

durchaus möglich, unter Bezug auf § 53 Abs.2 Nr.1 (wissenschaftlicher Gebrauch) und § 53 Abs.2 Nr.4a (kleine Teile eines Textes und einzelne Beiträge) eine umfassende Datenbank zu erstellen. Dabei überschneiden sich beide Regelungen weitgehend, aber nicht in allen Punkten. So können zur Erstellung einer wissenschaftlichen Arbeit auch große Teile von Büchern und Zeitschriftenausgaben in eine Datenbank aufgenommen werden, hingegen ist die Generalklausel für kleine Teile eines Textes und einzelne Beiträge uneingeschränkt auf jede Art eigener Nutzung anwendbar.

## VI. Ergebnis

Zusammenfassend läßt sich feststellen, daß grundsätzlich alle nichtamtlichen juristischen Texte durch das Urheberrecht gegen die Einspeicherung in eine Computerdatenbank geschützt sind. Durch die Erstellung von Abstracts, also von inhaltsverdeutlichenden Besprechungen eines Textes, entsteht ein neues Urheberrecht. Diese Abstracts können unbedenklich in Datenbanken aufgenommen werden, und sind gegen die Auf-

nahme in andere Datenbanken durch das Urheberrecht geschützt. Amtliche Texte, mithin Gesetze und Urteile, sind gem. § 45 UrhG vom Urhebergesetz nicht geschützt. Sie können in jede Datenbank aufgenommen werden. Auch an den, in den verschiedenen juristischen Zeitschriften veröffentlichten, gekürzten Urteilen entsteht kein Urheberrecht, so daß diese in Datenbanken eingespeichert werden können. Andererseits bestehen gem. § 4 UrhG Urheberrechte an den verschiedenartigen juristischen Sammelwerken. So sind in der Regel Urteilssammlungen und Zeitschriften auch unter dem Gesichtspunkt des Sammelwerkes urheberrechtlich geschützt. Soll eine Datenbank nicht allgemein, sondern nur dem beschränkten Benutzerkreis innerhalb einer juristischen Person zugänglich sein, so unterliegt diese dem weit eingeschränkten Urheberrecht des § 53 Abs.2 UrhG. Für den Fall, daß eine Datenbank für ein konkretes Forschungsobjekt erstellt wird, sind alle wissenschaftlich gebotenen Texte frei einspeicherbar. Sollen nur kleine Teile eines Textes oder nur einzelne Beiträge einer Zeitschrift in die Datenbank aufgenommen werden, so ist dies innerhalb einer juristischen Person unbeschränkt möglich.

## Das Recht des Anwenders zur Vervielfältigung urheberrechtlich geschützter Computersoftware (Teil 2)

Jochen P. Marly

### 4. Die Herstellung der verschiedenartigen Vervielfältigungen von Computersoftware und das jeweilige Einverständnis des Urheberrechtsinhabers

#### a) Notwendige Vervielfältigungen in den Arbeitsspeicher und auf Massenspeicher

Mit dem oben erwähnten Verständnis des Softwareüberlassungsvertrags läßt sich aus den genannten Gründen nur für den Regelfall der Vervielfältigung in den Arbeitsspeicher ein interessengerechtes Ergebnis begründen. Es erscheint jedoch möglich, eine etwas generellere Begründung zu liefern, die sich auf sämtliche Vervielfältigungen übertragen läßt und deshalb besser geeignet ist, eine allgemeingültige Lösungsvorgabe abzugeben. Dabei kann es dahingestellt bleiben, welche exakte rechtliche Einordnung ein Überlassungsvertrag über Computersoftware zu erfahren hat<sup>63</sup>. Wenngleich die rechtliche Einordnung eines derartigen Überlassungsvertrags<sup>64</sup> für die Inhaltsbestimmung der einzelnen vertraglichen Rechts und Pflichten von Bedeutung sein kann<sup>65</sup>, so besteht doch weitgehende Übereinstimmung darüber, daß dem Anwender durch einen Softwareüberlassungsvertrag die Nutzung der entsprechenden Software erlaubt werden soll, daß also bei urheberrechtlich nicht geschützter Software die schlichte Überlassung des Programms zur Nutzung vereinbart wird<sup>66</sup> und bei urheberrechtlich geschützter Software dem Anwender zumindest „nebenbei“<sup>67</sup> noch die urheberrechtsrelevanten Nutzungsrechte eingeräumt werden müssen, die für die Benutzung des Datenverarbeitungsprogramms notwendig sind<sup>68</sup>. Aus diesem Grund kann im Rahmen der hier angestellten Untersuchung allein auf den nutzungsrechtlichen Vertragsteil abgestellt wer-

den und die bei der Beurteilung anderer Fragen möglicherweise notwendigen Unterscheidungen zwischen Individual- und Standardsoftware einerseits und der zeitlich begrenzten oder unbegrenzten Überlassung unterbleiben.

