

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 I, 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 Schutzgegenstandsdefinitionen

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.

Objektcode) nicht einmal mehr gelesen können. Im Gegenteil: Im Regelfall soll der ursprüngliche Quelltext gar nicht mehr vom Menschen wahrgenommen werden können, sondern nur noch die – von einer Maschine vorgenommene – kompilierte Fassung des Programms. Dieser sind jedoch keine individuellen Züge des Programmierers zu entnehmen. Die „Handschrift“ des Programmierers wird somit bewusst und gezielt geheim gehalten.

Auch wenn man – mit der hier vertretenen Ansicht – dem urheberrechtlichen Werkbegriff nicht das Erfordernis einer nach außen erkennbaren personenbezogenen Prägung entnehmen will, würde die Schutzfähigkeit eines Computerprogramms nach dem allgemeinen Werkbegriff in Art. 2 Abs. 2 UrhG kaum jemals in Betracht kommen. So ist es unwahrscheinlich, dass angesichts der engen Abhängigkeit von Aufgabenstellung, technischen Möglichkeiten und dem bei Software anzustrebenden Ziel einer optimalen Funktion des Programms, der Einsatz persönlicher Züge des Urhebers auf die Arbeit oder das Ergebnis derselben auch nur geringen Einfluss ausüben wird⁹⁸⁵. Entsprechend fehlt es regelmäßig an einem Band zwischen Urheber und Werk, an einer „inneren Verbundenheit“, die auf solchen Einflüssen basieren könnte⁹⁸⁶.

3) Das Computerprogramm als Werk aus Sicht der werkbezogenen Schutzgegenstandsdefinitionen

a) Das Merkmal des Gestaltungsspielraums

Betrachtet man den Urheberrechtsschutz von Computerprogrammen unter der Prämisse, dass ein individuelles Werk nur dann vorliegen kann, wenn bei dessen Schöpfung ein gewisser Gestaltungsspielraum bestand und genutzt wurde, ist der Ansatz der Gegenüberstellung naturgemäß ein anderer. Dennoch ist fraglich, ob Computerprogrammen dieses Merkmal – in dessen eigentlichem Sinne – erfüllen können.

Grundsätzlich unzweifelhaft ist, dass auch im Rahmen einer Programmier Tätigkeit verschiedene Optionen bestehen können, im Rahmen derer auch bei gleich bleibenden

985 Im Sinne der Auslegung des Individualitätsbegriffs nach der von *Strömholm* (GRUR Int. 1989, S. 15 ff.; GRUR Int. 1996, S. 529 ff.) vertretenen Lehre vom Gestaltungsspielraum (siehe hierzu oben Teil 1, Kapitel 1, Punkt I.B.4.c.dd.(1).(a).(ee), käme man zu dem Ergebnis, dass Computerprogramme zwar grundsätzlich schutzfähig sind, dass diesen jedoch in vielen Fällen, mangels Variationsbreite der Gestaltungsmerkmale, häufig ein Schutz versagt wäre.

986 Siehe hierzu Teil 1, Kapitel 1, Punkt I.B.4.c.dd.(4).

der Aufgabenstellung ein von Programmierer zu Programmierer unterschiedliches Arbeitsergebnis denkbar ist.

Allerdings reicht dies nicht aus, um den Anforderungen, die die Rechtsprechung an den Individualitätsbegriff stellt, genüge zu tun. Ein individuelles Computerprogramm liegt nach dem Bundesgerichtshof⁹⁸⁷ nur dann vor, wenn „im Einzelfall ein nicht hinreichend konkretisierter Programmablauf noch genügend Raum für eine individuelle Auswahl und Einteilung bei der Kodierung lässt“. Dabei sei irrelevant, ob „eine Vielzahl von Programmierern bei gleicher Aufgabenstellung unterschiedliche Programme entwickeln würden“⁹⁸⁸. Hiermit sei allenfalls gesagt, dass bei der Lösung einer bestimmten Aufgabe unterschiedliche Wege denkbar waren, nicht jedoch, ob ein Spektrum an Wahlmöglichkeiten bei der Umsetzung der Lösung in eine konkrete Form, also ein bestimmtes Programm, vorhanden gewesen sei⁹⁸⁹. Nicht die Umsetzungsmöglichkeiten einer Aufgabenstellung sind hiernach geschützt und müssen Individualität aufweisen, sondern das zu prüfende Programm als solches.

Ob Individualität in diesem Sinne bei Computerprogrammen möglich ist, ist v. a. hinsichtlich der Kodierung zweifelhaft. Ohne Weiteres denkbar scheint dies zunächst allein in Bezug auf das Entwurfsmaterial. Dessen Gestaltungs- und Formulierungsmöglichkeiten können durchaus vielfältig sein. Individualität liegt vor, wenn der Urheber diese Vielfalt nutzt, um die Aufgabenstellung in eine bestimmte originelle Form umzusetzen. Allerdings nützt es dem Programmhersteller nichts, wenn sein Schutz nur das Entwurfsmaterial und den Programmablaufplan umfasst, nicht jedoch das Programm als solches. Für einen solchen Schutz müssten die schöpferischen, schutzbegründenden Elemente auch im eigentlichen Programm vorhanden sein. Dies ist keineswegs zwingend der Fall. So ist nicht unbedingt anzunehmen, dass die individuelle Formgebung, die eine vorhergehende Entwicklungsstufe aufweist, sich in den nachfolgenden Stufen fortsetzt und schließlich auch Einzug in die vollendete Gestaltung des Programms hält⁹⁹⁰. Es ist durchaus denkbar, dass zwar die Problemdarstellung noch individuelle gestalterische Elemente aufweist, diese jedoch unter der Maßgabe einer optimalen Problemlösung bei der Kodierung nicht mehr

987 BGH GRUR 1985, S. 1041 (1047) – Inkasso-Programm.

988 BGH GRUR 1985, S. 1041 (1048) – Inkasso-Programm. Der Senat nimmt hiermit Bezug auf *Ulmer und Kolle* (GRUR Int. 1982, S. 495), die mit diesem Argument das Vorliegen eines ausreichenden Gestaltungsspielraums bei der Erstellung von Computerprogrammen belegen wollten.

