

Professor Dr. Wolfgang Däubler, Bremen

Arbeitnehmerrechte an Computerprogrammen?

I. Die Ausgangsposition

Computer-Software ist seit einiger Zeit zum Rechtsproblem geworden. Sind Datenverarbeitungsprogramme einschließlich der zu ihnen gehörenden schriftlichen Unterlagen in ähnlicher Weise geschützt wie eine Erfindung oder kann sich jedermann die dort niedergelegten Gedanken zu eigen machen? Kann ein Unternehmen einem anderen

verbieten, dasselbe Inkassoprogramm¹ oder weithin übereinstimmende Programme für Baustatik² zu verwenden? Niemand wird an einem solchen Anspruch zweifeln, wenn der Verwender auf unlautere Weise, etwa durch Diebstahl von Magnetbändern oder durch „Anzapfen“ von Leitungen in den Besitz seiner Kenntnisse gelangte. Doch wie verhält es sich, wenn das andere Unternehmen allem Anschein nach gutgläubig war, seine „Rechte“ etwa zum marktüblichen Preis von einem Software-Unternehmen erworben hat?

Die Frage ist von großer praktischer Bedeutung. Pro Jahr werden in der Bundesrepublik zwischen fünf und zehn Milliarden DM für die Entwicklung von Computerprogrammen aufgewendet³. Diese sind im Gegensatz zu anderem betrieblichem Know-how unschwer kopierbar und in einem anderen Unternehmen einzusetzen, das vergleichbare Probleme zu bewältigen hat⁴. Technische Sicherungen gegen solche Mißbräuche sind zwar vorhanden⁵, doch können sie offensichtlich bei weitem keinen lückenlosen Schutz gewährleisten⁶.

Die Rechtsprechung des *Bundesgerichtshofs* hat zwar stets anerkannt, daß in Computerprogrammen eine erhebliche geistige Leistung stecke, doch fehlte lange Zeit eine Qualifizierung als subjektives, gegenüber jedermann wirkendes Recht⁷. Da § 1 Abs. 2 PatG „Programme für Datenverarbeitungsanlagen“ ausdrücklich für nicht patentfähig erklärt⁸, kommt realistischere nur ein Urheberrechtsschutz in Betracht. Die Rechtsprechung der Landgerichte und Oberlandesgerichte⁹ ist denn auch – ebenso wie die meisten Autoren in der Literatur¹⁰ – diesen Weg gegangen; doch blieben wegen der fehlenden Einheitlichkeit in der Praxis noch immer einige Zweifel und Unsicherheiten zurück¹¹. Als erstes oberstes Bundesgericht hat nunmehr das *Bundesarbeitsgericht* den Urheberrechtsschutz von Computerprogrammen für den Regelfall bejaht¹². Dies wirft eine Reihe von Fragen auf:

– Entspricht es dem Wortlaut und Sinn des Urheberrechtsgesetzes, Computer-Software in seinen Schutzbereich einzubeziehen? Welche praktischen Konsequenzen sind damit verbunden? (unten II)

* Zugleich Besprechung der Entsch. des BAG v. 13. 9. 1983, geringfügig gekürzt abgedruckt in diesem Heft S. 197 ff.

1 Vgl. den Fall des OLG Karlsruhe v. 9. 2. 83, BB 1983 S. 986.

2 Vgl. den Fall des LG Kassel v. 21. 5. 1983, BB 1983 S. 992.

3 So die Angaben von Sieber, „Gefahr und Abwehr der Computerkriminalität“, BB 1982 S. 1433, 1436.

4 Vgl. Nordemann, „Das Computerprogramm als urheberrechtlich geschütztes Werk“ in Festschrift für Georg Roeber (1982), S. 297 ff. Einen instruktiven Überblick über die vielfältigen Erscheinungsformen der sog. Computerkriminalität gibt Sieber (Fußnote 3) S. 1433 ff.

5 Vgl. den Fall des BGH v. 3. 6. 81 (NJW 1981 S. 2684), wo ein sog. expiration date einprogrammiert war, das Programm also nach einer bestimmten Zeit zu funktionieren aufhörte und durch Techniker des Lizenzgebers wieder „flottgemacht“ werden mußte. Zu einem „Sicherheitsschlüssel“ vgl. den Beitrag in Handelsblatt v. 29. 8. 84 S. 17.

6 Vgl. Sieber (Fußnote 3) S. 1433 ff.

7 Vgl. BGH v. 22. 6. 76, GRUR 1977 S. 96 (Dispositionsprogramme) und v. 3. 6. 81 (Fußnote 5); für grundsätzlichen Urheberrechtsschutz nunmehr BGH v. 13. 5. 85 – I ZR 52/83 (vgl. Handelsblatt v. 14. 5. 85 S. 1) Die letztere Entsch. ist nach Abschluß des Manuskripts ergangen.

8 Diese Fassung gilt seit dem 1. 1. 78. Schon vorher hatte der BGH in gleichem Sinne entschieden (BGH v. 22. 6. 76 [Fußnote 7]), da die „Erfindung“ nicht dem Bereich der Technik angehöre.

9 Vgl. den Überblick bei Sieber, „Der urheberrechtliche Schutz von Computerprogrammen“, BB 1983 S. 978.

10 Vgl. etwa Kindermann, „Vertrieb und Nutzung von Computersoftware aus urheberrechtlicher Sicht“, GRUR 1983 S. 150 ff.; Kollé, „Der Rechtsschutz der Computersoftware in der Bundesrepublik Deutschland“, GRUR 1982 S. 443 ff.

11 Verunsicherung bewirkte insbes. ein (inzwischen aufgehobenes) Urt. des LG Mannheim v. 12. 6. 81, BB 1981 S. 1543 ff.; vgl. weiter Zahn, „Urheberrecht und Computerprogramme – Versuch einer Bestandsaufnahme“, GRUR 1978 S. 207 ff.

