THOMAS HOEREN/DIRK SCHUHMACHER*

Verwendungsbeschränkungen im Softwarevertrag

Überlegungen zum Umfang des Benutzungsrechts für Standardsoftware

Die Benutzung von Computersoftware wirft nach wie vor einige Rechtsfragen auf, die bei den Anwendern für Unsicherheiten sorgen. Probleme entstehen nicht zuletzt dadurch, daß die Softwarehersteller den Nutzern oft sehr restriktive und strenge Vertragsbedingungen stellen. Auch heute findet man noch häufig bloße Übersetzungen der in den USA verwendeten Formulierungen für Lizenzverträge. Aber schon in den USA ist die Wirksamkeit vieler Vertragsklauseln fraglich, und in Deutschland ergeben sich naturgemäß noch mehr Zweifel. Die Bedingungen gehen oftmals so weit, daß bei strikter Beachtung eine sinnvolle Nutzung des Programms äußerst erschwert wird, manche Nutzungsmöglichkeiten werden gar völlig unmöglich. Oftmals scheitert aber das Zustandekommen des von den Herstellern gewünschten »Lizenzvertrags«. Die Rechte der Benutzer bestimmen sich dann allein nach den gesetzlichen Vorschriften. Kommt ein Vertrag dennoch zustande, sind viele Klauseln wegen eines Verstoßes gegen das AGBG oder gegen das UrhG unwirksam.
Vorliegend wird auf die verschiedenen Gestaltungsformen der Softwareüberlassung und deren rechtlichen Konsequenzen eingegangen. Dabei liegt der Schwerpunkt auf der Frage, zu welchen Nutzungshandlungen und Verwertungsmöglichkeiten der Anwender eines Programms berechtigt ist. In einem Folgebeitrag wird die Wirksamkeit von häufig verwendeten Vertragsklauseln in Softwareüberlassungsverträgen untersucht.

I. Grundlagen der Verträge zur Softwareüberlassung

Für die rechtlichen Regelungen der Softwareüberlassung ist in erster Linie die Rechtsnatur des Überlassungsvertrages von Bedeutung. Für Standardsoftware, die nicht individuell nach den Maßgaben des Auftraggebers hergestellt wurde, kommt vor allem ein Kaufvertrag oder ein Miet-/Pachtvertrag in Betracht. Die Hersteller sind darüber hinaus daran interessiert, sog. »Lizenzverträge« mit den Anwendern abzuschließen, die den Anwendern teilweise erhebliche Einschränkungen bei der Benutzung des Programms auferlegen. Diese Verträge sollen ggf. auch neben dem eigentlichen Softwareüberlassungsvertrag abgeschlossen werden, d.h. zusätzlich zu dem Vertrag mit einem Händler soll auch ein Vertrag mit dem Hersteller zustande kommen. Um was für einen Vertrag es sich bei der Softwareüberlassung handelt, ist nach dem Inhalt und den Umständen des Vertrags zu bestimmen.

1. Dauerhafte Überlassung

Wird die Software gegen ein einmalig zu zahlendes Entgelt zur Nutzung für eine unbestimmte Zeit überlassen, so kommt ein Kaufvertrag gem. § 433 BGB in Betracht. Im einzelnen ist dabei zwar vieles streitig, weil Uneinigkeit darüber besteht, ob Computersoftware als Sache angesehen werden kann.[1] Hinsichtlich der Einordnung der Softwareüberlassung als Kaufvertrag ist dieser Streit jedoch weitgehend ohne Bedeutung. Zum einen befürworten auch die diejenigen, die die Sacheigenschaft ablehnen, zumindest eine analoge Anwendung der Regeln des Kaufrechts.[2] Zum anderen braucht der Gegenstand eines Kaufvertrags keineswegs eine Sache zu sein, denn auch immaterielle verkehrsfähige Güter, die weder eine Sache noch ein Recht darstellen, können verkauft werden,[3] z.B. Informationen oder »Know-

* Prof. Dr. Thomas Hoeren ist Direktor des ITM = Institut für Informations-, Kommunikations- und Medienrecht, Zivilrechtl. Abt., Universität Münster. Dirk Schuhmacher ist dort wiss. Mitarbeiter. Der Text basiert auf Überlegungen im Rahmen eines vom Bundesforschungsministerium geförderten Forschungsprojekts des DFN-Vereins.

1) Die Sacheigenschaft bejahen z.B. *Bartsch*, CR 1992, 393 (395); *Hoeren*, Softwareüberlassung als Sachkauf, München 1997, Rz. 143; *König*, NJW 1990, 1584; *Marly*, Softwareüberlassungsverträge, München 1999, Rz. 107; BGHZ 109, 97 (100). Ablehnend *Engel*, BB 1985, 1159 (1162); *Mehrings*, GRUR 1985, 189 (192); *Mehrings*, NJW 1988, 2438, (2439); *Kilian*, Haftung für Mängel der Computer-Software, Heidelberg 1986, S. 36; *Pres*, Gestaltungsformen urheberrechtlicher Softwarelizenzverträge, Köln 1994, S. 47.

2) *Engel*, BB 1985, 1159 (1162); *Dörner/Jersch*, IuR 1988, 141; *Kilian* (FN 1), S. 36.

3) Palandt/*Putzo*, BGB, 58. Aufl., München 1999, § 433 Rz. 1; MüKo/*Westermann*, BGB Band 3, München 1995, § 433 Rz. 2; *Köhler/Fritzsche* in Lehmann (Hrsg.), Rechtsschutz und Verwertung von Computerprogrammen, Köln 1993, Kap. XIII Rz. 29.

how«. Einer Analogie bedarf es daher nicht. Die Rechtsprechung wendet demzufolge jedenfalls die Gewährleistungsregeln des Kaufrechts auf die Verträge zur dauerhaften Softwareüberlassung an.[4]
Für einen Kaufvertrag ist es kennzeichnend, daß ein einmaliger Leistungsaustausch stattfindet und dem Käufer eine endgültige Rechtsposition an dem verkauften Gut eingeräumt wird. Werden einzelne Vervielfältigungsstücke gegen ein einmaliges Entgelt erworben, so handelt es sich daher grundsätzlich um einen Kaufvertrag.

2. Zeitweise Überlassung

Wird die Software nur für eine bestimmte Zeit überlassen, so kann es sich nicht um einen Kaufvertrag handeln, weil dieser eine endgültige Entäußerung voraussetzt. In Betracht kommt daher ein Miet- bzw. Pachtvertrag (§§ 535, 581 BGB). Vereinzelt wird bestritten, daß ein Mietvertrag über ein Computerprogramm überhaupt möglich ist, weil Software als immaterielles Gut nicht Gegenstand eines Mietvertrags über eine Sache sein könne.[5] Nach ganz überwiegender Ansicht kann jedoch ein Computerprogramm auch vermietet werden.[6] Soweit man die Sacheigenschaft von Computersoftware bejaht,[7] bestehen ohnehin keine Probleme. Ansonsten wird meistens zumindest eine entsprechende Anwendung der Regeln zur Sachüberlassung befürwortet.[8]
Wesentliches Kennzeichen für einen Mietvertrag ist, daß das Programm nach Ende der Mietzeit zurückgegeben werden soll, insbesondere durch Zurückgabe (oder auch nur Löschung[9]) des Original-Datenträgers und Löschung aller installierten Kopien. Dies ist nicht der Fall, wenn nach einiger Zeit ein Update des Programms geliefert werden soll, die alte Version des Programms aber weiter zur freien Verfügung steht. Nur in den eher seltenen Fällen, in denen der Datenträger mit dem oft veralteten und für den Hersteller uninteressanten Programm wirklich zurückzugeben ist und alle Kopien gelöscht werden sollen, kann es sich um einen Mietvertrag handeln.
Bei einem Mietvertrag sind die Rechte und Pflichten der Vertragsparteien grundlegend anders als bei einem Kaufvertrag. Der Mieter erwirbt natürlich kein Eigentum und keine endgültige Rechtsposition an dem Programm, sondern ist nur für die vereinbarte Zeit zur Nutzung des Programms berechtigt. Die Haftung für Mängel, d.h. für Fehler in der Software, ist wesentlich strenger als beim Kaufvertrag. Während beim Kaufvertrag die Gewährleistung nach § 477 BGB nur ein halbes Jahr dauert, muß der Vermieter während der gesamten Vertragslaufzeit für Mängel einstehen. Nach § 538 BGB ist der Vermieter für alle schon bei Vertragsschluß bestehenden Mängel zum Schadensersatz verpflichtet, ohne daß ein Verschulden erforderlich ist. Dies bedeutet bei Software, die nie völlig frei von Fehlern ist, natürlich eine erhebliche Belastung für den Vermieter. Deshalb wurde in der Literatur teilweise vorgeschlagen, anstelle des § 538 BGB die Gewährleistungsregeln des Kaufrechts anzuwenden.[10] Einer solch erheblichen Abweichung von der gesetzlichen Grunc konstruktion des Mietvertrags kann jedoch nicht zug stimmt werden; zu denken ist allenfalls an eine ei schränkende Auslegung des Begriffs des Mangels.[11] D gesetzliche Bestimmung kann außerdem vertraglic abgeändert werden, z.B. durch eine Beschränkung d Schadensersatzpflicht auf grobe Fahrlässigkeit, d auch in Allgemeinen Geschäftsbedingungen grundsät lich möglich ist.[12]
Ein weiterer erheblicher Unterschied zum Kaufvertra ist die Tatsache, daß bei Vorliegen von Mängeln, die d Tauglichkeit des Programms beeinträchtigen, d Pflicht zur Zahlung der Miete gem. § 537 BGB aut matisch gemindert wird. Der Mieter kann also in di sen Fällen die Miete entsprechend kürzen, ohne daß d zu eine Erklärung des Vermieters erforderlich ist. B völliger Untauglichkeit aufgrund eines Mangels en fällt die Verpflichtung zur Zahlung der Miete sog ganz. Der Mieter ist im Gegenzug gem. § 545 Abs. Satz 1 BGB verpflichtet, Mängel des Programms de Vermieter unverzüglich zu melden, sobald er diese en deckt. Versäumt er das, so kann dies nach § 545 Abs. BGB zum Verlust seiner Gewährleistungsrechte führe

