

Software als Schutzgegenstand des Europäischen Urheberrechts

by **Christian Heinze**, Hamburg

Dr. iur., LL.M. (Cambridge), Wissenschaftlicher Referent, Max-Planck-Institut für ausländisches und internationales Privatrecht, Hamburg.

Abstract: After 20 years of silence, two recent references from the Czech Republic (*Bezpečnostní softwarová asociace*, Case C-393/09) and from the English High Court (*SAS Institute*, Case C-406/10) touch upon several questions that are fundamental for the extent of copyright protection for software under the Computer Program Directive 91/250 (now 2009/24) and the Information Society Directive 2001/29. In Case C-393/09, the European Court of Justice held that “the object of the protection conferred by that directive is the expression in any form of a computer program which permits reproduction in different computer languages, such as the source code and the object code.” As “any form of expression of a computer program must be protected from the moment when its reproduction would engender the reproduction of the computer program itself, thus enabling the computer to perform its task,” a graphical user interface (GUI) is not protected under the Computer Program Directive, as it does “not enable the reproduction of that computer program, but merely constitutes one element of that program by means of which users make use of the features of that program.” While the definition of computer program and the exclusion of GUIs mirror earlier jurisprudence in the Member States and therefore do not come as a surprise, the main significance of Case C-393/09 lies in its interpretation of the Information Society Directive. In confirming that a GUI “can, as a work, be protected by copyright if it is its author’s own intellectual

creation,” the ECJ continues the Europeanization of the definition of “work” which began in *Infopaq* (Case C-5/08). Moreover, the Court elaborated this concept further by excluding expressions from copyright protection which are dictated by their technical function. Even more importantly, the ECJ held that a television broadcasting of a GUI does not constitute a communication to the public, as the individuals cannot have access to the “essential element characterising the interface,” i.e., the interaction with the user. The exclusion of elements dictated by technical functions from copyright protection and the interpretation of the right of communication to the public with reference to the “essential element characterising” the work may be seen as welcome limitations of copyright protection in the interest of a free public domain which were not yet apparent in *Infopaq*. While Case C-393/09 has given a first definition of the computer program, the pending reference in Case C-406/10 is likely to clarify the scope of protection against non-literal copying, namely in how far the protection extends beyond the text of the source code to the design of a computer program and where the limits of protection lie as regards the functionality of a program and mere “principles and ideas.” In light of the *travaux préparatoires*, it is submitted that the ECJ is also likely to grant protection for the design of a computer program, while excluding both the functionality and underlying principles and ideas from protection under the European copyright directives.

Keywords: Computerprogramm, Software, Richtlinie 2009/24, Richtlinie 91/250, Richtlinie 2001/29, Programmcode, Steuerungsfunktion, Benutzeroberfläche, Idee(n) und Grundsätze, Algorithmen, Programmiersprachen, Individualität, Werkbegriff, öffentliche Wiedergabe, Programmstruktur, Schnittstelle, Individualität, Originalität

© 2011 Christian Heinze

Everybody may disseminate this article by electronic means and make it available for download under the terms and conditions of the Digital Peer Publishing Licence (DPPL). A copy of the license text may be obtained at <http://nbn-resolving.de/urn:nbn:de:0009-dppl-v3-en8>.

Recommended citation: Christian Heinze, *Software als Schutzgegenstand des Europäischen Urheberrechts*, 2 (2011) *JIPITEC* 97, para. 1.

Nach einem fast zwanzig Jahre andauernden Dornröschenschlaf sind es nun gleich drei¹ Vorlageverfahren, die die Richtlinie 91/250/EWG über den Rechtsschutz von Computerprogrammen² (nunmehr 2009/24/EG³, im Folgenden Richtlinie bzw. RL 2009/24) aus ihrem sanften Schlummer erwecken. Während die bereits entschiedene tschechische Vorlage *Bezpečnostní softwarová asociace* (im Folgenden: BSA) die Schutzfähigkeit einer graphischen Benutzeroberfläche betraf⁴, fragt der englische High Court in einem umfangreichen Vorlagebeschluss in der anhängigen Rechtssache C-406/10 (*SAS Institute*) u.a. nach dem Schutz von Programmiersprachen, Schnittstellen und Funktionalitäten eines Computerprogramms⁵. Beide Verfahren betreffen grundsätzliche Fragen des Softwareschutzes⁶ und geben Anlass, den Gegenstand und die Voraussetzungen des Urheberrechtes für Computerprogramme im Unionsrecht näher zu beleuchten. Nach einer kurzen Einführung (dazu A.) steht dabei zunächst der Schutz nach der Richtlinie 2009/24 im Vordergrund (B.), bevor im zweiten Teil auf die Möglichkeit ergänzenden Schutzes über die allgemeinen Bestimmungen der Richtlinie 2001/29/EG zur Harmonisierung bestimmter Aspekte des Urheberrechtes und der verwandten Schutzrechte in der Informationsgesellschaft⁷ (im Folgenden Richtlinie bzw. RL 2001/29) eingegangen werden soll (C.). Außer Betracht bleibt der durch die Richtlinie 2009/24 unberührte (vgl. Art. 8 RL 2009/24) Schutz durch das Patentrecht, das Wettbewerbsrecht und das Vertragsrecht ebenso wie der Schutz von Datenbanken nach der Richtlinie 96/9/EG⁸.

A. Computerprogramme zwischen Urheberrecht und Sonderrechtsschutz

- 1 Spätestens mit der Entkopplung der Computerprogramme von der Hardware und dem Entstehen eines eigenen Marktes für Software⁹ warf die leichte Vervielfältigung und Nachahmung¹⁰ solcher Werke die Frage nach ihrem angemessenen Rechtsschutz auf¹¹. Von Anfang an standen sich dabei zwei Konzeptionen gegenüber: Während sich zunächst etwa die WIPO für einen urheberrechtsangelehnten Sonderrechtsschutz aussprach¹², setzte sich in den USA und etwas später in Deutschland der Schutz von Computerprogrammen als literarisches Werk im Sinne der Urheberrechtsgesetzgebung durch¹³. Dieser Konzeption folgt auch die europäische Richtlinie aus dem Jahr 1991, deren Erwägungsgrund 6 sich ebenso wie Art. 1 Abs. 1 ausdrücklich zum urheberrechtlichen Schutz als literarisches Werk bekennt¹⁴. Auch auf internationaler Ebene findet sich dieses Konzept inzwischen in Art. 10 Abs. 1 TRIPS¹⁵ und Art. 4 WCT¹⁶.
- 2 Gleichwohl ist auch im heutigen System des Urheberrechtes für Computerprogramme unverkennbar,

dass derartige Werke eine Sonderstellung einnehmen. Zum einen ist der Schutz von Computerprogrammen in speziellen Regeln verankert (vgl. Art. 1 Abs. 2 RL 2001/29; §§ 69a ff. UrhG), zum anderen unterscheidet sich auch die Ausgestaltung des Urheberrechtes für Computerprogramme vom klassischen Urheberrecht. Zudem fällt nicht jedes Element einer Software unter den Schutz der Computerprogrammrichtlinie, so dass sich ein vollständiges Bild des Softwareschutzes erst erschließt, wenn neben den Regeln für Computerprogramme (dazu sogleich B.) auch der ergänzende Schutz nach allgemeinem Urheberrecht berücksichtigt wird (dazu unter C.).

B. Schutzgegenstand und Schutzvoraussetzungen nach der Computerprogrammrichtlinie

- 3 Wendet man sich zunächst den speziellen Regeln für Computerprogramme zu, so ist Ausgangspunkt der Untersuchung die Regelung des Art. 1 RL 2009/24, wobei zwischen dem Gegenstand des Programmschutzes (Art. 1 Abs. 1, 2 RL 2009/24) und seinen Schutzvoraussetzungen (Art. 1 Abs. 3 RL 2009/24) zu unterscheiden ist.

I. Schutzgegenstand

- 4 Dem Schutzgegenstand der Computerprogrammrichtlinie widmen sich die ersten beiden Absätze in Art. 1 RL 2009/24. Art. 1 Abs. 1 Satz 1 RL 2009/24 verpflichtet die Mitgliedstaaten, „gemäß den Bestimmungen dieser Richtlinie ... Computerprogramme urheberrechtlich als literarische Werke im Sinne der Berner Übereinkunft¹⁷ zum Schutze von Werken der Literatur und der Kunst“ zu schützen. Satz 2 präzisiert, dass der Begriff „Computerprogramm“ auch das Entwurfsmaterial zu ihrer Vorbereitung umfasst. Art. 1 Abs. 2 Satz 1 ergänzt sodann, dass der Schutz nach der Richtlinie „für alle Ausdrucksformen von Computerprogrammen“ gilt, während „Ideen und Grundsätze, die irgendeinem Element eines Computerprogramms zugrunde liegen“, nicht im Sinne der Richtlinie Urheberrechtsschutz genießen (Art. 1 Abs. 2 Satz 2 RL 2009/24). Der Schutzgegenstand der Richtlinie wird also bestimmt durch den Begriff des Computerprogramms und seine Abgrenzung von urheberrechtsfreien Ideen und Grundsätzen.

1. Die Definition des Computerprogramms durch Programmcode und Steuerungsfunktion

- 5 Leider hat es der europäische Gesetzgeber unterlassen, den Begriff des Computerprogramms in der Richtlinie selbst zu definieren, um zu vermeiden,

dass eine derartige Begriffsbestimmung veraltet¹⁸. In der Rechtssache *BSA* greift der EuGH deshalb auf den Regelungszusammenhang und die Ziele sowohl der Richtlinie wie des die Union bindenden Völkerrechts (TRIPS) zurück, um den Begriff zu konkretisieren¹⁹. Dabei stellt der Gerichtshof zunächst heraus, dass sich der urheberrechtliche Schutz auf alle Ausdrucksformen von Computerprogrammen erstrecken soll (Art. 1 Abs. 2 RL 2009/24), gleich ob sie in dem für Menschen lesbaren Quellcode oder in Maschinenprogrammcode (Objektcode) ausgedrückt sind (Art. 10 Abs. 1 TRIPS)²⁰ und ob sie in Software oder Hardware integriert sind (Erwägungsgrund 7 RL 2009/24)²¹. Daher, so das Luxemburger Gericht, seien „der Quellcode und der Objektcode eines Computerprogramms dessen Ausdrucksformen“, die „nach Art. 1 Abs. 2 der Richtlinie 91/250 den urheberrechtlichen Schutz für Computerprogramme verdienen“²². Der durch die Richtlinie geschaffene Schutzgegenstand beziehe sich somit „auf das Computerprogramm in allen seinen Ausdrucksformen, die es erlauben, es in den verschiedenen Datenverarbeitungssprachen, wie Quellcode und Objektcode, zu vervielfältigen“²³, einschließlich des „Entwurfsmaterial[s] zur Entwicklung eines Computerprogramms, sofern die Art der vorbereitenden Arbeit die spätere Entstehung eines Computerprogramms zulässt“ (Erwägungsgrund 7 Satz 2, Art. 1 Abs. 1 Satz 2 RL 2009/24)²⁴. Neben der Bezugnahme auf den Programmcode und das Entwurfsmaterial als Ausdrucksform des Computerprogramms entwickelt der Gerichtshof sodann in Rn. 38 der Entscheidung unter Bezugnahme auf die Schlussanträge des Generalanwalts²⁵ als zweites Definitionsmerkmal des Computerprogramms, dass

„jede Ausdrucksform eines Computerprogramms ab dem Moment geschützt sein [muss], ab dem ihre Vervielfältigung die Vervielfältigung des Computerprogramms zur Folge hätte und auf diese Weise der Computer zur Ausführung seiner Funktion veranlasst werden könnte“²⁶.

- 6 Die Definition des Computerprogramms anhand des Programmcodes und der Steuerungsfunktion (Veranlassung des Computers zur Ausführung einer Funktion) deckt sich mit den Ausführungen im ursprünglichen Vorschlag der Kommission für die Computerprogrammrichtlinie, an die sich der Generalanwalt angelehnt hat²⁷, und stellt daher keine Überraschung dar²⁸. Der Schutz durch Art. 1 RL 2009/24 kommt also²⁹ in Betracht, wenn durch die Vervielfältigung urheberrechtlich relevanter³⁰ Teile³¹ der Befehlsfolge³² des Programmcodes³³ gleich in welcher Ausdrucksform (Quellcode, Objekt-/Maschinencode, Assemblercode oder mögliche Zwischenformen) das Funktionsausführungselement des Computerprogramms übernommen wird, also der Computer zur Ausführung einer Funktion oder

Aufgabe veranlasst werden könnte, für die das Programm entwickelt worden ist³⁴.

- a. Konsequenzen für den Schutz von Benutzeroberflächen und audiovisuellen Darstellungen
- 7 Als Folge der Definition des Computerprogramms anhand des Programmcodes und der Steuerungsfunktion werden Programmelemente ohne Steuerungsfunktion aus dem Schutzbereich der Richtlinie ausgenommen, durch deren Vervielfältigung der Computer nicht zur Ausführung einer bestimmten Aufgabe oder Funktion veranlasst wird. Dementsprechend ist auch reinen Daten ohne Steuerungsfunktion³⁵ oder nicht an den konkreten Programmcode gebundenen Elementen (z.B. den Funktionen³⁶ oder dem Erscheinungsbild eines Computerprogramms) der Schutz der Richtlinie zu versagen, denn auch in diesen Fällen fehlt es an der Steuerungsfunktion bzw. kann die Funktionalität oder das Erscheinungsbild durch verschiedene Quell- und Objektcodes erreicht werden, so dass nicht die im Programmcode verkörperte Ausdrucksform des Programms wiedergegeben wird. Zu dieser Kategorie nicht steuerungsbezogener Programmelemente zählt der Gerichtshof auch – was der überwiegenden Auffassung in Deutschland und England entspricht³⁷ – graphische Benutzeroberflächen, da diese als Interaktionsschnittstelle lediglich die Kommunikation zwischen Computerprogramm und Nutzer zur Nutzung der Programmfunktionen ermöglichen³⁸. Zudem, darauf weist der Generalanwalt ergänzend hin, können Computerprogramme mit verschiedenen Quell- und Objektcodes durchaus dieselbe Benutzeroberfläche haben, so dass diese nicht das Programm selbst wiedergebe³⁹. Gegen den Ausschluss graphischer Benutzeroberflächen mag man einwenden, dass man über eine breitere Definition der Funktion eines Computerprogramms durchaus auch die Interaktion mit dem Nutzer in die Programmdefinition einbeziehen könnte⁴⁰, zumal eine Differenzierung zwischen der graphisch-räumlichen Anordnung der Oberflächenelemente (nur allgemeiner Urheberschutz) und dem Verhalten der Oberfläche i.S.d. logischen Abfolge der Masken und der Reaktionen auf Benutzereingaben denkbar wäre⁴¹. Die Entscheidung *BSA* spricht sich allerdings gegen eine solche Differenzierung und für eine generelle Anwendung des allgemeinen Urheberrechts auf den Schutz graphischer Benutzeroberflächen aus, denn der Gerichtshof stellt bei der Auslegung des Begriffs der öffentlichen Wiedergabe für die Zwecke des allgemeinen Urheberrecht Art. 3 Abs. 1 RL 2001/29) gerade auch auf die Funktion der Benutzerschnittstelle ab, eine Interaktion zwischen dem Computerprogramm und dem Benutzer zu ermöglichen⁴², so dass offenbar auch das Verhalten der Oberfläche unter die allgemeine Richtlinie 2001/29 und nicht unter die Richtlinie 2009/24 fallen soll (dazu C.). Für den Schutz von Computer-

spielen dürfte die Entscheidung *BSA* somit die Differenzierung zwischen dem Schutz der spielsteuernden Software (als Computerprogramm) und der audiovisuell wahrnehmbaren Spielgestaltung (als sonstiges Werk)⁴³ bestätigen, auch wenn diese angesichts einer immer engeren Verknüpfung von Programmcode und audiovisuellem Inhalt in jüngerer Zeit skeptisch beurteilt wird⁴⁴.