12 Vgl. BAG v. 13. 9. 83 (Fußnote *); zur Stellungnahme des BGH vgl. die Entsch. v. 13. 5. 85 (Fußnote 7).

– Tut man mit dem *Bundesarbeitsgericht* diesen Schritt, so ergeben sich zahlreiche Probleme des Arbeitnehmer-Urheberrechts. Wie gestaltet sich die Rechtsstellung eines Arbeitnehmers, der die arbeitsvertragliche Pflicht hat, derartige Programme zu erstellen? (unten III)

– Was geschieht, wenn – wie in dem vom *Bundesarbeitsgericht* entschiedenen Fall¹³ – der Arbeitnehmer „eigentlich“ andere Aufgaben hatte, mit Zustimmung des Arbeitgebers sich jedoch als Programmierer betätigte? (unten IV)

– Welche rechtlichen Konsequenzen ergeben sich, wenn ein Arbeitnehmer auf eigene Faust Programme entwickelt? Macht es dabei einen Unterschied, ob er Betriebsmittel des Arbeitgebers, etwa dessen Rechenanlage, benutzt oder ob er sich selbst die nötigen Geräte verschafft? (unten V)

II. Urheberrechtsfähigkeit von Software

1. Begriffsklärung

Zentraler Bestandteil der Software ist das *Computerprogramm*, das als „Vielzahl maschinenlesbarer Anweisungen an den zur Daten- und Textverarbeitung geeigneten Computer (Hardware)“ beschrieben wird¹⁴. Es liegt in der Regel in zwei Versionen vor – als sog. Quellenprogramm, das in einer Programmiersprache wie COBOL oder FORTRAN abgefaßt ist, und als sog. Objektprogramm, das die Übersetzung in die „Maschinensprache“ enthält¹⁵. Der praktische Einsatz eines Programms setzt in der Regel die Kenntnis des sog. *Begleitmaterials* voraus, das Anweisungen an die Benutzer wie an das Bedienungspersonal des Computers enthält. Dazu kommt die sog. *Programmbeschreibung*, die die vom Programmierer vorgenommenen Schritte wiedergibt und Möglichkeiten zur Abänderung und Weiterentwicklung des Programms aufzeigt. Alle drei Elemente bilden zusammen das Handelsobjekt „Software“.

2. Vorliegen eines „Werks“ i. S. des § 2 UrhG

§ 2 Abs. 2 UrhG definiert Werke als „persönliche geistige Schöpfungen“; § 2 Abs. 1 UrhG nennt als Erscheinungsformen „Sprachwerke“ (Ziff. 1) und „Darstellungen wissenschaftlicher oder technischer Art wie Zeichnungen, Pläne, Karten, Skizzen, Tabellen und plastische Darstellungen“ (Ziff. 7). Nur beim Programm selbst kann fraglich sein, welcher dieser Alternativen es unterfällt. Das sog. Quellenprogramm dürfte unschwer als „Sprachwerk“ einzuordnen sein, da das Gesetz keine „Allgemeinverständlichkeit“ voraussetzt; andernfalls wären in seltenen Fremdsprachen geschriebene Texte von vornherein dem Urheberrecht entzogen¹⁶. Beim Objektprogramm, das nur noch aus Ziffern gebildet wird, erscheint eine solche Annahme allerdings äußerst zweifelhaft, jedoch greift hier § 2 Abs. 1 Ziff. 7 UrhG ein. Wie das *Bundesarbeitsgericht* zu Recht betont, macht diese Vorschrift zudem deutlich, daß nicht nur Werke mit „geistig-ästhetischem Gehalt“ Urheberrechtsschutz genießen sollen¹⁷.

In der so bestimmten äußeren Form muß nun ein Stück Individualität zum Ausdruck kommen, damit von einem „Werk“ gesprochen werden und so das Urheberrechtsgesetz angewandt werden kann. Dabei darf allerdings nicht auf die angewandte oder neuentwickelte Rechenregel, den sog. Algorithmus, abgestellt werden, da dieser als wissenschaftliche Erkenntnis nicht bei einer Person monopolisiert

werden darf. Schutzzfähig ist jedoch die Sammlung, Anordnung und Darbietung der wissenschaftlichen Erkenntnisse¹⁸; das *Bundesarbeitsgericht* spricht mit Recht davon, die Individualität des Werks könne sich in der sprachlichen Ordnung, der Gliederung, der Gestaltung des Inhalts, aber auch in der Sammlung und Auswahl des Materials äußern¹⁹. Auf die Rechtswissenschaft übertragen, würde dies bedeuten, daß die Lehre vom Wegfall der Geschäftsgrundlage nicht einem einzelnen Autor zugeordnet wird, der sie nur seinem Lizenznehmer offenbaren würde; schutzzfähig ist dagegen der einzelne Aufsatz und die einzelne Monographie, die sich mit dieser Lehre auseinandersetzen.

Wenn ein Programm durch die Art und Weise seiner Problemverarbeitung individuelle Züge aufweist, hängt von den Umständen des Einzelfalles ab. Besteht für den Programmierer praktisch keinerlei Spielraum für eigenständige Gestaltung, kommt kein Urheberrechtsschutz in Betracht; ein auf acht Dezimalstellen ausgelegter Taschenrechner, der die vier Grundrechenarten enthält, kann nur in bestimmter Weise programmiert werden²⁰. Umgekehrt ist bei sog. Videospiele die Entscheidungsfreiheit des Programmierers ähnlich groß wie die des Regisseurs, der einen Film dreht; am Urheberrechtsschutz besteht insoweit keinerlei Zweifel²¹. In der Literatur wird darauf hingewiesen, daß Umfang, Komplexität und Preis der angebotenen Software-Produkte dafür sprächen, daß es sich um Ergebnisse kreativer Geistestätigkeit handele²² – für triviale Programme, die sich ohne großen Einfallsreichtum herstellen lassen, wird schwerlich ein ins Gewicht fallender Preis bezahlt²³.

3. Einschätzung

Die Anwendung des Urheberrechtsgesetzes auf Computerprogramme und ihr „Beiwerk“ rechtfertigt sich nicht nur mit dem Wortlaut des § 2 UrhG. Dafür sprechen auch eine Reihe (vom *Bundesarbeitsgericht* nicht genannter) grundsätzlicher Erwägungen. Zum einen wird auf diese Weise sichergestellt, daß derjenige, der geistige Leistung und Geld investiert hat, in erster Linie vom Ergebnis

13 Vgl. BAG v. 13. 9. 83 (Fußnote *).

14 Vgl. *Kindermann* (Fußnote 10); ähnlich die Definition in den Muster-Vorschriften der Weltorganisation für geistiges Eigentum (GRUR 1979 S. 306): „Computerprogramm‘ (ist) 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.“

15 Vgl. auch zum Folgenden *Kindermann* (Fußnote 10).

16 Vgl. BAG v. 13. 9. 83 (Fußnote *); OLG Karlsruhe v. 9. 2. 83 (Fußnote 1) S. 988; *Nordemann* (Fußnote 4) S. 300.

17 Vgl. BAG v. 13. 9. 83 (Fußnote *) unter II 1b der Gründe; vgl. auch neben den vom BAG genannten Nachweisen noch OLG Karlsruhe v. 9. 2. 83 (Fußnote 1); *Nordemann* (Fußnote 4) S. 300.

