

Der urheberrechtliche Schutz von Computerprogrammen

Ursula Widmer, Dr. iur., Fürsprecher, Bern

1. Entstehungsgeschichte

1963 nahmen die eigentlichen Arbeiten zur Totalrevision des schweizerischen Urheberrechts mit der Einsetzung der ersten ausserparlamentarischen Expertenkommission¹ ihren Anfang. Die Diskussion über den Schutz von Computerprogrammen begann jedoch erst mit der Botschaft des Bundesrates zu einem Bundesgesetz über das Urheberrecht vom 29.8.1984². In diesem Entwurf waren die Computerprogramme überhaupt nicht erwähnt worden, da damals für diese einerseits der Schutz über das Lauterkeitsrecht³ und andererseits weltweit ein Schutz sui generis zur Diskussion stand⁴.

Das Parlament begann 1985 mit den Beratungen über die bundesrätliche Vorlage. Dies zu einem Zeitpunkt, als in einigen Nachbarländern⁵ Computerprogramme eben gerade dem urheberrechtlichen Schutz unterstellt wurden. Die Räte wiesen die Vorlage zurück und beauftragten den Bundesrat, für Computerprogramme einen besonderen Leistungsschutz in das Urheberrechtsgesetz aufzunehmen⁶.

Der Entwurf der dritten ausserparlamentarischen Expertenkommission⁷ für ein revidiertes URG sah in der Folge für die Computerprogramme

¹ Die Vorarbeiten begannen bereits 1958 mit einem Gutachtensauftrag des EJPD über Revisionspunkte und -verfahren. Vgl. auch C. GOVONI, Die Revision des schweizerischen Urheberrechtsgesetzes, UFITA, Band 114/1990, S. 5ff.

² BBl1984 m 173

³ Vgl. Botschaft zu einem Bundesgesetz gegen den unlauteren Wettbewerb vom 18.5.1983, BBl1983 n 1048. In Art. 5 lit. c UWG wird die unmittelbare Übernahme von marktreifen Arbeitserzeugnissen anderer ohne angemessenen eigenen Aufwand durch technische Reproduktionsverfahren und die anschliessende Verwertung als unlauter bezeichnet, so dass das unerlaubte Kopieren und Nutzen von Computerprogrammen zu gewerblichen Zwecken wettbewerbsrechtlich geahndet werden kann.

⁴ Vgl. hierzu etwa die Mustervorschriften für den Schutz von Computersoftware der Weltorganisation für geistiges Eigentum (WIPO), Publikation Nr. 814 (Genf 1978).

⁵ So in Deutschland, Frankreich und Grossbritannien, vgl. hierzu K. SPOENDLIN, Urheberrechtsschutz für Computer-Software, in Schweiz. Mitteilungen für gewerblichen Rechtsschutz und Urheberschutz (SMI) 1986, S. 7ff., 8, Fn. 1. Bereits 1980 hatten die USA, 1983 Ungarn und 1984 Australien die Computerprogramme dem Urheberrechtsschutz unterstellt.

⁶ Vgl. Rückweisungsbeschluss des Ständerates vom 3.10.1985 (Amtl.Bull.StR 1985 584ff.), bestätigt durch den Nationalrat am 10.6.1986 (Amtl.Bull.NR 1986695).

⁷ Eingesetzt am 15.8.1986.

einen Sonderschutz (sog. industrieller Leistungsschutz) vor⁸. Daneben wäre jedoch, bei Vorliegen der entsprechenden Voraussetzungen (Art. 4 Abs. 1 VE III), d.h. der erforderlichen "Schöpfungshöhe", auch der urheberrechtliche Schutz möglich gewesen (Art. 3 VE III).

Die Vernehmlassungen zu diesem Gesetzesentwurf ergaben unter anderem, dass auf den Sonderschutz zu verzichten sei und die Computerprogramme wie die Werke der Literatur und Kunst allein dem Urheberrecht zu unterstellen seien, mit entsprechenden Sonderbestimmungen gemäss den speziellen Anforderungen des Industriegutes Software⁹. Das neue Urheberrechtsgesetz¹⁰ hat dies zu realisieren versucht.

Gestützt auf die Vernehmlassungsergebnisse zum VE III und auf das Grünbuch zum Urheberrecht der EG-Kommission vom Juni 1988¹¹ entstand der zweite bundesrätliche Gesetzesentwurf vom 19.6.1989¹². Wie bereits erwähnt wurden die Computerprogramme den Werken der Literatur und Kunst zugeordnet und somit dem Urheberrechtsschutz unterstellt. Diese zweite Vorlage des Bundesrates wurde in der Folge einer Europaverträglichkeitsprüfung unterzogen¹³ und durch die national- und ständerätliche Kommission der EG-Richtlinie zum Schutz der Computerprogramme¹⁴ angeglichen. Es bestand die ausdrückliche Absicht, das URG europakompatibel zu gestalten¹⁵. Gemäss Hinweis der Verwaltung¹⁶ erfolgten jedoch die Anpassungsarbeiten kurz vor der parlamentarischen Schlussabstimmung über das URG, so dass die EG-Richtlinie nicht in ihrer vollen Tragweite erfasst und entsprechend in das URG eingebaut werden konnte¹⁷.

⁸ VE UI vom 18.12.1987, 4. Titel, 1. Kapitel, Art. 81ff.

⁹ V gl. Botschaft zu einem Bundesgesetz über das Urheberrecht und verwandte Schutzrechte vom 19.6.1989, BB11989 III 477 bzw. S. 19,22 des Sonderdrucks, nach welchem im folgenden zitiert wird (BR-Entwurf 1989, Sonderdruck), und C. GOVONI, a.a.O. (Fn. 1), S. 13f.

¹⁰ Bundesgesetz über das Urheberrecht und verwandte Schutzrechte (nachfolgend zit.URG) vom 9.10.1992; BB11992 VI 749.

¹¹ Grünbuch über Urheberrecht und die technologische Herausforderung, Kom (88) 172 endg. vom 23.8.1988.

¹² Oben Fn. 9.

¹³ Vgl. dazu auch C. BAUDENBACHER, Zur Europafähigkeit der URG-Reform, 1991.

¹⁴ Richtlinie des Rates vom 14.5.1991 über den Rechtsschutz von Computerprogrammen, Amtsblatt der Europäischen Gemeinschaften, L 122/42 vom 17.5.1991. Die Richtlinie (nachfolgend zit. EG-Richtlinie) ist am 14.5.1991 in Kraft getreten.

¹⁵ Vgl. dazu insbesondere Sten.Bull.NR 19924 (Votum des Berichterstatters FISCHER) und S. 13 (Votum Bundesrat KOLLER) sowie Sten.Bull.StR 1992 372, 380, 381 und 384 (Voten der Berichterstatterin MEIER).

¹⁶ C. GOVONI, Der urheberrechtliche Schutz von Computerprogrammen, in: Immaterialgüterrecht, Sondernummer AJP/PJA 5/93.

¹⁷ Vgl. demgegenüber etwa die detaillierten Umsetzungsarbeiten in Deutschland, Gesetzesentwurf der Bundesregierung für ein zweites Gesetz zur Änderung des Urheberrechtsgesetzes, BT-Drucksache 12/4022 vom 18.12.1992; die Zustimmung des Bundesrates erfolgte am 7.5.1993.

2. Das Computerprogramm als Werk

2.1 Der Werkbegriff im allgemeinen

Das URG enthält in Art. 2 Abs. 1 erstmals eine Legaldefinition des Werkbegriffes: urheberrechtlich geschützt werden Werke, wenn sie "geistige Schöpfungen der Literatur und Kunst, die individuellen Charakter haben", sind. Und aus Art. 6 URG folgt, dass es sich bei Werken i.S. des Gesetzes ausschliesslich um Schöpfungen von Menschen handelt¹⁸, womit Programme, welche dergestalt von Programmgeneratoren erstellt werden, dass dem Programmierer die Entwurfsarbeit (Lösungsweg) abgenommen wird, urheberrechtlich keinen Schutz finden¹⁹.

Die EG-Richtlinie²⁰ schützt Computerprogramme explizit als literarische Werke im Sinne von Art. 2 der Berner Übereinkunft zum Schutz von Werken der Literatur und Kunst²¹. Im bundesrätlichen Entwurf 1989 waren die Computerprogramme als letzter Punkt²² im nicht abschliessenden Katalog der Werke der Literatur und Kunst aufgeführt.

Das URG statuiert nun in Art. 2 Abs. 3: "Als Werke gelten auch Computerprogramme,²³". Somit werden Computerprogramme in den urheberrechtlichen Schutz eingegliedert, jedoch anders als in der EG-Richtlinie und sachlich zu Recht als eigenständige Werkkategorie hervorgehoben. Dass es sich bei den Computerprogrammen um eine besondere Werkkategorie handelt, ergibt sich insbesondere aus den zahlreichen Sondervorschriften, welche das URG für Computerprogramme vorsieht²⁴.

Der Umstand jedoch, dass einerseits Computerprogramme im URG nicht den literarischen Werken zugeordnet werden und dass andererseits in Art. 2 Abs. 3 URG die Formulierung "als Werke gelten auch Compu-

¹⁸ Vgl. den Aufsatz von R. VON BÜREN in diesem Heft, Ziff. 3.1a.

