

Von Professor Dr. Olaf
Sosnitza, Würzburg

Der Autor ist Inhaber des
Lehrstuhls für Bürgerliches
Recht, Handelsrecht,
Gewerblichen Rechtsschutz
und Urheberrecht an der
Julius-Maximilians-
Universität Würzburg. Mehr
über den Autor erfahren Sie
auf S. VIII.

Die urheberrechtliche Zulässigkeit des Handels mit „gebrauchter“ Software

In den letzten Jahren hat sich ein Markt für „gebrauchte“ oder auch „Second Hand Software“ gebildet. Vermittler kaufen Programme von Unternehmen, die sie nicht mehr benötigen, und verkaufen sie an andere Unternehmen weiter, die ihre Kapazitäten erweitern wollen. In einer ersten Entscheidung hat das LG München I (Urt. v. 19. 1. 2006 – 7 O 23237/05, K&R 2006, 92) diese Praxis als urheberrechtswidrig eingestuft. Der folgende Beitrag stellt die aktuelle Diskussion der mit diesem Geschäftsmodell verbundenen Rechtsfragen dar und spricht sich im Ergebnis für die grundsätzliche Zulässigkeit des Gebrauchthandels mit Software aus.

I. Einleitung

Auf dem Markt für „gebrauchte“ oder auch „Second Hand Software“ geht es ausschließlich um die dauerhafte Überlassung von Standardsoftware an Unternehmen. Diese erwerben – in der Grundform – entweder Einfachlizenzen zur Nutzung der Software auf einem Computer oder aber Mehrfachlizenzen, die zur Verwendung der Software auf einer festgelegten Mehrzahl von Rechnern berechtigen.¹ Infolge von Insolvenzen, Unternehmenszusammenschlüssen oder Arbeitsplatzabbau tritt aber immer wieder das Bedürfnis auf, die erworbenen Softwarelizenzen entweder vollständig oder teilweise weiter zu veräußern. Andere Unternehmen haben demgegenüber ein Interesse daran, derartige „gebrauchte“ Software zu erwerben, die regelmäßig billiger ist, als der Erwerb direkt vom Hersteller. Vor diesem Hintergrund gehen nun seit einiger Zeit Vermittler dazu über, Software bei den Ersterwerbern aufzukaufen, um sie dann anschließend an Zweiterwerber weiter zu veräußern.

Technisch wird die Übertragung derart abgewickelt, dass der Ersterwerber bestätigt, dass er eine bestimmte Anzahl von Kopien der Software gelöscht habe bzw. beim Einsatz von Client-Server-Software auf einer bestimmten Anzahl von Arbeitsplatzrechnern der Zugriff auf die Software entfernt worden sei.² In der Praxis wird dem Zweiterwerber allerdings die betreffende Software regelmäßig weder vom Ersterwerber noch vom Zwischenhändler zur Verfügung gestellt, da der Zweiterwerber häufig die Software bereits anderweitig zur Verfügung hat und es ihm nur darum geht, zusätzliche Lizenzen für weitere Endgeräte zu erhalten. Für die weitere Argumentation ist es gleichwohl sinnvoll, schon an dieser Stelle drei grundlegende Formen zu unterscheiden, wie die Weitergabe der Software vom Erst- auf den Zweiterwerber erfolgen kann. Die früher weithin übliche und einfachste Möglichkeit besteht darin, dass der Veräußerer der Software dem Ersterwerber einen physischen Datenträger (z. B. Diskette, CD oder DVD) übergibt, auf dem die Software enthalten ist und der Ersterwerber diesen Datenträger dann an den Zweiterwerber weiterleitet. Aus Kosten- und Zeitgründen ist es heute allerdings weithin üblich, dass Software vom Anbieter einem Ersterwerber online übermittelt wird, ohne dass ihm ein physischer Datenträger zur Verfügung gestellt wird. In diesen Fällen kann der Ersterwerber seinerseits einen Datenträger mit der Software herstellen und diesen Datenträger dann an den Zweiterwerber weiterleiten. Schließlich kommt als dritte Möglichkeit in Betracht, dass der Ersterwerber überhaupt keine Fixierung der Software an den Zweiterwerber übergibt und sich dieser vielmehr die Software seinerseits vom Anbieter beschafft, insbesondere

eine bereits vorhandene Master-CD nutzt oder sich die Software aus dem Netz herunterlädt.

In diesem Zusammenhang erscheint es angebracht, auf einige terminologische Besonderheiten hinzuweisen. Zum einen ist der Begriff der „Second Hand“ bzw. „gebrauchten“ Software insofern irreführend, als sich die Programme nicht im eigentlichen Sinne abnutzen, doch hat sich die Unterscheidung von „neuer“ und „gebrauchter“ Software branchenüblich durchgesetzt.³ Zum anderen ist zwar immer wieder von dem Erwerb von „Lizenzen“ die Rede, doch ist dies insofern nicht zutreffend, als bei der endgültigen Veräußerung von (Standard-)Software ein Kaufvertrag zugrunde liegt und gerade keine Lizenzverträge abgeschlossen,⁴ und damit auch keine Nutzungsrechte nach § 31 ff. UrhG eingeräumt werden müssen, vgl. § 44 Abs. 1 UrhG. Soweit ausdrücklich Nutzungsrechte eingeräumt werden und dabei dem Erwerber Beschränkungen auferlegt werden,⁵ ist stets zu prüfen, ob nicht eine unzulässige Einschränkung des Erschöpfungsgrundsatzes vorliegt.

Inzwischen liegt die – soweit ersichtlich – erste Entscheidung zur urheberrechtlichen Zulässigkeit des hier in Rede stehenden Geschäftsmodells vor. Das LG München I ist der Auffassung, dass der Handel mit gebrauchten Softwarelizenzen die Urheberrechte des Softwareherstellers verletze, da der Erschöpfungsgrundsatz nicht eingreife, wenn der Zweiterwerber die Software nicht von dem Ersterwerber erhält, sondern sie sich auf andere Weise beschafft.⁶ Im Folgenden soll der urheberrechtlichen Zulässigkeit des Handels mit gebrauchter Software im Einzelnen nachgegangen werden. Dabei steht zunächst die Reichweite der Erschöpfung des Verbreitungsrechts nach § 69c Nr. 3 UrhG im Vordergrund (unter II.). Daran anschließend ist zu untersuchen, inwieweit eine analoge Anwendung der Vorschrift bei der Online-Übermittlung der Software in Betracht kommt (unter III.). Abschließend sind dann die Konsequenzen bei Eingreifen des Erschöpfungsgrundsatzes auf Seiten des Ersterwerbers und beim Zweiterwerber zu ziehen (dazu unter IV.).

