

»Hic Sunt Leones« - Die EG-Richtlinie zum Softwareschutz

Wenn mittelalterliche Kartographen auf ihren Karten unbekannte Gegenden kenntlich machen wollten, kennzeichneten sie diese häufig als »Hicsunt leones« - hier leben die Löwen.¹ Im folgenden Beitrag soll es getreu dieser Bezeichnung darum gehen, einen Regelungskomplex vorzustellen, in dem »die Löwen leben«: das Gebiet des Softwareschutzes, insbesondere des urheberrechtlichen Schutzes von Computerprogrammen.

A. Einleitung

Schon oft ist auf den immensen Expansionsdrang der Softwarebranche hingewiesen worden. Die Entwicklung von Computerprogrammen hat gegenüber der Hardwareproduktion eine immer größere Bedeutung bekommen; heutzutage kommt es daher beim Kauf von EDV-Produkten mehr auf die Software als auf die Hardware an. Im gleichem Maße ist auch die Piraterie von Software »en vogue« gekommen. Ob durch Private, bei Universitäten, innerhalb von Großunternehmen - überall werden Programme ohne Einwilligung des Urhebers kopiert. Die Erstellung solcher Raubkopien gilt, wenn überhaupt, als Kavaliere-»Delikt« und steht insofern gesellschaftlich auf einer Stufe mit Versicherungsbetrug und Steuerhinterziehung.

Es kann niemanden verwundern, daß dieses Denken zu enormen wirtschaftlichen Einbußen in der Softwareindustrie geführt hat. Diese mußte daher alle Möglichkeiten zur Einflußnahme auf Gesetzgebung und Rechtsprechung aktivieren, um eine Verbesserung des Softwareschutzes in die Wege zu leiten.

Diese Bemühungen konzentrierten sich zunächst auf den Bereich des Patentrechts, da diese Schutzform dem technischen Charakter von Software am ehesten gerecht werden konnte.² Jedoch enthält das Patentgesetz eine klare Absage an einen Patentschutz für Software, da Software »als

1 Vgl. *Eco*, *Der Name der Rose*, 1982, 403. Im folgenden werden die bis Juli 1993 veröffentlichte Rechtsprechung und Literatur berücksichtigt.

2 Vgl. hierzu *Anders*, GRUR 1989, 861 ff.; *ders.*, GRUR 1990, 498 ff.; *Betten*, CR 1987, 347 ff.; *ders.*, GRUR 1988, 248 ff.; *ders.*, CR 1986, 311 ff.; *Gall*, in: *Lehmann* (Hrsg.), *Rechtsschutz und Verwertung von Computerprogrammen*, 1988, 135 ff.; *ders.*, CR 1986, 523; *Kraßer*, in: *Lehmann* (Hrsg.), *Rechtsschutz und Verwertung von Computerprogrammen*, 1988, 99 ff.

solche« durch § 1 III PatG ausdrücklich für nicht schutzfähig erklärt wurde. Auch wenn sich die Rechtsprechung dennoch immer mehr einer Patentfähigkeit von Software im Zusammenhang mit technischen Anlagen zuneigte³, erwies sich dieser Schutz wegen der umfangreichen Formalitäten einer Patent-anmeldung bislang als unbefriedigend.

Als letztendlich wenig hilfreich erwies sich auch der wettbewerbsrechtliche Schutz von Computerprogrammen.⁴ Auch wenn Softwarepiraterie über § 1 UWG als unmittelbare Leistungsübernahme gegen die guten Sitten im Wettbewerb verstoßen kann, so war doch die Anwendung solcher Lauterkeitsmaßstäbe auf den Bereich gewerblicher Piraterie beschränkt. Das Erstellen von Raubkopien für nicht-kommerzielle Zwecke konnte nicht über § 1 UWG geahndet werden.⁵

B. Der Urheberrechtsschutz für Software

Die Probleme bei der Anwendung des Patentrechts veranlaßten die Industrie sehr bald, über einen formlosen Schutz von Software gegen private und kommerzielle Piraterie nachzudenken. Einen solchen umfassenden Schutz sieht nur das Urheberrechtsgesetz (»Gesetz über Urheberrecht und verwandte Schutzgesetze«) vom 09. September 1965 vor⁶, das zuletzt durch das Produktpirateriegesetz vom 07. März 1990⁷ geändert worden ist.

Nach diesem Gesetz (im folgenden als »UrhG« abgekürzt) sind alle Werke der Literatur, Wissenschaft und Kunst urheberrechtlich (§ 1 Abs.2), sofern sie persönliche geistige Schöpfungen beinhalten (§ 2 Abs. 2). Der Urheberrechtsschutz wird unabhängig von jedweder Registrierung oder der Einhaltung von Formalitäten gewährt.

3 Vgl. zuletzt die »Tauchsieder«-Entscheidung des BGH vom 4. Januar 1992 - X ZR 43/91 = CR 1992, 600 mit. Anm. *Betten* = BIPMZ 1992, 255. Siehe hierzu auch *Kindermann*, CR 1992, 577 ff. und 658 ff.; *Teufel*, Mitt. 1993, 73 ff.

4 Vgl. hierzu ausführlich *Jersch*, Ergänzender Leistungsschutz und Computersoftware, 1993, 106 ff.; *Wiebe*, Know-How-Schutz von Computersoftware, 1993, 131 ff.; *Baums*, DB 1988, 429 ff.; *Erdmann*, in: FS zum 175-jährigen Bestehen des OLG Oldenburg, 1989, 641 ff.; *Juncker*, BB 1988, 1334 ff.; *Lehmann*, in: *ders.* (Fn. 2), 230 ff.

5 Neben einem Schutz über § 1 UWG kommen noch ein Schutz als Betriebsgeheimnis über § 17 UWG und (bei Integration eines Warenzeichens in das Originalprogramm) die Anwendung warenzeichenrechtlicher Schutzvorschriften in Betracht; vgl. *Boblig*, CR 1986, 126 ff.; *Hoepffner*, GRUR 1974, 546 f.; *Juncker*, WM 1988, 1217 ff. und 1249 ff.

6 BGBl. 1965, I 1273.

7 BGBl. 1990, I 422.

I. Anwendbarkeit des Urheberrechts

1. Das traditionelle Konzept des Urheberrechtsschutzes⁸

Bis 1985 enthielt das deutsche Urheberrechtsgesetz keine Regelungen hinsichtlich des Schutzes von Software. Selbst die ersten Gerichtsentscheidungen zu dieser Frage waren sehr unsicher hinsichtlich der Frage, ob Computerprogramme urheberrechtlich geschützt werden können⁹. Deshalb änderte der Gesetzgeber das Urheberrechtsgesetz am 24. Juni 1985¹⁰ mit der Wirkung, daß »Programme für die Datenverarbeitung« in gleicher Weise wie literarische Werke urheberrechtsfähig sind¹¹.

Allerdings war damit nur gesagt, daß Software generell urheberrechtlich geschützt werden kann. Ob im Einzelfall ein Schutz gegeben ist, hängt davon ab, ob ein Computerprogramm eine »persönlich-geistige Schöpfung« im Sinne von § 2 II UrhG beinhaltet. Dieses Merkmal wurde von den Gerichten bislang restriktiv ausgelegt.¹²

Der erste Senat des Bundesgerichtshofs entwickelte 1985 in seiner »Inkassoprogramm«-Entscheidung einen Zweistufentest, um die Individualität und Kreativität eines Softwareprogramms zu definieren¹³:

- Erstens war das fragliche Programm mit ähnlicheren Programmen auf dem Markt zu vergleichen, um dessen Eigentümlichkeiten hinsichtlich der Auswahl und Strukturierung herauszufinden.

8 Die Literatur zu diesem Thema ist Legion. Daher sei hier nur auf einige wenige Beiträge verwiesen; *Preuß*, Der Rechtsschutz von Computerprogrammen - unter besonderer Berücksichtigung der Systematik des Immaterialgüterrechts, Diss. Erlangen-Nürnberg 1987. Vgl. ferner *Bauer*, CR 1985, 5 ff.; *Becker/Horn*, DB 1985, 1274 ff.; *Haberstumpf*, GRUR 1986, 222 ff.; *ders.*, in: *Lehmann* (Fn. 2), 7 ff.; *Hoppmann*, RDV 1992, 53 ff.; *Loewenheim*, CR 1988, 799 ff.; *Mebrings*, DB 1987, 1405 ff.; *Nordemann*, ZUM 1985, 10 ff.; *ders.*, in: FS für *Roeder*, 1982, 297 ff. Auf die nach Erstellung des Manuskripts erschienene Studie von *Weber-Steinhaus*, Computerprogramme im deutschen Urheberrechtssystem 1993, kann hier leider nicht eingegangen werden.

9 Vgl. LG Mannheim, Urteil vom 12. Juni 1981 - 7 O 143/81 = BB 1981, 1543; LG Kassel, Urteil vom 21. Mai 1981 - 8 O 84/80 = BB 1983, 992; OLG Karlsruhe, Urteil vom 9. Februar 1983 - 14 U 4/81 = BB 1983, 994. Siehe auch die Hinweise bei *Loewenheim*, in: *Schwicker*, Urheberrecht, 1988, § 2 Rz. 74.

10 BGBl. I, 1137.

11 Vgl. § 2 Abs. 1: »Zu den geschützten Werken der Literatur, Wissenschaft und Kunst gehören insbesondere: 1. Sprachwerke, wie Schriftwerke und Reden, sowie Programme für die Datenverarbeitung (...).«

12 Grundlegend für diese Skepsis waren die kritischen Überlegungen des späteren ersten Vorsitzenden des (für Urheberrechtsfragen) ersten Senats des Bundesgerichtshofs, *Freiherr von Gamm*, vgl. *ders.*, WRP 1969, 96 ff.

13 Urteil des BGH vom 9. Mai 1985 - I ZR 52/83 = BGHZ 94, 276 = CR 1985, 22. Siehe auch Urteil des OLG Frankfurt vom 6. November 1984 = CR 1986, 13; das OLG hat hier eine andere Umschreibung der Voraussetzungen für die Urheberrechtsfähigkeit von Software entwickelt. Vgl. zu der Inkassoprogramm-Entscheidung auch *Sieber*, CR 1986, 699 ff.; *Ilzhofer*, CR 1988, 332 (I) und 423 (II).

- Zweitens mußten die Eigentümlichkeiten des Computerprogramms das Können eines Durchschnittsprogrammierers deutlich übersteigen; andernfalls galt das Programm nicht als urheberrechtsfähig. Software, die hauptsächlich aus alltäglichen Elementen bestand, galt als nicht urheberrechtsfähig. Daher konnte Softwarepiraterie nur verfolgt werden, wenn ein Sachverständiger aufgrund des vorzulegenden Quellcodes nachweisen konnte, daß die Form eines Programms überdurchschnittlich war.¹⁴

Zusätzlich wurden einzelne Elemente eines Computerprogramms als per se nicht urheberrechtsfähig angesehen:

- Software, die mittels des Einsatzes von *Software-generating-programmes* entwickelt worden ist, sollte generell nicht urheberrechtsfähig sein.¹⁵
- *Ideen und Prinzipien*, die einem Programm zugrunde liegen, konnten nicht urheberrechtlich geschützt werden. Nur die Form eines Softwareprodukts, d. h. seine Struktur und Zusammenstellung, galten als urheberrechtsfähig. Dies hatte zur Konsequenz, daß der Algorithmus und die Schnittstellen, die von einem Programm benutzt werden, frei von anderen kopiert werden durften.¹⁶
- Der *Object-Code* eines Programms wurde nicht als originelles Werk im Sinne des Urheberrechtsgesetzes eingestuft. In der Literatur wurde lediglich diskutiert, den Objectcode als Vervielfältigung, Übersetzung oder Bearbeitung des Sourcecodes zu verstehen.¹⁷
- Drei Gerichte¹⁸ gingen davon aus, daß *Benutzeroberflächen* generell nicht urheberrechtsfähig seien (»Look & Feel«)¹⁹, da ihre Struktur meist durch äußere Sachzwänge diktiert sei.²⁰ Zusätzlich wurden diese Elemente als bloße Hilfsmittel für das Computerprogramm verstanden, so

14 Vgl. OLG Frankfurt, Urteil vom 2. April 1989 = NJW 1989, 2631 = GRUR 1989, 678 = CR 1989, 905; OLG Hamm, Urteil vom 27. April 1989, CR 1989, 592.

15 LG Düsseldorf, IuR 1988, 206; *Moritz/Tybussek*, Computersoftware, 2. Aufl. 1992, Rz. 193; *Redecker*, Der EDV-Prozeß, 1992, Rz. 17.

16 Vgl. *Wenzel*, GRUR 1991, 105 ff.; *Pilny*, GRUR 1990, 431, 437; v. *Hellfeld*, GRUR 1989, 471 ff.

17 Vgl. *Kullmann*, Der Schutz von Computerprogrammen und -chips in der Bundesrepublik Deutschland und den USA, 1986, 91 ff.; *König*, Das Computerprogramm im Recht, 1991, 139 ff.; *ders.*, GRUR 1989, 559 ff.

18 KG, Urteil vom 13 Februar 1987 - 5 U 4910/84 = CR 1987, 850; LG Hamburg, Urteil vom 22. Juli 1988 - 74 O 253/88, CR 1989, 697 = NJW 1990, 1610; LG Nürnberg-Fürth, Urteil vom 16. Mai 1991 - I HKO 0 3060/90 = CR 1993, 145 mit Anm. *Jersch*. - *Corien Prins* zweifelt in ihrer Studie zum russischen Softwareschutz daran, daß diese deutschen Urteile das »Look & Feel«-Thema behandeln; vgl. *dies.*, Computer Program Protection in the USSR, 1991, 93 f. Zwar taucht in den Urteilen das Stichwort »Look & Feel« nicht auf; dennoch geht es in der Sache um den Schutz von Benutzeroberflächen losgelöst von der zugrunde liegenden Programmstruktur.