b. Konsequenzen für den Schutz von Schnittstellen

- 8 Auch wenn die Entscheidung *BSA* der graphischen Benutzeroberfläche als Interaktionsschnittstelle den Schutz als Computerprogramm abspricht, so lässt sich daraus nicht folgern, dass Schnittstellen, die eine Verbindung und Interaktion zwischen den Elementen von Software und Hardware mit anderer Software und Hardware ermöglichen sollen (Erwägungsgrund 10 Satz 2 und 3), generell der Urheberschutz zu versagen ist. Wie ein Gegenschluss aus Art. 1 Abs. 2 Satz 2 („einschließlich der den Schnittstellen zugrunde liegenden Ideen“) und die Existenz einer speziellen Schrankenregelung in Art. 6 RL 2009/24 nahelegen, kann nämlich der einer Verbindungsschnittstelle zugrundeliegende Programmcode durchaus Urheberschutz genießen⁴⁵, denn sonst wäre die explizite Gestattung der „Vervielfältigung des Codes oder die Übersetzung der Codeform“⁴⁶ in Art. 6 Abs. 1 RL 2009/24 nicht verständlich⁴⁷. Daran ändert auch die Rechtssache *BSA* nichts, da der Generalanwalt explizit zwischen Verbindungsschnittstellen zum „Dialog mit anderen Komponenten des Computersystems“ und Interaktionsschnittstellen wie der graphischen Benutzeroberfläche unterscheidet und sich seine Ausführungen zur fehlenden Schutzfähigkeit nur auf letztere beziehen⁴⁸. Gleiches gilt für die Entscheidung des Gerichtshofs selbst, der ebenfalls nur zu Interaktionsschnittstellen Stellung nimmt⁴⁹. Nicht mehr vom Programmschutz erfasst sind allerdings Schnittstellenspezifikationen, also die Regeln und Methoden des Datenaustausches und der Zusammenarbeit der Programme und Module, sei es weil man diese als die der Schnittstelle zugrundeliegenden Ideen und Grundsätze ansieht⁵⁰ oder weil ein entsprechender Schutz der auf Interoperabilität (Erwägungsgrund 10 Satz 4) angelegten Zielrichtung der Richtlinie zuwider liefe, denn Interoperabilität setzt gerade die exakte Verwirklichung der Schnittstelle voraus⁵¹.

c. Konsequenzen für die Feststellung einer Rechtsverletzung

- 9 Die am Programmcode und der Steuerungsfunktion orientierte Interpretation des Schutzbereichs der Richtlinie bestätigt außerdem, dass zur Feststellung einer Rechtsverletzung grundsätzlich von den Übereinstimmungen im Text des Programmcodes auszugehen ist (zur Programmstruktur unten A. I. 2.)⁵².

Trotz des Schutzes sämtlicher Ausdrucksformen des Programmcodes dürften Übereinstimmungen dabei regelmäßig anhand des Quellcodes nachzuweisen sein⁵³, da Übereinstimmungen im Maschinencode auch auf die Benutzung derselben Programmbasis⁵⁴, identischer Hilfsprogramme oder desselben Compilers zurückzuführen sein können⁵⁵. Bei der Übereinstimmungsanalyse sind allerdings solche Modifizierungen des Programmcodes außer Acht zu lassen, die für die Maschine und damit die Steuerungsfunktion unmaßgeblich sind, wie etwa unterschiedliche Formatierungen (Leerzeichen, Einrückungen), abweichende Variablennamen oder eine für die Programmausführung unerhebliche Veränderung der Reihung von Codezeilen (z.B. Definitionen von Programmfunktionen oder Variablen)⁵⁶. Relevant und sogar besonders aussagekräftig bleiben demgegenüber neben den eigentlichen Programmzeilen auch die (an den menschlichen Leser gerichteten) Kommentarzeilen im Quellcode⁵⁷, da sich gerade dort für das Verständnis des Programms wichtige programmtechnische Erläuterungen finden⁵⁸.

- 10 Lassen sich Übereinstimmungen im Programmcode nachweisen, so kann eine konkrete Prozentzahl übernommener Codezeilen nur als erster Ausgangspunkt zur Identifikation klarer Fälle dienen⁵⁹. Aufgrund des Schutzes auch von Programmteilen und der Vorverlagerung des Programmschutzes („ab dem Moment“⁶⁰) ist sie durch eine qualitative Bewertung der übernommenen Programmzeilen zu flankieren, die auch bei quantitativ geringen Prozentzahlen eine Rechtsverletzung begründen kann, wenn es sich bei den übereinstimmenden Teilen um urheberrechtlich relevante Programmsequenzen handelt⁶¹.
- 11 Schließlich ist nicht zu übersehen, dass offenbar in der Praxis die Feststellung einer Urheberrechtsverletzung nicht nur objektiv vom Umfang der Übereinstimmungen, sondern auch subjektiv durch die Frage beeinflusst wird, ob der Nachahmer Zugang zum Quellcode hatte⁶². Daran wird sich auch durch die Entscheidung des Gerichtshofs in *BSA* nichts ändern, da diese Praxis eine Stütze im ursprünglichen Kommissionsvorschlag findet⁶³ und der Gerichtshof die Feststellung der Rechtsverletzung im Einzelfall den nationalen Gerichten überlässt⁶⁴.

2. Erstreckung des Programmschutzes auf Entwurfsmaterial und Programmstruktur

- 12 Während der EuGH den Schutzgegenstand der Richtlinie anhand von Programmcode und Steuerungsfunktion konkretisiert, musste der Gerichtshof in *BSA* nicht zu der Frage Stellung nehmen, ob und inwieweit der Schutz der Richtlinie über die im Programmcode niedergelegte konkrete Befehlsfolge

hinaus auch die Programmstruktur⁶⁵ („Architektur“)⁶⁶ oder Programmkonzeption („Design“)⁶⁷ als „Drehbuch des Computerprogramms“⁶⁸ erfasst, also etwa die Identifizierung und Gliederung von Teilaufgaben und Objekten, die Umsetzung dieser Objekte in Datenstrukturen oder die Programmroutinen zur Modellierung des Verhaltens der Objekte⁶⁹. Für die Einbeziehung auch solcher Elemente in den Programmschutz der Richtlinie spricht zunächst⁷⁰, dass auch das Entwurfsmaterial eines Computerprogramms geschützt ist, „sofern die Art der vorbereitenden Arbeit die spätere Entstehung eines Computerprogramms zulässt“ (ErwG 7 Satz 2, Art. 1 Abs. 1 Satz 2 RL 2009/24). Da solches Entwurfsmaterial häufig Ablaufdiagramme oder Beschreibungen von Schrittfolgen oder andere Elemente umfasst⁷¹, in denen über den Programmcode hinaus strukturelle und konzeptionelle Überlegungen niedergelegt werden, erstreckt sich der Schutz der Richtlinie auch auf die Programmkonzeption und Programmstruktur, soweit diese so konkret ist, dass sie die spätere Entstehung eines bestimmten Computerprogramms ermöglicht⁷².

- 13 Für eine Ausdehnung des Programmschutzes auf die Programmstruktur lässt sich zudem auf die Begründung zum ursprünglichen Kommissionsvorschlag verweisen. Dort wird ausdrücklich festgehalten, dass die Elemente des geistigen Schöpfungsaktes – Kreativität, Können und Erfindungsgeist – in einem Computerprogramm in der „Art und Weise“ zum Ausdruck kommen, in der das Programm ausgearbeitet ist. Diese „Art und Weise“, in der die Schritte zur Verwirklichung des vom Programm gewünschten Endergebnisses ausgedrückt werden, also seine „Struktur, mit Abschnitten und Unterabschnitten, für den Informationsfluss“, gebe dem Programm seine besonderen Merkmale der Schnelligkeit, Leistungsfähigkeit und sogar des Stils⁷³. Auch an anderer Stelle führt die Kommissionsbegründung aus, dass auch bei Gemeinfreiheit der Unterprogramme die schöpferische Leistung des Gesamtprogramms „in der Auswahl und Zusammenstellung dieser ansonsten allgemein bekannten Elemente liegen“ kann⁷⁴. Der Erfolg des Programms im Sinne der Fähigkeit, seine Aufgaben auszuführen, werde, so die Kommission weiter, „weitgehend von dieser Auswahl abhängen, die der Urheber bei jedem Schritt des Programmaufbaus trifft“⁷⁵. Schließlich spricht für eine Einbeziehung der Programmstruktur in den Schutzbereich der Richtlinie auch die Entwicklung moderner (visueller) Programmierwerkzeuge, die aus dem Entwurfsmaterial in Diagrammform automatisch ein Quellcodegerüst erzeugen können, so dass sich nicht mehr eindeutig zwischen Entwurfsmaterial und Computerprogramm unterscheiden lässt⁷⁶. Und nicht zuletzt lässt sich auf eine aktuelle Entscheidung des EuG verweisen, das unlängst in einer Urheberrechtsverletzungsklage gegen die Kommission zur Feststellung der Schutzfähigkeit explizit auf

die Architektur und Struktur des betreffenden Computerprogramms zurückgegriffen hat⁷⁷.

3. Abgrenzung zu urheberrechtlich freien Ideen und Grundsätzen

- 14 Erstreckt sich damit der Schutz der Computerprogrammrichtlinie neben der konkreten Kodierung auch auf die im Entwurfsmaterial niedergelegten Ablaufdiagramme und Schrittfolgen sowie die konkrete Struktur des Programms, so schließt sich die Folgefrage an, wo die Grenze zu den nach Art. 1 Abs. 2 Satz 2 RL 2009/24 urheberrechtlich freien „Ideen und Grundsätze[n], die irgendeinem Element des Computerprogramms zugrunde liegen“ zu ziehen ist⁷⁸. Zu dieser Schutzbeschränkung auf die konkrete Ausdrucksform (vgl. Art. 9 Abs. 2 TRIPS; Art. 2 WIPO Copyright Treaty), die vor allem dem Zweck dient, die Entstehung von Monopolen zu verhindern und anderen Urhebern genügend Spielraum zu belassen, um ähnliche oder sogar identische Programme zu entwickeln⁷⁹, musste sich der Gerichtshof in *BSA* nicht äußern⁸⁰.

a. Eine europäische „Merger“-Doktrin?

- 15 Interessant ist in diesem Kontext allerdings eine Bemerkung des Gerichtshofs zum ergänzenden Schutz graphischer Benutzeroberflächen nach allgemeinem Urheberrecht (also der RL 2001/29). Im Anschluss an den Generalanwalt stellte der EuGH fest, dass „das Kriterium der Originalität nicht erfüllt [sei], wenn der Ausdruck (...) durch [die] technische Funktion vorgegeben ist“, denn dann seien „die verschiedenen Möglichkeiten der Umsetzung einer Idee (...) so beschränkt, dass Idee und Ausdruck zusammenfallen“, so dass es dem Urheber nicht mehr möglich sei, „seinen schöpferischen Geist in origineller Weise zum Ausdruck zu bringen und zu einem Ergebnis zu gelangen, das eine eigene geistige Schöpfung dieses Urhebers darstellt“⁸¹. Diese Beschränkung für technisch vorgegebene Ausdrucksformen scheint sich („Idee und Ausdruck zusammenfallen“) an die „Merger-Doktrin“ des US-amerikanischen Copyright Law⁸² anzulehnen. Nicht klar wird in *BSA* allerdings, ob die technisch vorgegebene Ausdrucksform den Urheberschutz wegen der Schutzfreiheit von Ideen („Idee und Ausdruck zusammenfallen“) oder wegen fehlender Individualität („Kriterium der Originalität nicht erfüllt“) ausschließen soll. Letztendlich dürfte die überzeugendste Begründung für diese Schutzbeschränkung darin zu sehen sein, dass eine Monopolisierung technisch bedingter Schöpfungen nicht über das Urheberrecht ermöglicht werden soll, um die Gemeinfreiheit auf diesem Gebiet im Interesse der Kreativität und der Innovation zu erhalten⁸³.

b. Programmcode als Ausdrucksform der Idee

16 Abgesehen von dem Sonderfall der technisch bedingten Ausdrucksform liegt es nahe, den Programmcode als Ausgangspunkt für die Abgrenzung von Idee und Ausdrucksform zu wählen. Begreift man den Programmcode nämlich mit dem Generalanwalt als die geschützte Ausdrucksform der Ideen des Programmierers⁸⁴, so handelt es sich umso eher um eine urheberrechtsfreie Idee, je weiter sich das in Rede stehende Element vom Programmcode entfernt. Je größer und vielgestaltiger die Umsetzungsmöglichkeiten der Idee in Gestalt unterschiedlicher Programmcodes und Programmstrukturen wird, desto eher handelt es sich um eine urheberrechtsfreie Idee und nicht mehr um ihre konkrete Ausdrucksform⁸⁵. Als Ideen vom Urheberschutz ausgenommen sind daher Ideen zum Einsatz eines Computerprogramms zur Lösung einer bestimmten Aufgabe⁸⁶ (z.B. für ein Buchhaltungsprogramm oder die Betriebsratsarbeit⁸⁷), aber auch (Ideen für) bestimmte Funktionalitäten eines Programms⁸⁸, da diese durch eine Vielzahl unterschiedlicher Möglichkeiten auf Ebene des Programmcodes umgesetzt werden können⁸⁹. Ebenfalls nicht schutzfähig sind Programmierstile und Methoden der Softwaretechnik⁹⁰, da auch solche Stile und Methoden in unterschiedlichsten Programmcodes und Programmstrukturen zum Ausdruck kommen können. Auf der Ebene der Programmstruktur ist der Abgrenzung von Idee und Ausdrucksform dadurch Rechnung zu tragen, dass einzelnen Gestaltungsideen oder Strukturmerkmalen der Schutz zu versagen ist und der Schutz einer Programmstruktur an einer Mehrzahl von Design- und Strukturentscheidungen festzumachen ist, die ein Programm oder einen wesentlichen Teil des Programms ausmachen⁹¹.

c. Insbesondere Algorithmen, Programmiersprachen und Logik

17 Besondere Schwierigkeiten wirft die Abgrenzung von Ausdrucksform und Idee bei Algorithmen, Programmiersprachen und Logik auf, die bereits bei der Definition des Algorithmus beginnen⁹². Während der ursprüngliche Kommissionsvorschlag neben den Ideen und Grundsätzen auch die Logik, die Algorithmen und Programmiersprache, die dem Programm zugrunde liegen, vom Schutz ausnehmen wollte (Art. 1 Abs. 3 des ursprünglichen Kommissionsvorschlags)⁹³, beschränkt Art. 1 Abs. 2 Satz 2 des endgültigen Richtlinienartikels die Ausnahme auf die „Ideen und Grundsätze, die irgendeinem Element eines Computerprogramms zugrunde liegen, einschließlich der den Schnittstellen zugrunde liegenden Ideen und Grundsätze“. Explizite Erwähnung finden die Logik, Algorithmen und Programmiersprachen nur noch in Erwägungsgrund 11, dessen zweiter Satz den „Ideen und Grundsätze[n], die der Logik, den Algorithmen und den Programmiersprachen zu-

grunde liegen“, im Rahmen der Richtlinie urheberrechtlichen Schutz versagt. Diese Änderung ist auf das Parlament zurückzuführen⁹⁴ und dient lediglich der Kürzung und Vereinfachung, um die urheberrechtliche Grundidee klarer herauszuarbeiten, dass „Urheberrechtsschutz nur für die Ausdrucksform einer Idee oder eines Grundsatzes, nicht aber für die Idee oder den Grundsatz selbst gewährt wird“⁹⁵.