1 *Schneider*, Handbuch des EDV-Rechts, 3. Aufl. 2003, C Rdnr. 52 ff., 62 ff.

2 *Heydn/Schmiedl*, K&R 2006, 74.

3 *Heydn/Schmiedl*, K&R 2006, 74; *Hoeren*, CR 1992, 257; *Schuppert/Greissinger*, CR 2005, 81.

4 *Marly*, Softwareüberlassungsverträge, 4. Aufl. 2004, Rdnr. 1041; *Moritz*, in: *Kilian/Heussen*, Computerrechts-Handbuch, Stand: Juli 2004, Nr. 31, Rdnr. 95 ff.

5 Vgl. *Schneider* (Fn. 1), C Rdnr. 546 ff., 557 ff.

6 LG München I, Urt. v. 19. 1. 2006 – 7 O 23237/05, K&R 2006, 92; zustimmend *Heydn/Schmiedl*, K&R 2006, 74; vgl. auch *Haines/Schulz*, CR 2006, 161 ff.; *Huppertz*, CR 2006, 145 ff.

II. Erschöpfung des Verbreitungsrechts nach § 69c Nr. 3 UrhG

Nach § 69c Nr. 3 UrhG hat der Rechtsinhaber das ausschließliche Verbreitungsrecht an dem geschützten Computerprogramm. Der Begriff der Verbreitung weicht hier nicht von § 17 Abs. 1 UrhG ab, so dass das Angebot oder das In-Verkehr-Bringen des Originals oder eines Vervielfältigungsstückes des Werkes in einer körperlich fixierten Form erforderlich ist.⁷ Eine derartige Verbreitung kommt daher unmittelbar nur in Betracht, wenn die Software auf einem Datenträger körperlich fixiert ist. Daher ist heute im Ausgangspunkt unbestritten, dass eine Erschöpfung des Verbreitungsrechts gemäß § 69c Nr. 3 S. 2 UrhG jedenfalls dann in Betracht kommt, wenn der Urheber dem Ersterwerber die Software auf einem Datenträger zur Verfügung gestellt hat und der Käufer eben diesen Datenträger dann später an den Zweiterwerber veräußert.⁸ Wird die Software dagegen vom Urheber an den Erstkäufer zum Download angeboten, so entsteht eine körperliche Fixierung erst mit der Speicherung auf der Festplatte des Käufers. In diesem Falle hat der Urheber dann kein körperliches Vervielfältigungsstück angeboten oder in Verkehr gebracht, so dass der Erschöpfungsgrundsatz gemäß § 69c Nr. 3 S. 2 UrhG nicht eingreift.⁹

III. Analoge Anwendung von § 69c Nr. 3 S. 2 UrhG bei Online-Übermittlung der Software

1. Ausgangslage

Bleibe man bei diesem Ergebnis stehen, so hätte dies die eigenartige Konsequenz, dass es der Urheber selbst in der Hand hat, ob Erschöpfung an den von ihm vertriebenen Computerprogrammen eintritt oder nicht. Gibt er keinen Datenträger heraus, auf dem die Software verkörpert ist, so kann er die Weiterveräußerung durch den Ersterwerber kontrollieren. Hat umgekehrt der Ersterwerber das Glück, in den Besitz eines Datenträgers zu gelangen, so kann er den angelegten Kaufpreis später zumindest zum Teil wieder realisieren, wenn er die Software nicht mehr benötigt. Da die Online-Übermittlung der Software im Grunde nur ein bequemerer Weg für die Parteien des Erstkaufvertrages darstellt, um dasselbe Ziel zu erreichen, wie durch die frühere zur Verfügungstellung von Datenträgern, drängt sich die Frage auf, ob nicht sinnvollerweise § 69c Nr. 3 S. 2 UrhG in diesen Fällen analog anzuwenden ist mit der Folge, dass sich auch bei der Online-Übermittlung von Software das Verbreitungsrecht des Urhebers erschöpft hat. Diese Frage wird in der neueren Literatur zunehmend und kontrovers diskutiert. Zum Teil wird eine analoge Anwendung von § 69c Nr. 3 S. 2 UrhG von vornherein abgelehnt.¹⁰ Allerdings nimmt die Zahl derer, die eine analoge Anwendung für zulässig und gerechtfertigt halten, zu.¹¹ Unter den Befürwortern einer Analogie gibt es wiederum zwei Lager. Zum Teil wird angenommen, dass nur der Ersterwerber berechtigt sei, eine Kopie der Software auf Datenträger festzulegen und diesen Datenträger an den Zweiterwerber zu veräußern.¹² Die anderen halten auch dies nicht für erforderlich und sehen den Zweiterwerber ohne weiteres als berechtigt an, die Software unmittelbar beim Urheber zu beziehen bzw. die bereits vorhandene Software in größerem Umfang zu nut-

zen.¹³ Im Folgenden soll zunächst gezeigt werden, dass einer solchen Analogie nicht nur keine grundsätzlichen Einwände entgegenstehen, sondern dass eine solche auch aufgrund der Interessenlage der Beteiligten geboten ist. Die Frage, ob der Ersterwerber selbst einen Datenträger mit der Software herstellen und diesen an den Zweiterwerber weitergeben muss oder nicht, ist eine Frage der aus der Erschöpfung zu ziehenden Konsequenzen, die anschließend darzustellen sind.