II. Gesetzliche Regelung des Nutzungsrechts

Wurde die Software überlassen, ohne daß der Vertr die Einzelheiten der Nutzung regelt – vor allem al beim Kaufvertrag –, dann bestimmen sich die Rech des Anwenders allein nach den gesetzlichen Regel insbesondere nach den §§ 69a ff. UrhG. Diese Rech gelten für jeden, der »zur Verwendung eines Vervielfä tigungsstücks des Programms« berechtigt ist. Das Nu zungsrecht kann durch jede Form der Softwareüberla sung erworben werden, insbesondere durch den Ka eines Vervielfältigungsstücks, aber auch durch die Ei räumung eines Nutzungsrechts, etwa in Form ein Mietvertrags.[13] Der (Weiter-)Verkauf von Softwa schließt die Übertragung des Nutzungsrecht mit ei der Erwerber leitet sein Nutzungsrecht also nicht vo Hersteller, sondern von dem berechtigten Veräußer

4) *BGH* CR 1987, 358 (360); BGHZ 102, 135 (144); 109, 97 (9 CR 1990, 112; NJW 1993, 2436 (2438).
5) *Pres* (FN 1), S. 52; kritisch auch *Kilian*, CR 1986, 187 (194)
6) *BGH* CR 1989, 102 (103) zur Pacht; *BGH* NJW-RR 1993, 1 *OLG Düsseldorf* CR 1989, 908; *Köhler/Fritzsche* (FN 3), K XIII Rz. 27; *Fitzsche*, JuS 1995, 497 (502); *Marly* (FN Rz. 171; Palandt/*Putzo* (FN 1), Einf. v. § 535 Rz. 75.
7) Siehe oben (FN 1).
8) *König*, Das Computerprogramm im Recht, Köln 1991, Rz. 7. Koch, Computer-Vertragsrecht, 3. Aufl., Freiburg 19 Rz. 552.
9) *Marly* (FN 1), Rz. 172.
10) *Kilian* (FN 1), S. 41; *Mehrings*, NJW 1986, 1904 (1906).
11) *Köhler/Fritzsche* (FN 3), Kap. XIII Rz. 193.
12) Palandt/*Putzo* (FN 3) § 538 Rz. 7; vgl. *BGH* NJW-RR 19 519 (520) zur Pacht unter Kaufleuten.
13) Vgl. BT-Drucks. 12/4022, S. 12; *Schricker/Loewenheim*, Ur berrecht, München 1999, § 69d Rz. 4; *Fromm/Nordema Vinck*, Kommentar zum Urheberrechtsgesetz, 9. Aufl., St gart/Berlin/Köln 1998, § 69d Rz. 2.

ab.[14] Entgegen den Behauptungen mancher Hersteller ist also keineswegs der zusätzliche Abschluß eines Lizenzvertrages mit dem Hersteller notwendig, um zur Nutzung eines Programms berechtigt zu sein. § 69d Abs. 1 UrhG gilt immer nur insoweit, als der Softwareüberlassungsvertrag keine abweichenden Regelungen trifft. Allerdings können die Regelungen des § 69d nur in gewissen Grenzen abbedungen werden.

1. Benutzung und notwendige Vervielfältigungen

Nach § 69d Abs. 1 UrhG haben die zur Verwendung berechtigten Personen das Recht, die zur bestimmungsgemäßen Benutzung des Programms und zur Fehlerbehebung erforderlichen urheberrechtlich relevanten Handlungen auch ohne Zustimmung des Herstellers vorzunehmen. Mit dieser Vorschrift werden insbesondere Vervielfältigungen erfaßt, zu denen gem. § 69c Nr. 1 UrhG grundsätzlich nur der Hersteller berechtigt ist. Nach einer vor allem früher vertretenen Ansicht ist sogar die Benutzung, d.h. das Ablaufenlassen des Programms eine urheberrechtlich relevante Vervielfältigung.[15] Ganz überwiegend wird jedoch heute das bloße Ablaufenlassen eines Programms als urheberrechtlich irrelevanter Vorgang angesehen.[16] Dies ist richtig, denn die hintereinander erfolgende Ausführung von einzelnen Anweisungen an den Prozessor kann auf keinen Fall eine Vervielfältigung des gesamten Programms darstellen.[17] Würde man diesen Vorgang als Vervielfältigung qualifizieren, so müßte man auch die Bildschirmanzeige beim Abspielen einer Videokassette als Vervielfältigung ansehen, und konsequenterweise auch die Abbildung auf der Netzhaut des Betrachters. Für die bloße Benutzung eines einmal gestarteten Programm ist somit kein besonderes Recht erforderlich, auf § 69d Abs. 1 UrhG braucht daher nicht zurückgegriffen zu werden. Zu erwägen ist hingegen, ob das vor dem Programmstart erfolgende Laden in den Arbeitsspeicher eine relevante Vervielfältigungshandlung darstellt (dazu unten III.4.b]bb]). Sofern man dies annimmt, wird dieser Vorgang aber auf jeden Fall von § 69d Abs. 1 UrhG erfaßt, weil die Kopie im Arbeitsspeicher nach der derzeitigen Technik unerläßlich zur Ausführung des Programms ist. Eine Zustimmung des Herstellers ist daher nicht erforderlich.

Außer Frage steht auch, daß die in der Regel zur Installation erforderliche Kopie auf der Festplatte des Computers, die unstreitig eine Vervielfältigung darstellt,[18] von § 69d Abs. 1 UrhG erfaßt wird. Welche Handlungen darüber hinaus nach § 69d Abs. 1 UrhG erlaubt sind, hängt davon ab, was unter »bestimmungsgemäßer Benutzung« zu verstehen ist. Soweit der Softwareüberlassungsvertrag Einzelheiten zum Zweck des Programms enthält, sind in erster Linie diese Bestimmungen maßgeblich. Wenn aber keine vertraglichen Bestimmungen vorliegen, kann diese Frage nicht allgemein beantwortet werden, sondern nur im Hinblick auf ein bestimmtes Programm und auf die konkreten Umstände und Zwecke der Nutzung. Auf jeden Fall zulässig ist die Neuinstallation auf einem neu angeschafften Computer (»Portierung«), wenn der alte Computer nicht mehr genutzt wird.[19] Das gleiche gilt für die erneute oder zusätzliche Installation auf demselben Computer unter einem anderen (kompatiblen) Betriebssystem, da diese Installationen für verschiedene Anwendungszwecke nötig sein können und immer nur eine zur gleichen Zeit genutzt werden kann. Auch die weitere Installation auf einem alternativ genutzten Computer (z.B. auf einem Notebook, um das Programm auch an anderen Orten zu benutzen) kann zur bestimmungsgemäßen Nutzung gehören. Die Grenze ist grundsätzlich erst da überschritten, wo mehrere Installationen zur gleichen Zeit von verschiedenen Personen genutzt werden, weil die bestimmungsgemäße Benutzung eines einzelnen Vervielfältigungsstücks keine Vervielfältigungen zu diesem Zweck erfaßt. Schließlich umfaßt § 69d Abs. 1 UrhG auch die systembedingte mehrfache Speicherung aus Sicherheitsgründen (z.B. bei einigen RAID-Systemen).