¹⁹ Diese derart erzeugten Programme sind nicht mit den durchaus urheberrechtsfähigen Programmen zu verwechseln, welche mit Hilfe von Entwicklungswerkzeugen (sog. Entwurfshilfeprogrammen) erstellt werden. Vgl. dazu M. MORRZ/B. TYBUSSECK, Computersoftware Rechtsschutz und Vertragsgestaltung, 2. A., 1992, S. 54f.

²⁰ Art. 1 Abs. 1

²¹ Pariser Fassung vom 24.7.1971 der Berner Übereinkunft zum Schutz von Werken der Literatur und Kunst vom 9.9.1886 (RBÜ), zu deren Ratifizierung der Bundesrat durch Art. 1 Abs. 2 des Bundesbeschlusses über verschiedene völkerrechtliche Verträge auf dem Gebiete des Urheberrechts und der verwandten Schutzrechte, ermächtigt worden ist.

²² Art. 2 Abs. 2 lit. i; dort noch zu eng umschrieben als "Programme für die automatische Informationsverarbeitung".

²³ Die in Art. 2 Abs. 3 URG gewählte Formulierung stammt vom Ständerat (Sten.Bull.StR. bis 1991 98f., damals noch Art. 2^{bis}).

²⁴ Vgl. ausser Art. 2 Abs. 3 noch Art. 10 Abs. 3, 12 Abs. 2, 13 Abs. 4, 17, 19 Abs. 4, 21, 24 Abs. 2, 29 Abs. 2 lit. a, 67 Abs. 1 lit. 1 Zur Notwendigkeit von Sondervorschriften für Computerprogramme, selbst wenn diese entsprechend der EG-Richtlinie als literarische Werke geschützt werden, vgl. die Begründung zum Gesetzesentwurf der deutschen Bundesregierung, a.a.O. (Fn. 17), S. 7f.

terprogramme²⁵ gewählt worden ist, könnte allerdings fälschlicherweise dahingehend interpretiert werden, dass Computerprogramme überhaupt keine Werke der Literatur und Kunst i. S. von Art. 2 Abs. 1 sowie der beispielhaften Aufzählung von Art. 2 Abs. 2 URG sind und für sie die für Werke der Literatur und Kunst formulierten Schutzvoraussetzungen der "geistigen Schöpfung" und insbesondere des "individuellen Charakters" keine Anwendung finden.

Richtigerweise ist jedoch davon auszugehen, dass die Computerprogramme trotz gesonderter Aufführung denselben Schutzvoraussetzungen unterstehen wie die übrigen Werke der Literatur und Kunst. Dies entsprach dem bundesrätlichen Entwurf von 1989²⁶ und ebenfalls der auf dem URG vom 7.12.1922 basierenden (kantonalen) Rechtsprechung zum Schutz von Computerprogrammen²⁷. Dass mit der Formulierung des Ständerates hiervon hätte abgewichen werden sollen, ergibt sich nirgends aus den Materialien.

Zum Sprachgebrauch ist festzuhalten, dass das Computerprogramm zusammen mit der entsprechenden Dokumentation²⁸ die Software ausmacht. Das Gesetz spricht jedoch nie von Software, sondern jeweils nur von Computerprogramm²⁹. Es ist davon auszugehen, dass mit Ausnahme der Vorschrift über die Dekompilierung³⁰ jeweils Computerprogramme einschliesslich Dokumentation gemeint sind.

So umfasst denn gemäss Art. 1 Abs. 1 der EG-Richtlinie der Begriff "Computerprogramm" ausdrücklich auch "das Entwurfsmaterial zu ihrer [der Computerprogramme] Vorbereitung". Damit ist die Entwicklungsdokumentation³¹ unzweifelhaft unter den Begriff "Computerprogramm" subsumiert. Im Hinblick auf die angestrebte Europakompatibilität des URG kann auch für dieses nichts anderes gelten.

²⁵ Hervorhebungen durch die Verfasserin.

²⁶ Art. 2 Abs. 1 i.V. mit Art. 2 Abs. 2 lit. i.

²⁷ Vgl. etwa SMI 1992 n 199ff., 1990 I S. 81ff., 1989 TI S. 205ff.

²⁸ Entwicklungs-, Installations-, Benutzer- und Pflegedokumentation. Vgl. die Hinweise bei U. WIDMER, Risikoverteilung bei Informatikprojekten: Haftung für Softwaremängel bei Planung und Realisierung von Informationssystemen, Diss. Bem 1989, S. 13f. und 143f.

²⁹ Unklar der französische Gesetzestext, welcher, ohne einen sachlichen Unterschied zu treffen, "programmes d'ordinateurs" mit "logiciels" gleichsetzt.

³⁰ Art. 21 URG. Gegenstand der Dekompilierung ist der nicht menschenlesbare Maschinen bzw. Objektcode. Dieser soll (wieder) in eine menschenverständliche Fassung (Quellcode) entschlüsselt bzw. umgewandelt werden.

³¹ Vgl. dazu grundlegend das Urteil des BGH vom 9.5.1985, Inkassoprogramm, CR 1985, 29f. Zu den urheberrechtsfähigen Entwurfsmaterialien zählt der BGH insbesondere das Ergebnis der Problem- oder Systemanalyse, d.h. den im Pflichtenheft beschriebenen Lösungsweg, sodann dessen Projektion im Datenfluss- und im Programmablaufplan und schliesslich den Quellcode, d.h. das in einer menschenverständlichen Programmiersprache geschriebene Programm, welches mittels eines Compilers in den nur noch maschinenverständlichen, lauffähigen Objektcode übersetzt wird.

Eine andere Frage ist, ob auch die übrigen Dokumentationsarten³² unter den Begriff "Computerprogramm" fallen. Im Hinblick darauf, dass diese Dokumentationen in der Regel zusammen mit den Programmen als wirtschaftliche Einheit³³ vermarktet werden, sollte diese Frage bejaht werden. Andernfalls sind diese Dokumentationen als literarische Werke schützbar. Sie würden jedoch damit nicht unter die Sondervorschriften für Computerprogramme fallen, was insbesondere im Hinblick auf das Vermietrecht³⁴ sowie die Verwendung zum Eigengebrauch³⁵ zu unbefriedigenden Diskrepanzen führen könnte. Die regelmässig mit dem Computerprogramm durch den Softwareanbieter vertriebene Benutzerdokumentation ist eben gerade nicht wie die über den Buchhandel angebotenen Handbücher zu behandeln, bei welchen es sich unstrittig um Sprachwerke im Sinne des URG (Art. 1 Abs. 2 lit. a) handelt.

2.2 Die Computerprogramme als Werke im speziellen

Vom urheberrechtlichen Schutz umfasst werden nach dem vorangehend Ausgeführten Computerprogramme, inklusive Firmware³⁶, das Entwurfsmaterial und die Dokumentationen. Computerprogramme sind ferner unabhängig ihrer Darstellungsart (Quell- oder Objektcode)³⁷ geschützt³⁸.

Der Schutz gilt für alle Ausdrucksformen eines Programmes³⁹. Keinen Schutz genießen jedoch die Ideen und Grundsätze, welche einem Computerprogramm oder Teilen davon zugrunde liegen⁴⁰. Die Programmlogik, die Algorithmen und die Programmiersprachen bleiben somit frei⁴¹. Schützbar ist nur die Art und Weise, wie die Ideen konkret umgesetzt bzw. die Algorithmen implementiert werden⁴².

32 Vgl. Fn. 28.

33 Aber auch als rechtliche Einheit. So stellt eine fehlende Dokumentation wohl eher einen Sachmangel der Software dar und nicht eine teilweise Nichterfüllung bezüglich einer der zu liefernden Sachteile (Programm bzw. Dokumentation).

34 Vgl. Art. 10 Abs. 3 gegenüber Art. 13 URG. Siehe dazu hinten Ziff. 4.3.2.

35 Gemäss Art. 19 Abs. 4 ist die Verwendung zum Eigengebrauch (Art. 19 Abs. 1 bis 3) für Computerprogramme ausgeschlossen. Dies muss auch für die Dokumentation gelten.

36 Etwa auch als Software im Gehäuse oder Mikroprogramme bezeichnet. Diese befinden sich in der Hardware und steuern die Elementaroperationen.

37 Vgl. Fn. 30.

38 Botschaft 1989, Sonderdruck, S. 46

39 Vgl. auch EG-Richtlinie Art. 1 Abs. 2.

40 Vgl. auch EG-Richtlinie Art. 1 Abs. 2.

41 Botschaft 1989, Sonderdruck, S. 46 (Programmiersprachen), S. 47 (Lösungsprinzipien, insbesondere Algorithmen); Erwägungsgrund Nr. 14 zur EG-Richtlinie ABI. Nr. L 122, 17.5.1991, S. 43; M. LEHMANN, Die Europäische Richtlinie über den Schutz von Computerprogrammen, GRURInt., 1991, S. 329; bez. der Algorithmen vgl. insbesondere auch das Urteil des BGH vom 4.10.1990, Betriebssystem, CR 1991, S. 85.

42 Vgl. M. BRoy/M. LEHMANN, GRUR 1992, S. 421ff. Siehe auch BGH, Betriebssystem, a.a.O. (Fn. 41), S. 85.

Bildhaft wird vom "Gewebe" der als solche nicht urheberrechtsfähigen Ideen, Grundsätze und Regeln gesprochen⁴³, welches in seiner Struktur, sofern diese individuell ist⁴⁴, urheberrechtlich geschützt ist.