Zur Verdeutlichung des im Rahmen der hier unternommenen Untersuchung angestrebten neuen Lösungskonzepts muß nun zunächst klar herausgestellt werden, weshalb nach Auffassung der oben genannten Stimmen in der Literatur in der Regel eine konkludent erteilte Vervielfältigungsmöglichkeit vorliegen soll. Entscheidender Gesichtspunkt ist hierbei, daß die Vervielfältigung in den Arbeitsspeicher einen notwendigen Be-

63) Vgl. zu den verschiedenen hierzu vertretenen Meinungen BGH NJW 1988, 406, 407; Bömer, a.a.O., S.45 ff.; Brandi-Dohrn, Die gewährleistungsrechtliche Einordnung des Software Überlassungsvertrages, CuR 1986, 63 ff.; Kindermann, a.a.O., GRUR 1983, 150, 155 ff.; Mehrings, Zum Wandlungsrecht beim Erwerb von Standardsoftware, NJW 1988, 2438, 2439; ders. Computersoftware und Gewährleistungsrecht, NJW 1986, 1904, 1905; Dörner/Jersch, a.a.O., IuR 1988, 137 ff.; Hoeren, a.a.O., CuR 1988, 908 ff.; ders., a.a.O., GRUR 1988, 340 ff. Engel, Mängelansprüche bei Software-Verträgen, BB 1985, 1159; in der Regel wird die Einordnung danach vorgenommen, ob die Überlassung in kauf, miet oder werkvertragsähnlichen Formen erfolgt.

64) Im nachfolgenden wird von Softwareüberlassungsverträgen gesprochen, ohne daß damit eine rechtliche Einordnung dieses Vertragstyps verbunden wird. Der Begriff der Überlassung hat keine juristisch feststehende Bedeutung, so daß er das Ergebnis rechtlicher Zuordnung nicht vorwegnimmt; vgl. hierzu Junker, a.a.O., Rdn. 314.

65) Vgl. BGH BB 1987, 1277, 1278

66) Vgl. Junker, a.a.O., Rdn.352

67) Dörner/Jersch, a.a.O., IuR 1988, 137, 140 bezeichnen diese vertragliche Nebenpflicht als von völlig untergeordneter Bedeutung.

68) Vgl. Engel, a.a.O., BB 1985, 1160; Kindermann, a.a.O., GRUR 1983, 150, 155 ff.

standteil der Benutzung von Computersoftware darstellt<sup>69</sup> und deshalb die Einräumung eines Anwendernutzungsrechts seitens des Berechtigten nicht nur regelmäßig, sondern notwendigerweise die diesbezügliche Einwilligung zur Vervielfältigung umfaßt<sup>70</sup>. Nur wenn man zwar gesetzessystematisch korrekt, aber unter dem Gesichtspunkt der Softwareanwendung nicht praktikabel zwischen Nutzung und Vervielfältigung in den Arbeitsspeicher eine künstliche Trennlinie zu ziehen versucht, können die im Rahmen eines Softwareüberlassungsvertrags angestrebte Einräumung eines Nutzungsrechts und die Einwilligung zur Vervielfältigung auseinanderklaffen. Da letzteres jedoch bereits im Rahmen der Einräumung eines Nutzungsrechts Probleme aufwirft, weil eine Nutzung ohne die hier diskutierte Vervielfältigung nicht möglich erscheint<sup>71</sup>, verlagert sich die dan zu beantwortende Frage dahin, ob in einem solchen Fall überhaupt ein Nutzungsrecht eingeräumt werden, ob also überhaupt ein Softwareüberlassungsvertrag geschlossen werden sollte. Liegt indes ein Softwareüberlassungsvertrag und damit eine ordnungsgemäße Vergabe eines Nutzungsrechts vor, so entfallen die in der Literatur befürchteten Probleme.

Damit wird deutlich, daß zumindest die hier angesprochene Art der Vervielfältigung ein notwendiger Teil des Softwareanwenders eingeräumten Nutzungsrechts ist und deshalb die gesetzessystematisch vorgegebene differierende Behandlung von Nutzung und Vervielfältigung einer urheberrechtlich geschützten Werke bei Computerprogrammen insoweit nicht durchgehalten werden kann<sup>72</sup>. Vielmehr ist der Inhaber eines Softwareanwenders gem. § 31 II UrhG berechtigt, das ihm überlassene Datenverarbeitungsprogramm auf die ihm erlaubte Art im Sinne der Einspeicherung in den Arbeitsspeicher zu nutzen, ohne daß es auf die besondere nach § 53 IV S.2 UrhG erforderliche Einwilligung noch ankommen kann. Festgehalten werden kann daher an dieser Stelle, daß die Vervielfältigung eines Datenverarbeitungsprogramms in den Arbeitsspeicher seitens eines Softwareanwenders zum bestimmungsgemäßen Gebrauch der Software zählt<sup>73</sup>, die ihm als Teil seines Nutzungsrechts gem. § 31 II UrhG in Verbindung mit dem entsprechenden Softwareüberlassungsvertrag erlaubt ist, ohne daß ein Regelungs- und Anwendungsbereich für § 53 IV S.2 UrhG verbliebe.

