

WESTFÄLISCHE WILHELMS-UNIVERSITÄT
Institut für Informations-, Telekommunikations- und Medienrecht (ITM)
- Zivilrechtliche Abteilung -
Prof. Dr. Thomas Hoeren

Leonardo-Campus 9

D-48149 Münster

Tel.: 02 51/83-38600

Fax: 02 51/83-38601

Email: hoeren@uni-muenster.de

6. Februar 2006

Ergänzungsgutachten zur Auswirkung der Geltung
des urheberrechtlichen Erschöpfungsgrundsatzes bei
der Online-Übertragung von Computerprogrammen

Kurzfassung des Gutachtens

Bei der Online-Übertragung eines Computerprogramms gilt der Erschöpfungsgrundsatz nach § 69c Nr. 3 2 UrhG analog. Demnach kann der Ersterwerber das Computerprogramm ohne Zustimmung des Urhebers an einen Zweiterwerber weiterveräußern.

Falls der Zweiterwerber vom Ersterwerber keine Installationsversion des Programms erhält, muss er diese selbst vom Server des Urhebers herunterladen und auf der Festplatte speichern. Weiterhin erfolgt im Zuge der Installation eine Speicherung auf der Festplatte. Diese dauerhaften Vervielfältigungshandlungen bedürfen nach § 69c Nr. 1 UrhG grundsätzlich der Erlaubnis des Urhebers. Allerdings ist der Zweiterwerber, aufgrund des Erwerbs der Nutzungsrechte vom Ersterwerber, berechtigter Benutzer i.S.d. § 69d I UrhG. Der Zweiterwerber darf folglich diese dauerhaften Vervielfältigungshandlungen, die zur bestimmungsgemäßen Benutzung erforderlich sind, nach § 69d I UrhG ohne Zustimmung des Urhebers vornehmen.

Weiterhin wird das Computerprogramm durch den Zweiterwerber in den Arbeitsspeicher des Computers geladen. Zum einen ist fraglich, ob es sich dabei um eine vorübergehende Vervielfältigung oder nur eine bloße Benutzung des Programms handelt. Zum anderen könnte die Vervielfältigung nach § 44a Nr. 2 UrhG ohne Zustimmung des Urhebers zulässig sein. Jedenfalls ergibt die Zulässigkeit des Ladens in den Arbeitsspeicher durch den Zweiterwerber ohne Zustimmung des Urhebers aus § 69d I UrhG.

Eine Beschränkung des Nutzungsrechts des Ersterwerbers insoweit, dass eine Weiterveräußerung unzulässig ist, ist wegen der Unabdingbarkeit des Erschöpfungsgrundsatz aus § 69c Nr. 3 2 UrhG nicht möglich.

Gliederung

A. Einleitung	1
B. Auswirkung der Erschöpfung nach § 69c Nr. 3 2 UrhG analog auf das Vervielfältigungsrecht aus § 69c Nr. 1 UrhG	2
I. Herunterladen und Installation durch den Zweiterwerber.....	3
1. Bestimmungsgemäße Nutzung i.S.d. § 69d I UrhG.....	4
2. Zur Benutzung des Programms Berechtigter i.S.d. § 69d I UrhG.....	5
II. Laden in den Arbeitsspeicher durch den Zweiterwerber	6
1. Laden in den Arbeitsspeicher als Vervielfältigungshandlung.....	6
a) Vervielfältigung beim Laden in den Arbeitsspeicher	6
b) Keine Vervielfältigung beim Laden in den Arbeitsspeicher	7
2. Laden in den Arbeitsspeicher als vorübergehende Vervielfältigungshandlung nach § 44a UrhG	7
3. Ausnahme von der Zustimmungsbedürftigkeit beim Laden in den Arbeitsspeicher nach § 69d I UrhG.....	9
III. Anzeige auf dem Bildschirm beim Zweiterwerber	10
C. Ausschluss der Weiterveräußerung durch den Ersterwerber bei einer Online- Übertragung.....	10
I. Zulässigkeit des Ausschlusses der der Weiterveräußerung in AGB	11
II. Zulässigkeit der Beschränkung des Nutzungsrechts	11
D. Zusammenfassung der Ergebnisse	12

Ergänzungsgutachten zur Auswirkung der Geltung des urheberrechtlichen Erschöpfungsgrundsatzes bei der Online-Übertragung von Computerprogrammen