18 Vgl. *BGH* v. 7. 12. 79, GRUR 1980 S. 230 – *Monumenta Germaniae Historica*.

19 Vgl. BAG v. 13. 9. 83 (Fußnote *) unter II 1b der Gründe; ähnlich *Kindermann*, „Das Nutzungsrecht am Computerprogramm“, NZA 1984 S. 210.

20 Vgl. *Nordemann* (Fußnote 4) S. 301.

21 Vgl. *Nordemann* (Fußnote 4) S. 301.

22 Vgl. *Kindermann* (Fußnote 10) S. 155.

23 Auf die Quantität der im Programm enthaltenen Einzelanweisungen will *Sieber* (Fußnote 9) S. 981 abstellen und daran einen prima-facie-Beweis knüpfen.

profitiert; auch demjenigen, der ein kopiertes Programm gutgläubig erworben hat, kann jetzt die weitere Nutzung untersagt werden. Zum zweiten wird mit dieser Lösung ein „internationales Rechtsgefälle“ vermieden, das sich zu Lasten der deutschen Wirtschaft auswirken könnte: Würde der Urheberrechtsschutz zwar im Ausland²⁴, nicht aber im Inland gewährt, könnten sich ausländische Firmen unter Umständen in rechtlich unangreifbarer Weise die hier entwickelten Programme verschaffen, während Vergleichbares in umgekehrter Richtung nicht möglich wäre. Zum dritten wird durch die Unterstellung unter das Urheberrechtsgesetz ein Problem vermieden, das im Patentrecht immer wieder auftaucht: die Blockierung des technischen Fortschritts²⁵. Das Urheberrecht entfaltet keine „Sperrwirkung“; er schließt daher nicht die eigenständige Entwicklung ähnlicher (im seltenen Extremfall: gleicher) Werke aus²⁶. Dazu kommt der „Wissenschaftsvorbehalt“, der bestimmte grundlegende Erkenntnisse, die für die weitere technologische Entwicklung wesentlich sind, von jeder Monopolisierung bei bestimmten Unternehmen oder Personen ausnimmt. Im Ergebnis ist der Entscheidung des *Bundesarbeitsgerichts* daher insoweit voll zuzustimmen.

III. Die Rechtsstellung des angestellten Programmierers

Wie sind die Rechte und Pflichten eines Arbeitnehmers beschaffen, der auf Grund eines Arbeitsvertrags Computer-Software herzustellen bzw. an ihrer gemeinsamen Entwicklung mitzuwirken hat? Die entsprechende Verpflichtung

24 Zur Rechtslage in den USA, wo seit langem ein Copyright-Vermerk erteilt und damit urheberrechtlicher Schutz gewährt wird, vgl. *Nordemann* (Fußnote 4) S. 298. Zur vergleichbaren Problematik bei Computerchips vgl. *Beise*, „Copyright für Computerchips in den USA“, RIW 1984 S. 687; *Arckens-Keustermans*, „Der US-amerikanische Semiconductor Chip Protection Act of 1984“, RIW 1985 S. 280.

25 Vgl. dazu *Däubler*, in *Däubler/Sieling-Wendeling/Welkoborsky*, Eigentum und Recht (1976), S. 177 ff. mit weit. Nachweisen.

26 Vgl. *Kolle* (Fußnote 10).

27 Vgl. *Samson*, Urheberrecht (1973), S. 151; *Sieber* (Fußnote 9) S. 982; *Vinck*, „Der Urheber im Arbeits- und arbeitnehmerähnlichen Verhältnis“, RdA 1975 S. 612.

28 Vgl. *BGH* v. 22. 2. 74, NJW 1974 S. 905 – Hummelbilder (mit Nachweisen aus der früheren Rspr.); *KG* v. 29. 11. 74, GRUR 1976 S. 264 – Gesicherte Spuren; *OLG Koblenz* v. 13. 8. 81, BB 1983 S. 992 f.; auch das *BAG* (Fußnote *) legt dies stillschweigend zugrunde.

29 Vgl. *Gaul*, AR-Blattei, „Urheberrecht I“, A II 2; *Hubmann*, Urheber- und Verlagsrecht, 5. Aufl., S. 120; *Otto Kunze*, „Arbeitnehmererfinder- und Arbeitnehmerurheberrecht als Arbeitsrecht“, RdA 1975 S. 42, 47; *Rojahn*, Der Arbeitnehmerurheber in Presse, Funk und Fernsehen (1978), S. 6; *Ulmer*, Urheber- und Verlagsrecht, 3. Aufl., S. 401; *Vinck* (Fußnote 27); *Zöllner*, Arbeitsrecht, 3. Aufl., § 14 IV.

30 Vgl. *Rojahn* (Fußnote 29) S. 7.

31 Näher dazu *Däubler*, Arbeitsrecht 2, 3. Aufl., S. 57 f.

32 Vgl. das Gesetz über Arbeitnehmererfindungen v. 25. 7. 57 (BGBl. I S. 756).

33 Vgl. *Volmer/Gaul*, ArbNErfG, 2. Aufl., Einl. Anm. 8, § 1 Anm. 7.

34 Vgl. *BGH* v. 22. 2. 74 (Fußnote 28); *KG* v. 29. 11. 74 (Fußnote 28); *OLG Karlsruhe* v. 9. 2. 83 (Fußnote 1); *OLG Koblenz* v. 13. 8. 81 (Fußnote 28); *Bollak*, „Die Rechtsstellung des Urhebers im Dienst- oder Arbeitsverhältnis“, GRUR 1976 S. 77; *Gaul* (Fußnote 29) A III 2; *Otto Kunze* (Fußnote 29); *Ulmer* (Fußnote 29) S. 402; *ders.*, SAE 1961 S. 51; *Schaub*, Arbeitsrechts-Handbuch, 5. Aufl., § 115 IX; *Zöllner* (Fußnote 29) § 14 IV.