19 Vgl. *Hoeren*, CR 1990, 22 ff.; *Heymann*, PC-Woche vom 23. Februar 1987.

20 Vgl. auch *Plains Cotton Cooperative Ass'n v. Goodpasture Computer Serv. Inc.*, 807 F.2d 1256, 1262 (5th Cir 1987).

daß sie unabhängig von den Programmen keinen eigenen Urheberrechtsschutz genießen konnten. Als Alternative tendierten die Gerichte dahin, solche »Look & Feel«-Fälle auf der Grundlage von § 1 UWG zu entscheiden.

- Hinsichtlich der *Computerspiele* betonten verschiedene Gerichte²¹, daß diese Spiele als Laufbilder schutzfähig seien (§ 95), selbst wenn sie keine originellen Werke beinhalteten²². Jüngste Studien haben allerdings gezeigt, daß solche Computerspiele dann keinen Schutz in Deutschland mehr genießen, sofern sie in ausländischen Staaten hergestellt sind.²³

Diese Rechtslage ist national und international scharf kritisiert worden²⁴:

- Die Anwendung dieser Regeln hatte zur Konsequenz, daß über 90 % der Software in Deutschland nicht gegen Piraterie geschützt waren.
- Der extensive Schutz von Computerspielen führte zu einer widersprüchlichen und in sich inkonsequenten Rechtslage: Während teure kommerzielle Software ohne Zustimmung des Autors kopiert werden durfte, wurde jedes Computer-»Kid« bei der Erstellung von Raubkopien eines Computerspiels als Pirat verfolgt.

2. Der Bericht der Bundesregierung aus dem Jahre 1989

Im Sommer 1989 veröffentlichte die Bundesregierung einen Bericht über die Auswirkungen des Urheberrechtsgesetzes²⁵. Dieser Bericht war beeinflusst durch die Pläne der EG-Kommission für eine neue Richtlinie zum Schutz von Software und versuchte darzustellen, wie diese Pläne in das deutsche Urheberrechtsgesetz übertragen werden können.

Hinsichtlich der Computerprogramme²⁶ schlug die Regierung ein neues Leistungsschutzrecht vor:

21 OLG Karlsruhe, Urteil vom 9. September 1986 - 6 U 267/85, CR 1986, 723; LG Hannover, Urteil vom 28. Oktober 1987 - 18 O 58/87, CR 1988, 826; LG Braunschweig, Urteil vom 13. November 1990 - 9 O 92/90, CR 1991, 223. Vgl. *Schroeder*, EIPR 1985, 19 ff. Allerdings lehnen einige Gerichte einen Laufbildschutz für Computerspiele ab; vgl. OLG Frankfurt, Urteil vom 13. Juni 1983 - 6 W 34/83, GRUR 1983, 753 (»PENGO«); Urteil vom 21. Juli 1983 - 6 U 16/83 = GRUR 1983, 757 (»DONKEY KONG JUNIOR«); Urteil vom 4. August 1983 - 6 U 19/83, GRUR 1984, 509 (»DONKEY KONG JUNIOR II«); LG Münster, Urteil vom 4. Oktober 1988 - 7 Qs 58/88 III = CR 1989, 927; Urteil vom 18. Oktober 1988 - 7 Qs 56/88 I = CR 1989, 928 mit Anm. von *Etter*.

22 Vgl. *Gravenreuth*, CR 1987, 161 ff.; *ders.*, DB 1986, 1005 ff.; *Syndikus*, CR 1988, 819 ff.; *Hoeren*, Computer Law & Practice 1990, 134 ff.; *Nordemann*, GRUR 1981, 891 ff.

23 Vgl. *Katzenberger*, GRUR Int. 1992, 513 ff.

24 Siehe *Bauer*, CR 1985, 5 ff.; *Haberstumpf*, GRUR 1986, 222 ff.; *Junker*, NJW 1991, 2117 ff.; *Marly*, Softwareüberlassungsverträge, 1991, 40 ff.; *Röttinger*, IuR 1986, 12 ff.; *Schroeder*, EIPR 1986, 88 ff.

25 BT-Drs. 11/4929.

26 Vgl. Kapitel II, Abschnitt E, 40 ff.

»Solch ein Leistungsschutzrecht hängt nicht von einem Standard an Kreativität ab und kann ausschließliche Rechte der Verbreitung und Vervielfältigung ebenso gewähren wie einen Schutz gegen Änderungen.«²⁷

Wie *Kindermann* bereits gezeigt hat²⁸, war dieser Vorschlag ungenügend. Die Statuierung eines neuen Leistungsschutzrechtes hätte eine kürzere Schutzfrist für Software bedeutet und wäre auch mit einem begrenzten Schutz von Software verbunden gewesen.²⁹ Darüber hinaus war dieser Vorschlag inkompatibel mit internationalen Trends bei der WIPO³⁰, dem GATT³¹, der AIPPI³² und der EG-Kommission, die alle für einen vollen Urheberrechtsschutz für Software votiert hatten. Deshalb zog die Regierung ihre Pläne für ein Urheberrechtsänderungsgesetz zurück, bis die EG-Richtlinie zum Softwareschutz in Kraft trat.

3. Die EG-Richtlinie

Die restriktive Haltung des BGH in bezug auf die Urheberrechtsfähigkeit von Software war einer der Hauptgründe für EG-Aktivitäten auf diesem Gebiet. Schon in ihrem im Juni 1988 veröffentlichten »Green Paper on Copyright«³³ kritisierte die Kommission den derzeitigen Rechtszustand in Deutschland als unbefriedigend und Gefährdung für die Vollendung des Binnenmarktes.

Dann legte die EG-Kommission bereits am 5. Januar 1989 einen ersten Vorschlag für eine Richtlinie des Rates über den Rechtsschutz von Computerprogrammen vor.³⁴ Dieser Entwurf wurde seitens der EDV-Industrie eingehend und kontrovers diskutiert und daraufhin grundlegend überarbeitet.³⁵ Nachdem das EG-Parlament zahlreiche inhaltliche Änderungen

27 BT-Drs. 11/4929, 43.

28 Vgl. *Kindermann*, CR 1989, 880 ff.

29 Vgl. §§ 85 Abs. 2, 87 Abs. 2, 94 Abs. 3 UrhG und Sect. 12 (3), 13 (3), 14 (2) and 15 (2) des British Copyright Act.

30 Für die WIPO siehe das Memorandum des International Bureau vom Juli 1991, WIPO/BCP/CE/I/2 und den Bericht über die erste Sitzung des Expertenkomitees für ein Protokoll zur RBÜ, Genf November 1991, WIPO/BCP/CE/I/4. Siehe zur Anwendbarkeit der RBÜ auf Software *Keustermans/Arckens* (Hrsg.), *International computer law*, 1992, § 8.03.

31 Vgl. Basic Framework of GATT Provisions on Intellectual Property, Statements of Views of the European, Japanese and United States Business Communities, 1988. Siehe ferner U.S. Proposal for Negotiations of Trade-Related Aspects of Intellectual Property Rights, Software Protection, January 1988, 14 ff.

32 Vgl. die Recordings of the AIPPI World Congress 1989 in Quebec, *L'informatique et le droit d'auteur*, 1990, 11 ff.

33 Green Paper on Copyright and the Challenge of Technology - Copyright Issues Requiring Immediate Action, COM (88) 172 final vom 7. Juni 1988.

34 COM (88) 816 final - SYN 1983 v. 12.4.1989 = GRUR Int. 1989, 564.

35 Vgl. zur scharfen Kritik aus der Reihe der Wissenschaft *Staines*, *EIPR* 1989, 183 ff.; *Vandenbergh*, *Informatierecht* 1989, 111 ff.

des Textes gefordert hatte³⁶, billigte das Parlament schließlich im April 1991 den geänderten Richtlinienentwurf, so daß der Verabschiedung der Richtlinie keine Hindernisse mehr im Weg standen. Am 14. Mai 1991 konnte der Ministerrat der Europäischen Gemeinschaften sein Placet zur Richtlinie geben und damit den nationalen Gesetzgebern aufgeben, die Regelungen dieser Richtlinie bis zum 1. Januar 1993 umzusetzen.³⁷

4. Das zweite Gesetz zur Änderung des Urheberrechtsgesetzes

Im April 1992 veröffentlichte das Justizministerium einen ersten Vorschlag für ein Urheberrechtsänderungsgesetz³⁸. Dieser Vorschlag muß als nicht offizielles Papier gewertet werden; nach dem Ministerium war es als erstes Diskussionspapier gedacht. Das Ministerium lud daraufhin 60 Organisationen zu einem Hearing im Mai 1992 ein. Zusätzlich konnten schriftliche Stellungnahmen dem Ministerium bis zum 15. Mai übersandt werden; eine große Anzahl der Kritik wurde in der Zwischenzeit zum Regierungsentwurf veröffentlicht³⁹. Am 19. Juni 1992 gab das Ministerium dann einen ersten Entwurf für ein »Zweites Gesetz zur Änderung des Urheberrechtsgesetzes«⁴⁰ heraus. Am 18. Dezember 1992 erschien der lang erwartete Regierungsentwurf⁴¹, der im wesentlichen auch vom Bundesrat gebilligt worden ist.⁴²

Das Gesetz ist - nach erfolgreicher Absolvierung aller parlamentarischen Hürden - am 24. Juni 1993 in Kraft getreten.⁴³ Damit ist die oben angegebene Umsetzungsfrist nicht eingehalten; dennoch ist die Richtlinie nicht zum 1. Januar 1993 »*self-executing*« geworden: Die Richtlinie enthält - wie noch zu zeigen sein wird - nicht nur Vorteile für den Bürger, sondern beseitigt vielmehr eine Reihe von Freiheiten (insbesondere die Weitervermietung und Bearbeitung). Damit fehlt es aber an einer wesentlichen Voraussetzung für die Annahme einer automatischen Bindung der Richtlinie; denn nach der Rechtsprechung des EuGH setzt eine solche Bindung voraus, daß dem Bürger lediglich Vorteile aus der Richtlinie er-

36 Vgl. ABl. EG 1990 Nr. C 213/78. Wegen der Stellungnahme des Wirtschafts- und Sozialausschusses siehe ABl. EG 1989 Nr. C 329/4.

37 ABl. EG Nr. L 122/42 vom 17. Mai 1991, 382. Vgl. hierzu unter anderem *Lehmann*, GRUR Int. 1991, 697 ff.

38 Abgedruckt in CR 1992, 383 - 384 = IuR-PC aktuell 5/1992, I f.

39 Vgl. *Lehmann*, CR 1992, 324 ff.; *Marly*, Iur-PC 1991, 1620 ff.; *Broy/Lehmann*, GRUR Int. 1992, 419 ff.

40 Referentenentwurf für ein »Zweites Gesetz zur Änderung des Urheberrechtsgesetzes«, Stand: 19. Juni 1992.

41 BT-Drs. 12/4022; vgl. auch ZRP 1992, 444 ff.

42 Siehe Anlage 2 zu BT-Drs. 12/4022, 18.

43 BGBl. I, 910 v. 23.6.1993; vgl. hierzu auch *Marly*, NJW-CoR 1993, 21 ff. Zur Umsetzung in anderen Mitgliedsstaaten siehe *Clifford Chance* (Hrsg.), European Software Directive - Progress to Date, 1992.

wachsen.⁴⁴ Generell ist das Gesetz eine einfache Übersetzung der Richtlinie ins Deutsche. Es gibt nur wenige Unterschiede zwischen dem Text der Richtlinie und dem deutschen Gesetz. Dieser Aspekt wurde vorab von Willi Erdmann, einem der Richter des ersten Senats des Bundesgerichtshofs, kritisiert⁴⁵: Er geht davon aus, daß die Umsetzung der EG-Richtlinie generell den Gerichten obliegen sollte. Diese Idee widerspricht jedoch Art. 10 der Richtlinie, der alle Mitgliedstaaten zu einer Änderung ihrer Gesetze verpflichtet.

Nach dem Änderungsgesetz wird der Schutz von Software in einem besonderen Abschnitt innerhalb des Urheberrechtsgesetzes geregelt (§ 69 a-g). Diese Konzeption ist besser als das dänische Modell, das den Schutz von Software in verschiedenen Teilen des Urheberrechts regelt⁴⁶. Die Bundesregierung betonte ausdrücklich, daß die Regelungen der EG-Richtlinie nicht gänzlich vereinbar mit dem bisherigen Urheberrecht seien.⁴⁷ Daher schien es dem Ministerium notwendig, ein spezielles Kapitel zum Softwareschutz in das deutsche Urheberrechtsgesetz aufzunehmen. Man befürchtete, daß ansonsten die Regelungen zum Softwareschutz dem traditionellen Urheberrecht zu stark widersprechen.

5. Änderungen der Rechtslage

a) Software als Werk der Literatur

Art. 1 der Richtlinie geht davon aus, daß die Mitgliedstaaten der EG Computerprogramme als literarische Werke urheberrechtlich schützen. Dabei wird ausdrücklich auf den Wortlaut der Revidierten Berner Übereinkunft (RBÜ) verwiesen; dieser Verweis auf die RBÜ soll dazu dienen, die Anwendung des internationalen Urheberrechts auf Computerprogramme zu garantieren.

Das Änderungsgesetz betont jedoch nicht ausdrücklich, daß Computerprogramme als literarische Werke angesehen werden sollen. Nach Art. 1 Abs. 1 soll § 2 des Urheberrechtsgesetzes mit der Wirkung geändert werden, daß »Sprachwerke, wie Schriftwerke, Reden und Computerprogramme« urheberrechtlich geschützt werden. Der Gesetzgeber betrachtet Computerprogramme damit als »Sprachwerke« und nicht als »Schriftwerke«. Diese Terminologie demonstriert die (deutschen) Probleme,

44 Vgl. zuletzt EuGH, Urt. v. 10. November 1992 - Rs. C-156/91 = NJW 1993, 315 f.; siehe hierzu auch Pieper, DVBl. 1990, 684 ff.; Bach, JZ 1990, 1108 ff.; Jarass, NJW 1990, 2420 ff.; Scherzberg, Jura 1993, 225, 226 ff.