A. Einleitung

Die Veräußerung eines Computerprogramms kann entweder durch Übereignung eines körperlichen Vervielfältigungsstücks erfolgen, oder es kann dem Kunden die Möglichkeit eröffnet werden, das Computerprogramm aus dem Internet herunterzuladen. Den letzteren Weg bezeichnet man als Online-Übertragung. Diese stellt mangels Veräußerung eines körperlichen Vervielfältigungsstücks keine Verbreitungshandlung i.S.d. § 69c Nr. 3 UrhG dar. Folglich kann in Bezug auf die veräußerte Vervielfältigung des Programms keine Erschöpfung nach § 69c Nr. 3 2 UrhG eintreten. Der Ersterwerber könnte demnach das Programm wegen des ausschließlichen Verbreitungsrechts des Urhebers aus § 69c Nr. 3 UrhG nicht weiterveräußern.

Jedoch kann § 69c Nr. 3 2 UrhG im Falle der Online-Übertragung eines Computerprogramms analog angewendet werden.¹ Die Planwidrigkeit der Regelungslücke ergibt sich aus dem Regelungsbereich des Erwägungsgrundes 29 der Richtlinie zur Harmonisierung bestimmter Aspekte des Urheberrechts und verwandter Schutzrechte in der Informationsgesellschaft,² im Folgenden Urheberrechtsrichtlinie genannt. Erwägungsgrund 29 hat seinen Ursprung in Erwägungsgrund 33 der Richtlinie über den rechtlichen Schutz von Datenbanken.³ Demnach müssen die Erwägungen zur Datenbankrichtlinie bei der Auslegung des Erwägungsgrundes 29 der Urheberrechtsrichtlinie,⁴ und somit auch des UrhG, das zur Umsetzung der Urheberrechtsrichtlinie im Jahr 2003 geändert wurde,⁵ berücksichtigt werden. Online-Datenbanken sind nur bei Herstellung einer Verbindung zu dieser nutzbar. Ein im Wege der Online-Übertragung erworbenes Programm kann hingegen ohne Verbindung zum Urheber genutzt werden. Die Erwägungen zur Datenbankrichtlinie passen somit nicht auf im Wege der Online-Übertragung erworbene Computerprogramme, die dauerhaft nutzbar sind. Weiterhin fehlt dem Erwerb eines Computerprogramms der Dienstleistungscharakter, der für die Anwendbar-

¹ Dreier in Dreier/Schulze, Urheberrechtsgesetz, 2004, § 69c Rn. 24; Hoeren in Möhring/Nicolini, Urheberrechtsgesetz, 2. Aufl. 2000, § 69c Rn. 16; Koehler, Der Erschöpfungsgrundsatz des Urheberrechts im Online-Bereich, S. 72; Knies, Erschöpfung Online?, GRUR Int 2002, 314, 316; Walter, Öffentliche Wiedergabe und Online-Übertragung, FS Dittrich 2000, 363, 379.

² 2001/29/EG vom 22.05.2001.

³ 1996/9/EWG vom 11.03.1996.

⁴ Reinbothe, Die Umsetzung der EU-Urheberrechtsrichtlinie in deutsches Recht, ZUM 2002, 43, 48.

keit des Erwägungsgrundes 29 erforderlich ist.⁶ Erwägungsgrund 29 ist demzufolge nicht auf die Online-Übertragung dauerhaft nutzbarer Computerprogramme bezogen. Eine planwidrige Regelungslücke besteht.

Die Vergleichbarkeit der Interessenlage ergibt sich daraus, dass der Erwerb eines körperlichen Vervielfältigungsstücks und die Online-Übertragung eines Computerprogramms zum gleichen Erfolg führen. Bei beiden Vertriebswegen hat der Erwerber am Ende eine installierte Version des Computerprogramms auf seinem Rechner.⁷ Außerdem ist der Erschöpfungsgrundsatz dem Urheberrecht immanent. Demnach gilt er nicht nur bezüglich des Verbreitungsrechts bei der Veräußerung eines körperlichen Vervielfältigungsstücks, sondern auch bezüglich anderer Nutzungsrechte.⁸ Dies hat bereits der BGH in seinem Urteil zur Kabelfernsehen in Abschattungsgebieten festgestellt.⁹

Aufgrund der analogen Anwendbarkeit des § 69c Nr. 3 2 UrhG auf die Online-Übertragung eines Computerprogramms, darf der Ersterwerber das Computerprogramm ohne Zustimmung des Urhebers an einen Zweiterwerber weiterveräußern. Allerdings ist fraglich, inwieweit der Zweiterwerber in einem solchen Fall zu Vervielfältigungshandlungen berechtigt ist; denn grundsätzlich bedarf die Vervielfältigung eines Computerprogramms der Zustimmung des Urhebers nach § 69c Nr. 1 UrhG. Dies soll im Folgenden näher untersucht werden. Weiterhin stellt sich die Frage, ob der Urheber bei einer Online-Übertragung durch eine Bestimmung in den AGB oder eine Beschränkung des Nutzungsrechts eine Weiterveräußerung durch den Ersterwerber wirksam ausschließen kann. Dies wird näher geprüft.