Über das somit erlangte Ergebnis hinaus folgt aus den oben dargelegten Ausführungen aber auch, daß nicht nur eine Vervielfältigung in den Arbeitsspeicher zulässig ist, sondern auch für den Lauf eines Datenverarbeitungsprogramms erforderliche Kopien auf Massenspeicher – wie etwa eine Festplatte – vom rechtmäßigen Softwareanwender angefertigt werden dürfen, weil es sich auch insofern um notwendige Vervielfältigungen handelt. Auch solche Kopien sind mit dem bestimmungsgemäßen Gebrauch untrennbar verbunden<sup>74</sup> und zählen deshalb zwangsläufig zu der durch den Softwareüberlassungsvertrag erlaubten Nutzung i.S.d. § 31 II UrhG.

b) Nicht notwendige, sondern lediglich gebotene Vervielfältigungen

Größere Schwierigkeiten als die Beurteilung der Zulässigkeit notwendiger Vervielfältigungsstücke von Computersoftware bereitet die Bewertung des Vervielfältigungsrechts im Hinblick auf die nicht notwendigen, sondern lediglich gebotenen Kopien. Dabei wird unter einer gebotenen Vervielfältigung im nachfolgenden eine Kopie der Computersoftware verstanden,

die für den Programmlauf zwar nicht unbedingt erforderlich ist, deren Anfertigung sich jedoch aus anderen Gründen rechtfertigt. Hauptanwendungsfall dieser Gruppe sind die sog. Sicherheitskopien oder Backups, die nicht nur etwa zum Schutz gegen den gefürchteten Head Crash einer Festplatte<sup>75</sup> dienen, sondern auch eine zusätzliche Sicherheit für den Fall bieten, daß eine Diskette bzw. ein Magnetband außerhalb des Computers zerstört oder Daten versehentlich gelöscht oder überschrieben werden. Zu Recht wird deshalb in vielen Computer- und Softwarehandbüchern darauf hingewiesen, daß die Anfertigung von Sicherheitskopien von größter Wichtigkeit ist<sup>76</sup>.

Im Hinblick auf die Beurteilung der Zulässigkeit derartiger gebotener Kopien stellt sich nun die Frage, ob solche Vervielfältigungen zum bestimmungsgemäßen Gebrauch zählen, der dem Inhaber des Nutzungsrechts erlaubt ist oder ob es sich hier um ein selbständiges Bedürfnis der Computerpraxis handelt, das diesem Bereich nicht mehr zugerechnet werden kann.

aa) Das Vorhandensein einer ausdrücklichen vertraglichen Kopiererlaubnis

Zur Beantwortung dieser Frage, ob ein bestimmungsgemäßer und damit erlaubter Gebrauch vorliegt, muß zunächst die entsprechende vertragliche Vereinbarung im Softwareüberlassungsvertrag herangezogen werden. Zahlreiche Softwarehersteller empfehlen ihren Kunden, das überlassene Programm auf sog. Arbeitsdisketten zu kopieren und die Originaldisketten an einem sicheren Ort gesondert aufzubewahren. In diesen Fällen zählt die Anfertigung einer entsprechenden Kopie ausdrücklich zum bestimmungsgemäßen und damit erlaubten Gebrauch i.S.d. § 31 II UrhG, so daß sich diesbezüglich keinerlei Schwierigkeiten ergeben und der Anwender ein rechtmäßiges Vervielfältigungsstück anfertigen darf.

bb) Das Fehlen einer ausdrücklichen vertraglichen Regelung

Anders stellt sich die Sachlage indes dann dar, wenn keine ausdrückliche vertragliche Vereinbarung getroffen wurde. In diesen Fällen stellt sich die Frage, ob die Anfertigung gebotener

69) Vgl. hierzu die eingehende Beschreibung der bei der Nutzung von Computerprogrammen ablaufenden Vorgänge bei Kindermann, a.a.O., GRUR 1983, 150, 154 f.; die getroffene Feststellung gilt unabhängig davon, ob eine Speicherung im RAM-Bereich eines Arbeitsspeichers oder durch Einsatz eines ROM-Speicherbausteins erfolgt, der ebenfalls zum Arbeitsspeicher zählt. Im nachfolgenden soll der Einfachheit halber nur noch von Einspeicherung in den Arbeitsspeicher gesprochen werden.

70) Vgl. Bartsch, a.a.O., CuR 1987, 8, 10 demzufolge die Befugnis zum Einlesen des Programms in den Rechner Bestandteil der erteilten urheberrechtlichen Nutzungsbefugnis ist. Hoeren, a.a.O., CuR 1988, 908, 912, bezeichnet den Ladevorgang unter Außerachtlassung interner Festwertspeicher als das „EDV technische Synonym für Nutzung des Programms“.