18 Aus Erwägungsgrund 11 lässt unter Berücksichtigung seiner Entstehungsgeschichte ableiten, dass Logik, Algorithmen und Programmiersprachen durchaus schutzfähige Elemente eines Computerprogramms sein, solange sich dieser Schutz nicht auf die zugrundeliegenden Ideen und Grundsätze erstreckt. Schutz kommt daher auch diesen Elementen zu, soweit ihre konkrete „Art und Weise der Implementierung und Zuordnung zueinander“ in einem Computerprogramm, also ihre „Ausdrucksform“ betroffen ist⁹⁶.

19 Ein darüber hinausgehender Schutz von Algorithmen, Programmiersprachen oder Programmlogik als solcher, also unabhängig von ihrer Einbettung in ein konkretes Programm, dürfte demgegenüber zumindest unter der Richtlinie 2009/24 eher skeptisch zu beurteilen sein⁹⁷. Dies ergibt sich nicht nur aus der Schutzfreiheit von zugrundeliegenden Ideen und Grundsätzen (Erwägungsgrund 11), sondern auch aus der Definition des Computerprogramms, die an den Programmcode und die Steuerungsfunktion anknüpft. Am ehesten erwägen mag man einen Schutz für die Bezeichnung und Auswahl der Schlüsselwörter und Befehle einer Programmiersprache⁹⁸, weil es sich letztendlich um eine Sammlung von Regeln handelt⁹⁹, deren Schutz unter bestimmten Voraussetzungen auch im allgemeinen Urheberrecht möglich ist¹⁰⁰. Gegen den Schutz als Computerprogramm spricht allerdings, dass diese Regeln nicht zur Lösung einer konkreten Aufgabe geschrieben wurden, sondern als Steuerungsbefehle abhängig von der Gestalt des konkreten Programms zur Lösung einer Vielzahl unterschiedlicher Aufgaben eingesetzt werden können¹⁰¹. Zudem stellt sich, wenn man Urheberschutz bejahen will, unmittelbar die Folgefrage, ob nur die Vervielfältigung wesentlicher Teile des Regelwerkes oder bereits die Anwendung der Programmiersprache in einem Programm, das in der betreffenden Sprache geschrieben wurde, eine Rechtsverletzung begründen soll¹⁰². Es bleibt zu hoffen, dass die Entscheidung der Rechtssache *SAS Institute* in diesen Punkten Klarheit bringt.

II. Schutzvoraussetzungen

20 Neben der Einbeziehung in den Schutzgegenstand setzt der Schutz der Computerprogrammrichtlinie gemäß Art. 1 Abs. 3 Satz 1 RL 2009/24 weiter voraus, dass die Computerprogramme „individuelle Werke

in dem Sinne darstellen, dass sie das Ergebnis der eigenen geistigen Schöpfung ihres Urhebers sind“. Andere Kriterien, wie etwa qualitative oder ästhetische Vorzüge eines Computerprogramms, sollen demgegenüber nicht als Kriterium für die Beurteilung der Schutzfähigkeit als individuelles Werk herangezogen werden (Art. 1 Abs. 3 Satz 2, Erwägungsgrund 8 RL 2009/24).

- 21 Auch diese Vorschrift der Richtlinie wurde gegenüber dem ursprünglichen Kommissionsvorschlag im Gesetzgebungsverfahren überarbeitet. Insbesondere der Wirtschafts- und Sozialausschuss kritisierte das Fehlen einer europäischen Definition für Individualität, was den Harmonisierungserfolg der Richtlinie in Frage stellen könne¹⁰³. Der Ausschuss schlug eine Klarstellung vor, dass an das Programm weder ästhetische, qualitative oder quantitative Kriterien angelegt noch eine bestimmte Höhe der Programmierkunst verlangt werden dürfen und sich die Prüfung darauf beschränken solle, Programmteile zu schützen, die nicht von anderen Programmen kopiert worden sind¹⁰⁴. Ein ähnlich niedriges Individualitätserfordernis wurde auch bereits im vorbereitenden Grünbuch¹⁰⁵ und in der Begründung zum ursprünglichen Kommissionsvorschlag¹⁰⁶ in bewusster Abkehr von der restriktiveren früheren deutschen Rechtsprechung¹⁰⁷ befürwortet, so dass Art. 1 Abs. 3 Satz 2 und Erwägungsgrund 8 RL 2009/24 vor allem klarstellende Funktion haben. Das abgesenkte Individualitätserfordernis der Richtlinie orientiert sich somit eher am britischen als am deutschen Vorbild¹⁰⁸, ist aber als europäischer Begriff autonom von nationalen Begrifflichkeiten auszulegen, was sich nicht zuletzt an bemerkenswerten Parallelen zu den Schutzvoraussetzungen nach der Halbleiterrichtlinie 87/54/EWG zeigt („Ergebnis der eigenen geistigen Arbeit ihres Schöpfers“ in RL 87/54/EWG gegenüber „Ergebnis der eigenen geistigen Schöpfung ihres Urhebers“ in RL 2009/24)¹⁰⁹. Inzwischen findet sich dieser Begriff auch in Art. 3 Abs. 1 der Richtlinie 96/9 zum Datenbankschutz und Art. 6 Abs. 1 der Richtlinie 2006/116¹¹⁰ zum Schutz von Fotografien und wurde jüngst vom Gerichtshof sogar in die allgemeinen Urheberrechtsrichtlinie 2001/29 (Art. 2 lit. a RL 2001/29) übertragen¹¹¹.
- 22 Als Folge des niedrigen Individualitätserfordernisses setzt die Richtlinie für die Schutzfähigkeit eines Computerprogramms keine besondere schöpferische Gestaltungshöhe voraus, sondern unterstellt auch die kleine Münze des Programmschaffens dem urheberrechtlichen Schutz¹¹². Demgegenüber erscheint es zu weitgehend, jedes nicht kopierte Computerprogramm dem Schutz der Richtlinie unterstellen zu wollen¹¹³. So ist das Kriterium der Originalität zumindest dann nicht erfüllt, wenn die konkrete Ausdrucksform eines Computerprogramms durch seine technische Funktion vorgegeben ist, weil die verschiedenen Möglichkeiten der Umsetzung einer Idee dann so beschränkt sind, dass Idee und Ausdruck

zusammenfallen und der Urheber seinen schöpferischen Geist nicht in origineller Weise zum Ausdruck bringen kann¹¹⁴. Beispiele für einen derart engen Ausdrucksspielraum, bei dem sich Ähnlichkeiten nicht vermeiden lassen, finden sich auch bereits in den Kommissionsmaterialien (z.B. die Implementierung von Schnittstellen oder die Erstellung von Programmen mit sehr ähnlichen Aufgaben, beschränkten Lösungswegen und geringer Komplexität¹¹⁵).

- 23 Als weitere Einschränkung auf der Ebene der Individualität lässt sich aus der Rechtsprechung des Gerichtshofs das Erfordernis gewinnen, dass der Programmierer seinen „schöpferischen Geist in origineller Weise zum Ausdruck bringen“ muss, um eine eigene geistige Schöpfung zu kreieren¹¹⁶. Diese Einschränkung rechtfertigt es, „einfache[n] und routinemäßige[n] Programmierleistungen, die jeder Programmierer auf dieselbe oder ähnliche Weise erbringen würde“¹¹⁷, den Schutz der Richtlinie zu versagen. Demgegenüber schließt der Rückgriff auf Programmbibliotheken die Individualität nicht von vorneherein aus, weil sich die schöpferische Leistung insofern aus der Konzeption der „Beziehungen zwischen objektorientierten Klassen“ und den verwendeten Begrifflichkeiten ergeben kann¹¹⁸. Auch bei computergenerierter Software¹¹⁹ oder „lernenden Algorithmen“, die ihre Erscheinungsform im Zeitablauf ändern, fehlt es nicht an einem „Ausdruck des [menschlichen] schöpferischen Geistes“, solange diesen Prozessen durch menschliche Programmierung angelegte Fähigkeiten zugrunde liegen und das (niedrige) Originalitätskriterium gewahrt bleibt¹²⁰.

C. Ergänzender Schutz nach allgemeinem Urheberrecht

- 24 Während die Entscheidung in der Rechtssache *BSA* aus Sicht der Computerprogrammrichtlinie keine grundlegenden Neuerungen bringt¹²¹, finden sich die interessantesten Ausführungen im zweiten Teil der Entscheidung zu der Frage, ob eine graphische Benutzeroberfläche in den Genuss des allgemeinen Urheberrechtsschutzes nach der Richtlinie 2001/29 gelangen kann.

I. Zulässigkeit des Rückgriffs auf die Richtlinie 2001/29

- 25 Ein derartiger Rückgriff auf die allgemeinen Regeln der Richtlinie 2001/29 ist grundsätzlich gestattet, weil der Vorrang der Computerprogrammrichtlinie (Art. 1 Abs. 2 lit. a RL 2001/29) außerhalb ihres Anwendungsbereichs (Computerprogramme und vorbereitendes Entwurfsmaterial) nicht zum Tragen kommt. Allerdings darf der Rückgriff auf die allgemeinen Bestimmungen nicht dazu führen, dass

die in Art. 1 Abs. 2 Satz 2 RL 2009/24 angeordnete Schutzfreiheit der zugrundeliegenden Ideen und Grundsätze umgangen wird, weil es sich dabei um einen allgemeinen „Urheberrechtsgrundsatz“ handelt (Erwägungsgrund 11 RL 2009/24), der richtlinienübergreifend für das gesamte Europäische Urheberrecht Geltung beansprucht. Ein ergänzender Schutz kommt damit nur in Betracht, soweit der Schutz nach der Richtlinie 2009/24 am Merkmal „Computerprogramm“ (Art. 1 Abs. 1, 2 Satz 1 RL 2009/24) scheitert, nicht jedoch soweit es sich um eine nicht schutzfähige Idee (Art. 1 Abs. 2 Satz 2 RL 2009/24) handelt.

II. Schutzgegenstand und Schutzvoraussetzungen

1. Offener Werkbegriff und Originalitätskriterium

26 Ausgangspunkt für das Verständnis des zweiten Teils der Entscheidung BSA ist die Rechtssache *Infopaq*, in der der Gerichtshof die Harmonisierung des Vervielfältigungsrechts „für die Urheber in Bezug auf ihre Werke“ (Art. 2 lit. a RL 2001/29) zum Anlass nahm, erste Konturen eines europäischen Werkbegriffs zu zeichnen¹²². In *Infopaq* hatte der Gerichtshof aus dem Gesamtzusammenhang der Berner Übereinkunft und den Art. 1 Abs. 3 RL 2009/24, Art. 3 Abs. 1 RL 96/9 und Art. 6 RL 2006/116¹²³ den allgemeinen Grundsatz abgeleitet, dass „das Urheberrecht im Sinne des Art. 2 Buchst. a der Richtlinie 2001/29 nur in Bezug auf ein Schutzobjekt angewandt werden [kann], bei dem es sich um ein Original in dem Sinne handelt, dass es eine eigene geistige Schöpfung seines Urhebers darstellt“¹²⁴. Diesen Grundsatz übertragen Gerichtshof und Generalanwalt in BSA auf den Schutz graphischer Benutzeroberflächen, so dass graphische Benutzeroberflächen grundsätzlich als eigene geistige Schöpfung des Urhebers geschützt sein können. Damit entwickelt der Gerichtshof einen offenen Werkbegriff für das Europäische Urheberrecht¹²⁵ – eine dem deutschen Urheberrecht vertraute (vgl. § 2 Abs. 1 UrhG: „insbesondere“), für das britische Recht indes neue Erkenntnis¹²⁶.

27 Neben dem offenen Werkbegriff bestätigen Gerichtshof und Generalanwalt das „Kriterium der Originalität“¹²⁷ als Voraussetzung des Urheberschutzes. Der Schutz graphischer Benutzeroberflächen hänge daher von der Einschätzung des nationalen Gerichts ab, ob „die Anordnung oder spezifische Konfiguration aller Komponenten (...), aus denen sich die grafische Benutzeroberfläche zusammensetzt“, „das Kriterium der Originalität erfüllen“¹²⁸, so dass sie eine „eigene geistige Schöpfung“¹²⁹ ihres Urhebers darstellen. Diese Prüfung überlässt der EuGH dem nationalen Gericht¹³⁰. Er gibt allerdings noch den Hin-

weis, dass das Kriterium nicht erfüllt sei, wenn „der Ausdruck [der] Komponenten der Benutzeroberfläche durch ihre technische Funktion vorgegeben ist, denn [dann] sind die verschiedenen Möglichkeiten der Umsetzung einer Idee so beschränkt, dass Idee und Ausdruck zusammenfallen“, so dass es dem Urheber nicht mehr möglich sei, „seinen schöpferischen Geist in origineller Weise zum Ausdruck zu bringen und zu einem Ergebnis zu gelangen, das eine eigene geistige Schöpfung dieses Urhebers darstellt“¹³¹ (zu dieser europäischen „Merger“-Doktrin bereits oben B. I. 3. a.).