989 Gegen *Ulmer/Kolle* aufgrund dieses Arguments v. *Hellfeld*, GRUR 1989, S. 471 (475).

990 *Schulze*, GRUR 1985, S. 997 (1000). Schulze zieht hier den Vergleich mit der Umsetzung einer Problemlösung nach einer Bedienungsanleitung. Baut man den hierin beschriebenen Gegenstand nach, nehmen die urheberrechtlich möglicherweise geschützten Gestaltungselemente der Gebrauchsanweisung nicht Einzug in den hergestellten Gegenstand.

erhalten bleiben. Fehlen der Kodierung sodann die individuellen Elemente, kann diese nicht mehr schutzfähig sein⁹⁹¹.

So fanden sich in der älteren Literatur sogar Stimmen, die meinten, dass ganz allgemein zwar die Systemanalyse, also die in den Entwurfsphasen eines Programms entstehenden Formgebungen wie Flussdiagramm, Blockdiagramm oder Notizen dem Urheberrechtsschutz zugänglich seien, nicht aber das eigentliche Programm, dessen schutzfähige Form einzig im Quellcode und/oder im Objektcode liegen könne⁹⁹².

König hat in seiner Dissertation eingehend dargestellt, dass gerade der Quell- und der Objektcode, also die konkrete, in einer Programmiersprache geschriebene Umsetzung der Aufgabenlösung/Systemanalyse, keinen Gestaltungsspielraum aufweist⁹⁹³. Er belegt an Beispielen, dass das Ausnutzen einer jeden Variante, die der gegebene Spielraum bei der Umsetzung der Problemlösung bietet, zu suboptimalen Ergebnissen führen würde⁹⁹⁴. Dies führt zu dem Schluss, dass auch der minimale Gestaltungsspielraum, ergänzt durch das qualitative Element des Bundesgerichtshofs, nicht zu einer urheberrechtlichen Schutzfähigkeit führen kann, da das konkrete Softwareprodukt eben genau das ist, was jeder Programmierer so gemacht hätte. Daraus folgt wiederum, dass nur eine Variationsmöglichkeit zwischen optimaler und suboptimaler Lösung besteht, ein Faktor, der für das Merkmal des Gestaltungsspielraums nicht relevant sein kann.

Dies wiederum erklärt sich anhand der Tatsache, dass das Urheberrecht bei Computerprogrammen nur die besondere Auswahl, Sammlung und Einteilung der Elemente, welche in der konkreten Form dargestellt werden, schützt. Technische Perfektion ist nicht schützbar und wird durch das Urheberrecht auch nicht honoriert. Im Ergebnis kann also eine Besonderheit des Programms im urheberrechtlichen Sinne nicht in den für eine Software einzig wichtigen Qualitätsmerkmalen schnell, sicher und/oder Ressourcen schonend o. ä. gesehen werden, sondern nur in formaler Origin-

991 Der BGH hat hingegen ausgeführt (GRUR 1985, S. 1041 (1047) – Inkasso-Programm), dass die Schutzfähigkeitsfrage grundsätzlich nicht gegliedert nach den einzelnen Entwicklungsstufen beantwortet werden könne, sondern im Allgemeinen einheitlich zu beurteilen sei. Soweit in einer Phase die Schutzfähigkeit anzunehmen sei, müsse dies auch auf die anderen Phasen durchschlagen (ebd. S. 1046). Dagegen hatte das OLG Karlsruhe in der Vorinstanz diese Frage zu Recht etwas differenzierter beurteilt (GRUR 1983, S. 300 (306) – Inkassoprogramm). Hiernach soll es möglich sein, dass der Programmierer nur von der – an sich nicht geschützten – Idee, die im Datenflussplan enthalten ist, bei der Kodierung Gebrauch macht, ohne dessen urheberrechtlich relevante Formgebung auch nur im Sinne einer Bearbeitung gem. § 23 UrhG selbst zu nutzen. In solchen Fällen dürfte konsequenter Weise kein Urheberrechtsschutz an der Kodierung, sondern nur am Entwurfsmaterial bestehen.

992 *Axster/Axster*, BB 1967, S. 606 (609 ff.).

993 *König*, Rdnr. 454 ff.

994 Ebenso *Marly*, Urheberrechtsschutz, S. 114 f., der meint, ein individueller Gestaltungsspielraum bestehe bei Computerprogrammen aufgrund der Rigidität der verwendeten (Programmier-) Sprache, des endlichen Vokabulars sowie der festen Syntax und Semantik nicht.

nalität. Letztere hat jedoch ihrerseits wiederum keine Relevanz für die Qualität eines Programms. Ein überdurchschnittlich gutes Programm kann daher nach urheberrechtlichen Maßstäben durchschnittlich und somit ungeschützt sein⁹⁹⁵.