45 Erdmann/Bornkamm, GRUR 1991, 877, 880.

46 Vgl. §§ 1 (2), 11 (2), 11a, 23 (1) and (2), 42a, 42 b des dänischen Lov om ophavsretten til litterære og kunstneriske værker. Siehe hierzu Arnadottir, GRUR Int. 1990, 290 ff.

47 BT-Drs. 12/4022, 7.

Software innerhalb der urheberrechtsfähigen Werke zu klassifizieren.⁴⁸ Zu Recht verwies der Bundesrat daher in seiner Stellungnahme darauf, daß Computerprogramme keine Sprachwerke im engeren Sinne seien.⁴⁹ Denn sie seien »nicht in der aus Worten und Sätzen bestehenden Sprache ausgedrückt (. . .), sondern in Kunstsprachen, die für die Erfordernisse der elektronischen Datenverarbeitung entwickelt worden sind.«⁵⁰ Die Bundesregierung hat sich dieser Kritik zunächst angeschlossen und den Wortlaut dahingehend geändert, daß nunmehr Sprachwerke *einschließlich* der Computerprogramme im Sinne von § 2 Abs. 1 Nr. 1 UrhG urheberrechtlich geschützt sind.⁵¹ Ob mit dieser Einstufung als Sprachwerk im weiteren Sinne mehr Klarheit geschaffen worden ist, dürfte zweifelhaft sein. Es kann daher niemanden verwundern, daß sich die vorgeschlagene Textänderung im endgültigen Gesetz nicht findet.

b) Definition der Software

Das Gesetz umschreibt den Begriff der Software ausdrücklich als »Computerprogramme in jeder Form und einschließlich ihrem Entwurfsmaterial« (§ 69 a Abs. 1). Diese Bestimmung entspricht Art. 1 Abs. 1 der Richtlinie und der Erläuterung im 7. Erwägungsgrund der Präambel. Das Ministerium hat jedoch den in der Richtlinie enthaltenen Hinweis auf »programms integrated in hardware« ausgelassen; ein solcher Hinweis fand sich noch im ersten Entwurf.

Auffällig ist hierbei, daß es sich bei § 69 a Abs. 1 nicht um eine Definition des Begriffs handelt. Die Bundesregierung hielt eine solche Definition für nicht »ratsam, da zu befürchten wäre, daß sie alsbald durch die Entwicklung überholt würde«⁵². Wie bereits an anderer Stelle ausführlicher begründet⁵³, führt dieser Regelungsverzicht dazu, daß die Abgrenzung des eigentlichen Programms von anderen Teilen eines Softwarepakets im dunkeln bleibt.

In Übereinstimmung mit der EG-Richtlinie wird sich der Schutz auf jede Form des Computerprogramms erstrecken (§ 69 a Abs. 2). Folglich wird sich das neue Urheberrechtsgesetz auf Object- und Sourcecode in gleicher Weise erstrecken. Einige Autoren haben zwar betont, daß sich der Urheberrechtsschutz nur auf den Sourcecode, nicht aber auf den Objectcode erstrecken könne, da letzterer eine rein technische Transforma-

48 Vgl. *Marly* (Fn. 39), 1620, 1622 f.

49 Anlage 2 zu BT-Drs. 12/4022, 18.

50 Anlage 2 zu BT-Drs. 12/4022, 18.

51 Anlage 3 zu BT-Drs. 12/4022, 19.

52 BT-Drs. 12/4022, 9.

53 Vgl. *Hoeren*, in: *Kurbel* (Hrsg.), *Wirtschaftsinformatik '93. Innovative Anwendungen, Technologie, Innovation*, 1993, 169, 178 ff.

tion des Sourcecodes sei.⁵⁴ Diese Meinung wird aber nach Inkrafttreten des geänderten Urheberrechtsgesetzes nicht mehr aufrecht zu erhalten sein.

c) Ausschluß des Schutzes

Ideen und Prinzipien, die einem Computerprogramm zugrunde liegen, einschließlich derjenigen, die den Schnittstellen zugrunde liegen, sind nicht schutzfähig (§ 69 a Abs. 2). Diese Aussage wiederholt nur ein generelles Prinzip des Urheberrechts: Die Idee eines Werkes ist generell nicht schutzfähig, während der Ausdruck und die Form dieser Idee urheberrechtlichen Schutz genießen können. Es ist allerdings sehr schwierig, wenn nicht gänzlich unmöglich, eine klare Unterscheidung zwischen Idee und Form vorzunehmen; eine ganze Anzahl von Autoren lehnt diese Unterscheidung als unklar und zweifelhaft ab. Die Bundesregierung hat jedoch diese schwierige Frage den Gerichten zur weiteren Klärung überlassen.⁵⁵

In Übereinstimmung mit der EG-Richtlinie regelt das Änderungsgesetz, daß die Prinzipien, die den »Schnittstellen« eines Programms zugrunde liegen, nicht urheberrechtsfähig sein können (§ 69 a Abs. 2). Das Gesetz enthält keine Definition des Begriffs »Schnittstelle«. Die Bundesregierung weist nur auf die Präambel der EG-Richtlinie hin, die den Begriff der Schnittstelle definiert als »the parts of the program which provide for... interconnection and interaction between elements of software and hardware«. ⁵⁶ § 69 a Abs. 2 führt insofern zu einer Reihe schwieriger Probleme: Ebenso wie die EG-Richtlinie enthält der Regierungsentwurf keine Äußerungen zu Programmiersprachen und zum Algorithmus. Es ist sehr unklar, warum die EG-Kommission diese Themen ausgelassen hat. Nur die Präambel zur Richtlinie macht einige Hinweise zu diesen Themen, in dem sie betont, daß die Ideen und Prinzipien, die den »logic, algorithms and programming languages« zugrunde liegen, nicht urheberrechtsfähig sein können. Dieser (nicht bindende) Hinweis kann nur dahingehend verstanden werden, daß Algorithmen und Programmiersprachen selbst urheberrechtsfähig sind.⁵⁷

d) Standard der Originalität

Nach § 69 a Abs. 3 des Änderungsgesetzes sind Computerprogramme schutzfähig, wenn sie individuelle Werke in dem Sinne darstellen, daß sie als das Ergebnis einer eigenen persönlichen Schöpfung des Autors an-
gesehen werden können.

54 Kullmann (Fn. 17), 92, 94; Waltl, Geschützte und nicht geschützte Computerprogramme, 1990, 74 f.

55 BT-Drs. 12/4022, 9.

56 BT-Drs. 12/4022, 9.

57 Anders aber Thomann, Grundriss des Softwareschutzes, 1992, 9, Fn. 31.

hen werden können. Alle anderen Kriterien zur Bestimmung der Schutzfähigkeit, insbesondere qualitative oder ästhetische Kriterien, sollen künftig verboten sein.

aa) Unterschiede zur EG-Richtlinie

Dieser Standard der Originalität unterscheidet sich leicht von dem der EG-Richtlinie. Art. 1 Abs. 3 der Richtlinie definiert die Originalität, die für die Annahme einer Urheberrechtsfähigkeit von Software erforderlich ist, wie folgt:

»A computer program shall be protected if it is original in the sense that it is the author's own intellectual creation. No other criteria shall be applied to determine its eligibility for protection.«

Es fällt sofort auf, daß Art. 1 Abs. 3 der Richtlinie im Gegensatz zum Änderungsgesetz keine Hinweise hinsichtlich der qualitativen oder ästhetischen Kriterien enthält. Dieses eigentümliche Element des Änderungsgesetzes wurde aus der Präambel der Richtlinie entnommen; dort wird ausdrücklich betont, daß »no tests as to the qualitative or asthetic merits of the program shall be applied«. Der Text der Präambel ist jedoch nicht bindend und braucht daher nicht in die Mitgliedstaaten umgesetzt zu werden. Die EG-Kommission wollte also offensichtlich nicht das Verbot qualitativer oder ästhetischer Tests zum Gegenstand des rechtlich bindenden Teils der Richtlinie machen. Warum hat sich dann aber der Gesetzgeber dafür entschieden, insoweit dieser Entscheidung zu widersprechen und Teile der Präambel zu übernehmen?

bb) Das deutsche Problem mit Art. 1 Abs. 3 der Richtlinie

Deutschland hat eine Reihe von Problemen mit Art. 1 Abs. 3 der Richtlinie: Nach der Richtlinie soll ein Programm nur geschützt sein, wenn es eine »own intellectual creation« eines Autors repräsentiert.

Dies ist genau die gleiche Definition, die das deutsche Urheberrechtsgesetz in § 2 Abs. 2 enthält: Hiernach ist ein Werk originell, wenn es eine persönliche (»own«), »geistige« (intellectual) »Schöpfung« (creation) beinhaltet. Der Bundesgerichtshof ging in seinen Entscheidungen davon aus, daß sein »Durchschnittsprogrammierer«-Test der richtige Weg zur Feststellung einer persönlich geistigen Schöpfung darstellt. Daher würde Art. 1 Abs. 3 der Richtlinie auch nach entsprechender Umsetzung nicht den Bundesgerichtshof dazu zwingen, seine restriktive Rechtsprechung hinsichtlich der Urheberrechtsfähigkeit von Software aufzugeben.⁵⁸

⁵⁸ Vgl. Koch/Schnupp, Software-Recht, 1991, 35; Hoeren, Computer Law & Praticce 7, 1991, 246 ff.

cc) Die Präambel der EG-Richtlinie und der deutsche Regierungsentwurf

Deutsche Computerrechtler haben aufgezeigt, daß ein Verbot qualitativer oder ästhetischer Kriterien für den Bundesgerichtshof das Aus seiner bisherigen Rechtsprechung bedeuten würde.⁵⁹ Der Durchschnittsprogrammierer-Test basiert auf der Idee, daß urheberrechtsfähige Software sehr hohe Qualitätsstandards erfüllen muß. Dieser Idee widerspricht ein Konzept von Urheberrecht, das qualitative oder ästhetische Standards verbietet. Dieses neue Konzept, das in der Präambel der Richtlinie seinen Niederschlag gefunden hat, hat die Wirkung, daß jedes triviale, banale oder alltägliche Programm urheberrechtlich geschützt werden kann.

Das Änderungsgesetz übernimmt dieses neue Konzept, um den Widerstand der Gerichte gegen einen urheberrechtlichen Schutz von Software zu brechen. Nach § 69 a Abs. 3 ist ein Computerprogramm geschützt, wenn es ein individuelles Werk in dem Sinne darstellt, das es das Ergebnis der eigenen geistigen Schöpfung ihres Urhebers ist; zur Bestimmung seiner Schutzfähigkeit dürfen keine qualitativen oder ästhetischen Kriterien mehr zur Anwendung kommen.

Dadurch wird sich die Rechtslage in Deutschland fundamental ändern: Jeder Softwarehersteller wird von der Urheberrechtsfähigkeit seines Produktes ausgehen können. Softwarepiraterie wird in jeder Form verfolgt - ohne Unterschied zwischen der kommerziellen oder privaten Nutzung der Raubkopie und ohne Differenzierung zwischen Standard- und Individualsoftware.

dd) Der Inhalt des Begriffs »Qualitativ«

Allerdings ist die Terminologie des Änderungsgesetzes vage und zweideutig. Auf der einen Seite verbietet § 69 a Abs. 3 die Verwendung qualitativer oder ästhetischer Kriterien. Auf der anderen Seite definiert das Gesetz aber die Begriffe »qualitativ« oder »ästhetisch« nicht.

In der Begründung⁶⁰ wird hierzu betont, daß § 69 a Abs. 3 sich auf die sogenannte »kleine Münze« des Urheberrechtsschutzes bezieht: Das Gesetz schütze »auch einfache Computerprogramme«⁶¹, sofern sie »nicht völlig banal und zumindest als »kleine Münze« geschützt« seien.⁶²

Die Idee der kleinen Münze wurde von verschiedenen Gerichten zu Beginn dieses Jahrhunderts entwickelt⁶³. Diese Gerichte gingen davon

59 Heymann, CR 1990, 10 ff.

60 BT-Drs. 12/4022, 9 und 10. Ähnlich bereits Broy/Lehmann (Fn. 39), 421.

61 BT-Drs. 12/4022, 8.

62 BT-Drs. 12/4022, 10.

63 Siehe die Hinweise bei Schulze, Die kleine Münze und ihre Abgrenzungproblematik bei den Werkarten des Urheberrechts, 1983, 13 ff.

aus, daß Telefonbücher, Sammlungen von Rezepten oder Preislisten urheberrechtsfähig sein könnten, wenn

- die Art und Weise, in der die Fakten gesammelt sind, individuelle und kreative Elemente beinhalte und
- diese Elemente nicht alltäglich und banal seien.

Damit ist das Konzept der »kleinen Münze« verbunden mit ästhetischen und qualitativen Elementen. Um die Banalität eines Programms feststellen zu können, bedarf es ebenfalls der Qualifizierung seiner kreativen Elemente. Deshalb erlaubt es das Änderungsgesetz auch nicht, sich auf die »kleine Münze« zu beziehen. Jedes triviale Programm ist urheberrechtsfähig, sofern es nur ein individuelles Element enthält.

ee) Der Vergleich mit dem anglo-amerikanischen Standard

Viele Kommentare zur Richtlinie betonen, daß die Definition der Originalität in der Richtlinie durch den anglo-amerikanischen Schutzstandard beeinflußt sei, der alle qualitativen Tests für die Bestimmung von Originalität ausschließe.⁶⁴

Diese Sichtweise ist jedoch zweifelhaft: Zwar sind nach amerikanischem Urheberrecht alle Werke geschützt, die vom Autor herrühren und nicht unmittelbar kopiert worden sind.⁶⁵ Aber zusätzlich darf das Programm nicht trivial oder banal sein. In der berühmten Entscheidung *Bleistein v. Donaldson Lithographie Co.*⁶⁶ urteilte der berühmte amerikanische Richter *Justice Holmes*, daß qualitative Kriterien nicht im Urheberrecht angewendet werden können - »outside of the narrowest and most obvious limits«. Letzter Zusatz ist der Grund, warum viele US-Entscheidungen die Urheberrechtsfähigkeit von Werken wegen ihrer Trivialität oder dem Fehlen von Kreativität verneint haben.⁶⁷

Diese Argumentation wurde erst vor kurzem durch den US Supreme Court in seiner Entscheidung *Feist Publication Inc. v. Rural Telephone Service Co. Inc.*⁶⁸ bestätigt. Die Richter betonten in dieser Entscheidung, daß Originalität »necessitates independent creation plus a minimum of creativity«. ⁶⁹ Das Gericht betonte in dieser Entscheidung, daß Werke ge-

64 So zum Beispiel *Small*, IPB Review 3, 1989, 24; *Higham*, The Law Society's Gazette, 9/1991, 27.

65 Siehe *Bell & Co. v. Catalda Fine Arts, Inc.*, 191 F. 2d 99, 102 (2d Cir., 1951). Vgl. *Keustermans/Arckens* (Fn. 30), § 7.49.