2. Konsequenzen

28 Auch wenn der EuGH in BSA den Trend zur Europäisierung des Werkbegriffs aus *Infopaq* fortschreibt¹³², ist durch diese Entscheidung nach wie vor nicht endgültig geklärt, welche Anforderungen das europäische Recht an das Kriterium der Originalität stellt. Die Herleitung aus den niedrigen Schutzvoraussetzungen für Computerprogramme, Datenbanken und Fotografien¹³³ und der in *Infopaq* postulierte „weitreichende“ Schutz nach Art. 2 RL 2001/29¹³⁴ deuten auf eine eher niedrige Hürde für die „eigene geistige Schöpfung“ hin. Andererseits sprechen die in BSA entwickelte Ausnahme von technisch bedingten Gestaltungen und das Erfordernis, den „schöpferischen Geist in origineller Weise zum Ausdruck zu bringen“¹³⁵ gegen eine allzu kleine Münze, zumal für Benutzeroberflächen der Urheberschutz in BSA durch das Erfordernis der Übernahme der Interaktionsfunktion als wesentliches, die Schöpfungshöhe begründendes Werkelement eine zusätzliche Einschränkung erfährt (dazu sogleich C. III.). Solange sich deutsche Gerichte vor einer Rückkehr zum Erfordernis eines hohen Maßes eigenschöpferischer Formgestaltung hüten, was beim Schutz für Darstellungen wissenschaftlicher und technischer Art (§ 2 Abs. 1 Nr. 7 UrhG) ohnehin nicht der Rechtsprechung entspricht¹³⁶, sollte es daher gestattet bleiben, zumindest eine „individuelle, sich vom alltäglichen Schaffen abhebende Geistestätigkeit in dem darstellerischen Gedanken“ auch für den Schutz graphischer Benutzeroberflächen zu verlangen¹³⁷, zumal der Gerichtshof die Konkretisierung des Originalitätserfordernisses im Einzelfall den nationalen Gerichten überlässt¹³⁸. Bereits diese Hürde hat sich in der Vergangenheit als so hoch erwiesen, dass in den letzten 15 Jahren kein deutsches Gericht einer Benutzeroberfläche Urheberschutz zugebilligt hat¹³⁹, während in England und Österreich¹⁴⁰ durchaus Urheberschutz gewährt wurde¹⁴¹. Dies zeigt sehr anschaulich die begrenzte Harmonisierungswirkung durch Richtlinien, die nationalen Gerichten einen erheblichen Einschätzungsspielraum auf tatsächlicher Ebene belassen¹⁴².

29 Ebenso wie graphische Benutzeroberflächen fallen auch Bedienungsanleitungen oder Wartungshand-

bücher für Computerprogramme, solange dort nicht wesentliche Teile des Programms selbst wiedergegeben werden, nicht unter den Schutz der Richtlinie 2009/24¹⁴³. Auch für solche Werke ist ein Urheberrechtsschutz aufgrund der Richtlinie 2001/29 als Sprachwerk (§ 2 Abs. 1 Nr. 1 UrhG) oder als wissenschaftlich-technische Darstellung (§ 2 Abs. 1 Nr. 7 UrhG) möglich¹⁴⁴, zudem kommt für begleitende Lichtbilder ein Schutz nach Art. 6 RL 2006/116 (§ 2 Abs. 1 Nr. 5 UrhG) in Betracht. Die moderaten Anforderungen der deutschen Rechtsprechung für den Schutz wissenschaftlich-technischer Darstellungen¹⁴⁵ und für den Schutz von Lichtbildern¹⁴⁶ erscheinen mit dem durch Art. 6 RL 2006/116 und die Rechtssache *Infopaq* abgesenkten Originalitätskriterium vereinbar. Unzulässig dürfte es allerdings sein, bei den sprachlichen Teilen der Bedienungsanleitung als einem zu Gebrauchszwecken dienendem Schriftwerk ein „deutliches Übertreten des Alltäglichen, des Handwerksmäßigen, der mechanisch-technischen Aneinanderreihung des Materials“ zu verlangen¹⁴⁷. Denn gerade diesem Kriterium, das sich auch in der früheren deutschen Rechtsprechung zum Schutz von Computerprogrammen antreffen ließ¹⁴⁸, wollte der Richtlinienggeber mit der Absenkung der Schutzvoraussetzungen in der Richtlinie 2009/24 entgegenwirken¹⁴⁹. Da dieser Maßstab vom Gerichtshof in der Rechtssache *Infopaq* auf die Richtlinie 2001/29 erstreckt wurde, erscheint es nicht mehr zulässig, ihn für den Schutz von Sprachwerken beizubehalten¹⁵⁰. Als mögliches Gegengewicht im Interesse der Gemeinfreiheit ist allerdings der Ausschluss technisch bedingter Gestaltungen zu berücksichtigen, der bei Sprachwerken in eine Schutzfreiheit der durch die Funktion bedingten Gestaltungselemente zu übersetzen ist.

- 30 Ein weiteres Beispiel für die ergänzende Anwendung von allgemeinem Urheberrecht ist der Schutz von Computerspielen, bei denen neben dem Programmschutz für die spielsteuernde Software ein begleitender Schutz für die audiovisuellen Programmelemente als Filmwerk (§ 2 Abs. 1 Nr. 6 UrhG) in Betracht kommt¹⁵¹. Die Absenkung des Schutzstandards durch *Infopaq* dürfte auch hier keine Umwälzungen erfordern, da sich bereits heute die deutsche Rechtsprechung bei Filmwerken mit der „kleinen Münze“ begnügt¹⁵². Gewisse Schwierigkeiten könnte die durch BSA bestätigte Trennung von Steuerungsprogramm (Schutz nach der Computerprogrammrichtlinie) und audiovisueller Darstellung (Schutz nach Richtlinie 2001/29) allerdings für den Vorschlag bereiten, angesichts der engen Verknüpfung beider Elemente bei modernen Computerspielen eine Schwerpunktbeurteilung zugunsten des Computerprogrammschutzes vorzunehmen¹⁵³. Auf der anderen Seite ist nicht zu verkennen, dass der EuGH trotz formaler Trennung beider Schutzsysteme bei der Auslegung des Vervielfältigungsrechts in BSA auf die „Interaktionsfunktion“ der Benutzeroberfläche zurückgegriffen hat (dazu sogleich C. III.), was eine Annäherung zu

mindest in den Ergebnissen andeuten könnte. Weitere in der Rechtsprechung erwogene Beispiele für einen begleitenden Urheberschutz sind eine optimierte sprachliche Gestaltung zur leichteren Auffindbarkeit einer Internetseite¹⁵⁴ oder der Schutz von Computergraphiken¹⁵⁵. Soweit für letztere der Schutz nach § 2 Abs. 1 Nr. 4 UrhG unter Hinweis auf die erhöhten Anforderungen im Bereich der „Gebrauchskunst“ versagt wurde¹⁵⁶, dürfte auch diese Rechtsprechung nach *Infopaq* auf das Erfordernis einer eigenen geistigen Schöpfung zurückzuführen sein¹⁵⁷, wobei es zulässig und geboten bleibt, technisch bedingten Gestaltungen den Urheberschutz zu versagen.

III. Schutzgegenstand und öffentliche Wiedergabe

- 31 Nachdem der EuGH also die Schutzfähigkeit graphischer Benutzeroberflächen nach Art. 2 lit. a RL 2001/29 grundsätzlich bejaht hat, schließt sich der wohl interessanteste Teil der Entscheidung an. Das nationale Gericht hatte den Gerichtshof nämlich außerdem gefragt, ob die Fernsehausstrahlung einer graphischen Benutzeroberfläche eine öffentliche Wiedergabe eines urheberrechtlich geschützten Werkes i.S.d. Art. 3 Abs. 1 RL 2001/29 darstellt. In seiner Antwort bekräftigt der EuGH zunächst, dass der Begriff der öffentlichen Wiedergabe weit zu verstehen sei und insbesondere auch die Fernsehausstrahlung eines Werkes erfasse. Dennoch verneinte er im konkreten Fall die öffentliche Wiedergabe:

„Wenn jedoch im Rahmen einer Fernsehsendung eine grafische Benutzeroberfläche angezeigt wird, wird diese Oberfläche den Fernsehzuschauern nur passiv wiedergegeben, ohne dass sie die Möglichkeit zum Tätigwerden haben. Sie können die Funktion dieser Benutzeroberfläche nicht nutzen, die darin besteht, eine Interaktion zwischen dem Computerprogramm und dem Benutzer zu ermöglichen. Da die grafische Benutzeroberfläche durch die Fernsehausstrahlung nicht der Öffentlichkeit in dem Sinne zur Verfügung gestellt wird, dass die Personen, aus denen sich diese zusammensetzt, Zugang zu dem wesentlichen Merkmal der Schnittstelle haben, nämlich der Interaktion mit dem Benutzer, erfolgt keine öffentliche Wiedergabe der grafischen Benutzeroberfläche im Sinne von Art. 3 Abs. 1 der Richtlinie 2001/29“¹⁵⁸.

- 32 Es bietet sich erneut an, diese Ausführungen mit den Grundsätzen aus *Infopaq* in Verbindung zu setzen, wo der Gerichtshof die Frage einer Rechtsverletzung an die Voraussetzung geknüpft hat, dass die übernommenen Werkteile „die eigene geistige Schöpfung ihres Urhebers zum Ausdruck bringen“¹⁵⁹. Die Entscheidung BSA lässt sich nun in zwei Richtungen deuten¹⁶⁰. Zum einen könnte man sie als konsequente

Fortschreibung von *Infopaq* verstehen: Wenn sich bei einer graphischen Benutzeroberfläche die Schöpfungshöhe und damit die eigene geistige Schöpfung *allein* aus der Art und Weise der Kommunikation mit dem Benutzer ergibt¹⁶¹, dann ist es durchaus konsequent, eine Rechtsverletzung zu verneinen, wenn gerade auf die Wiedergabe dieses wesentlichen (den Urheberschutz begründenden) Elements verzichtet wird. Wenn man allerdings über die Art und Weise der Kommunikation hinaus auch anderen Elementen einer Benutzeroberfläche nicht grundsätzlich den Schutz versagen will (z.B. dem Design), dann könnte man die Entscheidung *BSA* auch so verstehen, dass die Rechtsverletzung neben der Übernahme der „eigenen geistigen Schöpfung“ zudem die Übernahme „wesentlicher Merkmal(e)“¹⁶² des Ausgangswerkes voraussetzt¹⁶³. Konsequenzen hätte dies vor allem für solche Fälle, in denen eine Vervielfältigung allein als technischer Zwischenschritt notwendig ist oder in denen ein Werk nur als Resultat einer Internetsuche oder im Hintergrund eines Films wiedergegeben wird¹⁶⁴.

- 33 Auch wenn ein solches Wesentlichkeitserfordernis durchaus manche Schwächen des geltenden Schranken catalogs abfedern könnte, so wäre seine Handhabung nicht nur der Rechtssicherheit im europäischen Rechtsraum abträglich, sondern dürfte auch einen Konflikt mit der grundsätzlich weiten Auslegung des Begriffs der Vervielfältigung und öffentlichen Wiedergabe heraufbeschwören (vgl. Art. 2 RL 2001/29: „unmittelbare oder mittelbare, vorübergehende oder dauerhafte“, Erwägungsgründe 21, 23 RL 2001/29). *BSA* dürfte daher eher als Fortschreibung von *Infopaq* aufzufassen sein, allerdings mit der wichtigen Präzisierung, dass die Übernahme der „eigenen geistigen Schöpfung“ des Ausgangswerkes dann besonders kritisch zu prüfen und häufig zu verneinen sein wird, wenn die „Funktion“¹⁶⁵, die „besondere Natur“¹⁶⁶, der „ursprüngliche Charakter“¹⁶⁷ oder andere „wesentliche Merkmale“¹⁶⁸ des Ausgangswerkes (hier die Interaktion mit dem Computer) im Rahmen der Verwertungshandlung nicht übernommen werden. In der Erweiterung des Blickwinkels auf die Funktion, den Charakter und andere das Ausgangswerk wesentlich prägende Elemente könnte der größte Beitrag von *BSA* zur Fortentwicklung des Europäischen Urheberrechts liegen. Ein derart auch funktionales Verständnis ist dem Urheberrecht bisher zwar weitgehend fremd¹⁶⁹, es könnte aber durchaus das Potential besitzen, auf der Ebene der Verwertungshandlungen manch überbordenden Urheberschutz zurückzunehmen, dem die Rechtsprechung bisher mit Hilfskonstruktionen wie der Einwilligung oder Gestattung des Rechteinhabers zu begegnen sucht¹⁷⁰. Auch droht durch diese Elemente keine Erweiterung des Urheberschutzes, weil sie nur begrenzend wirken, nicht aber den Urheberschutz über die konkrete Ausdrucksform des Werkes hinaus auch auf Funktionalitäten oder gar zugrundeliegende Ideen zu erweitern suchen.

- 34 Speziell für den Schutz von graphischen Benutzeroberflächen bedeutet die Einschränkung des Begriffs der öffentlichen Wiedergabe, dass letztendlich auch im allgemeinen Urheberrecht ähnlich wie beim Computerprogrammenschutz das Recht nur bei Betroffenheit der „Steuerungsfunktion“ zum Tragen kommt, nur dass sich diese Steuerungsfunktion nicht auf die Steuerung einer Maschine, sondern auf die Interaktion mit dem Nutzer bezieht. In der Sache hat der Gerichtshof damit den Computerprogrammenschutz samt seinen Schutzvoraussetzungen¹⁷¹ und Begrenzungen¹⁷² in gewisser Weise in das allgemeine Urheberrecht verlängert. Die Konsequenzen dieses Schlusses vom Besonderen (Computerprogramme, Datenbanken, Photographien) auf das Allgemeine sind nach wie vor nicht ausgelotet und dürften die Europäische Urheberrechtswissenschaft auch in den kommenden Jahren weiter in Atem halten.

