111/76, GRUR 1978, 476 – Vervielfältigungsstücke.

Zwecken der Spielraum für eine freie Benutzung größer ist als bei sonstigen Werken<sup>164</sup>.

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.

d) 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 auch 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 Werke<sup>165</sup> zur Folge, was der Gesetzgeber bereits in sein Regelungswerk einbezogen hat. 73

Damit ist der Weg frei, Algorithmen als Bedeutungen oder Teilbedeutungen der bei der Software-Entwicklung anfallenden Materialien in den Urheberschutz einzubeziehen<sup>166</sup>, ganz gleich wie konkret oder allgemein sie formuliert sind. **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 darstellt<sup>167</sup>, im Grobentwurf oder Pflichtenheft 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 (tatsächliche Realisierung des Algorithmus auf einem Rechner) offen lassen<sup>168</sup>. Deswegen wird die Implementie- 74

164 Ulmer S. 278; Hubmann S. 185; ders. MittHV 1962, 151; Preuß (Fn. 73) D IV 2 d, cc; LG München II vom 11. 7. 56 – 3 O 6/56, UFITA 24 (1957), 271.

165 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 (Fn. 120) S. 99 ff.

166 Betten Mitt. 1984, 207; Buchmüller (Fn. 70) S. 52, 64; Haberstumpf UFITA 95 (1983), 221 ff.; ders. GRUR 1986, 227 ff.; Herberger IuR 1986, 235; Troller CR 1987, 283, 358; Preuß (Fn. 73) D III 2 a, b, IV 2 e.

167 BGH vom 9. 5. 85 – I ZR 52/83, CR 1985, 31 – Inkassoprogramm; vgl. auch Buchmüller (Fn. 70) S. 59.

168 So die Aussage des Sachverständigen im Urteil des OLG Frankfurt vom 6. 11. 84 – 14

rung von Algorithmen hoher Allgemeinheitsstufe in aller Regel als freie Benutzung nach § 24 UrhG angesehen werden können<sup>169</sup>. Welche Beschränkungen durch die Belange von Wissenschaft und Technik für Software-Urheber im einzelnen geboten sind, wird weiter unten (RdNr. 128 ff., 136 ff.) behandelt.

- 75 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 wurden<sup>170</sup>. Dementsprechend steht die im Schrifttum herrschende Meinung auf dem Standpunkt, daß auch algorithmische Lösungselemente in ihrer konkreten Ausgestaltung und Verschmelzung mit dem Computerprogramm für sein individuelles Gepräge mitbestimmend und daher vom Schutz mitumfaßt sind<sup>171</sup>. Die Interessen wissenschaftlicher Autoren auf Anerkennung ihres Persönlichkeitsrechts im Hinblick auf den Inhalt ihrer Arbeiten bleiben durch die §§ 12 bis 14 UrhG gewahrt<sup>172</sup>. Um diese Bedürfnisse, die seit langem als berechtigt anerkannt sind<sup>173</sup>, zu befriedigen, ist ein Rückgriff auf das allgemeine Persönlichkeitsrecht nicht nötig.
- 76 Diese Auffassung vermeidet schließlich die **Diskrepanz**, die sich zwischen dem **Selbstverständnis eines Wissenschaftlers und der Beurteilung seiner Werke** in der Rechtsprechung des BGH auftut. Keinem wissenschaftlichen Autor wird einleuchten, daß dasjenige, was er als das wesentlich Schöpferische seiner Arbeit ansieht, die Präsentation neuer Theorien und Erkenntnisse, nichts zum Erwerb des Urheberrechts für seine Schriften beitragen soll. Ebenso wird ein Informatiker wenig Verständnis dafür aufbringen, daß der Entwurf eines Algorithmus und seine Verfeinerung, worin sich seine Kreativität in erster Linie offenbart<sup>174</sup>, für das Urheberrecht ohne Bedeutung sind. Wir zählen die großen Forscher und Erfinder nicht deshalb zu den bedeutenden Persönlichkeiten der Geschichte, weil sie Abhandlungen ausdrucksstark, in gefälliger Form produzierten, sondern weil diese

U 188/81, CR 1986, 21 re. Spalte – Baustatikprogramm; Preuß (Fn. 73) D IV 2 d cc; Haberstumpf GRUR 1986, 233.

169 Ulmer/Kolle GRUR Int. 1982, 497; Preuß (Fn. 73) D IV 2 d cc; Haberstumpf UFITA 95 (1983), 244.

170 D. Reimer GRUR 1980, 572 ff. in seiner sorgfältigen Analyse der Rechtsprechung. So auch Kindermann ZUM 1987, 227; Buchmüller (Fn. 70) S. 36.

171 Ulmer (Fn. 130) S. 15 f.; Ulmer/Kolle GRUR Int. 1982, 497; Kolle GRUR 1982, 455; Sieber BB 1983, 980; Loewenheim ZUM 1985, 29 f.; Schrickler/Loewenheim (Fn. 101) § 2 RdNr. 78; Hubmann/Preuß MitthV 1986, 33 f.; Moritz/Tybusseck RdNr. 136 ff.; Köhler S. 47 f., 52 f.; Katzenberger Naturwissenschaften 1975, 557; worin sich der (freie) „Algorithmus an sich“ von seiner (geschützten) „Verschmelzung im Programm“ unterscheidet, wird allerdings verschwiegen.

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

173 Hubmann S. 284 f.; Engel GRUR 1982, 707 ff. m. w. N.

174 Goldschlager/Lister (Fn. 53) S. 22; Brandi-Dohrn GRUR 1985, 183; Köhler S. 61.

Abhandlungen umwälzende Entdeckungen und Erfindungen beschrieben und neue für die Menschheit wichtige Erkenntnisse zum Ausdruck brachten<sup>175</sup>.

## II. Individualität

### 1. Der schöpferische Eigentümlichkeitsgrad in der Rechtsprechung des BGH

Nicht weniger brisant als die These von der Freiheit der Lehren und Erkenntnisse 77 erweisen sich die **Anforderungen**, die der BGH seit der Entscheidung „Ausschreibungsunterlagen“<sup>176</sup>, in der sie erstmals angewendet wurden, **an das Vorliegen des erforderlichen Eigentümlichkeitsgrades** stellt. Diese Kriterien gelten für alle Werke, nicht nur für wissenschaftliche und technische<sup>177</sup>.

a) So einfach der auf der ersten Stufe anzustellende **Gesamtvergleich** mit vorbestehenden Gestaltungen zunächst durchführbar erscheint, so sehr trübt sich das Bild, wenn man mit der Frage konfrontiert wird, wie er in concreto aussehen soll<sup>178</sup>. Der BGH gibt nämlich nicht an, welche Klassen von Vergleichsobjekten zur Beurteilung heranzuziehen sind. Darf z. B. ein Textverarbeitungsprogramm nur mit Textverarbeitungsprogrammen verglichen werden oder sind in den Gesamtvergleich auch sonstige Anwenderprogramme oder gar die Gesamtheit der vorbekannten Computerprogramme unter Einschluß der Betriebssysteme einzu beziehen? Ist Schlagermusik nur mit Schlagermusik vergleichbar oder auch mit Opernmusik oder gar mit dem gesamten Musikschaffen? Die Klärung dieser Fragen ist deshalb von Wichtigkeit, weil die Durchschnittsniveaus in verschiedenen Vergleichsklassen nicht gleich hoch sein müssen. So ist ohne weiteres denkbar, daß eine deutlich überdurchschnittliche Buchrezension das durchschnittliche Niveau der auf diesem Gebiet vorhandenen Lehrbücher nicht erreicht. In Relation zu den vergleichbaren Buchbesprechungen wäre sie geschützt, während ein die Rezension übertreffendes Durchschnittslehrbuch, in Beziehung nur zu Lehrbüchern gesetzt, ohne Schutz bliebe. Bei Problemen dieser Art läßt der BGH die Praxis genauso im Stich wie bei der Frage, wie zu verfahren ist, wenn ein bestimmtes Werk eine Neuentwicklung auf einem Gebiet ist, auf dem sich noch keine vergleichbaren Gestaltungen ausgebildet haben. Die Tatsache, daß ein Werk neu ist, bedeutet nicht automatisch, daß es schöpferisch ist<sup>179</sup>.

Unklar bleibt ferner, ob der BGH mit seinen Ausführungen nicht systemwidrig 79 die typisch **patentrechtlichen Kriterien** der Neuheit und Erfindungshöhe in das

175 So auch *Engel* GRUR 1982, 706 f.

176 BGH vom 29. 3. 84 – I ZR 32/83, GRUR 1984, 661; noch dezidierter im Urteil vom 9. 5. 85 – I ZR 52/83, CR 1985, 31 – Inkassoprogramm und vom 17. 4. 86 – I ZR 213/83, GRUR 1986, 741 – Anwaltsschriftsatz, vgl. auch *Erdmann* CR 1986, 254.

177 BGH vom 9. 5. 85 – I ZR 52/83, CR 1985, 30 f. – Inkassoprogramm; *Erdmann* CR 1986, 253 f.

178 Die in der Praxis auftretenden Schwierigkeiten werden angedeutet in BGH vom 17. 4. 86 – I ZR 213/83, GRUR 1986, 741 – Anwaltsschriftsatz.

179 *Hubmann* S. 35; *Haberstumpf* (Fn. 90) S. 27 f.

Urheberrecht einführt, wie im Schrifttum mit beachtlichen Gründen vorgebracht wird<sup>180</sup>.