2. Sicherheitskopie

Auch Kopien, die nicht während des Betriebs genutzt werden, sondern nur der Sicherung der zukünftigen Benutzung dienen, gehören zur bestimmungsgemäßen Nutzung gem. § 69d Abs. 1 UrhG,[20] allerdings ist die Herleitung des Rechts zur Anfertigung einer Sicherungskopie angesichts der eindeutigen Regelung in § 69d Abs. 2 UrhG ohne Bedeutung.[21] Nach § 69d Abs. 2 UrhG darf die Erstellung einer Sicherungskopie nicht vertraglich untersagt werden, wenn sie für die Sicherung der künftigen Benutzung erforderlich ist. Eine Vertragsklausel, die dieses Recht ausschließt, ist gem. §§ 69d Abs. 2, 69g Abs. 2 UrhG unwirksam.

Die Anfertigung von Sicherungskopien stehen nur unter dem Vorbehalt, daß sie zur Sicherung der zukünftigen Benutzung erforderlich sind. Ein vertragliches Ver-

14) *Fromm/Nordemann/Hertin* (FN 13), § 69d Rz. 2; *Schricker/Loewenheim* (FN 13), § 69d Rz. 4.

15) *BGH* JZ 1988, 460 (464) m. Anm. Junker; *Moritz/Tybusseck*, Computersoftware, München 1992, Rz. 233 f.; *Rupp*, GRUR 1986, 147; *Becker/Horn*, DB 1985, 1274 (1278).

16) Vgl. BGHZ 112, 264 (278); *BGH* NJW 1994, 1216 (1217); *Fromm/Nordemann/Vinck* (FN 13), § 69c Rz. 3; *Schricker/Loewenheim* (FN 13), § 69c Rz. 19; *Haberstumpf* (FN 3), Kap. II Rz. 122; *Marly* (FN 1), Rz. 160; *Pres* (FN 1), S. 112; *Lehmann*, NJW 1991, 2112 (2114); *Dreier*, CR 1991, 577 (580); *Bartsch*, CR 1999, 361.

17) Zur Zwischenspeicherung im Prozessor-Cache vgl. *Marly* (FN 1), Rz. 160 Fußn. 449. Nach der hier vertretenen Auffassung (s.u. II.4.b]bb]) kann auch die Zwischenspeicherung eines größeren Programmteils im Cache keine Vervielfältigung darstellen, weil die Speicherung in den flüchtigen RAM-Bausteinen ohnehin nicht die Voraussetzungen für eine urheberrechtliche Vervielfältigung erfüllt.

18) BGHZ 112, 264 (278); *Haberstumpf* (FN 3), Kap. II Rz. 116; *Marly* (FN 1), Rz. 129 m.w.N.

19) Vgl. die Begründung zur Unwirksamkeit von CPU-Klauseln im Folgebeitrag.

20) Vgl. die Begründung zum Regierungsentwurf, BT-Drucks. 12/4022, 12; *Haberstumpf* (FN 3), Kap. II Rz. 160; *Pres* (FN 1), S. 129.

21) Zweifelhaft insoweit *Marly* (FN 1), Rz. 839 f., der betont, daß allein das Verbot des Verbotes gem. § 69d Abs. 2 UrhG nicht automatisch die Zustimmung des Rechtsinhabers ersetze.

bot der Anfertigung einer Sicherungskopie kann daher allenfalls insoweit wirksam sein, als der Hersteller dem Anwender zusammen mit dem Programm eine Sicherungskopie überläßt.[22] Nichtig ist danach aber z.B. eine vertragliche Bestimmung, nach der der Original-Datenträger als Sicherheitskopie und die Installation auf der Festplatte als Arbeitskopie dienen soll, sofern nicht beide Versionen absolut identisch sind. Die installierte Version auf der Festplatte bietet nämlich keinen ausreichenden Schutz für den Fall des Verlusts des Original-Datenträgers, weil eine erneute Installation – etwa zur Anpassung an eine neue Arbeitsumgebung – nicht mehr möglich ist. Nicht ausreichen dürfte auch die Verpflichtung des Herstellers, bei Verlust oder Beschädigung des Original-Datenträgers jederzeit Ersatz zu liefern, weil die damit verbundenen Belastungen für den Anwender durch die zeitliche Verzögerung, Anforderung etc. kaum als zumutbar angesehen werden können.[23]

Vielfach wird im Hinblick auf den Gesetzeswortlaut (»Erstellung einer Sicherungskopie«) behauptet, daß nur eine einzige Sicherheitskopie angefertigt werden dürfe.[24] Tatsächlich steht die gesetzliche Bestimmung auch der mehrfachen Sicherung nicht entgegen, da der Vorbehalt nicht in der Anzahl der Kopien, sondern in der Erforderlichkeit zur Sicherung liegt. Eine zahlenmäßige Beschränkung würde den besonderen Interessen des Anwenders im Einzelfall nicht gerecht, während die Interessen des Herstellers durch eine Anfertigung verschiedener Sicherungskopien nicht beeinträchtigt werden, solange die Kopien tatsächlich der Sicherung dienen. Daß eine einzige Kopie für die Sicherungszwecke des Anwenders grundsätzlich ausreichend ist, kann daher allenfalls insoweit angenommen werden, als es um eine Kopie des Original-Datenträgers geht, die für eine Neuinstallation auf jedem Computer benutzt werden kann. Die Sicherung der installierten Version des Programms berührt die Interessen des Herstellers dagegen in der Regel nicht, da diese Version – jedenfalls bei größeren Programmen – ohne weiteres auch nur auf dem Computer lauffähig ist, auf dem sie installiert wurde. Demzufolge ist es zulässig, sowohl eine Kopie des/der Original-Datenträger(s) anzufertigen als auch regelmäßig – ggf. auch mehrfach – den Inhalt der Festplatte einschließlich des installierten Programms (etwa auf einem Streamer-Band oder auf CD-R) zu sichern,[25] denn die verschiedenen Kopien dienen unterschiedlichen Sicherungszwecken. Auch die Archivierung von älteren Programminstallationen, z.B. vor der Neuinstallation in einer anderen Systemumgebung, ist als Sicherungskopie zulässig, weil dadurch eine Nutzung des Programms auch für den Fall sichergestellt wird, daß bei der Neuinstallation Probleme auftreten.

3. Weitere Rechte

Auch ohne die besondere Erwähnung in § 69d Abs. 3 UrhG hätte der Benutzer das Recht, die Funktionsweise eines Programms und die dem Programm zugrundeliegenden Mechanismen durch Ausprobieren, Testen und Beobachten zu erforschen. Da dies in der Regel durch ein schlichtes Ablaufenlassen des Programms geschieht, folgt dies schon daraus, daß die Benutzung als solche kein urheberrechtlich relevanter Vorgang ist (s.o. III.1). Bedeutung erlangt die Vorschrift erst dadurch, daß ein vertragliches Verbot der Programmbenutzung zu diesen Zwecken gem. § 69g Abs. 2 UrhG nichtig ist.[26]

Zur bestimmungsgemäßen Benutzung gem. § 69d Abs. 1 UrhG gehören ferner auch Maßnahmen der Fehlerbeseitigung. Bearbeitungen eines Programms, die zur Behebung von Fehlern führen, sind danach ebenfalls zulässig. Fraglich ist, ob zu diesem Zweck auch eine Dekompilierung zulässig ist. Teilweise wird dies bestritten, weil § 69d Abs. 1 UrhG nur minimale äußere Eingriffe in den Programmcode erlaube, etwa die Entfernung von Viren oder die Änderung einer einzigen Anweisung.[27] Bei diesem Verständnis wäre die ausdrückliche Erlaubnis zu Maßnahmen der Fehlerbeseitigung aber weitgehend überflüssig, weil sich insoweit kaum von einer urheberrechtlich relevanten Bearbeitung i.S.d. § 69c Nr. 2 UrhG sprechen läßt. Die Entfernung eines Virus beispielsweise bringt das Programm ja gerade erst in den ursprünglichen Zustand zurück. § 69d Abs. 1 UrhG bezieht sich ausdrücklich auch auf Handlungen gem. § 69c Nr. 1 und 2 UrhG, also auch auf die Vervielfältigung und Übersetzung in eine andere Codeform, worunter nach der Gesetzeskonstruktion auch die Dekompilierung zu verstehen ist (vgl. § 69e Abs. 1 UrhG). Deshalb ist zum Zwecke der Fehlerbeseitigung auch eine Dekompilierung zulässig, soweit dies zur bestimmungsgemäßen Benutzung des Programms notwendig ist.[28] Allerdings wird es in der Praxis aufgrund der immensen Komplexität von Programmen oft nicht möglich sein, ohne den Quelltext nur mit Hilfe einer Dekompilierung den Fehler aufzufinden und tatsächlich zu beseitigen. Sind aber die Erfolgsaussichten einer Maßnahme zur Fehlerbeseitigung von vornherein äußerst gering, so wird man auch ihre Notwendigkeit zur bestimmungsgemäßen Nutzung in Zweifel ziehen müssen, so z.B. bei schwerwiegenden Fehlern in sehr umfangreichen Programmen.