Soweit man den Gestaltungsspielraum in der Umsetzung der Programmlösung in die eigentliche Kodierung sucht, zeigt sich, dass ein solcher – soweit vorhanden – zumeist lediglich dazu führen wird, von der optimalen Lösung abzuweichen. Ein jedes Abweichen führt dann aber im Ergebnis nicht mehr zu derselben, sondern zu einer anderen Lösung, mithin zu einem anderen Programm⁹⁹⁶. Ein solcher Spielraum kann daher – und demgemäß folgerichtig wird dessen Relevanz für den Urheberrechtsschutz vom Bundesgerichtshof abgelehnt – keine Rolle bei der Bemessung von Individualität spielen⁹⁹⁷. Relevant für den Urheberrechtsschutz kann allenfalls das konkrete Programm, nicht jedoch eine Methode zur Lösung eines Problems sein. Geschützt gegen eine unautorisierte Verwendung durch andere ist eben immer nur die konkrete Darstellungsform eines bestimmten Inhalts. Wird ein anderer Inhalt dargestellt, kann dies keine Urheberrechtsverletzung darstellen.

Wenn also eine andere Gestaltung, ein minimales Abweichen bei der Kodierung einer Problemlösung in die Form des Quell- und später des Objektcodes zu einem anderen Programm führt, das nicht mehr – in der einzig geschützten – konkreten Form mit dem ersten Programm vergleichbar ist, kommt eine Urheberrechtsverletzung durch Übernahme geschützter Elemente einer Software gar nicht in Betracht. Der Schutzbereich ist dann gleich null⁹⁹⁸, der Urheberrechtsschutz geht ins Leere.

Ohne diese Gedankengänge weiter vertiefen zu müssen, zeigt sich hier deutlich, dass der Urheberrechtsschutz neue Wege beschreiten muss, um einen für Computerprogramme adäquaten Schutz gewährleisten zu können.

Auch ein anderer Aspekt unterscheidet das Computerprogramm vor dem Hintergrund eines Werkbegriffs nach der Lehre vom Gestaltungsspielraum von anderen Werkarten. Nimmt man einmal an, dass bei der Formgebung tatsächlich Variationsmöglichkeiten bestehen, die der Urheber bei der Schöpfung individuell nutzen kann, hat diese Auswahlentscheidung jedenfalls ein ganz anderes Ziel als bei anderen Werkarten. Der wesentliche Unterschied liegt darin, dass bei einem literarischen Werk die Variationsbreite an Buchstaben, Worten und deren Zusammensetzungen dazu genutzt wird, eine individuelle Ausdrucksform zu finden. Auf diese Weise soll der Inhalt in einer ansprechenden Sprache vermittelt, etwas aus persönlicher Sichtweise erzählt oder ein bestimmter Stil zum Ausdruck gebracht werden.

Bei der Programmierung kommt es auf solche Eigenschaften des Werkes dagegen nicht an. Nicht ein personalisiertes, sondern ein perfektes Programm soll geschaffen

995 *Schulze*, GRUR 1985, S. 1002.

996 *König*, Rdnr. 460.

997 GRUR 1985, S. 1041 (1048) – Inkasso-Programm.

998 So *König*, Rdnr. 460.

werden. Nicht der ästhetische Genuss des Betrachters ist für die Auswahlentscheidung zwischen verschiedenen Gestaltungselementen bedeutsam, sondern es soll die möglichst effektive Steuerung eines Gerätes erreicht werden. Die Nutzung der einen oder anderen Option bei der Erstellung des Programms entscheidet daher lediglich über die Qualität, die Funktionsfähigkeit des Arbeitsergebnisses⁹⁹⁹. Dies führt zu dem Schluss, dass bei Computerprogrammen das Einbringen persönlicher Eigenheiten nicht nur belanglos ist, sondern häufig zu einem Qualitätsmanko führen wird. Wenn der Programmierer die optimalen Auswahlentscheidungen trifft (und damit eine „gute“ Software erstellt), entspricht das gewünschte Ergebnis dem, was jeder Programmierer bei guter Arbeit gemacht hätte. Dies ist indes nach herkömmlichem Verständnis ein Indiz dafür, dass das Werk gerade nicht individuell ist.

b) Das Merkmal der sinnlichen Wahrnehmbarkeit des Werks

Werke müssen eine Form gefunden haben und sinnlich wahrnehmbar sein¹⁰⁰⁰. Sie müssen einen Gedanken- oder Gefühlsinhalt haben, der auf den Nutzer „*unterhaltend, belehrend, veranschaulichend, erbauend oder sonst wie anregend wirkt*“¹⁰⁰¹. Hierin liegt wohl der kleinste gemeinsame Nenner aller durch das Urheberrecht geschützten Formen¹⁰⁰². Das Werk ist bestimmt, von den Sinnen eines Menschen wahrgenommen zu werden. Es muss mithin einen ästhetischen Gehalt aufweisen¹⁰⁰³.

Auch an diesem fundamentalen Wesensmerkmal, das alle anderen Werkarten unzweifelhaft teilen, zeigt sich die Sonderstellung der Computerprogramme im System des Urheberrechts deutlich. Computerprogramme weisen keinen ästhetischen Gehalt auf¹⁰⁰⁴. Sie richten sich nicht an den menschlichen Geist, sondern sind bestimmt, ei-

999 So auch *Kindermann*, ZUM 1985, S. 2 (3).

1000 Vgl. nur *Dreier/Schulze-Schulze*, § 2, Rdnr. 13.

1001 So *Dreier/Schulze-Schulze*, § 2, Rdnr. 12 und die sicherlich auch heute noch bestehende allgemeine Ansicht, vgl. *Ulmer*, S. 130 f.; ders. und *Kolle*, GRUR Int. 1982, S. 489 (492); *Windisch*, GRUR 1980, S. 588; *Troller*, UFITA 50 (1967), S. 385 (387).

1002 Dieser Aspekt entbehrt jeglicher, möglicherweise streitiger, Elemente, wie Qualität, Originalität oder persönlicher Prägung.