66 188 US 239, 250 (1903).

67 *Consumer Union of United States, Inc. v. Hobart Mfg. Co.* 199 F. Supp. 860 (S.D.N.Y. 1961); *Tate Co. v. Jiffy Enterprises Inc.* 16 F.R.D. 571 (E.D. Pa. 1954); *Kanover v. Marks*, 91 U.S.P.Q. 370 (S.D.N.Y. 1951); *Smith v. Muehlebach Brewing Co.*, 140 F. Supp. 729 (S.D. Mo. 1956).

68 Decision of March 27, 1991, published in 18 USPQ2d 1275. Die Entscheidung ist auch veröffentlicht in: *Dommering/Hugenholtz* (Hrsg.), Protecting works of fact, 1991, 97 ff.

69 18 USPQ2d 1276.

nerell nur urheberrechtsfähig sind, wenn sie zumindest ein »some minimal degree of creativity« beinhalten.⁷⁰ Daher ging der Supreme Court davon aus, daß eine Sammlung von Fakten nicht urheberrechtsfähig sein könne, wenn diese Sammlung alltäglich sei.⁷¹

Die gleiche Situation findet sich in Großbritannien. Wie in den Vereinigten Staaten verweigerten britische Gerichte einen Urheberrechtsschutz für Werke, die aus alltäglichen Elementen bestehen⁷². Die Richter betonten in zahlreichen Entscheidungen, daß die Urheberrechtsfähigkeit von einem substantiellen Bemühen des Autors getragen sein müsse.⁷³ Deshalb ging der South African Supreme Court 1982⁷⁴ davon aus, daß es keinen Urheberrechtsschutz für ein Programm geben könne, das »too trivial« sei.

Diese Erwägungen zeigen, daß ein Minimum an qualitativen oder ästhetischen Verdiensten wichtig für einen Urheberrechtsschutz selbst in anglo-amerikanischen Staaten ist. Wäre dem nicht so, ist jedes vierzeilige Basic Programm, daß von einem Schuljungen geschrieben worden ist, urheberrechtsfähig. Deshalb definierte noch das »Green Paper« Originalität durch einen niedrigeren, qualitativen Standard:

»Programms should be protected where they are original in the sense that they are the result of their creator's own intellectual effort and are not commonplace in the software industry.«⁷⁵

Mit der EG-Richtlinie und ihrer Umsetzung ist es jedoch unmöglich geworden, irgendeinen qualitativen Test zu verwenden, auch wenn es einen nicht-qualitativen Test nicht gibt. Im Ergebnis wird hier von der Schutzhöhe her ein Recht geschaffen, das unterhalb der Leistungsschutzrechte anzusiedeln ist, dessen Schutzzumfang aber uneingeschränkt dem Urheberrecht entspricht. Dieser Systembruch ist aus deutscher Sicht nicht mehr zu kitten; er wird fatale Folgen haben - es sei denn, die Rechtsprechung weicht vom Wortlaut der neuen Bestimmungen ab.

6. Zusammenfassung und dogmatischer Rückblick

Mit der Umsetzung der EG-Richtlinie wird der Schutzstandard für Software derart herabgesetzt, daß jedes - auch noch so triviale - Programm

70 18 USPQ2d 1278.

71 18 USPQ2d 1276.

72 Dutt S.K. v. Law Book Co. (1954) ALJ. 125; Gouindan v. Gopalakrishna Kone (1955) Mad. W.N. 369.

73 MacMillan & Co. Ltd. v. Cooper (K.& J.) (1923) 40.T.L.R. 186; G.A. Cramp & Sons Ltd. v. Frank Smythson Ltd. (1944) AC 329; Exxon Corporation v. Exxon Insurance Consultant International Ltd. (1982) Ch. 119; Independent Television Publications Ltd. v. Time Out Ltd. (1984) F.S.R. 64.

74 Northern Office Micro Computers v. Rosenstein (1982) F.S.R. 124.

75 COM (88) 172 final, 200 (Rz. 5.8.2.). Vgl. *van Rij*, International Media Law 6 (1988), 75, 76; *Sterling*, Computer Law & Practice, November/December 1988, 64, 65 f.

vollen urheberrechtlichen Schutz genießt. Damit stellt sich aber die Frage nach der rechtsdogmatischen Verankerung dieses neuen Schutzrechts: Ist das nunmehr Geschaffene wirklich noch »Urheberrecht«? Oder geht es nicht doch um die Entwicklung eines Recht sui generis?

Für eine Einstufung als Urheberrecht spricht § 69 a Abs. 4, der für alle nicht besonders geregelten Fragen das »normale« Urheberrecht für anwendbar erklärt. Auch sonst spricht das Gesetz immer von urheberrechtlichem Schutz der Software.⁷⁶ Der künftige § 2 Abs. 1 Nr. 1 UrhG und die darin enthaltene Hinweis auf die Einordnung der Software als Sprachwerk sprechen dafür, daß Computerprogramme prinzipiell den gleichen Schutz wie andere Werkarten genießen sollen.

Auf der anderen Seite wird in der Begründung zum Änderungsgesetz aber darauf verwiesen, daß »zwischen der neuen Werkart Computerprogramme und den traditionell durch das Urheberrecht geschützten Arten von Werken Unterschiede bestehen, die Sonderregelungen für Computerprogramme erfordern.«⁷⁷ Schon die Einfügung eines eigenen, achten Abschnitts in das UrhG spricht dafür, daß doch für Software ein Sui-Generis-Schutz intendiert ist. Zwar finden sich in §§ 88-94 UrhG auch Sonderbestimmungen für Filmwerke, die nicht auf einen Sonderrechtsschutz für diese Werkart schließen lassen. Anders als bei dieser Regelung enthalten die §§ 69 a-g jedoch auch eine eigene Definition der Schutzfähigkeit, die zu einer Herabsetzung der Schutzhöhe für den Computerbereich führt. Damit stehen § 2 und §§ 69 a-g in einem Spannungsverhältnis, das nur durch die Annahme eines Sonderrechtsschutzes für Software gelöst werden kann.

III. Der Schutzhaber

1. Bisherige Regelungen

Die kontinentaleuropäische Urheberrechtstradition hat zahlreiche Probleme mit der Entwicklung von Werken im Beschäftigungsverhältnis.⁷⁸ Seit der französischen Revolution wird es als unveräußerliches Menschenrecht betrachtet, seine Kreativität in originellen Werken auszudrücken. Deshalb wird der Schöpfer eines Werkes als Inhaber aller Rechte angesehen, selbst wenn er von einem Arbeitgeber mit der Entwicklung dieses Werkes beauftragt worden ist (vgl. § 29). Darüber hinaus läßt das deutsche Urheberrecht juristische Personen als Inhaber von Urheberrechten nicht zu.

Folglich wird der Arbeitnehmer grundsätzlich als Urheber qualifiziert; vertragliche Beschränkungen dieses Prinzips sind ungültig. Der Arbeitge-

76 BT-Drs. 12/4022, 8, 10 u.a.

77 BT-Drs. 12/4022, 7.

78 *Vivant*, in: *Meijboom/Prins (Hrsg.)*, *The Law of Information Technology in Europe* 1992, 1991, 103, 110.

ber erwirbt kein Urheberrecht an der Software, selbst wenn er seinen Arbeitnehmer zur Entwicklung neuer Software beschäftigt.⁷⁹

Allerdings kann sich der Arbeitgeber ausschließliche oder einfache Nutzungsrechte an der Software vertraglich ausbedingen. Selbst wenn er dies im Arbeitsvertrag nicht tut, sollen ihm diejenigen Rechte zukommen, die nach dem Zweck des Arbeitsvertrages erforderlich sind (§ 31 Abs. 5 i.V.m. § 43 UrhG).⁸⁰ Die Anwendung dieses sogenannten Zweckübertragungsprinzips macht allerdings bei Software Schwierigkeiten.

Inmitten der verschiedenen diskutierten Ansichten hat sich eine Art »Opinio Communis« in folgender Hinsicht entwickelt⁸¹:

- Wenn ein Arbeitnehmer hauptsächlich für die Entwicklung von Computerprogrammen beschäftigt worden ist, hat der Arbeitgeber einen Anspruch auf Übertragung einer ausschließlichen Lizenz, um die geschaffene Software kommerziell ausnutzen zu können.⁸²
- Ein Arbeitnehmer, der Software zwar nicht hauptsächlich, aber nebenbei im Rahmen seines Beschäftigungsverhältnisses entwickelt, muß dem Arbeitgeber ein einfaches Nutzungsrecht an der Software gewähren, damit dieser die Software in seinem Geschäftsbetrieb einsetzen kann.⁸³ Zweifelhaft bleibt jedoch, ob dem Arbeitgeber in dieser Konstellation auch ein ausschließliches Nutzungsrecht zukommen soll⁸⁴.
- Ein Arbeitnehmer darf Software frei nutzen und verwerten, die er außerhalb der Arbeitszeit entwickelt hat. Es wurde bislang aber diskutiert, ob nicht bestimmte Vorschriften des Patentrechts in einem solchen Fall analog angewandt werden können.⁸⁵ Streitig ist insbesondere, ob der Arbeitnehmer den Arbeitgeber unter bestimmten Voraussetzungen über

79 Vgl. zu diesem Themenkreis allgemein Holländer, Arbeitnehmerrechte an Software, Diss. Bayreuth 1991; Scholz, Die Rechtsstellung des Computerprogramme erstellenden Arbeitnehmers nach Urheberrecht, Patentrecht und Arbeitnehmererfindungsrecht, 1989.

80 BAG, Urteil vom 13. September 1983 - 3 AZR 371/81, GRUR 1984, 429; BGH, Urteil vom 22. Februar 1974 - I ZR 128/72, GRUR 1974, 480. Siehe auch Buchner, in: Lehmann (Fn. 2), 266 ff.; Holländer (Fn. 79), 122 ff. mit weiteren Nachweisen.

81 Vgl. aus der reichen Literatur zu diesem Thema Zabymt, DV-Verträge: Rechtsfragen und Rechtsprechung, Loseblattausgabe Stand Mai 1993, Kapitel 11; Koch, Urheberrechte an Computer-Programmen sichern; ein aktueller Rechtsratgeber für die Gestaltung von Arbeits- und Nutzungsverträgen mit Programmentwicklern, 1986; ders., CR 1985, 86 (I) und 1986, 145 (II); Buchner (Fn. 80), 266 ff.; Sundermann, GRUR 1988, 350 ff.; Kolle, GRUR 1985, 1016 ff.

82 Vgl. OLG Karlsruhe, Urteil vom 27. Mai 1987, CR 1987, 763; LAG München, Urteil vom 15. Mai 1986, CR 1987, 509; LAG Schleswig-Holstein, Urteil vom 24. Juni 1981, BB 1983, 994; OLG Koblenz, Urteil vom 13. August 1981, BB 1983, 992.

83 BGH, Urteil vom 9. Mai 1985, CR 1985, 22.

84 Koch, CR 1985, 89; Buchner (Fn. 80), 273.

85 Buchmüller, Urheberrecht und Computersoftware, Diss. Münster 1987, 99; Henkel, BB 1987, 836 f.

seine Erfindung informieren und ihm die Erfindung anbieten muß (§ 19 des Arbeitnehmererfindungsgesetzes⁸⁶ analog).⁸⁷

- Der Arbeitgeber hat keine Rechte an Software, die vor Beginn des Arbeitsverhältnisses oder nach Beendigung des Arbeitsverhältnisses entwickelt worden ist.⁸⁸ Ein Softwareentwickler darf jedoch auch nicht die Entwicklung eines Programms stoppen, um sein Beschäftigungsverhältnis zu lösen und dann das Programm später für sich selbst auszunutzen; tut er dies, bekommt der Arbeitgeber eine ausschließliche Lizenz, obwohl das Programm unabhängig vom Beschäftigungsverhältnis zu Ende entwickelt worden ist.⁸⁹
- Der Arbeitnehmer hat - anders als im Patentrecht - keinen Anspruch auf Lizenzgebühren für die Nutzung und Verwertung seiner Software durch den Arbeitgeber, da er bereits durch seinen Lohn für die Entwicklung des Programms bezahlt worden ist.⁹⁰ Es wird allerdings zum Teil in Literatur und Rechtsprechung überlegt, dem Arbeitnehmer eine Sonderbelohnung zu gewähren, wenn dessen Lohn außerordentlich disproportional zum ökonomischen Erfolg seiner Software war (»Sonderleistungstheorie«).⁹¹
- Die unveräußerlichen Urheberpersönlichkeitsrechte bleiben immer beim Arbeitnehmer. Diese Rechte beinhalten vor allem das Recht, als Autor benannt zu werden und das Recht, die Software zu bearbeiten (§ 39); hinzu kommen weitere Nebenrechte (Recht auf Zugang zu Werkstücken gem. § 25 UrhG; Rückrufsrechte gem. §§ 41 f. UrhG u. a.). Diese Rechtslage ist sehr unvorteilhaft für den Arbeitgeber - besonders im Vergleich zum anglo-amerikanischen Urheberrechtssystem, wo der Arbeitgeber als Urheber des entwickelten Programms gilt. Allerdings wird in der Literatur ein vertraglicher Verzicht auf die Ausübung dieser Persönlichkeitsrechte für möglich erachtet.⁹²

86 Gesetz über Arbeitnehmererfindungen vom 25. Juli 1957, BGBl. 1957 I, 756. Vgl. hierzu *Junker*, Computerrecht, 1988, 238 ff.