Ferner ist auch unter den engen Voraussetzungen des § 69e UrhG eine Dekompilierung zulässig. Sie darf aber nur zu dem Zweck dienen, »Interoperabilität« mit

22) Vgl. BT-Drucks. 12/4022, 12.
23) *Schmidt* (FN 3), Kap. XV Rz. 390; a.A. *Marly* (FN 1), Rz. 846.
24) *Schricker/Loewenheim* (FN 13), § 69d Rz. 16; *Lehmann*, NJW 1993, 1822 (1823); *Pres* (FN 1), S. 134. In der Begründung des Regierungsentwurfs, BT-Drucks. 12/4022, 12, wird dies jedoch offengelassen (»... schließt *zunächst* die Erstellung von mehr als einer Sicherungskopie aus«, Hervorhebung durch den Verf.).
25) So auch *Fromm/Nordemann/Vinck* (FN 13), § 69d Rz. 4. Auch *Marly* (FN 1), Rz. 851 f., fordert »AGB-rechtlich«, daß mehrere Sicherungskopien erlaubt werden müssen, sofern sie rein archivarischen Zwecken dienen. Allerdings hat der Anwender nach seiner Auffassung beim Fehlen einer ausdrücklichen Erlaubnis nur ein Recht auf Zustimmung zur Anfertigung der Kopien.
26) *Schricker/Loewenheim* (FN 13), § 69d Rz. 20.
27) Vgl. *Lehmann*, NJW 1993, 1822 (1824); *Marly*, jur-pc 1992, 1652 (1661).
28) *Haberstumpf*, GRUR Int. 1992, 715 (723); *Pres* (FN 1), S. 131; *Wohlgemuth*, Computerwartung, München 1999, S. 214 f.

einem anderen Computerprogramm herzustellen, also z.B. um die Dateistruktur zu erfahren. Dementsprechend ist eine Dekompilierung ausgeschlossen, wenn der Hersteller die erforderlichen Informationen zur Verfügung stellt. Eine Dekompilierung allein zum Zwecke der Programmanpassung oder -verbesserung oder zur wissenschaftlichen Forschung ist nicht zulässig.[29]
Die Rechte aus §§ 69d Abs. 3, 69e UrhG können ebenso wie das Recht zur Sicherungskopie vertraglich nicht ausgeschlossen werden, entsprechende Klauseln in Softwareüberlassungeverträgen sind nach § 69g Abs. 2 UrhG unwirksam.

4. Nutzung im Netzwerk

Eine besondere Nutzungsart ist die Installation eines Programms auf dem Server eines Netzwerks, wodurch es von vielen verschiedenen Rechnern aus genutzt werden kann. Dadurch kann eine Vielzahl von Anwendern ein Programm gleichzeitig und unabhängig voneinander benutzen, obwohl nur ein einziges Vervielfältigungsstück des Programms installiert wurde. Diese Nutzung berührt daher die Interessen des Herstellers in besonderem Maße. Die Frage, ob die Nutzung eines Programms im Netzwerk ohne weiteres zulässig ist oder ob der Hersteller die Erlaubnis dafür geben muß, ist differenziert zu betrachten. Zum einen ist zu unterscheiden zwischen der Installation des Programms auf dem Server und dem Programmstart von einem Netzwerkrechner aus, bei dem das Programm in den lokalen Arbeitsspeicher geladen wird. Ferner ist nach der Art und den Umständen der Nutzung und nach dem Zweck des Programms zu differenzieren.

a) Benutzung auf Terminals

Bei der heute eher seltenen Verwendung eines Großrechners mit mehreren »dummen« Terminals ohne eigenen Arbeitsspeicher kann eine Vervielfältigung im urheberrechtlichen Sinn nur bei der Installation auf dem Server und möglicherweise beim Programmstart auf diesem Rechner vorliegen. Bei den einzelnen Tasks der Anwender handelt es sich dagegen meistens nicht um neue Kopien des Programms, sondern es wird immer nur dieselbe Kopie im Arbeitsspeicher des Hauptrechners verwendet. Selbst wenn z.B. über Telnet einem unbestimmten Personenkreis die Benutzung des Programms ermöglicht wird, liegt keine Vervielfältigung im urheberrechtlichen Sinne vor. In einem solchen Fall kann jedoch eine öffentliche Wiedergabe gem. § 15 Abs. 2 UrhG vorliegen, weil der Kreis der möglichen Benutzer nicht mehr i.S.d. § 15 Abs. 2 UrhG bestimmt ist. Problematisch ist dabei, daß die »Wiedergabe« (d.h. die Benutzung des Programms) nicht gleichzeitig an alle Empfänger erfolgt, sondern zu individuellen Zeitpunkten auf Anforderung jedes einzelnen Benutzers. Allerdings ist mittlerweile weitgehend anerkannt, daß auch die wiederholte Wiedergabe auf individuellen Abruf eine Form der öffentlichen Wiedergabe darstellt, wobei verschiedene dogmatische Begründungen angeführt werden (näheres s.u. II.4.b]cc]).
Sofern es sich aber nicht um eine zustimmungsbedürftige öffentliche Wiedergabe handelt, kann also außer der Installation auf der Festplatte, die unproblematisch als Vervielfältigung einzustufen ist,[30] nur noch das Laden in den Arbeitsspeicher des Servers eine urheberrechtlich relevante Handlung darstellen. Anders als bei einem Einzelplatzrechner verbleibt das Programm bei einem solchen Server oft dauerhaft im Arbeitsspeicher, weil der Rechner rund um die Uhr in Betrieb ist und außer zu Wartungszwecken gar nicht mehr ausgeschaltet wird. Daher läßt sich die Kopie im Arbeitsspeicher in diesen Fällen ggf. als Vervielfältigung im urheberrechtlichen Sinn ansehen, weil sie von großer Dauerhaftigkeit ist und vor allem weil sie praktisch die Funktion der Kopie auf der Festplatte eines normalen Einzelplatzrechners einnimmt (vgl. u. II.4.b]bb]). Wurde das Programm erworben, ohne daß eine spezifische vertragliche Regelung mit dem Softwaregeber getroffen wurde, dann ergibt sich das Recht zur Installation und ggf. zum Laden aus § 69d Abs. 1 UrhG. In vielen Fällen werden derartige Programme aber direkt vom Hersteller durch einen Vertrag erworben, der die Einzelheiten der Nutzung regelt. Wird dort eine Begrenzung auf eine bestimmte Anzahl von gleichzeitigen Nutzern oder auf einen bestimmten Personenkreis als Nutzer vorgeschrieben, so hängt deren Wirksamkeit von den Umständen des Einzelfalls ab (näheres dazu im Folgebeitrag). Die Verletzung solcher Beschränkungen kann allenfalls schuldrechtliche Konsequenzen haben; eine Verletzung des Urheberrechts kann darin aber nicht liegen, weil die bloße Benutzung an einem Terminal kein urheberrechtlich relevanter Vorgang ist.

b) Programmablauf auf lokalen Arbeitsrechnern

Schwieriger zu beurteilen ist die Frage, wenn das Programm auf der Festplatte eines Servers installiert wird, bei der Benutzung durch einen Anwender aber in den Arbeitsspeicher des lokalen Rechners geladen wird. Dabei kann es sich um Programme handeln, die entweder zur gleichzeitigen Verwendung von mehreren Anwendern im Netzwerk bestimmt sind (insbesondere zur Bearbeitung einer Datei von verschiedenen Arbeitsplätzen aus, z.B. Datenbank-Anwendungen). Auf einem Netzwerkserver können aber auch Programme installiert werden, die keine besonderen Netzwerkfähigkeiten aufweisen, sondern zur Verwendung auf einem Einzelplatzrechner vorgesehen sind. In diesem Fall würde es aus Sicht des Anwenders keinen Unterschied machen, wenn das Programm auf der lokalen Festplatte installiert wäre; die Installation auf dem Server stellt nur eine Auslagerung auf eine von allen Rechnern des Netzwerks gemeinsam genutzte Festplatte dar.
Ob diese Form der Nutzung im Netzwerk ohne Zustimmung des Herstellers zulässig ist, hängt zum einen davon ab, ob die Installation auf einem Netzwerkserver, verbunden mit der Zugriffsmöglichkeit von den anderen Rechnern des Netzwerks aus, eine bestim-