35 Vgl. den Fall des *OLG Koblenz* v. 13. 8. 81 (Fußnote 28).

36 *Sieber* (Fußnote 9) berichtet, daß umfassende vertragliche Vereinbarungen in der Praxis selten seien.

tung kann sich aus einer ausdrücklichen Klausel im schriftlichen Arbeitsvertrag (z. B. Einstellung als „Programmierer“) ergeben, kann aber bei mündlich oder konkludent abgeschlossenen Verträgen auch aus den Umständen rückzuschließen sein. In der betrieblichen Realität ist – wie die Literatur zugesteht²⁷ – der „abhängige Urheber“ die Regel.

1. Der Arbeitnehmer als Inhaber des Urheberrechts

Rechtsprechung²⁸ und Literatur²⁹ sind sich einig: Anders als etwa im anglo-amerikanischen Rechtskreis steht das Urheberrecht dem tatsächlichen Schöpfer, d. h. dem Arbeitnehmer zu. Das Urheberrechtsgesetz bringt dies in § 43 in der Weise zum Ausdruck, daß die Vorschriften über die Einräumung von Nutzungsrechten auch dann anwendbar seien, „wenn der Urheber das Werk in Erfüllung seiner Verpflichtungen aus einem Arbeits- oder Dienstverhältnis geschaffen“ habe, und fährt dann mit der Einschränkung fort, dies gelte allerdings nur, „soweit sich aus dem Inhalt oder dem Wesen des Arbeits- oder Dienstverhältnisses“ nichts anderes ergebe. Die Grundsatzvorschrift des § 7 UrhG, wonach Urheber der Schöpfer des Werks ist, bleibt daher unberührt. Bei Gemeinschaftsarbeit entsteht ein (gesamthänderisch gebundenes) Miturheberrecht all der Beteiligten, die einen eigenständigen, schöpferischen Beitrag erbracht haben³⁰. Der allgemeine Grundsatz, wonach dem Arbeitgeber das Arbeitsergebnis automatisch zusteht³¹, wird so zugunsten einer bestimmten Form geistiger Arbeit durchbrochen. Eine Parallele findet sich nur im Recht der Arbeitnehmererfindungen³², wobei dort neben der Achtung für die schöpferische Persönlichkeit auch die Erwägung eine entscheidende Rolle spielt, einen Anreiz für die technische Entwicklung zu schaffen³³. Die in diesen Regelungen liegende Privilegierung bestimmter Arbeitnehmergruppen mag man kritisieren, weil andere Formen geistiger Arbeit vergleichbar wertschöpfend sind und körperliche Arbeit oft mit ungleich höheren Belastungen verbunden ist. Dennoch sollte niemand daran zweifeln, daß eine aus der Art der Arbeit folgende Form der Differenzierung eine der erträglichsten ist: Die Interessenvertretung der Arbeitnehmer wird sich viel eher um Probleme der Diskriminierung wegen des Geschlechts, des Alters oder der Nationalität zu kümmern haben.

2. Verpflichtung zur Übertragung der Nutzungsrechte

Auf Grund des Arbeitsvertrags ist der Arbeitnehmer-Urheber verpflichtet, dem Arbeitgeber die Nutzungsrechte an dem geschaffenen Werk zu übertragen. Dies ist allgemein anerkannt³⁴ und inhaltlich in keiner Weise zu beanstanden, da andernfalls das Arbeitsverhältnis seinen Sinn verlieren würde. Eine Abtretung des Urheberrechts als solchen ist allerdings durch § 29 Satz 2 UrhG ausgeschlossen.

Welche Nutzungsrechte im einzelnen zu übertragen sind, richtet sich nach den arbeitsvertraglichen Abmachungen. So ist es sicherlich zulässig, dem Arbeitgeber ein zeitlich unbefristetes, umfassendes Nutzungsrecht einzuräumen, das beispielsweise auch die Weiterentwicklung des Programms und die Erteilung von Lizenzen erfaßt³⁵. Rechtsprobleme ergeben sich allerdings dann, wenn keine ausdrücklichen Abmachungen getroffen wurden oder diese offensichtlich lückenhaft sind³⁶. In solchen Fällen wird

auch zugunsten des Arbeitnehmer-Urhebers die in § 31 Abs. 5 UrhG niedergelegte sog. Zweckübertragungstheorie angewandt: Danach bestimmt sich der Umfang der eingeräumten Nutzungsrechte nach dem verfolgten Zweck³⁷. Im Fall des angestellten Programmierers wird man deshalb davon ausgehen müssen, daß dem Arbeitgeber ein ausschließliches Nutzungsrecht eingeräumt werden soll, das Dritte wie auch den Arbeitnehmer selbst von einer anderweitigen Verwertung der Software ausschließt³⁸. Dabei dürfte die Einräumung der Rechte stillschweigend nach Erstellung des einzelnen urheberrechtsfähigen Werkes erfolgen³⁹. Eine „Vorweg-Abtretung“ der Rechte an noch zu schaffenden Werken bedarf nach § 40 Abs. 1 Satz 1 UrhG der Schriftform, die mangels ausdrücklicher Vereinbarung in der Regel nicht gewahrt sein wird; der Zweck des Arbeitsverhältnisses verlangt auch nicht, eine derartige Pauschalabmachung zu unterstellen⁴⁰. Zweifelhaft ist, ob der Arbeitgeber stillschweigend auch zur Überarbeitung und Weiterentwicklung des Programms nach § 23 Satz 1 UrhG ermächtigt ist. Auch dies wird im Falle des Programmierers grundsätzlich zu bejahen sein, gehört doch die Weiterentwicklung von Programmen zum typischen, überdies die meisten wirtschaftlichen Mittel in Anspruch nehmenden Arbeitsablauf⁴¹. Sehr viel zweifelhafter ist es, ob auch das Recht zur (Unter-)Lizenzierung nach § 34 UrhG im Regelfall abgetreten wurde; entscheidend wird es darauf ankommen, ob der Arbeitgeber – etwa als Software-Firma – von vornherein und erkennbar eine Überlassung an Dritte beabsichtigte oder ob es nur um die bessere Erfüllung einer sonstigen Geschäftstätigkeit ging⁴².