2. Erwägungsgrund 29 der Info-Richtlinie

Dem Gesetzgeber war ganz offenbar das Problem der unkörperlichen Programmverschaffung bei der Formulierung des § 69c Nr. 3 S. 2 UrhG nicht bewusst.¹⁴ Das Bestehen einer für eine analoge Anwendung erforderlichen Regelungslücke wird allerdings zum Teil mit dem Argument verneint, dass sich der Ausschluss des Erschöpfungsgrundsatzes bereits aus dem europäischen Sekundärrecht ergebe, wofür insbesondere Art. 3 Abs. 3 und Erwägungsgrund 29 der Richtlinie 2001/29/EG zur Harmonisierung bestimmter Aspekte des Urheberrechts in der Informationsgesellschaft¹⁵ (im Folgenden: Info-Richtlinie) angeführt werden.¹⁶ Art. 3 Abs. 3 der Richtlinie besagt allerdings nur, dass sich die Rechte des Urhebers nicht allein mit der Zugänglichmachung des Werkes für die Öffentlichkeit erschöpfen. Daraus folgt lediglich, dass das bloße Download-Angebot als solches noch nicht die Erschöpfungswirkung eintreten lässt. Auf den ersten Blick gewichtiger ist demgegenüber der Einwand aus Erwägungsgrund 29 der Info-Richtlinie, der wie folgt formuliert ist:

- 7 BGH, NJW-RR 1986, 1251 – Videofilmvorführung; Dreier, in: Dreier/Schulze, 2. Aufl. 2006, § 69c Rdnr. 20, § 17 Rdnr. 5; Möhring/Nicolini, UrhG, 2. Aufl. 2000, § 17 Rdnr. 9; Schack, Urheber- und Urhebervertragsrecht, 3. Aufl. 2005, Rdnr. 386.
- 8 Hoeren, in: Möhring/Nicolini (Fn. 7), § 69c Rdnr. 14f. m.w.N. zur Rechtsprechung.
- 9 Hoeren, in: Möhring/Nicolini (Fn. 7), § 69c Rdnr. 1; ders., Gutachten v. 17. 2. 2006 zur Frage der Geltung des urheberrechtlichen Erschöpfungsgrundsatzes bei der Online-Übertragung von Computerprogrammen (erstattet im Auftrag der Antragstellerin im Verfahren vor dem LG München I, vgl. www.usedsoft.de/Unternehmen/Rechtsgrundlagen/index_de.html), S. 6f.
- 10 Bergmann, FS Erdmann, 2002, 17, 24ff.; Haberstumpf, in: Mestmäcker/Schulze, UrhG, Stand: Dezember 2005, § 69c Rdnr. 9, 14; Heydn/Schmiedl, K&R 2006, 74, 76; Koch, CR 2002, 629, 631; Loewenheim, in: Schrickler, UrhR, 2. Aufl. 1999, § 69c Rdnr. 33; ders., in: Loewenheim/Koch, Praxis des Online-Rechts, 1998, Rdnr. 7.2.4.5 (S. 302 f.); Schack (Fn. 7), Rdnr. 390.
- 11 Grützmaker, in: Wandtke/Bullinger, UrhR, 2002, § 69c Rdnr. 36; Hoeren, in: Möhring/Nicolini (Fn. 7), § 69c Rdnr. 12, 16; ders., Gutachten v. 17. 2. 2006 (Fn. 9), S. 14ff.; Koehler, Der Erschöpfungsgrundsatz des Urheberrechts im Online-Bereich, 2000, S. 49ff.; Kotthoff, in: Dreyer/Kotthoff/Meckel, Urheberrecht, 2004, § 69c Rdnr. 23, 25; Mäger, CR 1996, 522, 525f.; für extensive Auslegung der Vorschrift Nordemann/Vinck, in: Fromm/Nordemann, UrhR, 9. Aufl. 1998, § 69c Rdnr. 6; im Ergebnis ebenso Witte, ITRB 2005, 86, 89: Verbreitungshandlung durch Einräumung von Eigenbesitz gemäß §§ 929 S. 2, 854 Abs. 2 BGB; vgl. auch Bayreuther, EWS 2001, 421, 428; Berger, GRUR 2002, 198, 200f.; Knies, GRURInt 2002, 314, 316; Kröger, CR 2001, 316, 318; Pres, Gestaltungsformen urheberrechtlicher Software-Lizenzverträge, 1994, S. 115f.; Spindler, GRUR 2002, 105, 110.
- 12 Dreier, in: Dreier/Schulze (Fn. 7), § 69c Rdnr. 24; wohl auch Kotthoff, in: Dreyer/Kotthoff/Meckel (Fn. 11), § 69c Rdnr. 29.
- 13 Hoeren, in: Möhring/Nicolini (Fn. 7), § 69c Rdnr. 12, 16; ders., Gutachten v. 17. 2. 2006 (Fn. 9), S. 14ff.; Grützmaker, in: Wandtke/Bullinger (Fn. 11), § 69c Rdnr. 37.
- 14 Mäger, CR 1996, 522, 525; Pres (Fn. 11), S. 115.
- 15 Richtlinie 2001/29/EG v. 22. 5. 2001 zur Harmonisierung bestimmter Aspekte des Urheberrechts und der verwandten Schutzrechte in der Informationsgesellschaft, ABl. EG Nr. L 167 v. 22. 6. 2001, S. 10.
- 16 Heydn/Schmiedl, K&R 2006, 74, 77; Kotthoff, in: Dreyer/Kotthoff/Meckel (Fn. 11), § 69c Rdnr. 23.

„Die Frage der Erschöpfung stellt sich weder bei Dienstleistungen allgemein noch bei Online-Diensten im Besonderen. Dies gilt auch für materielle Vervielfältigungsstücke eines Werkes oder eines sonstigen Schutzgegenstands, die durch den Nutzer eines solchen Dienstes mit Zustimmung des Rechtsinhabers hergestellt worden sind. Dasselbe gilt daher auch für die Vermietung oder den Verleih des Originals oder von Vervielfältigungsstücken eines Werks oder eines sonstigen Schutzgegenstands, bei denen es sich dem Wesen nach um Dienstleistungen handelt. Anders als bei CD-Rom oder CD-I, wo das geistige Eigentum in einem materiellen Träger, d.h. einem Gegenstand, verkörpert ist, ist jede Bereitstellung eines Online-Dienstes im Grunde eine Handlung, die zustimmungsbedürftig ist, wenn das Urheberrecht oder ein verwandtes Schutzrecht dies vorsieht.“

