

den Sprachgebrauch des Urheberrechtsgesetzes⁹²⁵ durch Einführung eines neuen 8. Abschnittes (§§ 69a-69g UrhG).

Wichtige Neuerungen ergaben sich z. B. aus der Umsetzung des Art. 1 Abs. 3 der Richtlinie, durch den Computerprogramme einem neuen Werkbegriff unterstellt wurden⁹²⁶ (§ 69a Abs. 3 UrhG). Dieser trägt Züge des Copyright-Systems. Ebenso von grundsätzlicher Bedeutung war die Umsetzung von Art. 2 Absatz 3 der Richtlinie in § 69b UrhG. Es wurde bereits darauf hingewiesen, dass diese Norm, die in ihrer Wirkung mit dem angloamerikanischen *work-made-for-hire* vergleichbar ist, mit dem in Deutschland herrschenden Zuordnungsgedanken nur schwer vereinbar ist⁹²⁷.

C) Entwicklung in Deutschland

1) Die Entwicklung im deutschen Schrifttum

a) Der Streit um Patent- oder Urheberrechtsschutz für Software

Die ersten Abhandlungen der deutschen Rechtsliteratur über den Schutz von Computerprogrammen datieren bereits auf Mitte der sechziger Jahre⁹²⁸. Grundlage der in der Folgezeit aufkommenden Diskussion war auch hier die Frage nach einem *copyright* oder *patent approach* des Softwareschutzes⁹²⁹. Auch in Deutschland basierte die Diskussion auf der Erwartung, dass Computerprogramme zukünftig einen erheb-

925 BGBl. I 1993, S. 910. Vgl. *Haberstumpf*, Computerprogramme II, S. 69 (74).

926 Ziel dieser Regelung war es seinerzeit nach dem Willen der Kommission klarzustellen, dass alle Programme geschützt werden, die „nur in dem Sinn Originalität aufwiesen, dass sie das Ergebnis der eigenen geistigen Arbeit ihres Schöpfers darstellen und in der Software-Industrie nicht alltäglich seien“. In dieser Deutlichkeit äußert sich die Begründung zur Umsetzung der Richtlinie im 2. Urheberrechtsänderungsgesetz, vgl. UFITA 123 (1993), S. 178 (184). Wie sich dieses Schutzverständnis zum Werkbegriff in § 2 Abs. 2 UrhG verhält, wurde bereits in Teil 1, Kapitel 1, Punkt I.B.4.d) erörtert. Nach diesseits vertretener Auffassung liegt hierin eine Abkehr vom allgemeinen Werkbegriff.

927 So auch *Wandtke*, GRUR 2002, S. 1 (4).

928 Vgl. etwa: *Fromm*, GRUR 1964, S. 304 ff.; *Öhlschlegel*, GRUR 1965, S. 465 ff.; *Axster/Axster*, BB 1967, S. 606 ff. (611); *Moser*, GRUR 1967, 639 ff.

929 Zur Diskussion: *Moser*, GRUR 1967, S. 639; *Öhlschlegel*, GRUR 1965, S. 456; *Skaupy*, Mitteilungen 1967, S. 121 ff.; ders. BB 1967, S. 945 ff.; *Möhring*, GRUR 1967, S. 269 ff.

lichen wirtschaftlichen Faktor ausmachen würden und aufgrund dessen ein Bedürfnis nach Investitionssicherung durch Sonderschutzrechte entstehen werde⁹³⁰.

Im Rahmen der Diskussion wurde schon früh über mögliche Ausgestaltungsformen eines solchen Schutzinstruments debattiert. Einige Stimmen monierten von vornherein, dass weder das Patent- noch das Urheberrechts- oder Wettbewerbsrechtssystem isoliert betrachtet den Anforderungen an den Softwareschutz gerecht werden könnten⁹³¹.

b) Patentschutz

Gegen das Patent wurde vorgebracht, dass der Erwerb des Rechts zu kompliziert und teuer sei, was den Anforderungen an den Softwareschutz nicht gerecht werde. Auch die Möglichkeit, Computerprogramme als patentfähig anzusehen, wurde kontrovers diskutiert. Von verschiedenen Seiten wurde hiergegen vorgebracht, dass Computerprogramme dem Patentschutz nicht zugänglich seien⁹³². Hierbei handele es sich nicht um technische⁹³³, sondern um rein geistige Erzeugnisse⁹³⁴.

930 Zur etwa gleichen Zeit kam eine andere Diskussion auf, an der die Euphorie über den technologischen Fortschritt und das Bestreben, diese urheberrechtlich zu erfassen, in kurioser Weise deutlich wird: die urheberrechtliche Schutzfähigkeit rein computergenerierter Erzeugnisse (vgl. hierzu etwa *Samson*, UFITA 72 (1975), 89 ff.; *Pakuscher*, UFITA 72 (1975), S. 107 ff.). So wurde seinerzeit vertreten (vgl. etwa *Fromm*, GRUR 1964, S. 305 f.), dass rein technisch erzeugte Produkte, die – so *Fromm* – z. B. von „Kunstautomaten“, „Übersetzungscomputern“, „Photoautomaten“ und „Schlagerrobotern“ generiert wurden, Urheberschutz genießen sollten. Derlei Erzeugnisse seien nicht wesentlich von dem Werk eines Menschen zu unterscheiden.

