

THOMAS HOEREN

Revidierte Berner Übereinkunft und Softwareschutz

Zu den Überlegungen der WIPO für ein ergänzendes Protokoll zur RBÜ

Die WIPO hat im Juli 1991 ein Memorandum herausgegeben, das sich mit der Anwendbarkeit der Revidierten Berner Übereinkunft auf Software, Datenbanken und Exper-

tensysteme beschäftigt. Dieses Memorandum wurde im November 1991 von Fachleuten, Diplomaten und Interessenvertretern in Genf diskutiert. Der Verfasser faßt im folgenden die Überlegungen der WIPO und die Diskussion der Expertengruppe zusammen, wobei er aufzeigt, welche Probleme weiterhin klärungsbedürftig sind.

Dr. iur. lic. theol. Thomas Hoeren ist als wissenschaftlicher Mitarbeiter am Institut für Kirchenrecht an der Universität Münster tätig.

I. Einleitung

Schon seit längerer Zeit beschäftigt sich die *WIPO*¹ mit der Frage, ob und inwieweit EDV-Produkte internationalen Schutz gegen Piraterie genießen können und sollen. Erstes Ergebnis dieser Überlegungen war der Abschluß des »Treaty on the Protection of Intellectual Property in Respect of Integrated Circuits«² im Mai 1990. Nunmehr hat die *WIPO* einen zweiten Versuch unternommen, spezielle Regelungen für innovative Schöpfungen auf dem Gebiet der Computertechnologie, darunter vor allem

- Software
- Datenbanken
- Expertensysteme und andere KI-Produkte
- durch Computer generierte Werke,

zu entwickeln.³ Am 18. Juli 1991 verabschiedete die *WIPO* ein Memorandum mit einem Fragenkatalog für ein ergänzendes Protokoll zur Revidierten Berner Übereinkunft.⁴ Dieses Memorandum sollte als Arbeitsgrundlage für ein Treffen von Experten dienen. Dieses Treffen fand dann in der Zeit vom 4.–8. November 1991 in Genf statt. An ihm nahmen Repräsentanten von 45 RBÜ-Mitgliedsstaaten sowie Vertreter der EG-Kommission teil. Hinzu kamen u.a. Mitarbeiter verschiedener UN-Organisationen und des GATT sowie Vertreter von 39 privaten Lobby-Vereinigungen mit Beobachterstatus. Die deutsche Delegation wurde repräsentiert durch *Kurt Kemper* (Bundesjustizministerium), *Klaus-Jörg Meyer* (Deutsches Patentamt) und *Michael Flügger* (Deutsche Botschaft Genf). Ferner nahmen von deutscher Seite *Manfred Kindermann* (ehemals IBM) als Vertreter der EUROBIT sowie Prof. *Adolf Dietz* und *Dr. Thomas Dreier* für das Max-Planck-Institut (München) teil.

Im folgenden sollen die wesentlichen Ergebnisse dieser Konferenz skizziert und kritisch analysiert werden.

II. Schutz von Software

1. Schutz wie literarische Werke

Das Memorandum der *WIPO* schlägt vor, daß alle Länder die dem Protokoll beitreten, verpflichtet sind, Software urheberrechtlich in dem gleichen Umfang zu schützen, wie dies nach der Berner Konvention für literarische und künstlerische Werke der Fall ist.⁵

Dieser Vorschlag wurde von fast allen Delegationen zu Recht abgelehnt. Zumeist wurde darauf hingewiesen, daß Software bereits nach der Berner Konvention als literarische Werke geschützt sei.⁶ Ferner wurde betont, daß ein ergänzendes Protokoll den Eindruck erwecken könne, daß die RBÜ nicht auf Computerprogramme Anwendung finde.⁷

Einige Delegationen hingegen hielten ein ergänzendes Protokoll zur RBÜ hinsichtlich des Softwareschutzes für sinnvoll, da die Frage der Anwendbarkeit des Urheberrechts auf Software weltweit noch ungeklärt und streitig sei.⁸

2. Schutz für Betriebs- und Anwendungsprogramme

Das Memorandum der *WIPO* sieht vor, daß sich der urheberrechtliche Schutz für Software nach dem Protokoll in gleicher Weise auf Betriebssysteme und Anwendungsprogramme sowie auf Objekt- und Sourcecode beziehen soll.⁹