71) So lautet z. B. der Lizenzvertrag für IBM-Programme: „Nutzung ist jedes ganze oder teilweise Kopieren (Einspeichern) von maschinenlesbarem Lizenzmaterial in die bestimmte Maschine zum Zwecke der Verarbeitung der darin enthaltenen Instruktionen oder Daten“ zitiert nach Hoeren, a.a.O., CuR 1988, 908, 912

72) A.A. Buchmüller, a.a.O., S.17 f., der eine Unterscheidung für erforderlich hält und deshalb den Vervielfältigungsbegriff eng auslegen will.

73) Vgl. Kindermann, a.a.O., GRUR 1983, 150, 157

74) Eine Aufzählung der einzelnen für die Nutzung von Computersoftware erforderlichen Vervielfältigungen gibt Kindermann, a.a.O., GRUR, 1983, 150, 154 f.

75) Vgl. Schieb, Das große AT-Buch, 1988, S.148

76) Beispielhaft sei hier nur auf das DOS-Handbuch der Firma Commodore S. 2-10 hingewiesen.

Vervielfältigungsstücke zu der dem Anwender erlaubten Nutzung zählt oder ob derartige Vervielfältigungen dem Kopierverbot unterfallen.

Zur Beantwortung dieser Frage ist mangels einer vertraglichen Bezeichnung für die Bestimmung des Nutzungsumfangs gem. § 31 V. UrhG zunächst der mit der Einräumung des Nutzungsrechts verfolgte Zweck heranzuziehen. Dieser kann bei einem Softwareüberlassungsvertrag in Anlehnung an die in § 1 I der Mustervorschriften für den Schutz von Computer-Software niedergelegte Definition eines „Computer-Programms“<sup>77</sup> in seinem Mindestinhalt dahingehend umschrieben werden, daß der Anwender durch die Überlassung des Datenverarbeitungsprogramms in die Lage versetzt werden soll, eine Maschine mit informationsverarbeitenden Fähigkeiten eine bestimmte Funktion oder Aufgabe oder ein bestimmtes Ergebnis anzuzeigen, auszuführen oder erzielen zu lassen. Dementsprechend ließen sich die Mindestpflichten des Überlassers in der Eröffnung einer tatsächlichen Nutzungsmöglichkeit<sup>78</sup>) und in der Verschaffung der für die Vervielfältigung in den Arbeitsspeicher oder der Anfertigung sonstiger notwendiger Vervielfältigungen erforderlichen Nutzungsrechte umschreiben.

Unbeantwortet bleibt bei dieser auf den reinen Programmlauf abstellenden Zweckbestimmung indes, ob zu einer sachgemäßen Nutzung nicht auch die Vornahme derjenigen Handlungen zählt, die der Aufrechterhaltung eines störungsfreien Weiterfunktionierens dienen, wozu die Anfertigung von gebotenen Vervielfältigungen, insbesondere die Herstellung von Sicherheitskopien, zu zählen sein könnte<sup>79</sup>. Diesbezüglich hilft jedoch auch die Vorschrift des § 31 V. UrhG unmittelbar nicht wesentlich weiter.

Aus diesen Gründen erscheint ein Rückgriff auf die Auslegungsvorschriften der §§ 133, 157 BGB<sup>80</sup> notwendig, so daß die entsprechende Verkehrssitte als die den Verkehr tatsächlich beherrschende Übung herangezogen werden muß. Verkehrssitte im Umgang mit Datenverarbeitungsprogrammen ist jedoch die allgemein für höchst wichtig gehaltene Anfertigung von Sicherheitskopien zum Schutz vor den oben bereits erwähnten Gefahren der Zerstörung oder des versehentlichen Löschsens der betreffenden Software<sup>81</sup>. Entsprechend dieser Verkehrssitte kann beim Fehlen einer ausdrücklichen vertraglichen Regelung davon ausgegangen werden, daß für die hier diskutierte Anfertigung von gebotenen Vervielfältigungsstücken eine derartige Einwilligung des Berechtigten vorliegt<sup>82</sup>.

Aus den dargelegten Überlegungen ergibt sich, daß es zwar begrüßenswert gewesen wäre, hätte der Gesetzgeber für die Herstellung von Sicherheitskopien eine ausdrückliche Regelung geschaffen, wie sie etwa in anderen Rechtsordnungen besteht<sup>83</sup>. Notwendig war eine derartige Regelung indes nicht, da nach dem hier vertretenen Verständnis des § 53 IV S.2 UrhG in Verbindung mit der oben angeführten Verkehrssitte Sicherheitskopien vom Anwender zumindest dann angefertigt werden dürfen, wenn eine ausdrückliche vertragliche Regelung fehlt<sup>84</sup>. Deshalb ist es in dieser Pauschalität nicht zutreffend, davon zu sprechen, § 53 IV S.2 UrhG führe dazu, daß Sicherheitskopien vom Programmhersteller bezogen werden müßten<sup>85</sup>.