Entsprechend EG-Richtlinie Art. 1 Abs. 2 sind grundsätzlich auch Schnittstellen, d.h. diejenigen Teile von Programmen, welche die Verbindung und Interaktion mit anderen Programmen oder Hardware ermöglichen, vom Urheberrechtsschutz erfasst. Wegen der fortschreitenden Normierung und Standardisierung von Schnittstellen wird es hier jedoch in den meisten Fällen an der grundlegenden Voraussetzung der Individualität fehlen⁴⁵.

2.3 Die Schutzvoraussetzung der Individualität

Individualität des Werkes bedeutet, dass sich dieses von anderen Werken in ausreichendem Mass unterscheidet⁴⁶. Die Botschaft⁴⁷ hält ausdrücklich fest, dass sich die Individualität ausschliesslich nach dem Werk selbst beurteilt: das Werk muss Merkmale aufweisen, die es von anderen abheben. Nicht erforderlich ist, dass das Werk die Individualität und Persönlichkeit des Urhebers zum Ausdruck bringt.

Die bisherige Rechtsprechung des Bundesgerichts⁴⁸, welche das urheberrechtliche Werk als "eigenartige Geistesschöpfung von selbständigem Gepräge" verstand oder verlangte, dass das Werk "den Stempel einer originellen und von der Individualität des Urhebers geprägten schöpferischen Tätigkeit trägt", findet somit im URG keine Grundlage mehr⁴⁹. Dies ist für den urheberrechtlichen Schutz von Computerprogrammen von entscheidender Bedeutung, da es bei diesen grundsätzlich nicht wünschenswert ist, dass die Persönlichkeit des Programmierers zum Ausdruck gebracht wird⁵⁰. Dies ist zudem auch kaum möglich, weil grössere Programmsysteme von Teams entwickelt werden und sich individuell-per-

43 Grundlegend E. ULMER, Der Urheberrechtsschutz wissenschaftlicher Werke unter besonderer Berücksichtigung der Programme elektronischer Rechenanlagen, 1967, S. 3. Vgl. ferner M. BROY/M. LEHMANN, a.a.O. (Fn. 42), S. 423; BGH, Betriebssystem, a.a.O. (Fn. 41), S. 85.

44 Dazu sogleich Ziffer 2.3.

45 M. LEHMANN, a.a.O. (Fn. 41), S. 329.

46 R. v. BÜREN, a.a.O. (Fn. 18), Ziff. 3.1a bei Anm. 19. Vgl. zur Frage der Individualität von Computerprogrammen insbesondere auch G. RAUBER, Der urheberrechtliche Schutz von Computerprogrammen, Diss. Zürich 1988, S. 85ff.

47 Botschaft 1989, Sonderdruck, S. 45

48 Vgl. BGE 110 11 105 und 105 11 299 sowie die dortigen Verweise. Zur Rechtsprechung des Bundesgerichtes vgl. etwa auch die Hinweise bei A. TROLLERIP. TROLLER, Kurzlehrbuch des Immaterialgüterrechtes, 3.A., 1989, S. 88.

49 R. v. BÜREN, a.a.O. (Fn. 18), 3.1a bei Anm. 19.

50 Vgl. M. BROY/M. LEHMANN, a.a.O. (Fn. 42), S. 422.

sönliche Beiträge einzelner Mitarbeiter regelmässig nicht mehr bestimmen lassen.

Die Individualität eines Computerprogramms beurteilt sich daher nach dessen anwendungsspezifischer Systemkonzeption (Funktionalität), der Systemarchitektur und der Implementierung. Hier sind zahlreiche schöpferische Entscheidungen im Hinblick auf die Sammlung (Problemanalyse), Einteilung (Strukturierung) und Anordnung (Systementwurf) der Informationen und Anweisungen zu treffen⁵¹. Unterscheidet sich ein Computerprogramm hinsichtlich der genannten Kriterien von vorbestehenden Programmen, so ist es ein Werk individuellen Charakters i. S. von Art. 2 Abs. 1 URG.

Gemäss BGE 113 II 196 ist sodann die erforderliche Individualität abhängig von dem dem Urheber zur Verfügung stehenden Gestaltungsspielraum. Ist dieser eng, so wird der urheberrechtliche Schutz bereits bei einem geringen Grad der Individualität gewährt⁵². Dies ist insbesondere auch für Computerprogramme von Bedeutung, da bei diesen der zur Verfügung stehende Gestaltungsspielraum aufgrund ihrer applikatorischen Zweckbestimmung sowie der technischen Rahmenbedingungen begrenzt ist⁵³.

Andere Kriterien als die Individualität im soeben erläuterten Sinn, also etwa qualitative oder ästhetische Gesichtspunkte, dürfen für die urheberrechtliche Schutzfähigkeit keine Rolle spielen. Dies wird in Art. 1 Abs. 3 der EG-Richtlinie ausdrücklich erwähnt. Ähnlich bestimmt Art. 2 Abs. 1 URG, dass Wert und Zweck eines Werkes für die Schutzfähigkeit nicht massgeblich sind. Ob aus der Sicht des Fachmannes ein Programm als "banal oder alltäglich" bezeichnet werden muss, spielt somit keine Rolle⁵⁴, sofern nur individuelle Gestaltungsspielräume gegeben sind und auch wahrgenommen wurden. Ob damit eine mehr oder weniger anspruchsvolle geistige Leistung verbunden ist, bleibt irrelevant.

In diesem Zusammenhang ist insbesondere auf die bis Ende 1992 massgebliche Rechtsprechung des deutschen Bundesgerichtshofes hinzuweisen⁵⁵, welche für die Schutzfähigkeit "ein deutliches Übertreten der Gestaltungstätigkeit in Auswahl, Sammlung, Anordnung und Einteilung der Informationen und Anweisungen gegenüber dem allgemeinen Durchschnittskönnen" bei der Programmschaffung voraussetzte.

51 Die Erstellung eines Programms besteht somit nicht nur in der Fortführung und Entwicklung von bereits allgemein Bekanntem. Vgl. zum Ganzen M. BROY/M. LEHMANN, a.a.O. (Fn. 42), S. 422f.

52 Allerdings mit entsprechend eingeschränktem Schutzzumfang. Vgl. A. TROLLER, Immaterialgüterrecht 1983/1985, S. 373, 375f.

53 So auch Botschaft 1989, Sonderdruck, S. 46f.

54 So aber noch die Botschaft 1989, Sonderdruck, S. 47.

55 BGH, Inkassoprogramm, a.a.O. (pn. 31), S. 31 und BGH, Betriebssystem, a.a.O. (Fn. 41), S.84.

Aus der Entstehungsgeschichte der EG- Richtlinie geht hervor, dass mit dieser insbesondere auch diese unbillige Rechtsprechung, welche an Computerprogramme wesentlich höhere Anforderungen stellte als an andere Werkkategorien⁵⁶, korrigiert werden sollte⁵⁷. Es besteht heute denn auch die unbestrittene Auffassung, dass gemäss der EG-Richtlinie bei Computerprogrammen, analog dem Bereich des literarischen und musikalischen Schaffens, die sog. "kleine Münze" im Sinne der deutschen Lehre, d.h. einfache aber gerade noch schutzfähige Schöpfungen, als unterste Grenze der Urheberrechtsschutzfähigkeit zu betrachten ist⁵⁸.

3. Der/die Urheber

3.1 Der Urheberbegriff

Urheber ist nach Art. 6 URG eine natürliche Person oder sind nach Art. 7 URG mehrere Personen, welche als Miturheber die Software geschaffen haben⁵⁹. Wobei letzteres der Regelfall sein dürfte, wird doch Software mehrheitlich im Team erstellt⁶⁰. Anders als im anglo-amerikanischen Recht⁶¹ kann dagegen nach neuem wie nach altem URG eine juristische Person nicht als Urheber im Sinne des originären Rechtsinhabers gelten⁶². In Art. 17 URG ist jedoch für Computerprogramme eine Legalzession zugunsten des Arbeitgebers, bei welchem es sich ja häufig um eine juristische Person handelt, vorgesehen⁶³.

3.2 Urheber in Arbeitsverhältnissen

Nach Art. 17 URG ist für die im Arbeitsverhältnis entwickelten Programme allein der Arbeitgeber zur Ausübung der ausschliesslichen Verwendungsbefugnisse berechtigt⁶⁴. Es handelt sich hierbei, der Wortlaut ist

56 Vgl. dazu H. HABERSTUMPF, NJW 1991, S. 2105ff., insbesondere S. 2109f.

57 M. BROylM. LEHMANN, a.a.O. (Fn. 42), S. 419f.

58 M. BROylM. LEHMANN, a.a.O. (Fn. 42), S. 421. Kritisch zum Begriff der "kleinen Münze", A. TROLLER, a.a.O. (Fn. 52), S. 375.

59 Zur Miturheberschaft im allgemeinen vgl. R. VON BÜREN, a.a.O. (Fn. 18), Ziff. 3.2b aa und A. TROLLERIP. TROLLER, a.a.O. (Fn. 48), S. 152.

60 Bei einer Firma wie etwa Microsoft dürften einige tausend Mitarbeiter in der Entwicklung tätig sein.

61 Vgl. z.B. Sec. 201 Abs. b des amerikanischen Copyright Act bezüglich Auftragswerke. 62 Die EG-Richtlinie überlässt die Regelung dieser Frage dem jeweiligen nationalen Recht (Art. 2 Abs. 1). 63 Vgl. dazu sogleich 3.2.