Gegen diese Formulierung bestanden beim Expertentreffen keine grundsätzlichen Bedenken. Es wurde nur da-

vor gewarnt, daß die Formulierung des Memorandums angesichts der schnellen technologischen Entwicklung sehr schnell veraltet sein könnte.¹⁰ Außerdem wurden Regelungen zu der Frage Form-Inhalt und dem damit verbundenen Ausschluß des Schutzes für Algorithmen und Ideen vermißt.¹¹

3. Konsequenzen der Anwendbarkeit der RBÜ

Das Memorandum beschäftigt sich ausführlich mit den Konsequenzen eines RBÜ-Protokolls zum Softwareschutz, insbesondere was die Regelungen der RBÜ betrifft.¹²

□ Die Rechte an dem Programm stehen nach der RBÜ dem Programmautor zu (Art. 2 VII); die RBÜ entspricht insofern der kontinentaleuropäischen Tradition. Soll der Arbeit- oder Auftraggeber entsprechend dem angloamerikanischen Urheberrechtsverständnis die Stellung eines Urhebers erlangen, müßte dies nach Ansicht der *WIPO* im Protokoll ausdrücklich geregelt werden. Die *WIPO* selbst hat allerdings in ihrem Memorandum auf eine derartige Regelung verzichtet; dies kann nur bedeuten, daß die *WIPO* an der kontinentaleuropäischen Ausrichtung der RBÜ festhält.

□ Der Programmautor kann sich auf Urheberpersönlichkeitsrechte berufen (Art. 6 bis). Allerdings seien diese Rechte in praxi von geringerer Bedeutung, da »in most cases the authors of computer programs are unidentifiable«. Letztere Äußerung ist m.E. höchst zweifelhaft.

□ Dem Programmautor stehen nach der RBÜ unabhängig von seiner Nationalität Mindestrechte zu (Art. 5 I). Auf eine Registrierung oder die Einhaltung anderer Formalitäten kommt es nicht mehr an (Art. 5 II).

□ Reverse Engineering ist nach Ansicht des Memorandums nicht als »Übersetzung« im Sinne des Art. 8 RBÜ zu verstehen, da darunter nur Übertragungen innerhalb menschlicher Sprachen fallen. Vielmehr bedeute Reverse Engineering eine Veränderung (»alteration«) des Programms im Sinne des Art. 12.¹³ Wie die *WIPO* auf diese In-

1) *WIPO* = World Intellectual Property Organization mit Sitz in Genf.

2) *WIPO* Doc. IP/C/DC 46; vgl. hierzu *Hoerzn*, NJW 1989, 2605 ff.; *Koch*, NJW 1988, 2447 f.; *Dreier*, GRUR Int. 1987, 649 ff.

3) Darüber hinaus beschäftigte sich das Memorandum mit der urheberrechtlichen Stellung der Hersteller von »sound recordings (phonograms)«; auf diese Frage soll im folgenden jedoch nicht eingegangen werden.

4) *WIPO*, Memorandum prepared by the International Bureau, Questions concerning a possible protocol to the Berne Convention. Part I, BCP CE 12.

5) Nr. 30: »It is proposed that the possible Protocol (a) should provide that countries party to the Protocol are obliged to grant copyright protection to computer programs and that the protection must be the same (subject to certain exceptions specified below) as the Berne Convention provides for literary and artistic works (...).«

6) BCP/CE/1/4, S. 12 Nr. 73.

7) BCP/CE/1/4, S. 12 Nr. 75.

8) BCP/CE/1/4, S. 12 Nr. 76.

9) BCP/CE/1/2, S. 10 Nr. 30: »It is proposed that the possible Protocol (...) (B) should indicate that the notion of computer programs comprises both operation system programs and application programs, whether in source code form or in object code form.«

10) BCP/CE/1/4, S. 13 Nr. 79.

11) BCP/CE/1/4, S. 13 Nr. 78 und 80.

12) BCP/CE/1/2, S. 10 Nr. 31.

13) BCP/CE/1, S. 11: »The »exclusive right of authorizing alterations (Article 12) would apply to computer programs; the transformation of computer programs from one computer »language« into another should be considered to be covered by this right rather than by the right of translation (Article 8) in view of the fact that the notion of translation under the Convention was and is intended to cover real, that is, human languages, and that the use of the word »Language« in the field of computers is merely a symbolic designation.«

terpretation der RBÜ kommt, ist und bleibt ein Rätsel, zumal jegliche Argumentation und Begründung fehlt.¹⁴

Erstaunlicherweise wurden diese Überlegungen von den Experten nicht aufgegriffen und thematisiert, obwohl sich dahinter einiges an Sprengstoff verbirgt.