D. Zusammenfassung

Die Entscheidung *BSA* bestätigt in ihrem ersten Teil im Wesentlichen die in den Gesetzgebungsmaterialien angelegte und in Rechtsprechung und Literatur weit verbreitete Definition des Computerprogramms anhand von Programmcode und Steuerungsfunktion. Gleiches gilt für die Versagung des Schutzes der Computerprogrammrichtlinie für graphische Benutzeroberflächen und der Trennung zwischen Programmenschutz (Steuerungssoftware) und audiovisueller Darstellung (allgemeines Urheberrecht). Deshalb konnte sich der Gerichtshof – angesichts der anhängigen Rechtssache *SAS Institute* wohl nur vorläufig – eine Stellungnahme zum Schutz von Programmstrukturen und zur Abgrenzung der Ausdrucksform von der schutzrechtsfreien Idee ersparen. Die eigentliche Bedeutung der Entscheidung *BSA* liegt deshalb nicht in den Ausführungen zur Computerprogrammrichtlinie, sondern im zweiten Teil der Entscheidung, der sich mit dem allgemeinen Urheberrechtsschutz graphischer Benutzeroberflächen nach der Richtlinie 2001/29 befasst. Dort schreibt der EuGH nicht nur den Trend zur Europäisierung des Werkbegriffs („eigene geistige Schöpfung des Urhebers“) aus *Infopaq* fort, sondern entwickelt mit der Schutz Ausnahme für technisch bedingte Gestaltungen und dem offenen Katalog der Werkarten weitere Kriterien für eine europäisch-autonome Überformung dieses Begriffs. Besonders überraschend sind dabei die Einschränkungen des Begriffs der öffentlichen Wiedergabe, die der Gerichtshof unter Hinweis auf die fehlende Übernahme der wesentlichen Funktion der Benutzeroberfläche, eine Interaktion mit dem Benutzer zu ermöglichen, im konkreten Fall verneint. *BSA* schreibt damit nicht nur den Trend aus *Infopaq* zur Annäherung der Schutzstandards im allgemeinen (RL 2001/29) und besonderen Urheberrecht (RL 2009/24) fort, sondern zeigt mit der Einschränkung für technisch bedingte Gestaltungen

gen und dem „funktionalen“ Verständnis der öffentlichen Wiedergabe eine größere Sensibilität für die Gemeinfreiheit als noch in *Infopaq* erkennbar war. Speziell für den Schutz computerbasierter audiovisueller Werke dürften die Annäherung der Schutzvoraussetzungen und das „funktionale“ Verständnis der Verwertungshandlungen trotz formaler Trennung von Computerprogrammenschutz und allgemeiner Urheberrechtsschutz zu einer Annäherung zumindest in den Ergebnissen führen, die angesichts der engen Verknüpfung von Steuerungsprogramm und audiovisueller Darstellung in moderner Unterhaltungssoftware auch sinnvoll erscheint.



- 1 Eine dritte laufende Vorlage betrifft nicht den Schutzgegenstand, BGH GRUR 2011, 418 – UsedSoft.
- 2 Richtlinie 91/250/EWG des Rates vom 14. Mai 1991 über den Rechtsschutz von Computerprogrammen, ABL.L 122 vom 17.5.1991, S. 42.
- 3 Richtlinie 2009/24/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 23. April 2009 über den Rechtsschutz von Computerprogrammen (kodifizierte Fassung), ABL.L 111 vom 5.5.2009, S. 16.
- 4 EuGH 22.12.2010, Rs. C-393/09, *Bepečnostní softwarová asociace (BSA)*, GRUR 2011, 220.
- 5 ABL.C 346 vom 18.12.2010, S. 27; *SAS Institute v. World Programming* [2010] EWHC 1829 (Ch).
- 6 Die Begriffe Software und Computerprogramm werden im Urheberrecht nicht als Synonyme verstanden, weil zur Software auch Begleitmaterial und Programmbeschreibungen zählen, die nicht unter den Begriff des Computerprogramms fallen, *Marly*, Praxishandbuch Softwarerecht, 5. Auflage 2009, Rn. 78. Im Unterschied zu Software kann ein Computerprogramm auch fest in der Hardware verankert sein.
- 7 Richtlinie 2001/29/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 22. Mai 2001 zur Harmonisierung bestimmter Aspekte des Urheberrechts und der verwandten Schutzrechte in der Informationsgesellschaft, ABL.L 167 vom 22.6.2001, S. 10.
- 8 Richtlinie 96/9/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 11. März 1996 über den rechtlichen Schutz von Datenbanken, ABL.L 77 vom 27.3.1996, S. 20.
- 9 Zu dieser Entwicklung *Arckens* 38 (1986) Fed. Comm. L.J. 283, 283 m.w.N.
- 10 Dies war auch Beweggrund des Vorschlags der Kommission für eine Richtlinie des Rates über den Rechtsschutz von Computerprogrammen, KOM(88) 816 endg., ABL.C 91 vom 12.4.1989, S. 4, S. 5 Tz. 1.3.
- 11 Siehe Green Paper on Copyright and the Challenge of Technology – Copyright Issues Requiring Immediate Action, COM(88) 172 final, S. 175, Tz. 5.3.1, S. 179, Tz. 5.3.11.
- 12 Siehe *Industrial Property* 1977, 259 (Copyright 1978, 6), deutsche Übersetzung in GRUR Int. 1978, 286. Die Mehrheit der Delegationen in der WIPO sprach sich später für die Aufgabe dieses Standpunkts aus, siehe Report of the Committee of Experts on the Legal Protection of Computer Software, Geneva, June 1983, LPCS/11/6; Executive Committee of the International Union for the Protection of Literary and Artistic Works (Berne Union), Copyright Aspects of the Protection of Computer Software, Paris, April 15, 1985, http://www.wipo.int/mdocsarchives/B_EC_XXIV_85/B_EC_XXIV_8%20IGC%201971_VI_9_E.pdf, S. 3, Tz. 17.
- 13 Für einen Überblick über den Urheberschutz von Computerprogrammen Mitte der 1980er Jahre *Arckens* 38 (1986) Fed. Comm. L.J. 283, 287 ff., mit Résumé auf S. 299: „Many countries already consider computer software to be a work of authorship protected by copyright law, and a growing number of countries have enacted legislation providing explicitly for the protection of software under their copyright laws“. Zur Rechtsprechung zum Urheberschutz von Computerprogrammen aus den frühen 1980er Jahren siehe auch Green Paper (Fn. 11), COM(88) 172 final, S. 178, Tz. 5.3.9, S. 202 Fn. 9; siehe auch *Le Stanc*, in: *Droit et Technique – Etudes à la mémoire du Professeur Xavier Linant de Bellefonds*, 2007, S. 271, 273 ff.
- 14 Zuvor bereits Mitteilung der Kommission: Initiativen zum Grünbuch – Arbeitsprogramm der Kommission auf dem Gebiet des Urheberrechts und der verwandten Schutzrechte, KOM(90) 584 endg., Tz. 5.2.2, S. 16. Zur Rezeption US-amerikanischer Entwicklungen durch das europäische Recht *Derclaye* [2000] EIPR 7, 56.
- 15 Übereinkommen über handelsbezogene Aspekte der Rechte des geistigen Eigentums, für die Union genehmigt durch Beschluss 94/800/EG des Rates vom 22. Dezember 1994 über den Abschluß der Übereinkünfte im Rahmen der multilateralen Verhandlungen der Uruguay-Runde (1986 - 1994) im Namen der Europäischen Gemeinschaft in bezug auf die in ihre Zuständigkeiten fallenden Bereiche, ABL.L 336 vom 23.12.1994, S. 1.
- 16 Urheberrechtsvertrag der Weltorganisation für geistiges Eigentum (WIPO), für die Union genehmigt durch Beschluss 2000/278/EG des Rates vom 16. März 2000 über die Zustimmung - im Namen der Europäischen Gemeinschaft - zum WIPO-Urheberrechtsvertrag und zum WIPO-Vertrag über Darbietungen und Tonträger, ABL.L 89 vom 11.4.2000, S. 6.
- 17 Schutz im Sinne der Berner Übereinkunft bedeutet, dass die Schutzstandards in Art. 5 ff. dieser Übereinkunft für den Urheberschutz zu wahren sind, siehe auch Art. 10 Abs. 1 TRIPS und Art. 4 WCT, *Bently*, in: Dreier/Hugenholz, *Concise European Copyright Law*, 2006, Computer Programs Dir., Art. 1, S. 216. Der Kommission kam es offenbar vor allem auf den Grundsatz der Inländerbehandlung an, KOM(88) 816 endg. (Fn. 10), S. 8, Tz. 4. Ferner dient der Hinweis der Klarstellung, dass Computerprogramme „eindeutig in den Anwendungsbereich dieser internationalen Konvention fallen“, Mitteilung der Kommission an das Europäische Parlament – Betr. Gemeinsamer Standpunkt des Rates zum Vorschlag für eine Richtlinie über den Rechtsschutz von Computerprogrammen, GRUR Int. 1991, 545, 550 Tz. 4.3.
- 18 KOM(88) 816 endg. (Fn. 10), S. 9. Dieser Standpunkt wurde im Commission Staff Working Paper on the review of the EC legal framework in the field of copyright and related rights, SEC(2004) 995, S. 8 bestätigt: „Taking into account the above-mentioned risk that a definition might not keep up with the technology and the fact that no difficulties seem to exist in practice, there would not be any added value to inserting a definition of computer program in the Directive“. Siehe auch *Moon* [2009] EIPR 396 zum Einordnung der Computerprogramme in das Vermögensrecht des common law.
- 19 EuGH (Fn. 4), Rs. C-393/09, *BSA*, Rn. 30.
- 20 KOM(88) 816 endg. (Fn. 10), S. 9.
- 21 EuGH (Fn. 4), Rs. C-393/09, *BSA*, Rn. 31-33; KOM(88) 816 endg. (Fn. 10), S. 9.
- 22 EuGH (Fn. 4), Rs. C-393/09, *BSA*, Rn. 34.
- 23 EuGH (Fn. 4), Rs. C-393/09, *BSA*, Rn. 35.
- 24 EuGH (Fn. 4), Rs. C-393/09, *BSA*, Rn. 36 f. Die ausdrückliche Einbeziehung des Entwurfsmaterials in Art. 1 Abs. 1 Satz 2 RL 2009/24 geht auf eine Änderungsanregung des Europäischen Parlaments zurück, siehe Art. 1 Abs. 2a Satz 2 des vom Parlament geänderten Richtlinien vorschlags, ABL.C 231 vom 17.9.90, S. 78. Allerdings wollte das Parlament auch die technische Dokumentation und die Bedienungsanleitungen in den Programmschutz einbeziehen, was die Kommission und der