Der Arbeitgeber wird die ihm eingeräumten Rechte in aller Regel nutzen, ist dazu jedoch nicht verpflichtet⁴³. Unter bestimmten Voraussetzungen kann allerdings der Arbeitnehmer die übertragenen Rechte wegen Nichtausübung nach § 41 UrhG zurückrufen⁴⁴.

Anders als dem Arbeitnehmer-Erfinder steht dem Arbeitnehmer-Urheber keine gesonderte Vergütung für das Werk zu. Das Arbeitnehmer-Erfindergesetz beschränkt seinen Anwendungsbereich in den §§ 2 und 3 ausdrücklich auf Erfindungen, die patent- oder gebrauchsmusterfähig sind, sowie auf technische Verbesserungsvorschläge; eine Ausdehnung auf den nichttechnischen Bereich kommt daher nicht in Betracht⁴⁵. Der Programmierer kann jedoch dann eine zusätzliche Vergütung fordern, wenn das von ihm geschaffene Werk zu so hohen Erträgen führt, daß der verdiente Arbeitslohn in „grobem Mißverhältnis“ dazu stehen würde (§ 36 Abs. 1 UrhG)⁴⁶. Dies wird allerdings nur in Ausnahmefällen anzunehmen sein.

3. Die Persönlichkeitsrechte des Arbeitnehmer-Urhebers

Auch die Einräumung umfassender Nutzungsrechte läßt grundsätzlich die persönlichkeitsrechtlichen Befugnisse des Urhebers unberührt. Diese sind zwar nicht abtretbar, doch kann der Urheber in gewissem Umfang auf ihre Wahrnehmung verzichten. So wird etwa ein angestellter Redakteur schwerlich mit dem Argument Gehör finden, er könne über die Veröffentlichung eines von ihm eingereichten Artikels selbst entscheiden. Von solchen evidenten Fällen abgesehen ist gegenüber der Annahme eines stillschweigenden Verzichts allerdings Vorsicht geboten; da das Arbeitsverhältnis nach § 75 Abs. 2 BetrVG (zumindest auch) der Entfaltung der Arbeitnehmerpersönlichkeit dient⁴⁷, müs-

sen sehr wesentliche Arbeitgeberinteressen auf dem Spiel stehen, um bestimmte Einschränkungen zu rechtfertigen⁴⁸. Im einzelnen gilt folgendes:

Unverzichtbar ist das in § 14 UrhG garantierte Recht des Urhebers, eine „Entstellung“ seines Werks zu verbieten⁴⁹. Im hier interessierenden Zusammenhang wird dies vorwiegend dann praktisch werden, wenn das Programm in einer Weise umgestaltet wird, daß sein Verfasser als Ignorant oder jedenfalls als jemand erscheint, dessen Kenntnisse beträchtlich hinter dem allgemein erreichten Standard zurückbleiben.

Zwingend ist weiter das in § 13 Satz 1 UrhG garantierte Recht auf Anerkennung der Urheberschaft am Werk. Auch der Arbeitnehmer-Urheber kann daher dagegen vorgehen, daß seine Urheberschaft bestritten wird oder andere als Urheber bezeichnet werden⁵⁰. Abdingbar ist demgegenüber allerdings nach § 13 Satz 2 UrhG das Recht, das Werk mit einer Urheberbezeichnung, insbesondere dem Namen des Urhebers, zu versehen⁵¹. Im Arbeitsverhältnis kann ein Verzicht des Arbeitnehmers auf Namhaftmachung allerdings nur dann angenommen werden, wenn die wirtschaftliche Verwertung des Werks andernfalls leiden würde⁵² oder wenn eine Nennung als absolut aus dem Rahmen fallend empfunden würde. Bloße Branchenüblichkeit reicht nicht aus, um den Arbeitnehmer in die Anonymität zu zwingen: Für ihn verbindet sich mit dem Werk ein Stück sozialer Anerkennung; er kann gegebenenfalls auch mit einer Verbesserung seiner beruflichen Chancen rechnen, wenn sein Name in Fachkreisen bekannt wird.

37 Vgl. *KG v. 29. 11. 74* (Fußnote 28); *Bollack* (Fußnote 34); *Rojahn* (Fußnote 29) S. 9; *Schaub* (Fußnote 34) § 115 IX u. a.

38 Das BAG (Fußnote *) hat unter II 2a der Gründe diese Frage offengelassen; wie hier *OLG Koblenz v. 13. 8. 81* (Fußnote 28) S. 993; *OLG Karlsruhe v. 9. 2. 83* (Fußnote 1); *Sieber* (Fußnote 9) S. 982; *Kindermann* (Fußnote 19) S. 212.

39 Zum Fall der Meinungsverschiedenheiten über den Zeitpunkt der Vollendung des Werks vgl. *meine* weiteren Ausführungen.

40 Vgl. *Bollack* (Fußnote 34) S. 76 f.; vgl. auch *Rojahn* (Fußnote 29) S. 54.

41 Richtig *Sieber* (Fußnote 9) S. 983 gegen *OLG Karlsruhe v. 9. 2. 83* (Fußnote 1).

42 Vgl. auch *Rojahn* (Fußnote 29) S. 55 für den Fall der Weitergabe von Artikeln an andere Zeitungen.

43 Vgl. *Gaul* (Fußnote 29) A III 1b.

44 Näher dazu *Rojahn* (Fußnote 29) S. 136 mit weit. Nachweisen.

45 Ebenso die h. M.; vgl. *Otto Kunze* (Fußnote 29) S. 48; *Schaub* (Fußnote 34) § 115 IX; *Vinck* (Fußnote 27) S. 164; *Volmer/Gaul* (Fußnote 33) § 1 Anm. 17.
A. A. *Rehbinder*, „Das Arbeitsverhältnis im Spannungsfeld des Urheberrechts“, *RdA* 1968 S. 309, 312.

46 Ebenso *Bollack* (Fußnote 34) S. 78; *Gaul* (Fußnote 29) A VI 3; *Otto Kunze* (Fußnote 29) S. 48; *Schaub* (Fußnote 34) § 115 IX; *Sieber* (Fußnote 9) S. 983; *Ulmer* (Fußnote 29) S. 405; *Vinck* (Fußnote 27) S. 163.