Diese Ausführungen beziehen sich jedoch sowohl nach ihrem Wortlaut als auch aufgrund ihrer Entstehungsgeschichte nicht auf die Situation einer Online-Übermittlung von Software im Rahmen eines Kauf- und damit Austauschvertrages. Der Erwägungsgrund spricht ausdrücklich von „Dienstleistungen allgemein“ und von „Online-Diensten im Besonderen“. Auch in Satz 3 dieses Erwägungsgrundes wird ausdrücklich nur auf Dienstleistungen Bezug genommen. Zwischen dem Urheber und dem Erstkäufer wird jedoch ein Warenaustauschgeschäft in Form eines Rechtskaufs nach § 453 Abs. 1 2. Alt. BGB abgeschlossen, das lediglich im Wege der Online-Übertragung abgewickelt wird und daher nicht unter den Begriff der Dienstleistung gefasst werden kann.¹⁷ Dieses Verständnis wird durch die Entstehungsgeschichte des Erwägungsgrundes 29 der Info-Richtlinie gestützt. Sein Vorbild war offensichtlich Erwägungsgrund 33 der Datenbank-Richtlinie,¹⁸ mit dem dieser nahezu wörtlich übereinstimmt, so dass die Erwägungen zur Datenbank-Richtlinie auch für die Auslegung der Info-Richtlinie insoweit herangezogen werden können.¹⁹ Die Kommission hatte damals erstmals ihre Absicht verwirklicht, bei der weiteren Harmonisierung deutlich zu machen, dass der Erschöpfungsgrundsatz lediglich auf das Recht der Verbreitung von Waren, nicht aber auf die Erbringung von Online-Diensten Anwendung findet.²⁰ Online-Datenbanken werden im Hinblick auf die ständige Erreichbarkeit und das Erfordernis eines Verbindungsaufbaus für jede Nutzung als Dienstleistung im Sinne des Erwägungsgrundes 33 der Datenbank-Richtlinie eingeordnet. Ein Vergleich mit der Online-Übertragung von Software führt dazu, dass der Download von Computerprogrammen nur dann nicht zu einer Erschöpfungswirkung führt, wenn die Übertragung des Programms nur „on demand“ und somit bei jeder Benutzung aufs Neue auf Abruf erfolgt, wie etwa bei so genannten NCs (Network-Computers) oder „Thin Clients“, nicht aber bei der einmaligen Übermittlung von Software im Rahmen eines Austauschvertrages, die eine dauerhafte Nutzung unabhängig von Dienstleistungen des Urhebers ermöglicht.²¹

3. Regelung des Rechts der öffentlichen Wiedergabe in § 69c Nr. 4 UrhG

Gegen das Bestehen einer Regelungslücke wird zudem angeführt, dass im Zuge der Umsetzung der Info-Richtlinie inzwischen § 69c Nr. 4 UrhG eingeführt worden ist, der kein Äquivalent zur Erschöpfungsregelung des § 69c Nr. 3 S. 2 UrhG enthalte.²² Daran ist richtig, dass die Anordnung der Erschöpfung des Rechts zur öffentlichen Zugänglichmachung seinerzeit nicht in Rede stand. Allerdings geht es um diese Frage im vorliegenden Zusam-

menhang überhaupt nicht, da weder Erst- noch Zweiterwerber die Software im Internet ihrerseits zum Download anbieten wollen.

Die weiteren Ausführungen von *Heydn/Schmiedl* dazu, wie die Anordnung einer entsprechenden Geltung von § 69c Nr. 3 S. 2 UrhG hätte durch den Gesetzgeber erfolgen müssen, wenn hinsichtlich der per Download erlangten Programmkopie eine Erschöpfung des Verbreitungsrechts des Herstellers gewollt gewesen wäre, führen demgegenüber nicht weiter. Die einzelnen rechtstechnischen Ergänzungsmöglichkeiten der einschlägigen Vorschriften ändern nichts daran, dass mangels gegenteiliger Anhaltspunkte in den Gesetzesmaterialien davon auszugehen ist, dass der Gesetzgeber seinerzeit den hier in Rede stehenden Fall gar nicht gesehen hat.

4. Unzulässige Aufspaltung eines einheitlichen Rechts?

Gegen eine Anwendung des Erschöpfungsgrundsatzes bei der Online-Übermittlung von Software wird des Weiteren eine angeblich unzulässige Aufspaltung eines einheitlichen Rechts geltend gemacht.²³ Werde etwa eine Software als Mehrfachlizenz für 50 Nutzer an den Ersterwerber veräußert und verkaufe dieser die Nutzungsberechtigungen für vierzig Nutzer weiter an einen Gebrauch-Software-Händler, der seinerseits jeweils zehn Nutzungsberechtigungen an vier Zweiterwerber verkaufe, so liege darin eine Aufspaltung eines vom Urheber einheitlich gewährten Rechts, die vom Erschöpfungsgrundsatz nicht gedeckt sei.²⁴

Das gewählte Beispiel verdeutlicht indessen, dass es tatsächlich gar nicht um die Aufspaltung eines einzelnen Rechtes geht, da die verkauften Mehrfachlizenzen kein einheitliches Recht darstellen, sondern eine Mehrheit von Software-Überlassungen im Umfang der festgelegten Nutzerzahl, die nur einheitlich in einem Kaufvertrag zusammengefasst sind. Es werden also, um bei dem gewählten Beispiel zu bleiben, im Grunde 50 „Exemplare“ der Software veräußert.²⁵ Lediglich der Einfachheit halber wird dem Ersterwerber vom Verkäufer nur ein Datenträger übergeben, verbunden mit der Abrede, dass der Käufer dann selbst im Umfang der vereinbarten Nutzer Vervielfältigungen, d.h. Installationen auf Rechnern, vornehmen darf. Der Ersterwerber einer Mehrfachlizenz für fünfzig Nutzer kann dementsprechend auf fünfzig verschiedenen Rechnern die gekaufte Software installieren. Folglich tritt Erschöpfung an jeder einzelnen Softwareko-

17 So zutreffend *Hoeren*, Gutachten v. 17. 2. 2006 (Fn. 9), S. 11 f.; *Reinbothe*, GRURInt. 2001, 733, 737; *Knies*, GRURInt 2002, 314, 316.

18 Richtlinie 96/9/EG des Europäischen Parlaments und des Rates v. 11. 3. 1996 über den rechtlichen Schutz von Datenbanken, ABl. EG Nr. L 77 v. 27. 3. 1996, S. 20.

19 *Hoeren*, Gutachten v. 17. 2. 2006 (Fn. 9), S. 9; *Reinbothe*, ZUM 2002, 43, 48.

20 *Blocher*, in: Walter (Hrsg.), Europäisches Urheberrecht, 2001, Art. 4 Software-RL, Rdnr. 29.

21 So überzeugend *Blocher*, in: Walter (Fn. 20), Art. 4 Software-RL, Rdnr. 29 (S. 173); *Hoeren*, Gutachten v. 17. 2. 2006 (Fn. 9), S. 10 f.