- 80 b) Weitaus gravierender als die geschilderten Unklarheiten, die vielleicht durch eine Präzisierung und nähere Ausdeutung behoben werden könnten, wirkt sich die Forderung aus, daß nur **weit überdurchschnittlich schöpferische Leistungen** den Schutz des Urheberrechts in Anspruch nehmen können. Die Anforderungen, die für den Erwerb des Urheberrechts im Rahmen des § 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 eine freie Benutzung erleichtert<sup>181</sup>. Daraus folgt: Je höher die Anforderungen an den schöpferischen Eigentümlichkeitsgrad generell angesetzt werden, desto mehr wird der kulturelle und wissenschaftliche Fortschritt, dem die Vorschrift des § 24 UrhG ja dient, auf Gebieten blockiert, die durch solchermaßen geschützte Werke besetzt sind.
- 81 Dies kann durch ein einfaches **Rechenexempel** anschaulich belegt werden. Ausgangspunkt sei die Annahme, die *v. Gamm* vertritt<sup>182</sup>, daß nach den Maßstäben des BGH allenfalls 5 % der am Markt befindlichen Computerprogramme persönliche geistige Schöpfungen sind. Werden solchermaßen geschützte Programme bearbeitet und will der Bearbeiter das Urheberrecht nach § 3 UrhG erwerben, dann sind an seine Leistungen dieselben Anforderungen zu stellen wie an die Originalprogramme, weil das Bearbeiterurheberrecht volles Urheberrecht ist<sup>183</sup>. Dies wiederum bedeutet, daß entsprechend der gemachten Annahme ein Bearbeiterurheberrecht allenfalls für 5 % der Bearbeitungen von den 5 % geschützten Programmen in Frage kommt. Um nun zu einer freien Benutzung zu gelangen, bedarf es eines weiteren Qualitätssprunges, der ebenfalls den Anforderungen des BGH zu genügen hat. Dann aber ist nach der Ausgangsannahme dieses Beispiels eine freie Benutzung praktisch nicht mehr möglich.
- 82 Ein Programmurheber, der ausnahmsweise die vom BGH aufgestellte Hürde überspringt, hat damit eine **Monopolstellung** inne, mit deren Hilfe er praktisch jede von ihm nicht autorisierte schöpferische Weiterentwicklung seines geschützten Programms verbieten kann<sup>184</sup>. Man steht somit vor der unhaltbaren Situation, daß ein Programmschöpfer, der die Anforderungen des BGH gerade noch erfüllt, ein rechtliches und faktisches Monopol an seiner Schöpfung erwirbt, während ein anderer Software-Hersteller, der nur knapp daran scheitert, leer ausgeht. Zwei

180 So vor allem *Preuß* (Fn. 73) D IV 1; *Schricker* (Fn. 101) S. 217 f.; *Kindermann* ZUM 1987, 226. Auf die zusätzlichen Schwierigkeiten bei der Bestimmung des maßgeblichen Durchschnittsgestalters weist *Röttinger* IuR 1986, 15, hin.

181 *Fromm/Nordemann* § 24 Anm. 3 m.w.N. aus der Rechtsprechung.

182 GRUR 1986, 731.

183 *v. Gamm* § 3 RdNr. 9.

184 *Preuß* (Fn. 73) D VI 2 c.

nahezu gleich schöpferische Leistungen werden urheberrechtlich diametral verschieden behandelt. Daß dieses Ergebnis, das durch die Möglichkeiten des Wettbewerbsrechts nur teilweise und unzureichend abgemildert wird, nicht nur negative Auswirkungen für den Fortschritt auf dem Gebiet der Software-Entwicklung hat<sup>185</sup>, sondern auch verfassungsrechtlich nicht unbedenklich erscheint, liegt auf der Hand.

Weil die **strengen Maßstäbe** des BGH für alle Werke gelten, bleiben die skizzierten Folgen nicht auf Software-Produkte beschränkt, sondern müssen sich auch **beim sonstigen Werkschaffen** bemerkbar machen. Die Entwicklung zumindest umfangreicher und komplizierter Programme ist das Ergebnis zeit- und arbeitsaufwendiger Tätigkeit von Teams hochqualifizierter Informatiker und Programmierer, was allein schon zwingend nahelegt, daß schöpferische Leistungen erbracht werden; denn wäre die Software-Entwicklung eine an vorgegebenen Regeln und Methoden orientierte Routinearbeit, wäre sie längst schon voll dem Computer überlassen worden. Diese unzweifelhafte Tatsache macht aber auch den Schluß unabweislich, daß die hier zu Tage tretende Schöpferkraft mit Sicherheit nicht wesentlich hinter den Leistungen zurückbleibt, die sonst, z. B. bei der Masse der heutigen Unterhaltungsmusik und -literatur, gewöhnlich erbracht werden. Wenn angesichts der strengen Maßstäbe des BGH der Urheberrechtsschutz für Software-Produkte nur in Ausnahmefällen in Betracht kommt<sup>186</sup>, dann muß dies konsequenterweise – zumindest in ähnlicher Weise – auch bei den anderen Werkkategorien der Fall sein. Mit welchem Recht macht dann aber z. B. die VG WORT für jeden ihr gemeldeten und in der Bundesrepublik Deutschland erschienenen wissenschaftlichen Beitrag, der mindestens zwei Schreibmaschinenseiten lang ist, den urheberrechtlichen Vergütungsanspruch nach § 54 Abs. 2 UrhG<sup>187</sup> geltend<sup>188</sup>? Wie verträgt sich dies mit der sog. GEMA-Vermutung, die sich bekanntlich nicht nur auf die Wahrnehmungsbefugnisse der GEMA erstreckt, sondern auch darauf, daß die von ihr verwalteten Werke urheberrechtlich geschützt sind<sup>189</sup>? Es ist doch kaum vorstellbar, daß sich der von der GEMA verwaltete lückenlose Bestand in- und ausländischer Tanz- und Unterhaltungsmusik ausschließlich oder wenigstens überwiegend aus weit überdurchschnittlich schöpferischen Werken zusammensetzt<sup>190</sup>.

Die neuen Maßstäbe des BGH haben schließlich eine bedeutende **Verschlechterung der Stellung des Urhebers im Prozeß** zur Folge und stellen eine Abkehr von

185 So überzeugend *Preuß* (Fn. 73) D VI 2 b, cc, F III.

186 In dieser Einschätzung der Entscheidung „Inkassoprogramm“ sind sich Befürworter wie Kritiker einig; vgl. die Nachweise unter Fn. 101.

187 Verteilungspläne Wissenschaft in der Fassung v. 10. 1. 87; § 9 Abs. 3.

188 Treffend *Kindermann* ZUM 1987, 227.

189 BGH vom 5. 6. 85 – I ZR 53/83, ZUM 1986, 50; vom 13. 6. 85 – I ZR 35/83, ZUM 1986, 55; vom 5. 12. 85 – I ZR 137/83, ZUM 1986, 200 – GEMA-Vermutung I, II und III.

190 *Schulze* CR 1986, 784.

den Grundsätzen dar, die der BGH in der Entscheidung „Stahlrohrstuhl II“<sup>191</sup> formuliert hatte. Danach reicht zum Beweis des Urheberrechts in der Regel die Vorlage des Werkes durch den Urheber aus, während dem Verletzer die Behauptungs- und Beweislast dafür obliegt, daß der Urheber auf vorbekannte Gestaltungen zurückgegriffen hat. Da selbst der gebildetste Richter keinen Überblick über die im modernen Kunstschaffen und in den einzelnen Wissenschaften vorkommenden Gestaltungen haben und auch nicht das durchschnittliche Gestaltungsniveau selbst feststellen kann, um damit das strittige Werk zu vergleichen, genügt die Vorlage des Werkes in der Regel eben nicht. Der Richter wird daher auch beim sonstigen Werkschaffen ohne ein Sachverständigengutachten nicht mehr auskommen können, womit ein Zuwachs an Beurteilungssicherheit allerdings nicht verbunden ist, weil es anwendbare und objektive Maßstäbe zur Messung von Individualität nicht gibt. Wie die Entscheidungen des BGH „Inkassoprogramm“<sup>192</sup> und „Anwaltsschriftsatz“<sup>193</sup> ferner ganz deutlich zeigen, gehen – insoweit folgerichtig – Unauflösbarkeiten bei der Frage, ob ein strittiges Werk sich von vorbekannten Gestaltungen unterscheidet, nicht mehr zu Lasten des Verletzers, sondern des Urhebers aus.

Auch wenn der BGH den Eindruck zu erwecken versucht, er könne sich auf eine ständige Rechtsprechung stützen, bilden seine neuen Maßstäbe in Wahrheit eine tiefe Zäsur, die die Rechtstellung der Urheber gravierend beschneiden und daher abzulehnen sind.

## 2. Individualität nach traditioneller Auffassung

- 85 Im Einklang mit der herrschenden Meinung des Schrifttums<sup>194</sup> sah bislang auch die höchstrichterliche Spruchpraxis<sup>195</sup> 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“<sup>196</sup> urheber-

191 Urteil vom 27. 5. 81 – I ZR 102/79, GRUR 1981, 822.

192 CR 1985, 32, linke Spalte oben.

193 GRUR 1986, 741, linke Spalte Mitte.

194 Z. B. *Fromm/Nordemann* § 2 Anm. 6d; *Hubmann* S. 37 ff.; *Ulmer* S. 132 ff.

195 Z. B. BGHZ 9, 268 f. – Lied der Wildbahn I.

196 Zur kleinen Münze *Hubmann* S. 99 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* (Fn. 101) S. 136 ff.

rechtlichen Schaffens, dem Urheberrechtsschutz unterstellt wurde. 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- oder Fremdgut nach bekannten und bereits entwickelten Gesichtspunkten, Methoden oder Konzeptionen verarbeitet werden, so daß jeder Verfasser – von Fehlern abgesehen – im wesentlichen das Gleiche geschaffen hätte<sup>197</sup>. Läßt sich dies für ein 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 wurde.

