

# Urheberrechtsfähigkeit von Software

## Die EG-Richtlinie zum Softwareschutz und die Rechtsprechung des Bundesgerichtshofes

*Am 14. Mai 1991 ist die neue EG-Richtlinie zum Softwareschutz verabschiedet worden. Der Verfasser untersucht die Auswirkungen dieser Richtlinie auf das deutsche Recht. Dabei wendet er sich vor allem der Frage zu, ob der BGH nach der Umsetzung der Richtlinie in nationales Recht gezwungen ist, seine restriktive Haltung bezüglich*

*der Urheberrechtsfähigkeit von Software aufzugeben. Der Verfasser zeigt anhand der Terminologie der Richtlinie und der sprachlichen Ungereimtheiten der Präambel kritisch auf, daß der BGH bei seiner alten Rechtsprechung bleiben kann.*

### I. Einleitung

Am 14. Mai 1991 ist sie nun endlich verabschiedet worden – die neue, lang erwartete EG-Richtlinie zum Softwareschutz.<sup>1</sup> Die Richtlinie zielt besonders auf die rechtliche Situation in Deutschland.<sup>2</sup> Durch die Umsetzung der Richtlinie soll die Urheberrechtsfähigkeit der meisten Computerprogramme per Gesetz verordnet werden. Dies soll zur Konsequenz haben, daß der erste Senat des *Bundesgerichtshofs* seine – in den Entscheidungen »Inkassoprogramm«<sup>3</sup> und »Nixdorf-Betriebssystem«<sup>4</sup> grundlegende – restriktive Rechtsprechung zur Anwendbarkeit des Urheberrechtsgesetzes bei Software aufgibt. In diesem Sinne wurde die Richtlinie von

den meisten deutschen EDV-Fachverbänden stürmisch begrüßt.<sup>5</sup>

Wird die Richtlinie aber tatsächlich dieses Ziel erreichen? Muß der *BGH* bei Umsetzung der Richtlinie tatsächlich seine berüchtigte Rechtsprechung ändern? Oder kann der *BGH* auch weiterhin daran festhalten, daß ein urheberrechtsfähiges Programm »das handwerkliche Durchschnittskönnen erheblich überragen« muß<sup>6</sup> und deswegen 95% aller Programme nicht den Schutz des Urheberrechts genießen?<sup>7</sup>

### II. Art. 1 Abs. 3 der EG-Richtlinie

In Art. 1 Abs. 3 der Richtlinie heißt es: »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.«

Dieser Formulierung ging eine lange Diskussion voraus. Zunächst hatte der Richtlinienentwurf vom 12. April 1989<sup>8</sup> die Urheberrechtsfähigkeit von Computerprogrammen bejaht, »wenn sie hinsichtlich der Individualität die gleichen Voraussetzungen wie andere Werke der Literatur erfüllen«. Diese Definition wurde gerade von deutscher Seite zu Recht heftig kritisiert. So bemängelte etwa *Gernot Schulze*, daß es bei einer solch vagen Bestimmung im deutschen Raum »bei dem bisherigen unzureichenden Rechtsschutz für Computerprogramme« bliebe.<sup>9</sup> Ähnliche Kritik äußerten etwa die *Vereinigung zur Förderung der Deutschen Software-Industrie (VSI)*<sup>10</sup> und *Michael Lehmann* vom Max-Planck-Institut für internationales Urheberrecht<sup>11</sup>.

Die EG-Kommission zeigte sich dieser Kritik gegenüber aufgeschlossen. Auch auf Betreiben des Wirtschafts- und Sozialausschusses wurde ein konsolidierter Text der Richtlinie erarbeitet, in dem der Schutz eines Programms davon abhängig gemacht wird, daß »es das Ergebnis der eigenen schöpferischen geistigen Arbeit des Urhebers ist«: »Andere Kriterien werden zur Gewährung des Schutzes nicht angewandt.«<sup>12</sup>

Die Richtlinie verlangt demnach das Vorliegen einer »own intellectual creation«. Es muß also eine »Schöpfung« (creation) gegeben sein, die »geistig« (intellektuell)

1) Council Directive of 14 May 1991 on the legal protection of computer programs, Official Journal Nr. L 122/42 vom 17.5.1991. In deutscher Übersetzung veröffentlicht in CR 1991, 382 ff.