931 Vgl. etwa *Öhlschlegel*, GRUR 1965, S. 467 f., der eine Koexistenz von Patent- und Urheberschutz für möglich und sinnvoll hielt, so auch *Betten*, Mitteilungen 1983, S. 62 (65); *Wittmer*, S. 22 ff.

932 Vgl. etwa *Öhlschlegel*, GRUR 1964, S. 467.

933 Vgl. hierzu v. *Hellfeld*, GRUR 1985, S. 1025 ff.; *Windisch*, GRUR 1980, S. 587 (588 f.). Die Technizität der Erfindung ist kein durch das PatG vorgegebenes Schutzkriterium. Es ist aber allgemein anerkannt, dass den Patentvorschriften auf dem Wege einer einschränkenden Auslegung unter Beachtung der allgemeinen Schutzrichtung des Patentrechts zu entnehmen ist, dass unter den Begriff der Erfindung nur solche mit technischem Charakter fallen können, vgl. statt vieler v. *Hellfeld*, ebd., S. 1025; *Brandi-Dohrn*, GRUR 1987, S. 1 (3). Dies ist nunmehr auch durch TRIPS im internationalen Immaterialgüterrecht festgeschrieben. Nach Art. 27 Abs. 1 TRIPS werden Patente ausdrücklich für „Erfindungen auf technischem Gebiet“ erteilt.

934 Auf die komplizierten Einzelheiten der Argumentationskette aus patentrechtlicher Sicht kann und soll hier nicht eingegangen werden. Eingehend hierzu *Möhring*, GRUR 1967, S. 270 ff.; Zur Technizität von Computerprogrammen BGH, GRUR 2000, S. 498 (499) – Logikverifikation, m. Anm. *Betten*.

Nach diesen anfänglichen Auseinandersetzungen über die Patentfähigkeit von Computerprogrammen besteht seit Anfang der siebziger Jahre weit gehender Konsens, dass der Patentschutz für Software – jedenfalls generell – nicht in Frage kommt⁹³⁵.

Auch die Rechtsprechung folgte dieser Tendenz der Literatur. Schon im Jahre 1976 erging eine Grundsatzentscheidung des Bundesgerichtshofs in dem Beschluss „*Dispositionsprogramm*“⁹³⁶, in dem die Grenzen der Patentfähigkeit von Computerprogrammen definiert wurden. In der Entscheidung wurde die Patentfähigkeit für das streitbefangene Programm mit dem Hinweis auf deren fehlende Technizität und deren Wirkungsweise abgelehnt⁹³⁷. Die im Computerprogramm liegenden Anweisungen seien lediglich „Anweisungen an den menschlichen Geist“. Hierin sei kein Einsatz von Naturkräften zu sehen, der jedoch vom Patentrecht verlangt würde⁹³⁸. Auch in späteren Entscheidungen ließ der Bundesgerichtshof zumeist die Patentierbarkeit von Software nicht zu⁹³⁹. Hieraus lässt sich zwar nicht ableiten, dass Computerprogramme dem Patentschutz überhaupt nicht zugänglich sind⁹⁴⁰; es zeigt sich

935 Eine eingehende Gegenüberstellung der beiden Schutzrechte in Bezug auf die Computerprogramme findet sich bei *Kolle*, GRUR 1973, 611 ff. und GRUR 1974, 7 ff.; Einschränkung *Huber*, Mitteilungen 1965, S. 21 (23); ders. GRUR 1969, S. 642 (642 f.); *Möhring*, GRUR 1967, S. 269 ff.; Gegen die h. M. spricht sich *Bardehle*, Mitteilungen 1973, S. 141 ff. aus. Eingehend zur Entwicklung *Benkard/Bacher/Melullis*, § 1, Rdnr. 104 ff. m. w. Nachw. Siehe sogleich zur neuerlichen Wiederaufnahme der Diskussion.

936 BGH GRUR 1977, S. 96 ff.; siehe auch die Analyse und Würdigung dieser Entscheidung von *Kolle*, GRUR 1977, 58 ff. Dass der Patentschutz von Computerprogrammen nicht immer ausgeschlossen ist, ergibt sich aus der bereits genannten Entscheidung des BGH „Logikverifikation“ (GRUR 2000, S. 498 (499)).

937 Nach der Entscheidung des BGH, GRUR 1969, S. 672 (673) – Rote Taube, m. Anm. *Heydt*, definiert sich die *technische Erfindung* als eine „*Lehre zum planmäßigen Handeln unter Einsatz beherrschbarer Naturkräfte zur Erreichung eines kausal übersehbaren Erfolgs*“. Diese Definition wurde in der Entscheidung „Dispositionsprogramm“ aufgegriffen.

938 Grundsätzlich dem Bereich der Technik zuzuordnen ist nach dieser Entscheidung des BGH lediglich der Aufbau der Datenverarbeitungsanlage und deren Wirkungsweise. Die Software sei hingegen kein Bestandteil der Anlage. Sie Sorge lediglich dafür, dass von der Datenverarbeitungsanlage bestimmungsgemäß Gebrauch gemacht wird, vgl. etwa BGH GRUR 1981, S. 39 (41) – Walzstabteilung, m. Anm. *Pietzcker*.