Wie die **Prüfung der Individualität im Einzelfall** auszusehen hat, kann beispielhaft den Entscheidungen des BGH „*Monumenta Germaniae Historica*“<sup>198</sup> und „*Fragensammlung*“<sup>199</sup> entnommen werden. Das Gericht konstatiert zunächst, daß das fragliche Register bzw. die strittige Fragensammlung keine bloße mechanische und routinemäßige Zusammenstellung von vorgegebenen Fakten (Stichwörter bzw. Fragen) seien. Also beruht die Zusammenstellung der Stichwörter bzw. der Fragen, wie der BGH richtig folgert, auf einer (nicht vorgegebenen) Konzeption, welche die wissenschaftliche Bearbeitung der zu dem Register gehörenden mittelalterlichen Briefe berücksichtigt bzw. Kriterien zur Unterscheidung zwischen Wichtigem und Unwichtigem bereithält<sup>200</sup>. Dies aber ist eine urheberrechtsschutzfähige persönliche geistige Leistung. 86

Zu dieser Rechtsprechung, die **schlichte Individualität** genügen läßt, ist 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 Wissenschaft nicht, weil das Mehr an Urheberrecht durch die leichtere Benutzbarkeit nach § 24 UrhG ausgeglichen wird. Die Rechtsprechung 87

197 RGZ 108, 65; 172, 34; *Fromm/Nordemann* § 2 Anm. 6 d; *Köhler* S. 53, 61; *Kolle GRUR* 1974, 9; *ders. GRUR* 1982, 453; *Ulmer/Kolle GRUR Int.* 1982, 495; *Loewenheim ZUM* 1985, 27; *Nordemann ZUM* 1985, 14; *Schricker (Fn. 101)* S. 218.

198 BGH vom 7. 12. 79 – I ZR 157/77, *GRUR* 1980, 231. Die Entscheidung fand einhelligen Beifall; s. *Haberstumpf (Fn. 90)* S. 39 f.; *Rojahn GRUR* 1984, 662; *Schulze (Fn. 101)* S. 256.

199 BGH vom 27. 2. 81 – I ZR 29/79, *GRUR* 1981, 522.

200 Näher *Haberstumpf (Fn. 90)* S. 35 ff.

des BGH zur Verteilung der Behauptungs- und Beweislast im Urheberrechtsprozeß<sup>201</sup> und zur GEMA-Vermutung<sup>202</sup> 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 stand<sup>203</sup>. 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 Vermutung kann ein wegen Urheberrechtsverletzung in Anspruch Genommener widerlegen, indem er darlegt und gegebenenfalls beweist, daß der Urheber den Spielraum ausnahmsweise nicht durch eigene Schöpfung, sondern durch eine unfreie Übernahme fremder Gestaltungen ausgefüllt hat.

- 88 Es könnte sein, daß der BGH inzwischen den geforderten Rückzug auf die bewährten Grundsätze des Urheberrechts bereits angetreten hat. In einer ganz neuen Entscheidung vom 20. 11. 1986<sup>204</sup> führt er zur Urheberrechtsschutzfähigkeit von Stadtplänen nämlich u. a. wörtlich aus: „Es reicht vielmehr aus, daß eine individuelle Geistestätigkeit in dem darstellerischen Gedanken der Abbildung zum Ausdruck kommt, mag auch das Maß der geistigen Leistung gering sein.“ Da ein Hinweis auf die in den Entscheidungen „Ausschreibungsunterlagen“ und „Inkasoprogramm“ formulierten strengen Maßstäbe fehlt, bleibt weiterhin unklar, ob die neue Entscheidung tatsächlich eine Wende bedeutet oder nur einen vorübergehenden Ausschlag innerhalb des an Widersprüchen reichen Zick-Zack-Kurses des BGH zum Schutz wissenschaftlicher und technischer Werke.

### 3. Individualität von Software-Produkten

- 89 Da der Gesetzgeber – mit Ausnahme des § 53 Abs. 4 S. 2 UrhG – nirgends zum Ausdruck gebracht hat, daß Software-Produkte eine besondere Rolle zu spielen haben, sind an die Individualität dieser Werke **keine anderen Anforderungen** zu stellen. Der Bericht des Rechtsausschusses des Deutschen Bundestages vom 17. Mai 1985 nimmt vielmehr ausdrücklich auf die vorgängige Rechtsprechung Bezug, die Computerprogramme nach dem traditionellen Individualitätsbegriff behandelte und daher den begehrten Urheberrechtsschutz ganz überwiegend auch tatsächlich gewährte<sup>205</sup>.

Obwohl die Entwicklung von Software durch eine Reihe von vorgegebenen technischen, organisatorischen und sonstigen Bedingungen (Aufgabenstellung, End-

201 BGH vom 27. 5. 81 – I ZR 102/79, GRUR 1981, 822 – Stahlrohrstuhl II.

202 S. o. Fn. 189.

203 *Fromm/Nordemann* § 2 Anm. 6g; *Sieber* BB 1983, 981.

204 BGH – I ZR 160/84 – GRUR 1987, 361 – Werbepläne.

205 S. o. RdNr. 5 und Fn. 9–21.

ziel, Datenverarbeitungsanlage, Programmiersprache, Methoden des Software Engineering usw.) beeinflusst wird, bilden diese Vorgegebenheiten nur den Rahmen, der eine Fülle von Wahlmöglichkeiten offen läßt<sup>206</sup>, so daß verschiedene Programmierer selbst bei gleicher Aufgabenstellung zu ganz unterschiedlichen Programmen gelangen werden<sup>207</sup>; erst recht gilt dies, wenn der Programmschöpfer von einer selbst konzipierten Aufgabenstellung ausgeht.

Bereits die **Vielfalt der Qualitätsanforderungen** an ein Software-Produkt, die zum Teil gegenläufig sind<sup>208</sup>, 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 Schrifttum<sup>209</sup> 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 Algorithmen, 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 Spielräume<sup>210</sup> in Wahrheit nicht bloß diese, sondern vor allem die sprachliche Bedeutung der Programmierschrift bzw. ihrer Vorstufen betrifft; 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 Verbindungswörtern und -symbolen zur Gesamtbedeutung des Textes bei.

**Spielraum für individuelles Schaffen besteht auf allen Stufen der Programmentwicklung**, 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 in allen Details ausgefeilten Programmbeschreibung unter Anwendung üblicher Programmierungstechniken ergibt<sup>211</sup>. Im

206 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.

207 Dieser Umstand hat wesentliche Indizwirkung; a. A. aber BGH vom 9. 5. 85 – I ZR 52/83, CR 1985, 31 und OLG Karlsruhe vom 9. 2. 83 – 6 U 150/81, GRUR 1983, 306 – Inkassoprogramm; OLG Frankfurt vom 13. 6. 83 – 6 W 34/83, GRUR 1983, 755 – Pengo; *Loewenheim* ZUM 1985, 27; *Schricker/Loewenheim* (Fn. 101) § 2 RdNr. 81.

208 S. o. RdNr. 62.

209 Besonders eingehend *Wittmer* S. 114 ff.; *Kolle* GRUR 1982, 454; *Ulmer/Kolle* GRUR Int. 1982, 495.

210 So vor allem *Wittmer* S. 114–120.

211 BGH vom 9. 5. 85 – I ZR 52/83, CR 1985, 30 – Inkassoprogramm; v. *Gamm* WRP 1969, 99; *Haberstumpf* GRUR 1982, 147.

Einzelnen bedarf es hier noch keines näheren Eingehens auf die Frage, in welchem urheberrechtlichen Verhältnis die Programmierstufen zueinander stehen, weil die für die Werkeigenschaft der Computerprogramme wichtigen Umstände und Merkmale früherer Entwicklungsstufen in das angestrebte Endprodukt einfließen<sup>212</sup>.

92 Bei der Beurteilung der Individualität im konkreten Einzelfall kann auf ein Prüfungsschema zurückgegriffen werden, das das OLG Frankfurt in seiner Entscheidung vom 6. 11. 1984 „Baustatikprogramme“<sup>213</sup>, die der BGH durch Verwerfung der dagegen eingelegten Revision bestätigte, vorgeschlagen hat: Danach sind Datenverarbeitungsprogramme 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, ist aus den unter RdNr. 80 ff. dargestellten Gründen abzulehnen. Sind die Prüfungskriterien (1) bis (3) gegeben, dann steht fest, daß der Programmschöpfer etwas Eigenes geschaffen hat, weil er die bestehenden Spielräume auch tatsächlich nutzen mußte, um ein Ergebnis zu erzielen, es sei denn, er hat ausnahmsweise ein bereits bestehendes Programm durch unfreie Benutzung übernommen. Angesichts der generell bei der Software-Entwicklung vorhandenen großen Variationsbreite ist das Vorliegen der Prüfungskriterien (1) bis (3) bei umfangreicheren Programmen zu vermuten<sup>214</sup>, so daß der Urheber eines solchen Programms im Prozeßfall seiner Behauptungs- und Beweislast regelmäßig durch Vorlage einer für den Richter verständlichen Programmbeschreibung, zweckmäßig unter Beifügung des Pflichtenhefts, Genüge leistet<sup>215</sup>. Aus der Programmbeschreibung und dem Pflichtenheft kann dann ein Richter mit etwas Erfahrung auf dem neuen Rechtsgebiet meist ohne Einschaltung eines Sachverständigen entnehmen, ob der Urheber sich aus-

212 BGH vom 9. 5. 85 – I ZR 52/83, CR 1985, 30 – Inkassoprogramm; *Kolle GRUR* 1982, 453; *Ulmer/Kolle GRUR Int.* 1982, 493 f.; *Wittmer* S. 39 ff.

213 CR 1986, 13, 18.

214 Vgl. *Hubmann* S. 38; *Ulmer* S. 141; *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 RdNr. 216. 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.

215 *Erdmann* CR 1986, 255; vgl. auch LG Braunschweig vom 5. 11. 85 – 9 O 58/85, CR 1986, 805; OLG Hamm vom 17. 1. 85 – 4 U 30/84, CR 1986, 809.

schließlich an Vorgegebenem orientiert hat oder ob ihm im Einzelfall Spielraum im Sinne der Kriterien (1) bis (3) zur Verfügung stand.

**Bei kleineren Programmen**, die eine einfache Aufgabe zu lösen haben, ist dagegen vom Urheber neben der Vorlage des Werkes ein substantiiertes Vortrag zu fordern, daß und inwiefern er vorhandene Spielräume ausgefüllt hat. 93

Ist nach den Kriterien (1) bis (3) die Schutzfähigkeit eines Software-Produkts anzunehmen, kann ein wegen Urheberrechtsverletzung in Anspruch Genommener nur noch einwenden, der Anspruchsteller habe ausnahmsweise ein bereits entwickeltes Werk identisch oder wesentlich identisch übernommen. Für eine solche Behauptung trifft jenen die Beweislast.