22 *Heydn/Schmiedl*, K&R 2006, 74, 76.

23 *Heydn/Schmiedl*, K&R 2006, 74, 77 f.

24 *Heydn/Schmiedl*, K&R 2006, 74, 78; die dort in Fn. 34 angegebene Fundstelle bei *Dreier*, in: *Dreier/Schulze* (Fn. 7), § 69c Rdnr. 26, ist unzutreffend.

25 Ebenso *Schneider* (Fn. 1), C Rdnr. 62: „Die Mehrfachlizenz orientiert sich an der Vorstellung, dass dem Anwender mehrere Vervielfältigungsstücke zumindest virtuell überlassen werden.“

pie ein, so dass nichts dagegen spricht, die einzelne, dauerhaft überlassene Nutzungsbefugnis auf einen Zweiterwerber zu übertragen.²⁶

Die vorgeblich „unzulässige Aufspaltung“ ist in Wirklichkeit nur eine Hilfskonstruktion zur Sicherung der gegenwärtigen Preispolitik der Softwareunternehmen. Dies wird besonders deutlich, wenn das LG München auf die „Gefahr der Aufspaltung der Lizenzrechte“ hinweist, durch die das Vergütungsinteresse der Antragstellerin angesichts der „unstreitig degressiven Gebührenstruktur der Antragstellerin nicht hinreichend berücksichtigt“ werde.²⁷ Dass bei der Veräußerung größerer Softwarepakete Rabatte gewährt werden, ist ökonomisch nachvollziehbar und mag auch branchenüblich sein.²⁸ Daraus allein ergibt sich freilich noch nicht die Unzulässigkeit der Weiterveräußerung. Wenn ein Autovermieter ein größeres Kontingent an Kraftfahrzeugen vom Hersteller, natürlich gegen entsprechende Rabattgewährung, erwirbt, hindert dies den Autovermieter auch nicht, einzelne Fahrzeuge günstiger weiter zu veräußern.

5. Abschließende Bewertung

Nach alledem stehen einer analogen Anwendung von § 69c Nr. 3 S. 2 UrhG auf die Online-Übermittlung von Software keine grundsätzlichen Bedenken entgegen. Es ist danach von einer planwidrigen Regelungslücke auszugehen, die den Raum für die Anwendung des allgemeinen Erschöpfungsgrundsatzes im Urheberrecht eröffnet. Eine solche Analogie ist insbesondere auch deswegen interessengerecht, weil die Online-Übermittlung von Software gegenüber der zur Verfügungstellung von Datenträgern wertungsmäßig völlig gleichsteht und nicht einzusehen ist, warum der Urheber durch die Zufälligkeit der Art und Weise der Übermittlung der Software die Reichweite der Erschöpfung des Verbreitungsrechts soll kontrollieren können.²⁹

Schwerwiegende Interessen des Urhebers, die dem entgegenstehen könnten, sind nicht ersichtlich. Zwar wird geltend gemacht, dass die Gefahr der Verletzung von Urheberrechten größer und daher das Interesse des Urhebers an einer wirksamen vertraglichen Beschränkung sachlich gerechtfertigt sei.³⁰ Worin genau diese größere Gefahr liegen soll, wird jedoch nicht näher erläutert.³¹ Zum Teil wird befürchtet, dass der Rechtsinhaber die ordnungsgemäße Nutzung der vertriebenen Software-Kopien nicht mehr kontrollieren könne, da insbesondere bei der Aufspaltung von Mehrplatzlizenzen eingesetzte Seriennummern nicht sinnvoll überprüft werden könnten.³² Dabei wird freilich außer Acht gelassen, dass es den berechtigten Zweiterwerbern aufgrund der Bestätigungserklärung des Ersterwerbers, die sich auf eine spezifizierte Software-Kopie bezieht, durchaus möglich ist, die ordnungsgemäße Herkunft der Berechtigung darzulegen. Vertragsketten sind auch sonst im Lizenzgeschäft nichts Ungeöhnliches.³³ Darüber hinaus ist zu berücksichtigen, dass der Urheber die Erschöpfungswirkung auch dadurch vermeiden kann, dass er die Software nicht auf Dauer, sondern nur auf Zeit zur Verfügung stellt.

IV. Konsequenzen der Erschöpfungswirkung

Geht man nach dem Vorstehenden von einer analogen Anwendung von § 69c Nr. 3 S. 2 UrhG bei der Online-

Übermittlung von Software aus, so bleibt als Letztes die Frage, welche Konsequenzen sich daraus für die einzelnen Nutzungshandlungen auf der Seite des Ersterwerbers und beim Zweiterwerber ergeben.

1. Vorhandenes Programm beim Ersterwerber

Wird eine Einfachlizenz weiter veräußert, so muss die Installation der Software beim Ersterwerber gelöscht werden, da andernfalls der nutzbare Datenbestand verdoppelt würde.³⁴ Verkauft der Ersterwerber bei einer Mehrfachlizenz lediglich einzelne Lizenzen weiter, so ist nur insoweit eine Löschung der Software von Endgeräten erforderlich, als die Zahl der vorhandenen Installationen auf den Endgeräten die Zahl der verbleibenden Lizenzen übersteigt.³⁵ Greifen die einzelnen Nutzer eines Unternehmens über ein Netzwerk auf die auf einem so genannten Mainframe gespeicherte Software zu (so genanntes Mainframe-System), so ist keine zusätzliche Vervielfältigung der Software auf der Festplatte des Nutzers erforderlich.³⁶ Daher muss der Ersterwerber bei der Teilveräußerung von Nutzungsberechtigungen in einem solchen System auch nicht die Software auf dem Mainframe löschen, sondern lediglich die Anzahl der zugriffsberechtigten Computer entsprechend reduzieren.

Nur wenn diese Maßnahmen gewährleistet sind, tritt auch entsprechend den obigen Ausführungen die Erschöpfungswirkung ein. Daher sind auch die Bedenken des LG München im Hinblick auf eine Vervielfachung der Nutzungsmöglichkeiten³⁷ nicht gerechtfertigt.

2. Installation beim Zweiterwerber

Umstritten ist weiterhin, in welcher Form die Weitergabe und Installation der Software beim Zweiterwerber selbst bei angenommener Erschöpfungswirkung erfolgen darf.