939 Vgl. etwa BGH GRUR 1977, S. 657 ff. – Straken, m. Anm. *Kolle*; BGH GRUR 1978, S. 102 f. – Prüfverfahren, m. Anm. *Kolle*; BGH GRUR 1978, S. 420 ff. – Fehlerortung, m. Anm. *Storch*; BGH GRUR 1980, S. 849 ff. – Antiblockiersystem, m. Anm. *Eisenführ*; BGH GRUR 1981, S. 39 ff. – Walzstabteilung, m. Anm. *Pietzcker*.

940 Was sich wiederum an Entscheidung des BGH „Logikverifikation“ (GRUR 2000, S. 498 (499)) bestätigt. Technizität eines Computerprogramms ist hiernach gegeben, wenn die „*Anweisungen der angemeldeten Lehre auf einen in bestimmter Weise gearteten Aufbau, auf eine bestimmte Funktionsfähigkeit oder auf einen in bestimmter Weise beschaffenen Gebrauch des elektronischen Rechners gerichtet ist*“ (S. 499 f.). *Adloff*, S. 44, meint, Patentschutz sei im Einzelfall möglich, wenn die Benutzung technischer Mittel unmittelbarer Bestandteil der mit dem Programm aufgestellten Problemlösung ist.

jedoch eine eindeutige Grundtendenz in Richtung einer sehr restriktiven Handhabung des Softwarepatentschutzes.

Mit einer Änderung des Patentgesetzes, genauer einer Neufassung des § 1 Abs. 2 Ziff. 3 und Abs. 3 im Jahre 1980, wurde die streitige Frage dann auch durch den Gesetzgeber geregelt. Hiernach werden Programme für Datenverarbeitungsanlagen „als solche“ vom Schutz des Patentrechts ausgenommen. Die Gesetzesänderung war zurückzuführen auf die Umsetzungsverpflichtung, die sich diesbezüglich aus Art. 52 Abs. 2 lit. c, Abs. 3 EPÜ ergab⁹⁴¹.

Die Patentfähigkeit von Software ist erst in der neueren Diskussion wieder, nunmehr als Politikum, aufgenommen worden⁹⁴². Allerdings geht es dabei nicht (mehr) um die Frage nach Urheber- oder Patentschutz im Sinne eines rechtlichen Ausschlussverhältnisses, sondern – in diesem Spannungsfeld – lediglich um ein Nebeneinander beider Schutzrechte. Im Vordergrund der Debatte steht die rechtspolitische Grundsatzfrage, ob und unter welchen Umständen die Monopolisierung technischer Ideen und Grundsätze, die in Software verborgen liegen, durch das Patentrecht wünschenswert sein kann. Insbesondere geht auch hier die europäische Kontroverse wieder einmal auf das US-amerikanische Recht zurück, in dem der Patentschutz von Software, anders als in Europa und Deutschland, nicht gesetzlich ausgeschlossen wird und Softwarepatente zunehmend großzügiger vergeben werden⁹⁴³.

c) Urheberrechtsschutz

Schon in einem frühen Stadium der Diskussion um den Schutz von Computerprogrammen kristallisierte sich heraus, dass der *copyright approach* von den meisten Stimmen als vorzugswürdig angesehen wurde⁹⁴⁴. Auch dies scheint – neben den bereits skizzierten außenpolitischen Einflüssen – eher auf pragmatische als auf dogmatische Gesichtspunkte zurückzuführen zu sein. Das Urheberrecht bot und bietet, u. a. auch gegenüber anderen – existenten oder noch zu schaffenden – Immaterialgüterrechten, wesentliche Vorzüge, wenn man an einem weit gehenden und leicht hand-

941 Dies trat am 7.10.1977 mit Wirkung für Deutschland in Kraft. Eingehend hierzu *Adloff*, S. 31.

942 Vgl. den Vorschlag für eine Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rates über die Patentierbarkeit computerimplementierter Erfindungen in der Form des gemeinsamen Standpunkt des Rates vom 24. Mai 2004, Dok. 9713/04 PI 46 CODEC 752. Mittlerweile wurde die Richtlinie aufgrund massiver Auseinandersetzungen (vorerst) verworfen. Siehe eingehend zur Historie *Benkard/Bacher/Melullis*, § 1 PatG, Rdnr. 106 ff.

943 Zur Entwicklung der neueren Diskussion siehe *Kochinke/Geiger*, K&R 2000, S. 594 (598); zum Verhältnis von Urheber- und Patentschutz nach deutschem Recht, BGH MMR 2001, S. 310 (312) – Wetterführungspläne, m. Anm. *Hoeren*.

944 Vgl. die Literaturhinweise in Fn. 929.

habbaren Softwareschutz interessiert ist⁹⁴⁵. Diese wurden v. a. in dessen Eigenschaft als Ausschließlichkeitsrecht (das zudem nicht durch gutgläubigen Erwerb erworben werden kann⁹⁴⁶), der Formfreiheit der Schutzentstehung in der Person des Urhebers, der formlosen Entstehung, dem bereits bestehenden internationalen Rechtsrahmen durch die internationalen Konventionen⁹⁴⁷, der langen Schutzdauer⁹⁴⁸ und dem schon damals existenten System der Verletzungsansprüche⁹⁴⁹ (hierbei insbesondere dem Vernichtungsanspruch⁹⁵⁰) gesehen.