47 Näher dazu *Däubler* (Fußnote 31) S. 183 ff.

48 Vgl. auch *Hubmann* (Fußnote 29) S. 120, der „erhebliche Interessen“ des Arbeitgebers voraussetzt.

49 Vgl. *Rojahn* (Fußnote 29) S. 120; *Vinck* (Fußnote 27) S. 164.

50 Vgl. *Fromm/Nordemann*, *UrhG*, 4. Aufl., § 13 Anm. 1; v. *Gamm*, *UrhG* (1968), § 13 Anm. 3 mit eingehenden Nachweisen aus der Rspr.; vgl. auch *Rojahn* (Fußnote 29) S. 108.

51 Für grundsätzliche Abdingbarkeit auch *BGH v. 28. 4. 72*, GRUR 1972 S. 713 – Im Rhythmus der Jahrhunderte; *KG v. 29. 11. 74* (Fußnote 28) S. 265; *Gaul* (Fußnote 29) A VII; *Hubmann* (Fußnote 29) S. 121; *Rojahn* (Fußnote 29) S. 110; *Vinck* (Fußnote 27) S. 165.

52 Vgl. *Rojahn* (Fußnote 29) S. 111: Anbringung des Namens auf einer Werbegrafik.

Außerdem wird – was die Literatur allerdings noch nicht berücksichtigen konnte – durch das Weglassen des Namens ein personenbezogenes Datum unterdrückt; dies greift aber in gleicher Weise in das durch Art. 2 Abs. 1 i. V. mit Art. 1 Abs. 1 GG garantierte Recht auf informationelle Selbstbestimmung ein wie die Weitergabe eines personenbezogenen Datums: In beiden Fällen ist der einzelne nicht mehr Herr des Erscheinungsbildes, das in der Öffentlichkeit oder in anderen sozialen Zusammenhängen von ihm existiert⁵³. Programmierer können daher grundsätzlich verlangen, daß ihr Name auf dem Programm festgehalten wird; bei Teamarbeit gilt dies für alle, die einen individuellen Beitrag geleistet haben.

Zum Persönlichkeitsrecht des Urhebers gehört weiter auch die Befugnis, darüber zu entscheiden, ob das Werk vollendet ist oder nicht. Rein rechtlich gesehen stehen Arbeitnehmer hier nicht anders als freischaffende Urheber⁵⁴, doch riskieren sie, sich gegebenenfalls den Vorwurf zu langsamem Arbeiten mit allen damit verbundenen Konsequenzen einzuhandeln. Von daher wird es relativ unwahrscheinlich sein, daß sich ein Programmierer ernsthaft der Abnahme seines Werkes widersetzt.

Probleme wirft schließlich das Recht des Urhebers auf Zugang zum einmal geschaffenen Werk zu verlangen und eine sog. Autorenkopie herzustellen (§ 25 Abs. 1 UrhG). Während sich etwa im Bereich literarischer Produktion kaum Schwierigkeiten ergeben dürften, besteht bei Computerprogrammen die Gefahr, daß die Kopie an Dritte weitergegeben und so zu Lasten des Arbeitgebers verwertet wird. Mit dieser Erwägung das Recht des § 25 Abs. 1 UrhG generell auszuschließen⁵⁵, erscheint allerdings nicht angemessen; die dort für den Verweigerungsfall vorausgesetzten „berechtigten Interessen des Besitzers“ liegen nur dann vor, wenn konkrete Anhaltspunkte für eine Mißbrauchsgefahr bestehen. Dies ist beispielsweise dann nicht mehr der Fall, wenn das Programm inzwischen veraltet ist oder wenn es sich um einen langjährigen Angestellten handelt, der entweder noch im Betrieb tätig oder ohne eigenes Verschulden ausgeschieden ist.

IV. Programmierung als Sonderleistung

Die hier abgedruckte Entscheidung des *Bundesarbeitsgerichts*⁵⁶ betraf nicht den Normalfall des Programmierers;

⁵³ Vgl. *BVerfG* v. 15. 12. 83, NJW 1984 S. 419 ff.

⁵⁴ Vgl. *Rojahn* (Fußnote 29) S. 107.

⁵⁵ Vgl. aber *Sieber* (Fußnote 9) S. 984; *Rojahn* (Fußnote 29) S. 143 f.

⁵⁶ Vgl. *BAG* v. 13. 9. 83 (Fußnote *).

⁵⁷ Vgl. *BAG* v. 24. 11. 60, AP Nr. 1 zu § 11 LitUrhG = *ArbuR* 1961 S. 125 = *GRUR* 1961 S. 491 – *Nahverkehrschronik*; *BGH* v. 28. 4. 72 (Fußnote 51).

⁵⁸ So insbes. *BAG* v. 14. 6. 72, AP Nr. 54 zu §§ 22, 23 BAT = *ArbuR* 1972 S. 380; *BAG* v. 4. 10. 72, AP Nr. 2 zu § 24 BAT = *ArbuR* 1973 S. 57; *BAG* v. 16. 2. 78, AP Nr. 31 zu § 612 BGB = *ArbuR* 1978 S. 345.

⁵⁹ Vgl. *BGH* v. 11. 11. 77, AP Nr. 30 zu § 612 BGB = *GRUR* 1978 S. 244; zustimmend *Schaub* (Fußnote 34) § 66 II 5; *Ulmer* (Fußnote 29) S. 405.

⁶⁰ Vgl. *BAG* v. 30. 4. 65, AP Nr. 1 zu § 20 ArbNErfG = *ArbuR* 1966 S. 28; zustimmend *Zöllner* (Fußnote 29) § 14 III 4.

⁶¹ Vgl. *BAG* v. 10. 6. 59, AP Nr. 5 zu § 7 AZO.

⁶² Richtig *Schaub* (Fußnote 34) § 45 V 2, § 66 II 5.

⁶³ Ebenso *BAG* v. 14. 6. 72 (Fußnote 58) Bl. 4 R; *BAG* v. 4. 10. 72 (Fußnote 58); *BAG* v. 16. 2. 78 (Fußnote 58) Bl. 2.

vielmehr ging es um einen Statiker, der mit Zustimmung des Arbeitgebers Programme erstellte, ohne dazu nach dem Arbeitsvertrag verpflichtet zu sein. Auch frühere höchstrichterliche Entscheidungen hatten eine derartige Konstellation zum Gegenstand⁵⁷. Den Arbeitsvertragsparteien steht es naturgemäß frei, den Gegenstand der Arbeitsleistung vorübergehend anders zu bestimmen, als dies im Vertrag vorgesehen ist. Eine förmliche Abänderung wird nicht gewollt sein, wenn es sich (wie auch in dem vom *Bundesarbeitsgericht* entschiedenen Fall) um eine vorübergehende Programmierstätigkeit handelt.