64 Der BR -Entwurf 1989 sah neben der Regelung der Rechte an Programmen (Art. 16) noch eine generelle Regelung für das Werkschaffen im Arbeitsverhältnis vor (Art. 15). Dieser wurde zusammen mit dem Produzentenartikel (Art. 17) vom Parlament gestrichen. V gl. dazu R. v. BÜREN, a.a.O. (Fn. 18), Ziff. 3.2c.

62 Die EG-Richtlinie überlässt die Regelung dieser Frage dem jeweiligen nationalen Recht (Art. 2 Abs. 1).

63 Vgl. dazu sogleich 3.2.

64 Der BR-Entwurf 1989 sah neben der Regelung der Rechte an Programmen (Art. 16) noch eine generelle Regelung für das Werkschaffen im Arbeitsverhältnis vor (Art. 15). Dieser wurde zusammen mit dem Produzentenartikel (Art. 17) vom Parlament gestrichen. Vgl. dazu R. v. BÜREN, a.a.O. (Fn. 18), Ziff. 3.2.c.

allerdings nicht eindeutig, um eine Legalzession und nicht um einen originären Rechtserwerb. Für die Annahme einer Legalzession spricht die systematische Einordnung im Kapitel betreffend den Rechtsübergang und die Zwangsvollstreckung⁶⁵. Zudem ist darauf hinzuweisen, dass Art. 393 Abs. 2 OR, wonach der Verleger originär das Urheberrecht an nach seinen Anweisungen geschaffenen Werken erwirbt, als systemwidrig kritisiert und restriktiv ausgelegt wird⁶⁶.

Der Wortlaut von Art. 17 URG ist im Zusammenhang mit Art. 332 Abs. 1 OR zu sehen. Analog der Regelung betreffend die Dienstfindung setzt Art. 17 URG kumulativ voraus, dass die Programme, an denen dem Arbeitgeber Rechte zustehen, bei Ausübung dienstlicher Tätigkeiten sowie in Erfüllung vertraglicher Pflichten geschaffen werden⁶⁷. Im Ergebnis dürfte in diesem Punkt mit Art. 2 Abs. 2 der EG-Richtlinie Übereinstimmung bestehen, welche für den Rechtsübergang an den Arbeitgeber voraussetzt, dass ein Programm "von einem Arbeitnehmer in Wahrnehmung seiner Aufgaben oder nach Anweisungen seines Arbeitgebers geschaffen" wird.

Gegenstand der Legalzession des Art. 17 URG sind die Verwendungsbefugnisse. Je nach Definition dieser Befugnisse hat der Arbeitgeber nach URG weniger Rechte als nach der EG-Richtlinie. Denn gemäss deren Art. 3 Abs. 3 stehen dem Arbeitgeber vorbehältlich anders lautender Vereinbarung alle wirtschaftlichen Rechte zu. Dem muss jedoch im URG auch so sein, wie nachfolgend begründet wird.

Der Begriff "Verwendungsbefugnisse" in Art. 17 führt gesetzestechisch zu Art. 10 mit dem Titel "Verwendung des Werks". In Art. 10 ist jedoch gerade eines der für Computerprogramme zentralen wirtschaftlichen Rechte nicht erwähnt, nämlich das Änderungs- und Bearbeitungsrecht⁶⁸. Dieses wird nun aber unter dem Titel "Werkintegrität" in Art. 11, Abs. 1 lit. a und b geregelt.

Dieser Artikel ist insoweit missverständlich, als mit dem Begriff "Werkintegrität" Bezug genommen wird auf die urheberpersönlichkeitsrechtliche

65 Art. 16 der BR-Entwurfes, welcher systematisch gleich plaziert war, verwies allerdings ausdrücklich auf Art. 332 Abs. 1 OR. Gemäss der h.L. erwirbt der Arbeitgeber nach dieser Bestimmung originär die Rechte an den sog. "Dienstfindungen" (vgl. BE-Komm., M. REHBINDER, N 5f. zu Art. 332 OR). Die Gesetzessystematik sowie der geschilderte entstehungsgeschichtliche Zusammenhang sprechen im übrigen auch gegen die Annahme bloss einer ausschliesslichen Lizenz ohne Übertragung der Verwendungsrechte. Die Legalzession befürwortend auch 1. CHERPILLOD. Protection des logiciels et des bases de données: la révision du droit d'auteurs Suisse, in SMI 1993, S. 49ff., S. 56, wonach im Rahmen einer gesetzlichen Lizenz insbesondere die Weiterübertragung der Rechte durch den Arbeitgeber nur über eine unnötig komplizierte Konstruktion zu erreichen ist.

66 Vgl. R. v. BÜREN, a.a.O. (Fn. 18), Ziff. 3.2c am Ende, m.w.Hw.

67 Vgl. etwa U. STREIFF/A. VON KÄNEL, Arbeitsvertrag, 5. A., 1992, N2 zu Art. 332.

68 Software wird bekanntlich während ihrer Lebensdauer fortlaufend verbessert und weiterentwickelt (Updates, Upgrades, neue Versionen), somit geändert und bearbeitet.

Befugnis des Urhebers, sich Änderungen und Beeinträchtigungen des Werkes zu widersetzen, welche seiner Ehre oder seinem Ruf nachteilig sind. Diese Befugnis galt als unübertragbar⁶⁹ und wird nun im URG als unverzichtbar statuiert⁷⁰. Dass dagegen das Änderungs- und Bearbeitungsrecht grundsätzlich als unübertragbar zu betrachten wäre und der Urheber gegenüber Dritten lediglich auf dessen Ausübung verzichten könnte, worauf der Wortlaut von Art. 11 URG und die Ausführungen der Botschaft⁷¹ schliessen lassen, ist jedoch abzulehnen.

Unter dem alten URG galt das Änderungsrecht, wie auch das Veröffentlichungsrecht, unzweifelhaft als übertragbar⁷². Da auch nach neuem URG das Urheberrecht übertragbar ist⁷³, kann auch das Änderungs- und Bearbeitungsrecht an Dritte übertragen werden⁷⁴. Etwas anderes ist in der Praxis auch nicht vertretbar. In diesem Zusammenhang ist auch auf die Ausführungen der Botschaft bezüglich der Rechte auf Anerkennung und Veröffentlichung hinzuweisen. Diese werden, obwohl persönlichkeitsrechtlich gefärbt, ausdrücklich als übertragbar bezeichnet⁷⁵. Es kann somit nicht davon ausgegangen werden, dass Urheberbefugnisse mit einem persönlichkeitsrechtlichen Einschlag grundsätzlich nicht übertragbar, sondern höchstens verzichtbar wären⁷⁶.

Ist das Änderungs- und Bearbeitungsrecht übertragbar, so kann es grundsätzlich auch unter den Begriff der Verwendungsbefugnisse gemäss Art. 17 URG subsumiert werden. Im Hinblick auf die Kompatibilität des URG mit der EG-Richtlinie drängt sich dies sogar auf⁷⁷.

69 A. TROLLER, a.a.O. (Fn. 52), S. 777; vgl. RBÜ Art. 6bis Abs. 1.

70 Art. 11 Abs. 2 URG

71 Botschaft 1989, Sonderdruck, S. 54

72 A. TROLLER, a.a.O. (Fn. 52), S. 777f.

73 Art. 16 Abs. 1 URG

74 Gemäss Art. 18 URG unterliegen denn auch die Rechte nach Art. 11 der Zwangsvollstreckung.

75 Botschaft 1989, Sonderdruck, S. 51. Für das Recht auf Anerkennung ist diese Aussage der Botschaft falsch, vgl. unten Ziff. 4.1.

76 Dass im Einzelfall das Persönlichkeitsrecht einer bestimmten Ausübung eines derartigen, an einen Dritten übertragenen Rechtes entgegenstehen mag, spricht nicht gegen die Möglichkeit der Übertragung als solche. Weiter ist darauf hinzuweisen, dass Art. 11 Abs. 2 URG im Bereich der Computerprogramme kaum einmal relevant werden wird, da nur schwer vorstellbar ist, dass durch die Änderung eines Computerprogrammes die Persönlichkeit des Programmierers verletzt werden kann. Vgl. insbesondere auch I. CHERPILLOD, a.a.O. (Pn. 65), S. 56: "Ainsi, sous reserve d'hypotheses particulièrement theoriques, le salaire ne pourra invoquer son droit moral pour s'opposer ades modifications ou adaptations du programme."

77 Der vom Ministerrat eingefügte Begriff "wirtschaftlich" in Art. 2 Abs. 3 will Art. 6bis Abs. 1 RBÜ Rechnung tragen. Damit sollte klargestellt werden, dass die Urheberpersönlichkeitsrechte i.S. der genannten RBÜ-Bestimmung beim Arbeitnehmer verbleiben (vgl. dazu die Begründung zum Entwurf der deutschen Umsetzungsgesetzgebung, a.a.O. [pn. 17], S. 10). Dem entspricht Art. 11 Abs. 2 URG. Darüber hinaus jedoch steht Art. 6 Abs. 1 RBÜ der Übertragung des Änderungs- und Bearbeitungsrechts nicht entgegen und es ist davon auszugehen, dass dieses nach Art. 2 Abs. 3 EG-Richtlinie dem Arbeitgeber zusteht

Da nach Art. 17 URG alle Verwendungsrechte im oben erörterten Sinn dem Arbeitgeber zustehen, besteht kein Raum mehr für einen Rückgriff auf die Zweckübertragungstheorie, wie sie Art. 15 des BR-Entwurfes 1989 allgemein für das Werkschaffen im Arbeitsverhältnis vorgesehen hatte.