B. Auswirkung der Erschöpfung nach § 69c Nr. 3 2 UrhG analog auf das Vervielfältigungsrecht aus § 69c Nr. 1 UrhG

Das Vervielfältigungsrecht ist für alle Werkarten § 16 UrhG geregelt. Allerdings ist in § 69c Nr. 1 UrhG eine gesonderte Regelung für Computerprogramme getroffen worden. Nach dieser hat der Urheber das ausschließliche Recht, dauerhafte oder vorübergehende Vervielfäl-

⁵ BGBl. I 2003, 1774; *Knies*, Erschöpfung Online?, GRUR Int 2002, 314, 315.

⁶ *Witte*, Online-Vertrieb von Software, ITRB 2005, 86, 90.

⁷ *Kotthoff* in *Dreyer/Kotthoff/Meckel*, 2004, § 69c Rn. 22; *Marly*, Softwareüberlassungsverträge, 4. Aufl. 2004, Rn. 110; *Marly*, Urheberrechtsschutz für Computersoftware in der EU, S. 243; *Hoeren*, Überlegungen zur urheberrechtlichen Qualifizierung des elektronischen Abrufs, CR 1996, 517, 519; *Knies*, Erschöpfung Online?, GRUR Int 2002, 314, 316.

⁸ *Bartsch*, Weitergabeverbote in AGB-Verträgen zur Überlassung von Standardsoftware, CR 1987, 8, 10; *Gounalakis*, Kabelfernsehen im Spannungsfeld von Urheberrecht und Verbraucherschutz, 1989, S. 221.

tigungshandlungen vorzunehmen oder zu gestatten. Weiterhin bedarf nach § 69c Nr. 1 2 UrhG das Laden, Anzeigen, Ablaufen, Übertragen oder Speichern eines Computerprogramms, soweit es eine Vervielfältigung erfordert, der Zustimmung des Rechteinhabers. Ausnahmsweise bedürfen Vervielfältigungen i.S.d. § 69c Nr. 1 UrhG nach § 69d I UrhG keiner Zustimmung des Urhebers, wenn sie für die bestimmungsgemäße Nutzung durch einen zur Verwendung Berechtigten erforderlich sind.

Wenn der Ersterwerber dem Zweiterwerber seine Nutzungsrechte am Computerprogramm veräußert, diesem aber keine installationsfähige Version des Programms auf einem Datenträger übergibt, muss sich der Zweiterwerber selbst das Programm zum Zwecke der Installation vom Server des Urhebers herunterladen. Dies ist allerdings dann nicht erforderlich, wenn der Zweiterwerber bereits über ein Mainframesystem verfügt, bei dem die Nutzer auf die zentral gespeicherten Computerprogramme zugreifen. In einem solchen Fall wird das Programm auf den angeschlossenen Computern nicht installiert sondern nur simuliert.¹⁰ Weiterhin wird das Computerprogramm beim Zweiterwerber unabhängig davon, ob es sich um eine Installation auf einem einzelnen Computer handelt oder eine Nutzung im Rahmen eines Mainframesystems erfolgt, in den Arbeitsspeicher des Computers geladen. Letztlich erfolgt eine Anzeige auf dem Bildschirm des Nutzers.

Fraglich ist, ob diese Handlungen des Zweiterwerbers eine Vervielfältigungshandlung i.S.d. § 69c Nr. 1 UrhG darstellen, und ob sie gegebenenfalls nach § 69d I UrhG ohne Zustimmung des Urhebers vorgenommen werden dürfen.