2) Vgl. *Schricker*, Harmonization of Copyright in the EEC, in: IIC 20 (1989), 466, 482 f.; *Greguras*, The EC's Proposed Directive on Protection of Computer Programs. Comments from the Silicon Valley, in: WIPR 4 (1990), 42, 43.

3) *BGH*, Urt. v. 9.5.1985 – IZR 52/83 = BGHZ 84, 279 = CR 1985, 22 = IIC 17 (1986), 681 ff. (engl. Übers.).

4) *BGH*, Urt. v. 4.10.1990 – IZR 139/89 = CR 1991, 80 ff. mit Anm. *Lehmann* (150 f.).

5) Vgl. zum Beispiel die Stellungnahme der *Vereinigung zur Förderung der Deutschen Software-Industrie e.V. (VSI)* vom 20. November 1989, S. 2: Die Richtlinie »verbessert direkt den deutschen Rechtsschutz, weil die zu kritisierende BGH-Entscheidung Inkasso-Programm ... abgelehnt wird«. Ähnlich auch *Lehmann*, EG-Richtlinie über den Rechtsschutz von Computerprogrammen, CR 1991, 316.

6) *BGH*, CR 1991, 80, 84. Ausführlicher zu dieser Formulierung *Jochen Schneider*, Praxis des EDV-Rechts, Köln 1990, Rdnr. 75 ff.; *Haberstumpf*, Der urheberrechtliche Schutz von Computerprogrammen, in: *Lehmann* (Hrsg.), Rechtsschutz und Verwertung von Computerprogrammen, Köln 1988, Rdnr. 77 ff.

7) Vgl. zu dieser Zahlenangabe von *Gamm*, GRUR 1986, 731.

8) COM 88: 816, ABI EG C 91/14 = CR 1989, 450 ff.

9) *Gernot Schulze*, Stellungnahme zum Vorschlag der Kommission für eine Richtlinie des Rates über den Rechtsschutz von Computerprogrammen, München 1989 (unveröffentlicht).

10) *VSI* Stellungnahme vom August 1989, S. 2 (unveröffentlicht).

11) *Lehmann*, Vorschlag für eine Stellungnahme der *DGIR* zum Richtlinienentwurf, Juli 1989, S. 2. Der Vorschlag *Lehmans* stimmt wörtlich mit der *VSI*-Stellungnahme überein; insofern sei auf FN 10 verwiesen.

12) COM (90) 509 = CR 1990, 812; vgl. auch Arbeitspapier des Wirtschafts- und Sozialausschusses vom 17. Oktober 1989, Nr. 9304/89. Hierzu ausführlicher *Sucker*, CR 1990, 811 ff.

al) ist und die »eigene« (own) Leistung eines Programm-  
autoren darstellt. Übersetzt man die Kriterien der  
Richtlinie einmal frei ins Deutsche, so setzt die Ur-  
heberrechtsfähigkeit von Software eine »persönliche ge-  
istige Schöpfung« voraus. § 2 Abs. 2 des deutschen Ur-  
heberrechtsgesetzes (UrhG) findet sich damit in der  
Richtlinie fast wörtlich wieder. Daneben verweist die  
Richtlinie zwar zusätzlich darauf, daß außer den obi-  
gen Merkmalen andere Kriterien für die Prüfung der  
Schutzfähigkeit von Software nicht anwendbar sind.  
Auch dies entspricht aber der Definition in § 2 Abs. 2  
UrhG. Nach dieser Vorschrift sind alle Werke ge-  
schützt, die persönliche geistige Schöpfungen beinhal-  
ten. Würde man darüber hinaus die Urheberrechtsfä-  
higkeit von weiteren Kriterien abhängig machen, wäre  
dies mit dem Wortlaut des Gesetzes nicht vereinbar.