4. Sicherheitskopien und Bearbeitung

Die *WIPO* hat sich auch mit der Frage der Erstellung von Sicherheitskopien und der Bearbeitung von Software gestellt. Sie hat hierzu im Memorandum Regelungen vorgesehen, die die Reichweite des Vervielfältigungsrechts nach der RBÜ (Art. 9 II)¹⁵ deklaratorisch klarstellen soll.¹⁶

Das Memorandum betont, daß grundsätzlich die Erstellung von Kopien eines Programms zu privaten Zwecken nur mit Zustimmung des Urhebers zulässig sei. Allerdings soll der nationale Gesetzgeber die Möglichkeit haben, dem EDV-Anwender die Erstellung von Sicherheitskopien unabhängig von der Einwilligung des Urhebers zu gestatten.

Ferner sieht das Memorandum vor, daß eine Bearbeitung des Programms generell zulässig ist, sofern dies für die Benutzung der Software unerlässlich ist oder zur Wiederherstellung des beschädigten Originalprogramms erforderlich ist.¹⁷ Diese Regelungen wurden von den Delegierten der Expertenrunde befürwortet.

5. Reverse Engineering

Schließlich hat sich die *WIPO* in ihrem Memorandum sehr ausführlich der Frage des »Reverse Engineering« angenommen. Nach Ansicht der *WIPO* soll eine Dekompilierung des Programms nur zur Herstellung einer Interoperabilität von Programmen zulässig sein. Damit ist Reverse Engineering auch dann unzulässig, wenn ein Softwarehersteller wegen Konkurses die Pflege des Pro-

gramms nicht mehr durchführen kann und die Pflege durch Drittunternehmen nur mittels Disassemblierung des Sourcecodes möglich ist.

Wörtlich heißt es hierzu im Memorandum:

c) it is also a matter for national legislation to permit the lawful owner of a copy of the computer program to decompile, without the authorization of the owner of the copyright in the computer program, the program into a form in which its coding and structure can be examined, provided that

(i) such decompilation should only be allowed in cases where the information necessary to achieve interoperability of other independently created computer programs with the original program concerned is not readily available from other sources, and only in respect of those parts of the original program concerned that are necessary to achieve interoperability;

(ii) the information obtained through such decompilation may only be used to achieve interoperability of an independently created computer program, and may not be used for making a program substantially similar in its expression to the original program, or for any other act infringing copyright.

Die Ausführungen des Memorandums zum Reverse Engineering wurden von den Delegierten fast einstimmig abgelehnt.¹⁸ Einige Vertreter betonten, daß Art. 9 II der RBÜ die freie Dekompilierung in allen Fällen ohne besondere Beschränkungen zulasse.¹⁹ Daher seien die vorgeschlagenen Regelungen zu restriktiv. Andere Delegierte betonten hingegen, daß das Memorandum in der Frage freier Dekompilierung zu liberal sei; sie forderten schärfere Beschränkungen für Reverse Engineering. Angesichts dieser Kontroverse kamen die meisten Teilnehmer zu dem m.E. richtigen Ergebnis, daß es derzeit noch zu früh sei, spezielle Regelungen zu diesem technisch schwierigen Gebiet in die RBÜ zu integrieren.²⁰

Darüber hinaus entstand auf der Konferenz eine Kontroverse darüber, wie das Verhältnis des Memorandums zur neuen EG-Softwareschutzrichtlinie²¹ zu sehen sei. Mehrere Experten wiesen zutreffend darauf hin, daß zumindest Zweifel darin bestehen, ob die restriktiven Vorschriften der EG-Richtlinie zum Reverse Engineering mit der in Art. 9 II RBÜ verankerten Kopierfreiheit in Einklang zu bringen sind.²² Demgegenüber forderten die Vertreter einiger europäischer Staaten, daß sich das geplante Protokoll zur RBÜ inhaltlich der EG-Softwareschutzrichtlinie anzupassen habe. Damit wird m.E. das Verhältnis von internationalem Urheberrecht und EG-Recht auf den Kopf gestellt und aus einer »eurofeudalistischen« Arroganz heraus ein weltweit geltender Primat des EG-Rechts gepredigt.

Letztlich stellt sich die Frage, wie man überhaupt die nach dem Memorandum auch für Wartungs- und Pflegezwecke zulässige Bearbeitung des Programms (s.o.) von der nur für Interoperabilitätsw Zwecke erlaubten Disassemblierung trennen will. Bislang war niemand in der Lage, hierzu überzeugende Abgrenzungskriterien zu entwickeln.