29) *Schricker/Loewenheim* (FN 13), § 69d Rz. 10; *Marly* (FN 1), Rz. 995.
30) Siehe oben (FN 18).

mungsgemäße Nutzung i.S.d. § 69d Abs. 1 UrhG darstellt (aa]). Zum anderen ist zu klären, ob das Laden in den Arbeitsspeicher des lokalen Rechners eine Vervielfältigung im urheberrechtlichen Sinne darstellt (bb]). Schließlich kann die Bereitstellung auf einem Netzwerkserver in das dem Hersteller vorbehaltene Recht zur öffentlichen Wiedergabe gem. § 15 Abs. 2 UrhG eingreifen (cc]). Die folgenden Aussagen beziehen sich auf den Fall, daß keine wirksame vertragliche Regelung zur Nutzung im Netzwerk vorliegt, weil der Softwareüberlassungsvertrag entweder gar keine Klausel zur Netzwerknutzung enthält oder eine entsprechende Klausel unwirksam ist (dazu der Folgebeitrag).

aa) Installation auf dem Netzwerkserver

Die bei der Installation eines Programms auf einem Netzwerkserver erstellte Kopie auf der Festplatte stellt eine Vervielfältigung dar. Da die Nutzung des Programms i.d.R. notwendigerweise eine solche Kopie auf der Festplatte erfordert, ist dies natürlich grundsätzlich nach § 69d Abs. 1 UrhG zulässig. Zu überlegen ist aber, ob auch die Anfertigung einer Kopie auf der Festplatte eines Netzwerkservers zulässig ist, auf die von vielen anderen Rechnern aus zugegriffen werden kann. Bei Programmen, die gerade für die mehrfache gleichzeitige Nutzung im Netzwerk bestimmt sind, gehört die Installation auf einem Server unproblematisch zur bestimmungsgemäßen Nutzung. Bei sonstigen Programmen wird aber auf diese Weise die gleichzeitige Nutzung eines einzigen Vervielfältigungsstücks durch eine Vielzahl von Personen ermöglicht, was sich nicht ohne weiteres aus dem Nutzungszweck ableiten läßt. Allerdings erfolgt die Ermöglichung der Nutzung nicht unmittelbar durch die Anfertigung der Kopie auf der Festplatte des Servers, sondern erst durch die Möglichkeit der Arbeitsplatzrechner, auf diese Kopie zuzugreifen. Es handelt sich also bei der Installationskopie selbst genau wie bei einem Einzelplatz-Rechner nur um eine einzige Vervielfältigung. Wollte man die Installation auf einem Netzwerkserver für unzulässig erklären, so bedürfte es einer Differenzierung nach der Art der Installation und der Systemstruktur des Computers, auf dem die Software installiert werden soll. Die für die Nutzung eines Programms unerläßliche Installation ist aber nicht der geeignete Ansatzpunkt, die urheberrechtlichen Probleme der mehrfachen gleichzeitigen Nutzung zu lösen. Anderenfalls ergäben sich kaum zu lösende Probleme, etwa aufgrund der per se vorhandenen prinzipiellen Netzwerkfähigkeit moderner Betriebssysteme. So kann etwa bei Windows 95/98 durch eine Nachinstallation von Komponenten jedes Verzeichnis auf der Festplatte für den Netzwerk-Zugriff freigegeben werden.

Die einmalige Installation auf der Festplatte eines Rechners gehört somit immer zur bestimmungsgemäßen Nutzung i.S.d. § 69d Abs. 1 UrhG, und zwar unabhängig von den Netzwerkfähigkeiten des Computers. Auch die Installation eines nicht ausdrücklich für den Netzwerkbetrieb bestimmten Programms auf einem Netzwerkserver ist daher gem. § 69d Abs. 1 UrhG zulässig.

bb) Vervielfältigung durch das Laden in den Arbeitsspeicher

Eine andere Frage ist es, ob das Laden des Programms von der Festplatte des Servers in den lokalen Arbeitsspeicher eines Netzwerk-Computers zulässig ist. Dies hängt davon ab, ob das Laden eines Programms in den Arbeitsspeicher eine urheberrechtlich relevante Vervielfältigung ist. Anders als bei der Speicherung auf einer Festplatte handelt es sich hierbei nur um eine systembedingte flüchtige Speicherung, die nach der Beendigung des Programms oder spätestens mit dem Ausschalten des Computers gelöscht wird. Ob dieser Vorgang eine Vervielfältigung im Sinne des UrhG darstellt, ist umstritten.

Die Zulässigkeit der gleichzeitigen Benutzung eines Programms im Netzwerk auf mehreren Arbeitsplatzrechnern ohne gesonderte Zustimmung des Rechteinhabers hängt entscheidend von dieser Frage ab. Stellt das Laden in den Arbeitsspeicher keine Vervielfältigung dar, so bedarf die gleichzeitige Verwendung auf mehreren Netzwerkrechnern grundsätzlich keiner Zustimmung des Herstellers, weil dann der Programmstart und die Benutzung urheberrechtlich irrelevante Handlungen sind. Beantwortet man die Frage dagegen positiv, so wäre die Zustimmung nur im Rahmen des § 69d Abs. 1 UrhG entbehrlich. Hier wird man aber nur bei speziell für den Netzwerkbetrieb bestimmten Programmen annehmen können, daß das Laden des Programms in die Arbeitsspeicher von mehreren verschiedenen Rechnern zur bestimmungsgemäßen Nutzung gehört. Bei einfachen Programmen zum Betrieb auf einem Einzelplatzrechner wird man aber grundsätzlich annehmen müssen, daß dies nicht zur bestimmungsgemäßen Nutzung gehört, sondern lediglich das Laden in den Speicher des Computers, auf dem das Programm installiert wurde.

Nach § 69c Nr. 1 UrhG ist das Recht zur Anfertigung einer dauerhaften oder vorübergehenden Vervielfältigung eines Computerprogramms dem Hersteller vorbehalten, jede Vervielfältigung bedarf daher dessen Zustimmung (wobei unter den Voraussetzungen des § 69d Abs. 1 UrhG eine Zustimmung entbehrlich ist, s.o. II.1). § 69c Nr. 1 Satz 2 UrhG bestimmt, daß das Laden, Anzeigen, Ablaufenlassen usw. eines Computerprogramms ebenfalls der Zustimmung bedürfen, *soweit* diese Vorgänge eine Vervielfältigung erfordern. Das Gesetz stellt somit zwar klar, daß eine Vervielfältigung nicht dauerhaft zu sein braucht, sondern auch von vorübergehender Natur sein kann. Ob das Laden in den Arbeitsspeicher eine Vervielfältigung darstellt, wird aber vom Gesetz nicht ausdrücklich geregelt, sondern durch die Formulierung »soweit ... erfordert« im Hinblick auf die Vielzahl der denkbaren technischen Varianten offengelassen.

In der Rechtsprechung des *BGH* wurde diese Frage bisher nicht entschieden, sondern vielmehr ebenfalls ausdrücklich offengelassen.[31] Auch aus den Instanzgerichten sind bislang nur wenige Entscheidungen zu dieser

31) BGHZ 112, 264 (278); NJW 1994, 1216 (1217).

Frage bekanntgeworden. Das *AG Freising*[32] und das *AG Amberg*[33] haben in Strafverfahren bejaht, daß das Laden in den Arbeitsspeicher eine urheberrechtlich relevante Vervielfältigung sei. Dagegen hat das *LG Mannheim* in einer neueren Entscheidung urheberrechtliche Ansprüche wegen der Benutzung eines Programms abgelehnt.[34] Da die Benutzung nicht ohne das Laden in den Arbeitsspeicher möglich war, muß diese Entscheidung so verstanden werden, daß dies auch für den Vorgang des Ladens in den Arbeitsspeicher gelten muß.

Die h.M. in der Literatur nimmt an, daß das Laden in den Arbeitsspeicher eine grundsätzlich zustimmungsbedürftige Vervielfältigung sei.[35] Soweit einige annehmen, daß sogar die Benutzung eines Programms eine Vervielfältigung darstelle,[36] sehen die konsequenterweise auch das Laden in den Arbeitsspeicher als Vervielfältigung an. Vor allem vor Inkrafttreten der Softwareschutzrichtlinie und deren Umsetzung in Deutschland wurde aber auch oft vertreten, daß das Laden in den Arbeitsspeicher zum Zwecke der Ausführung des Programms keine Vervielfältigung sei,[37] wobei die Begründungen im einzelnen sehr unterschiedlich sind.