Im Ergebnis gibt Art. 1 Abs. 3 der Richtlinie daher  
nichts anderes als den Gesetzeswortlaut von § 2 UrhG  
wieder.

### III. Die Präambel

Allerdings wird in der Präambel zu der Richtlinie dar-  
auf verwiesen, daß »in respect of the criteria to be  
applied in determining whether or not a computer pro-  
gram is an original work, no tests as to the qualitative  
or aesthetic merits of the program should be applied«.  
Diese Formulierung wurde in der Literatur als das  
Hauptargument dafür angesehen, daß der BGH seine  
bisherige Rechtsprechung aufgrund der Richtlinie  
(nach deren Umsetzung in deutsches Recht) aufgeben  
müsse.<sup>13</sup>

Ob die Literatur insoweit Recht hat, ist allerdings  
äußerst zweifelhaft:

#### 1. Rechtsnatur der Präambel

Zunächst ist zu berücksichtigen, daß sich das Verbot  
qualitativer oder ästhetischer Prüfungskriterien nicht  
im Text der Richtlinie selbst, sondern nur in der Präam-  
bel findet. Die Präambel ist aber für sich genommen  
nicht rechtsverbindlich, sondern kann allenfalls zur (te-  
leologischen) Auslegung der Richtlinie hilfsweise her-  
angezogen werden.<sup>14</sup> Wenn die EG-Kommission trotz  
heftiger Kritik<sup>15</sup> dabei bleibt, das Verbot bestimmter  
Prüfungskriterien nur in die Präambel, nicht aber in  
den Richtlinien text selbst aufzunehmen, muß diese  
Entscheidung respektiert werden. Die EG-Kommission  
wollte bewußt nicht, daß das Verbot den Gesetzgeber  
bindet und auf einer Stufe mit den Artikeln der Richt-  
linie steht. Von daher ist das Verbot nicht zwingend.

#### 2. Inhalt des Begriffes »qualitativ«?

Darüber hinaus ist die Wortwahl der Präambel sehr va-  
ge und kaum verständlich: Zwar wird die Prüfung von  
qualitativen oder ästhetischen Vorzügen des Pro-  
gramms ausdrücklich untersagt. Es fehlt jedoch jeder  
Hinweis auf die inhaltliche Bedeutung der Begriffe  
»qualitativ« oder »ästhetisch«. Wie soll man sich etwa  
eine nicht-qualitative Prüfung der Urheberrechtsfähig-

keit vorstellen? »Nicht-qualitativ« kann rein begrifflich  
nur mit »quantitativ« gleichgesetzt werden. Wie will  
man aber die Schutzfähigkeit eines Programms quanti-  
tativ, d.h. zahlenmäßig, untersuchen?

Auch bleibt fraglich, wie sich die Ablehnung qualita-  
tiver Tests mit der übrigen Terminologie der Richtlinie  
vereinbaren läßt. Die Präambel spricht selbst davon,  
daß es für die Schutzwürdigkeit darauf ankommt, ob ein  
Programm ein »original work« darstelle. In Art. 1 Abs.  
3 spricht die Richtlinie von »own intellectual creation«.  
Begriffe wie »creation« oder »original« enthalten aber  
– zumindest für deutsche Ohren – qualitative Konnota-  
tionen: Übersetzt man »creation« tatsächlich mit  
»Schöpfung«, so klingt dies nach einer kreativen und  
damit eben »schöpferischen« Leistung. Gleiches gilt für  
den Begriff »original«, der auf die »Originalität« eines  
Werkes verweist. Sowohl Kreativität wie auch Original-  
ität sind jedoch – zumindest nach traditionellem deut-  
schem Sprachgebrauch – Begriffe, die man schwer mit  
quantitativen Merkmalen umschreiben kann.