Besondere Fragen stellen sich im Zusammenhang mit Art. 17 URG in bezug auf Programme, welche von Temporärangestellten entwickelt werden. Arbeitgeber ist hier die Personalvermittlungsfirma. Die Übertragung der Verwendungsbefugnisse auf diese macht jedoch keinen Sinn, insbesondere, wenn die Temporärangestellten die Programme zusammen mit Arbeitnehmern der Einsatzfirma entwickeln. Sofern man nicht durch eine weite Auslegung Art. 17 URG auf das Verhältnis Temporärangestellter-Einsatzfirma zur Anwendung bringen will, gibt es keine andere Lösung, als durch entsprechende vertragliche Vereinbarungen die gewünschte Überleitung der Verwendungsbefugnisse auf die Einsatzfirma zu bewirken. Bei der Auslegung dieser Verträge gestützt auf die Zweckübertragungstheorie⁷⁸ wird dabei Art. 17 URG den Massstab abgeben.

Keine Anwendung findet Art. 17 URG auf Beamte und öffentlichrechtlich Angestellte⁷⁹. Die Regelung der Rechte an im öffentlichen Dienst geschaffenen Werken bleibt den entsprechenden beamtenrechtlichen Dienstordnungen vorbehalten. Es wäre allerdings sinnvoll gewesen, in Anbetracht der umfangreichen Softwareentwicklungstätigkeit des Bundes und seiner Anstalten, parallel zum URG im öffentlichen Dienstrecht entsprechende Regelungen zu treffen⁸⁰.

3.3 Urheber in Auftrags- und Werkvertragsverhältnissen

Für im Auftrags- und Werkvertragsverhältnis geschaffene Software enthält das URG keine Art. 17 URG entsprechende Regelung, was im übrigen auch der EG-Richtlinie entspricht⁸¹. Diese Nicht-Regelung für ein wirtschaftlich beachtliches Entwicklungsvolumen bewirkt eine erhebliche Rechtsunsicherheit. Denn inwieweit der Auftraggeber bzw. Besteller Rechte an dem in seinem Auftrag geschaffenen Werk erwirbt, beurteilt sich ausschliesslich nach der zwischen den Parteien getroffenen vertraglichen

78 V gl. dazu A. TROLLER, a.a.O. (Fn. 52), S. 782f.

79 Wie auch Art. 332 OR, vgl. BE-Komm., M. REHBINDER, N 15 zu Art. 332 OR.

80 Die EG-Richtlinie enthält keine Definition des Begriffes 'Arbeitnehmer' und überlässt es dem jeweiligen nationalen Recht, ob auch Beamte und öffentlichrechtlich Angestellte darunter fallen, so dass hier die Kompatibilität des URG mit der EG-Richtlinie gegeben ist: V gl. die Begründung zum Entwurf der deutschen Umsetzungsgesetzgebung, a.a.O. (pn. 17), S. 11.

81 Der ursprüngliche Kommissionsentwurf hatte noch vorgesehen, dass der Auftraggeber zur Ausübung sämtlicher Rechte am Auftragswerk berechtigt sein sollte. Auf eine derartige Bestimmung wurde jedoch zur Vermeidung eines Konfliktes mit der RBÜ verzichtet. Vgl. M. LEHMANN, a.a.O. (Fn. 41), S. 330.

Vereinbarung. Deren Auslegung richtet sich dabei nach der Zweckübertragungstheorie⁸².

4. Inhalt des Urheberrechts

4.1 Das Recht auf Anerkennung und Nennung als Urheber

Als ideelle Interessen⁸³ des Urhebers bzw. als Urheberpersönlichkeitsrechte⁸⁴ gelten das Recht auf Anerkennung der Urheberschaft (Art. 9 Abs. 1 URG) und auf Nennung als Urheber (Art. 9 Abs. 2 URG).

Beide Rechte sind gemäss den Ausführungen der Botschaft⁸⁵ nach Art. 16 Abs. 1 URG übertragbar und in den Schranken von Art. 27/28 ZGB verzichtbar. Die Übertragbarkeit ist jedoch im Hinblick auf Art. 6 bis RBÜ zu verneinen⁸⁶.

Das Recht auf Anerkennung der Urheberschaft, konkretisiert insbesondere durch das Namensnennungsrecht, macht nun jedoch im Bereich der mehrheitlich industriell und in Teamarbeit gefertigten Computerprogramme keinen Sinn. Beim kollektiven Werkschaffen tritt das Nennungsrecht eines jeden einzelnen Miturhebers vor deren Identifikation mit dem Arbeit- oder Auftraggeber in den Hintergrund. Zudem werden gerade Standardprogramme erfolgreicher Herstellerfirmen in dem Sinne weiterentwickelt, dass sie allenfalls komplett neu geschrieben⁸⁷, den Kunden jedoch als Nachfolgeversionen unter ähnlichen Produktnamen angeboten werden⁸⁸. Gegenüber dem im Markt eingeführten Produktnamen muss das Nennungsrecht der regelmässig zahlreichen Miturheber als

82 Als massgebliche Gesichtspunkte zur Bestimmung des Umfangs der an den Auftraggeber/Besteller vertraglich übertragenen Rechte, insbesondere der Frage, ob ihm diesbezüglich die Exklusivität zusteht, fallen in Betracht: ob es sich um eine vollständige Neuentwicklung oder um Anpassungen einer vorbestehenden Standardsoftware handelt; ob das Programm dem Auftraggeber einen Wettbewerbsvorteil gegenüber der Konkurrenz verschaffen sollte; inwieweit das Programm Geschäftsgeheimnisse des Auftraggebers enthält; inwieweit für die Programmerstellung die Mitwirkung des Auftraggebers und dessen Know-How notwendig war; ob dem Auftraggeber der Quellcode übergeben wird oder nicht. V gl. hierzu auch I. CHERPILLOD, a.a.O. (Fn. 65), S. 54ff.

83 Im Gegensatz zu seinen wirtschaftlichen, d.h. vermögensrechtlichen Interessen.

84 Vgl. hierzu allgemein A. TROLLER, a.a.O. (Fn. 52), S. 87ff. und speziell zum Recht auf Anerkennung der Urheberschaft S. 689ff. 85 Botschaft 1989, Sonderdruck, S. 51f.

86 Gegen die Übertragbarkeit des Rechtes auf Anerkennung der Urheberschaft bzw. Urhebernennung auch A. TROLLER, a.a.O. (Fn. 52), S.690und777undR. v. BÜREN, a.a.O. (Fn. 18), Ziff. 3.4a.

87 Und somit auch nicht mehr als Werke zweiter Hand gelten; insbesondere dann, wenn die neuen Programme sich von ihren Vorgängern wohl haben inspirieren lassen, aber das Grundkonzept neu ist (freie Benutzung).

88 Z.B. R/3 von SAP als Nachfolgeversion des R/2-Softwaresystems.

marktfremd und insoweit für die Werkkategorie Computerprogramme als nicht sachgerecht erscheinen.

Es ist somit davon auszugehen, dass im Bereich kollektiv geschaffener Computerprogramme das Nennungsrecht nur in Grenzbereichen relevant werden dürfte⁸⁹ und im Regelfall ideelle Interessen des Urhebers zu verneinen sein werden und ein stillschweigender Verzicht auf die Nennung als Urheber anzunehmen ist.

Dies entspricht der Situation im Bereich des Kunstgewerbes und serienmässig hergestellter Gebrauchsgegenstände (Porzellan, Tapeten usw.) sowie etwa im Bereich von Filmwerken, wo zahlreiche Urheber mit häufig nur untergeordneten Beiträgen das Nennungsrecht als nicht praktikabel erscheinen lassen⁹⁰.

4.2 *Das Recht auf Erstveröffentlichung, insbesondere in der Zwangsvollstreckung*

Gemäss der Botschaft⁹¹ gilt das Veröffentlichungsrecht wie das Anerkennungs- und Nennungsrecht des Urhebers als persönlichkeitsrechtlich geprägt. Im Gegensatz zu letzteren ist das Veröffentlichungsrecht jedoch übertragbar⁹². Mit der Übertragung der Verwendungsbefugnisse gemäss Art. 17 URG geht auch das Veröffentlichungsrecht, als Voraussetzung zu deren Ausübung, implizit auf den Arbeitgeber, z.B. das Softwarehaus, über.

Besondere Bedeutung kommt dem Veröffentlichungsrecht bei der Zwangsvollstreckung zu. Gemäss Art. 18 URG unterliegen die in Art. 10 Abs. 2 und 3 sowie Art. 11 genannten Rechte nur unter der Voraussetzung der Zwangsvollstreckung, dass das Werk mit Zustimmung des Urhebers bereits veröffentlicht worden ist. Eine weitere Einschränkung besteht sodann darin, dass nur diejenigen Rechte der Zwangsvollstreckung zugänglich sind, welche bereits ausgeübt worden sind.

Sinn der in Art. 18 normierten Einschränkung für die Zwangsvollstreckung ist die Rücksichtnahme auf die persönlichen Interessen des Urhebers⁹³. Das nicht veröffentlichte Werk soll dem Urheber nicht über die Zwangsvollstreckung entrissen werden können bzw. muss sich der Urheber nicht gefallen lassen, dass das Werk Nutzungsarten zugänglich gemacht wird, die er selbst noch nicht ausgeübt bzw. zu denen er seine

89 Etwa bei Spielsoftware.

90 Vgl. A. TROLLER, a.a.O. (Fn. 52), S. 689; siehe ferner auch A. DIEIZ, in: G. SCHRICKER (Hrsg.), Urheberrecht, 1987, Rz. 24 zu § 13.