Gegenüber diesen Vorzügen für die Berechtigten (vor allem die Softwareindustrie) erschienen die dogmatischen Bedenken gegen einen Urheberrechtsschutz von Computerprogrammen den meisten Beteiligten offenbar gering. Mitunter wurde sogar offen ausgesprochen⁹⁵¹, dass man angesichts solch pragmatischer Gesichtspunkte durchaus gewillt sei, systematische Unregelmäßigkeiten in Kauf zu nehmen⁹⁵².

Die Kritiker des urheberrechtlichen Softwareschutzes warnten dagegen vor eben diesen Friktionen sowie vor hierauf basierende Dysfunktionalitäten.

Ein wesentlicher Einwand lag in dem Argument, dass Computerprogramme keine persönlichen geistigen Schöpfungen seien und dass es ihnen an Individualität fehle⁹⁵³. Dies würde dazu führen, dass vielen oder gar allen Programmen der gewünsch-

945 Die positiven Gesichtspunkte des Urheberrechtsschutzes für Software sind „*bestehend und verführerisch zugleich*“ umschreibt es *Betten* in den Mitteilungen 1984 (S. 201).

946 Was sich für das Urheberrecht als Stammrecht bereits aus § 29 Abs. 1 UrhG (Unübertragbarkeit) ergibt. Auch Nutzungsrechte können nicht gutgläubig erworben werden, vgl. *Schricker/Schricker*, vor §§ 28 ff., Rdnr. 44.

947 So etwa *Nordemann*, laut *Schulze*, ZUM 1985, S. 33 ff. (35).

948 Wenngleich die Zweckmäßigkeit einer solchen durchaus umstritten war. So war z. B. auch *Kolle*, GRUR 1973, S. 618 f., ansonsten ein vehementer Verfechter des urheberrechtlichen Schutzes von Computerprogrammen, der Meinung, dass die hier vorgesehenen Schutzfristen, ebenso wie die des Patentgesetzes, nicht angemessen seien. Daneben finden sich Meinungen, nach denen eine negative oder positive Wirkung der langen Schutzfrist gänzlich auszuschließen sei, da diese praktisch an Bedeutung verlöre, so *Kolle* und *Nordemann* laut *Schulze*, ZUM 1985, S. 33 ff. (36); *Schricker/Schricker*, Einleitung, Rdnr. 30. Näheres hierzu wird in Teil 3 unter Kapitel 4 ausgeführt.

949 Hierauf hinweisend etwa v. *Gravenreuth* laut *Schulze*, ZUM 1985, S. 33 ff. (35).

950 *Adloff*, S. 80; ähnlich auch *Kolle*, ZUM 1985, S. 15.

951 So *Sieger*, laut *Schulze*, ZUM 1985, S. 33 ff. (35), der meint, es gehe nicht um die Frage, welcher Schutz richtig sei, sondern dass Urheberrechtsschutz rechtspolitisch erforderlich sei. Die gleiche Ansicht vertrat *Kolle*, ZUM 1985, S. 36, der zudem meinte, dass durch das Entstehen einer neuen Kultur die traditionellen Bereiche des Urheberrechts mit der Zeit eher verschwinden oder verdrängt würden und so die praktischen Bedürfnisse Vorrang genießen müssten.

952 *Moritz*, Rdnr. 92; weitere Nachweise bei *Schulze*, ZUM 1985, S. 33 (35).

953 Die Gegenstimmen sahen dagegen in der Schutzfähigkeit – angesichts des gerichtlich anerkannten Schutzes der kleinen Münze (vgl. etwa RGZ 121, S. 357 (360 ff.) – Rekord-Rechner (Rechentabelle); RGZ 81, S. 120 (122 ff.) – Kochrezepte; RGZ 116, S. 292 – Adressbuch) kein generelles Problem (siehe *Möhring*, GRUR 1967, S. 276; *Ulmer*, § 22, III (S. 141); *Ul-*

te (Urheberrechts-)Schutz letztlich ohnehin nicht zuteil werde⁹⁵⁴. Eine individuelle Programmierung im Sinne des § 2 Abs. 2 UrhG sei in den meisten Fällen deshalb nicht denkbar, da Programmiersprache, verwendete Eingabe- und Verarbeitungstechnik sowie die auf Optimierung oder Automatisierung eines Berechnungsprozesses ausgerichtete Aufgabenstellung derart rigide Vorgaben lieferten, dass von einer geistig gestaltenden Tätigkeit des Programmierers nicht auszugehen sei⁹⁵⁵. Auch handele es bei Computerprogrammen um bloße Anweisungen, die keine individuelle Form erkennen ließen⁹⁵⁶. Auch fehle es dem Computerprogramm an einer für den urheberrechtlichen Schutz zwingend erforderlichen, das Werk prägenden geistig-ästhetischen Wirkung⁹⁵⁷ und dem Ausdruck des individuellen Geistes im Werk. Selbst *Ulmer*, an sich ein Vertreter des urheberrechtlichen „*approaches*“, räumte ein, es sei ein „*Novum*“ im Urheberrechtsschutz, dass der Adressat eines Computerprogramms nicht wie bei anderen Werkarten der Nutzer sei, sondern die Maschine selbst sei⁹⁵⁸.