#### 3. Vergleich mit dem amerikanischen Urheberrecht

In allen Staaten der Welt wird für die Urheberrechtsfä-  
higkeit eines Werkes ein Minimum an Kreativität zu-  
grunde gelegt. Dies gilt insbesondere für das amerikani-  
sche Urheberrecht, auf das die Terminologie der EG-  
Richtlinie zugeschnitten ist. Dort wird zwar jedes Werk  
urheberrechtlich geschützt, das vom Autor selbst  
stammt und nicht bloß von einem anderen Werk kopiert  
worden ist.<sup>16</sup> Voraussetzung ist jedoch auch, daß das  
Werk nicht »trivial« ist. So betonte etwa *Mr. Justice Hol-  
mes* in der berühmten Entscheidung *Bleistein v. Donald-  
son Lithography Co.*<sup>17</sup>, daß eine richterliche Prüfung der  
Qualität eines Kunstwerkes auf seine Urheberrechtsfä-  
higkeit hin abzulehnen sei »outside of the narrowest and  
most obvious limits«. In diesem Sinne finden sich gerade  
in den USA<sup>18</sup> eine Reihe von Gerichtsentscheidungen,  
die ein Werk für nicht urheberrechtlich hielten, weil  
nicht einmal ein Minimum an Kreativität vorhanden  
war oder das Werk alltäglich und trivial war.<sup>19</sup> Man

13) Vgl. etwa *Hesmann*, Softwareschutz nach dem EG-Richtlinienentwurf,  
CR 1990, 9, 10 ff.; *Sucker*, EG-Richtlinie über den Rechtsschutz von  
Computerprogrammen, CR 1990, 811.

14) Vgl. statt aller *Bleckmann*, Probleme der Auslegung von EWG-Richtlin-  
ien, RIW:AWG 1987, 929, 931.

15) Vgl. das von Microsoft, Lotus, Ashton-Tate, Word Perfect und der VSI  
unterschriebene »Common Statement on the EC Directive for the Legal  
Protection of Computer Programs, 1990. Rdnr. 2; ähnlich etwa *Hei-  
mann*:FN 13; CR 1990, 9, 10.

16) Vgl. *Alfred Bell & Co. v. Catalda Fine Arts, Inc.*, 191 F.2d 99, 102, 2;  
Cir. 1951; hierzu auch *Thurman*, Der Rechtsschutz von Computerpro-  
grammen in den USA, GRUR Int. 1969, 207, 201.

17) 188 U.S. 239, 250, 1903!

18) Ähnliches gilt auch in England; vgl. *Nicholas Frome*, The Legal Pro-  
tection of Databases under English Law, Hongkong 1990, S. 1 f. mit  
weit. Nachw. Mißverständnis insoweit *Ehrcke*, Softwareschutz in Eng-  
land, CR 1991, 321, 322.

19) Vgl. etwa *Consumer Union of United States, Inc. v. Hobart Mfg. Co.* 199  
F. Supp. 860 S.D.N.Y. 1961; *Tate Co. v. Jifty 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). Siehe hierzu auch *Kullmann*, Der Schutz von Computerprogram-  
men und -chips in der Bundesrepublik Deutschland und den USA, Berlin  
1988, 128; *Klaus-Albert Bauer*, Urheberrechtsschutz von Computerpro-  
grammen in den USA, GRUR Int. 1984, 136, 137 FN 9.

kann daher im Urheberrecht nicht auf qualitative Elemente gänzlich verzichten.<sup>20</sup>

Es ist folglich unsinnig, wenn die EG-Richtlinie in der Präambel die Anwendung qualitativer oder ästhetischer Kriterien für die Prüfung der Urheberrechtsfähigkeit von Software verbietet.<sup>21</sup> Das hätte zur Konsequenz, daß jedes auch noch so triviale und banale Computerprogramm, jedes vierzeilige BASIC-Programm eines Grundschülers den Schutz des Urheberrechtsgesetzes genießt. Dies liegt weder im Interesse der EDV-Industrie, noch ist es für die Gerichtspraxis sinnvoll. Hier rächt sich, daß die EG-Kommission die entsprechenden Vorschläge einiger Lobbyisten übereilt und blind in die Richtlinie übernommen hat.