91 Botschaft 1989, Sonderdruck, S. 51

92 A. TROLLER, a.a.O., (Fn. 52), S. 777f.; DERS., in ZR-Komm., N 20 Vorbem. zu Art. 380-393 OR.

93 A. TROLLER, a.a.O. (Fn. 52), S. 876f.

Zustimmung noch nicht erteilt hat und allenfalls auch gar nie zu erteilen beabsichtigt. .

Sind die Rechte gemäss Art. 10 Abs. 2 und 3 sowie gemäss Art. 11 nach Art. 17 URG auf den Arbeitgeber übergegangen, so sollten sie in der gegen den Arbeitgeber gerichteten Zwangsvollstreckung verwertet werden können, und zwar selbst dann, wenn der Arbeitgeber noch nicht dazu gekommen ist, das Werk zu veröffentlichen bzw. alle auf ihn übergegangenen Rechte auszuüben. In diesem Sinne sollte Art. 18 URG ausdehnend ausgelegt werden, werden doch die persönlichen Interessen des Urhebers nicht über den bereits erfolgten Rechtsübergang an den Arbeitgeber hinaus tangiert⁹⁴.

4.3 *Das Recht auf Werkverwendung*

Der Urheber hat das ausschliessliche Recht zu bestimmen, ob, wann und wie das Computerprogramm verwendet werden darf. Nach Abs. 1 von Art. 10 stehen dem Urheber auch diejenigen Werkverwendungsrechte zu, welche das Gesetz nicht ausdrücklich erwähnt, welche sich jedoch aus z.B. heute noch nicht bekannten Nutzungsarten ergeben können. Der in Abs. 2 aufgeführte Befugniskatalog ist nicht abschliessend. Dass durch eine derartige Aufzählung⁹⁵ keine vollständige Rechtssicherheit dahingehend erzielt werden kann, dass eine klare Abgrenzung zwischen zustimmungsbedürftigen und zustimmungsfreien Handlungen im Sinne der freien Werkbenutzung⁹⁶ besteht, ist in Kauf zu nehmen. Denn gerade für den Schutz von Computerprogrammen, deren Produktionsverfahren und Nutzungsarten sich enorm rasch fortentwickeln, wäre eine abschliessender Katalog der Ausschliesslichkeitsrechte verfehlt.

Dem Urheber und seinem Rechtsnachfolger sind nach Art. 10 Abs. 2 URG die nachfolgenden Ausschliesslichkeitsrechte vorbehalten und jeder Dritte bedarf für die entsprechenden Nutzungshandlungen dessen Zustimmung.

94 Fällt im Verlaufe eines Projektes zur Erstellung von Individualsoftware oder von kundenspezifischen Anpassungen einer Standardsoftware das Softwarehaus in Konkurs, so ist der Erwerb der bisher erzielten Zwischenresultate durch den Besteller oft die einzige Möglichkeit, um die von letzterem getätigten Investitionen zu schützen und das Projekt zu Ende zu führen. Aber auch Standardsoftware, die noch nicht auf dem Markt ist, sollte dem Gläubigerzugriff nicht entzogen sein, stellen doch diese Produkte häufig die einzigen verwertbaren Aktiva der Softwarehäuser dar.

95 Im alten URG war der Befugniskatalog von Art. 12 abschliessend.

96 Wie dies etwa für die Werkverwendung zur Schaffung von Parodien in Art. 11 Abs. 3 URG ausdrücklich festgehalten wird.

4.3.1 Vervielfältigungsrecht

An erster Stelle wird das ausschliessliche Recht, "Werkexemplare wie Druckerzeugnisse ... oder Datenträger herzustellen,"⁹⁷ genannt. Gemeint ist das Vervielfältigungsrecht, nämlich die Berechtigung, ein Computerprogramm ganz oder teilweise i.S. der körperlichen Fixierung⁹⁸ zu kopieren, egal mit welchen Mitteln und in welcher Form⁹⁹. Ob jede technische Vervielfältigung eine urheberrechtlich relevante, d.h. zustimmungsbedürftige Handlung darstellt, wird fallbezogen zu diskutieren sein. Auch die EG-Richtlinie gibt hierauf keine Antwort¹⁰⁰.

Ohne Zweifel stellt die Speicherung auf einen Datenträger oder der Ausdruck eines Programms auf Papier eine urheberrechtlich relevante Vervielfältigung dar. Hier handelt es sich ganz offensichtlich um eine körperliche Fixierung¹⁰¹. Zu bejahen ist sodann auch die lange diskutierte Frage, ob das Laden eines Programms in den Arbeitsspeicher als Vervielfältigung zu gelten hat¹⁰². Massgeblich ist, dass nach dem Zweck der dem Urheber verliehenen Ausschliesslichkeitsrechte gefragt wird. Diese sollen ihm die Beteiligung an dem mit der Verwertung seines Werkes verbundenen Markterfolg garantieren (sog. "Partizipationsinteresse").

Wäre das Laden eines Programms in den Arbeitsspeicher verschiedener Computer mittels der gleichen Diskette keine urheberrechtlich relevante Vervielfältigung¹⁰³, würde eine Parallelnutzung des Programms möglich, welche im Widerspruch zum Partizipationsinteresse des Urhebers steht¹⁰⁴. Dagegen ist das Laufenlassen des Programms, unter dem Gesichtspunkt des Partizipationsinteresses, nicht als urheberrechtlich relevante Vervielfältigung zu betrachten, selbst wenn damit vom technischen Standpunkt aus eine körperliche Fixierung der Daten verbunden ist¹⁰⁵.

97 Art. 10 Abs. 2 lit. a URG

98 Vgl. zum Begriff der Vervielfältigung bzw. Wiedergabe i.S. von Art. 12Ziff.1 des aURG A. TROLLER, a.a.O. (Fn. 52), S. 683f.

99 Sei die Vervielfältigung dauerhaft (z.B. im Sinne der Herstellung einer Programmkopie auf einen Datenträger) oder vorübergehend (z.B. Laden in den Arbeitsspeicher). Insbesondere auch die zweite Vervielfältigungsart ist im Computerprogrammbereich relevant, wenn es um die Verfolgung von vertraglich nicht autorisierten Nutzungshandlungen geht. Vgl. hierzu sogleich im Text.

100 In Art. 4 lit. a Satz 2 wird die Frage vielmehr offen gelassen: "Soweit das Laden, Anzeigen, Ablaufen, Übertragen oder Speichern des Computerprogramms eine Vervielfältigung erforderlich macht, ...".

101 U. LOEWENHEIM, in: G. SCHRICKER, a.a.O. (Fn. 90), Rz. 9 zu § 16; vgl. auch M. LEHMANN, a.a.O. (Fn. 41), S. 331.

102 Vgl. dazu die Hinweise bei U. LOEWENHEIM, in: G. SCHRICKER, a.a.O. (Fn. 90), Rz. 9 zu § 16.

103 Analoges gilt für das die autorisierte Benutzerzahl überschreitende Hinunterladen eines Programms von einem Host/Server auf eine Arbeitsstation.

104 Vgl. dazu M. LEHMANN, a.a.O. (Fn. 41), S. 331, insb. Fn. 50.

105 M. LEHMANN, a.a.O. (Fn. 41), S. 330; Erwägungsgrund Nr. 17 zur EG-Richtlinie ABI.

4.3.2 Verbreitungsrecht, Vermietrecht

An zweiter Stelle steht das ausschliessliche Recht der Verbreitung von Werkexemplaren¹⁰⁶. Verbreiten heisst, der Öffentlichkeit anbieten und in Verkehr bringen; letzteres durch Veräusserung (inklusive der unentgeltlichen Veräusserung, also der Verschenkung), Vermietung und Verleihung.

Das Vermietrecht für Computerprogramme wird in Art. 10 Abs. 3 URG besonders geregelt. Diese Regelung ist im Zusammenhang damit zu sehen, dass der Erschöpfungsgrundsatz für Computerprogramme eine besondere Regelung erfahren hat und der dem Urheber bei der Vermietung von Werkexemplaren grundsätzlich¹⁰⁷ vorbehalten Vergütungsanspruch ebenfalls keine Anwendung findet.

Der Erschöpfungsgrundsatz beschränkt sich bei Computerprogrammen gemäss Art. 12 Abs. 2 auf die Weiterveräusserung¹⁰⁸ und erfasst insbesondere nicht das Vermietrecht¹⁰⁹. Dieses verbleibt dem Urheber und wird daher in Art. 13 Abs. 4 URG gegenüber der in Abs. 1 bis 3 getroffenen Vergütungsregelung ausdrücklich vorbehalten. Die im URG getroffene Lösung für das Vermietrecht bei Computerprogrammen entspricht im Ergebnis der EG-Richtlinie¹¹⁰.

