

Die Online-Erschöpfung im Softwarebereich: Fallgruppen und Beweislast

Ausgewählte Passagen aus dem Artikel von Prof. Dr. Thomas Hoeren

In seinem Fachartikel „Die Online-Erschöpfung im Softwarebereich“ widmet sich einer der führenden deutschen Urheberrechts-Experten Prof. Dr. Thomas Hoeren der Frage, inwieweit Erschöpfung auch bei unkörperlich übertragener Software eintreten kann.

Der Erschöpfungsgrundsatz des deutschen Urheberrechts besagt, dass sich das Verbreitungsrecht eines Software-Herstellers erschöpft, sobald dieser das Vervielfältigungsstück eines Computerprogramms im Wege der Veräußerung in Verkehr gebracht hat. Zu der Frage, ob die Erschöpfung analog auch bei unkörperlich übertragener Software eintritt, gibt es verschiedene, sich widersprechende Gerichtsurteile. Dabei erscheint es, so Hoeren, **„absurd, dass eine auf einer CD-ROM verkaufte Software weiterveräußert werden kann, während dies für ein über das Internet vertriebenes Programm nicht gelten soll“**.

Sowohl das LG München als auch das OLG München haben sich in der Vergangenheit gegen eine Online-Erschöpfung ausgesprochen. Für den Analogieschluss läge, so die Begründung der Richter, nicht die im juristischen Sinne notwendige *planwidrige Regelungslücke* vor.

Dieser Auffassung tritt Hoeren in seinem Artikel vehement entgegen. Insbesondere die rechtshistorische Entwicklung sei hier zu beachten: So habe ein Übersetzungsfehler des Erwägungsgrundes 29 dazu geführt, dass die Erschöpfung im deutschen Gesetzestext sowohl für „Dienstleistungen allgemein“ als auch für „Online-Dienste“ ausgeschlossen wird. In der englischen Vorlage ist anstelle von Online-Diensten von Dienstleistungen die Rede, „die online erbracht werden“. Die Überlassung einer Software aber sei, auch wenn sie online erfolgt, ein Warengeschäft und keine Dienstleistung. **Hoeren kommt in der Folge zu dem klaren Schluss, dass weder Art. 3 Abs. 3 noch Erwägungsgrund 29 online übertragene Software erfasse. „Eine planwidrige Regelungslücke liegt also vor.“**

Neben dem Vorliegen der *planwidrigen Regelungslücke* ist eine *vergleichbare Interessenlage* für die analoge Anwendung des Erschöpfungsgrundsatzes erforderlich. Auch diese sei gegeben: **„Weder wirtschaftlich noch technisch macht es einen Unterschied, ob der Softwarehändler dem Ersterwerber eine körperliche Programmkopie übergibt oder ob sich dieser eine Programmkopie selbst herstellt.“** Schließlich erhalte der Rechteinhaber hierfür eine angemessene Vergütung. Auch eine „etwaige erhöhte Missbrauchsgefahr [sei] nicht zu erkennen“.

Die Ausdehnung des Erschöpfungsgrundsatzes auf unkörperlich übertragene Software entspräche darüber hinaus auch dem Wortlaut der Softwareschutzrichtlinie: Wenn es zu keinem Zeitpunkt zu einer doppelten oder mehrfachen Nutzung der Software komme, werde durch die Installation auf dem Rechner des Zweiterwerbers „kein zusätzlicher Vervielfältigungsakt gesetzt“.

Hoeren kommt zu dem eindeutigen Schluss, dass der Erschöpfungsgrundsatz „analog auf die im Zuge eines Programmdownloads selbst angefertigten Werkstücke der Software anzuwenden [ist], sofern sie zur dauerhaften Nutzung überlassen werden soll.“

Im Weiteren widmet sich Hoeren der Frage, ob eine Weiterveräußerung dieser Kopien das Vervielfältigungsrecht des Herstellers verletzt. Laut § 69d Abs. 2 UrhG hat der rechtmäßige Programmnutzer das Recht, eine Sicherungskopie zu erstellen, „sofern diese für die Sicherung der künftigen Benutzung erforderlich ist“. Dieses Recht, so hebt Hoeren hervor, ist vertraglich nicht

beschränkbar: **„Wird die Erstellung einer erforderlichen Sicherungskopie durch technische Sperren verhindert, liegt darin ein Mangel der Software, der Gewährleistungsrechte des Kunden, ggf. auch Schadensersatzansprüche auslöst.“**

Hoeren bezieht im Weiteren Stellung zu den Urteilen des OLG Düsseldorf sowie des LG Frankfurt. Letzteres greife, so Hoeren, keine Fragen der Erschöpfung auf, sondern befasse sich lediglich damit, inwieweit ein Händler von Gebrauchtssoftware einen Lizenzerwerb glaubhaft machen muss. Es stellt sich demnach die Frage nach der **Darlegungs- und Beweislast**: Um den Schutz des freien Warenverkehrs zu gewährleisten, dürfe die Darlegungs- und Beweislast nicht einseitig bei demjenigen angesiedelt sein, der sich auf die Erschöpfung beruft. Andernfalls „könnte der Rechteinhaber diesen zur Offenlegung aller Handelsquellen veranlassen“. Der Europäische Gerichtshof sieht deswegen eine Modifizierung der Beweisregel vor, „wenn diese es einem Markeninhaber ermöglichen könnte, die nationalen Märkte abzuschotten und damit die Beibehaltung von etwaigen Preisunterschieden zwischen den Mitgliedstaaten zu begünstigen“. Genau eine solche Gefahr sieht Hoeren im vorliegenden Fall gegeben: **„Einige zentrale Unternehmen der Softwareindustrie arbeiten mit größtem Engagement gegen die Etablierung eines Gebrauchtssoftwaremarktes seit vielen Jahren.“**

Zu beachten sei ferner, so Hoeren, dass sich Gebrauchtssoftwarehändler wie usedSoft nicht darauf beschränken, eine bloße Erschöpfung zu behaupten: **„Vielmehr wird durch ein sehr detailliert ausgearbeitetes Nachweissystem versucht, den Kunden Planungssicherheit beim Nachweis der Rechtekette zu geben. Dazu zählt auch die Einbindung von Wirtschaftsprüfern und Notaren, die entsprechende Testate abgeben.“** Würde der Händler gezwungen, seine Bezugsquelle zu benennen, gäbe man damit „dem Rechteinhaber ein Mittel an die Hand, die Warenverkehrsfreiheit dadurch zu beschränken, dass die Etablierung eines Gebrauchtssoftwaremarktes nachhaltig und erfolgreich unterbunden wird“.

Daraus ergibt sich laut Hoeren eine klare Konsequenz: „Insofern muss es als Nachweis der Rechtekette ausreichen, wenn der Händler ohne Benennung der entsprechenden Zwischenhändler, etwa durch Notartestate, das Vorliegen eines ‚originalen‘ Vervielfältigungsstücks nachweist.“

Hoeren schließt mit einem Appell an die Fairness. Es sei seiner Ansicht nach „sehr bedenklich“, wenn die führenden IT-Unternehmen Kunden wegen angeblicher Rechtswidrigkeit des Ankaufs von Gebrauchtssoftware anschreiben.