#### IV. Zusammenfassung und Ausblick auf die Umsetzung der Richtlinie

Im Ergebnis bleibt die Rechtsprechung des *BGH* zur Urheberrechtsfähigkeit von Software daher von der EG-Richtlinie und ihrer Umsetzung in nationales Recht

unangetastet: Die Richtlinie stellt nur auf das Vorhandensein einer »own intellectual creation« (Art. 1 Abs. 3) oder eines »original work« (Präambel) ab und läßt die inhaltliche Bedeutung dieser Merkmale offen. Auch wenn das deutsche Urheberrechtsgesetz im Hinblick auf die Richtlinie novelliert ist, wird der *BGH* für sich in Anspruch nehmen können, daß eine »own intellectual creation« nur über einen Vergleich mit dem Können eines durchschnittlichen Programmierers bestimmt werden könne und 95% aller Software an diesem Vergleich scheitere. Daß die Präambel die Anwendung qualitativer oder ästhetischer Kriterien verbietet, ist demgegenüber unbedeutend: Wie oben bereits dargestellt, dient die Präambel generell nur als ein Hilfsmittel zur Auslegung der Richtlinie; der Text der Präambel ist insoweit auch in sich perplex und unsinnig. Der Hinweis auf scheinbar verbotene Auslegungsmerkmale in der Präambel wird den *BGH* daher kaum beeindrucken.

Die allgemeine Euphorie in der EDV-Branche über die Verabschiedung der EG-Richtlinie ist daher verfrüht: Die Richtlinie kann den *BGH* zur Aufgabe seiner restriktiven Rechtsprechung in Sachen Softwareschutz bewegen; sie muß es aber nicht. Es bleibt zu hoffen, daß der *BGH* aus besserer Einsicht und wegen der übermächtigen Kritik<sup>22</sup> seine Rechtsprechung aufgibt; zwingen kann man ihn dazu jedoch nicht.

Der Optimismus der Softwareindustrie könnte jedoch aus einem ganz anderen Grund berechtigt sein: Seit Ende letzten Jahres ist der Vorsitzende des ersten *BGH*-Senats und Vordenker der Inkassoprogramm- und Nixdorf-Entscheidungen, *Otto Freiherr von Gamm*, im Ruhestand. Nun, da der Lotse das Schiff verlassen hat, bleibt abzuwarten, ob der neue Senatsvorsitzende den Mut hat, sich der Sachkritik an den Softwareschutz-Entscheidungen des *BGH* zu stellen und den harten Kurs seines Vorgängers aufzugeben. Man kann in dieser Hinsicht auf die weiteren Entwicklungen der *BGH*-Rechtsprechung gespannt sein.

20: Diesen Aspekt übersehen zahlreiche EDV-Rechtler, insbesondere aus dem deutschen Sprachraum. Siehe etwa *Chrocziel*, US-amerikanische Software-Prozesse, in: Bartsch (Hrsg.), *Softwareüberlassung und Zivilprozeß*, Köln 1991, 56, 68.

21: Die Lösung hätte darin bestanden, wie im Halbleiterschutzrecht zu formulieren: »Programs 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.« Eine entsprechende Umschreibung war auch in dem »Green Paper on Copyright« enthalten, das die EG-Kommission im Juni 1988 herausgegeben hat und das die Diskussionsgrundlage für die Richtlinie darstellt; vgl. COM (88) 172 final, S. 200 (Rdnr. 5.8.2). Ausführlicher hierzu *Cees van Rij*, *EEC Green Paper*, *International Media Law* 6 (1988), 75, 76; *Sterling*, *EC Green Paper on Copyright*, *Computer Law & Practice*, November/December 1988, 64, 65 f.

Ob der deutsche Gesetzgeber diese Definition nicht doch bei der Umsetzung der Richtlinie in nationales Recht verwenden kann, erscheint angesichts der insoweit eindeutigen Wortwahl der Richtlinie fraglich.

22: Vgl. hierzu die Nachweise bei *Emmerich*, *Rechtsschutz von Standardsoftware*, Ammersbek 1991, 62 ff.; *Hoeren*, *Softwareüberlassung als Sachkauf*, München 1989, Rdnr. 15; *Junker*, *Computerrecht*, Baden-Baden 1988, Rdnr. 94.