#### 4. Zusammenfassung

Ein Software-Produkt ist ein urheberrechtlich geschütztes Werk, wenn nachfolgende Voraussetzungen gegeben sind: 94

- Es muß in den **Werkverzeichnis** des § 2 Abs. 1 UrhG eingeordnet werden können. Dies trifft auf die derzeit bekannten und vorkommenden Software-Produkte zu (s. o. RdNr. 32 ff.). Mit der Subsumtion eines solchen Produkts unter den Begriff des Sprachwerks nach § 2 Abs. 1 Nr. 1 UrhG und den der Darstellung 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. RdNr. 50).
- Es muß auf **persönlichem Schaffen** beruhen. Dies trifft für die derzeit bekannten und vorkommenden Software-Produkte praktisch immer zu (s. o. RdNr. 37).
- Es muß die **Individualität des Schöpfers** erkennen lassen, wobei Individualität auf bescheidenem Niveau genügt. Die Individualität zeigt sich insbesondere bei der Entwicklung und Verfeinerung des Algorithmus, der auch für die anderen Programmteile von maßgebender Bedeutung ist (s. o. RdNr. 59 ff.). Diese Voraussetzung ist bei komplexen und umfangreicheren Programmen, die der Lösung nicht ganz einfacher Aufgaben dienen, zu vermuten und kann in der Regel durch Vorlage eines für den Richter verständlichen Werkexemplars im Prozeß nachgewiesen werden. Bei einfacheren Programmen hat der Software-Hersteller dagegen darzulegen und gegebenenfalls zu beweisen, daß er bei der Ausarbeitung des Werkes Wahlmöglichkeiten hatte und nicht durch die Aufgabenstellung und die für die Software-Entwicklung geltenden Regeln, Methoden und Techniken auf sein erzieltes Ergebnis festgelegt war (s. o. RdNr. 89 ff.).

## D. Der Urheber und seine Befugnisse

### I. Entstehen des Urheberrechts

- 95 Das Urheberrecht an einem Software-Produkt entsteht mit der **Werkschöpfung**, 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 USA (s. o. RdNr. 11) und den Staaten nachgesucht wird, die dem Welturheberrechtsabkommen beigetreten sind und die Erfüllung solcher Förmlichkeiten verlangen (Art. III WUA).
- 96 Diese Formfreiheit nach deutschem Recht bedeutet nicht, daß es keine Möglichkeit der Registrierung und Hinterlegung gibt, was in mancher Hinsicht wünschenswert ist<sup>216</sup>. Das UrhG sieht nämlich in den §§ 66 Abs. 2 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 ihrer Existenz, der wahren Urheberschaft und der genauen Fassung durchaus möglich und wird auch praktiziert. In der **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 Werkes<sup>217</sup>. 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.

### II. Rechtsinhaberschaft

- 97 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.). Auch Unternehmer, für die der Urheber in Erfüllung seines Arbeits- oder Dienstverhältnisses tätig wird, können nur abgeleitete Nutzungsrechte erwerben<sup>218</sup>.
- 98 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

216 Denkschrift über den Rechtsschutz der Datenverarbeitungssoftware GRUR 1979, 306; *Betten* Mitt. 1984, 208; *Kolle* GRUR Int. 1974, 451.

217 §§ 1 und 2 der Verordnung über die Urheberrolle v. 18. 12. 65.

218 Näher unten der Beitrag von *Buchner* S. 270 ff.

desselben Unternehmens, werden solche Probleme bei der Durchsetzung des Urheberrechts an den Produkten des Unternehmens kaum praktische Relevanz gewinnen können, weil alle Beteiligten ihre etwaigen Befugnisse für die betriebliche Auswertung an den Unternehmer zu übertragen verpflichtet sind und dies durch – meist stillschweigend vollzogene – Nutzungsrechtseinräumung auch tun, 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 entstehen<sup>219</sup>.

Keinen urheberrechtlichen Anteil an dem Werk erwirbt ein bloßer **Gehilfe**, der dem Gestaltungswillen eines anderen untergeordnet ist<sup>220</sup>, sowie in der Regel der **Auftraggeber**<sup>221</sup> und der **Ideenanreger**<sup>222</sup>. 99

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. RdNr. 131)<sup>223</sup>. **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, einfließen<sup>224</sup>. Miturheberschaft setzt ferner voraus, daß sich jeder einer Gesamtidée unterordnet<sup>225</sup>. Dies kann auch der Fall sein, wenn die Beteiligten ihre Leistungen so aufteilen, daß sie nacheinander, auf Vorarbeiten der anderen aufbauend, tätig werden<sup>226</sup>, 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 kann<sup>227</sup>. 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, 100

219 Zur Verwertung von Urheberrechten im universitären Bereich vgl. *Hubmann* MittHV 1962, 144 ff.; *ders.* MittHV 1977, 77 ff.; *ders.* MittHV 1978, 189 ff.; *Katzenberger* GRUR 1984, 319 ff.; OLG Karlsruhe vom 26. 3. 87 – 6 U 308/83, CR 1987, 287; speziell zur Verwertung von Computerprogrammen in diesem Bereich *Hubmann/Preuß* MittHV 1986, 36 ff.

220 *Fromm/Nordemann* § 8 Anm. 2 c mit Beispielen; *Ulmer* S. 187.

221 *Fromm/Nordemann* § 7 Anm. 2, § 8 Anm. 2 d; *Ulmer* S. 186.

222 *Fromm/Nordemann* § 8 Anm. 2 e; v. *Gamm* § 8 RdNr. 6; *Ulmer* S. 186.

223 *Schricker* (Fn. 101) S. 218.

224 v. *Gamm* WRP 1969, 97.

225 *Fromm/Nordemann* § 8 Anm. 2; *Hubmann* S. 124; v. *Gamm* § 8 RdNr. 10.

226 Dieser Sachverhalt des „vertikal-arbeitsteiligen Schaffens“ wird eingehend von *Plett* (Fn. 120) S. 9, 60 ff., behandelt.

227 *Plett* (Fn. 120) S. 72 f.

bei der Abstimmung ihrer Beiträge auf diese noch einzuwirken<sup>228</sup>. Für die in Teamarbeit entstehenden Software-Produkte ist die Miturheberschaft die Regel<sup>229</sup>.

- 101 Die **Bearbeitung** eines Werkes unterscheidet sich von der Miturheberschaft dadurch, daß der Bearbeiter ohne Willensübereinstimmung mit dem Originalurheber<sup>230</sup> 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 mit der Erstellung des Quellenprogramms seine Arbeit abgeschlossen hat, die Programmdokumentation oder das Benutzerhandbuch (s. o. RdNr. 25) zusammenstellen muß. Wegen weiterer typischer Bearbeitungsfälle vgl. u. RdNr. 130 ff.

### III. Urheberpersönlichkeitsrecht

- 102 Die dem Schöpfer von Software-Erzeugnissen zustehenden **persönlichkeitsrechtlichen Befugnisse**, nämlich das Veröffentlichungsrecht (§ 12 UrhG), das Recht auf Anerkennung der Urheberschaft (§ 13 UrhG)<sup>231</sup>, das Entstellungsverbot (§ 14 UrhG), das Zugangsrecht (§ 25 UrhG)<sup>232</sup> 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 durch gebundene Rechtsübertragung auf den Arbeitgeber oder Dienstherren über. Fälle, in denen die unverzichtbaren Persönlichkeitsrechte, Entstellungen des Werkes zu verbieten und den Rückruf wegen gewandelter Überzeugung 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 zur Anfertigung von Sicherungskopien und zur Einspeicherung des Programms erwerben (§ 31 Abs. 2 UrhG)<sup>233</sup>.
- 103 Wesentlich bedeutsamer ist dagegen die Frage, in welchem Umfang das in § 39 UrhG enthaltene **Änderungsverbot** den Inhaber eines Nutzungsrechts an geschützter Software trifft. Dieser ist normalerweise nur zur Verwertung des Werkes in der Originalfassung befugt. Computerprogramme müssen aber häufig an

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

229 v. *Gamm* WRP 1969, 97; Denkschrift über den Rechtsschutz der Datenverarbeitungssoftware GRUR 1979, 302; *Sieber* BB 1981, 1552.

230 v. *Gamm* § 8 RdNr. 8, 10; *ders.* WRP 1969, 99; *Fromm/Nordemann* § 8 Anm. 2f.

231 *Ulmer/Kolle* GRUR Int. 1982, 500.

232 *Sieber* BB 1983, 984.

233 *Kindermann* GRUR 1983, 156.

die speziellen Beschaffenheiten der EDV-Anlagen von Endabnehmern angepaßt und infolge neuer gesetzlicher, organisatorischer und technischer Anforderungen beim Kunden gewartet und weiterentwickelt werden<sup>234</sup>. Solche Änderungen sind einem Nutzungsrechtsinhaber erlaubt, wenn der Urheber sie ihm gestattet hat oder sie nach Treu und Glauben dulden muß.