Auch in einem solchen Fall bestimmt sich die Rechtsstellung des Arbeitnehmer-Urhebers in erster Linie nach den getroffenen Vereinbarungen; dies gilt für eine mögliche Zusatzvergütung ebenso wie für den Umfang der übertragenen Nutzungsrechte und die Einschränkung persönlichkeitsrechtlicher Befugnisse. Fehlen ausdrückliche Abmachungen, so wird man in der „Einbringung“ des Werks in das Arbeitsverhältnis mit dem *Bundesarbeitsgericht* sicherlich die Einräumung von Nutzungsrechten erblicken können. Anders als in dem bisher erörterten Fall ist allerdings hinsichtlich des Umfangs der gewährten Nutzungsmöglichkeiten Zurückhaltung angemessen; so kann man dem Arbeitnehmer nicht unterstellen, dem Arbeitgeber ein ausschließliches Verwertungsrecht einzuräumen und damit auf jede eigene Nutzung zu verzichten.

Das eigentliche Problem liegt allerdings in der Vergütungsfrage. Das *Bundesarbeitsgericht* hat in seinem dritten Leitsatz hervorgehoben, eine Vergütungsvereinbarung könne den Umständen zu entnehmen sein; in den Entscheidungsgründen selbst hat es aber so gut wie nichts dazu ausgeführt, wann solche Umstände anzunehmen seien. Legt man allein die hier besprochene Entscheidung zugrunde, wird daher der Arbeitnehmer nur ausnahmsweise in den Besitz einer Zusatzvergütung gelangen. Erstaunlicherweise hat das *Bundesarbeitsgericht* jedoch seine langjährige eigene Rechtsprechung nicht berücksichtigt, wonach der Arbeitnehmer ein zusätzliches Entgelt beanspruchen kann, wenn er – verglichen mit der im Arbeitsvertrag vorgesehenen – eine qualitativ höherwertige Tätigkeit übernimmt⁵⁸. Dies ist beispielsweise dann der Fall, wenn eine für Schreib- und Hilfsarbeiten bei der Fertigung eines Buchmanuskripts eingestellte Sekretärin eigene schöpferische Beiträge erbringt⁵⁹. Auch bei nichttechnischen Verbesserungsvorschlägen hat die Rechtsprechung dies jedenfalls dann angenommen, wenn der Arbeitgeber effektiv von der Sonderleistung des Arbeitnehmers profitierte⁶⁰. Gegenüber dem unsicheren Rückschluß auf einen meist fiktiven Vereinbarungswillen der Arbeitsvertragsparteien hat dies den Vorzug, allein an objektiv gegebenen Größen anzuknüpfen. Genauso wie für eine quantitative Überschreitung der Arbeitsleistung in Form von Überstunden eine Vergütung verlangt werden kann⁶¹, ist dies auch bei qualitativer Mehrleistung der Fall⁶². In der Regel wird die Programmierstätigkeit eine „Sonderleistung“ in diesem Sinne darstellen, doch sind natürlich auch Fälle denkbar, in denen der Arbeitnehmer eine andere gleichwertige Aufgabe zu erfüllen hatte.

Die Höhe der Vergütung bestimmt sich nach dem entsprechend anwendbaren § 612 BGB⁶³. Das bedeutet, daß die Differenz zur betriebs- und branchenüblichen Bezahlung der Programmierstätigkeit zu vergüten ist⁶⁴. Wird der

Arbeitnehmer auf diesem Wege Miturheber des Arbeitgebers, so ist § 8 Abs. 3 UrhG anzuwenden⁶⁵. Die wirtschaftliche Gleichstellung mit einem Arbeitnehmer, der kraft Arbeitsvertrags zur Herstellung von Programmen verpflichtet ist, hat zur Folge, daß nach Beendigung des Arbeitsverhältnisses grundsätzlich keine Ansprüche mehr bestehen: Eine auf Dauer angelegte Verpflichtung des Arbeitgebers bedürfte in der Tat besonderer Vereinbarung.

V. Programmierfähigkeit außerhalb des Arbeitsverhältnisses

1. Verwendung von Arbeitszeit oder Betriebsmitteln des Arbeitgebers

Entwirft der Arbeitnehmer auf eigene Faust Programme, so kann dies eine Verletzung des Arbeitsvertrags darstellen, wenn er dafür Arbeitszeit oder die Rechenanlage des Arbeitgebers in Anspruch nimmt. Automatisch ist dies aber keineswegs der Fall. Wird etwa die übernommene Arbeitsaufgabe termingerecht erledigt, so braucht der Arbeitnehmer nicht immer mit Sanktionen zu rechnen, wenn er übrigbleibende Zeit für eigene Zwecke verwendet. Auch ist es denkbar, daß den Umständen nach keine Einwände gegen die Benutzung der Rechenanlage zu erwarten sind.

Fraglich kann nur sein, ob der Arbeitnehmer die von ihm entwickelten Programme dem Arbeitgeber zur ausschließlichen Nutzung anbieten muß. Von einem Teil der Literatur wird eine entsprechende Pflicht des Arbeitnehmers aus analoger Anwendung des Arbeitnehmer-Erfindergesetzes⁶⁶ oder aus der Treupflicht⁶⁷ abgeleitet. Dem kann nicht zugestimmt werden.

Was die fehlende Anwendbarkeit des Arbeitnehmer-Erfindergesetzes auf den Urheber betrifft, so kann auf oben Gesagtes⁶⁸ verwiesen werden. Hinzu kommt im vorliegenden Zusammenhang, daß die entsprechende Anwendung *nur* der Regel über die Anbieterspflicht eine Selektion zu Lasten des Arbeitnehmer-Urhebers bedeuten würde: Da die Vorschriften über den Vergütungsanspruch unbestrittenmaßen nicht herangezogen werden, stünde er schlechter als der angestellte Erfinder. Die Konstruktion einer im Urheberrecht verbliebenen Lücke mag plausibel sein⁶⁹, doch existiert sie genauso bei der in den §§ 31 ff. UrhG nicht geregelten Vergütungsfrage. Wenn sich der eindeutigen Vorschrift des § 2 ArbNErfG wegen dabei eine Analogie verbietet, muß dies genauso im vorliegenden Zusammenhang gelten.