I. Herunterladen und Installation durch den Zweiterwerber

Solange der Zweiterwerber nicht bereits über ein Mainframesystem verfügt, ist eine Installation des Computerprogramms auf mindestens einem Computer erforderlich, um dieses nutzen zu können. Sollte der Ersterwerber dem Zweiterwerber keine installationsfähige Version zur Verfügung gestellt haben, muss dieser weiterhin das Programm vom Server des Urhebers herunterladen. Es könnte sich bei diesen Handlungen um zustimmungspflichtige Vervielfältigungshandlung nach § 69c Nr. 1 UrhG handeln. Eine Vervielfältigungshandlung liegt vor, wenn die Programmdateien dem Menschen durch Ausdruck sichtbar gemacht werden können.¹¹ Demnach stellt jedes Abspeichern des Computerprogramms auf einem selbstständig verkehrs-

⁹ BGHZ 79, 350, 360 – *Kabelfernsehen in Abschattungsgebieten* [Urteil vom 07.11.1980].

¹⁰ *Schneider*, Handbuch des EDV-Rechts, 3. Aufl. 2003, S. 400.

¹¹ *Grützmacher* in *Wandtke/Bullinger*, Praxiskommentar zum Urheberrecht, 2002, § 69c Rn. 4.

fähigem Datenträger, wie einer CD-Rom, DVD oder Festplatte, eine dauerhafte Vervielfältigungshandlung dar.¹² Ob das Programm dabei von einer Offline- oder Online-Quelle bezogen wird, ist ohne Belang.¹³ Wenn der Zweiterwerber das Computerprogramm vom Server des Urhebers lädt und es anschließend installiert, erfolgt in beiden Fällen eine Speicherung des Programms auf der Festplatte. Die Speicherung bleibt auf der Festplatte bis zu ihrer Löschung erhalten. Demnach stellen diese Handlungen eine dauerhafte Vervielfältigung i.S.d. § 69c Nr. 1 UrhG dar. Grundsätzlich dürfen sie folglich nur mit Zustimmung des Urhebers vorgenommen werden. Allerdings könnte zugunsten des Zweiterwerbers die Ausnahme vom Zustimmungserfordernis nach § 69d I UrhG greifen.

1. Bestimmungsgemäße Nutzung i.S.d. § 69d I UrhG

Nach § 69d I UrhG bedürfen Vervielfältigungshandlungen nach § 69c Nr. 1 UrhG keiner Zustimmung des Urhebers, wenn sie für eine bestimmungsgemäße Nutzung durch einen zur Benutzung des Programms Berechtigten vorgenommen werden. Die bestimmungsgemäße Nutzung erfasst jedenfalls alle Vervielfältigungshandlungen, die bei der Benutzung des Computerprogramms anfallen.¹⁴ Dazu gehört eine Installation des Programms auf der Festplatte.¹⁵ Die dauerhafte Vervielfältigung des Computerprogramms auf der Festplatte des Zweiterwerbers als Folge der Installation gehört zur bestimmungsgemäßen Nutzung.

Fraglich ist, ob auch die Speicherung der Installationsversion nach dem Herunterladen vom Server des Urhebers durch den Zweiterwerber eine Handlung ist, die bei der Benutzung anfällt. Der Begriff der bestimmungsgemäßen Nutzung erfasst alle Handlungen, die erforderlich sind, um die Benutzung zu ermöglichen.¹⁶ Die Speicherung der Installationsversion eines Computerprogramms, das im Wege der Online-Übertragung zur Verfügung gestellt wird, ist notwendig, um das Programm installieren zu können. Demnach ist diese Speicherung letztlich auch dazu erforderlich, um die Benutzung zu ermöglichen. Es handelt sich bei der Speicherung eines Computerprogramms, das im Wege der Online-Übertragung zur Verfügung gestellt wird, um eine bestimmungsgemäße Nutzung.

¹² Dreier in Dreier/Schulze, Urheberrechtsgesetz, 2004, § 69c Rn. 6.

¹³ Loewenheim in Schricker, Urheberrecht, 2. Aufl. 1999, § 69c Rn. 8.

¹⁴ Nordemann/Vinck in Fromm/Nordemann, Urheberrecht, 9. Aufl. 1998, § 69d Rn. 3.

¹⁵ Kotthoff in Dreier/Kotthoff/Meckel, 2004, § 69d Rn. 5.

¹⁶ Dreier in Dreier/Schulze, Urheberrechtsgesetz, 2004, § 69d Rn. 5.