- Rat unter Hinweis auf deren „eigenständigen Schutz nach der Berner Übereinkunft zum Schutz von Werken der Literatur und Kunst“ zurückwiesen, siehe Gemeinsamer Standpunkt des Rates vom 13. Dezember 1990 im Hinblick auf die Genehmigung einer Richtlinie für den Rechtsschutz von Computerprogrammen, GRUR Int. 1991, 545, 548. Als Beispiele für vorbereitendes Material und Entwurfsmaterial nennt der ursprüngliche Richtlinienentwurf KOM(88) 816 endg. (Fn. 10), S. 9 „Ablaufdiagramme oder Beschreibungen von Schrittfolgen in Klarschrift“; die Schlussanträge des Generalanwalts Bot vom 14.10.2010, Rs. C-393/09, *Bezpečnostní softwarová asociace (BSA)*, Rn. 63 ergänzen „eine Struktur oder ein Flussdiagramm“.
- 25 Schlussanträge (Fn. 24), Rs. C-393/09, BSA, Rn. 61.
- 26 EuGH (Fn. 4), Rs. C-393/09, BSA, Rn. 38.
- 27 Schlussanträge (Fn. 24), Rs. C-393/09, BSA, Rn. 47 f, 60 f. Nach dem Kommissionsvorschlag umfasst der Begriff „Computerprogramm“ „das 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“, KOM(88) 816 endg. (Fn. 10), S. 9. Siehe auch bereits die Definition im Green Paper (Fn. 11), COM(88) 172 final, S. 170, Tz. 5.1.1: „A computer program is a set of instructions the purpose of which is to cause an information processing device, a computer, to perform its functions“. Eine ausdrückliche Definition hatte auch das Europäische Parlament in Art. 1 Abs. 2a seiner geänderten Fassung des Richtlinienentwurfs vorgeschlagen, ABl. C 231 vom 17.9.90, S. 78: „Im Sinne dieser Richtlinie versteht man unter Computerprogramm jede Abfolge von Befehlen, die direkt oder indirekt in einem Computersystem verwendet werden, um eine Funktion zu realisieren oder um ein bestimmtes Ergebnis zu erzielen, unabhängig von seiner Ausdrucksform“. Verwiesen wird häufig auch auf die Definition in § 1(i) der WIPO Mustervorschriften, in deutscher Übersetzung abgedruckt in GRUR Int. 1978, 286, 290: „'Computerprogramm' eine Folge von Befehlen, die nach Aufnahme in einen maschinenlesbaren Träger fähig sind zu bewirken, daß eine Maschine mit informationsverarbeitenden Fähigkeiten eine bestimmte Funktion oder Aufgabe oder ein bestimmtes Ergebnis anzeigt, ausführt oder erzielt“.
- 28 *Marly*, GRUR 2011, 204, 207. Zum entsprechenden Verständnis des § 69a UrhG bereits *Hoeren*, in: Möhring/Nicolini, Urheberrechtsgesetz, 2. Auflage 2000, § 69a Rn. 2; *Haberstumpf*, in: Mestmäcker/Schulze, Kommentar zum deutschen Urheberrecht, Band 1.2, Stand 2003, § 69a Rn. 2 f.; *Czychowski*, in: Fromm/Nordemann, Urheberrecht, 10. Auflage 2008, § 69a Rn. 5; *Dreier*, in: Dreier/Schulze, Urheberrechtsgesetz, 3. Aufl. 2008, § 69a Rn. 12; *Grützmacher*, in: Wandtke/Bullinger, Praxiskommentar zum Urheberrecht, 3. Aufl. 2009, § 69a Rn. 3; *Marly* (Fn. 6), Rn. 77; *Loewenheim*, in: Schrickler/Loewenheim, Urheberrecht, 4. Auflage 2010, § 69a Rn. 2; *Wiebe*, in: Spindler/Schuster, Recht der elektronischen Medien, 2. Auflage 2011, § 69a UrhG Rn. 3; zu Art. 1 RL 2009/24 *Blocher/Walter*, in: Walter, Europäisches Urheberrecht, 2001, Art. 1 Software-RL Rn. 20; *de Miguel Asensio*, Derecho Privado de Internet, 4. Auflage 2010, Rn. 570. Zur Debatte in den USA auch bereits *Apple Computer Inc. v. Franklin Computer Corp.*, 714 F.2d 1240, 1253 (3d Cir. 1983). Für einen Schutz des „Computer Program Behavior“ („user interface, user interaction, ensemble of functions“) aber noch *Carleton 10* (1995) *Berkeley Technology Law Journal* 405.
- 29 Zur Erstreckung des Schutzes auf die individuelle Programmstruktur und Programmkonzeption sogleich B. I. 2.
- 30 OLG Düsseldorf ZUM-RD 2009, 182, 186; *Dreier/Schulze* (Fn. 28), § 69a UrhG Rn. 21; zum alten Recht BGH GRUR 1991, 449, 453 – Betriebssystem.
- 31 Zum Schutz von Programmteilen Art. 4 lit. a RL 2009/24: „Vielfältigung, ganz oder teilweise“; siehe auch KOM(88) 816 endg. (Fn. 10), S. 9: „Der Computerprogrammen gewährte Schutz erstreckt sich infolgedessen auf das Programm als Ganzes und auf seine Bestandteile, soweit diese ein genügendes Maß an schöpferischer Tätigkeit aufweisen, um selber als ‚Werke‘ bezeichnet werden zu können“.
- 32 Schlussanträge (Fn. 24), Rs. C-393/09, BSA, Rn. 60; BGH GRUR 1991, 449, 452 – Betriebssystem: „Sammlung, Auswahl und Gliederung der Befehle“; OLG Rostock GRUR-RR 2008, 1, 1: „Folge von Befehlen ...“, die zur Kontrolle bzw. Steuerung des Programmablaufs benutzt werden“; *Marly* (Fn. 6), Rn. 86: „prägende Programmstrukturen“; *Wandtke/Bullinger/Grützmacher* (Fn. 28), § 69a Rn. 24: „konkrete Befehlsfolge und -auswahl“. Zum allgemeinen Urheberrecht auch EuGH 16.7.2009, Rs. C-5/08, *Infopaq*, Slg. 2009, I-6569, Rn. 45: Ausdruck des schöpferischen Geists durch „Auswahl, Anordnung und Kombination“ von Wörtern.
- 33 Zur Maßgeblichkeit der Textelemente des Computerprogramms Schlussanträge (Fn. 24), Rs. C-393/09, BSA, Rn. 49: „Die Kommission stellt hier letztlich auf die Textelemente ab, die die Grundlage des Computerprogramms bilden, d.h. den Quell- und den Objektcode“; Rn. 50: „Diese Codes stellen die Schrift des Computerprogramms ... dar. Sie sind Ausdruck der Ideen des Programmierers und kommen insoweit ohne Zweifel in den Genuss des durch die Richtlinie 91/250 gewährten urheberrechtlichen Schutzes“; deutlich auch *Marly*, GRUR 2011, 204, 207: „letztlich allein der Programmcode“.
- 34 Zum letzten Definitionselement Schlussanträge (Fn. 24), Rs. C-393/09, BSA, Rn. 64.
- 35 OLG Düsseldorf MMR 1999, 602, 602 (Computerspielstände); OLG Hamburg NJW-RR 1999, 483, 484 (Spielstände ohne Programmbeefehle). Zu weiteren Beispielen für eine Trennung zwischen Steuerungsprogramm und audiovisueller Darstellung bzw. bloßen Ergebnissen der Datenverarbeitung *Wandtke/Bullinger/Grützmacher* (Fn. 28), § 69a Rn. 18, 21 (Internetseiten ohne Steuerbefehle, Multimediaerzeugnisse).
- 36 *Nova Productions Ltd v. Mazooma Games Ltd* [2007] EWCA Civ 219, Rn. 51; *Cass. civ. 13.12.2005, 2005 1 N° 499-420 – Madame Cuadros et a. c. Société Microsoft France et a., pourvoi n°03-21.154*; *SAS Institute v. World Programming* [2010] EWHC 1829 (Ch), Rn. 228 ff., insbesondere Rn. 236; *de Miguel Asensio* (Fn. 28), Rn. 570. Zu dieser Frage wird sich der EuGH in der Rs. C-406/10 in Vorlagefragen 1 und 2 äußern müssen. Zum fehlenden Schutz der Funktionalität auch KG CR 2010, 424, 425 unter Hinweis auf *Dreier/Schulze* (Fn. 28), § 69a Rn. 2.
- 37 Schutz als Computerprogramm verneinend OLG Karlsruhe GRUR-RR 2010, 234, 235 – Reisebürosoftware; *Navitaire Inc v. Easyjet Airline Company* [2004] EWHC 1725 (Ch), Rn. 97 f.; *Schack*, MMR 2001, 9, 12; *Schricker/Loewenheim* (Fn. 28), § 69a Rn. 7; *Wandtke/Bullinger/Grützmacher* (Fn. 28), § 69a Rn. 14; *Spindler/Schuster/Wiebe* (Fn. 28), § 69a UrhG Rn. 10; a.A. noch OLG Karlsruhe GRUR 1994, 726, 729 – Bildschirmmasken; *Möhring/Nicolini/Hoeren* (Fn. 28), § 69a Rn. 6; wohl nur obiter KG CR 2010, 424, 425.
- 38 EuGH (Fn. 4), Rs. C-393/09, BSA, Rn. 40-42; Schlussanträge (Fn. 24), Rs. C-393/09, BSA, Rn. 64 f.
- 39 Schlussanträge (Fn. 24), Rs. C-393/09, BSA, Rn. 65.
- 40 *Griffiths*, ECJ decision in Czech GUI case could pose questions for UK copyright law, <http://ipandit.practicallaw.com/6-504-8145>, Analysis a (letzter Abruf 2.5.2011).
- 41 Vorgeschlagen etwa von *Karl*, Der urheberrechtliche Schutzbereich von Computerprogrammen, 2009, S. 196, 199; siehe jüngst auch *Hoeren*, GRUR-RR 2010, 238, 239.
- 42 EuGH (Fn. 4), Rs. C-393/09, BSA, Rn. 57.
- 43 *Poll/Brauneck*, GRUR 2001, 389, 390; *Katko/Maier*, MMR 2009, 306, 307; *Spindler*, K&R 2009, 521, 522; zum britischen Recht *Nova Productions Ltd v. Mazooma Games Ltd* [2007] EWCA Civ 219, Rn. 51 f. (Schutz im Ergebnis verneint, da bloße Funktionalität betroffen); dazu *Silver/Lee* [2007] EIPR 251; zum japa-

- nischen Recht japanischer Oberster Gerichtshof 25.4. 2002, [2002] EIPR N-147 – KK Kapukon v KK Akuto.
- 44 Zur Kritik *Kreutzer*, CR 2007, 1, 4 ff.; siehe auch *Bullinger/Czychowski*, GRUR 2011, 19, 26.
- 45 *Marly* (Fn. 6), Rn. 87; *ders.*, GRUR 2011, 204, 208. *Wandtke/Bullinger/Grützmaker* (Fn. 28), § 69a Rn. 31; *Schricker/Loewenheim* (Fn. 28), § 69a Rn. 13; a.A. etwa *SAS Institute v. World Programming* [2010] EWHC 1829 (Ch), Rn. 226. Auch im ursprünglichen Richtlinienvorschlag KOM(88) 816 endg. (Fn. 10), S. 8, Tz. 3.12 finden sich Hinweise, dass die Ausdrucksweise einer Schnittstelle (also der Programmcode) geschützt sein kann, vgl. „darf sich ihre Ausdrucksweise keineswegs mit der anderer geschützter Programme gleichen“. Siehe allerdings auch den Hinweis in Tz. 3.12, dass trotz Ähnlichkeiten im Code eine Urheberrechtsverletzung normalerweise nicht vorliegen wird, da sich gewisse Ausdrucksformen nicht vermeiden lassen, wenn eine Schnittstelle derart eingeschränkt ist, dass eine andere Implementierung nicht möglich ist.
- 46 Dazu Gemeinsamer Standpunkt des Rates (Fn. 24), GRUR Int. 1991, 545, 548 Tz. 3.
- 47 Der Urheberschutz für den Programmcode einer Schnittstelle kann das Ziel der Interoperabilität gefährden, weil das Ersetzen der Schnittstelle allein durch Dekompilierung und Programmieren eines anderen Codes mit gleicher Funktionalität zuweilen so aufwendig ist, dass es wirtschaftlich nicht lohnt. Dennoch dürfte sich aufgrund des Richtlinientextes der Urheberschutz nicht generell versagen lassen, sofern nicht nur eine mögliche Ausdrucksform der Schnittstellenprogrammierung möglich ist (in diesem Fall mag man einen Rückgriff auf die „Merger“-Doktrin erwägen, dazu II 1 c aa und oben Fn. 45).
- 48 Schlussanträge (Fn. 24), Rs. C-393/09, BSA, Rn. 54-56 sowie Rn. 57 ff. Neben diesen logischen oder Softwareschnittstellen nennt der Generalanwalt noch physische Schnittstellen wie den Bildschirm, die Tastatur oder die Maus.
- 49 EuGH (Fn. 4), Rs. C-393/09, BSA, Rn. 40-42.
- 50 So der ursprüngliche Richtlinienvorschlag KOM(88) 816 endg. (Fn. 10), S. 8, Tz. 3.11; *Schricker/Loewenheim* (Fn. 28), § 69a Rn. 13.
- 51 Siehe auch *Karl* (Fn. 41), S. 238.
- 52 Zur Maßgeblichkeit des Programmcodes deutlich Schlussanträge (Fn. 24), Rs. C-393/09, BSA, Rn. 49 f.: Abstellen „letztlich auf die Textelemente“ als „Schrift des Computerprogramms“; Rn. 65: „Im Übrigen können Computerprogramme mit verschiedenen Quell- und Objektcodes durchaus dieselbe Benutzeroberfläche haben. Die grafische Benutzeroberfläche gibt also nicht das Computerprogramm wieder“.
- 53 KG CR 2010, 424, 425; dazu auch *Redeker*, CR 2010, 426, 427; kritisch zum Versuch einer vom Quellcode losgelösten Verletzungsklage auch *SAS Institute v. World Programming* [2010] EWHC 1829 (Ch), Rn. 250: „remarkable that a claim for infringement of copyright can be advanced in which ... the claimant does not consider it necessary for either its own expert witness or the court to see the copyright work“.
- 54 OLG Frankfurt GRUR 1989, 678, 679 – PAM-Crash (zur alten Rechtslage).
- 55 *Karl* (Fn. 41), S. 227 f.
- 56 Zum Ganzen *Karl* (Fn. 41), S. 228 f.
- 57 *Karl* (Fn. 41), S. 227 (zu Inline-Kommentierungen und Variablennamen).
- 58 OLG Düsseldorf ZUM-RD 2009, 182, 186.
- 59 Siehe etwa EuG 16.12.2010, Rs. T-19/07, *Systran*, Rn. 144: Übernahme von 72% der Programmstrukturen und 80-95% des Quellcodes des Programmcodes ausreichend für eine Verletzung; ferner *Karl* (Fn. 41), S. 231, der grundsätzlich eine Übernahme von „50% des individuell gestaltbaren, nicht vorgegebenen Quellcodes“ verlangt, im Einzelfall sich aber auch mit niedrigeren Prozentwerten zufrieden geben will.
- 60 EuGH (Fn. 4), Rs. C-393/09, BSA, Rn. 38: „jede Ausdrucksform eines Computerprogramms ab dem Moment geschützt (...), ab dem ihre Vervielfältigung die Vervielfältigung des Computerprogramms zur Folge hätte und auf diese Weise der Computer zur Ausführung seiner Funktion veranlasst werden könnte“.
- 61 OLG Düsseldorf ZUM-RD 2009, 182, 186: Übernahme von Kommentarzeilen im Objektcode, nichttriviale Zeilenübereinstimmungen, Übereinstimmungen in den Verweisstrukturen zwischen den Modulen. Siehe auch EuGH (Fn. 32), Rs. C-5/08, *Infopaq*, Rn. 48: teilweise Vervielfältigung zu bejahen, wenn der übernommene Teil „einen Bestandteil des Werkes enthält, der als solcher die eigene geistige Schöpfung des Urhebers zum Ausdruck bringt“. Für eine Übertragbarkeit auf die Übernahme von Programmteilen auch *SAS Institute v. World Programming* [2010] EWHC 1829 (Ch), Rn. 243 f.
- 62 Siehe OLG Düsseldorf ZUM-RD 2009, 182, 186, das wesentlich auf die zahlreichen Spuren von Namensabkürzungen des Ausgangsprogramms im Nachahmerprogramm abstellt.
- 63 Für ein subjektives Element lässt sich auch auf den Richtlinienvorschlag KOM(88) 816 endg. (Fn. 10), S. 7, Tz. 3.6 verweisen, wonach das Urheberrecht Personen, „die ein Computerprogramm unabhängig entwickelt haben“, nicht hindern soll, „den Nutzen aus ihrer Arbeit und Investition zu ziehen“. Eine „unabhängige Entwicklung“ scheidet aber aus, wenn Anhaltspunkte für eine Anlehnung an ein vorbestehendes Programm bestehen. An anderer Stelle (S. 6, Tz. 2.6) heißt es, dass ein Programmhersteller, „auch soweit kein Kopieren erfolgt, theoretisch sogar ein ganzes Programm herstellen [könnte], das eine sehr große Ähnlichkeit mit bereits bestehenden Programmen aufweist, bei denen die zu erfüllenden Aufgaben identisch und die Betriebsabläufe durch eine sehr geringe Komplexität gekennzeichnet sind“.
- 64 Vgl. EuGH (Fn. 32), Rs. C-5/08, *Infopaq*, Rn. 48.
- 65 BGH GRUR 1991, 449, 452 – Betriebssystem: „individuelle (formale) Programmstrukturen (...)“; BGH GRUR 1994, 39, 41 – Buchhaltungsprogramm: „Programmstruktur mit der Aufteilung in Unterprogramme“; OLG Düsseldorf MMR 1999, 729 – Framing; OLG Frankfurt GRUR-RR 2005, 299 Rn. 31 (juris): „innere Struktur und Organisation des Programms“; KG CR 2010, 424, 425: „Programmstruktur“; *Wandtke/Bullinger/Grützmaker* (Fn. 28), § 69a Rn. 27: „innere Gestaltung“; *Spindler/Schuster/Wiebe* (Fn. 28), § 69a UrhG Rn. 14; *Marly*, GRUR 2011, 204, 207: „prägende[n] Programmstrukturen und sonstige wesentliche inhaltliche Strukturelemente, Sammlung, Auswahl und Gliederung der Befehle“. Der BGH sprach in Anlehnung an *Ulmer* zuweilen auch vom „Gewebe“ des Programms, BGH GRUR 1991, 449, 453 – Betriebssystem.
- 66 KG CR 2010, 424, 425; *Broy/Lehmann*, GRUR 1992, 419, 422: „Architektur und modulare[r] Aufbau“; *Lehmann*, in: *Loewenheim*, Handbuch des Urheberrechts, 2. Auflage 2009, § 76 Rn. 3: „Sammlung (Problemanalyse), Einteilung (Strukturierung) und Anordnung (Systementwurf) des Materials (der Anweisungen und Informationen)“.
- 67 *SAS Institute v. World Programming* [2010] EWHC 1829 (Ch), Rn. 232: „I accept that copyright protection is not limited to the text of the source code of the program, but extends to protecting the design of the program, that is, what has been referred to in some cases as its ‚structure, sequence and organisation‘, letzterer Begriff wurde geprägt durch *Whelan Assocs. v. Jaslow Dental Laboratory*, 797 F.2d 1222 (3d Cir. 1986), ist aber in den USA wegen fehlender Klarheit kritisiert worden, *Schechter/Thomas*, *Intellectual Property: The Law of Copyright, Patents and Trade Mark*, 2003, § 4.1. Vorherrschend ist dort inzwischen wohl der „abstraction-filtration-test“ aus *Computer Associates Int'l, Inc. v. Altai, Inc.*, 982 F.2d 693 (2d Cir. 1992): „In ascertaining substantial similarity under this approach, a court would first break down the allegedly infringed program into its constituent structural parts [‘abstraction’]. Then, by examining each of these parts for such things as incorpora-