87 Vgl. *Buchmüller* (Fn. 85), 98 ff.; *Däubler*, AuR 1985, 169, 174 f. *Kolle*, GRUR 1985, 1016, 1020.

88 BGH, Urteil vom 10. Mai 1984 - I ZR 85/82, GRUR 1985, 129; LAG München, Urteil vom 16. Mai 1986 - 4 Sa 28/86, Recht der Datenverarbeitung 1987, 145.

89 BGH, Urteil vom 21. Oktober 1980 - X ZR 56/78, NJW 1981, 345.

90 LAG, Urteil vom 16. Mai 1986 - 4 Sa 28/26, Recht der Datenverarbeitung 1987, 145. Vgl. hierzu auch *Ullmann*, CR 1986, 504 ff.

91 BAG, Urteil vom 30. April 1965, GRUR 1966, 88. Teilweise wird auch auf § 36 UrhG rekurriert; vgl. *Fromm/Nordemann/Vinck*, Urheberrecht, 7. Aufl. 1988, § 36 Rz. 4; *Buchner*, GRUR 1985, 1 ff.

92 *Seetzen*, Der Verzicht im Immaterialgüterrecht, 1969, 49 ff.; *Schriker*, in: FS für *Hubmann*, 1985, 409 ff.

2. Die neuen Regelungen

Die EG-Richtlinie zum Softwareschutz hat jedoch zu einer Änderung des deutschen Rechts in Richtung auf die anglo-amerikanische Haltung geführt.

Nach Ansicht des Gesetzgebers brauchen Art. 2 Abs. 1 und Abs. 2 sowie Art. 3 der Richtlinie nicht in deutsches Recht umgesetzt zu werden⁹³. Wie bereits erwähnt, enthält das traditionelle Urheberrechtsgesetz bereits eine Regelung, wodurch der Autor eines Werkes die natürliche Person oder die Gruppe der natürlichen Personen sein soll, die das Werk geschaffen haben. Die deutschen Gesetzgeber wollen jedoch nicht juristische Personen als Autoren akzeptieren.

In § 69 b Abs. 1 beschäftigt sich das Änderungsgesetz mit dem Urheberrecht in Beschäftigungsverhältnissen. Wenn ein Computerprogramm von einem Arbeitnehmer in der Ausführung seiner arbeitsvertraglichen Pflichten oder gemäß den Instruktionen seines Arbeitgebers entwickelt worden ist, sollen dem Arbeitgeber ausschließlich alle wirtschaftlich relevanten Rechte zustehen, es sei denn, der Vertrag sieht etwas anders vor. Diese Regelung soll sich auch auf Arbeitsverträge der öffentlichen Hand beziehen (§ 69 b Abs. 2).⁹⁴ Für Auftragsverhältnisse kommt die Regelung jedoch nicht zur Anwendung; insofern kommt es künftig auf die (schwierige) Abgrenzung von Auftrag und Arbeitsvertrag entscheidend an.

Die Regelung des § 69 b führt zu einer wichtigen Änderung im deutschen Urheberrecht⁹⁵: Der Arbeitgeber bekommt alle wirtschaftlichen Rechte, selbst wenn sein Arbeitnehmer nicht als Vollzeit-Softwareentwickler beschäftigt wird. Zusätzlich braucht er seine Rechte nicht mehr einzuklagen, falls sich der Arbeitnehmer diesbezüglich weigert; statt dessen wird er Inhaber der Rechte, selbst im Falle einer Verweigerung durch den Arbeitnehmer. Kraft Gesetzes sind dem Arbeitgeber - wie es in der Gesetzesbegründung zu § 69 b heißt - »die vermögensrechtlichen Befugnisse (. . .) vollständig zuzuordnen«.⁹⁶

Problematisch ist allerdings, ob der Arbeitgeber damit auch die Vergütungsansprüche nach § 54 Abs. 1 UrhG geltend machen kann. Eine solche Geräteabgabe könnte gerade für den Vertrieb von Hardware interessant sein, die typischerweise zur Vervielfältigung von Software im Rahmen von § 53 Abs. 1 und 2 eingesetzt wird; auch für Disketten käme eine solche Abgabe in Betracht (zur Anwendbarkeit des § 53 siehe V.4). Allerdings spricht das Gesetz diese Ansprüche nur dem »Urheber« zu. Ferner geht

93 BT-Drs. 12/4022, 10.

94 Vgl. zu dem schwierigen Problem des Urheberrechts an Hochschulen, das trotz § 69 b Abs. 2 einer Lösung harrt, *Hubmann/Preuss*, Mitteilungen des Hochschulverbandes 1986, 31 ff.; *Loeper*, *WissR* 1986, 133 ff.

95 Vgl. hierzu ausführlich *Sack*, *BB* 1991, 2165 ff.

96 BT-Drs. 12/4022, 10.

die herrschende Meinung für den Filmhersteller, dem über § 89 UrhG eine vergleichbare Stellung eingeräumt worden ist, davon aus, daß er nicht Inhaber des Vergütungsanspruchs aus § 54 Abs. 1 UrhG ist.⁹⁷

Der Begriff »wirtschaftliche Rechte« beinhaltet nicht die Urheberpersönlichkeitsrechte. Diese ideellen Rechte wollen weder die EG-Richtlinie noch das Änderungsgesetz regeln⁹⁸; es bleibt insofern beim alten Recht. Deshalb darf der Urheber eines Programmes selbst in Beschäftigungsverhältnissen folgende Rechte wahrnehmen;

- das Recht darüber zu entscheiden, ob und wo das Recht veröffentlicht oder verbreitet wird,
- das Recht, als Autor genannt zu werden, und besonders
- das Recht, Änderungen des Werkes als entstellend abzulehnen.

Diese Rechte sind unveräußerlich und können auch nicht im Rahmen von Arbeitsverträgen übertragen werden. Ob ein Verzicht auf die Ausübung dieser Rechte möglich ist, dürfte einer Klärung durch die Gerichte bedürfen.⁹⁹

IV. Rechte des Urhebers

Nach dem traditionellen Urheberrecht hat der Urheber unter anderem das ausschließliche Recht

- zur Vervielfältigung seines Werkes (§ 16),
- der Verbreitung seines Werkes (§ 17)
- der Verwertung oder Veröffentlichung jeder Bearbeitung seines Werkes (§ 23).

Der Umfang dieser Rechte ist in vielerlei Hinsicht durch die Richtlinie und das neue Gesetz geändert worden.

1. Das Vervielfältigungsrecht

Während der letzten Jahre gab es eine große Diskussion um den Begriff »Vervielfältigung«. Diese Diskussion war bedingt durch die Tatsache, daß das deutsche Urheberrechtsgesetz keine Definition dieses Begriffes enthielt. § 16 Abs. 1 betonte lediglich, daß das Vervielfältigungsrecht das Recht zur Herstellung von Kopien des Werkes sei. Diese Rechtslücke führte zu eini-gen Zweifeln darüber, ob das Vervielfältigungsrecht auch das Laden der Software in den Arbeitsspeicher und den anschließenden Programmablauf umfasse.¹⁰⁰ Die Klärung dieser Frage hängt davon ab, ob

97 Vgl. *Fromm/Nordemann/Hertin*, Urheberrecht, 8. Aufl. 1988, Rz. 2.

98 BT-Drs. 12/4022, 10.

99 Vgl. hierzu *Fromm/Nordemann/Hertin* (Fn. 97), Rz. 3 ff. m.w.N.

100 *Ernestus*, CR 1989, 784 ff.; *Haberstumpf*, CR 1987, 409 ff.; *Loewenbeim*, in: FS für *v. Gamm*, 1990, 423 ff.; *Röttinger*, IuR 1987, 267 ff.

eine Vervielfältigung die Fixierung des Werkes erfordert. Die deutschen Gerichte haben bis jetzt diese kontroverse Frage noch nicht entschieden; der Bundesgerichtshof weigerte sich, die Frage im Nixdorf-Fall zu entscheiden.¹⁰¹ Deshalb entstanden eine Reihe von Folgediskussionen, z. B., ob das Laden der Software in die Work Station eines lokalen Netzwerkes eine Vervielfältigung im Sinne des Urheberrechts beinhaltet.

Leider beinhalten weder die Richtlinie noch das Änderungsgesetz eine detailliertere Definition des Vervielfältigungsbegriffs. Insbesondere entscheidet das Gesetz nicht darüber, ob das Laden, das Speichern oder der Lauf eines Programms als Vervielfältigung anzusehen sind. § 69 c Nr. 1 wiederholt einfach den Wortlaut von Artikel 4 Buchst. a der EG-Richtlinie, wonach

»in so far as loading, displaying, running or storage of the computer program necessitate such reproduction, such acts shall be subject to authorisation by the right holder«.

Diese Regelung geht davon aus, daß das Laden oder Laufenlassen eines Computerprogramms grundsätzlich keine Vervielfältigung beinhaltet. Eine Zustimmung des Urhebers soll für diese Handlung nur erforderlich sein, wenn sie eine Vervielfältigung im Einzelfall erfordern.

Diese Auslegung der Vorschrift wird unterstützt durch *Jean François Verstrynge* (EG-Kommission), der anlässlich seines Referats bei der World Computer Law Congress 1991 in Los Angeles betonte:

»the Commission never intended to say, and indeed never said that other acts which involve reproduction of the program, like transmission or storage, are themselves restricted acts. If they can be performed without reproducing the program, as some of them may well be in the not too distant future, then they fall outside the control of the rightholder under copyright law. But if they involve a reproduction, be it only a temporary one, they fall under the scope of the exclusive right¹⁰².«

Folglich wird in Zukunft kräftig darüber gestritten werden müssen, was mit Vervielfältigung gemeint ist. Damit ist eine der zentralsten Fragen des Computerrechts ungeklärt und offen für künftige gerichtliche Auseinandersetzungen. Die Frage des Ladens in den Arbeitsspeicher ist eben nicht nur eine technische Lappalie, sondern der Aufhänger für die urheber- und vertragsrechtliche Beurteilung jedweder Nutzung von Software, die ohne den Ladevorgang nicht denkbar ist. Stellt man rein technisch auf die Zwischenspeicherung im RAM-Speicher als urheberrechtlich relevantem Vorgang ab, bekommt der Urheber von Software weitreichende Mitsprache-rechte und damit auch Vergütungsansprüche bei jedem Einsatz von Software - auch durch Zweiterwerber und Dritte. Ob diese technische Sicht dem Urheberrecht wirklich gerecht wird, ist die zu klärende Grundsatz-

101 Urteil vom 4. Oktober 1990 - I ZR 138/89, CR 1991, 80.

102 *Verstrynge*, Protecting Intellectual Property Rights within the New European Framework - Computer Software, Paper presented at the World Computer Law Congress 1991, April 18- 20, Westin Bonaventura, Los Angeles, 8.

frage; bislang obsiegte eine wirtschaftliche Betrachtungsweise im Urheberrecht immer über technische Zufälligkeiten.

2. Verbreitungsrecht

Hinsichtlich der Verbreitung von Software soll dem Urheberrechtsinhaber das ausschließliche Recht zustehen, das Programm der Öffentlichkeit anzubieten und es auf den Markt zu bringen (§ 17 Abs. 1). Das Verbreitungsrecht ist jedoch beschränkt durch den Erschöpfungsgrundsatz, der sich in § 17 Abs. 2 des Urheberrechtsgesetzes wiederfindet. Dieser Grundsatz geht davon aus, daß das Verbreitungsrecht erschöpft ist, sobald das Werk mit Zustimmung des Urhebers im Wege der Veräußerung auf den Markt gebracht worden ist.

a) Weiterverkauf

Lange Zeit war es unklar, ob dieser Erschöpfungsgrundsatz sich auch auf Softwareverträge erstreckt¹⁰³. Diese Unsicherheit bezog sich vor allem auf die Frage, ob ein Softwarevertrag eine Veräußerung im Sinne von § 17 Abs. 2 sein könne.

Diese Frage wurde kontrovers diskutiert. In der Zwischenzeit hat der Bundesgerichtshof in drei Fällen entschieden, daß Individual- und Standardsoftware regelmäßig im Wege von Kauf- und Werkverträgen auf den Markt gebracht werden, selbst wenn solche Verträge als »Lizenzen« bezeichnet werden.¹⁰⁴

Das Oberlandesgericht Nürnberg war das erste Gericht, das diese vertragsrechtliche Klassifizierung auf den Erschöpfungsgrundsatz anwandte¹⁰⁵: Die Richter gingen davon aus, daß dieser Grundsatz auf Softwareverträge anzuwenden sei, so daß der Hersteller oder Händler eines Betriebssystems nicht den Weiterverkauf seiner Software untersagen könne. Jede vertragliche Beschränkung des Weiterverkaufs veräußerter Software ist danach unwirksam in Deutschland.

Dieses Rechtskonzept wurde von der EG-Softwareschutzrichtlinie aufgegriffen. Die EG-Richtlinie betont ausdrücklich, daß der erste Verkauf einer Programmkopie innerhalb der Europäischen Gemeinschaft das Verbreitungsrecht des Urhebers erschöpfe (Art. 4 Buchst. c); die gleiche Regelung ist Bestandteil des Änderungsgesetzes (§ 69 c Nr. 3). Diese Bestim-

103 Einige Stimmen vertreten bis heute, daß der Erschöpfungsgrundsatz beim Vertrieb von Software nicht eingreife, da es sich insofern nur um Lizenzen handele; vgl. *Moritz*, CR 1989, 1084 ff. Diese Sichtweise wird von vielen EDV-Rechtlern abgelehnt; vgl. *Hoeren*, Softwareüberlassung als Sachkauf, 1989, 58 ff.; *Schneider*, Softwarenutzungsverträge im Spannungsfeld von Urheber- und Kartellrecht, 1989, 128 ff.; *Bartsch*, CR 1987, 8 ff.