Diese Argumente wurden von der anfänglichen Unsicherheit darüber, worin die – aus Sicht des Urheberrechts schützenswerte – schöpferische Leistung bei der Erstellung eines Computerprogramms überhaupt liegen sollte, weiter bestärkt⁹⁵⁹. Gegens-

mer/Kolle, GRUR Int. 1982, S. 489 (496); *Kolle*, GRUR 1982, S. 443 (454); *Wittmer*, S. 153 f.; *Haberstumpf*, GRUR 1982, S. 142 (147); *Kindermann*, GRUR 1983, S. 150 (155); *Nordemann* in *FS Roeber*, S. 297 (304). Nach den Befürwortern des Urheberrechtsschutzes für Computerprogramme sollte eine Abgrenzung von geschützten und ungeschützten Programmen nach den allgemeinen Kriterien ohne Weiteres möglich sein. Allein solche Programme, die das Alltägliche, das Handwerkliche, das Hergebrachte nicht übersteigen, sollten hiernach ungeschützt sein, vgl. z. B. *Skaupy*, Mitteilungen 1967, S. 126; v. *Gamm*, WRP 1969, S. 99; *Loewenheim*, ZUM 1985, S. 27; BAG GRUR 1984, S. 429 (431) – Statikprogramme.

954 Dass dieser Hinweis durchaus gerechtfertigt war, zeigt sich an der frühen Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs, die sich – von dem Argument mangelnder Individualität ausgehend – gegenüber dem Computerprogrammschutz zunächst äußerst zurückhaltend zeigte. Vgl. hierzu sogleich die Ausführungen zum Inkasso-Programm Urteil des Bundesgerichtshofs.

955 Vgl. *Schulze*, Dissertation, S. 256 ff. An dieser Argumentation zeigt sich, dass die Frage, ob Computerprogramme überhaupt als personenbezogene Werke angesehen werden können, wenn überhaupt nur eine sehr untergeordnete Rolle spielt.

956 Insofern sei das Computerprogramm weniger mit einem Schriftwerk o. ä. zu vergleichen, sondern eher mit einer Betriebsanleitung, da es auch möglich sei, die Anweisungen an die Maschine einzeln bei Bedarf einzugeben; ein Prozess, der durch die Nutzung eines Computerprogramms lediglich vereinfacht und automatisiert wird, wodurch sich an der Bestimmung und der Funktion des Programms hingegen nichts ändert. Vgl. *Betten*, Mitteilungen 1983, S. 65.

957 *Schulze*, S. 257; *Röttinger*, IuR 1987, S. 95 m. w. Nachw.

958 So *Betten*, Mitteilungen 1983, S. 65.

959 Vgl. hierzu v. *Gamm*, WRP 1969, S. 98, der den Niederschlag geistigen Gehalts in der „*Gedankenformung und -führung des dargestellten Inhalts und/oder in der besonderen geistvollen Form und Art der Sammlung, Einteilung und Anordnung des dargebotenen Stoffs*“ sucht. Dieser Ansicht hat sich auch der BGH in seiner Entscheidung „Inkassoprogramm“ (GRUR

tand, Bezugspunkt und Umfang eines urheberrechtlichen Programmschutzes waren anfangs kaum ersichtlich. So wurde z. T. vertreten, dass der Urheber gar kein Interesse an einem Schutz der konkreten Form des Programms, also etwa dessen Darstellung auf dem Bildschirm oder dem Quelltext, habe. Vielmehr liege die eigentliche Leistung in der Idee und dem logischen Ablauf, für deren Schutz das Urheberrecht wiederum nicht Sorge tragen könne⁹⁶⁰.

Bezüglich des Umfangs war man sich wiederum uneinig über die Frage, ob Programme nur im Quell- und/oder Objektcode geschützt sein sollen bzw. inwiefern unter den Begriff der Software auch die Arbeits- und Entwicklungsunterlagen, Blockdiagramme, Datenflusspläne oder Systemanalysen fallen sollen⁹⁶¹, ob der Algorithmus vom Schutz umfasst wird⁹⁶², ob sich der Schutz auf Ausdruck und/oder Inhalt bezieht usw.

Neben diesen praktischen Bedenken gegen die Effektivität des Urheberrechtsschutzes von Computerprogrammen wurden auch grundlegende, dogmatische und theoretische Zweifel an einer solchen Lösung geäußert. Vor allem wurde von einigen Stimmen eine „Verwässerung“ des Urheberrechtsschutzes und ein umfassender Wesenswandel befürchtet. Die Gegner hoben hervor, dass zwischen dem ursprünglichen Wesen und Schutzauftrag des Urheberrechts als Recht der Kulturschaffenden und einem rein wirtschaftlich determinierten Softwareschutzrecht ein Antagonismus bestehe⁹⁶³. Eine Implementierung des Softwareschutzes müsse zwangsläufig umfangreiche Änderungen und Anpassungen des gesamten Urheberrechts zur Folge haben, die den Charakter dieses Schutzrechts verändern würden. Dies sei indes zu vermeiden. Das Urheberrecht dürfe nicht zu einem System technisch-industriellen

1985, S. 1041 (1047) angeschlossen, die in der Formulierung der Gründe ohnehin stark an den Aufsatz v. *Gamms* angelehnt erscheint.