- ted ideas, expression that is necessarily incidental to those ideas, and elements that are taken from the public domain, a court would then be able to sift out all non-protectable material [‘filtration’]. Left with a kernel, or possible kernels, of creative expression after following this process of elimination, the court’s last step would be to compare this material with the structure of an allegedly infringing program [‘comparison’] “. Zu den einzelnen Elementen der „filtration“: „At the lowest level of abstraction, a computer program may be thought of in its entirety as a set of individual instructions organized into a hierarchy of modules. At a higher level of abstraction, the instructions in the lowest-level modules may be replaced conceptually by the functions of those modules. At progressively higher levels of abstraction, the functions of higher-level modules conceptually replace the implementations of those modules in terms of lower-level modules and instructions, until finally, one is left with nothing but the ultimate function of the program“.
- 68 Schlussanträge (Fn. 24), Rs. C-393/09, BSA, Rn. 63.
- 69 Zu diesen Beispielen *Karl* (Fn. 41), S. 214 ff.
- 70 Andeutungsweise auch Schlussanträge (Fn. 24), Rs. C-393/09, BSA, Rn. 63.
- 71 KOM(88) 816 endg. (Fn. 10), S. 9.
- 72 So wohl auch die Schlussanträge (Fn. 24), Rs. C-393/09, BSA, Rn. 63, die ausdrücklich „eine Struktur oder ein Flussdiagramm“ als Beispiele für geschütztes Entwurfsmaterial nennen.
- 73 KOM(88) 816 endg. (Fn. 10), S. 5, Tz. 2.3. Siehe auch KOM(88) 816 endg. (Fn. 10), S. 6, Tz. 2.8, wonach die Fähigkeit des Programms zur Ausführung der ihm zugedachten Aufgaben von der „Auswahl“ und „Zusammenstellung“ des Urhebers bei jedem Schritt des Programmaufbaus abhängt.
- 74 KOM(88) 816 endg. (Fn. 10), S. 6, Tz. 2.7.
- 75 KOM(88) 816 endg. (Fn. 10), S. 6, Tz. 2.8.
- 76 Darauf weist *Karl* (Fn. 41), S. 60 f., 84 ff., 213 hin; eingehend zum urheberrechtlichen Schutz objektorientierter Software *Koch*, GRUR 2000, 191.
- 77 EuG 16.12.2010, Rs. T-19/07, *Systran*, Rn. 139 („structure de la logiciel Systran“), Rn. 141 („l’architecture“), Rn. 142 („cette structure“), Rn. 144 („structures de données“).
- 78 Zu diesem Problem bereits Green Paper (Fn. 11), COM(88) 172 final, S. 185, Tz. 5.5.12: „While copyright protection reaches beyond the form of the program, in object or source code, to include preparatory material such as the program description, there comes a point at which a claim for protection is a claim to an idea rather than the expression of that idea“. Eine allgemeine Schutz Ausnahme für Ideen, Verfahren, Arbeitsweisen oder mathematische Konzepte als solche findet sich auch in Art. 9 Abs. 2 TRIPS.
- 79 KOM(88) 816 endg. (Fn. 10), S. 7, Tz. 3.6, 3.7.
- 80 Siehe allerdings Vorlagefragen 3, 6 und 7 im Verfahren C-406/10, auch zur Auslegung von Art. 5 Abs. 3 RL 2009/24.
- 81 EuGH (Fn. 4), Rs. C-393/09, BSA, Rn. 49 f.
- 82 *Baker v. Selden*, 101 U.S. 99, 103 (1879); *Hart v. Dan Chase Taxidermy Supply Corp.*, 86 F.3d 320, 322 (1996) (2d Cir. 1996): „The fundamental copyright principle that only the expression of an idea and not the idea itself is protectable has produced a corollary maxim that even expression is not protected in those instances where there is only one or so few ways of expressing an idea that protection of the expression would effectively accord protection to the idea itself“.
- 83 Siehe die Schlussanträge (Fn. 24), Rs. C-393/09, BSA, Rn. 75 f., der den Grund für diese Einschränkung des Urheberschutzes darin sieht, Monopole auf dem Markt der Computerprogramme zu vermeiden, die Kreativität und Innovation entgegen der Zielrichtung der Richtlinie 2001/29 „beachtlich einschränken würden“.
- 84 Schlussanträge (Fn. 24), Rs. C-393/09, BSA, Rn. 50.
- 85 Siehe auch *Marly*, Urheberschutz für Computersoftware in der Europäischen Union, 1995, S. 131: „Erfordernis der Abstraktion zur Unterscheidung der ungeschützten Idee von der geschützten Form“. Vgl. auch *Karl* (Fn. 41), S. 100 f., der auf die „Abstrahierbarkeit“ abstellt und umso eher eine Idee bejahen will, je leichter sich die „Idee“ von einem Werk auf andere Werke übertragen lässt. Könne eine Idee, die z.B. für ein Programm zur Verwaltung von Patientendaten entwickelt wurde, auch in einem Programm zur Aktenverwaltung eines Rechtsanwalts verwendet werden, dann liege der Schluss nahe, dass diese Idee nicht zum Schutzgegenstand des Programms zähle.
- 86 OLG Köln GRUR-RR 2005, 303, 304 – Entwurfsmaterial.
- 87 OLG Karlsruhe GRUR 1994, 726, 729 – Bildschirmmasken.
- 88 Oben Fn. 36.
- 89 *Karl* (Fn. 41), S. 95, 179-181, der auch zutreffend bemerkt (S. 181), dass bei Beschränkung der Funktionalität auf eine Realisierungsmöglichkeit in der konkreten Programmstruktur der Urheberschutz aus Gründen fehlender Individualität (Art. 1 Abs. 3 RL 2009/24) versagt werden muss. Zur „Merger“-Doktrin B. I. 3. a.
- 90 *Karl* (Fn. 41), S. 94.
- 91 *Karl* (Fn. 41), S. 221.
- 92 Siehe *Pomberger/Dobler*, Algorithmen und Datenstrukturen – Eine systematische Einführung in die Programmierung, 2008, S. 32: „keine allgemein anerkannte Definition für den Begriff Algorithmus“. Im Folgenden sollen unter einem Algorithmus solche Rechen- oder Verarbeitungsvorschriften verstanden werden, „die auf eine ganze Klasse von Problemen anwendbar sind und die so präzise festgelegt sind, dass sie ein gegebenes Problem – trotz Schleifen und Verweisungen – mit endlich vielen Rechenschritten (Finitheit) und regelmäßig bei gleichen Ausgangsbedingungen nur in einer Weise abarbeiten und nur mit einem bestimmten Ergebnis lösen (Determiniertheit)“, *Wandtke/Bullinger/Grützmacher* (Fn. 28), § 69a Rn. 28. Siehe auch *Cormen/Leiserson/Rivest/Stein*, Algorithmen – Eine Einführung, 2. Auflage 2007, S. 5: Folge von Rechenschritten, die eine Eingabe von Größen in eine Ausgabe umwandelt.
- 93 „Der gemäß dieser Richtlinie gewährte Schutz gilt für alle Ausdrucksformen von Computerprogrammen, erstreckt sich jedoch nicht auf die Ideen, die Grundsätze, die Logik, die Algorithmen und Programmiersprache, die dem Programm zugrunde liegen“. Zur Begründung siehe der Richtlinienvorschlag KOM(88) 816 endg. (Fn. 10), S. 5, Tz. 2.4, wo die Kommission die einzelnen Algorithmen, auf denen das Programm aufgebaut ist, mit den Wörtern des Dichters, den Pinselstrichen des Malers oder den Tonfolgen des Komponisten vergleicht. Siehe auch bereits das Green Paper (Fn. 11), COM(88) 172 final, S. 182 f., Tz. 5.5.6, 5.5.7, das sich im Interesse der Entwicklungsfreiheit gegen einen Schutz von Algorithmen ausspricht.
- 94 Siehe Art. 1 Abs. 3 Satz 2 des geänderten Parlamentsvorschlages, ABl. C 231 vom 17.9.90, S. 79: „Ideen und Grundsätze, die irgendeinem Element des Programms einschließlich seiner Schnittstellen zugrunde liegen, sind nicht im Sinne dieser Richtlinie urheberrechtlich geschützt.“ Siehe auch die Stellungnahme des Wirtschafts- und Sozialausschusses zu dem Vorschlag für eine Richtlinie des Rates über den Rechtsschutz von Computerprogrammen, ABl. C 329 vom 30.12.89, S. 5, der die fehlende Schutzzähigkeit von Logik, Algorithmen und Programmiersprachen als Selbstverständlichkeit ansah und daher eine kürzere Formulierung vorschlug: „Der gemäß dieser Richtlinie gewährte Schutz gilt für alle Ausdrucksformen von Computerprogrammen, erstreckt sich jedoch nicht auf die Ideen oder Grundsätze, die dem Programm zugrunde liegen“.
- 95 Mitteilung der Kommission an das Parlament (Fn. 17), GRUR Int. 1991, 545, 550 Tz. 4.2 lit. a, Tz. 4.3; siehe auch die wörtliche Wiedergabe in SAS Institute v. World Programming [2010] EWHC 1829 (Ch), Rn. 215 f.

- 96 BGH GRUR 1991, 449, 453 – Betriebssystem; siehe auch bereits Green Paper (Fn. 11), COM(88) 172 final, S. 185, Tz. 5.5.12: „Copyright should protect the manner of implementation, and hence the particular advantages in terms of performance, and leave the [mathematical] formula to be implemented by anyone“; ferner *Dreier*, GRUR 1993, 781, 786; *Ensthaler/Möllenkamp*, GRUR 1994, 151, 158; *Wandtke/Bullinger/Grützma-cher* (Fn. 28), § 69a Rn. 28; *Blocher/Walter*, in: *Walter/von Lewinski*, European Copyright Law, 2010, Computer Program Directive Rn. 5.1.37: „may enjoy protection, as far as the specific logical structure and organization of a certain program is concerned“. Siehe auch bereits den Richtlinienvorschlag KOM(88) 816 endg. (Fn. 10), S. 9: „Wird ein Programm insgesamt oder teilweise aus solchen gewöhnlichen oder nichtgeschützten Algorithmen und Programmen gebildet, so sollte es trotzdem als eine Zusammenstellung geschützt werden, sofern es im vorgenannten Sinne Individualität aufweist und der Schöpfer bei der Schaffung der Zusammenstellung Können und Mühe bewiesen hat“.
- 97 OLG Celle CR 1994, 748, 749 f. (kein Schutz für Algorithmen); *Navitaire Inc v Easyjet Airline Company* [2004] EWHC 1725 (Ch), Rn. 88 (kein Schutz für Programmiersprachen); *SAS Institute v. World Programming* [2010] EWHC 1829 (Ch), Rn. 217 (kein Schutz für Programmiersprachen); LG Hamburg ZUM-RD 2008, 563, 566 (kein Schutz für mathematisches Formelwerk); *Blocher/Walter* (Fn. 28), Art. 1 Software-RL Rn. 29; *Schricker/Loewenheim* (Fn. 28), § 69a Rn. 10, 12 (kein Schutz als allgemeines Kommunikationsmittel, sondern nur in konkreter Anwendung und Verknüpfung im Programm); *Möhring/Nicolini/Hoeren* (Fn. 28), § 69a Rn. 12; für einen Schutz von Programmiersprachen als solchen aber *Dreier/Schulze* (Fn. 28), § 69a Rn. 24; *Wandtke/Bullinger/Grützma-cher* (Fn. 28), § 69a Rn. 30 (der indes bestimmte Entwicklungs- und Programmiermethoden aus dem Schutz ausnehmen will); für einen Schutz bestimmter Algorithmen aber *Mestmäcker/Schulze/Haberstumpf* (Fn. 28), § 69a Rn. 18 f.; differenzierend *Fromm/Nordemann/Czychowski* (Fn. 28), § 69a Rn. 30 (Schutz beziehe sich nicht auf „die Rechenregel als solche, sondern allenfalls auf ihre Kombination im Rahmen einer Folge von Anweisungen“). Zum Schutz von Programmiersprachen nunmehr Vorlagefrage 3 im Verfahren *SAS Institute*, Rs. C-406/10.
- 98 *Dreier/Schulze* (Fn. 28), § 69a Rn. 24; *Wandtke/Bullinger/Grützma-cher* (Fn. 28), § 69a Rn. 30; a.A. *Fromm/Nordemann/Czychowski* (Fn. 28), § 69a Rn. 31; *Marly* (Fn. 6), Rn. 86; *ders.*, GRUR 2011, 204, 207. Zum Schutz von Schlüsselwörtern und Syntax einer Programmiersprache Vorlagefrage 3 im Verfahren *SAS Institute*, Rs. C-406/10.
- 99 *Karl* (Fn. 41), S. 237, der den Schutzbereich jedenfalls eng definieren will.
- 100 Vgl. *Schricker*, GRUR Int. 2008, 200, 203 f.; LG Köln NJOZ 2010, 97, 98: „Spielregeln in ihrer konkreten Ausgestaltung“.
- 101 Vgl. *Marly*, GRUR 2011, 204, 207: „Programmiersprachen im Sinne der jeweiligen für die Erstellung eines Programms verwendbaren Befehle sind mangels konkreter Steuerung nicht geschützt“.
- 102 *Karl* (Fn. 41), S. 237.
- 103 Stellungnahme des Wirtschafts- und Sozialausschusses (Fn. 94), S. 6, Tz. 3.3.3.1.
- 104 Stellungnahme des Wirtschafts- und Sozialausschusses (Fn. 94), S. 6, Tz. 3.3.3.3.1-3.3.3.3. Das Parlament schlug vor, Computerprogramme zu schützen, „wenn sie insofern Originale darstellen, als sie das Ergebnis der kreativen geistigen Leistung ihres Urhebers sind. Zur Bestimmung ihrer Schutzfähigkeit sind keine anderen Kriterien anzuwenden“, siehe Art. 1 Abs. 4 des vom Parlament geänderten Richtlinienvorschlags (Fn. 94).
- 105 Green Paper (Fn. 11), COM(88) 172 final, S. 187, Tz. 5.6.4.
- 106 KOM(88) 816 endg. (Fn. 10), S. 9: „Das einzige Kriterium, das zu Feststellung der Schutzwürdigkeit angewendet werden sollte, ist das der Individualität, d.h. daß das Werk nicht kopiert worden ist. Es sollte kein anderer ästhetischer oder qualitativer Test angewendet werden“.
- 107 BGH GRUR 1985, 1041, 1048 – Inkasso-Programm.
- 108 *Blocher/Walter* (Fn. 28), Art 1 Software-RL Rn. 13; zweifelnd an der Anlehnung an anglo-amerikanische Vorbilder *Mestmäcker/Schulze/Haberstumpf* (Fn. 28), § 69a Rn. 23.
- 109 Richtlinie 87/54/EWG des Rates vom 16. Dezember 1986 über den Rechtsschutz der Topographien von Halbleitererzeugnissen, ABL.L 24 vom 27.1.1987, S. 36. Zur Anlehnung an die Halbleiterrichtlinie Green Paper (Fn. 11), COM(88) 172 final, S. 188, Tz. 5.6.7.
- 110 Richtlinie 2006/116/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 12. Dezember 2006 über die Schutzdauer des Urheberrechts und bestimmter verwandter Schutzrechte (kodifizierte Fassung), ABL.L 372 vom 27.12.2006, S. 12.
- 111 EuGH (Fn. 32), Rs. C-5/08, *Infopaq*, Rn. 35-37 (in Rn. 37 dieser Entscheidung wird die RL 2006/116 als RL 2001/116 bezeichnet).
- 112 BGH GRUR 2005, 860, 861 – *Fash 2000*; noch großzügiger OLG Düsseldorf ZUM-RD 2009, 182, 186: „Schutzhöhe ... nicht auf dem Niveau der „kleinen Münze“, sondern noch darunter“; großzügig auch *de Miguel Asensio* (Fn. 28), Rn. 570: „la presencia di pequeñas variaciones en el código fuente ... puede ser suficiente para satisfacer el requisito de originalidad“.
- 113 So aber KOM(88) 816 endg. (Fn. 10), S. 9 (oben Fn. 106).
- 114 EuGH (Fn. 4), Rs. C-393/09, *BSA*, Rn. 49 f. (zu Art. 2 RL 2001/29, der ein ähnliches Individualitätserfordernis zugrunde liegt, siehe oben Fn. 111). Alternativ mag man diese Einschränkung bereits als nicht schutzfähige „Idee“ oder „Grundsatz“ ansehen, siehe die Ausführungen oben unter B. I. 3. a.
- 115 So aber KOM(88) 816 endg. (Fn. 10), S. 8, Tz. 3.13; S. 6, Tz. 2.6.
- 116 EuGH (Fn. 4), Rs. C-393/09, *BSA*, Rn. 50.
- 117 BGH GRUR 2005, 860, 861 – *Fash 2000*; siehe auch *Marly* (Fn. 6), Rn. 93: kein Schutz für „Banalprogramme“.
- 118 *Koch*, GRUR 2000, 191, 198.
- 119 Während der ursprüngliche Entwurf der Kommission insofern noch klarstellen wollte, dass auch computergenerierte Programme geschützt werden, wenn sie das Erfordernis der Individualität erfüllen (Art. 1 Abs. 4 lit. b des Richtlinienvorschlags, KOM(88) 816 endg. (Fn. 10), S. 13), ist diese Klarstellung im endgültigen Richtlinienentwurf entfallen.
- 120 Zum Computer Aided Software Engineering *Wandtke/Bullinger/Grützma-cher* (Fn. 28), § 69a Rn. 32; aus englischer Sicht einerseits *de Wachter*, CRI 2010, 12, 17 (Urheberschutz verneinend); andererseits *Paton/Morton*, CRI 2011, 8, 12 (Urheberschutz bejahend).
- 121 *Marly*, GRUR 2011, 204, 207.
- 122 Der Gesetzgeber dürfte dies nicht beabsichtigt haben, vgl. Commission Staff Working Paper (Fn. 18), SEC(2004) 995, S. 14: „These special cases aside, Member States remain free to determine what level of originality a work must possess for granting it copyright protection“.
- 123 Hier findet sich in der Rs. *Infopaq* (Rn. 35) eine falsche Richtlinienbezeichnung, oben Fn. 111.
- 124 EuGH (Fn. 32), Rs. C-5/08, *Infopaq*, Rn. 34-37.
- 125 Deutlich sind die Schlussanträge (Fn. 24), Rs. C-393/09, *BSA*, Rn. 72 f.: „überhaupt kein Zweifel“.
- 126 *Griffiths* (Fn. 40), Analysis b: „consequences ... would be traumatic for UK copyright law“; siehe auch die Diskussion von *Bently* u.a. im IPKAT Weblog, 11th January 2011, <http://ipkit.ten.blogspot.com/2011/01/lionel-bezpecnostni-sofwarova-associace.html> (letzter Abruf 2.5.2011).