Betont werden muß jedoch an dieser Stelle, daß die angeführte Verkehrssitte im Umgang mit Computersoftware lediglich für die Herstellung einer einzelnen körperlich fixierten dauerhaften Vervielfältigung herangezogen werden kann, weil weitere Vervielfältigungen zum Schutz vor den genannten Gefahren nicht notwendig sind und die Herstellung derartiger Kopien auch nicht der Verkehrssitte entspricht. Dieser Gedanke führt indes zugleich zur Frage nach der Zulässigkeit der Herstellung überzähliger Vervielfältigungsstücke, auf die jedoch erst unten<sup>86</sup> eingegangen werden soll.

### c) Vertragliches Kopierverbot und Kopierschutz

Eine wiederum veränderte Sachlage im Rahmen der hier untersuchten Fallgruppe der gebotenen Vervielfältigungsstücke besteht dann, wenn die Anfertigung von lediglich gebotenen Vervielfältigungsstücken der Computersoftware vertraglich expressis verbis verboten wurde oder wenn zwar kein ausdrückliches Verbot vorliegt, die Vervielfältigung aber durch einen sogenannten Kopierschutz verhindert werden soll<sup>87</sup>. Dabei wird im nachfolgenden unter dem Begriff des Kopierschutzes eine Routine im Datenverarbeitungsprogramm verstanden, die verhindert, daß mit dem normalen Copy-Befehl eine Ver-

77) Vgl. die Mustervorschriften für den Schutz von Computer Software, abgedruckt in GRUR 1979, 306; zur Definition der Computersoftware auch Kindermann, a.a.O., GRUR 1983, 150

78) Vgl. OLG Schleswig ZIP 1982, 457, 458; Mehrings, a.a.O., NJW 1986, 1904, 1905

79) in dieser Richtung wohl Bartsch, a.a.O., CuR 1987, 8, 10 Fußn.12 und 13

80) Bei der Ermittlung des Vertragszwecks ist unter Berücksichtigung der überwiegend anerkannten Regel, daß ein Verwertungsrecht im Zweifel beim Urheber verbleibt, ein Rückgriff auf Treu und Glauben und die Verkehrssitte nicht ausgeschlossen; vgl. BGH GRUR 1986, 885, 886; Schricker/Schricker, a.a.O., Vor §§ 28 ff. Rdn.67 und §§ 31/32 Rdn.41f.; Bappert/Maunz/Schricker, Verlagsrecht, 2.Aufl. 1984, § 8 Rdn.5b (S.257); Dünnwald, Spielfilmauswertung und Zweckübertragungstheorie, GRUR 1973, 245, 248 stellt bei Standardverträgen allein auf die Branchenüblichkeit ab; a.A. Fromm/Nordemann/Hertin, a.a.O., §§ 31/32 Rdn.25, der § 157 BGB durch § 31 V. UrhG verdrängt sieht.

81) Röttinger, a.a.O., IuR 1986, 12, 16 verweist auf die Übung der Software-Industrie zur Herstellung von Sicherheitskopien. Eine diesbezügliche Übung findet sich aber bei allen Softwarenutzern und ist deshalb verallgemeinerungsfähig. Wie hier auch Bartsch, a.a.O., CuR 1987, 8, 10 Fußn.13, der ausführt, ein sachgerechter Datenbetrieb sei ohne diese Sicherung nicht vorstellbar.

82) Haberstumpf, a.a.O., CuR 1987, 409, 415 unterstellt hinsichtlich der Anfertigung von Sicherheitskopien eine „zumindest stillschweigende“ Rechteinräumung; vorsichtiger Kindermann, a.a.O., GRUR 1983, 150, 159, der ausführt, eine Anfertigung von Sicherheitskopien „könne“ zum Vertragszweck zählen. Sehr dezidiert Bartsch, a.a.O., CuR 1987, 8, 10 Fußn.13, der meint, ein Hersteller oder Lieferant handele rechtsmißbräuchlich, wenn er die Anfertigung von Sicherheitskopien verwehre.

83) Vgl. die Hinweise bei Röttinger, a.a.O., IuR 1986, 12, 16 auf die französischen und amerikanischen Bestimmungen, letztere abgedruckt bei Bauer, a.a.O., CuR 1985, 5, 8 Fußn.28

84) anders die bislang überwiegende Auffassung; vgl. etwa Röttinger, a.a.O., IuR 1986, 12, 16; Bauer, a.a.O., CuR 1985, 5, 8; Schricker/Loewenheim, a.a.O., § 53 Rdn.40; im Ergebnis wie hier nur Bartsch, a.a.O., CuR 1987, 8, 10.

85) so aber ausdrücklich Schricker/Loewenheim, a.a.O., § 53 Rdn.40

86) Vgl. hierzu unten 5.