Wenn ausdrückliche Vereinbarungen fehlen, kann sich aus Branchengepflogenheiten<sup>235</sup> und den Umständen des Vertragsschlusses stillschweigend die **Einräumung von Änderungsbefugnissen** nach § 39 Abs. 1 UrhG oder sogar von **Bearbeitungsrechten** im Sinne von § 23 UrhG ergeben. Zu den nach Treu und Glauben (§ 39 Abs. 2 UrhG) zulässigen Änderungen zählt in erster Linie die Berichtigung unzweifelhafter Programmfehler, die auch bei hochqualifizierten Programmen immer wieder vorkommen. Auf die Einräumung weiterreichender Änderungs- und Bearbeitungsbefugnisse ist zu schließen, 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 verhindern<sup>236</sup>. Wird ein Programm in Form des Quellprogramms zusammen mit einer Wartungsdokumentation geliefert, also mit Materialien, deren Sinn es gerade ist, die Programmpflege und -weiterentwicklung zu ermöglichen, so wird das in Fachkreisen üblicherweise als die Einräumung eines Bearbeitungsrechts gewertet. Der gegenteilige Schluß liegt dagegen nahe, wenn Software lediglich in Form eines Objektprogramms zur Verfügung gestellt wird<sup>237</sup>. Sehr weitgehende Änderungs- und Bearbeitungsrechte erhält schließlich der Arbeitgeber oder Dienstherr eingeräumt, wenn die Software-Entwicklung im Rahmen abhängiger Tätigkeit erfolgt<sup>238</sup>. 104

## IV. Verwertungsrechte

### 1. 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** 105

234 OLG Koblenz vom 13. 8. 81 – 6 U 294/80, BB 1983, 994; Sieber BB 1983, 983; Schriker (Fn. 101) S. 219; Harte-Bavendamm (Fn. 214) § 42 RdNr. 222.

235 Vgl. Fromm/Nordemann § 39 Anm. 2.

236 Harte-Bavendamm (Fn. 214) § 42 RdNr. 222.

237 LG Mannheim vom 17. 8. 84 – 7 O 55/84, BB 1985, 142 f.; Kindermann NZA 1984, 212; Sieber BB 1983, 983 f.

238 OLG Koblenz vom 13. 8. 81 – 6 U 294/80, BB 1983, 994; Harte-Bavendamm (Fn. 214) § 42 RdNr. 222; Sieber BB 1983, 983; Buchner, in diesem Band, S. 281 f.; a. A. OLG Karlsruhe vom 9. 2. 83 – 6 U 150/81, GRUR 1983, 309 – Inkassoprogramm.

**Computergerätes**, von *Kindermann* anschaulich „Software im Gehäuse“<sup>239</sup> genannt, oder als **Speicherinhalt eines selbständig verkehrsfähigen maschinenlesbaren Datenträgers** (Diskette, Kassette, Bildplatte usw.)<sup>240</sup> in Verkehr bringen wollen. Beide Möglichkeiten haben verschiedene wirtschaftliche und urheberrechtliche Auswirkungen.

- 106 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 deren 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.
- 107 Im Gegensatz dazu ist die Nutzung eines auf einem **selbständig verkehrsfähigen Datenträger** verkörperten Programms technisch nicht an die EDV-Anlage des Erwerbers eines solchen Trägers 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 zeitlich parallele Mehrfachnutzungen auf beliebig vielen EDV-Anlagen durch dritte Personen verhindern zu können. Nur dann wird er entsprechend dem Grundgedanken des UrhG<sup>241</sup> in die Lage versetzt, eine am Erfolg seines Programms orientierte Vergütung zu erlangen.
- 108 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, auf die der Urheber ein von ihm zu vergebendes Vervielfältigungs- und bzw. oder Verbreitungsrecht mit dinglicher Wirkung gemäß § 32 UrhG beschränken kann<sup>242</sup>.

239 GRUR 1983, 152: Vertriebsform (4); vgl. hierzu die instruktive Entscheidung des OLG Wien v. 8. 8. 86, Medien und Recht 1986, 17 – Commodore-Diskettenbetriebssystem.

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

241 *Fromm/Nordemann* § 1 Anm. 4, *Hubmann* S. 57.

242 Vergleichbar der Beschränkbarkeit des Verbreitungsrechts im Buchverlag auf den Vertrieb über den Sortimentsbuchhandel und über Buchgemeinschaften, BGH vom 21. 11. 58 – I ZR 98/57, GRUR 1959, 202 f. – Heiligenhof; BGH vom 5. 7. 67 – 1b ZR 113/65, GRUR 1968, 153 f. – Angélique.

## 2. Das Vervielfältigungsrecht

a) Das Vervielfältigungsrecht definiert das Gesetz (§ 16 Abs. 1 UrhG) als das Recht, **Vervielfältigungsstücke** des Werkes herzustellen, gleichviel in welchem Verfahren und in welcher Zahl, wozu auch die Übertragung auf Bild- oder Tonträger gehört. Unter einem Vervielfältigungsstück wiederum wird nach allgemein akzeptierter Auffassung<sup>243</sup> jede körperliche Festlegung des Werkes verstanden, die geeignet ist, das Werk den menschlichen Sinnen auf irgendeine Art mittelbar oder unmittelbar wahrnehmbar zu machen. 109

Vervielfältigungsstücke, die ein Programm oder sonstiges Software-Produkt unmittelbar oder mittelbar repräsentieren, können demnach sein: Papier-, Lochkarten- und Magnetplattenstapel, Lochstreifen, Diskette, Magnetband (Spule, Kasette), Bildplatte<sup>244</sup> usw.

b) Auch die **Einspeicherung eines Programms in einen internen Speicher eines Computers** ist eine Vervielfältigungshandlung, da ein neues körperliches Festlegungsexemplar, das Computergerät, geschaffen wird, dessen Aufbau es prinzipiell ermöglicht, eingegebene Programme über den Monitor oder den Drucker für die menschlichen Sinne wahrnehmbar zu machen. Dies gilt gleichfalls für den Einbau von Software in ein Computergerät als dessen integraler Bestandteil<sup>245</sup>. 110

In neuerer Zeit wird diese absolut herrschende Auffassung<sup>246</sup> im Schrifttum angezweifelt und u. a. vorgebracht, der Vervielfältigungsbegriff erfasse nur solche körperlichen Fixierungen, die der Vermittlung des Werkgenusses, nicht aber der Ausführung des Inhalts dienen<sup>247</sup>; er beziehe sich nur auf fungible Werkexemplare (Buchexemplar, Tonband, Diskette), weil das Vervielfältigungsrecht in Zusammenhang mit dem Verbreitungsrecht stehe<sup>248</sup>; der Gesetzgeber habe bei der Formulierung des § 53 Abs. 4 S. 2 UrhG nicht gewollt, daß über das Vervielfältigungsrecht eine fortlaufende Kontrolle der Nutzung beim Erwerber eines Werkstücks ermöglicht werde<sup>249</sup>. Diese Argumente überzeugen nicht.

243 BGH vom 18. 5. 55 – I ZR 8/54, GRUR 1955, 494 – Grundig-Reporter; BGH vom 3. 7. 81 – I ZR 106/79, GRUR 1982, 103 – Masterbänder.

244 Durch Auflistung des Programms auf dem Bildschirm wird dagegen kein neues körperliches Exemplar geschaffen.

245 *Kindermann* GRUR 1983, 156.

246 *Hubmann* S. 144; *Fromm/Nordemann* § 16 Anm. 1; *Ulmer* S. 232; *Köhler* S. 26, 37, 69; *Kolle* GRUR Int. 1974, 450; Denkschrift über den Rechtsschutz der Datenverarbeitungssoftware GRUR 1979, 305; *Kindermann* GRUR 1983, 157; *Ulmer/Kolle* GRUR Int. 1982, 499; *Becker/Horn* DB 1985, 1278; *Wittmer* S. 66; *Moritz/Tybusseck* RdNr. 161; *Rupp* GRUR 1986, 147 ff.; v. *Gravenreuth* GRUR 1986, 722 f.; *Troller* CR 1987, 356; *Erdmann* CR 1986, 256; *Röttinger* IuR 1987, 271.

247 *Preuß* (Fn. 73) D V 1 b, bb.

248 *Brandi-Dohrn* GRUR 1985, 185; *Bartsch* CR 1987, 10; gleicher Auffassung sind auch *Betten* Mitt. 1984, 204 und *Buchmüller* (Fn. 70) S. 114 ff.

249 *Schricker/Loewenheim* (Fn. 101) § 16 RdNr. 9.

- 111 Der **Vervielfältigungsbegriff** setzt nicht die Herstellung von verbreitungsfähigen fungiblen Werkstücken voraus, da Werke auch mittels schnell vergänglicher oder verderblicher Materialien (Schnee, Eis, Backwerk)<sup>250</sup> körperlich fixiert werden können, für die eine Verbreitung im Sinne von § 17 Abs. 1 UrhG nicht in Frage kommt. Vervielfältigungs- und Verbreitungsrecht sind voneinander unabhängig<sup>251</sup>. Im übrigen trifft es nicht zu, daß ein Computergerät kein verbreitungsfähiges Werkstück für ein Programm ist, weil nicht wenige Programme gerade als integraler Bestandteil der Hardware vertrieben werden. Durch das Einlesen eines Programms in den Arbeitsspeicher oder einen sonstigen internen Speicher einer EDV-Anlage ist der Programmnutzer noch nicht notwendig darauf festgelegt, das Programm anschließend auch ablaufen zu lassen<sup>252</sup>. 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 Vornahme von Änderungen erscheinen zu lassen, Kopien von ihm anzufertigen oder für eine Mehrzahl von Programmläufen zu verwahren. Die Eingabe urheberrechtlich geschützter Werke in Speicher von computergestützten Datenbanken wird einhellig als Vervielfältigung angesehen<sup>253</sup>. Da eine EDV-Anlage auch gespeicherte Programme wie Daten behandelt<sup>254</sup>, besteht kein Grund für eine verschiedene Behandlung von Programmen und anderen Daten. Wie diese Beispiele belegen, wird beim Einspeichern eines Programms noch von dessen sprachlichem Aspekt Gebrauch gemacht (s. o. RdNr. 34); der dem Urheberrecht nicht mehr zugängliche „technische“ Aspekt des Programms kommt erst beim Programmlauf selbst zum Tragen.
- 112 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 gespeicherten Programms verlangen, so daß der Raubkopierer auch nach der Herausgabe oder Vernichtung der Kopien es dennoch viele Male ablaufen lassen kann<sup>255</sup>. Der rechtmäßige Erwerber einer Programmkopie könnte das Programm in die Geräte seines gesamten Bekanntenkreises beliebig oft eingeben, ohne daß der Programmurheber dagegen vorgehen könnte; diesem wäre jede Kontrolle darüber entzogen, in welchem Umfang, auf welchen Maschinen und von wem sein Programm genutzt wird<sup>256</sup>. Eine solche Kontrolle ist aber prinzipiell erforderlich, damit der Software-Urheber sich den ihm gebührenden Anteil an der wirtschaftlichen Nutzung seines Werkes sichern kann.