104 Urteil vom 20.6.1989 - 3 U 1342/88 = NJW 1989, 2634 = CR 1990, 118

105 Urteil vom 20.6.1989 - 3 U 1342/88 = NJW 1989, 2634 = CR 1990, 118.

mungen implizieren, daß Software im Wege von Kaufverträgen auf den Markt gebracht werden kann; deshalb ist es nicht möglich - wie die Industrie manchmal gerne möchte - jeden Softwarevertrag als einfache »Lizenz« einzustufen. Es sollte allerdings beachtet werden, daß das deutsche Änderungsgesetz sich nur auf die Erschöpfung des Verbreitungsrecht innerhalb der Europäischen Gemeinschaft bezieht. Die Bundesregierung hat jedoch betont, daß sich dieses Recht in Zukunft auch auf den ersten Verkauf in einem EFTA-Staat beziehe¹⁰⁶; das Gesetz wird wahrscheinlich diesbezüglich noch geändert werden müssen.¹⁰⁷

b) Softwarevermietung

Verschiedene Gerichte, insbesondere der Bundesgerichtshof und das Bundesverfassungsgericht, haben entschieden, daß der Erschöpfungsgrundsatz sich auch auf die Weitervermietung von Werken beziehe.¹⁰⁸ Deshalb darf der Urheber sein Urheberrecht nicht benutzen, um die Weitervermietung seines Werkes zu kontrollieren, geschweige denn zu verbieten.

Diese Entscheidungen werden allerdings mit der Umsetzung der EG-Richtlinie obsolet werden.¹⁰⁹ Nach § 69 c Nr. 3 beinhaltet das Verbreitungsrecht auch das ausschließliche Recht, die Software zu vermieten und die Weitervermietung zu kontrollieren. Das Vermietungsrecht ist demnach eine Form der Verbreitung; der Urheber ist in der Lage, jede nicht genehmigte Vermietung seiner Software zu verbieten. Jedoch wird dieser gesetzgeberische Umschwung die deutsche Software-Industrie nicht sehr groß beeinflussen, da die Weitervermietung - abgesehen vom Software-leasing - keine große Rolle in Deutschland spielt (im Gegensatz zur Vermietung von CDs und Videokassetten).

Der Begriff »Miete« ist im Änderungsgesetz nicht definiert. Die Bundesregierung verweist auf die Präambel zur EG-Richtlinie, die den Begriff der Miete als "the making available for use, for limited period of time and for profit-making purposes" definiert.¹¹⁰ Vermietung bezieht sich demgegenüber nicht auf die öffentliche Verleihpraxis, die Gegenstand einer anderen EG-Richtlinie ist.¹¹¹

106 Begründung zum Regierungsentwurf, BT-Drs. 12/4022, 11 mit Bezug auf Nummer 5 des Anhangs XVII des EEA-Vertrages vom 2. Mai 1992.

107 BT-Drs. 12/4022, 11.

108 BVerfG, Urteil vom 3. Oktober 1989, CR 1990, 535; BGH, Urteil vom 6. März 1986 - I ZR 208/839, CR 1986, 449 = GRUR, 736. Siehe ferner OLG Frankfurt, Urteil vom 5. Juli 1990 - 6 U 60/89, CR 1991, 92; OLG Hamm, Urteil vom 12. Mai 1981 - 4 U 15/81, NJW 1982, 655.

109 Vgl. *Gotzen*, EIPR 8 (1990), 299.

110 BT-Drs. 12/4022, 11.

111 Die EG-Kommission verabschiedete am 19. November 1992 die »Council Directive on rental right, lending right and on certain rights related to copyright« (ABl. EG 1992, Nr. L

Dies veranlaßte den Bundesrat in seiner Stellungnahme zu dem Vorschlag, durch Hinzufügung der Worte »zu Erwerbszwecken« in § 69 c Nr. 3 den Bezug des Gesetzes auf die Vermietung klarzulegen.¹¹² Dieser Vorschlag wurde von der Bundesregierung jedoch unter Verweis darauf abgelehnt, daß die nähere Bestimmung des Begriffs der Miete der Umsetzung der Verleihrichtlinie vorbehalten bleiben sollte.¹¹³

3. Bearbeitung von Software

§ 23 UrhG sieht vor, daß Software bearbeitet oder geändert werden kann ohne Zustimmung des Urhebers. Jedoch kann sich der Urheber gegen die Verwertung oder Veröffentlichung der geänderten Version zur Wehr setzen.

Diese schwierige Unterscheidung führt zu einiger Unsicherheit hinsichtlich des Reverse engineering, d. h. der Rekonstruktion des Sourcecodes mit Hilfe des Objectcode. Es wurde in der Vergangenheit kontrovers diskutiert, ob dieses Verfahren ohne Zustimmung des Urhebers zulässig ist.¹¹⁴ Diese Kontroverse wird sich automatisch mit der Umsetzung der EG-Richtlinie erledigt haben. § 69 c Nr. 2 bestätigt die Idee der EG-Behörden, daß der Autor eines Computerprogramms das ausschließliche Recht zur Übersetzung, Veränderung oder Bearbeitung seines Werks in jedweder Form hat.

4. Kartellrechtliche Konsequenzen

Die Bestimmungen des Änderungsgesetzes hinsichtlich der ausschließlichen Rechte des Urhebers haben eine weitere wichtige Konsequenz für das Kartellrecht.

Bis jetzt ging man davon aus, daß viele Softwareverträge gemäß § 34 GWB nichtig seien. § 34 GWB sieht vor, daß Verträge mit gewerblichen Kunden, die Beschränkungen hinsichtlich der Nutzung eines Produktes enthalten, schriftlich abzufassen sind und von beiden Parteien unterschrieben werden müssen. Anderenfalls sind solche Vereinbarungen nichtig. Da die meisten Softwareverträge solche Nutzungs- und Verwendungsbeschränkungen enthalten, sind sie im Regelfall wegen Nichteinhaltung der Schriftform für unwirksam gehalten worden (besonders im Falle der Schutzhüllenvereinbarungen).¹¹⁵

346/6; siehe auch GRUR Int. 1993, 144). Vgl. zu dem Themenkomplex auch von *Lewinski*, GRUR Int. 1991, 104 ff.

112 Anlage 2 zu BT-Drs. 12/4022, 18.

113 Anlage 3 zu BT-Drs. 12/4022, 19.

114 Vgl. *Hoeren* (Fn. 103), 95 - 100; *Bauer*, CR 1990, 89 ff.; *Kindermann*, CR 1990, 638 ff.; *Haberstumpf*, CR 1991, 129 ff.

115 Siehe das Urteil des BGH vom 7. Mai 1986 - VIII ZR 238/85 = CR 1986, 632.

Allerdings gingen die Gerichte davon aus, daß § 34 GWB sich nicht anwenden lasse, falls eine Nutzungs- oder Verwendungsbeschränkung selbst ohne vertragliche Grundlage bestehen würde.¹¹⁶ Folglich ist es zulässig, Nutzungs- und Verwendungsbeschränkung ohne schriftlichen Vertrag zu vereinbaren, wenn diese Beschränkungen Bestandteil des Urheberrechts sind. Das Änderungsgesetz wird Beschränkungen der Weiterverbreitung (mit Ausnahme des Weiterverkaufs), der Bearbeitung und der Vervielfältigung von urheberrechtlich fähiger Software zulassen. Im gleichen Umfang wird es dem Urheber erlaubt sein, die Nutzung seines Produktes auch ohne schriftlichen Vertrag zu beschränken.

5. Sonstige Verwertungsrechte

Der Gesetzesentwurf erwähnt parallel zur Richtlinie nur das Vervielfältigungs-, Verbreitungs- und Umgestaltungsrecht des Urhebers von Software. Erstaunlicherweise wird auf das Recht der öffentlichen Wiedergabe (§ 15 Abs. 2 UrhG) eingegangen. Dies spielt allerdings eine zunehmende Bedeutung bei der Verwendung von Computerprogrammen in Netzwerken. Wie bereits an anderer Stelle ausführlicher dargelegt¹¹⁷, wird Software in Netzwerken teilweise auch einem nicht mehr abgrenzbaren Benutzerkreis zugänglich gemacht; dies griff bislang in das Recht des Urhebers ein.

Nach neuem Recht ist die Lage dubios: Auf der einen Seite verweist zwar § 69 a Abs. 4 auf die Anwendung der allgemeinen Vorschriften des Urheberrechtsgesetzes. Auf der anderen Seite ist der Katalog der Verwertungsrechte in § 69 c aber abschließend formuliert, so daß eine Anwendung des § 15 Abs. 2 im Rahmen von §§ 69 a-g nicht möglich erscheint.

V. Ausnahmen von den ausschließlichen Rechten

Die EG-Richtlinie enthält in gleichem Umfang wie das Änderungsgesetz einige Beschränkungen der ausschließlichen Rechte eines Urhebers:

1. Notwendiger Gebrauch

Nach § 31 Abs. 5 des derzeitigen Urheberrechtsgesetzes darf der Lizenznehmer seine Rechte soweit benutzen, wie es der Zweck des Vertrages ungeachtet anderer vertraglicher Bestimmungen erfordert.

Dieses Prinzip ist auch Bestandteil der EG-Richtlinie. Nach Art. 5 Abs. 1 der Richtlinie darf der Nutzer eines Computerprogramms ein Pro-

¹¹⁶ Vgl. BGH, Urteil vom 18. Mai 1992 - KZR 15/81 = BGHZ 84, 125, 127 = GRUR 1982, 632, 634 f.; Urteil vom 7. Mai 1986 - VIII ZR 238/85 = CR 1986, 632, 834 f.

¹¹⁷ Hoeren, UFITA 111 (1989), 5, 15 ff.

gramm frei vervielfältigen, übersetzen und bearbeiten, sofern dies für die rechtmäßige Nutzung des Programms »in accordance with its intended purpose« notwendig ist. Diese notwendige Nutzung beinhaltet auch die Beseitigung von Fehlern. Selbstverständlich hat die Bundesregierung diese Regelung auch in das Gesetz aufgenommen (§ 69 d Abs. 1).

Allerdings hat der Gesetzgeber ein wichtiges Problem gesehen, das die Richtlinie hervorruft¹¹⁸: Art. 5 Abs. 1 läßt andere vertragliche Bestimmungen zu, die die gerade genannten Rechte des Benutzer beschränken. Diese Möglichkeit widerspricht jedoch der Präambel, die ausdrücklich betont, daß

»Acts of Loading and running for the use of a copy of a program which has been a lawfully obtained and the act of correction of its errors may not be prohibited by contract«.

Dies hat zur Folge, daß vertragliche Beschränkungen nach Art. 5 Abs. 1 zulässig wären, die durch die Präambel verboten sind¹¹⁹. Zum Teil wurde die Annahme vertreten, daß die Präambel nicht binde, so daß Art. 5 Abs. 1 Vorrang haben.¹²⁰ Dies ist z. B. die Sichtweise von Jean Francois Verstryngue (EG-Kommission), der jüngst behauptet hat, daß Art. 5 Abs. 1 eine »presumption in the user's favour« beinhalte »in cases where there is no valid licence agreement regulating given activity«¹²¹.

Die deutschen Gesetzgebungsorgane haben jedoch eine andere Sichtweise angenommen. Sie gehen davon aus, daß die in § 69 d Abs. 1 erwähnten Handlungen des Anwenders nicht vertraglich verboten werden können. Es könne vielmehr nur die Art und Weise, wie diese Handlungen ausgeführt werden können, durch Vertrag spezifiziert werden.¹²² Diese Unterscheidung führt jedoch zu einigen Rechtsunsicherheiten; dies ist der Grund, warum die Bundesregierung den Gerichten eine Klärung der zwingenden Substanz von § 69 d Abs. 1 überlassen will.¹²³

Schwierigkeiten bringt auch der Begriff der »bestimmungsgemäßen Benutzung« mit sich. Im Verhältnis des Urhebers zum Erst-Lizenznehmer wird man hierfür auf die bestehenden vertraglichen Vereinbarungen rekurren können. Fraglich ist aber, wie die bestimmungsgemäße Verwendung beim Weitervertrieb der Software konkretisiert werden kann. Hier bietet sich eine subjektiv-objektiver Bestimmungsbegriff an: Abzustellen ist auf die vertraglichen Regelungen zwischen Erst- und Zweitlizenznehmer bzw.

118 Vgl. hierzu auch *Smith*, Computer Law and Security Report 7, 1990/91, 149 ff.

119 Vgl. *Moritz/Tybusseck*, Computersoftware, 2. Aufl. 1992, 174 ff.

120 Dies ist auch die Sichtweise der griechischen Regierung, die in ihrem Umsetzungsentwurf auf ein »agreement to the contrary« abstellen.

121 *Verstryngue* (Fn. 102), 1991, 9.

122 BT-Drs. 12/4022, 12: »Artikel 5 Abs. 1 der Richtlinie - und damit auch § 69 d Abs. 1 - stellt die Möglichkeit der bestimmungsgemäßen Verwendung eines Programms sicher, wenn die näheren Einzelheiten der Benutzung nicht vertraglich geregelt sind«.

123 BT-Drs. 12/4022, 12: »§ 69 Abs. 1 hat daher einen zwingenden Kern, dessen Ausmaß und Bedeutung festzulegen der Rechtsprechung überlassen werden kann.«

Verkäufer und Käufer¹²⁴; hilfsweise können objektive Kriterien (Funktionsfähigkeit des Programms) zur Auslegung herangezogen werden.

Nicht zulässig ist hingegen das Abstellen auf den Erstvertrag mit dem Urheber. An diesen Vertrag ist der Zweitlizenznehmer nach §§ 17 Abs. 2, 69 c Nr. 3 grundsätzlich nicht gebunden, wenn die Software einmal im Wege der Veräußerung in den Verkehr gebracht worden ist.