- 127 EuGH (Fn. 4), Rs. C-393/09, BSA, Rn. 48; siehe bereits EuGH (Fn. 32), Rs. C-5/08, Infopaq, Rn. 37; Schlussanträge (Fn. 24), Rs. C-393/09, BSA, Rn. 74, dort auch: „Schöpfungshöhe“ (Rn. 75, 84).
- 128 EuGH (Fn. 4), Rs. C-393/09, BSA, Rn. 48.
- 129 EuGH (Fn. 4), Rs. C-393/09, BSA, Rn. 45 f., 50.
- 130 EuGH (Fn. 32), Rs. C-5/08, Infopaq, Rn. 48; EuGH (Fn. 4), Rs. C-393/09, BSA, Rn. 47.
- 131 EuGH (Fn. 4), Rs. C-393/09, BSA, Rn. 49.
- 132 Offen ist, ob der Trend zur Europäisierung alle Werkarten erfasst. Insbesondere für den Originalitätsmaßstab beim (ergänzenden) Urheberschutz von Mustern und Modellen ist auf Art. 17 Satz 2 der Richtlinie 98/71/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 13. Oktober 1998 über den rechtlichen Schutz von Mustern und Modellen, ABl. L 289 vom 28.10.1998, S. 28 zu verweisen, der den Mitgliedstaaten ausdrücklich die Regelung vorbehält, „in welchem Umfang und unter welchen Bedingungen ein solcher Schutz gewährt wird, (...) einschließlich der erforderlichen Gestaltungshöhe“. Zu dieser Vorschrift jüngst EuGH 27.1.2011, Rs. C-168/09, Flos, GRUR 2011, 216 Rn. 41: „Daraus folgt, dass nach Art. 17 der Richtlinie 98/71 den durch ein in einem oder mit Wirkung für einen Mitgliedstaat eingetragenes Recht an einem Muster geschützten Mustern, die die von den Mitgliedstaaten vorgeesehenen Bedingungen für die Erlangung des Urheberrechtsschutzes, insbesondere die Bedingung der Gestaltungshöhe, erfüllen (...), der Schutz nach dem Urheberrecht dieses Mitgliedstaats zugutekommen musste“ (Unterstreichung nicht im Original).
- 133 EuGH (Fn. 32), Rs. C-5/08, Infopaq, Rn. 35.
- 134 EuGH (Fn. 32), Rs. C-5/08, Infopaq, Rn. 43.
- 135 EuGH (Fn. 4), Rs. C-393/09, BSA, Rn. 50; siehe auch bereits EuGH (Fn. 32), Rs. C-5/08, Infopaq, Rn. 45.
- 136 BGH GRUR 1991, 529, 530 – Explosionszeichnungen; BGH GRUR 1993, 34, 35 – Bedienungsanweisung; BGH GRUR 2005, 854, 855 – Karten-Grundsubstanz. Anderes gilt für § 2 Abs. 1 Nr. 4 UrhG, dazu unten bei Fn. 155.
- 137 So OLG Karlsruhe GRUR-RR 2010, 234, 235 – Reisebürosoftware.
- 138 Oben Fn. 130. Einen Unterschied zwischen der „eigenen geistigen Schöpfung“ und der „persönlich-geistigen Schöpfung“ i.S.d. § 2 Abs. 2 UrhG (offenbar auch soweit sich letztere nur auf die „kleine“ Münze bezieht) sehen Marly (Fn. 6), Rn. 90; Wandtke/Bullinger/Grützmaker (Fn. 28), § 69a Rn. 33. Gegen einen prinzipiellen Unterschied aber Dreier/Schulze (Fn. 28), § 69a UrhG Rn. 26; Schrickler/Loewenheim (Fn. 28), § 69a Rn. 14.
- 139 Otto, K&R 2010, 419. Siehe etwa OLG Düsseldorf MMR 1999, 729, 732 f.; OLG Frankfurt MMR 2005, 705, 705; OLG Rostock GRUR-RR 2008, 1, 2 – Urheberrechtsschutz von Webseiten (Schutz nur als Sprachwerk, nicht als Werk der angewandten Kunst); OLG Karlsruhe GRUR-RR 2010, 234, 235 – Reisebürosoftware (unter Aufgabe von OLG Karlsruhe GRUR 1994, 726, 729 – Bildschirmmasken); a.A. aber östOGH MMR 2002, 42, 43. Der Hinweis auf Bildschirmmasken in KG CR 2010, 424, 425 stellt nur ein obiter dictum dar.
- 140 östOGH MMR 2002, 42, 43.
- 141 Navitaire Inc v Easyjet Airline Company [2004] EWHC 1725 (Ch), Rn. 98.
- 142 Oben Fn. 130. In England ist man traditionell großzügiger mit den Anforderungen an die Schöpfungshöhe, vgl. Nova Productions Ltd v Mazooma Games Ltd [2007] EWCA Civ 219, Rn. 51: „The fact that a work can get copyright even if mundane, is old and familiar to an English lawyer“.
- 143 KOM(88) 816 endg. (Fn. 10), S. 9; siehe auch BGH NJW 2000, 3571, 3572 – OEM-Version; Fromm/Nordemann/Czychowski (Fn. 28), § 69a Rn. 29. Gleiches gilt für solche vorbereitenden Materialien, die nicht bereits die Entstehung eines konkreten Programms ermöglichen, sondern lediglich seine Funktionalität oder die Vorgaben des Auftraggebers beschreiben (Lasten- und Pflichtenheft), OLG Köln GRUR-RR 2005, 303, 304 – Entwurfsmaterial; Walter/von Lewinski/Blocher/Walter (Fn. 96), Computer Program Directive Rn. 5.1.28. Anderes gilt für die eng mit dem Programmcode verknüpfte Dokumentation in Gestalt sogenannter Inline-Kommentare, die zum Programmcode zu zählen sind, Karl (Fn. 41), S. 85, 227.
- 144 KOM(88) 816 endg. (Fn. 10), S. 5, Tz. 1.1; SAS Institute v. World Programming [2010] EWHC 1829 (Ch), Rn. 254 und Vorlagefragen 8 und 9 in der anhängigen Rechtssache SAS Institute, Rs. C-406/10.
- 145 Oben Fn. 136.
- 146 BGH GRUR 1993, 34, 35 – Bedienungsanweisung: „Mindestmaß an persönlicher geistiger Leistung, das in der Regel bei allen einfachen Fotografien gegeben ist“.
- 147 BGH GRUR 1993, 34, 36 – Bedienungsanweisung; zu Bedienungsanleitungen von Computerprogrammen Wandtke/Bullinger/Grützmaker (Fn. 28), § 69a Rn. 13; Spindler/Schuster/Wiebe (Fn. 28), § 69a UrhG Rn. 9.
- 148 BGH GRUR 1985, 1041, 1047 f. – Inkasso-Programm
- 149 KOM(88) 816 endg. (Fn. 10), S. 9; explizit ablehnend zu den Maßstäben der Inkasso-Programm-Entscheidung auch Green Paper (Fn. 11), COM(88) 172 final, S. 187 f., Tz. 5.6.3 ff.
- 150 Diese Konsequenz zieht in Großbritannien bereits Newspaper Agency Ltd v Meltwater Holding BV [2010] EWHC 3099 (Ch), Rn. 83.
- 151 Oben Fn. 43.
- 152 BGH GRUR 1984, 730, 733 – Filmregisseur; OLG Frankfurt ZUM 2005, 477, 479 – TV Total. Gleiches gilt für Musikwerke, BGH GRUR 1988, 812, 814 – Ein bisschen Frieden.
- 153 Kreuzer, CR 2007, 1, 4 ff.; siehe auch Bullinger/Czychowski, GRUR 2011, 19, 21, 26.
- 154 OLG Rostock GRUR-RR 2008, 1, 2 – Urheberrechtsschutz von Webseiten; zum Schutz der Steuerungsprogramme von Webseiten auch Schack, MMR 2001, 9, 12.
- 155 OLG Köln GRUR-RR 2010, 141, 142 – 3D-Messestände.
- 156 OLG Köln GRUR-RR 2010, 141, 142 – 3D-Messestände unter Hinweis auf BGH GRUR 1995, 581, 582 – Silberdistel; BGH GRUR 2004, 941, 942 – Metallbett.
- 157 Sofern man nicht den Vorbehalt der Definition der Gestaltungshöhe durch den nationalen Gesetzgeber speziell beim Schutz von Mustern und Modellen durch Art. 17 Satz 2 RL 98/71/EG rechtfertigen will, dazu oben Fn. 132.
- 158 EuGH (Fn. 4), Rs. C-393/09, BSA, Rn. 57.
- 159 EuGH (Fn. 32), Rs. C-5/08, Infopaq, Rn. 39: „die verschiedenen Teile eines Werkes [sind] somit unter der Voraussetzung, dass sie bestimmte Elemente enthalten, die die eigene geistige Schöpfung ihres Urhebers zum Ausdruck bringen, nach Art. 2 Buchst. a der Richtlinie 2001/29 geschützt“.
- 160 Griffiths (Fn. 40), Analysis d.
- 161 In diese Richtung wohl die Schlussanträge (Fn. 24), Rs. C-393/09, BSA, Rn. 83 ff.
- 162 EuGH (Fn. 4), Rs. C-393/09, BSA, Rn. 57.
- 163 Für ein derartiges Verständnis von BSA Griffiths (Fn. 40), Analysis d.
- 164 Zu diesen Beispielen Griffiths (Fn. 40), Analysis d.
- 165 EuGH (Fn. 4), Rs. C-393/09, BSA, Rn. 57.
- 166 Schlussanträge (Fn. 24), Rs. C-393/09, BSA, Rn. 84.
- 167 Schlussanträge (Fn. 24), Rs. C-393/09, BSA, Rn. 85.
- 168 EuGH (Fn. 4), Rs. C-393/09, BSA, Rn. 57.
- 169 Allerdings kann man in der Anknüpfung an die Steuerungsfunktion von Computerprogrammen durchaus ein funktionales Element im Urheberrecht sehen, vgl. Schechter/Thomas (Fn. 67), § 4.1: Computer programs „don't just instruct users

in how to perform tasks, they actually perform those tasks by themselves“.

170 Siehe etwa BGH GRUR 2010, 628, 631, Rn. 33 ff. – Vorschaubilder.

171 EuGH (Fn. 32), Rs. C-5/08, Infopaq, Rn. 35, 37.

172 Zur Abgrenzung von Idee und Ausdrucksform auch EuGH (Fn. 4), Rs. C-393/09, BSA, Rn. 49.