960 *Dietz* laut *Schulze*, ZUM 1985, S. 35; ders. laut *Henning-Bodewig*, GRUR 1985, S. 918. So auch das OLG Nürnberg, GRUR 1984, S. 736 (736) – Glasverschnitt-Programm. A. A. *Loewenheim*, der laut *Schulze*, ZUM 1985, S. 32 (36) die Ansicht vertrat, dass auch die Idee geschützt sei, wenn diese nur vom Schöpfer selbst stamme. Urheberrechtlich nicht schützbar sei lediglich das Vorgegebene. Das Computerprogramm sei grundsätzlich von der darin enthaltenen technischen Lehre zu unterscheiden.

961 Vgl. zu den Bestandteilen der Software und den einzelnen Programmierungsphasen *Wittmer*, S. 25 ff. und 35 ff. Der BGH ging in seiner Inkassoprogramm-Entscheidung (GRUR 1985, S. 1041 (1046 f.)) von drei Entwicklungsphasen aus. Am Anfang soll die Analysephase mit der generellen Problemlösung stehen. Hierauf folgt eine konkretere Darstellung der Problemlösung durch den Datenflussplan (Flussdiagramm) und den Programmablaufplan (Blockdiagramm). In der letzten Phase entsteht die eigentliche Kodierung des Programms in Form des Quellenprogramms und des Objektprogramms. Letztere können auch als je eine eigene Phase begriffen werden.

962 Vgl. *Haberstumpf* in Computerprogramme II, S. 81 ff.; v. *Hellfeld*, GRUR 1989, S. 471 (472 ff.).

963 Nach *Betten*, Mitteilungen 1983, S. 62 (63) m. w. Nachw. herrschte in der technischen Fachliteratur die Skepsis gegen einen Urheberrechtsschutz von Software sogar vor.

Rechtsschutzes verfremdet werden, innerhalb dessen das Urheberpersönlichkeitsrecht einfach nach praktischen Bedürfnissen zurechtgestutzt wird⁹⁶⁴. Bei den Computerprogrammen stünde im Gegensatz zu den klassischen Werkarten im Mittelpunkt des Interesses nicht das Band zwischen dem Werk und dem Werkschöpfer, sondern das Band zwischen dem Werk und der damit zu bewältigenden Aufgabe. Ein Urheberrechtsschutz für Computerprogramme müsse dazu führen, dass die Urheberpersönlichkeitsrechte in einer besonderen Art und Weise angewendet werden⁹⁶⁵. Systemfremd sei die Integration dieser Produkte in das Urheberrecht auch deshalb, da nicht die schöpferische Programmierleistung den Wert einer Software verkörpere, sondern vielmehr das darin enthaltene Know-how⁹⁶⁶. Computerprogramme strebten daher eher nach Geheimhaltung⁹⁶⁷.

Es wäre unmöglich und unnötig, an dieser Stelle jeden Punkt, der im Dunstkreis von Computerprogrammen und Urheberrecht diskutiert wurde, darzustellen, geschweige denn zu kommentieren. Immerhin ist es bemerkenswert, dass sich bis heute hin und wieder kritische Bemerkungen in Publikationen finden⁹⁶⁸, obgleich der Urheberrechtsschutz für Computerprogramme seit über zehn Jahren Realität ist. Hieran lässt sich wohl ablesen, dass diese Integration nach wie vor Zweifel aufwirft, die grundsätzlicher Natur sind.

2) Entwicklung der Rechtsprechung

Erste Urteile der deutschen Gerichte über die Schutzfähigkeit von Computerprogrammen stammen aus dem Jahre 1981. Nachdem sich die Instanzgerichte in verschiedenen Entscheidungen mit unterschiedlichen Begründungen zumeist für die

964 Zum Vorstehenden vgl. *Dietz*, laut *Schulze*, ZUM 1985, S. 35; ders. laut *Henning-Bodewig*, GRUR 1985, S. 918.

965 *Sieber*, BB 1983, S. 977 (1982).

966 So zog auch der BGH in seiner Entscheidung „Sperre“, BB 1981, S. 1856 (1857), in Erwägung, dass ein Softwareüberlassungsvertrag kein Vertrag über die Einräumung urheberrechtlicher Nutzungsrechte, sondern ein Know-how-Vertrag sei. Eine abschließende Beurteilung dieser Frage war allerdings nicht nötig. Jedenfalls wurde in dieser Entscheidung über Spezialitäten des Urhebervertragsrechts kein Wort verloren. Gegen die Annahme eines Know-how-Vertrages, auf den die Regeln der Pacht Anwendung finden, spricht sich *König*, Rdnr. 599 aus. Vgl. hierzu zum Know-how-Schutz die Software aus vertragsrechtlicher Sicht *Ernst*, MMR 2001, S. 208 ff.