2. Zur Benutzung des Programms Berechtigter i.S.d. § 69d I UrhG

Die Ausnahme vom Zustimmungserfordernis in § 69d I UrhG greift nur dann, wenn die Handlung durch einen zur Benutzung des Programms Berechtigten vorgenommen wird. Berechtigter ist derjenige, der Inhaber eines Nutzungsrechts an dem Computerprogramm ist. Dies ist nicht nur der Ersterwerber, sondern auch der Zweiterwerber eines Computerprogramms, an dem sich das Verbreitungsrecht nach § 69c Nr. 3 2 UrhG erschöpft hat;¹⁷ denn ihm ist das Nutzungsrecht des Ersterwerbers weiter übertragen worden.¹⁸ § 34 I UrhG gilt insoweit nicht.¹⁹ Bei der Veräußerung eines Computerprogramms im Wege der Online-Übertragung tritt Erschöpfung nach § 69c Nr. 3 2 UrhG analog ein. Der Zweiterwerber, welcher das Nutzungsrecht am Computerprogramm vom Ersterwerber erworben hat, wäre demnach zur Benutzung des Computerprogramms berechtigt.

Allerdings wird es teilweise für notwendig erachtet, dass dem Erwerber zusätzlich noch durch den Urheber, oder den zur Lizenzierung Berechtigten ein Nutzungsrecht eingeräumt wird. Sollte der Zweiterwerber keinen solchen Vertrag mit dem Urheber schließen, wäre er nicht zur Nutzung berechtigt.²⁰ Gegen das Erfordernis einer Einräumung des Nutzungsrechts durch Vertrag mit dem Urheber spricht, dass es sich bei § 69d I UrhG um eine gesetzliche Lizenz handelt, die der Absicherung der Erschöpfung dient.²¹ Ein Lizenzvertrag mit dem Hersteller ist demnach nicht notwendig, um zur Benutzung berechtigt zu sein.²²

Aufgrund der Geltung des Erschöpfungsgrundsatz nach § 69c Nr. 3 2 UrhG analog ist der Zweiterwerber, welcher das Nutzungsrecht vom Ersterwerber erworben hat, Berechtigter i.S.d. § 69d I UrhG.

Sowohl das Herunterladen und Speichern des Computerprogramms, wie auch dessen Installation durch den Zweiterwerber, stellen dauerhafte Vervielfältigungshandlungen nach

¹⁷ Dreier in Dreier/Schulze, Urheberrechtsgesetz, 2004, § 69d Rn. 6; Loewenheim in Schricker, Urheberrecht, 2. Aufl. 1999, § 69d Rn. 4.

¹⁸ Grützmaker in Wandtke/Bullinger, Praxiskommentar zum Urheberrecht, 2002, § 69d Rn. 26.

¹⁹ Nordemann/Vinck in Fromm/Nordemann, Urheberrecht, 9. Aufl. 1998, § 69d Rn. 2 i.V.m. § 69c Rn. 6.

²⁰ Haberstumpf in Lehmann, Rechtsschutz und Verwertung von Computerprogrammen, 2. Aufl. 1993, Kap. II Rn. 159; Marly, Softwareüberlassungsverträge, 4. Aufl. 2004, Rn. 485.

²¹ Grützmaker in Wandtke/Bullinger, Praxiskommentar zum Urheberrecht, 2002, § 69d Rn. 26.

²² Dreier in Dreier/Schulze, Urheberrechtsgesetz, 2004, § 69d Rn. 2; Nordemann/Vinck in Fromm/Nordemann, Urheberrecht, 9. Aufl. 1998, § 69d Rn. 2; Baus, Umgehung der Erschöpfungswirkung, MMR 2002, 14, 16; Berger, Zum Erschöpfungsgrundsatz beim Vertrieb von sog. „OEM“-Software, NJW 1997, 300, 302; Hoeren/Schuhmacher, Verwendungsbeschränkungen im Softwarevertrag, CR 2000, 137, 138.

§ 69c Nr. 1 UrhG dar. Der Zweiterwerber darf diese jedoch aufgrund der Ausnahme nach § 69d I UrhG ohne Zustimmung des Urhebers vornehmen.

II. Laden in den Arbeitsspeicher durch den Zweiterwerber

Um das Computerprogramm nutzen zu können, muss das Programm von der Festplatte des Computers in Arbeitsspeicher geladen werden. Zuerst muss geklärt werden, ob es sich bei dieser Speicherung um eine Vervielfältigungshandlung nach § 69c Nr. 1 UrhG handelt, und weiterhin, ob diese zustimmungspflichtig ist. Letztlich könnte hinsichtlich des Ladens in den Arbeitsspeicher die Ausnahme vom Zustimmungserfordernis nach § 69d I UrhG greifen.