2. Sicherheitskopien

Ungeachtet spezieller vertraglicher Bestimmungen bezieht sich das Vervielfältigungsrecht nach bisherigem Urheberrecht nicht auf Sicherheitskopien und andere Vervielfältigungen, die zur Nutzung des Programms erforderlich sind (§ 31 Abs. 5).¹²⁵ Folglich ist es dem Anwender erlaubt, Sicherheitskopien zu machen und die Software auf eine Festplatte zu kopieren¹²⁶. Ein vertragliches Verbot solcher Handlungen wird gem. § 9 Abs. 2 Nr. 1 AGBG als unwirksam angesehen.¹²⁷

Insoweit wird sich das deutsche Recht nicht durch die Richtlinie ändern. § 69 d Abs. 2 des Änderungsgesetzes, der ein zwingendes Recht des Anwenders zur Herstellung von Sicherheitskopien vorsieht, wiederholt nur bereits bestehendes Recht.

Die Bundesregierung hat jedoch eine andere Regelungslücke der EG-Richtlinie gefunden¹²⁸. In Art. 5 Abs. 2 gewährt die Richtlinie ein Recht des rechtmäßigen Benutzers zur Herstellung einer Sicherheitskopie; nach Art. 7 Abs. 1 Buchst. c verbietet es die kommerzielle Nutzung von Antikopierschutzprogrammen. Wenn solche Programme legale Sicherheitskopien erstellen lassen, müßten sie eigentlich nach Art. 5 Abs. 2 zulässig vertrieben werden dürfen. Die Bundesregierung erörtert selbst keine Möglichkeit zur Lösung dieses Problems, sondern verweist stattdessen auf eine spätere Klärung durch die Gerichte.

3. Freie Analyse

Nach Art. 5 Abs. 3 der Richtlinie und § 69 d Abs. 3 des Änderungsgesetzes darf der rechtmäßige Benutzer eines Computerprogramms ohne Zustimmung des Rechteinhabers

»observe, study or test the functioning of a program in order to determine the ideas and principles which underlie any element of the program if he does so while performing any of the acts of loading, displaying, running, transmitting or sorting the program which he is entitled to do«.

124 Nach der EG-Richtlinie und dem Änderungsgesetz steht der Vertrieb von Software im Lizenz- und Kaufwege gleichrangig nebeneinander; vgl. BT-Drs. 12/4022, 12.

125 Vgl. Dörner/Jersch, IuR 1988, 137, 139 f.

126 Verstrynge (Fn. 102), 9.

127 Vgl. Marly, Softwareüberlassungsverträge, 1991, 251 ff.

128 BT-Drs. 12/4022, 12.

Zusätzlich sehen Art. 9 Abs. 1 der Richtlinie und § 69 g Abs. 2 des Änderungsgesetzes vor, daß jede vertragliche Beschränkung dieses Rechts nichtig ist. Die freie Analyse von Programmen darf nicht mit der Dekompilierung verwechselt werden. Die neuen Bestimmungen erlauben nur, das Programm in Form des Objectcodes zu untersuchen und zu testen; sie erlauben nicht eine Vervielfältigung und Übersetzung des Objectcodes in den Sourcecode, wie dies im Rahmen einer Dekompilierung geschieht.

Jedoch ist die Regelung überflüssig. Art. 1 Abs. 2 der EG-Richtlinie und § 69 a Abs. 2 des Änderungsgesetzes sehen bereits vor, daß Ideen und Prinzipien, die einem Programm zugrunde liegen, nicht durch Urheberrecht geschützt sind (s. o.); als Konsequenz darf der rechtmäßige Benutzer eines Computerprogramms in jedem Fall das Funktionieren der Software beobachten, um die zugrunde liegenden Prinzipien herauszufinden. Insofern wiederholt dieser Teil des deutschen Entwurfs nur eine offensichtliche Regel des traditionellen Urheberrechts.

Die Bundesregierung nutzt in der Begründung zum Regierungsentwurf zu § 69 d Abs. 3 die Gelegenheit, um ein weiteres schweres Problem von oben herab zu lösen. Seit einiger Zeit ist unklar und umstritten, inwieweit vertragliche Beschränkungen der Nutzung von Software auf mehreren Anlagen wirksam sind.¹²⁹ Die Begründung zum Gesetzesentwurf erklärt solche Beschränkungen »auf eine bestimmte Anzahl von Geräten sowie an bestimmten Orten« ohne nähere Begründung für wirksam.¹³⁰ Wäre diese Rechtsansicht zutreffend, könnte künftig die Nutzung von Software auf eine bestimmte CPU beschränkt werden. Dennoch kann die (unnötige) Äußerung in der Entwurfsbegründung nicht als das letzte Wort angesehen werden; der Streit um diese Frage wird weitergehen.

4. Der private Gebrauch

Mißglückt ist die gesetzliche Regelung zur Reichweite des § 53 Abs. 1 UrhG, der die Herstellung einzelner Vervielfältigungsstücke zum privaten Gebrauch erlaubt. Nach der bisherigen Regelung galt diese Regelung nie für Computerprogramme, die nach § 53 Abs. 4 S. 2 nur mit Einwilligung des Berechtigten kopiert werden durften.

Genau diese Regelung ist jedoch in Art. 1 Nr. 2 des Gesetzesentwurfs aufgehoben worden. Damit kommt § 53 Abs. 1 UrhG wieder uneingeschränkt zur Anwendung: Computerprogramme dürfen im Rahmen dieser Vorschrift zu privaten Zwecken kopiert werden. In der Begründung zum Gesetzesentwurf wird zwar darauf verwiesen, daß sich ein Verbot freier

129 Vgl. *Link*, GRUR 1986, 141 ff.; *Chrocziel*, CR 1989, 675 ff. (I) und 1989, 790 ff. (II); *Salje*, in: *Leßmann* (Hrsg.), FS für *Lukes*, 1992, 182 ff.

130 BT-Drs. 12/4022, 11 f.

privater Nutzung aus § 69 a Abs. 4 ergebe.¹³¹ Dies trifft aber nicht zu: Nach § 69 a Abs. 4 kommen die für Sprachwerke geltenden Bestimmungen - also der § 53 Abs. 1 UrhG - zur Anwendung, »soweit in diesem Abschnitt nichts anderes bestimmt ist«. In dem neuen Achten Abschnitt finden sich aber keine Regelungen darüber, ob einzelne Vervielfältigungsstücke zum privaten Gebrauch auch ohne Zustimmung des Berechtigten erstellt werden können.

§ 69 c regelt lediglich - parallel §§ 15 ff. UrhG - die dem Urheber grundsätzlich zustehenden Verwertungsrechte. Insofern schließt diese Regelung nicht eine Anwendbarkeit des § 53 Abs. 1 UrhG aus. Auch die Ausnahmeregelungen in § 69 d lassen keinen sicheren Schluß darauf zu, daß die Vervielfältigung für den privaten Gebrauch im Rahmen von § 53 Abs. 1 UrhG künftig verboten sei. In § 69 d ist lediglich bestimmt, wann jeder Anwender Sicherheitskopien erstellen darf oder ein Programm analysieren kann; über die Zulässigkeit privater Nutzung findet sich dort nichts. Nichts weist auch daraufhin, daß es sich bei der Regelung des § 69 d um eine abschließende Regelung handelt. Solange nicht die dort angesprochenen Spezialfragen betroffen sind, bleibt Raum für die Anwendung von § 53. Ferner wäre eine solche Konstellation auch nach strafrechtlichen Grundsätzen undenkbar: Ist die private Erstellung von Softwarekopien ohne Zustimmung des Berechtigten tatsächlich verboten, wäre dies auch gem. § 106 i.V.m. § 69 a Abs. 4 UrhG eine strafbare Handlung. Dann kämen auch die Grundsätze einer hinreichenden Bestimmtheit des Straftatbestandes zur Anwendung. Für den Bürger ist aber nicht aus dem UrhG ersichtlich, daß nunmehr die private Erstellung von Raubkopien strafbar ist. Er kann die Streichung von § 53 Abs. 4 S. 2 nur dahingehend interpretieren, daß ihm jetzt die Erstellung von solchen Kopien erlaubt ist.

Die Frage der privaten Nutzung ist daher nicht hinreichend im Gesetz geregelt; der Widerstreit zwischen dem Wortlaut des UrhG und dem Willen des Gesetzgebers wird durch die Gerichte zu klären sein.

VI. Dekompilierung und Reverse Engineering

Es ist nicht notwendig, sich mit der deutschen Regelung zur Dekompilierung im Detail zu beschäftigen.¹³² Art. 6 der Richtlinie »stellt einen

131 BT-Drs. 12/4022, 8 f. Erstaunlicherweise spricht *Schulte*, Mitverfasser des Regierungsentwurfs, in seinen Erläuterungen zum Entwurf davon, daß die Regelungen zur Geräteabgabe (§ 54 UrhG) für Software künftig zur Anwendung kommen; das setzt aber voraus, daß eine vergütungspflichtige Vervielfältigung im Sinne von § 53 Abs. 1 und 2 UrhG vorgenommen worden ist.

132 Siehe hierzu ausführlich *Vinje*, *The Computer Lawyer* 8 (1991), Nummer 11, 13 ff.; *Kindermann*, *Wirtschaftsinformatik* 34 (1992), 175 ff.

höchst diffizilen Kompromiß dieser verschiedenen Interessenlage dar«, den das Gesetz fast wörtlich übernommen hat.¹³³

Folglich erlaubt § 69 e eine Dekompilierung des Objectcodes nur, um Interoperabilität herzustellen, nicht für Zwecke der Wartung. Diese restriktive Einstellung gegenüber der Dekompilierung wird die Idee eines freien Reverse engineering abschaffen, die bereits Teil der deutschen Urheberrechtstradition war (s. o.).¹³⁴ Zusätzlich wird es zum Ende jeder Wartung von Software durch Drittunternehmen führen; die einzige Lösung dieses schwierigen Problems wird die Einführung von Wartungsrechten im Softwarevertrag sein.

Dekompilierung wird für rechtmäßig erklärt, wenn

- sie durch einen rechtmäßigen Benutzer durchgeführt wird,
- eine andere Informationsquelle nicht rechtzeitig verfügbar ist,
- nur die wichtigen Teile dekompiert werden,
- die erhaltenen Informationen notwendig sind und nur zur Herstellung der Interoperabilität von unabhängig geschaffenen Programmen benutzt werden,
- die Informationen nicht an Dritte weitergegeben werden (es sei denn, dies sei zur Herstellung der Interoperabilität erforderlich) und
- die Informationen nicht benutzt werden für die Entwicklung, Produktion oder den Vertrieb von Software, die im wesentlichen ähnlich dem dekompierten Programm ist.

Wie bereits die Begründung zum Gesetzesentwurf erklärt¹³⁵, bleibt bei dieser Regelung offen, ob Dekompilierung auch zur Herstellung kompatibler Hardware zulässig sein soll. Die EG-Richtlinie und ihr folgend das deutsche Gesetz stellen ausdrücklich nur auf die Herstellung interoperabler Software ab. Dennoch könnte sich die Fragestellung nach der Zulässigkeit kompatibler Hardware als technisch überflüssig herausstellen. Hardware ist per se nie Gegenstand des Dekompilierens gewesen. Auch wenn es um die Kompatibilität von Hardware geht, handelt es sich um ein Problem softwaredefinierter Schnittstellen. Daß softwareunabhängig die

133 So die Begründung des Regierungsentwurfs BT-Drs. 12/4022, 13. - Die Unsicherheit des deutschen Gesetzgebers bei der Umsetzung der Dekompilierungsvorschriften zeigt sich auch in dem Vorschlag des Bundesrats, die Begriffe »Dekompilierung« und »Interoperabilität« durch allgemeinverständliche Ausdrücke zu ersetzen; vgl. Anlage 2 zu BT-Drs. 12/4022, 18. Dieser Vorschlag wurde zu Recht von der Bundesregierung mit der Begründung abgelehnt, daß es sich hierbei um nicht ersetzbare Fachtermini handle; vgl. Anlage 3 zu BT-Drs. 12/4022, 19.

134 WIPO, BCP/CE/1/4, No. 87, p. 14. - Vgl. Burkill, Reverse Compilation of Computer Programs and its Permissibility under the Berne Convention, Computer Law & Practice, March-April 1990, 114.

135 BT-Drs. 12/4022, 13 f.; ähnlich auch *Schulte*, CR 1992, 654 f.

Kompatibilität »reiner« Hardware Anlaß zu einer Dekompilierung gegeben hat, ist meines Wissens bislang nie der Fall gewesen.

Insgesamt ist die Regelung zur Dekompilierung von einer großen technischen Unsicherheit geprägt. Dekompilierung ist ein technischer Vorgang, der nie zur Herstellung des Original-Source-Codes führt; statt dessen findet sich am Ende eine Art Assembler-Code, bei dem die im Original vorhandenen Kommentarzeilen fehlen. Sowohl das Dekompilieren wie auch das »Lesen« des Endproduktes ist auch für Experten nur unter hohem Aufwand möglich. Die Frage ist daher, welche Bedeutung die Dekompilierung tatsächlich in der Softwareindustrie hat. Unter Umständen ist bei der Frage der Dekompilierung über ein Thema gestritten worden, das auch in Zukunft keine besondere Rolle spielen wird.¹³⁶

VII. Besondere Schutzmaßnahmen

Art 7 der Richtlinie verlangt von den Mitgliedstaaten besondere Schutzmaßnahmen gegen Softwarepiraterie. Die Schutzmaßnahmen sind vor allem dagegen gerichtet, daß jemand wissentlich eine Raubkopie auf den Markt bringt oder für kommerzielle Zwecke besitzt.

Diese Regelungen der EG-Richtlinie waren bereits Bestandteil des deutschen Urheberrechtsgesetzes. Nach dem noch geltenden Urheberrechtsgesetz hat der Urheber ein Recht darauf, daß Raubkopien beseitigt werden und der Verletzer sich künftiger Verletzungshandlungen enthält; zusätzlich muß der Verletzer Entschädigung an den Urheber bezahlen (§§ 97 und 101). Zusätzlich kann der Urheber auch geltend machen, daß alle Raubkopien die im Besitz des Verletzers sind, zerstört werden (§ 98).