1003 Nach seiner lexikalischen Semantik hat das Wort Ästhetik nichts mit der Anregung eines Schönheitsempfindens zu tun. Es meint vielmehr allein die Anregung der Sinne an sich. Vgl. *Schulze*, GRUR 1984, S. 400 (403); ders. GRUR 1985, S. 1001; *Troller*, UFITA 50 (1967), S. 385 (387); BGH GRUR 1985, S. 1047 – Inkasso-Programm.

1004 Gleicher Ansicht *Sack*, GRUR 2001, S. 1095 (1096), der sich mit dem Computerprogramm aus Sicht des Werktitelschutzes auseinandersetzt und zu diesem Ergebnis von einer anderen Warte aus gelangt. Kennzeichnend für den Werktitelschutz gem. § 15 MarkenG ist, dass das Werk einen gedanklichen Inhalt aufweist, d. h. es muss eine geistige Leistung in der Art und Weise verkörpert sein, dass für den Verkehr nicht der Warencharakter, sondern das immaterielle Wesen im Vordergrund steht (so auch BGH, GRUR 1998, S. 155 – Powerpoint). Nach *Sack* müsse der Werkbegriff danach bestimmt werden, ob eine geistige Leistung vorhanden sei, die zu einer über das Werk hinausgehenden geistigen Anregung des Rezipienten führe, die für sich bezeichnungsfähig erscheine. Bei Software lägen diese Merkmale zumeist nicht

ner Maschine Anweisungen zu erteilen¹⁰⁰⁵, wie die vorhandenen technischen Ressourcen im Hinblick auf eine Aufgabenstellung möglichst effektiv eingesetzt werden können¹⁰⁰⁶. Hierin liegt die einzige Funktion einer Software. Die Tatsache, dass der Maschinencode lesbar ist, tritt gegenüber der Steuerungsfunktion des Programms als unbedeutend in den Hintergrund¹⁰⁰⁷.

Computerprogramme werden also nicht geschaffen, „um den menschlichen Geist zu erfreuen“, wie König zu Recht feststellt¹⁰⁰⁸. Anders als Darstellungen wissenschaftlicher und technischer Art i.S.d. § 2 Abs. 2 Ziff. 7 UrhG, wie etwa Konstruktionszeichnungen, Schaltpläne etc. wenden sie sich noch nicht einmal bei ihrer Rezeption oder Umsetzung, also bei Erfüllung der primären Funktion, an den Menschen, da das Programm die Umwandlung der Befehle in die von der Hardware lesbare Sprache automatisch durchführt¹⁰⁰⁹. Computerprogramme unterscheiden sich in diesem wesentlichen Aspekt von jedem Musik- oder Schriftwerk der kleinen Münze, auch dem Einheitsfahrchein oder dem Jingle, von jeder Art wissenschaftlich-technischer Darstellung (dies ist eben eine *Darstellung*).

Dies gilt in erster Linie für sog. „*embedded software*“, Maschinenprogramme und die Systemsoftware¹⁰¹⁰, bei denen noch nicht einmal das Ergebnis der Programm-

vor, da sich die geistige Umsetzung beim Rezipienten hier auf die reine Nutzbarmachung der Ware beschränke. Auch technische Geräte seien nicht titelschutzfähig. Ein Unterschied jedoch (in Bezug auf das Merkmal der „geistigen Anregung“) gegenüber dem rein utilitaristischen immateriellen Gegenstand der Software könne nicht erkannt werden. Zur Unterscheidung aber zwischen Werk und Ware (für die Abgrenzung zwischen ungeschützten Waren- und geschütztem Werkschutz) sei das Merkmal der „*geistigen Umsetzung der Leistung des Werkerstellers*“ notwendig. Auch Sack vertritt damit die Ansicht, dass die Funktion der Software als Mittel zur Problemlösung die Vermittlung eines überschießenden geistigen Gehalts nicht zulasse (vgl. ebd., S. 1097). Hieran könne auch eine etwaige Komplexität der Software nichts ändern.

1005 König, Rdnr. 453; *Axster/Axster*, BB 1967, S. 611; *Wiebe* in FS *Pieper*, S. 645 (656); so auch *Samuelson/Davis/Kapor/Reichman*, Manifesto, S. 2308 ff. Auch *Haberstumpf* in *Computerprogramme II*, S. 69 ff., Rdnr. 31, der im Übrigen die Zuordnung von Computerprogrammen zu anderen Werkformen als unproblematisch ansieht, räumt ein, dass die Funktion der Computerprogramme als „*Steuerungsmittel, die kausal auf eine Maschine einwirken und dadurch bestimmte Ergebnisse hervorrufen*“, keine Entsprechung in anderen urheberrechtlich geschützten Werkarten findet.

1006 Eine a. A. vertritt *Troller* in FS *Roeber*, S. 413, der meint, Computerprogramme seien eine Anweisung an den menschlichen Geist, obwohl sie sich an die Maschine richteten, da der Computer vom menschlichen Geist programmiert sei und daher „*in dessen Vertretung*“ handle.