250 v. *Gamm* § 16 RdNr. 10.

251 *Ulmer* S. 234; *Schricker/Loewenheim* (Fn. 101) § 17 RdNr. 7.

252 *Betten* Mitt. 1984, 204.

253 Vgl. z. B. *Ulmer* S. 232; *ders.*, Elektronische Datenbanken und Urheberrecht, 1971, S. 36, 46; *Fromm/Nordemann* § 16 Anm. 1; *Moritz/Tybusseck* RdNr. 161.

254 *Dworatschek* (Fn. 58) S. 51.

255 So mit Recht *Moritz/Tybusseck* RdNr. 162.

256 Auf weitere instruktive Fälle weist v. *Gravenreuth* GRUR 1986, 723 hin.

Diese Auffassung hat die Konsequenz, daß angesichts der Vorschrift des § 53 Abs. 4 S. 2 UrhG jeder Erwerber eines selbständig verkehrsfähigen Programm-exemplars ein **Nutzungsrecht zur Herstellung von Sicherungskopien und zur Ein-speicherung in seinen Computer** erwerben muß, was auch entweder stillschweigend oder ausdrücklich in einem Software-Überlassungsvertrag geschieht. Die Befürchtung von *Loewenheim*<sup>257</sup>, der Software-Hersteller könne diese Rechtswir-kungen durch Äußerung eines entgegenstehenden Willens verhindern, ist grundlos. Das Verhalten des Software-Herstellers, der dem Endabnehmer eine Pro-grammkopie, gleichgültig ob aufgrund eines Kauf- oder Lizenzvertrages, überläßt, weist so eindeutig auf die Gestattung der bestimmungsgemäßen Nutzung dieser Kopie hin, daß jede entgegenstehende Willensäußerung eine unbeachtliche prote-statio facto contraria<sup>258</sup> wäre. Eine andere Frage ist es dagegen, inwieweit Soft-ware-Urheber die von ihnen eingeräumten Vervielfältigungsrechte gemäß § 32 UrhG oder schuldrechtlich beschränken können. Zur Beantwortung dieser Fra-gen wird auf den Abschnitt über die Verwertung von Computerprogrammen<sup>259</sup> verwiesen.

c) Entgegen einer in der Literatur weit verbreiteten Ansicht<sup>260</sup> stellt der **Ablauf ei-nes Programms selbst keine Vervielfältigungshandlung** dar<sup>261</sup>. Die Ausführung ei-nes Programms geht so vor sich, daß das auf einem externen oder internen Spei-cher verwahrte Programm in den Arbeitsspeicher übertragen wird, wo die Befehle vom Steuerwerk einzeln abgerufen und im Rechenwerk Schritt für Schritt mit den dazugehörigen 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 Arbeits-speicher eingelesen werden müßten.

Nach den vorstehenden Ausführungen ist klar, daß mit diesen Vorgängen nur dann eine urheberrechtliche **Vervielfältigung** verbunden sein kann, wenn das Pro-gramm von einem externen, d. h. räumlich trennbaren, **Datenträger in den Ar-beitsspeicher eingegeben** wird, weil nur dann in Form des Computergeräts ein neues Festlegungsexemplar geschaffen wird. War dagegen vor dem Ablauf das Programm schon im Arbeitsspeicher oder in einem sonstigen internen Speicher verwahrt oder ist es als Software im Gehäuse Teil der Hardware, dann bleibt der körperliche Gegenstand, der das Computerprogramm repräsentiert, vor, während und nach dem Programmablauf derselbe. Stellt somit der Programmablauf auch aus

257 *Schricker/Loewenheim* (Fn. 101) § 16 RdNr. 9.

258 Vgl. hierzu *Flume*, Das Rechtsgeschäft, 2. Aufl. 1975, S. 76.

259 S. die Beiträge von *Pagenberg/Geissler* unten S. 407 ff. und *Schmidt* unten S. 485 ff.

260 *Köhler* S. 26, 37, 69; *Kolle* GRUR Int. 1974, 450; Denkschrift über den Rechtsschutz der Datenverarbeitungssoftware GRUR 1979, 305; *Ulmer/Kolle* GRUR Int. 1982, 499; *Kindermann* GRUR 1983, 157; v. *Gravenreuth* GRUR 1986, 722; *Rupp* GRUR 1986, 147 ff.; *Moritz/Tybusseck* RdNr. 147 ff.; *Becker/Horn* DB 1985, 1278.

261 *Braun* BB 1971, 1346; *Haberstumpf* GRUR 1982, 149 ff.; *ders.* GRUR 1986, 234 f.; *Wittmer* S. 149, 166; *Hubmann/Preuß* MittHV 1986, 36; *Schricker* (Fn. 101) S. 219; *Röttinger* IuR 1987, 95 f.; *ders.* IuR 1987, 271; *Erdmann* CR 1986, 256.

technischen Gründen nicht immer und automatisch eine Vervielfältigungshandlung dar – bei der Ausführung von in der Hardware integrierter Software ist das sogar nie der Fall –, 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 auffaßt<sup>262</sup>. Dies ist aber weder erforderlich noch wünschenswert.

- 116 **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, dessen Teil es ist<sup>263</sup>. Seine urheberrechtlichen Interessen sind erst wieder berührt, wenn ein Erwerber des Computers die darin integrierte Software auf davon unabhängige Datenträger oder Computergeräte überträgt und so zusätzlich Werkstücke produziert, um sie mehrfach parallel nutzen zu können; diese Vorgänge sind unzweifelhaft Vervielfältigungshandlungen<sup>264</sup>.
- 117 **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 Vorbereitungsmaßnahmen zum Programmablauf, die ohne seine Zustimmung erfolgen (§ 53 Abs. 4 S. 2 UrhG), verbieten und seinen angemessenen Anteil an der Werknutzung erzielen. Ein zusätzliches Kontrollrecht hinsichtlich des Programmablaufs selbst ist ebenfalls nicht mehr nötig<sup>265</sup>.
- 118 Die Qualifikation des Programmablaufs 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. UrhG genannten Rechten ist nämlich gemeinsam, daß sie sich auf Handlungen oder Vorgänge beziehen, die das geschützte Werk reproduzieren, wiedergeben oder zur Schau stellen. Im Programmablauf wird dagegen das Programm weder reproduziert noch wiedergegeben, sondern ausgeführt. Am Ende eines Programmablaufs stehen daher Rechenergebnisse der verschiedensten Art, die mit dem benutzten Programm nicht identisch, ja diesem nicht einmal ähnlich sind. Das Ergebnis eines Programmablaufs kann z. B. bestehen in einer Grafik, in Musik, in der Buchhaltung für einen Betrieb, in Spielabläufen auf einem Bildschirm, in Änderungen der Geschwindigkeit eines Flugzeuges<sup>266</sup> usw. Er ist daher vergleichbar

262 So *Kindermann* GRUR 1983, 160 f.; *Rupp* GRUR 1986, 150; *Moritz/Tybusseck* RdNr. 242.

263 Näher *Haberstumpf* CR 1987, 415 f.

264 *Kindermann* GRUR 1983, 160; *Moritz/Tybusseck* RdNr. 243.

265 Vgl. eingehend *Haberstumpf* CR 1987, 414 f.

266 BGH vom 11. 3. 86 – X ZR 65/85, GRUR 1986, 531 – Flugkostenminimierung.

der Ausführung einer urheberrechtlich geschützten Arbeitsanweisung, die nach allgemeiner Meinung nicht als Verwertungshandlung angesehen wird<sup>267</sup>. 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 der uferlosen Ausdehnung des Urheberrechts in Bereiche heraufbeschworen würde, für die es nicht geschaffen ist<sup>268</sup>. Hier könnte es auch zu Kollisionen mit § 98 UrhG kommen.

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

### 3. Das Verbreitungsrecht

a) Aufgrund seines Verbreitungsrechts nach § 17 Abs. 1 UrhG hat der Programmschöpfer die ausschließliche Befugnis, das Original oder Vervielfältigungsstücke seines Werkes der Öffentlichkeit (§ 15 Abs. 3 UrhG) anzubieten oder in Verkehr zu bringen. Ein **Angebot an die Öffentlichkeit** liegt vor, wenn Werkexemplare in Geschäften, Katalogen, Prospekten, Inseraten usw. den Kunden zum Kauf oder Besitzüberlassung (Verleihen, Vermieten) dargeboten werden. Mit **Inverkehrbringen** ist die Besitzüberlassung an die Öffentlichkeit gemeint<sup>269</sup>. 119

b) 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. Über die Reichweite des Erschöpfungsgrundsatzes beim Vertrieb von Software-Erzeugnissen herrschen mancherlei Unklarheiten<sup>270</sup>. 120

Unter **Veräußerung** im Sinne dieser Vorschrift 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 will<sup>271</sup>. Darunter fällt vor allem die Eigentumsübertragung einschließlich der Veräußerung un- 121

267 S. o. Fn. 128.

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

269 Wegen weiterer Einzelheiten vgl. *Schricker/Loewenheim* (Fn. 101) § 17 RdNr. 2-6.

270 Vgl. die Kritik von *Kindermann* an der Begründung des Urteils des LG Bielefeld vom 18. 4. 86 - 20 O 412/84, CR 1986, 444/446 ff.

271 Begründung des Regierungsentwurfs, BTDr. IV/270, S. 48.

ter Eigentumsvorbehalt, nicht dagegen die vorübergehende miet- oder leihweise Besitzüberlassung und die Sicherungsübereignung<sup>272</sup>. Beim Vertrieb von Software-Produkten ist diese Voraussetzung gegeben, wenn Software als Bestandteil der Hardware 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 werden<sup>273</sup>. Aber auch wenn Programmexemplare im Rahmen eines Lizenzvertrages überlassen werden<sup>274</sup>, so spricht dies allein noch nicht gegen eine Veräußerung im Sinne von § 17 Abs. 2 UrhG<sup>275</sup>, weil es grundsätzlich nicht darauf ankommt, welches schuldrechtliche Verpflichtungsgeschäft der Besitzeinräumung an Werkstücken zugrundeliegt<sup>276</sup>; 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.