26 Anders mag der Sonderfall einer Unternehmenslizenz zum Pauschalpreis ohne Nutzerbegrenzung zu beurteilen sein. Hier könnte es gerechtfertigt sein, Weitergabeverbote zuzulassen, um zumindest die Übertragung auf wesentlich größere Unternehmen zu verhindern (Unternehmen A mit 80 Mitarbeitern veräußert Software an Unternehmen B mit 8000 Mitarbeitern, vgl. *Grützmacher*, ITRB 2004, 204, 207); andererseits spricht nichts gegen die Zulässigkeit der vollständigen Überbringung an ein gleichgroßes oder kleineres Unternehmen (vgl. auch *Huppertz*, CR 2006, 145, 149). Dass im Übrigen die unbegrenzte Abspaltung von Nutzungsberechtigungen in diesem Sonderfall Probleme aufwirft (so *Schuppert/Greissinger*, CR 2005, 81, 84), spricht nicht gegen die Annahme der Erschöpfungswirkung im Regelfall der Einfach- und Mehrfachlizenzen mit fester Nutzerzahl.

27 LG München I, Urt. v. 19. 1. 2006 – 7 O 23237/05, K&R 2006, 92, 94.

28 Vgl. auch *Haines/Scholz*, CR 2006, 161, 163; *Heydn/Schmiedl*, K&R 2006, 74, 78; *Schuppert/Greissinger*, CR 2005, 81.

29 Ebenso *Hoeren*, Gutachten v. 17. 2. 2006 (Fn. 9), S. 7 ff.

30 *Schuppert/Greissinger*, CR 2005, 81, 82.

31 *Hoeren*, Gutachten v. 17. 2. 2006 (Fn. 9), S. 14, weist zu Recht darauf hin, dass es für den Durchschnittsnutzer keinen Unterschied machen dürfte, ob er eine Kopie des Programms mit einem CD- oder DVD-Brenner erstellt oder die Kopie von der Homepage des Urhebers lädt.

32 *Haines/Scholz*, CR 2006, 161, 163; vgl. auch *Haberstumpf*, in: *Mestmäcker/Schulze* (Fn. 10), § 69c Rdnr. 14.

33 Auch *Schuppert/Greissinger*, CR 2005, 81, 85, halten das Argument der „unüberschaubaren Rechtsverhältnisse“ letztlich nicht für durchschlagend.

34 *Dreier*, in: *Dreier/Schulze* (Fn. 7), § 69c Rdnr. 24; *Grützmacher*, in: *Wandke/Bullinger* (Fn. 11), § 69c Rdnr. 36; *Hoeren*, Gutachten v. 17. 2. 2006 (Fn. 9), S. 18; *Mäger*, CR 1996, 522, 526; *Schuppert/Greissinger*, CR 2005, 81, 82 f.

35 *Hoeren*, Gutachten v. 17. 2. 2006 (Fn. 9), S. 18.

36 Vgl. *Schneider* (Fn. 1), C Rdnr. 190.

37 LG München I, Urt. v. 19. 1. 2006 – 7 O 23237/05, K&R 2006, 92, 94.

Zum Teil wird davon ausgegangen, dass sich die Erschöpfung nur auf die mittels des Downloads durch den Ersterwerber selbst auf seinem Rechner hergestellte körperliche Erstkopie der Software beziehen könne.³⁸ Daraus wird geschlossen, dass dann allenfalls der (Original- [!]) Datenträger beim Ersterwerber – also z. B. die Festplatte – veräußert werden dürfe.³⁹ Dass ein solches Ergebnis weder praktikabel noch sinnvoll sein kann, bedarf keiner weiteren Erläuterung.⁴⁰ Andere lassen zumindest die Weitergabe einer zweiten Kopie auf Datenträger vom Ersterwerber an den Zweiterwerber zu.⁴¹

Darüber hinaus stellt sich aber sogar der Download der Software durch den Zweiterwerber vom Server des Urhebers als zulässige Nutzungshandlung nach § 69d Abs. 1 UrhG dar.⁴² Das Herunterladen des Computerprogramms vom Server des Urhebers stellt grundsätzlich eine zustimmungspflichtige Vervielfältigungshandlung nach § 69c Nr. 1 UrhG dar. Allerdings bedarf diese Handlung nach § 69d Abs. 1 UrhG nicht der Zustimmung des Rechteinhabers, wenn sie für eine bestimmungsgemäße Benutzung des Computerprogramms durch einen zur Verwendung eines Vervielfältigungsstücks des Programms Berechtigten notwendig ist. Als bestimmungsgemäße Nutzung sind grundsätzlich alle Vervielfältigungshandlungen anzusehen, die bei der Benutzung des Computerprogramms anfallen.⁴³ Dazu ist auch die Installation des Programms auf der Festplatte zu rechnen.⁴⁴ In diesem Sinne ist aber auch die Speicherung der Installationsversion eines Computerprogramms, das im Wege der Online-Übertragung zur Verfügung gestellt wird, notwendig, um das Programm installieren zu können, so dass dies eine bestimmungsgemäße Nutzung darstellt.⁴⁵ Der Zweiterwerber ist bei dieser Handlung auch ein zur Nutzung des Programms Berechtigter im Sinne des § 69d Abs. 1 UrhG. Ein zur Benutzung des Programms Berechtigter in diesem Sinne ist grundsätzlich nicht nur der Ersterwerber, sondern auch der Zweiterwerber von Software, an der sich das Verbreitungsrecht erschöpft hat.⁴⁶ Das Erfordernis der Zustimmung des Urhebers zur Übertragung eines Nutzungsrechts gemäß § 34 Abs. 1 UrhG gilt hier nicht,⁴⁷ da § 69c Nr. 3 S. 2 UrhG als *lex specialis* vorgeht.⁴⁸ Geht man vom Eintritt der Erschöpfungswirkung entsprechend § 69c Nr. 3 S. 2 UrhG aus, so folgt daraus, dass der Zweiterwerber auch in zulässiger Weise die Software vom Server des Urhebers herunterladen kann. Da es sich bei § 69d Abs. 1 UrhG um eine gesetzliche Lizenz handelt, die der Durchsetzung des Erschöpfungsprinzips dient,⁴⁹ kann auch nicht der zusätzliche Abschluss eines Lizenzvertrages zwischen dem Zweiterwerber und dem Hersteller gefordert werden.⁵⁰