Daß das Laden des Programms in den Arbeitsspeicher eines Computers eine Vervielfältigung sei, wird ausgehend von der allgemeinen Definition der Vervielfältigung damit begründet, daß es sich um eine neue physische Festlegung des Programms handele, die über den Computer für die menschlichen Sinne wahrnehmbar gemacht werden könne.[38] Der vorübergehende Charakter stehe dem nicht entgegen, weil nach § 69c Nr. 1 Satz 1 UrhG eine dauerhafte Beständigkeit der Kopie ausdrücklich nicht erforderlich sei,[39] und im übrigen auch bei Werken aus Eis und Schnee die Vergänglichkeit des Materials nicht gegen eine körperliche Festlegung spreche. Darüber hinaus werden vor allem auch ökonomische Argumente angeführt.[40] Der Hersteller müsse die Kontrolle über die Verwertung seines Programms behalten, anderenfalls könne er nichts gegen die mißbräuchliche Verwendung, etwa die Benutzung von Raubkopien, unternehmen.[41] Insbesondere wird auch angeführt, daß die gleichzeitige Benutzung auf verschiedenen Computern, etwa in einem Netzwerk oder durch nacheinander erfolgendes Laden auf verschiedenen Rechnern von einem einzigen Datenträger aus, nicht hinnehmbar sei, weshalb zum Schutze des Herstellers angenommen werden müsse, daß das Laden in den Arbeitsspeicher eine Vervielfältigung sei.[42]

Gegen diese Argumentation lassen sich aber gewichtige dogmatische Bedenken anführen. Zum einen ist die Ausweitung des Vervielfältigungsbegriffs auch auf die Speicherung im RAM eines Computers bedenklich, weil die Grenze der »körperlichen Festlegung«, die allgemein für eine Vervielfältigung erforderlich ist,[43] aufweichen würde. Bei dieser Art der Speicherung kann kaum von einer Fixierung der Informationen gesprochen werden, da diese bei den üblichen dynamischen Speicherbausteinen (D-RAM) nur durch ständig neu erfolgende elektrische Impulse aufrechterhalten werden, während bei allen anderen Arten der Vervielfältigung (Druckwerke, magnetische oder optische Speicherung usw.) die Informationen ohne aktives Zutun erhalten bleiben. Dieser erhebliche Unterschied kann nicht einfach durch die Behauptung übergangen werden, es sei gleichgültig, ob die Speicherung eines Programms magnetisch erfolge und daher keiner weiteren Energiezufuhr bedürfe oder in RAM-Bausteinen und damit zur Erhaltung Strom erforderlich sei, weil nur der Aufwand zur Erhaltung differiere.[44] Bei einem solch weiten Verständnis der »körperlichen Festlegung« unter Verzicht auf jegliche Beständigkeit müßte man auch die Projektionen eines Bildes auf eine Leinwand, die nur durch den (nicht beständigen) Lichtstrahl aufrechterhalten wird, als urheberrechtliche Vervielfältigung ansehen. Dies wird aber von niemandem behauptet, vielmehr ist anerkannt, daß es sich dabei – ebenso wie bei der Bildschirmanzeige – um eine urheberrechtlich nicht relevante unkörperliche Wiedergabe handelt.[45]

Daß nach dem Wortlaut von § 69c Nr. 1 UrhG auch eine Speicherung von vorübergehender Dauer eine Vervielfältigung darstellt, steht den Bedenken bzgl. der körperlichen Festlegung nicht entgegen. Selbstverständlich ist es grundsätzlich ohne Bedeutung, wie lange eine Festlegung erhalten bleiben soll, nur in Ausnahmefällen kann die von vornherein beabsichtigte kurze Dauer einer Speicherung – z.B. aus rein technischen Gründen – eine andere Beurteilung zur Folge haben. Ansatzpunkt der Bedenken ist nicht die fehlende Dauerhaftigkeit der Speicherung, sondern die mangelnde *Beständigkeit*. Darin liegt auch der Unterschied zu Werken aus vergänglichem Material wie Eis oder

32) *AG Freising*, CR 1990, 55.
33) *AG Amberg*, CR 1990, 658.
34) *LG Mannheim*, CR 1999, 360. Ähnlich auch *FG München*, CR 1997, 23 (24).
35) *Fromm/Nordemann/Vinck* (FN 13), § 69c Rz. 3; *Schricker/Loewenheim* (FN 13), § 69c Rz. 9; *Haberstumpf* (FN 3), Kap. II Rz. 117; *Marly* (FN 1), Rz. 157; *Pres* (FN 1), S. 112; *Schack*, Urheber- und Urhebervertragsrecht, Tübingen 1997, Rz. 379; *Rehbinder*, Urheberrecht, München 1998, § 31 Abs. 2 5c; *Lehmann* (FN 3), Kap. I Rz. 13; *Koch*, GRUR 1997, 417 (423); *Bartsch*, CR 1999, 361 (362); *Dreier*, CR 1991, 577 (580); *Schulte*, CR 1992, 648 (650).
36) Siehe oben (FN 15).
37) *Hoeren* (FN 1), Rz. 112; *Brandi-Dohrn*, GRUR 1985, 179 (185); *Bauer*, CR 1985, 5 (8); *Malzer*, Der Softwarevertrag, Köln 1991, S. 103; *Preuß*, Der Rechtsschutz von Computerprogrammen, Diss., Erlangen-Nürnberg 1987; S. 393 f.; teilweise zustimmend auch *Schneider*, CR 1990, 503 (504).
38) *Haberstumpf* (FN 3), Kap. II Rz. 117.
39) *Haberstumpf* (FN 3), Kap. II Rz. 119; *Marly* (FN 1), Rz. 134; *Pres* (FN 1), S. 110.
40) So ausdrücklich *Pres* (FN 1), S. 111.
41) *Fromm/Nordemann/Vinck* (FN 13), § 69c Rz. 3; *Haberstumpf* (FN 3), Kap. II Rz. 119; *Moritz/Tybusseck* (FN 15), Rz. 239; *Bartsch*, CR 1999, 361 (362).
42) *Schricker/Loewenheim* (FN 13), § 69c Rz. 9; *Pres* (FN 1), S. 111; *Bartsch*, CR 1999, 361 (362).
43) BGHZ 112, 264 (278); GRUR 1983, 28 (29); GRUR 1982, 102 (103); BGHZ 17, 266 (270); *Fromm/Nordemann/Vinck* (FN 13), § 16 Rz. 1; *Schricker/Loewenheim* (FN 13), § 16 Rz. 6.
44) So *Marly* (FN 1), Rz. 142.
45) BGHZ 37, 1 (6); 112, 264 (278); *Fromm/Nordemann/Vinck* (FN 13), § 16 Rz. 1; *Schricker/Loewenheim* (FN 13), § 16 Rz. 6, 20; *Kotthoff*, GRUR 1997, 597 (599); *Ulmer*, GRUR 1971, 297 (301).

Schnee oder Backwaren, die zumindest über eine gewisse Zeit Bestand haben können, ohne daß es eines ständigen aktiven Tuns bedarf. Bei der Kopie im RAM handelt es sich nicht um ein Vervielfältigungs*stück* (§ 16 UrhG), das weitergegeben und verbreitet werden kann (§ 17 UrhG), sondern um eine nicht transportfähige Speicherung, die auf die ständige Stromversorgung durch den Computer angewiesen ist. Der Einwand, auch Werke aus Eis oder Schnee seien körperliche Festlegungen, für die eine Verbreitung i.S.d. § 17 UrhG nicht in Frage komme,[46] vermag dies nicht zu entkräften, weil bei diesen Werken jedenfalls ein greifbarer und prinzipiell transportfähiger Gegenstand vorliegt.

Eine körperliche Festlegung ließe durch eine wertende Betrachtungsweise allenfalls dann annehmen, wenn das Programm dauerhaft im Arbeitsspeicher verbleiben soll und der Rechner bestimmungsgemäß überhaupt nicht mehr ausgeschaltet wird (wie insbesondere bei Großrechnern), weil diese Kopie dann die Funktion der Installationskopie auf einer Festplatte einnimmt (s.o. II.4.a]). Insoweit überzeugt auch nicht der Einwand, die Stromabhängigkeit der Speicherung stehe der Vervielfältigung nicht entgegen, weil es dem Computerbenutzer freistehe, die Stromzufuhr nicht zu unterbrechen.[47]