87) Auf die Tatsache, daß die Verhinderung unzulässigen Vervielfältigens durch einen Kopierschutz in der Praxis nicht zu erzielen ist, da der Kopierschutz häufig unterlaufen wird, verweisen Loewenheim, a.a.O., CuR 1988, 800 und Mehrings, Juristische und ökonomische Aspekte eines Rechtsschutzes für Computersoftware, DB 1987, 1405, 1406. Die Wege, die hierbei eingeschlagen werden, beschreibt v. Gravenreuth, Unterlassungsanspruch gegen Software-Kopierprogramme, GRUR 1985, 504.

vielfältigung vorgenommen werden kann<sup>88</sup>. Indem nun der Softwarehersteller sein Datenverarbeitungsprogramm mit einem Kopierschutz versieht, um weitere Vervielfältigungen zu verhindern, gibt er gleichzeitig konkludent zu erkennen, daß er eine Vervielfältigung verbieten möchte und daß sie dementsprechend keinesfalls zum bestimmungsgemäßen Gebrauch zählen soll. Dies rechtfertigt es, den Kopierschutz einem *expressis verbis* erklärten Vervielfältigungsverbot gleichzustellen.

Bei einem solchen Vervielfältigungsverbot steht es dem Anwender nicht zu, Vervielfältigungsstücke anzufertigen. Dem steht entgegen, daß der urheberrechtlich Berechtigte sich infolge seiner verweigerten Einwilligung auf den Schutz des § 53 IV S.2 UrhG berufen kann, selbst wenn die grundsätzlich aner kennenswerten Interessen des Anwenders hinsichtlich der Anfertigung der gebotenen Vervielfältigungsstücke damit unberücksichtigt bleiben. Wenngleich eine solche Verbotsmöglichkeit des Berechtigten in der Literatur mit dem Hinweis auf die Vervielfältigungsrechte des § 53 I-III UrhG bei anderen urheberrechtlich geschützten Werkformen kritisiert wird<sup>89</sup>, so kann diesbezüglich der gesetzgeberische Wille zu unterschiedlicher Behandlung nicht in Zweifel gezogen werden.

Darüberhinaus muß berücksichtigt werden, daß anders als bei der meist durch analoge Vervielfältigungstechniken vorgenommenen Duplizierung von Videofilmen und Musikkassetten bei der digitalen Vervielfältigung durch Computer kein Qualitätsverlust eintritt, der die Möglichkeiten des Kopierens einer gewissen faktischen Grenze unterwirft<sup>90</sup>. Insoweit ist in der Tat ein selbst von den Kritikern dieser Unterscheidung befürchteter Unterschied in den wirtschaftlichen Auswirkungen privaten Kopierens<sup>91</sup> zu verzeichnen, der die Regelung des § 53 IV S.2 UrhG durchaus zu rechtfertigen vermag.

Letztgenannter Gesichtspunkt, der ein Merkmal der eingangs genannten besonderen Verletzlichkeit von Computersoftware umschreibt, führt auch dazu, daß das Verbot der Anfertigung gebotener Vervielfältigungsstücke weder als rechtsmißbräuchlich eingestuft werden kann<sup>92</sup>, noch gegen den bei einem Softwareüberlassungsvertrag mangels Individualvertrag in der Regel anwendbaren Kontrollmaßstab des § 9 AGBG verstößt. Dem steht entgegen, daß von einer unangemessenen Benachteiligung, insbesondere eine Gefährdung des Vertragszwecks i.S.d. § 9 II Nr.2 AGBG solange nicht gesprochen werden kann, als der Softwarehersteller dem Anwender die Nutzung der Software als wesentlichem Bestandteil eines Softwareüberlassungsvertrags nicht verwehrt. Wenngleich auch im Rahmen der hier vorgenommenen Untersuchung das grundsätzliche Bedürfnis für die Anfertigung von Sicherheitskopien betont wurde, kann diesem Bedürfnis durch den Softwarehersteller auch so nachgekommen werden, daß er dem Anwender die Möglichkeit einräumt, eine gegebenenfalls benötigte Sicherheitskopie von ihm zu beziehen. Dies bedeutet für den Anwender zwar eine gewisse zusätzliche Last, weil er im Bedarfsfall zunächst mit dem Softwarehersteller in Verbindung treten muß, bevor er ein Ersatzstück zur Verfügung gestellt bekommt. Diese zusätzliche Mühe wird jedoch auch im Hinblick auf den gegebenenfalls anzutreffenden großen Zeitdruck, dem sich der Anwender ausgesetzt sieht, durch die besonderen Interessen des Urheberrechtlich Inhabers bei Computersoftware gerechtfertigt, so daß es sich hierbei um eine zumutbare Belastung handelt<sup>93</sup>, die keine unangemessene Benachteiligung i.S.d. § 9 II Nr.2 AGBG darstellt. Gleichzeitig wird jedoch

auch der Vertragszweck im Sinne einer Einräumung einer ordnungsgemäßen Nutzungsmöglichkeit nicht gefährdet, denn der Anwender kann im Bedarfsfall auf ein vom Softwarehersteller angefertigtes Ersatzstück zurückgreifen.