All dies gilt freilich nur, soweit erstmals oder eine weitere Kopie der Software nötig ist. Wird das Programm bei dem Zweiterwerberunternehmen bereits in einem Mainframe-System eingesetzt, dient der Erwerb lediglich der Erhöhung der Nutzeranzahlberechtigungen.⁵¹

3. Kein vertraglicher Ausschluss der Weiterveräußerung

Schließlich dürfte der Urheber auch keine Möglichkeit haben, die Weiterveräußerung der Software durch vertragliche Abrede mit dem Ersterwerber flächendeckend auszuschließen. Zwar können schuldrechtliche Weitergabeverbote individualvertraglich geregelt werden.⁵² Eine

entsprechende AGB-Regelung wäre aber als unangemessene Benachteiligung im Sinne der §§ 307 Abs. 1 S. 1, 310 Abs. 1 BGB unwirksam.⁵³ Versucht der Urheber dagegen, das Nutzungsrecht des Ersterwerbers insoweit einzuschränken, als eine Weiterveräußerung der online übermittelten Software ausgeschlossen sein soll, so würde dies mit der Erschöpfungswirkung entsprechend § 69c Nr. 3 S. 2 UrhG kollidieren. Die Erschöpfung des Verbreitungsrechts ist bei Software jedoch unabdingbar.⁵⁴ Daher wurde vom BGH auch in der Entscheidung „OEM-Version“ festgestellt, dass die Erschöpfung des Verbreitungsrechts nicht durch eine Beschränkung des Nutzungsrechts wirksam ausgeschlossen werden kann, so dass der Ersterwerber ein Vervielfältigungsstück trotz der beabsichtigten Beschränkung des Nutzungsrechts durch den Urheber an einen Zweiterwerber weiter veräußern kann.⁵⁵ Demnach kann die Weiterveräußerung auch nicht durch eine Beschränkung des Nutzungsrechts wirksam herbeigeführt werden.⁵⁶

38 Heydn/Schmiedl, K&R 2006, 74, 77.

39 So ausdrücklich Heydn/Schmiedl, K&R 2006, 74, 77.

40 Vgl. z. B. Grützmacher, in: Wandtke/Bullinger (Fn. 11), § 69c Rdnr. 36; auch Dreier, in: Dreier/Schulze (Fn. 7), § 69c Rdnr. 24, betont, dass es sinnvoll ist, von der Zulässigkeit der Weitergabe einer neuen Kopie an den Zweiterwerber auszugehen, wenn der Ersterwerber seine Kopie auf einer Festplatte installiert hat.

41 Dreier, in: Dreier/Schulze (Fn. 7), § 69c Rdnr. 24, der allerdings zweifelt, ob es nach der Installation auf der Festplatte überhaupt noch technisch möglich ist, eine installtionsfähige Kopie herzustellen, die als solche dann weitergegeben werden könnte.

42 So überzeugend Hoeren, Ergänzungsgutachten v. 6. 2. 2006 zur Auswirkung der Geltung des urheberrechtlichen Erschöpfungsgrundsatzes bei der Online-Übertragung von Computerprogrammen, (www.usedsoft.de/Unternehmen/Rechtsgrundlage/index_de.html), S. 3 ff.; Grützmacher, in: Wandtke/Bullinger (Fn. 11), § 69c Rdnr. 37.

43 Loewenheim, in: Schrickler (Fn. 10), § 69d Rdnr. 8; Nordemann/Vinck, in: Fromm/Nordemann (Fn. 11), § 69d Rdnr. 3.

44 Loewenheim, in: Schrickler (Fn. 10), § 69d Rdnr. 3; Kotthoff, in: Dreyer/Kotthoff/Meckel (Fn. 11), § 69d Rdnr. 5.

45 Hoeren, Ergänzungsgutachten v. 6. 2. 2006 (Fn. 42), S. 4.

46 Dreier, in: Dreier/Schulze (Fn. 7), § 69d Rdnr. 6; Loewenheim, in: Schrickler (Fn. 10), § 69d Rdnr. 4; Grützmacher, in: Wandtke/Bullinger (Fn. 11), § 69d Rdnr. 26.

47 Hoeren, Ergänzungsgutachten v. 6. 2. 2006 (Fn. 42), S. 5; Nordemann/Vinck, in: Fromm/Nordemann (Fn. 11), § 69d Rdnr. 2 i. V. m. § 69c Rdnr. 6.

48 Grützmacher, in: Wandtke/Bullinger (Fn. 11), § 69c Rdnr. 37; ders., ITRB 2004, 204, 206.

49 Dreier, in: Dreier/Schulze (Fn. 7), § 69d Rdnr. 2; Grützmacher, in: Wandtke/Bullinger (Fn. 11), § 69d Rdnr. 26; Hoeren, in: Möhring/Nicolini (Fn. 7), § 69d Rdnr. 4.

50 Baus, MMR 2002, 14, 16; Berger, NJW 1997, 300, 302; Dreier, in: Dreier/Schulze (Fn. 7), § 69d Rdnr. 2; Hoeren, Ergänzungsgutachten v. 6. 2. 2006 (Fn. 42), S. 5; ders./Schumacher, CR 2000, 137, 138 f.; Nordemann/Vinck, in: Fromm/Nordemann (Fn. 11), § 69d Rdnr. 2; a. A. Haberstumpf, in: Lehmann, Rechtsschutz und Verwertung von Computerprogrammen, 2. Aufl. 1993, Kap. II Rdnr. 159; Marly (Fn. 4), Rdnr. 485.

51 Schuppert/Greissinger, CR 2005, 81, 83; ebenso Huppertz, CR 2006, 145, 148 f.

52 Schneider (Fn. 1), C Rdnr. 574; Schuppert/Greissinger, CR 2005, 81, 83.

53 Hoeren, Ergänzungsgutachten v. 6. 2. 2006 (Fn. 42), S. 11; Basedow, in: MüKo, Band 2a, 4. Aufl. 2003, § 307 Rdnr. 76; Mäger, CR 1996, 522, 526; Schneider (Fn. 1), C Rdnr. 401, J Rdnr. 150; zum Teil über § 307 Abs. 2 Nr. 1 BGB, vgl. Grützmacher, in: Wandtke/Bullinger (Fn. 11), § 69c Rdnr. 38 m. w. N., oder über § 307 Abs. 2 Nr. 2 BGB, vgl. Koch, CR 2002, 631; Witte, ITRB 2005, 86, 89.