6. Ergebnis der Konferenz

Die Delegierten kamen überein, daß derzeit wegen der zahlreichen Kontroversen konkrete Überlegungen zu einem ergänzenden RBÜ-Protokoll keinen Sinn haben. Die Diskussion über das Thema »Softwareschutz nach der RBÜ« soll daher zu einem späteren, nicht näher bestimmten Zeitpunkt fortgesetzt werden.

14) Hier rächt sich, daß es der *WIPO* bis zum heutigen Tage nicht gelungen ist, einen Kommentar zur RBÜ (einschließlich der Materialien zu diesem Abkommen) herauszugeben, was eigentlich zu ihren Aufgaben zählt.

15) Art. 9 II schränkt das ausschließliche Recht des Urhebers auf Erstellung von Vervielfältigungen seines Werkes wie folgt ein: »Der Gesetzgebung der Verbandsländer bleibt vorbehalten, die Vervielfältigung in gewissen Sonderfällen unter der Voraussetzung zu gestatten, daß eine solche Vervielfältigung weder die normale Auswertung des Werkes beeinträchtigt noch die berechtigten Interessen des Urhebers unzumutbar verletzt.«

16) Vgl. BCP/CE/1/2, S. 13 Nr. 39: »These three provisions (...) would be compatible with the Berne Convention, because they would simply clarify, for certain circumstances, the meaning of Article 9 (2) of the Berne Convention (...).«

17) BCP/CE/1/2, S. 12 Nr. 37: It »is a matter for national legislation to permit the lawful owner of a copy to make, without the authorization of the owner of the copyright in the computer program, another copy or an adaptation of such a program, provided that such a copy or adaptation is (i) indispensable for using the computer program in conjunction with a machine for the purpose, and to the extent of use, for which the purpose has been lawfully obtained; or (ii) for archival purposes and, if necessary (in the event that the original copy of the program is lost, destroyed or rendered unusable), for the replacement of the copy lawfully obtained; provided that such a copy or adaptation may not be used for any purposes other than the ones mentioned above and must be destroyed when the continued possession of copies or adaptations of the computer program ceases to be lawful.«

18) BCP/CE/1/4, S. 13 Nr. 83 ff.

19) Zum Wortlaut dieser Vorschrift siehe oben Fußn. 15. Vgl. zur Auslegung der RBÜ im Hinblick auf Reverse Engineering auch Hart, EIPR 4 (1989), 111; ders., Software Protection, März 1987, 6.

20) BCP/CE/1/4, S. 14 Nr. 84: »Several delegations and observers from non-governmental organizations stressed that it would be premature to establish international standards on such a highly technical issue; it was sufficient to leave this to Article 9 (2) of the Berne Convention, at least for the time being.«

21) Veröffentlicht im Amtsblatt der EG, Nr. L 122/42 vom 17.5.1991, 382.

22) Zum Wortlaut von Art. 9 II RBÜ siehe oben Fußn. 15.

III. Datenbanken

Die *WIPO* hat sich in ihrem Memorandum auch mit dem urheberrechtlichen Schutz von Datenbanken beschäftigt. Dabei geht die *WIPO* davon aus, daß nach herrschender Meinung solche Datenbanken als Sammelwerke (vgl. Art. 2 VRBÜ) geschützt werden können, sofern die zugrundeliegende Anordnung oder Auswahl der Informationen als geistige Schöpfungen anzusehen sind.²³ Diese – allerdings nicht unbestrittene – Rechtsansicht soll ausdrücklich in das geplante RBÜ-Protokoll aufgenommen werden.²⁴

Die Delegierten billigten diese Überlegung fast übereinstimmend.²⁵ Sie wiesen allerdings darauf hin, daß einige Staaten (z.B. Großbritannien) bereits spezielle Vorschriften zum Schutz von Datenbanken besitzen. Außerdem wurde angeregt, eine Studie zu der Frage zu erstellen, inwieweit nicht urheberrechtsfähige Datenbanken gegen Piraterie geschützt werden sollten und könnten; diese Frage scheint mir wegen des Aufwandes, den die Erstellung gerade großer Datenbanken (etwa Versandhauskataloge) mit sich bringt, von großer Bedeutung.