- 122 **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. 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 Berechtigten<sup>277</sup>. 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 beschränkbar<sup>278</sup>; § 17 Abs. 2 UrhG enthält somit zwingendes Recht<sup>279</sup>. Der Erschöpfungsgrundsatz erfaßt jedoch nicht das Vervielfältigungsrecht des Programmurhebers und nicht sein Verbreitungsrecht hinsichtlich anderer vom Erwerber – z. B. zur Sicherung – selbst hergestellter Programmkopien<sup>280</sup>.
- 123 **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 die-

272 Vgl. näher *Schricker/Loewenheim* (Fn. 101) § 17 RdNr. 17 f.

273 *Kindermann* GRUR 1983, 152: Vertriebsformen (4), (1), (3).

274 *Kindermann* GRUR 1983, 152: Vertriebsform (2).

275 So mit Recht *Buchmüller* (Fn. 70) S. 121 f.; *Lehmann* BB 1985, 1210; a. A. *Ulmer/Kolle* GRUR Int. 1982, 499.

276 *Schricker/Loewenheim* (Fn. 101) § 17 RdNr. 17.

277 Wegen weiterer Einzelheiten wird auf die Kommentierung von *Schricker/Loewenheim* (Fn. 101) § 17 RdNr. 22 ff., verwiesen.

278 BGH vom 6. 3. 86 – I ZR 208/83, CR 1986, 451 – Schallplattenvermietung.

279 *Schricker/Loewenheim* (Fn. 101) § 17 RdNr. 27.

280 *Kindermann* CR 1986, 446 ff.; *ders.* GRUR 1983, 159; *Ulmer/Kolle* GRUR Int. 1982, 499.

ser das Gerät an dritte Personen weiterverbreitet, die wiederum ohne Zustimmung des Urhebers die integrierte Software beim Programmablauf nutzen können, weil damit eine urheberrechtliche Vervielfältigung nicht verbunden ist.

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 als Software im Gehäuse muß aber jeder 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. 124

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 billigenwertes Interesse, seine Zustimmung zur Weiterübertragung zu verweigern, da er sich sonst widersprüchlich verhalten<sup>281</sup> und der Erschöpfungsgrundsatz umgangen werden würde. Von einer stillschweigenden Zustimmung des Urhebers kann man demgegenüber nicht ausgehen, wenn 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. 125

Die vorstehenden Grundsätze können nicht dadurch umgangen werden, daß der Software-Urheber oder Lieferant die Übertragbarkeit der eingeräumten Nutzungsrechte durch ausdrückliche Erklärung, etwa in seinen AGB, ausschließt<sup>282</sup>. Der Ausschluß der Übertragbarkeit ist zwar prinzipiell nach § 34 Abs. 4 UrhG möglich, in Fällen der vorliegenden Art aber wegen Umgehung des Erschöpfungsgrundsatzes nicht zulässig. Der Erwerber eines unter den Voraussetzungen des § 17 Abs. 2 UrhG veräußerten Programmexemplars besitzt zwar die nicht ausschließbare Befugnis zur Weiterverbreitung; diese ist aber für ihn und jeden Zweit- oder Dritterwerber nutzlos, wenn nicht die zur bestimmungsgemäßen Nutzung des Werkstückes erforderlichen Nutzungsrechte mitübergehen können. 126

281 *Bartsch* CR 1987, 9, 10 Fn. 13; vgl. auch *Kindermann* GRUR 1983, 159.

282 Zum Wortlaut diesbezüglicher AGB-Klauseln vgl. *Bartsch* CR 1987, 8.

Klauseln und Vereinbarungen, die die Übertragbarkeit der Vervielfältigungsrechte völlig ausschließen, setzen auf diese Weise den zwingenden Erschöpfungsgrundsatz faktisch außer Kraft und können daher keine rechtliche Verbindlichkeit erlangen<sup>283</sup>. Es werden daher nur solche Klauseln und Vereinbarungen wirksam sein, die darauf abzielen und sicherstellen sollen, daß keine zeitlich parallele Mehrfachnutzung durch verschiedene Personen stattfindet (s. o. RdNr. 107)<sup>284</sup>.

- 127 Den Eintritt der Erschöpfung mit den dargestellten Auswirkungen kann der Software-Urheber nur dadurch vermeiden, daß er die Werkstücke nicht durch Veräußerung, sondern durch **vorübergehende Besitzüberlassung 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 Übertragung des Eigentums an einem Computergerät überlassen wird<sup>285</sup>. Wenn in einem solchen Fall die weiterverbreitungsfähige Hardware nur mit dieser Software betrieben werden kann, hat der Ausschluß der Übertragbarkeit faktisch die Unveräußerlichkeit des Computergerätes zur Folge und muß daher ebenfalls auf Bedenken stoßen. Anders gestaltet sich die Rechtslage dagegen, wenn die Hardware auch ohne die mitüberlassene Software verkäuflich ist, z. B. weil auf dem Markt diese oder vergleichbare Software-Erzeugnisse erhältlich sind<sup>286</sup>.

#### 4. Bearbeitungsrechte und freie Benutzung

- 128 Vervielfältigungs- und Verbreitungsrechte beziehen sich auf Gestaltungen, die das Werk in identischer oder in 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 UrhG). 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 verblaßt<sup>287</sup>. Die **Abgrenzung zwischen Bearbeitung und freier Benutzung** ist im Einzelfall nicht immer leicht zu treffen. Sie erfordert eine umfassende Ab-

283 Ebenso *Bartsch* CR 1987, 8 ff. unter Rückgriff auf § 9 ABGB.

284 Wegen Einzelheiten zur Zulässigkeit einzelner Klauseln in Software-Überlassungsverträgen vgl. unten *Schmidt* S. 485 ff.

285 Vgl. den instruktiven Fall des LG Bielefeld im Urteil vom 18. 4. 86 – 20 O 412/84, CR 1986, 444 ff. mit Anm. *Kindermann*.

286 Die vom BGH im Urteil vom 25. 3. 87 – VIII ZR 43/86, 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 vom 18. 4. 86 (Fn. 285); *Lehmann* CR 1987, 422 f.

287 BGH vom 4. 2. 58 – I ZR 48/57, GRUR 1958, 404 – Lili Marleen; vom 30. 1. 59 – I ZR 82/57, GRUR 1959, 381 – Gasparone; vom 3. 7. 64 – Ib ZR 146/62, GRUR 1965, 47 – Stadtplan.

wägung der Interessen der Allgemeinheit am wissenschaftlichen und technischen Fortschritt mit den Interessen der Software-Schöpfer, vor der Aneignung und Ausbeutung ihrer individuellen Leistungen durch andere geschützt zu werden. Wegen der hervorgehobenen Stellung der wissenschaftlichen Belange ist der Spielraum für eine freie Benutzung von Software-Erzeugnissen zu wissenschaftlichen Zwecken größer als bei sonstigen Werken<sup>288</sup>. Ein strengerer Maßstab ist dagegen anzulegen, wenn schöpferisch veränderte Software-Produkte lediglich die wirtschaftlichen Interessen des Benutzenden fördern sollen<sup>289</sup>. Wie beim sonstigen Werkschaffen auch hängt der Schutzzumfang eines Software-Produkts 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 lassen<sup>290</sup>.

Im Streitfall wird sich die Abgrenzungsproblematik meist nur mit Hilfe Sachverständiger klären lassen. Die Praxis hat aber gezeigt<sup>291</sup>, daß es durchaus möglich ist, ungeachtet des genauen quantitativen Ausmaßes identischer oder abweichender Merkmale zu bestimmen, ob ein früheres Werk nur noch als Anregung für eigenes schöpferisches Programmieren diene oder ob in dem jüngeren Werk wesentliche Züge des älteren wiederkehren. In praktisch allen komplexeren Programmen finden sich nämlich eine so große Anzahl willkürlich gewählter Details, Unvollkommenheiten oder gar bewußt eingebauter Fallen, daß sich im Falle einer unfreien Benutzung sehr schnell eine beweiskräftige Häufung von Übereinstimmungen ergibt<sup>292</sup>. 129

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 Dienstherrn schaffen. In der Literatur<sup>293</sup> werden zum Verhältnis zwischen den in den einzelnen Entwicklungsphasen entstehenden Dokumentationen unterschiedliche Auffassungen vertreten. Der BGH<sup>294</sup> qualifiziert die generelle Problemlösung als das eigentliche Werk und sieht den eigenschöpferischen Datenflußplan als deren unabhängige Bearbeitung (§ 3 UrhG) an, während der Programmablaufplan sowie die Kodierung als unfreie Benutzung in Form der Vervielfältigung zu beurteilen sind. Wenn auch 130

288 S. o. RdNr. 72.

289 *Haberstumpf UFITA* 95 (1983), 244.

290 S. o. RdNr. 80 und *Kolle GRUR* 1982, 454; *Sieber BB* 1983, 985.

291 OLG Frankfurt vom 6. 11. 84 – 14 U 188/81, CR 1986, 20 ff. – Baustatikprogramm; LG Kassel vom 21. 5. 81 – 8 O 84/80, BB 1983, 992.

292 *Harte-Bavendamm* (Fn. 214) § 42 RdNr. 221 und 190.

293 *Köhler* S. 60–80; *Brutschke*, Urheberrecht und EDV, 1972, S. 103–108; *Axster/Axster* BB 1967, 611; *Buchmüller* (Fn. 70) S. 53 ff.

294 BGH vom 9. 5. 85 – I ZR 52/83, CR 1985, 31 – Inkassoprogramm. Ebenso v. *Gamm* WRP 1969, 98.

die Aussage des BGH sicherlich in vielen Fällen die rechtliche Situation zutreffend wiedergibt, darf nicht außer 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<sup>295</sup>, 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 Allgemeinheitsstufe, lassen nämlich immer eine Vielzahl von Wahl- und Entscheidungsmöglichkeiten offen, wie sie zu einem konkreten ablauffähigen Programm verfeinert werden können<sup>296</sup>.