967 Der Geheimnisschutz hingegen unterliegt originär dem Gebiet des Wettbewerbsrechts, vgl. hierzu Fn. 911.

968 Siehe z. B. *König*, Rdnr. 600; *Wenzel*, GRUR 1991, S. 105 (110); *Rehbinder*, 10. Auflage, Rdnr. 127; kritisch auch *Marly*, Urheberrechtsschutz, S. 114 ff.

urheberrechtliche Schutzfähigkeit entschieden hatten⁹⁶⁹, wobei in den meisten Fällen sehr geringe Anforderungen an die Schöpfungshöhe gestellt wurden, fällt der Bundesgerichtshof im Jahre 1985 noch vor der Novelle des Urheberrechtsgesetzes, die Leitentscheidung „Inkassoprogramm“⁹⁷⁰. Der Bundesgerichtshof teilte hier die Auffassung verschiedener Instanzgerichte, dass Computerprogramme als Schriftwerke oder Darstellungen wissenschaftlicher oder technischer Art urheberrechtlichen Schutz genießen. In Bezug auf die Schöpfungshöhe stellte er sich jedoch gegen die meisten der bis dato ergangenen Entscheidungen und verlangte überraschend ein erhebliches Maß an Individualität für diese Werkart. Um Urheberrechtsschutz genießen zu können, mussten Computerprogramme, gemessen an anderen Programmen und dem allgemein Üblichen ein hohes Niveau an individueller Eigenheit, einen „hinreichenden schöpferischen Eigentümlichkeitsgrad im Sinne des § 2 Abs. 2 UrhG“ erkennen lassen⁹⁷¹.

Im Fall kam der Bundesgerichtshof zu dem Schluss, dass das streitbefangene Programm, gemessen an anderen Softwareprodukten zwar (subjektiv) neu gewesen sei und dass bei dessen Erstellung auch ein ausreichender Gestaltungsspielraum zur Verfügung gestanden habe, sodass die Eigenschaft als „individuelle Schöpfung“ an sich bejaht wurde. Dennoch wurde die Schutzfähigkeit des Inkassoprogramms im Ergebnis mit der Begründung verneint⁹⁷², dass ein Computerprogramm nur schutzfähig sei, wenn es auf einer gegenüber dem allgemeinen Durchschnittskönnen deutlich überragenden Gestaltungstätigkeit bei der Auswahl, Anordnung und Einteilung der Informationen und Anweisungen beruhe⁹⁷³. Eine Konsequenz dieser ungewöhnlich hohen Anforderungen an die Gestaltungshöhe lag darin, dass die meisten Softwareprodukte Sonderrechtsschutzen nicht zugänglich waren⁹⁷⁴. Es verblieb einzig ein gewisser Schutz über das Wettbewerbsrecht. Trotz heftiger Kritik seitens einiger Stimmen in der Literatur, die eine solche Schöpfungshöhe im Urheberrecht als

969 Das wohl erste Urteil fällt das LG Kassel, BB 1983, S. 992. Urheberrechtsschutz bejaht wurde auch vom LAG Schleswig-Holstein, BB 1983, S. 994; OLG Koblenz, BB 1983, S. 992; LG Mosbach, GRUR 1983, S. 70 – Computerprogramme; LG München I, GRUR 1983, S. 175 – VISICALC; OLG Karlsruhe, GRUR 1983, S. 300 – Inkassoprogramm (unter Aufhebung des ablehnenden erstinstanzlichen Urteiles des LG Mannheim, BB 1981, S. 1543); OLG Frankfurt, GRUR 1983, S. 753 – Pengo und ZUM 1984, S. 41 – Donkey Kong Junior II; OLG Nürnberg, GRUR 1984, S. 736 – Glasverschnitt-Programm; LG Mannheim, BB 1985, S. 142 – Inkassoprogramm II.

970 BGH GRUR 1985, S. 1041 ff.

971 BGH GRUR 1985, S. 1041 (1047).

972 Hier zeigt sich eine Trennung von Individualitätsbegriff und Gestaltungshöhe.

973 BGH GRUR 1985, S. 1041 (1048).

974 Anlässlich eines Festvortrags zum Thema „Neue Rechtsprechung im Wettbewerbsrecht“ äußerte sich der damalige Vorsitzende des I. Zivilsenats am BGH, v. *Gamm*, mit der Einschätzung, allenfalls ca. 5% der damalig verfügbaren Software könne den postulierten urheberrechtlichen Schutzanforderungen entsprechen (vgl. GRUR 1986, S. 731).

Fremdkörper ansahen⁹⁷⁵, entschied sich der Gesetzgeber in der Urheberrechtsnovelle 1985 nicht zu einer Klarstellung dieses Streitpunktes. Vielmehr beschränkte man sich auf die klarstellende Einbeziehung der Computerprogramme in den Werkkatalog, genauer § 2 Abs. 1 Ziff. 1 UrhG.

Diese ersten Entscheidungen zum Rechtsschutz von Computerprogrammen zeigt sehr deutlich, dass auch die deutsche Judikative grundsätzliche Bedenken gegen die Anwendung urheberrechtlicher Normen auf diese Art Geistesschöpfungen hegte. Diese fanden Ausdruck in einer künstlichen Anhebung der Schöpfungshöhe, die angesichts des ansonsten seit dem Reichsgericht anerkannten Schutzes der kleinen Münze⁹⁷⁶ bei Sprachwerken kaum zu rechtfertigen war⁹⁷⁷. Es scheint, als sei die grundsätzliche Bestätigung der urheberrechtlichen Schutzfähigkeit eine Konzessionsentscheidung an die internationale Rechtsentwicklung und den außenpolitischen Druck gewesen, die zunächst jedoch nur als Lippenbekenntnis gewertet werden konnte. Durch die Anhebung der Gestaltungshöhe sprach sich der Bundesgerichtshof implizit gegen den Urheberrechtsschutz von Computerprogrammen aus.