1. Laden in den Arbeitsspeicher als Vervielfältigungshandlung

Fraglich ist, ob das Laden in den Arbeitsspeicher eine Vervielfältigungshandlung i.S.d. § 69c Nr. 1 UrhG darstellt. Nach § 69c Nr. 1 2 UrhG bedarf das Laden, Anzeigen, Ablaufen, Übertragen oder Speichern eines Computerprogramms, soweit es eine Vervielfältigung erfordert, der Zustimmung des Rechteinhabers. Wann diese Vorgänge allerdings eine Vervielfältigung erfordern, wird in § 69c Nr. 1 2 UrhG nicht definiert.²³ Demnach kann aus der Regelung in § 69c Nr. 1 2 UrhG allein nicht geschlossen werden, dass das Laden in den Arbeitsspeicher eine Vervielfältigung darstellt. Ob es sich bei dieser Handlung um eine Vervielfältigung handelt, ist umstritten.

a) Vervielfältigung beim Laden in den Arbeitsspeicher

Nach einer Ansicht stellt das Laden in den Arbeitsspeicher eine Vervielfältigung dar,²⁴ da diese Speicherung ermöglicht, das Computerprogramm unabhängig von der erworbenen und installierten Programmkopie zu nutzen.²⁵ Ein weiteres Argument ist, dass es erforderlich ist, das Laden in den Arbeitsspeicher als Vervielfältigung anzusehen, um den Urheber gegen unbegrenzte Nutzung im Netzwerk abzusichern; denn in einem Mainframesystem wird auf den angeschlossenen Rechnern das Computerprogramm nicht installiert, sondern nur in den Arbeitsspeicher geladen.²⁶ Weiterhin schütze § 69c Nr. 1 UrhG auch ausdrücklich vorübergehende Vervielfältigungen.²⁷ Letztlich wird auf einen entsprechenden Willen des Gesetzgebers

²³ Dreier in Dreier/Schulze, Urheberrechtsgesetz, 2004, § 69c Rn. 6.

²⁴ Dreier in Dreier/Schulze, Urheberrechtsgesetz, 2004, § 69c Rn. 8; Loewenheim in Schrickler, Urheberrecht, 2. Aufl. 1999, § 69c Rn. 8; Grützmaker in Wandtke/Bullinger, Praxiskommentar zum Urheberrecht, 2002, § 69c Rn. 5; Haberstumpf in Lehmann, Rechtsschutz und Verwertung von Computerprogrammen, 2. Aufl. 1993, Kap. II Rn. 117; Marly, Softwareüberlassungsverträge, 4. Aufl. 2004, Rn. 163 ff; Bartsch, Anmerkung zu LG Mannheim, CR 1999, 360, CR 1999, 361.

²⁵ Dreier in Dreier/Schulze, Urheberrechtsgesetz, 2004, § 69c Rn. 8.

²⁶ Grützmaker in Wandtke/Bullinger, Praxiskommentar zum Urheberrecht, 2002, § 69c Rn. 5.

²⁷ Marly, Softwareüberlassungsverträge, 4. Aufl. 2004, Rn. 164.

bei der Schaffung der gesetzlichen Bestimmungen zum Schutz von Computerprogrammen verwiesen.²⁸ Demnach würde das Laden in den Arbeitsspeicher durch den Zweiterwerber eine Vervielfältigungshandlung i.S.d. § 69c Nr. 1 2 UrhG darstellen.

b) Keine Vervielfältigung beim Laden in den Arbeitsspeicher

Nach anderer Ansicht liegt beim Laden in den Arbeitsspeicher keine Vervielfältigungshandlung vor.²⁹ Ein Argument ist, dass es sich beim Laden des Programms in den Arbeitsspeicher um eine bloße Benutzung des Programms handelt. Die bloße Benutzung oder Wahrnehmung eines urheberrechtlich geschützten Werkes ist aber urheberrechtlich unerheblich.³⁰ Weiterhin beruht die Möglichkeit der Nutzung des Computerprogramms auf mehreren Netzwerkcomputern durch Laden in deren Arbeitsspeicher allein auf der Möglichkeit des mehrfachen Zugriffs auf eine gespeicherte Kopie des Computerprogramms. Die Möglichkeit ergibt sich nicht aus dem einzelnen, im Arbeitsspeicher vorhandenen, Datensatz. Demnach ist dieser nicht der geeignete dogmatische Anknüpfungspunkt für die mehrfache Nutzung eines Computerprogramms.³¹ Nach dieser Ansicht würde das Laden in den Arbeitsspeicher keine Vervielfältigungshandlung i.S.d. § 69c Nr. 1 UrhG darstellen. Der Zweiterwerber dürfte sie ohne weiteres vornehmen.