Das Laden des Programms in den Arbeitsspeicher ist ein durch die Konstruktion des Computers bedingter notwendiger Vorgang, um die Programmbefehle schneller auszuführen (theoretisch könnte das Programm auch direkt von der Festplatte aus ausgeführt werden). Letztlich handelt es sich um nichts anderes als die Nutzung des Programms. Die bloße Benutzung oder Wahrnehmung eines urheberrechtlich geschützten Werks durch den Endverbraucher ist aber allgemein ein urheberrechtlich unerheblicher Vorgang.[48] Eine andere Beurteilung für Computerprogramme würde eine Systemwidrigkeit im Urheberrecht bedeuten.[49] Es besteht aber kein Anlaß zu einer unterschiedlichen Behandlung von Computerprogrammen. Eine eigenständige, über die Benutzung des Programms auf dem Computer hinausgehende Nutzung der Kopie im Arbeitsspeicher ist ohne weiteres nicht möglich. Die in diesem Zusammenhang angeführte Möglichkeit der mehrfachen Nutzung über ein Netzwerk oder durch nacheinander erfolgendes Laden auf mehreren Computern von einer einzigen Diskette beruht nicht auf der einzelnen Kopie im Arbeitsspeicher eines Rechners, sondern auf der Möglichkeit, auf ein einzelnes Vervielfältigungsstück (Festplatte des Servers oder Diskette) mehrfach und unabhängig voneinander zuzugreifen. Anders herum ist es aber tatsächlich denkbar, durch eine einzige Kopie im Arbeitsspeicher eines Servers einer großen Anzahl von Personen die unabhängig voneinander erfolgende Benutzung des Programms zu ermöglichen, indem nämlich die Arbeitsplatzrechner nur als Terminals fungieren (s.o. II.4.a]) und auf dem Server nur unterschiedliche Instanzen des Programms (d.h. andere Speicherbereiche für die Variablen) angelegt werden. Dies zeigt, daß die Kopie im Arbeitsspeicher nicht der geeignete dogmatische Ansatzpunkt ist, um die Möglichkeit der mehrfachen gleichzeitigen Nutzung zu regeln.

Hält man das Laden in den Arbeitsspeicher für eine Vervielfältigung, so hinge es von technischen Begebenheiten ab, ob die Benutzung eines Werks ein urheberrechtlich relevanter Vorgang ist oder nicht. Theoretisch könnte ein Programm nämlich auch dergestalt ausgeführt werden, daß immer nur ganz kleine Teile des Programms direkt in den Prozessor-Cache geladen werden, die mangels Schöpfungshöhe für sich gesehen keinen urheberrechtlichen Schutz genießen. Dann jedenfalls läge keine relevante Vervielfältigung vor. Außerdem ist die Technik des Speichermanagements der Betriebssysteme zu berücksichtigen. Der Programmcode verbleibt nämlich nach der Beendigung des Programms zunächst im Speicher und wird nur zum Überschreiben freigegeben. Welchen Speicherbereich das Betriebssystem beim erneuten Starten für den Programmcode belegt, hängt vom Zufall ab; theoretisch können deshalb zwei Kopien im Arbeitsspeicher entstehen. Sieht man diese überschüssigen und nicht genutzten Kopien als Vervielfältigungen an, so bedarf es einigen Begründungsaufwands, um deren urheberrechtliche Zulässigkeit zu bejahen. All dies zeigt, welche Probleme damit verbunden sind, die Kopie im Arbeitsspeicher eines Rechners als Ansatz zur urheberrechtlichen Kontrolle der Benutzung zu wählen.

Die Möglichkeit der gleichzeitigen Benutzung oder Wahrnehmung eines Werks durch mehrere Personen ist im übrigen nichts ungewöhnliches; so kann z.B. eine CD oder ein Videofilm natürlich auch vor mehreren Personen wiedergegeben werden, ohne daß dafür weitere Vervielfältigungen erforderlich sind. Selbst die voneinander unabhängige Nutzung ist theoretisch durchführbar, z.B. durch mehrere Laserstrahlen zum gleichzeitigen Abtasten an verschiedenen Stellen einer CD oder DVD. In diesem Fall läge aber eindeutig keine Vervielfältigung vor. Die Grenze zum urheberrechtlich relevanten Vorgang ist erst da überschritten, wo es sich um eine öffentliche Wiedergabe gem. § 15 Abs. 2 UrhG handelt.

Somit sprechen erhebliche dogmatische Gründe gegen die herrschende Meinung. Das Laden eines Programms in den Arbeitsspeicher kann daher nicht als Vervielfältigung im urheberrechtlichen Sinn angesehen werden.

cc) Öffentliche Wiedergabe gem. § 15 Abs. 2 UrhG

Der Urheber hat nach § 15 Abs. 2 UrhG das Recht zur öffentlichen Wiedergabe seines Werks. Wenn die Bereitstellung eines Programms auf einem Netzwerkserver eine öffentliche Wiedergabe i.S.d. § 15 UrhG darstellt, dann wäre eine Zustimmung des Herstellers für die Freigabe zur Benutzung im Netzwerk erforderlich. § 15 Abs. 2 UrhG erfaßt die unkörperliche öffentliche

46) *Haberstumpf* (FN 3), Kap. II Rz. 119; *Marly* (FN 1), Rz. 135; *König* (FN 8), Rz. 484.
47) *Marly* (FN 1), Rz. 139.
48) Amtl. Begr. des Regierungsentwurfs, BT-Drucks. IV/270, 28; BGHZ 112, 264 (278); *BGH* NJW 1994, 1216 (1217); *Schricker/v. Ungern-Sternberg* (FN 13), § 15 Rz. 8.
49) Dies wird auch von *Marly* (FN 1), Rz. 152 eingeräumt.

Wiedergabe. Eine Wiedergabe ist nach § 15 Abs. 3 öffentlich, wenn sie für eine Mehrzahl von Personen bestimmt ist, sofern der Kreis der Personen nicht bestimmt ist und diese durch Beziehungen persönlich untereinander verbunden sind. Die Bereitstellung auf einem Server ist also dann zustimmungsbedürftig, wenn es sich dabei um eine unkörperliche Wiedergabe i.S.d. § 15 Abs. 2 UrhG handelt und diese sich nicht nur an einen bestimmten, engen Personenkreis richtet. Die Vorschrift des § 15 UrhG wurde erlassen, als nur klassische Formen der öffentlichen Wiedergabe wie die Vorführung eines Films oder die Rundfunk-Übertragung bekannt waren. Die Einordnung von neuen Nutzungsmöglichkeiten in Datennetzen unter die Regelung der öffentlichen Wiedergabe bereitet dementsprechend einige Probleme.[50]

Der Begriff der »Wiedergabe« ist jedenfalls weit zu verstehen, so daß auch die Möglichkeit der Übertragung eines Computerprogramms in den Arbeitsspeicher erfaßt wird. Zwar kann ein Programm nicht wie ein Musikstück oder ein Film »wiedergegeben« werden, aber das Laden in den Arbeitsspeicher zur Ausführung entspricht im Ergebnis der Wiedergabe im Sinne der Nutzung eines Werks. Als ungeschriebenes Merkmal wird außerdem vielfach gefordert, daß die Wiedergabe gleichzeitig an die Personen erfolgt.[51] Bei der Bereitstellung auf einem Server erfolgt die »Wiedergabe« jedoch nicht gleichzeitig an alle Benutzer wie bei der Vorführung eines Films, sondern jeder Benutzer kann das Programm nach Belieben zu einem individuellen Zeitpunkt abrufen. Diese besondere Eigenschaft läßt sich nicht ohne weiteres in das System der im UrhG geregelten Verwertungsrechte einordnen. Zum Teil wird angenommen, daß insoweit tatsächlich eine Schutzlücke vorliege und eine Gesetzesänderung erforderlich sei, weil die Wiedergabe an eine einzelne Person auf individuellen Abruf nicht öffentlich i.S.d. § 15 Abs. 2, Abs. 3 UrhG sein könne, die Verwertungsarten der unkörperlichen Wiedergabe aber in § 15 Abs. 2 UrhG abschließend genannt seien.[52] Überwiegend wird aber versucht, diese Lücke zu schließen, so daß die Bereitstellung auf einem Server der Zustimmung des Urhebers bedarf. Entweder wird auf das Merkmal der »Gleichzeitigkeit« ganz verzichtet,[53] oder es wird weiter ausgelegt, so daß es nur auf die potentielle Gleichzeitigkeit des Abrufs und die Gleichzeitigkeit des Angebots ankommt, nicht aber darauf, ob das Werk tatsächlich gleichzeitig von mehreren Benutzern abgerufen wird.[54] Schließlich wird vielfach – z.T. in analoger, z.T. in direkter Anwendung von § 15 Abs. 2 UrhG – die Annahme eines neuen, in § 15 UrhG nicht genannten (»unbenannten«) Verwertungsrechts des Urhebers zur »öffentlichen Übertragung« befürwortet.[55] Auch die geplante EU-Richtlinie zur »Harmonisierung bestimmter Aspekte des Urheberrechts und der verwandten Schutzrechte in der Informationsgesellschaft« (»Copyright«- oder »Multimedia«-Richtlinie)[56] sieht in Art. 3 eine solche Erweiterung des Rechts zur öffentlichen Wiedergabe vor.