1007 Gleicher Ansicht *Sack*, GRUR 2001, S. 1095 (1100).

1008 König, Rdnr. 453 meint daher: „*Es stellt daher eine grobe Verkennung des Wesens auch von Quellprogrammen dar, sie als Anweisungen an den menschlichen Geist zu betrachten.*“

1009 König, Rdnr. 453.

1010 System- oder Basissoftware dient der „*internen Steuerung und Verwaltung der Funktionseinheiten des informationsverarbeitenden Geräts und der mit ihm verbundenen Anschlussgeräte*“

funktion für den Menschen wahrnehmbar wird und die allein internen Steuerungsprozessen der Maschine dienen. Beispiel wäre etwa ein Steuerungsprogramm („Firmware“) für einen Toaster oder ein die interne Dateiverwaltung eines Computers organisierendes Programm. Das Einzige, was durch ein solches Programm dem Menschen vermittelt wird und was den menschlichen Sinnen zugänglich ist, ist das Arbeitsergebnis der Maschine, also der braun gebrannte Toast oder die Tatsache, dass man im Betriebssystem eines Computers bestimmte Dateihierarchien nutzen kann. Hiermit vermittelt das Programm keine andere Aussage als die Maschine selbst. Man könnte daher sagen, Computerprogramme seien Maschinen, deren Konstruktionsmedium der Text ist¹⁰¹¹. Anders als sonstige Werkarten haben sie – ähnlich wie Maschinen – ein „Verhalten“¹⁰¹². Sie können dagegen nicht vom Benutzer der Hardware wahrgenommen werden und damit – nach herkömmlichem Verständnis – eigentlich auch keine Werke i.S.d. § 2 UrhG sein¹⁰¹³.

Weniger evident ist dies bei so genannter Anwendungssoftware. Diese richtet sich zwar ebenfalls bestimmungsgemäß an der „Kommunikation“ mit der Maschine aus, es wird hier jedoch zumindest mittelbar durch die Hardware der gedankliche Inhalt, der dem Programm zugrunde liegt, den menschlichen Sinnen vermittelt. Dies ändert jedoch nichts an der Tatsache, dass die Bestimmung auch solcher Programme darin liegt, mit einem Computer zum Zwecke der Funktionssteuerung zu kommunizieren, und nicht darin, vom Benutzer rezipiert zu werden.

Der Bundesfinanzhof führte hierzu in einem Urteil aus dem Jahr 1988 aus¹⁰¹⁴:

„...dass Anwenderprogramme Funktionsabläufe in einer Maschine steuern. Sie enthalten Anweisungen und Befehle an eine Maschine, wie sie ein Problem im Einzelnen zu lösen hat. Die-

sowie zur Steuerung der Ein- und Ausgabe“. Sie versetzen den Computer in die Lage, eine Vielzahl unterschiedlicher Anwendungsprogramme effizient auszuführen, so *Kindermann*, ZUM 1985, S. 4.

1011 So *Samuelson/Davis/Kapor/Reichman*, Manifesto, S. 2307 (2320 ff.), die diese Aussage mit verschiedenen Gemeinsamkeiten von Programmen und Maschinen unterfüttern. Es heißt hier (S. 2327 f.): „*Once one understands that programs are machines that happen to be constructed in the medium of text, it becomes easier to understand, that writing programs is an industrial design process akin to the design of physical machines.*“

1012 *Samuelson/Davis/Kapor/Reichman*, Manifesto, S. 2307 (2320 ff.).

1013 Gleicher Ansicht *König*, Rdnr. 467 m. w. Nachw. auf einen erheblichen Teil der Fachliteratur.

1014 Vgl. BB 1989 Teil 1, Beilage III, S. 18. Auch in der Begründung zum Vorschlag für die Urheberrechtsrichtlinie findet sich eine ähnliche Formulierung. Computerprogramm ist danach, „*das nach dem derzeitigen Stand der Technik in jeder Form, Sprache und Notation oder in jedem Code gewählte Ausdrucksmittel für eine Folge von Befehlen, die dazu dient, einen Computer zur Ausführung einer bestimmten Aufgabe oder Funktion zu veranlassen*“ (zitiert nach *Marly*, S. 109, der seinerseits meint: „*Sämtliche Definitionen der Computersoftware bringen deutlich zum Ausdruck, dass es Aufgabe der Computerprogramme ist, ein datenverarbeitendes Gerät zu steuern.*“).

se Anweisungen und Befehle an eine Maschine in einer ihr verständlichen Sprache sind das Charakteristische eines Computeranwendungsprogramms.“

Hiergegen ist vorgebracht worden, dass das Programm sich in der konkreten Kodierung zumindest an fachkundige Personen, wie Programmierer oder fachkundige Nutzer, die eine solche Sprache lesen können, wende¹⁰¹⁵. Hiermit hätten Computerprogramme zumindest eine doppelte Funktion. Sie dienen einerseits als „Steuerungsmittel“ der Hardware und andererseits als „Lektüre“ für den fachkundigen Betrachter. Demgemäß fügten sie sich problemlos in den Werkkatalog des § 2 UrhG ein.

Ob dem zuzustimmen ist, scheint fraglich. Vergleicht man das Computerprogramm mit anderen Werkarten und deren innewohnenden Möglichkeiten, bestimmungsgemäß dem Rezipienten vermittelt zu werden, ergibt sich ein wesentlicher Unterschied. Dieser liegt eben in dem Zweck der Gestaltung. Bei Computerprogrammen stellt die Möglichkeit, vom Menschen wahrgenommen zu werden, einen reinen Nebeneffekt dar. Vergleichbar ist dessen kommunikativer Gehalt etwa mit einer elektrischen Schaltung. Dass ein Fachmann aus der Anordnung der verwendeten Widerstände, Materialien etc. möglicherweise entnehmen kann, welcher Funktion diese dient oder wie sie funktioniert, ändert nichts an der Tatsache, dass deren Zweck allein in der Steuerung elektronischer Abläufe liegt¹⁰¹⁶.