Zwar führen beide Ansichten zu unterschiedlichen Ergebnissen, die Entscheidung dieser Streitigkeit kann jedoch offen bleiben, wenn die weitere Prüfung ergibt, dass auch nach der ersten Ansicht der Zweiterwerber zur Vervielfältigung berechtigt wäre.

2. Laden in den Arbeitsspeicher als vorübergehende Vervielfältigungshandlung nach § 44a UrhG

Nach § 44a Nr. 2 UrhG sind vorübergehende Vervielfältigungshandlungen, die flüchtig oder begleitend sind, einen integralen und wesentlichen Teil eines technischen Verfahrens zum Zweck einer rechtmäßigen Nutzung darstellen und denen keine eigenständige wirtschaftliche Bedeutung zukommt, ohne Zustimmung des Urhebers zulässig. Eine Vervielfältigung des Programms im Arbeitsspeicher eines Computers könnte diese Voraussetzungen erfüllen. Allerdings ist fraglich, ob § 44a UrhG überhaupt auf Computerprogramme Anwendung findet.

²⁸ Grützmaker in Wandtke/Bullinger, Praxiskommentar zum Urheberrecht, 2002, § 69c Rn. 5

²⁹ Hoeren in Möhring/Nicolini, Urheberrechtsgesetz, 2. Aufl. 2000, § 69c Rn. 5; Hoeren/Schuhmacher, Verwendungsbeschränkungen im Softwarevertrag, CR 2000, 137, 144; Schuhmacher, Softwareüberlassungsverträge, CR 2000, 641, 645.

³⁰ Hoeren in Möhring/Nicolini, Urheberrechtsgesetz, 2. Aufl. 2000, § 69c Rn. 5; Hoeren/Schuhmacher, Verwendungsbeschränkungen im Softwarevertrag, CR 2000, 137, 144.

³¹ Hoeren/Schuhmacher, Verwendungsbeschränkungen im Softwarevertrag, CR 2000, 137, 144.

Der § 44a UrhG hat seinen Ursprung in Art. 5 I der Urheberrechtsrichtlinie. Nach Erwägungsgrund 20 und 50 und Art. 1 II a) der Urheberrechtsrichtlinie bleiben die Regelungen der Richtlinie über den Rechtsschutz von Computerprogrammen³² unberührt. Die §§ 69a ff. UrhG dienen der Umsetzung dieser Richtlinie.³³ Demnach dürfte § 44a UrhG auf Vervielfältigungshandlungen, die § 69c Nr. 1 UrhG unterfallen, keine Anwendung finden.³⁴ Indes kann nach einer Ansicht § 44a UrhG analog auf Computerprogramme angewendet werden, wobei sich die vergleichbare Interessenlage daraus ergibt, dass der Urheber eines Computerprogramms kein größeres Interesse als sonstige Urheber daran hat, Vervielfältigungen, welche sich unter § 44a UrhG subsumieren ließen, zu kontrollieren.³⁵ Nach anderer Ansicht ist § 44a UrhG, ungeachtet der Regelungen der Urheberrechtsrichtlinie, direkt auf die Kopie eines Programms im Arbeitsspeicher eines Computers anwendbar.³⁶ Falls man § 44a UrhG grundsätzlich analog oder direkt für Vervielfältigungen im Arbeitsspeicher für anwendbar erachtet, ist fraglich, ob dessen Voraussetzungen vorliegen.

Die Kopie im Arbeitsspeicher stellt, wie oben ausgeführt, nach einer Ansicht eine vorübergehende Vervielfältigungshandlung dar. Diese müsste gemäß § 44a UrhG flüchtig, also nur von kurzer Dauer,³⁷ oder begleitend, d.h. ein Zwischenschritt auf dem Weg zur bezweckten Nutzung,³⁸ sein. Eine Kopie im Arbeitsspeicher verschwindet erst bei Beendigung des Programms oder Ausschalten des Computers. Sie ist somit, im Gegensatz zu Speicherungen im Cache Speicher,³⁹ nicht flüchtig. Allerdings ist eine solche Kopie zur bezweckten Nutzung erforderlich und somit ein notwendiger Zwischenschritt. Demnach ist eine Kopie im Arbeitsspeicher begleitender Natur. Integraler oder wesentlicher Bestandteil eines technischen Verfahrens ist die Vervielfältigung dann, wenn sie der digitalen Werknutzung dient.⁴⁰ Die Vervielfältigung im Arbeitsspeicher dient einer Nutzung des Computerprogramms und erfolgt somit für den in § 44a UrhG erwähnten Zweck. Die nach § 44a Nr. 2 UrhG erforderliche

³² 91/250/EWG vom 14.05.1991.