Wie bereits erwähnt¹¹¹ sollte das Vermietrecht für Programme und begleitende Dokumentation einheitlich geregelt sein. Dass der Berechtigte lediglich für die Vermietung der Programme einen Vergütungsanspruch direkt vereinbaren und geltend machen kann, bezüglich der Vermietung der Dokumentation jedoch gemäss Art. 13 Abs. 3 URG auf die Mitwirkung einer Verwertungsgesellschaft angewiesen sein soll, erscheint als wenig sinnvoll. Die Dokumentation ist daher unter den Begriff Computerprogramm zu subsumieren, und nicht der Kategorie der literarischen Werke zuzuordnen.

Nr. L 122, 17.5.1991, S.43; vgl. auch U. LoEWENHEIM, in: G. SCI-IRICKER, a.a.O. (Fn. 90), Rz. 9 zu § 16. Ergänzend kann festgehalten werden, dass die Benutzung eines Werkes bisher keine urheberrechtlich relevante Handlung darstellte. BGH, Betriebssystem, CR 1991, S. 86. Vgl. auch M. BARTSCI-I, Softwareüberlassung - was ist das?, CR 1992, S. 393ff., insb. S. 394. Anders das Patentrecht in Art. 8 Abs. 1 PatG. Für Computerprogramme bringt das URG in diesem Punkt eine Neuerung, indem mit Art. 12 Abs. 2 URG ein Gebrauchsrecht eingeführt wird.

106 Art. 10 Abs. 2 lit. b URG

107 Zu den Ausnahmen vgl. Art. 13 Abs. 2 URG und zur Erschöpfung des Urheberrechts bei Computerprogrammen unten Ziff. 4.5.

108 Bezüglich des im Art. 12 Abs. 2 enthaltenen Gebrauchsrechts vgl. unten Ziff. 4.5.

109 Und auch nicht das Verleihrecht, da in Art. 12 Abs. 2 URG keine andere Verbreitungsart als die Weiterveräusserung erwähnt ist.

110 Diese hält in Art. 4 lit. c Satz 2 ausdrücklich fest, dass das Vermietrecht bei der Veräusserung eines Computerprogramms nicht erschöpft wird.

111 Vgl. oben Ziff. 2.1 bei Fn. 34.

4.3.3 Vortrag, Auf- und Vorführung

Gemäss Botschaft¹¹² soll über das in Art. 10 Abs. 2 lit. c erwähnte Recht, das Werk anderswo wahrnehmbar zu machen, auch die Verbreitung von Computerprogrammen in Netzwerken erfasst werden können. Dabei dürfte allerdings häufig gleichzeitig eine gemäss Art. 10 Abs. 2 lit. a oder b zustimmungsbedürftige Vervielfältigung oder Verbreitungshandlung vorliegen. Weiter stellt auch das "Ausstellen" bzw. Anzeigen eines Computerprogramms am Bildschirm eine zustimmungsbedürftige Handlung dar.

4.3.4 Sende-, Weitersende- und Empfangsrecht

Diese Ausschliesslichkeitsrechte¹¹³ werden insbesondere bei der Verwendung von Computerprogrammen in Netzwerken bzw. Mailboxen¹¹⁴ zur Anwendung kommen.

4.4 *Das Recht auf Werkintegrität*

Auf die sich im Zusammenhang mit Art. 11 URG im Bereich der Computerprogramme stellenden spezifischen Fragen wurde bereits oben¹¹⁵ im Zusammenhang mit Art. 17 URG eingegangen. Es sei hier lediglich darauf verwiesen.

4.5 *Erschöpfung des Urheberrechts*

Der Grundsatz der Erschöpfung nach Art. 12 Abs. 1 URG bedeutet, dass das ausschliessliche Verbreitungsrecht¹¹⁶ des Urhebers an einem Werkexemplar, welches von ihm selbst oder mit seiner Zustimmung erstmals veräussert worden ist, konsumiert wird bzw. bezüglich dieses Werkexemplars nicht mehr geltend gemacht werden kann¹¹⁷. In Art. 12 Abs. 2 URG wird dieser Grundsatz für Computerprogramme einmal dahingehend eingeschränkt, dass bei Erstveräusserung lediglich das Weiterveräusserungsrecht erschöpft wird¹¹⁸ und zum zweiten dahingehend erweitert, dass der Berechtigte, d.h. der Käufer, das Computerprogramm bestimmungsgemäss gebrauchen oder seinerseits weiterveräussern kann.

112 Botschaft 1989, Sonderdruck, S. S3

113 Art. 10 Abs. 2 lit d, e und f URG

114 Unter Mailbox wird ein elektronischer Briefkasten verstanden, in welchem insbesondere Nachrichten hinterlegt und abgerufen werden können.

115 Ziff. 3.2.

116 Art. 10 Abs. 2 lit. b URG

117 Vgl. R. VON BÜREN, a.a.O. (Fn. 18), Ziff. 3.3.b) aa).

118 Vgl. dazu bereits oben Ziffer 4.3.2.

Das in Art. 12 Abs. 2 URG neu eingeführte, dem Urheberrecht bisher fremde Gebrauchsrecht wirft verschiedene Fragen auf. Aufgrund der Verknüpfung des Gebrauchsrechts mit der Erschöpfung des Verbreitungsrechts bei der Veräusserung von Werkexemplaren ergibt sich, dass dieses Recht bei der Lizenzierung von Software (Vermietung, Verpachtung) nicht gilt. Die Befugnisse des Lizenznehmers der Software beurteilen sich somit ausschliesslich nach dem zwischen diesem und dem Lizenzgeber bestehenden Vertrag¹¹⁹.

Mit der Einführung eines Gebrauchsrechts des Erwerbers wird das Problem gelöst, wonach mit der Erstveräusserung zwar das Verbreitungsrecht, nicht jedoch die anderen Ausschliesslichkeitsrechte, wie insbesondere das Vervielfältigungsrecht, erschöpft werden. Da sich jedoch Computerprogramme nicht ohne Vervielfältigung nutzen lassen, hätten die Erwerber von Werkexemplaren nach wie vor die Zustimmung des Berechtigten, die Programme nutzen zu können, benötigt¹²⁰.

Soweit die Nutzung eines Computerprogramms Handlungen erfordert, welche in die Ausschliesslichkeitsrechte des Urhebers eingreifen, findet dies in Art. 12 Abs. 2 URG seine Rechtfertigung. Die entscheidende Frage ist jedoch, wie weit diese bestimmungsgemässe Programmnutzung gehen darf.

Die Auseinandersetzung mit dieser Fragestellung würde den Rahmen dieses Aufsatzes sprengen¹²¹, und es wird insbesondere Sache der Recht

119 Umgekehrt ist offenbar anzunehmen, dass das Gebrauchsrecht in jedem Fall in einer Veräusserung von Werkexemplaren besteht. Der BR-Entwurf 1989 hatte demgegenüber in Art. 12 Abs. 2 URG diejenigen Veräusserungsgeschäfte, bei denen der Verkäufer sich zu Nebenleistungen, wie insbesondere zur Wartung, verpflichtete, von der Erschöpfung des Verbreitungs- und des im BR-Entwurf 1989 in Art. 10 Abs. 3 lit. a noch explizit als Ausschliesslichkeitsrecht normierten Gebrauchsrechts ausgenommen. Vgl. dazu Botschaft 1989, Sonderdruck, S. 55. Die betreffenden Geschäfte wurden im wesentlichen als Dauer-schuldverhältnisse qualifiziert, bei denen die Überlassung des Sacheigentums als nebensächlich zu betrachten sei.

120 Vgl. U. LÖWENHEIM, in: G. SCHR[CKER], a.a.O. (Fn. 90), Rz. 9 zu § 16. Die EG-Richtlinie löst dieses Problem auf eine andere Weise, indem sie diejenigen Vervielfältigungen und Änderungen bzw. Bearbeitungen als zustimmungsfrei erklärt, welche zur bestimmungsgemässen Benutzung, einschliesslich der Fehlerberichtigung, notwendig sind. Vgl. Art. 5 Abs. 1 der Richtlinie. Allerdings gilt diese Regelung nur in Ermangelung "spezifischer vertraglicher Bestimmungen", wobei zu beachten ist, dass aufgrund des Erwägungsgrundes Nr. 17 (ABL. NI. L 122, 17.5.1992, S. 43) die vertragliche Dispositionsfreiheit als beschränkt zu erachten ist und Art. 5 Abs. 1 einen zwingenden Kern aufweist (vgl. dazu M. LEHMANN, a.a.O. [Fn. 41], S. 322f. m.w.Hw.): Zu beachten ist ferner, dass Art. 5 Abs. 1 EG-Richtlinie nicht nur bei der Veräusserung von Werkexemplaren gilt, sondern insbesondere auch bei der blossen Lizenzierung von Computerprogrammen. Dies wurde bei der Redaktion der deutschen Umsetzungsgesetzgebung klargestellt (vgl. die Begründung zum entsprechenden Gesetzesentwurf, a.a.O. [Fn. 17], S. 12).

[21] In Art. 17 Abs. 1 lit. a der Verordnung des Bundesrates vom 26.4.1993 über das Urheberrecht und verwandte Schutzrechte (URV) wird der gemäss Art. 12 Abs. 2 URG zulässige Gebrauch umschrieben: "die bestimmungsgemässe Verwendung des Programms, zu der das Laden, Anzeigen, Ablaufen, Übertragen oder Speichern sowie die

sprechung sein, hier adäquate, dem rasanten technischen Fortschritt und dem Partizipationsinteresse des Urhebers Rechnung tragende Antworten zu geben.