Entsprechend der oben dargestellten Interessenlage findet sich auch in fast allen Fällen, in denen ein ausdrückliches Kopierverbot besteht oder die Software mit einem Kopierschutz versehen ist, in den Vertragsbedingungen eine Regelung, die es dem Anwender gegen Einsendung der beschädigten Originaldiskette und eines gewissen Betrags zur Kostenabdeckung erlaubt, einen neuen Programmträger zur Verfügung gestellt zu bekommen. Solange die vom Anwender zu zahlende Kostenpauschale daher betragsmäßig nicht auf einen erneut zu zahlenden Überlassungspreis hinausläuft, sondern durch den beim Urheberrechtlich Inhaber entstehenden Arbeitsaufwand gedeckt wird, kann hierin eine Regelung gesehen werden, die sowohl den schützenswerten Interessen des Softwareherstellers als auch denen des Anwenders genügt. Denn das Risiko eines Datenverlusts ist entsprechend einer solchen Regelung vom Anwender nur insoweit zu tragen, als durch den in seinem Machtbereich entstandenen Datenverlust ein besonderer Arbeitsaufwand im Sinne der Anfertigung einer weiteren Programmkopie beim Softwarehersteller erforderlich ist. Dies entspricht einer vertragspezifischen Abgrenzung der Risikosphären der beiden Parteien und legt die Anstrengungen fest, die dem Softwarehersteller abverlangt werden müssen, um die Interessen des Anwenders zu schützen.

Anders ist jedoch dann zu entscheiden, wenn dem Anwender keine Ersatzkopie zur Verfügung gestellt werden soll und dem Anwender im Bedarfsfall allein der Weg des erneuten Abschlusses eines Softwareüberlassungsvertrags bleibt. In diesem Fall sollen die Interessen des Urheberrechtlich Inhabers einseitig zu Lasten des Anwenders durchgesetzt werden, wodurch jedoch gleichzeitig der Vertragszweck gefährdet wird, weil der Anwender unter keinen Umständen auf eine Sicherheitskopie bzw. ein vom Hersteller angefertigtes Ersatzstück zurückgreifen können soll. Dies ist mit dem Gedanken der Einräumung eines zur ordnungsgemäßen Benutzung von Computersoftware erforderlichen Nutzungsrechts nicht vereinbar, so daß insoweit ein Verstoß gegen § 9 Nr.2 AGBG vorliegt. Folge dieses Verstoßes ist jedoch nicht, daß dem Anwender nunmehr das Recht zur Anfertigung einer Sicherheitskopie zusteht, indem eine entsprechende Einwilligung fingiert wird. Ein derart angeordnetes Vervielfältigungsrecht widerspräche dem Grundsatz, daß ein Verwertungsrecht im Zweifel beim Urheber

88) Vgl. v. Gravenreuth, a.a.O., GRUR 1985, 504; in der Regel ist auch eine Auflistung des Programmes auf dem Bildschirm sowie eine Ausgabe auf einem angeschlossenen Drucker blockiert, so daß ein Abschreiben und eine manuelle Eingabe des Programms, worin ebenfalls dem Vervielfältigungsverbot des § 53 IV S.2 UrhG unterfallende Handlungen zu sehen sind (vgl. Schriker/Loewenheim, a.a.O., § 53 Rdn. 41), verhindert werden.

89) Vgl. Bauer, a.a.O., CuR 1985, 5, 8; die Berechtigung dieser Unterscheidung wird auch bei Röttinger, a.a.O., IuR 1986, 12, 16 angezweifelt.

90) Daß hier in der Tat unterschiedliche wirtschaftliche Auswirkungen zu befürchten sind, zeigt auch der erbittert geführte Kampf um Kopiersperren bei digitalen Musikrecordern.

91) Vgl. Bauer, a.a.O., CuR 1985, 5, 8

92) so aber Bartsch, a.a.O., CuR 1987, 8, 10 Fußn.13

93) Vgl. zum Kriterium der zumutbaren Belastung Wolf in Wolf/Horn/Lindacher, AGB-Gesetz Kommentar, 1984, § 9 Rdn.79 f.

verbleibt<sup>94</sup>. Folge dieses Verstoßes ist vielmehr, daß der Softwarehersteller verpflichtet ist, dem Anwender gegen Übersendung der Originaldiskette und einer entsprechenden Aufwandsschädigung ein Ersatzstück zu liefern. Das Erfordernis der Übersendung der Originaldiskette rechtfertigt sich dabei aus der Überlegung, daß auf diese Weise ein Beweis der Berechtigung des Anwenders erbracht und darüberhinaus ein Mißbrauch der Originaldiskette verhindert wird.