Dies gilt umso mehr, da im Allgemeinen der Quellcode, in dem die vom Programmierer geschaffene, „sprachliche“ Form des Programms verkörpert liegt, technisch verschlüsselt (kompiliert) und damit geheim gehalten wird. Dies gilt jedenfalls für die meiste „proprietäre“ Software¹⁰¹⁷, welche das dem Urheberrechtsgedanken

1015 *Haberstumpf* in Computerprogramme II, Rdnr. 31; ähnlich auch das Hanseatische Oberlandesgericht, NJW-RR 1995, S. 430 (431) – Powerpoint zum Werkbegriff beim Titelschutz.

1016 Sicherlich hinkt der Vergleich, wenn man hier auf die urheberrechtliche Schutzfähigkeit von Software rekurriert insofern, als die Software, anders als eine Schaltung, in einer gewissen Form von Sprache geschrieben ist. Allerdings ist dieser Unterschied aus urheberrechtlicher Sicht wiederum ohne Belang, da es sich hierbei um eine Sprache handelt, die nicht der menschlichen Kommunikation dient, sondern der Kommunikation mit einer Maschine. Sie ist daher als „Grundstoff“ für ein urheberrechtliches Werk ungeeignet.

1017 Zum Begriff vgl. unten, Fn. 1251. Dagegen wird bei der Open Source Software (auch „Freie Software“ genannt) der Quelltext zum Zwecke der Weiterentwicklung durch Dritte offengelegt, die Nutzung frei von Lizenzgebühren und die freie Weitergabe und Bearbeitung gestattet (siehe hierzu *Jaeger/Metzger*, S. 1-14; *dies.* GRUR Int. 1999, S. 839 (840 f.); *Omsels* in FS *Hertin*, S. 141 (141 f.); *Grzeszick*, MMR 2000, S. 412 (413 ff.); *Ahn*, S. 118 ff.; *Deike*, CR 2003, S. 9 ff.; *Wuermeling/Deike*, CR 2003, S. 87 ff.; *Schulz, C.*, S. 63 ff.; *Koglin*, S. 21 ff.; *Spindler/Wiebe*, CR 2003, S. 873 ff.; *Sester*, CR 2000, S. 797 ff. *Jaeger/Metzger*, S. 5-7 und *Spindler* (Hrsg.), S. 9-19 zeigen die Unterschiede von freien Software-Lizenzen zu anderen Lizenzmodellen wie Freeware, Shareware oder Public Domain Software auf). Hinter dem Vertriebs- und Nutzungsmodell der Freien Software steht der Gedanke, dass eine Perfektionierung und Weiterentwicklung des Softwareprodukts erreicht werden kann, indem eine unbestimmte Anzahl von Entwicklern und Programmierern sich aus eigenem Antrieb für die

folgende Verwertungsmodell bei Computerprogrammen verkörpert¹⁰¹⁸. Der Nutzer kann und soll die Sprache, in der das Programm abgefasst ist, also gar nicht lesen oder wahrnehmen. Bemerkenswert ist diesbezüglich, dass diese Tatsache wiederum der bestimmungsgemäßen Verwendbarkeit des Programms keinen Abbruch tut. Vor diesem Hintergrund erscheint der Verweis auf eine ästhetische Bestimmung von Computerprogrammen allzu konstruiert.

Dies könnte wiederum allenfalls auf das Entwurfsmaterial für ein Computerprogramm zutreffen. Dieses ist immerhin für Menschen geschrieben, die es später umsetzen sollen¹⁰¹⁹. Das Computerprogramm unterscheidet sich daher vom Entwurfsmaterial ebenso elementar, wie von anderen „echten“ Sprachwerken.

Diesem sinnwidrigen Ergebnis, dass zwar der Entwurf für die Erstellung eines Werkes, nicht aber das Werk selbst schutzfähig ist, könnte man entgegenhalten, dass auch andere Werkformen – wie das Programm die Maschine – einen Mittler brauchen, um überhaupt wahrgenommen werden zu können. So ist ein geschütztes Musikwerk zwar in der Partitur verkörpert, diese kann jedoch nicht ohne das Spiel mit Instrumenten oder die Singstimme bestimmungsgemäß wahrgenommen werden. Man könnte also sagen, dass die Musik sich nicht an die Sinne des Rezipienten richte, sondern in erster Linie an die des Musikers.

Dennoch ist der Vergleich schief. Begreift man den ästhetischen Gehalt als Wesensmerkmal des Werkes, kommt es nicht darauf an, ob es zur Rezeption des Wer-

Fortentwicklung engagiert. Zu diesem Zweck wird die Software von ihren Erstentwicklern – jedenfalls teilweise (vgl. zu den Synergien zwischen Open Source- und Urheberrechtsschutz *Jaeger/Metzger*, S. 82 ff.; *Kreutzer*, *Open Content, passim*; *Metzger in Hoffmann-Riem/Eifert* (Hrsg.), Lit. A) – von urheberrechtlichen Restriktionen freigestellt, indem eine weit gehende, einfache Lizenz an jedermann erteilt wird. Die Bearbeitung, Vervielfältigung und alle anderen Verwertungsformen sind danach gestattet. Das schließt eine kommerzielle Verwertung indes keineswegs aus. Freie Software hat sich eigene Marktsegmente im Softwarebereich erschlossen. Umsätze werden hier lediglich auf anderen Wegen als durch das Lizenzgeschäft generiert. Firmen wie die SuSE Linux AG oder Red Hat verdienen auf Sekundärgeschäftsfeldern, v. a. der Distribution von Datenträgern (also Verkauf körperlicher Sachen, die einen lizenzfreien geistigen Inhalt enthalten) und Accessoires (z. B. Handbüchern, Anwendungs- und Peripherie-Software) und darüber hinaus v. a. mit Beratung, Service und angepassten Lösungen (siehe *Jaeger/Metzger*, S. 15-17, 95; *Spindler* (Hrsg.), S. 5 ff.). Das Lizenzgeschäft als urheberrechtliches Standardvermarktungsmodell tritt hierbei gegenüber dem Dienstleistungsmarkt rund um den geistigen Inhalt zurück. Eingehend hierzu *Jaeger/Metzger*, S. 1 ff.; *dies*. GRUR Int. 1999, 839 ff.; *Schulz, C.*, S. 93 ff.