5. Die Schranken des Urheberrechts

Als Schranken des Urheberrechts bzw. als zustimmungsfreie Handlungen des berechtigten Anwenders sind im Zusammenhang mit Computerprogrammen insbesondere die nachfolgend aufgeführten Beispiele von Bedeutung.

5.1 Verwendung zum Eigengebrauch

Die dem Urheber bzw. Rechtsinhaber vorbehaltenen Verwendungsbefugnisse werden nach erfolgter Veröffentlichung des Werkes durch das Recht zum Eigengebrauch gemäss Art. 19 URG eingeschränkt. Demgegenüber findet gemäss Abs. 4 von Art. 19 URG das Recht zum Eigengebrauch für Computerprogramme (etwa das Kopieren zu privaten Zwecken) keine Anwendung.

5.2 Dekompilierung von Computerprogrammen

Die Regelung über die Dekompilierung¹²² wurde quasi in letzter Minute in das URG aufgenommen¹²³. Diese Bestimmung hätte Art. 6 der EG-Richtlinie entsprechen sollen¹²⁴.

Durch Dekompilierung von Programmelementen (Schnittstellen) können die zur Erstellung von kompatiblen, miteinander kommunizierenden¹²⁵ und unabhängig entwickelten Programmen notwendigen Informationen ermittelt werden. Da diese Programmelemente dem urheberrechtlichen

im Rahmen dieser Tätigkeiten erforderliche Herstellung eines Werkexemplares durch den rechtmässigen Erwerber oder die rechtmässige Erwerberin gehören." In lit. b derselben Bestimmung wird sodann entsprechend Art. 5 Abs. 3 der EG-Richtlinie "das Beobachten des Funktionierens des Programms" und "das Untersuchen oder Testen desselben zum Zweck der Ermittlung der einem Programmelement zugrundeliegenden Ideen und Grundsätze" ausdrücklich erlaubt, sofern "dies im Rahmen der Handlung zur bestimmungsgemässen Verwendung (nach lit. a) erfolgt." Eine gewisse Orientierung vermag sodann auch die EG-Richtlinie zu geben. Neben der "bestimmungsgemässen Benutzung" erwähnt diese in Art. 5 Abs. 1 noch ausdrücklich die Fehlerberichtigung.

122 Oder Rückwärtsanalyse, Reverse-Engineering; in Art. 21 URG Entschlüsselung genannt.

Zum Begriff vgl. Fn. 30.

123 Vgl. C. GOVONI. a.a.O. (Fn. 16), Ziff. 2.4.2.

124 Im Vergleich zur schweiz. Regelung siehe etwa die deutsche Transformationsbestimmung, § 6ge URG. Zur Europakompatibilität vgl. Fn. 15 und auch die URV (vgl. Fn. 121).

125 Sog. interoperable Programme.

Schutz unterstehen, werden die zur Dekompilierung notwendigen und ansonsten zustimmungsbedürftigen Handlungen (wie Änderung und Vervielfältigung), unter den nachfolgend aufgeführten Voraussetzungen, dem berechtigten Programmbeutzer¹²⁶ gesetzlich zwingend erlaubt. Die Schnittstelleninformationen sind auf andere Art nicht ohne weiteres zugänglich¹²⁷ und dürfen lediglich zur Entwicklung, Wartung und Gebrauch von interoperablen Programmen verwendet werden und nicht etwa zur Entwicklung und Vermarktung eines Programms mit im wesentlichen ähnlicher Ausdrucksform. Denn dies würde eine die rechtmässigen Interessen des Rechtsinhabers unzumutbar beeinträchtigende Konkurrenzierung darstellen¹²⁸. Gemäss EG-Richtlinie¹²⁹ ist die Dekompilierung zudem nur zulässig wenn nicht ganze Programme, sondern nur Programmteile dekompiert und wenn diese Informationen nicht an Dritte weitergegeben werden.

5.3 Archivierungs- und Sicherungskopie

Gemäss Art. 24 Abs. 1 URG darf allgemein von Werkexemplaren eine entsprechend gekennzeichnete Kopie zu Archivierungszwecken hergestellt werden. Dies gilt auch für Computerprogramme. Nach Art. 24 Abs. 2 URG hat derjenige, welcher zum Gebrauch eines Computerprogramms berechtigt ist, zudem die Befugnis, eine Sicherungskopie anzufertigen. Der zweite Halbsatz von Art. 24 Abs. 2 URG ist vertragsrechtlicher Natur und bestimmt, dass auf diese Befugnis nicht verzichtet werden kann¹³⁰. Wie dies für die Archivierungskopie explizit gesagt wird, darf auch die Sicherungskopie nicht in Verkehr gebracht werden.

126 Das in Art. 21 URG erwähnte Gebrauchsrecht, als eine der Voraussetzungen zur zulässigen Dekompilierung, ist nicht mit dem Gebrauchsrecht von Art. 12 Abs. 2 URG gleichzusetzen. Währenddem das erstere sich sowohl auf dasjenige des Käufers als auch des Lizenznehmers eines Programms bezieht, ist in Art. 12 URG nur dasjenige des Käufers gemeint. Andernfalls wäre die Dekompilierung ja nur dem Käufer und nicht dem Lizenznehmer erlaubt, was keinen Sinn macht. Gemäss Art. 6 Abs. lit. a der EG-Richtlinie ist die Dekompilierung explizit auch dem Lizenznehmer erlaubt.

127 So Art. 17 Abs. 2 URV (Fn. 121).

128 Art. 21 Abs. 2 URG und insbesondere Art. 17 Abs. 3 URV (Fn. 121).

129 Art. 6. Diese Bestimmung wird ein Gericht zur Prüfung einer angeblich unzulässigen Dekompilierungshandlung beizuziehen haben, im Rahmen des in Art. 21 Abs. 2 URG stipulierten generellen Missbrauchsverbotes, vgl. C. GOVONI, a.a.O (Fn. 16), Ziff. 2.4.2.

130 Es stellt sich jedoch die Frage, ob ein solcher Verzicht nicht dann möglich sein soll, wenn der Veräusserer/Lizenzgeber selbst die Sicherungskopie liefert; was jedenfalls dann notwendig ist, wenn das Computerprogramm mit einem Kopierschutz versehen ist.

6. Schutzdauer

Der Schutz erlischt für Computerprogramme¹³¹ 50 Jahre¹³² nach dem Tod des Urhebers. Haben mehrere Urheber das Computerprogramm erstellt, so dauert der Schutz, mangels einer Sondervorschrift für Computerprogramme, bis zum Ablauf von 70 Jahren¹³³ nach dem Tod des zuletzt verstorbenen Urhebers.

7. Der Rechtsschutz

Neben dem zivilrechtlichen Schutz¹³⁴ wird insbesondere der strafrechtliche Schutz¹³⁵ die heute in der Schweiz im Vergleich zum restlichen Europa noch überdurchschnittlich stark praktizierte Software-Piraterie treffen. So wird etwa die unrechtmässige Vervielfältigung¹³⁶ und die ebensolche Verbreitung von Kopien¹³⁷ auf Antrag mit Gefängnis bis zu einem Jahr oder mit Busse bis zu Fr. 20'000.- bestraft. Werden diese Delikte gewerbmässig begangen, so werden sie von Amtes wegen verfolgt und dem Täter droht Gefängnis bis zu 5 Jahren und zusätzlich eine Busse bis maximal Fr. 100'000.-¹³⁸. In der Praxis wird vor allem auch die Hilfeleistung der Zollverwaltung¹³⁹ wichtig, welche auf verdächtige, das Urheberrecht allenfalls verletzende Sendungen den Rechtsinhaber aufmerksam machen und auf dessen Antrag die Freigabe der Ware während einer bestimmten Frist (zwecks Beantragung einer gerichtlichen vorsorglichen Massnahme) verweigern kann.

8. Abschliessende Würdigung

Der längst überfällige, ausdrückliche Schutz von Computerprogrammen liegt nun endlich auch in der Schweiz vor (rund 23 Jahre nach den USA), was zweifelsohne zu begrüßen ist. Allerdings hätte man sich in verschiedenen, für die Softwareindustrie und die Anwender wichtigen Einzelfragen

131 Art. 29 Abs. 2 lit. a URG

132 Was im Hinblick auf die wirtschaftliche Lebensdauer von Software als allzulange erscheint.

133 Dies bedeutet ein gesetzgeberisches Versehen und soll nun gestützt auf Art. 33 Abs. 1 des Geschäftsverkehrsgesetzes bei der Veröffentlichung des URG in der Gesetzessammlung auf ebenfalls 50 Jahre berichtigt werden; vgl. hierzu C. GoVONL a.a.O. (pn. 16), S. 13f.

134 Art. 61-66 URG; vgl. hierzu R. v. BÜREN, a.a.O. (Fn. 18), Ziff. 5.

135 Art. 67-73 URG

136 Art. 67 lit. e URG

137 Art. 67 lit. f URG

138 Art. 67 Abs. 2 URG

139 Art. 75-77 URG

ausführlichere und somit der Rechtssicherheit besser gerecht werdende und allenfalls auch zumindest teilweise eurokompatiblere Regelungen gewünscht. Um den durch das neue Gesetz nicht beseitigten und neu geschaffenen Rechtsunsicherheiten effizient zu begegnen, ist eine qualifizierte Vertragsgestaltung unabdingbar, sei dies im Verhältnis zwischen dem Arbeitgeber und den für diesen als freie Mitarbeiter oder Angestellte tätigen Softwareentwicklern oder zwischen dem Anwender und dessen Softwareanbieter.