Im Ergebnis bedeutet das, daß nach überwiegender Ansicht schon jetzt, spätestens aber nach Umsetzung der Gesetzesänderung die Bereitstellung eines urheberrechtlich geschützten Werks zum individuellen Abruf eine Form der öffentlichen Wiedergabe darstellt. Die Freigabe eines auf dem Server installierten Programms für die Netzwerkrechner bedarf danach der Zustimmung des Herstellers, wenn der Kreis der Benutzer über die in § 15 Abs. 3 UrhG genannte Grenze hinausgeht. Trotz der erheblichen Probleme, die mit dieser gesetzlichen Definition im Hinblick auf die neuen Nutzungsmöglichkeiten in Datennetzen verbunden sind,[57] muß zunächst von ihr ausgegangen werden, solange das Gesetz noch nicht angepaßt wurde.

Die Abgrenzung, wann der Kreis der Personen bestimmt ist und diese durch gegenseitige Beziehungen persönlich verbunden sind, ist sehr schwierig. Um den Besonderheiten der Online-Werknutzung gerecht zu werden, wird z.T. ein etwas weiteres Verständnis des Begriffs der Öffentlichkeit als in § 15 Abs. 3 UrhG befürwortet.[58] Die Bestimmtheit des Personenkreises stellt beim Einsatz in Netzwerken in der Regel noch kein großes Problem dar, weil die potentiellen Benutzer meistens als abgeschlossene Gruppe angesehen werden können, z.B. die Mitarbeiter eines Unternehmens, oder bei Hochschulen die Mitarbeiter eines Instituts oder die Studenten eines Fachbereichs. Dies wird besonders deutlich, wenn die Benutzung der Rechner des Netzwerks eine durch ein Paßwort überprüfte Zugangsberechtigung voraussetzt.[59] Nur wenn die Benutzung – etwa über Telnet oder durch frei zugängliche Computer – für jedermann ermöglicht wird, ist der Personenkreis nicht mehr bestimmt.

Problematisch ist hingegen das Merkmal der persönlichen Verbundenheit. Die Rechtsprechung fordert, daß unter allen Beteiligten ein engerer gegenseitiger Kontakt besteht, der bei ihnen das Bewußtsein hervorruft, persönlich untereinander verbunden zu sein.[60] Das Merkmal erfaßt nicht nur private oder familiäre Bindungen,[61] die Beziehungen können daher durchaus auch auf Beruf oder Ausbildung beruhen.[62] Nach dem Gesetzeswortlaut können die Beziehungen der Benutzer untereinander bestehen oder durch Beziehungen der Benutzer zum »Veranstalter«. Als Veranstalter i.S.d. § 15 Abs. 3 UrhG ist die verantwortliche Person

50) Ausführlich dazu *Schricker*/v. Ungern-Sternberg (FN 13), § 15 Rz. 23 ff.; *Bechtholt*, ZUM 1997, 427.
51) Vgl. BGHZ 113, 159 (161); *Schwarz*, GRUR 1996, 836 (838); *Schricker*/v. *Ungern-Sternberg* (FN 13), § 15 Rz. 59; *Ulmer*, GRUR 1971, 297 (301).
52) *Gahrau* in Hoeren/Sieber (Hrsg.), Handbuch Multimedia-Recht, München 1999, Teil 7.1 Rz. 73, 75.
53) *Schack* (FN 35), Rz. 419; *Leupold*, CR 1998, 234 (239); *Ernst*, GRUR 1997, 592 (594); *Katzenberger*, GRUR 1990, 94 (96).
54) *Koch*, GRUR 1997, 417 (428 Fußn. 115); *Hoeren* (FN 1), Rz. 320.
55) *Schack* (FN 35), Rz. 420; *Fromm/Nordemann* (FN 13), § 15 Rz. 2; *Schricker*/v. *Ungern-Sternberg* (FN 13), § 15 Rz. 24; *Dreier*, GRUR 1997, 859 (863); *Ernst*, GRUR 1997, 592 (594).
56) 97/0359/COD, KOM(1999) 250 endg.
57) Schricker/v. Ungern-Sternberg (FN 13), § 15 Rz. 56; *Dreier*, GRUR 1997, 859 (863).
58) *Schricker*/v. *Ungern-Sternberg* (FN 13), § 15 Rz. 28.
59) *Kotthoff*, GRUR 1997, 597 (600).
60) *BGH* GRUR 1996, 875 (876); 1984, 734 (735).
61) *BGH* GRUR 1996, 875 (876); *Schricker*/v. *Ungern-Sternberg* (FN 13), § 15 Rz. 65.
62) Vgl. *Kotthoff*, GRUR 1997, 597 (600).

anzusehen, die die Programme auf dem Server zur Verfügung stellt, z.B. der Leiter der entsprechenden Abteilung. Die Zugehörigkeit zu einem Unternehmen oder zu einer Institution allein kann jedoch noch keine persönliche Verbundenheit begründen, es bedarf vielmehr eines gewissen »Vertrauensverhältnisses«.[63] Daher kommt auch der Größe des Personenkreises eine entscheidende Rolle zu. Umfaßt der Kreis z.B. mehr als 100 Personen, so kann kaum ein persönlicher vertrauter Kontakt zwischen diesen Personen angenommen werden.[64] Es genügt auch nicht, wenn sich innerhalb des gesamten Personenkreises verschiedene Gruppen ausmachen lassen, bei denen persönliche Beziehungen unter den Mitgliedern bestehen[65] (z.B. in einzelnen Abteilungen). Im übrigen können keine strikten Abgrenzungsmerkmale aufgestellt werden, die Frage der persönlichen Verbundenheit ist vielmehr im Hinblick auf alle Umstände des Einzelfalls zu klären.

dd) Ergebnis

Nimmt man an, daß das Laden in den Arbeitsspeicher keine urheberrechtliche Vervielfältigung ist, dann ist auch das Starten eines auf dem Netzwerkserver installierten Programms von mehreren Netzwerkrechnern aus zulässig, selbst wenn der Softwareüberlassungsvertrag keine besondere Erlaubnis dazu vorsieht. Allerdings kann die Freigabe eines Programms für die Rechner eines Netzwerks eine öffentliche Wiedergabe gem. § 15 Abs. 2 UrhG darstellen. Sofern der Kreis der Benutzer aber bestimmt ist und diese persönlich untereinander verbunden sind, ist die Benutzung im Netzwerk nach der hier vertretenen Auffassung grundsätzlich zulässig. Selbst wenn man mit der h.M. annimmt, daß das Laden in den Arbeitsspeicher eine Vervielfältigung sei, so ist der Einsatz im Netzwerk jedenfalls in der Form zulässig, daß immer nur an einem Computer das Programm zur gleichen Zeit benutzt wird, weil jedenfalls diese Kopie in einem einzigen Arbeitsspeicher für die bestimmungsgemäße Benutzung erforderlich und damit gem. § 69d Abs. 1 UrhG zulässig ist.

Eine andere Frage ist es, wie ausdrückliche Verbote zur Netzwerknutzung in Softwareüberlassungsverträgen zu beurteilen sind. Ein Verstoß gegen eine solche Klausel hätte nach der hier vertretenen Auffassung keine Verletzung des Urheberrechts zur Folge, er könnte aber vertragliche Ansprüche auslösen. Dies hängt von der Wirksamkeit solcher Klauseln ab, die im zweiten Teil näher untersucht wird.

5. Sonstige besondere Nutzungsarten

Nutzungsmöglichkeiten, die über die vorstehend genannten gesetzlichen Nutzungsrechte hinausgehen, bedürfen auf jeden Fall der gesonderten Zustimmung des Herstellers. Darunter fallen z.B. Bearbeitungen, die der Verbesserung und Erweiterung eines Programms (also nicht nur der Beseitigung von Fehlern) dienen, sowie die zu diesen Zwecken erfolgende Dekompilierung des Programms. Selbstverständlich ist die Anfertigung weiterer Vervielfältigungsstücke zustimmungsbedürftig, die nicht der Nutzung oder der Sicherung dienen, sondern z.B. der Weiterverbreitung. Ferner gehört zu den zustimmungsbedürftigen Handlungen auch die Bereitstellung eines Programms zum Download über das Internet, sofern man mit der o.g. herrschenden Meinung annimmt, daß dies eine Form der öffentlichen Wiedergabe darstellt (s.o. II.4.b]cc]). Zustimmungsbedürftig ist dann auf jeden Fall die Speicherung des Programms auf der Festplatte des Servers zu diesem Zweck, weil sie für eine Benutzung des Programms nicht erforderlich ist.

63) Vgl. *BGH* GRUR 1996, 875 (877); 1984, 734 (735); 1983, 562 (563).
64) Vgl. *BGH* GRUR 1975, 33 (34); BGHZ 17, 376 (379).
65) *BGH* GRUR 1975, 33 (34).