1018 Hier wird – im Gegensatz zum Open-Source-Modell – das Urheberrecht eingesetzt, um die Verwertung des Programms zu kontrollieren und dabei, u. a., die im Quellcode liegenden Entwicklungsgeheimnisse zu verbergen. Hierzu dient das (generelle) Dekompilierungsverbot (vgl. § 69c Nr. 1 und 2 UrhG, das nur durch § 69e UrhG eine eng gefasste Ausnahme zulässt).

1019 Addiert man in einem „minimalen Werkbegriff“ dem ästhetischen Gehalt noch die Individualität als Tatbestandsmerkmal hinzu, wird auch das Entwurfsmaterial, wenn nicht die darin verkörperte Idee geschützt werden soll, zumeist aus dem Urheberrecht herausfallen. Dies gilt sowohl aus Sicht eines werk- als auch eines urheberbezogenen Werkbegriffs.

kes eines Mittlers mit besonderen Fähigkeiten bedarf. Entscheidend ist vielmehr, ob sich das Werk an die Sinne des Rezipienten richtet. Dies ist bei Musik der Fall. Der geschützte Ausdruck ist nicht die Partitur, sondern der durch Gehör wahrnehmbare Inhalt, also die Töne¹⁰²⁰. Die in Noten geschriebene und damit lesbare Partitur ist nur eine Art der Verkörperung. Diese ist für den Schutz des Musikwerkes hingegen unerheblich, auch eine Improvisation kann geschützt sein¹⁰²¹.

Auch der Einwand, dass die konkrete Form, die das Arbeitsergebnis einer Programmierfähigkeit angenommen hat, zumindest bei Anwendungsprogrammen immerhin als grafische Benutzeroberfläche wahrgenommen werden kann, greift nicht. Diese ist grundsätzlich vom Computerprogramm zu unterscheiden¹⁰²². Schutzgegenstand ist allein die im Programm und seinen Vorstufen gefundene Form des geistigen Inhalts.

c) Das Computerprogramm als Gegenstand „qualifizierter menschlicher Kommunikation“

Die bisher an verschiedenen Aspekten belegte These, dass das Computerprogramm sich von anderen Werkarten grundlegend unterscheidet, bestätigt sich auch, wenn man dem Urheberrecht die weite utilitaristische Funktionsbeschreibung *Schrickers* zugrunde legt¹⁰²³. Hiernach dient das Urheberrecht „dem Schutz qualifizierter menschlicher Kommunikation“¹⁰²⁴. „Grundvoraussetzung ist, dass das Werk „etwas“ aufweist, das über das bloße sinnlich wahrnehmbare Substrat hinausgeht, eine „Aussage“ oder eine „Botschaft“, die dem Bereich der Gedanken, des Ästhetischen oder sonstiger menschlicher Regungen oder Reaktionsweisen zugehört.“

Wie bereits ausgeführt, dient Software keiner, schon gar keiner „qualifizierten, menschlichen Kommunikation“, sondern einer technischen Kommunikation. Dies schließt die Qualifikation des Programms als ein Produkt, das andere Schichten der Person anspricht, wie Gefühle, Stimmungen und unbewusste Regungen, aus. Das Computerprogramm dient ebenso wenig dazu, dem Menschen eine Aussage oder

1020 *Dreier/Schulze-Schulze*, § 2, Rdnr. 134.

1021 *Dreier/Schulze-Schulze*, § 2, Rdnr. 135. Würde man auf die Partitur abstellen, handelte es sich nicht um ein Musikwerk, sondern u. U. um ein Werk der bildenden Künste.

1022 *Haberstumpf* in *Computerprogramme II*, Rdnr. 31; *Schlatter* in *Computerprogramme II*, Rdnr. 67 ff. Bei der Benutzeroberfläche handelt es sich lediglich um das „look and feel“ einer Software, das wiederum durch die Software gesteuert wird, vgl. hierzu *Wiebe*, GRUR Int. 1990, S. 21 (26 ff.); *Koch*, GRUR 1991, S. 180 (181 f.). In der DIN-Norm 44300 Teil 4, Nr. 4.1.9. (1988) ist eine Definition des Computerprogramms offiziell festgelegt. Verfehlt daher OLG Karlsruhe, ZUM 1995, S. 142 ff. – Bildschirmmasken.

1023 In *Schricker*, Einleitung, Rdnr. 6.

1024 *Schricker*, Einleitung, Rdnr. 6.

Botschaft zu vermitteln, die dem Bereich der Gedanken, des Ästhetischen oder sonstiger menschlicher Regungen und Reaktionsweisen zuzuordnen ist. Auch dieser sehr funktionale Werkbegriff vermag das Computerprogramm mithin nicht zu erfassen. Dies wiederum führt auf dessen Besonderheit gegenüber anderen Werkarten zurück.

4) Zwischenergebnis

Aus der Sonderstellung der Computerprogramme als urheberrechtliches Schutzobjekt lässt sich ein Schluss ziehen. Das Urheberrecht hat sich verändert. Durch die Erstreckung des urheberrechtlichen Schutzbereichs auf Computerprogramme hat sich der Fokus des Rechts erheblich ausgeweitet. Statt an grundlegenden Paradigmen des *Droit D'Auteur* festzuhalten, hat man sich zur Erlangung eines vermeintlich praktischen, einfach zu erringenden, international wirkenden und weit reichenden Rechtsschutzes für Software, einer pragmatischen Lösung zugewendet. Die Ausweitung des Urheberrechts hat damit erstmals einen Schutzgegenstand erfasst, der sich von den bisherigen Werkkategorien elementar unterscheidet. Das Urheberrecht ist damit einem Wirtschafts-, einem Investitionsschutzrecht ähnlicher geworden.