131 Dies sei anhand des folgenden Beispiels erläutert:

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 in der Regel 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 die Spielräume, die eine individuelle allgemeine Problemlösung offen läßt, nutzt, entscheidet es sich, ob der von ihm gefundene konkrete 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 übernommene generelle Algorithmus daneben verblaßt, was um so eher angenommen werden kann, je allgemeiner der benutzte Lösungsweg ist<sup>297</sup>.

295 S. o. RdNr. 27.

296 Goldschlager/Lister (Fn. 53) S. 31 ff.

297 Haberstumpf GRUR 1986, 233; Preuß (Fn. 73) D IV 2 d cc.

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 sein<sup>298</sup>, weil der Übersetzungsvorgang genau vom Übersetzungsprogramm durch mechanisches Zuordnen von Ausdrücken der einen Sprache zu den Ausdrücken der anderen gesteuert wird. 132

**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 Bausteine<sup>299</sup>. 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 komplizierteren Programms von einer Programmiersprache in eine andere besteht daher analog der Übersetzung von einer Kultursprache in eine andere<sup>300</sup> und im Gegensatz zur Übertragung eines Quellenprogramms in den Objektcode nicht in der bloßen Ersetzung der Ausdrücke des Originaltextes durch bedeutungsgleiche Ausdrücke 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 gibt<sup>301</sup>. Die Übersetzung eines komplizierteren 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 nahekommt. 133

## 5. Öffentliche Werkwiedergabe

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 künftige 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 Endab- 134

298 Köhler S. 88.

299 Harte-Bavendamm (Fn. 214) § 42 RdNr. 221.

300 S. Haberstumpf (Fn. 90) S. 34.

301 v. Kutschera (Fn. 109) S. 297.

nehmer können Software-Erzeugnisse auch durch **Datenfernübertragung**, d. h. per Drahtfunk oder drahtlos, übermittelt werden; sofern dieser über sein Empfangsgerät eine Kopie herstellt, liegt eine Vervielfältigung vor, ohne daß das Senderecht des Software-Urhebers in Anspruch genommen werden muß<sup>302</sup>.

- 135 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 Anzahl von Nutzern bereitgehalten werden, bei denen ein mehrfacher Abruf praktisch zur gleichen Zeit möglich ist<sup>303</sup>. Im einzelnen tauchen in diesem Zusammenhang noch so viele klärungsbedürftige Rechtsfragen auf, daß eine abschließende urheberrechtliche Beurteilung noch nicht möglich erscheint und die weitere technische Entwicklung abgewartet werden sollte.

## V. Schranken des Urheberrechts

- 136 Wie bei sonstigen Werken ist auch das Urheberrecht von Software-Schöpfern in vielfacher Hinsicht beschränkt, und zwar zeitlich bis zu 70 Jahren nach dem Tod des Urhebers (§ 64 Abs. 1 UrhG)<sup>304</sup>, persönlich nach Maßgabe der §§ 120 ff. UrhG und räumlich auf das Gebiet der Bundesrepublik Deutschland. Die wichtigste inhaltliche Beschränkung, im Interesse von Kunst und Wissenschaft schöpferische Werke als Vorlage und Anregung frei benutzen zu dürfen, wurde bereits mehrfach dargestellt (s. o. RdNr. 128 ff.). Unter den Vorschriften der §§ 45 ff. UrhG, mit denen der Gesetzgeber das Urheberrecht zugunsten bestimmter Interessen begrenzt, ist vor allem § 53 UrhG besondere Aufmerksamkeit zu schenken. Nach § 53 Abs. 1 und 2 UrhG ist es grundsätzlich zulässig, einzelne **Vervielfältigungsstücke** (bis zu 7 Exemplaren) **zum privaten, eigenen wissenschaftlichen und sonstigen eigenen Gebrauch** sowie zur Aufnahme in ein eigenes Archiv herzustellen. Davon macht der neu eingeführte § 53 Abs. 4 S. 2 **für Datenverarbeitungsprogramme eine Ausnahme**: Die Vervielfältigung eines Programms für die Datenverarbeitung (§ 2 Abs. 1 Nr. 1 UrhG) oder wesentlicher Teile davon ist nur mit Einwilligung des Berechtigten statthaft. Nach den Vorstellungen des Gesetzgebers soll auf diese Weise der Bildung eines Marktes für unerlaubte Programmkopien entgegengetreten werden<sup>305</sup>.
- 137 Die insbesondere von *Bauer*<sup>306</sup> geäußerten Zweifel an der **Sinnfälligkeit der neuen Regelung** erscheinen nicht gerechtfertigt. § 53 Abs. 4 S. 2 UrhG spricht nur das

302 Unzutreffend insoweit *Kindermann* GRUR 1983, 156.

303 *Katzenberger* in *Bullinger* (Hrsg.), Rechtsfragen der elektronischen Textkommunikation, 1984, S. 105 ff.; *Schricker* (Fn. 101) S. 221.

304 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.

305 Bericht der Abgeordneten *Saurin* und *Stiegler*, BTDRs. 10/3360, S. 19.

306 CR 1985, 8 f.

Endprodukt der Programmentwicklung an, das in Gestalt des Quellenprogramms und/oder Objektprogramms vorliegt, wobei unerheblich ist, ob es im Einzelfall als reines Sprachwerk nach § 2 Abs. 1 Nr. 1 UrhG oder als Darstellung wissenschaftlicher oder technischer Art nach § 2 Abs. 1 Nr. 7 UrhG oder als Mischform aus beiden Werkarten zu qualifizieren ist<sup>307</sup>. Die Regelung macht nicht die Anfertigung von Sicherungskopien und die Einspeicherung von geschützten Programmen durch den rechtmäßigen Erwerber einer Programmkopie unzulässig, weil dieser die erforderlichen Nutzungsrechte eingeräumt erhält; er vervielfältigt somit mit Einwilligung des Urhebers (s. o. RdNr. 113, 125 f.).

Als **Ausnahmevorschrift** ist § 53 Abs. 4 S. 2 UrhG eng auszulegen. Das Verbot der Vervielfältigung zum privaten oder wissenschaftlichen Gebrauch ohne Einwilligung des Urhebers bezieht sich daher nur auf Computerprogramme selbst, nicht aber auf die daneben vertriebenen Begleitmaterialien und insbesondere nicht auf die Dokumentationen, die im Laufe der Software-Entwicklung (z. B. Programmbeschreibung, Fein-, Grobentwurf, Pflichtenheft) entstehen<sup>308</sup>. Die Herstellung einzelner Kopien aus den der Kodierung vorgeschalteten Entwicklungsstufen bleibt folglich unter den Voraussetzungen des § 53 Abs. 1 und 2 UrhG zulässig. Die Gefahr der Bildung eines illegalen Marktes für Programmkopien besteht insoweit nicht, weil die Umsetzung der Vorstufen in ablauffähige Programme mit einem erheblichen Zeit- und Arbeitsaufwand verbunden ist. Programmierer und Wissenschaftler sind auf diese Weise in der Lage, fremde Problemlösungen als Vorlage für eigenpersönliches Schaffen zu benutzen. 138

## E. Literatur

- Betten*, Urheberrechtsschutz von Computerprogrammen?, Mitt. 1984, 201 ff.  
*Brandi-Dohrn*, Zur Reichweite und Durchsetzung des urheberrechtlichen Software-Schutzes, GRUR 1985, 179 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.  
*Fromm/Nordemann*, Urheberrecht, 6. Aufl., 1986  
*v. Gamm*, Der urheber- und wettbewerbsrechtliche Schutz von Rechenprogrammen, WRP 1969, 96 ff.  
 – Urheberrechtsgesetz, 1968  
*Goldschlager/Lister*, Informatik, 1984  
*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.  
*Hubmann*, Urheber- und Verlagsrecht, 6. Aufl., 1987

307 So *Röttinger* IuR 1986, 16; *Schricker/Loewenheim* (Fn. 101) § 2 RdNr. 75.

308 *Röttinger* IuR 1986, 16; *Haberstumpf* GRUR 1986, 233.

- Kindermann*, Vertrieb und Nutzung von Computersoftware aus urheberrechtlicher Sicht, GRUR 1983, 150 ff.
- Was ist Computer-Software?, ZUM 1985, 2 ff.
- Köhler, Reimar*, Der urheberrechtliche Schutz der Rechenprogramme, 1968
- Kolle*, Der Rechtsschutz der Computersoftware in der Bundesrepublik Deutschland, GRUR 1982, 443 ff.
- Der Urheberrechtsschutz von Computerprogrammen und Videospiele im Ausland, ZUM 1985, 15 ff.
- Loewenheim*, Der urheberrechtliche Schutz der Computer-Software, ZUM 1985, 26 ff.
- Möhring/Nicolini*, Urheberrechtsgesetz, 1970
- Moritz/Tybusseck*, Computersoftware. Rechtsschutz und Vertragsgestaltung, 1986
- Nordemann*, Der urheberrechtliche Schutz der Computer-Software, ZUM 1985, 10 ff.
- Preuß*, Der Rechtsschutz von Computerprogrammen nach dem Urteil des BGH vom 9. Mai 1985, Diss. Erlangen, 1987
- Röttinger*, Rechtsschutz von Computerprogrammen, JuR 1986, 293 ff.; 1987, 93 ff., 139 ff.
- Schulze, G.*, 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, Eugen*, Urheber- und Verlagsrecht, 3. Aufl., 1980
- Der Urheberschutz wissenschaftlicher Werke unter besonderer Berücksichtigung der Programme elektronischer Rechenanlagen, 1967
- Ulmer/Kolle*, Der Urheberrechtsschutz von Computerprogrammen, GRUR Int. 1982, 489 ff.
- Wittmer*, Der Schutz von Computersoftware- Urheberrecht oder Sonderrecht?, 1981