Noch in der Entscheidung „Betriebssystem“ aus dem Jahre 1990⁹⁷⁸ wurden die in der Inkassoprogramm-Entscheidung aufgestellten Grundsätze vom Bundesgerichtshof bestätigt. Erst die Umsetzung der Computerprogramm-Richtlinie führte – zwangsläufig – zu einer Abkehr von dieser gerichtlichen Praxis⁹⁷⁹. Der hierdurch in § 69a Abs. 3 UrhG eingeführte, spezielle Werkbegriff erforderte nunmehr, die Schutzanforderungen bei Computerprogrammen auf ein niedriges Niveau zu senken. Diese Vorgabe aus der EU-Richtlinie war in diesem Punkt eindeutig als Absage an die deutsche Rechtsprechung formuliert. Ein Richtungswechsel in der Rechtsprechung war damit obligatorisch⁹⁸⁰.

Dieser Umschwung zeigt sich anschaulich in der Bildschirmmasken-Entscheidung des OLG Karlsruhe aus dem Jahr 1994⁹⁸¹. Hier wurde festgelegt, dass es für die Schutzfähigkeit ausreichend sei, wenn der Urheber bei seiner Gestaltung „einen gewissen Spielraum“ hat, innerhalb dessen er eine Anordnung und Auswahl

975 Nachweise bei *Marly*, Urheberrechtsschutz, S. 74 (76 ff.).

976 Nachweise vgl. oben, Fn. 953.

977 Zumal die Entscheidung jegliche Begründung hierfür vermissen lässt, vgl. BGH GRUR 1985, S. 1041 (1048).

978 BGH GRUR 1991, S. 449.

979 Vgl. zur Diskussion über die Absenkung der Schöpfungshöhe durch die Richtlinie 91/250 über den Rechtsschutz von Computerprogrammen *Paschke/Kerfack*, ZUM 1996, S. 498 ff.

980 Vgl. in der Folgezeit ergangene Urteile des BGH aus 1993, ZUM 1994, S. 509 (510) – Buchhaltungsprogramm und das Urteil des OLG Karlsruhe von 1994, ZUM 1995, S. 143 (145 f.) – Bildschirmmasken, in dem eine Verletzung des Urheberrechts schon bei der Übernahme nur einiger Bildschirmmasken angenommen wurde, was nach alter Rechtsprechung undenkbar gewesen wäre.

981 Vgl. ZUM 1995, S. 143 ff.

der Elemente bei der Programmierung frei bestimmen kann⁹⁸². Damit wurde die ehemals sehr strenge Rechtsprechung in ihr Gegenteil verkehrt; die Anforderungen an die Schöpfungshöhe liegen bei Computerprogrammen seither unter dem Niveau der meisten anderen Werkarten⁹⁸³.

D) Kritische Beurteilung der Entwicklung: Das Computerprogramm als Werk im System des Urheberrechtsschutzes

1) Einführung

Es wurde schon angedeutet, dass die Computerprogramme Besonderheiten gegenüber anderen Werkarten aufweisen. Wie noch aufzuzeigen sein wird, erschöpfen sich diese nicht in der Frage nach der möglichen Individualität solcher Werke. Um dies zu verdeutlichen, sollen Computerprogramme in Bezug auf einzelne Aspekte des Werkbegriffs anderen Werkarten (v. a. anderen Sprachwerken) gegenübergestellt werden und zwar unter Zugrundelegung der unterschiedlichen – in Teil 1, Kapitel 1 herausgearbeiteten – Sichtweisen des Werkbegriffs. Auch soll hierbei – entsprechend der h. M. und ungeachtet der hier vertretenen Auffassung, dass die aus den Normen sich ergebenden Anforderungen sich inhaltlich unterscheiden – keine Unterscheidung von § 2 Abs. 2 und § 69a Abs. 3 UrhG vorgenommen werden, um einen Vergleich anhand einheitlicher Faktoren zu ermöglichen.

2) Das Computerprogramm als Werk aus Sicht der urheberbezogenen Schutzgegensstandsdefinitionen

Versteht man den Werkbegriff im Sinne der Prägetheorie, fällt eine Subsumtion der Computerprogramme hierunter schwer. Individuelle Züge des Programmierers mögen allenfalls noch in dem – nach § 69a Abs. 1 ebenfalls geschützten – Entwurfsmaterial zum Ausdruck kommen. Dem maschinenlesbaren Objektcode indes wird jedoch die „Handschrift des Entwicklers“ nicht mehr zu entnehmen sein. Denn zuvor wurde der von ihm erstellte Quellcode vollautomatisch kompiliert, also umgewandelt⁹⁸⁴. Dies führt dazu, dass die meisten Programme in ihrer endgültigen Form (im

982 OLG Karlsruhe, ZUM 1995, S. 143 (145 a. E.) – Bildschirmmasken.

983 OLG Karlsruhe, ZUM 1995, S. 143 (146) – Bildschirmmasken.

984 Vgl. Wandtke/Bullinger-Grützmacher, § 69a, Rn. 11.