### 5. Die Anfertigung überzähliger Vervielfältigungsstücke

Wenngleich die Herstellung zumindest sämtlicher über die Anzahl der gebotenen Vervielfältigungen hinausgehenden Kopien in der wohl überwiegenden Zahl der Softwareüberlassungsverträge ausdrücklich als verboten bezeichnet wird und deshalb in diesen Fällen die Regelung des § 53 IV S.2 UrhG ohne Einschränkungen durchgreift, ist ein derartiger Verbotsausspruch nicht notwendigerweise immer Bestandteil eines Softwareüberlassungsvertrags. Bemerkenswert ist vielmehr, daß gelegentlich ausdrücklich auf das Verbot der Herstellung weiterer Vervielfältigungsstücke verzichtet wird<sup>95</sup>, jedoch handelt es sich hier wohl um einen Ausnahmefall, der zwar den schützenswerten Interessen des Softwareherstellers weitgehend genügt<sup>96</sup>, der aber den gesetzlich gewährleisteten urheberrechtlichen Schutz der Softwarehersteller nicht ausnutzt. Liegt indes ein ausdrückliches Verbot oder ein durch einen Kopierschutz zum Ausdruck gebrachtes konkludentes Verbot vor, so kann in einem solchen Verbot entsprechend obigen Ausführungen weder ein Rechtsmißbrauch noch ein Verstoß gegen § 9 AGBG gesehen werden. Dem Anwender steht deshalb in diesen Fällen kein Recht zur Herstellung überzähliger Vervielfältigungsstücke zu.

Wurde dem Anwender eine Vervielfältigung vom Softwarehersteller weder ausdrücklich verboten noch ausdrücklich erlaubt, so muß für die hier untersuchte Gruppe der überzähligen Vervielfältigungsstücke wie bei der Gruppe der gebotenen Vervielfältigungsstücke die Verkehrssitte herangezogen werden. Oben wurde jedoch bereits dargelegt, daß die Verkehrssitte eine Anfertigung überzähliger Vervielfältigungsstücke nicht vorsieht. Dementsprechend liegt in diesen Fällen auch keine Einwilligung des Softwareherstellers zur Herstellung dieser Vervielfältigungsstücke vor, so daß hier erneut das Kopierverbot des § 53 IV S.2 UrhG eingreift.

### 6. Zusammenfassung

Sowohl das Kopieren eines Datenverarbeitungsprogramms auf einen externen Massenspeicher als auch das Einspeichern in den Arbeitsspeicher eines Computers stellt, anders als der eigentliche Programmlauf, eine Vervielfältigung i.S.d. § 16 UrhG dar, so daß der Anwender hierfür gem. § 53 IV S.2 UrhG der Einwilligung durch den urheberrechtlich berechtigten Softwarehersteller bedarf. Durch den Abschluß eines Softwareüberlassungsvertrags willigt der Softwarehersteller nicht nur in die Herstellung der notwendigen Vervielfältigungen ein, sondern er erklärt darüberhinaus ausdrücklich oder stillschweigend seine Einwilligung zur Herstellung der lediglich gebotenen Vervielfältigungen, insbesondere zur Anfertigung von Sicherheitskopien. Lediglich in den Fällen, in denen der Softwarehersteller die Herstellung gebotener Vervielfältigungen entweder ausdrücklich oder konkludent durch eine Kopiersperre verbietet, darf der Anwender keine derartigen Vervielfältigungen anfertigen. Im Bedarfsfall steht dem Anwender dann jedoch das Recht zu, gegen Rückgabe der Originaldiskette und entsprechender Kostenerstattung ein Ersatzstück des Datenträgers zur Verfügung gestellt zu bekommen. Überzählige Vervielfältigungsstücke darf der Anwender nur dann herstellen, wenn ihm dies vom Softwarehersteller ausdrücklich erlaubt wurde.

94) Vgl. Schrickler/Schrickler, a.a.O., §§ 31/32 Rdn.41; Fromm/Nordemann/Hertin, a.a.O., §§ 31/32 Rdn.25; Ulmer, a.a.O., S.364 f.; Hubmann, a.a.O., S.216; Bappert/Maunz/Schrickler, a.a.O., § 8 Rdn.5a (S.253)

95) Vgl. etwa das englischsprachige Handbuch zum Datenverarbeitungsprogramm „Idir+“ der Bourbaki Inc.; dort findet sich auf S.ii folgende Regelung: „An end user may make as many copies of this diskette as he wishes for his own use on a single machine, but may not transfer copies to an unlicensed user.“

96) Die wirtschaftlichen Einbußen des Softwareherstellers ergeben sich nicht unmittelbar aus der Vervielfältigung des Computerprogramms, sondern erst aus der daran möglicherweise anschließenden Benutzung dieser Vervielfältigungsstücke durch Unberechtigte oder in unberechtigter Weise. Allein die große Gefahr, die durch die Existenz von Kopien ausgeht, rechtfertigt es, bereits im Vorfeld der zu befürchtenden Beeinträchtigung einzugreifen.