Auch die Treupflicht vermag ein entsprechendes Ergebnis nicht zu rechtfertigen. Zum einen sind schon gegen ihre Existenz gravierende Bedenken anzumelden – da sie der Rechtsgrundlage entbehrt⁷⁰. Zum zweiten geht es nicht an, zu Lasten des Arbeitnehmers eine Pflicht zu konstruieren, die den Umfang des arbeitsvertraglich vereinbarten Einsatzes der Arbeitskraft erweitert; es kann nicht Aufgabe von Nebenpflichten sein, das von den Vertragsparteien festgelegte Gleichgewicht von Leistung und Gegenleistung zu verschieben⁷¹. Schließlich hat der Arbeitgeber alle Möglichkeiten, bei Abschluß oder Änderung des Arbeitsvertrages entsprechende Abmachungen durchzusetzen. Es besteht kein Anlaß, daß die Rechtsprechung durch eine extensive Handhabung der Treupflicht ihm insoweit die

Arbeit abnimmt – ganz abgesehen davon, daß bei der Verwendung von Formularverträgen sowieso in Zweifelsfällen diejenige Auslegung zu wählen ist, die zu Lasten des Verwenders, d. h. des Arbeitgebers geht⁷². Zutreffend ist deshalb in Rechtsprechung⁷³ und Literatur⁷⁴ von „gelegentlich des Dienstverhältnisses geschaffenen Werken“ die Rede, bei denen keine Anbieterspflicht besteht.

Der Arbeitgeber wird durch diese Auffassung keineswegs schutzlos gestellt. Durch entsprechende Anweisungen kann er die Benutzung der Betriebsmittel wie der Arbeitszeit für eigene Zwecke des Arbeitnehmers deutlich ausschließen und bei Zuwiderhandlungen eine Abmahnung aussprechen. Auch ist der Arbeitnehmer in der Verwertung des Programms keineswegs frei: Solange das Arbeitsverhältnis besteht, unterliegt er nach herrschender Auffassung einem Wettbewerbsverbot, das ihm jegliche Geschäfte in der Branche seines Arbeitgebers verbietet⁷⁵. Er darf das Programm daher nicht an einen Konkurrenten des Arbeitgebers verkaufen; ist dieser selbst eine Software-Firma, kommt überhaupt keine entgeltliche Veräußerung in Betracht.

Hatte der Arbeitgeber ausdrücklich eine Anbieterspflicht vereinbart, so muß er bei Inanspruchnahme der Nutzungsrechte ein verkehrsübliches Honorar bezahlen. Macht er vom Angebot des Arbeitnehmers keinen Gebrauch, ist dieser in der Verwertung frei⁷⁶.

2. Programmierung ohne Bezug zum Betrieb

Das eben Gesagte gilt erst recht, wenn der Arbeitnehmer seiner Tätigkeit ausschließlich in der Freizeit nachgeht und auch die Rechenanlage des Arbeitgebers nicht benutzt. Insoweit liegt ein ganz „normaler“ Fall von Nebentätigkeit vor, die nur dann im Arbeitsvertrag verboten werden kann, wenn sich der Arbeitgeber mit guten Gründen auf berechnete Interessen zugunsten einer derartigen Enthaltensamkeit beruft⁷⁷. Die Tatsache, daß der Arbeitnehmer gegebenen-

64 Für einen Vergütungsanspruch auch die Vorinstanz LAG Schleswig-Holstein v. 24. 6. 81, BB 1983 S. 994 f.

65 Vgl. BGH v. 11. 11. 72 (Fußnote 59).

66 Vgl. Rojahn (Fußnote 29) S. 158 mit weit. Nachweisen.

67 Vgl. Gaul (Fußnote 29) A III 3 (bei Verwendung von Anregungen des Betriebs); Vinck (Fußnote 27) S. 164 (bei Verwendung von Betriebsmitteln).

68 Vgl. meine Ausführungen bei Fußnote 45.

69 Vgl. Rojahn (Fußnote 29) S. 157 ff.

70 Näher dazu Däubler (Fußnote 31) S. 182 ff. mit weit. Nachweisen.

71 Vgl. Eike Schmidt, „Zur Ökonomie ergänzender Vertragspflichten unter besonderer Berücksichtigung von Konkurrenzschutzgebieten“, JA 1978 S. 597 ff.

72 Vgl. BAG v. 21. 12. 70, AP Nr. 1 zu § 305 BGB Billigkeitskontrolle = ArbuR 1971 S. 310; zur Ausgleichsquittung vgl. Preis, „Abschied von der Ausgleichsquittung?“, ArbuR 1979 S. 97. Bei Allgemeinen Geschäftsbedingungen findet sich eine entsprechende „Unklarheitenregel“ in § 5 AGB-G.

73 Vgl. BGH v. 22. 2. 74 (Fußnote 28).

74 Vgl. Hubmann (Fußnote 29) S. 127; Otto Kunze (Fußnote 29) S. 47; Schaub (Fußnote 34) § 115 IX; Ulmer (Fußnote 29) S. 403.

75 Vgl. BAG v. 17. 10. 69, AP Nr. 7 zu § 611 BGB Treupflicht; BAG v. 16. 6. 76, NJW 1977 S. 646.

76 Vgl. Gaul (Fußnote 29) A III 3.

77 Vgl. BAG v. 13. 6. 58, AP Nr. 6 zu Art. 12 GG; BAG v. 3. 12. 70, ArbuR 1971 S. 309 = DB 1971 S. 581; BAG v. 26. 8. 76, ArbuR 1977 S. 156 = DB 1977 S. 544.

falls an betriebliche Erfahrungen anknüpft, ist ohne jede Bedeutung⁷⁸. Ausdrücklich betont *Schaub*, ein Techniker

78 Vgl. *Ulmer* (Fußnote 29) S. 402.

79 Vgl. *Schaub* (Fußnote 34) § 57 V 3.

sei nicht gehindert, privat ein technisches Verfahren zu entwickeln, durch das die Produktionsmethoden seines Arbeitgebers unrentabel würden⁷⁹ – eine Auffassung, der zuzustimmen ist, soweit im konkreten Fall nicht das Wettbewerbsverbot entgegensteht. Die Freizeit gehört dem Arbeitnehmer.