IV. Expertensysteme und andere KI-Systeme

Die *WIPO* wandte sich auch einem schwierigen ›computer law problem of the second generation‹ zu: dem Rechtsschutz für Expertensysteme und Künstliche Intelligenz. Im März 1991 hatte zu dieser Frage bereits ein von der *WIPO* organisiertes Symposium in Stanford stattgefunden, auf dessen Ergebnisse die *WIPO* nun zurückgreifen konnte. Man merkt dem Memorandum dennoch an, daß dessen Autoren mit der urheberrechtlichen Einstufung von Expertensystemen sichtlich überfordert waren. So wird mehrfach darauf verwiesen, daß es zu früh sei, diese Frage in ein eventuelles RBÜ-Protokoll aufzunehmen. Statt dessen wird lapidar darauf verwiesen, daß ein Expertensystem aus Computerprogramm und Datenbank bestehe und daher für die urheberrechtliche Prüfung auf diese beiden Komponenten abgestellt werden müsse.²⁶

Auch die Delegierten fühlten sich durch das Thema überfordert; sie wünschten sich hierzu weitere Untersuchungen. In dem geplanten Protokoll soll der Problemkreis überhaupt nicht aufgenommen werden.

V. Computergenerierte Werke

Sehr kurz fielen auch die Ausführungen der *WIPO* zum Thema ›Computer-produced works‹ aus. Das Memorandum bestimmt den Begriff des ›computer-produced work‹ im Anschluß an den britischen Copyright, Designs

and Patents Act von 1988 als ein Werk, das mittels eines Computers geschaffen werde, ohne daß ein (menschlicher) Schöpfer identifizierbar sei.²⁷

Das Urheberrecht an diesen Werken soll demjenigen zustehen, der die notwendigen Vorbereitungen (›arrangements‹) für die Schöpfung des Werkes getroffen hat; was darunter zu verstehen ist, bleibt bei dieser aus dem englischen Urheberrechtsgesetz übernommenen Formulierung offen.²⁸ Im übrigen sollen für diese Werke die normalen Regelungen der RBÜ, insbesondere über Mindestrechte und das Prinzip der Inländergleichbehandlung, Anwendung finden.

Auch mit diesem Thema konnten sich die Delegierten nicht anfreunden. Man hielt eine Erörterung dieses Komplexes in einem RBÜ-Protokoll für verfrüht, forderte ergänzende Studien und wies darauf hin, daß es de facto sehr wenige computergenerierte Werke gebe.²⁹

VI. Kritische Schlußüberlegungen

Man kann das Ergebnis kurz zusammenfassen: Viel Wind um nichts. Wichtige Fragen, wie Softwareschutz und Schutz von KI-Produkten, wurden nicht geklärt. Einigkeit bestand nur in dem Punkt, daß Datenbanken wie Sammelwerke nach der RBÜ geschützt werden sollen und dies in ein Protokoll zur RBÜ aufgenommen werden soll. Ob eine solche Banalität es rechtfertigt, über 300 Diplomaten und Lobbyisten vier Tage lang nach Genf zu schicken, erscheint äußerst fraglich.

23) BCP/CE/1/2, S. 134 Nr. 41: ›There is now growing agreement that data bases (...) deserve protection of the kind provided for under Article 2 (5) (dealing with ›collections‹) of the Berne Convention, if they constitute intellectual creations by reason of selection, coordination or arrangement of their contents.‹

24) BCP/CE/1/2, S. 14 Nr. 44: ›Collections of mere data or other unprotected material are to be considered as literary and artistic works and are to be protected in the same way as the collections of works mentioned in Article 2(5) of the Berne Convention whenever such collections constitute intellectual creations by reason of the selection, coordination or arrangement of such data or other material.‹

25) BCP/CE/1/4, S. 14 Nr. 89 ff.

26) BCP/IP/1/2, S. 17 Nr. 49: ›Expert systems should be considered to share the intellectual property status of computer programs and data bases; therefore, no separate provisions seem necessary on such systems in the possible Protocol. There is, likewise, no need to deal with any artificial intelligence category in the possible Protocol.‹

27) BCP/CE/1/2, S. 18 Nr. 55: A ›computer-produced work‹ is a work that has been produced by means of a computer, where the creative contributions of human beings are merged in the totality of the work in a way that it is impossible to attribute authorship in respect of such contributions.‹

28) BCP/CE/1/2, S. 19 Nr. 55: It ›should be provided that the original owner of copyright in a computer-generated work is the physical person or legal entity by whom or by which the arrangements necessary for the creation of the work are undertaken.‹

29) BCP/CE/1/4, S. 16 f. Nr. 100–104.