Ob man sich der Bedeutung dieses Schrittes bewusst war, scheint zweifelhaft. Immerhin schien der deutsche Gesetzgeber der Entscheidung seinerzeit durchaus ambivalent gegenüberzustehen. Dies zeigt sich daran, dass man versuchte, das „Softwareurheberrecht“ in einem eigenen Abschnitt möglichst zu isolieren. In der Begründung zum 2. Urheberrechtsänderungsgesetz heißt es hierzu¹⁰²⁵:

„Zum anderen sollen die Ausstrahlungen von Sonderregelungen für Computerprogramme auf das ‚klassische‘ Urheberrecht möglichst vermieden werden. Die urheberrechtliche Systematik soll nicht im Interesse einer Werkart geändert werden, die an der Grenze zwischen dem Urheberrecht traditioneller Art und anderen Rechtssystemen zum Schutz des geistigen Eigentums liegt.“

Indes ist dieses Ziel nicht erreicht worden. Die Computerprogramme stellen im System des geltenden deutschen Urheberrechts einen Fremdkörper dar. Wesentliche Grundregeln, z. B. das Urheberpersönlichkeitsrecht, das Schöpferprinzip und die Schutzdauer finden auf diese ungeachtet dessen gleichermaßen Anwendung. Von einer gelungenen „Isolation“ der Computerprogramme kann angesichts dieser Vermischung von Sonder- und allgemeinen Regelungen keine Rede sein. Das Urheberrecht hat damit ein verändertes Wesen angenommen. Es vermengt nunmehr personenbezogen-individuelle, geistig ansprechende mit unpersönlichen, technisch-funktional orientierten Schutzgütern. Damit ist das Urheberrecht zu einer Mischform von reinem Wirtschafts- und „persönlichkeitsbezogenem Eigentumsrecht“ geworden, der es sowohl an rechtstheoretischer Fundierung als auch an dogmatischer

1025 Begründung zum 2. Urheberrechtsänderungsgesetz, UFITA 123 (1993), S. 182 (185).

Stringenz mangelt. Die in Teil 3 näher zu untersuchende These, dass dies letztlich zu Defiziten und dysfunktionalen Effekten führt, liegt vor diesem Hintergrund nicht fern.

III) Rechtsschutz von Datenbanken

A) Internationale Entwicklung

Zeitlich später in die Diskussion geraten, führt der heute national und europaweit implementierte Urheberrechtsschutz von Datenbanken¹⁰²⁶ die Entwicklung der rechtlichen Absicherung technisch-funktionaler Wirtschaftsgüter über das Urheberrecht fort. Wie auch bei den Computerprogrammen handelt es sich bei Datenbanken um ein wirtschaftlich hochwertiges und damit schützenswertes Gut, das mit zunehmender Nutzung von Informationstechnologie on- oder offline erheblich an Bedeutung gewinnen wird¹⁰²⁷. Aufgrund dieser Erkenntnis wurde man sich über den Regelungsbedarf auf internationaler Ebene bald einig. Ziel sollte sein, urheberrechtlichen Schutz zu schaffen für Sammlungen von reinen Daten oder Fakten. Diese waren vorher weder einem internationalen Schutz zugänglich, noch fielen sie unter eine der Werkarten im deutschen Urheberrechtsgesetz. Zwar ist mit dem Schutz von Datensammlungen der Schutz der Sammelwerke im weiteren Sinne verwandt, jedoch scheiterte dieser daran, dass der Sammelwerkschutz, wie die Bezeichnung bereits impliziert, nur Sammlungen geschützter Werke (also persönliche geistige Schöpfungen) erfasst¹⁰²⁸. Darüber hinaus strebt der Datenbankschutz die Sicherung einer Ordnung, Zusammenstellung und Systematisierung von reinen Fakten und als solchen ungeschützten Informationen an. So wäre der urheberrechtliche Schutz eines

1026 Unter Datenbanken fallen Sammlungen von Daten in jeglicher Form, die auf bestimmte Art und Weise ausgewählt und angeordnet wurden. Dies kann einerseits in elektronischer Form geschehen, wie z. B. bei einer Gesetzessammlung auf CD-ROM oder einem Online-Archiv oder auch in analoger Form, wie bei einem Almanach oder einer Statistik.

1027 Dies erkannte die EU-Kommission schon im „Grünbuch über Urheberrecht und die technologische Herausforderung – Urheberrechtsfragen, die ein sofortiges Handeln erfordern“ aus dem Jahre 1988, S. 205-217.

1028 So die h. M. in Deutschland zu § 4 a. F. UrhG. Hier hieß es: „*Sammlungen von Werken oder anderen Beiträgen...*“. Der Begriff des „Beitrags“ sollte nach h. M. implizieren, dass nicht reine Daten- oder Faktensammlungen hierunter fallen können, vgl. *Hoebbel* in *Computerprogramme II*, S. 1015 (1020), Rdnr. 13 m. w. Nachw. Auch in Art. 2 Abs. 5 RBÜ werden Sammelwerke als: „*Sammlungen von Werken der Literatur oder Kunst...*“ definiert. Vgl. hierzu auch *Reinbothe*, ZUM 1996, S. 735 (737); *Leistner*, S. 24.