Das einzige Problem, das die EG-Richtlinie insoweit hervorruft, bezieht sich auf den rechtmäßigen Besitz von Raubkopien. Der reine Besitz einer Kopie, die unrechtmäßig hergestellt worden ist, wird nach dem deutschen Recht bislang nicht als unrechtmäßig angesehen. Diese Situation wird sich nach der Umsetzung der EG-Richtlinie ändern. Nach § 69 f Abs. 1 des neuen Gesetzes hat der Rechteinhaber ein Recht auf Vernichtung gegen jeden Besitzer einer Raubkopie - selbst wenn der Besitzer selbst keine Urheberrechtsverletzung begangen hat. Im Gegensatz zur EG-Richtlinie

136 Die Bundesregierung nutzte die Regelung des § 69 d, um in der dazu gehörigen Begründung auf prozessuale Fragen des Softwarepiraterieprozesses einzugehen; vgl. BT-Drs. 12/4022, 14. Diese Ausführungen sind nicht durch § 69 d bedingt und insofern überflüssig. Im übrigen sind die dortigen Überlegungen weitgehend unzutreffend, etwa wenn auf eine Pflicht des Verletzers zur Einwilligung in die Dekompilierung abgestellt wird. Auf diese Fragen kann hier aus Platzgründen leider nicht eingegangen werden; vgl. insofern die von der Gesetzesbegründung abweichenden Darstellungen von *Brandi-Dobrn*, GRUR 1985, 179 ff.; *ders.*, CR 1985, 67 ff.; *Ullmann*, in: *Bartsch* (Hrsg.), *Softwareüberlassung und Zivilprozeß*, 1991, 96 ff.

wird dem Rechteinhaber dieses Recht unabhängig von jeder kommerziellen Nutzung der Raubkopie zugebilligt.

Es kommt hinzu, daß die Mitgliedstaaten nach der EG-Richtlinie geeignete Maßnahmen gegen eine Person zu treffen haben, die Anti-Kopierschutzprogramme auf den Markt bringt oder für kommerzielle Zwecke nutzt. Solche Anti-Kopierschutzprogramme sind bereits früher von Gerichten in vielen europäischen Staaten verboten worden.¹³⁷ Das deutsche Bundesjustizministerium hat jedoch betont, daß solche Utilities in Zukunft ausdrücklich durch das künftige Urheberrechtsgesetz verboten werden (§ 69 f Abs. 2).

VIII. Schutzfrist

In Anlehnung an die RBÜ sieht Art. 8 Abs. 1 der Richtlinie eine Schutzfrist von 50 Jahren nach dem Tod des Autors vor. Nach Art. 8 Abs. 2 ist es allerdings den Mitgliedstaaten, die längere Schutzfristen haben, erlaubt, diese bis zur weiteren Harmonisierung der Schutzfristen beizubehalten. Das Bundesjustizministerium hat sich dafür entschieden, die bisherige Schutzdauer von 70 Jahren nach Tod des Urhebers beizubehalten. Allerdings ist die Schutzfrist der EG-Richtlinie in gleicher Weise lang. Wenn ein Computerprogramm einmal auf den europäischen Markt gebracht worden ist, verliert es sehr schnell seine Verwertbarkeit. Wenig Programme finden noch nach fünf oder sechs Jahren Käufer.

Viele Stimmen in der Literatur betonten jedoch, daß dieses Problem in der Praxis von geringer Bedeutung sei. Allerdings muß berücksichtigt werden, daß nach der Richtlinie der Urheber eines Programms seine Rechte als Monopol zur Verhinderung technischen Fortschritts für eine sehr lange Zeit benutzen kann. Deshalb bleibt es ein Geheimnis, warum die Gesetzgebungsgremien keine bessere Lösung für dieses Problem gefunden haben.

IX. Andere rechtliche Regelungen

Nach Art. 9 Abs. 1 der Richtlinie und § 69 g Abs. 1 des Gesetzes bleiben neben der Richtlinie andere Schutzmöglichkeiten für Software bestehen. Deshalb hat das neue Urheberrecht keine Auswirkungen auf

- Patentrecht
- Warenzeichenrecht
- UWG
- den Schutz von Betriebsgeheimnissen und Know How,

¹³⁷ *Rombach*, CR 1990, 101, 103; *Schneider*, Praxis des EDV-Rechts, 1989, 531. Dagegen jedoch *Bauer*, CR 1985, 5, 8; *Marly* (Fn. 127), 261 ff.

- den Schutz von Halbleitern¹³⁸
- oder vertragliche Bestimmungen (mit Ausnahme von § 69 d Abs. 2, Abs. 3 u. § 69 e UrhG).

Diese Regelung führt zu einer Reihe von schwierigen Problemen. § 17 Abs. 2 UWG verbietet unter Strafandrohung das eigennützige, unbefugte Sichverschaffen von Geschäfts- oder Betriebsgeheimnissen durch Anwendung technischer Mittel. Dekompilieren könnte insofern strafbar sein, wenn der rekonstruierte Sourcecode ein Betriebsgeheimnis darstellt. Daran bestehen Zweifel, da Dekompilieren - wie oben ausgeführt - nicht zur Rekonstruktion des (allenfalls geheimnisgeschützten) Originalsourcecodes führen kann. Wenn man aber Dekompilieren als Geheimnisbruch sieht, taucht die Frage auf, ob § 17 Abs. 2 UWG wirklich abweichend von der EG-Richtlinie jegliche Dekompilierung verbietet. Dies wäre eine Auslegung, die dem Sinn und Zweck der Richtlinie zuwiderläuft und den Grundsätzen einer europafreundlichen Auslegung von Umsetzungsgesetzen nicht entspricht. Man wird daher eher davon ausgehen können, daß eine Dekompilierung nicht »unbefugt« im Sinne von § 17 Abs. 2 UWG ist, wenn sie den Anforderungen von § 69 e genügt. Insgesamt wird aber erst durch entsprechende Gerichtsentscheidungen geklärt werden können, ob und wie die EG-Richtlinie mit § 17 UWG in Einklang zu bringen ist.¹³⁹

X. Die Umsetzung

1. Die EG-Richtlinie

Nach Art. 10 der EG-Richtlinie haben die Mitgliedstaaten die Richtlinie bis zum 1. Januar 1993 umzusetzen. Dabei sollen die Bestimmungen der Richtlinie sich auf Programme beziehen, die vor dem 1. Januar 1993 entwickelt worden sind - »without prejudice to any acts concluded and rights aquired before that date«.

Diese Rückwirkung verursacht verschiedene Probleme. Es muß besonders berücksichtigt werden, was die EG-Richtlinie mit »acts concluded« meint. Einige Stimmen in der Literatur gehen davon aus, daß sich dieser Begriff auf Pirateriehandlungen bezieht, die vor dem 1. Januar 1993 begangen worden sind. In diesem Fall wäre es nicht möglich, Softwarepiraterie zu verfolgen, die vor der Umsetzung der EG-Richtlinie begangen worden ist.

Eine bessere Art der Interpretation kann mit Hilfe des deutschen Textes der Richtlinie erreicht werden. Hierin wird der Begriff »acts concluded« übersetzt mit »getroffene Vereinbarungen«. Diese Übersetzung impliziert,

138 Vgl. hierzu Dreier, GRUR Int. 1987, 645; Koch, CR 1987, 77; ders., NJW 1988, 2446.

139 Vgl. die ausführliche Erörterung dieser Frage bei Wiebe, Know-How-Schutz von Computersoftware, 1993, 261 ff.

daß sich die Richtlinie nicht auf Verträge erstreckt, die vor dem 1. Januar 1993 geschlossen worden sind.

2. Das Änderungsgesetz

Das Justizministerium hatte größte Schwierigkeiten mit den Rückwirkungsbestimmungen der EG-Richtlinie.¹⁴⁰ In seinem ersten Entwurf war keine Regelung zu dieser Frage enthalten. Das Ministerium erklärte, daß der Entwurf ohne eine Übergangsbestimmung in Kraft treten könne. Nach seiner Ansicht waren schutzwürdige Interessen der Softwarebenutzer nicht zu berücksichtigen, insbesondere konnten die Anwender nicht weiterhin darauf vertrauen, daß die zweifelhafte Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs aufrechterhalten werde.

Im Änderungsgesetz hielt die Bundesregierung diese Überlegung aufrecht.¹⁴¹ Allerdings enthält der Entwurf neue Regelungen, die diesen Überlegungen unmittelbar widersprechen. Nach § 137 d erstrecken sich die neuen Bestimmungen über Softwareschutz auch auf Software, die vor Inkrafttreten des Gesetzes geschaffen worden sind. Zusätzlich soll sich § 69 g Abs. 2 auch auf Verträge erstrecken, die vor dem Inkrafttreten geschlossen worden sind.

§ 137 d muß m.E. in folgender Weise gelesen werden:

- Das Gesetz gilt für jede Piraterie, die nach dem Inkrafttreten begangen worden ist, selbst wenn die fragliche Software vor Inkrafttreten entwickelt worden ist.
- Das Gesetz erstreckt sich aber nicht auf Verletzungshandlungen, die vor dem Inkrafttreten begangen worden sind. Konsequenterweise dürfte damit der reine Besitz von Raubkopien vor Inkrafttreten nicht rechtswidrig werden.
- Jede Beschränkung der Rechte des rechtmäßigen Nutzers auf die Herstellung von Sicherheitskopien und die Analyse des Programms ist nichtig, selbst wenn diese Beschränkung Teil eines Vertrages ist, der vor dem Inkrafttreten geschlossen worden ist.

Das Ministerium hat jedoch einige Rechte von Computerbenutzern vergessen, die im bisherigen Urheberrecht bestanden haben und deshalb auch ein Vertrauensschutz durch Übergangsbestimmungen verdienen: Insbesondere sollte der Softwarenutzer weiterhin übergangsweise ein Recht haben, seine Kopie ohne Zustimmung des Urhebers zu ergänzen und zu bearbeiten. In letzter Minute ist allerdings noch eine Regelung in das

¹⁴⁰ Diese Probleme bestanden in anderen europäischen Staaten nicht, die Art. 9 Abs. 2 der Richtlinie ohne Änderungen umsetzten; siehe etwa die Entwürfe in Belgien, Dänemark, Niederlande und Großbritannien.

¹⁴¹ BT-Drs. 12/4022, 15 f.

Gesetz eingefügt worden, wonach Softwarevermieter ihre bis zum 1. Januar 1993 erworbenen Altbestände weiterhin nutzen dürfen (§ 137 d Abs. 1 S. 2).

C. Schlußbemerkung

In Deutschland wird sich mit Inkrafttreten des neuen Urheberrechtsgesetzes vieles ändern. Die wichtigsten Änderungen sind

- der herabgesetzte Schutzstandard für die Annahme einer Urheberrechtsfähigkeit
- das Recht des Autors, die Weitervermietung zu beschränken
- das Recht des Urhebers zur Bearbeitung seines Programms
- die neuen Bestimmungen über Reverse Engineering.

Die neuen Regelungen sind auch bestimmend für die kartellrechtliche Beurteilung von Softwarevertriebsklauseln.¹⁴² So geht der EuGH davon aus, daß der Bestand eines Schutzrechts, d.h. der in einem Urheberrechtsgesetz geregelte inhaltliche Schutzzumfang, unter Art. 36 EWGV falle und daher zur Abgrenzung kartellrechtlich zulässiger Vertriebsbeschränkungen herangezogen werden könne.¹⁴³ Die rechtmäßige Ausübung nationaler Schutzrechte verstößt daher nicht gegen Art. 85 Abs. 1 EWGV, sondern allenfalls - bei Marktmißbrauch durch ein beherrschendes Unternehmen - gegen Art. 86 EWGV¹⁴⁴.

Die EG-Richtlinie hat darüber hinaus eine Reihe von mittelbaren Konsequenzen für die Gestaltung von Softwareverträgen: Klauseln in allgemeinen Geschäftsbedingungen sind regelmäßig nichtig, wenn sie von fundamentalen Prinzipien des Urheberrechts abweichen (§ 9 Abs. 2 Nr. 1 AGBG). Insofern bestimmt das Urheberrecht auch die Reichweite einer Inhaltskontrolle nach dem AGBG.¹⁴⁵

142 Vgl. hierzu ausführlich *Moritz*, CR 1993, 257 ff. und 341 ff.

143 EuGH, Urt. v. 31.10.1974, Slg. 1974, 1147 = GRUR 1974, 454 - »Centrafarm/Sterling Drug«. Vgl. die weitere Nachweise in *Vinje*, *The International Computer Lawyer*, November 1992, 3 ff.

144 Vgl. hierzu die Urteile des Gerichts erster Instanz in Sachen *Magill TV Guide/ITP*, *BBC and RTE* vom 10. Juli 1991, Rs. T 69/89, 70/89, 76/89, CMLR 1991, 586, 669 und 745. Siehe hierzu *Eilmannsberger*, *EuZW* 1992, 625, 632 ff.; *Vinje*, *EIPR* 11, 1992, 397 ff.

145 Vgl. hierzu allgemein *Bömer*, *Die Pflichten im Computersoftwarevertrag. Darstellung der Besonderheiten im Vergleich zu den Vertragstypen des allgemeinen Zivilrechts*, 1988; *Bösert*, *Nießbrauch an Computerprogrammen. Zugleich ein Beitrag zum Rechtsschutz durch Vertragsgestaltung*, 1992; *Malzer*, *Der Softwarevertrag*, 1991; *Bartl*, CR 1985, 13 ff.; *Schmidt*, in: *Lehmann* (Hrsg.), *Rechtsschutz und Verwertung von Computerprogrammen*, 1988, 433 ff.

Wie die Richtlinie und das Umsetzungsgesetz allerdings im einzelnen in Deutschland rezipiert werde, dürfte offenbleiben; man kann auf die Reaktion des BGH und evtl. sogar des EuGH nur gespannt sein.¹⁴⁶ Insofern liegt hier derzeit eben noch ein echtes »Löwengebiet« vor - hic sunt leones.

146 Eine Grundsatzentscheidung des BGH steht derzeit (Juli 1993) unmittelbar bevor. Für die (durchweg positiven) Reaktionen aus den USA vgl. *Palmer/Vinje*, *Duke Journal of Comparative and International Law* 2, 1992, 65 ff.; *Goldstein*, *The EC Software Directive: A view from the United States of America*, in: *European Software Law* (erscheint 1994).