54 OLG Düsseldorf, MMR 1998, 417 – Weiterverkauf von Testversionen; Dreier, in: Dreier/Schulze (Fn. 7), § 69d Rdnr. 6.

55 BGHZ 145, 7, 10 ff. = K&R 2000, 609 – OEM-Version; Dreier, in: Dreier/Schulze (Fn. 7), § 69c Rdnr. 26; Schulze, in: Dreier/Schulze (Fn. 7), § 31 Rdnr. 36; Kotthoff, in: Dreyer/Kotthoff/Meckel (Fn. 16), § 69c Rdnr. 28; Jaeger, ZUM 2000, 1070, 1073 f.; Lehmann, CR 2000, 740, 741; Witte, CR 2000, 654, 655.

56 Hoeren, Ergänzungsgutachten v. 6. 2. 2006 (Fn. 42), S. 11 f.

V. Fazit

Der Handel mit gebrauchter Software ist ein Geschäftsmodell, das auf die Bedürfnisse der Marktakteure reagiert und im Sinne der Ressourcenallokation Softwarelizenzen verteilt. Aus urheberrechtlicher Sicht stehen dieser Geschäftstätigkeit keine Bedenken entgegen. Die Zufälligkeit der Art und Weise des Vertriebs von Software durch

den Urheber, entweder mittels Diskette oder online, kann nicht über die Reichweite der urheberrechtlichen Erschöpfung entscheiden. Eine unangemessene Beeinträchtigung der Interessen der Softwarehersteller ist nicht gegeben. Ihnen bleibt es unbenommen, auf das neue Geschäftsfeld dadurch zu reagieren, dass sie entweder Software nur noch zeitlich befristet zur Verfügung stellen oder aber ihre Preisstruktur anpassen.

Strafrechtliche Anforderungen an Altersverifikationssysteme

Von PD Dr.
Irina E. Vassilaki,
Rechtsanwältin,
München

Die Autorin ist Europäische
Rechtsanwältin/Legal
Counsel bei Jones Day in
München. Mehr über sie
erfahren Sie auf S. VIII.

Das Anbieten pornografischer Inhalte im Internet stellt einerseits ein lukratives Geschäft für die Anbieter und andererseits eine Gefahrenquelle für die Jugend dar. Die Verfasserin erläutert kritisch die unterschiedlichen Interessen und juristischen Fragen, die mit dem Einsatz von Altersverifikationssystemen (AVS) verbunden sind und schlägt einen neuen Weg vor, wie das Jugendschutzrecht mit dieser Problematik umgehen könnte.

I. Einleitung

Der nachfolgende Beitrag befasst sich mit den Gefahren, die das Zugänglichmachen einfacher pornografischer Inhalte im Internet für die Jugend mit sich bringt.

Dabei werden anhand des Urteils des OLG Düsseldorf v. 24. 5. 2005 die wichtigsten Altersverifikationssysteme (AVS-Systeme) vorgestellt, die die Nutzung pornografischer Erwachsenenangebote an Minderjährige verhindern sollen und die juristischen Argumente dargestellt, die für oder gegen den Einsatz dieser Systeme sprechen (s.u. II.). Dann wird die Frage untersucht, wann die Anbieter von AVS-Systemen wettbewerbswidrig handeln (s.u. III.). Am Ende der Ausführungen wird ein Vorschlag gemacht, der vielleicht verhindern kann, dass Jugendschutz als trojanisches Pferd missbraucht wird, um den Markt der Altersverifikationssysteme mit bestimmten Produkten zu beherrschen (s.u. IV.).

II. Ein Beispiel: Das Urteil OLG Düsseldorf v. 24. 5. 2005

Ein Beispiel, das die Bedenken gegen die Aufrichtigkeit derer, die den hohen Wert des Jugendschutzes propagieren, bestätigt, ist das Urteil des OLG Düsseldorf v. 24. 5. 2005.¹ Im Folgenden wird das Urteil erläutert und die umstrittensten Elemente im Bereich der jugendschutzrechtlichen Bestimmungen aufgezeigt.

In diesem Rechtsstreit sind zwei Anbieter von sog. Altersverifikationssystemen (AVS) beteiligt, welche sie u. a. Betreibern von Internetseiten anbieten, die im Internet pornografische Abbildungen vertreiben. Diese Systeme sollen die Nutzung pornografischer Erwachsenenangebote im Internet durch Minderjährige verhindern. Das von der Beklagten angebotene AVS „ueber18.de“

schränkt den Zugang zu Internetseiten in der Weise ein, dass vor der Zugangsgewährung vom Nutzer die Nummer des Personalausweises oder Reisepasses, Name, Adresse und eine Kreditkartennummer oder eine Bankverbindung zum Zwecke der Überweisung eines Betrags von € 4,95 angegeben werden müssen. Die Klägerin bietet dagegen ein AVS-System an, das auf einer persönlichen Identifikation unter Vorlage eines Personaldokuments beruht, wobei das so genannte Postident-Verfahren zum Einsatz kommt. Das Gericht hat entschieden:

- Das System „ueber18.de“ genügt nicht den gesetzlichen Anforderungen an die Sicherstellung des ausschließlichen Erwachsenenzugangs zu pornografischen Inhalten.
- Ein effizientes Zugangshindernis i. S. d. § 4 Abs. 2 S. 2 JMStV setzt Schutzvorkehrungen voraus, die eine persönliche Identifikation mit Altersüberprüfung des Nutzers beinhalten.
- Bei der Verwendung eines ineffizienten AVS handelt wegen Verstoßes gegen Jugendschutz- und Strafrechtsbestimmungen auch der Betreiber des AVS-Systems wettbewerbswidrig i. S. d. §§ 3, 4 Nr. 11 UWG.

Jugendgefährdende Inhalte dürfen gem. § 4 Abs. 2 S. 2 JMStV in Telemedien nur dann angeboten werden, wenn der Anbieter sicherstellt, dass diese Inhalte nur Erwachsenen zugänglich gemacht werden. Die Vorschrift stellt damit eine Verbotsnorm mit Ausnahmevorbehalt dar.

Welche Vorkehrungen der Anbieter treffen soll, um nach den Prämissen des JMStV „sicherzustellen“, dass sein

¹ OLG Düsseldorf, CR 2005, 657 ff. m. Anm. *Erdemir* = MMR 2005, 611 ff. m. Anm. *Liesching*.