³³ Nordemann/Vinck in Fromm/Nordemann, Urheberrecht, 9. Aufl. 1998, vor § 69a Rn. 1.

³⁴ Dreier in Dreier/Schulze, Urheberrechtsgesetz, 2004, § 44a Rn. 2 und § 69c Rn. 9; v. Welser in Wandtke/Bullinger, Ergänzungsband zum Praxiskommentar, 2003, § 44a Rn. 23.

³⁵ Dreier in Dreier/Schulze, Urheberrechtsgesetz, 2004, § 69c Rn. 9

³⁶ Dreyer in Dreyer/Kotthoff/Meckel, 2004, § 44a Rn. 5; Kröger, Die Urheberrechtsrichtlinie für die Informationsgesellschaft, CR 2001, 316, 317.

³⁷ Dreyer in Dreyer/Kotthoff/Meckel, 2004, § 44a Rn. 7.

³⁸ Dreyer in Dreyer/Kotthoff/Meckel, 2004, § 44a Rn. 8.

³⁹ Dreyer in Dreyer/Kotthoff/Meckel, 2004, § 44a Rn. 7.

⁴⁰ Dreier in Dreier/Schulze, Urheberrechtsgesetz, 2004, § 44a Rn. 6.

Rechtmäßigkeit der Nutzung ergibt sich für den Zweiterwerber aus dem Erwerb des Nutzungsrechts vom Ersterwerber.

Der Vervielfältigung kommt keine eigenständige wirtschaftliche Bedeutung zu, wenn sie keine neue eigenständige Nutzungsmöglichkeit eröffnet.⁴¹ Ob dies bei einer Speicherung im Arbeitsspeicher der Fall ist, dürfte letztlich ebenso streitig sein, wie die Frage, ob diese eine Vervielfältigung darstellt.⁴² Dies kann jedoch genau wie die Frage, ob § 44a UrhG überhaupt auf Vervielfältigungen eines Computerprogramms anwendbar ist, offen bleiben, wenn die weitere Prüfung ergibt, dass der Zweiterwerber das Laden in den Arbeitsspeicher jedenfalls nach § 69d I UrhG vornehmen darf.

3. Ausnahme von der Zustimmungsbedürftigkeit beim Laden in den Arbeitsspeicher nach § 69d I UrhG

Der Zweiterwerber kann sich für das Laden der Programmkopie in den Arbeitsspeicher möglicherweise auf die Ausnahme von der Erlaubnispflicht nach § 69d I UrhG berufen. Es müsste sich beim Laden in den Arbeitsspeicher um eine Handlung nach § 69c Nr. 1 UrhG handeln. Nach einer Ansicht stellt das Laden in den Arbeitsspeicher eine Vervielfältigungshandlung dar, für die nach § 69c Nr. 1 2 UrhG eine Zustimmung durch den Urheber erforderlich ist. Weiterhin wird bezüglich des Ladens in den Arbeitsspeicher § 44a UrhG teils für nicht anwendbar,⁴³ teils für nicht einschlägig⁴⁴ und teils als subsidiär zum spezielleren § 69d I UrhG⁴⁵ erachtet. Demnach könnte man von einer Handlung nach § 69c Nr. 1 UrhG ausgehen, für die grundsätzlich die Zustimmung des Urhebers erforderlich ist. Die Benutzung eines Computerprogramms kann nur erfolgen, wenn dieses in den Arbeitsspeicher geladen wird.⁴⁶ Folglich ist dieser Vorgang i.S.d. § 69d I UrhG zur Benutzung erforderlich. Weiterhin ist aufgrund der Geltung des Erschöpfungsgrundsatz nach § 69c Nr. 3 2 UrhG analog der Zweiterwerber, der das Nutzungsrecht vom Ersterwerber erworben hat, Berechtigter i.S.d. § 69d I UrhG.

Unabhängig davon, welcher Ansicht man bezüglich der Frage folgt, ob das Laden des Programms in den Arbeitsspeicher eine Vervielfältigung i.S.d. § 69c Nr. 1 UrhG darstellt, und ob gegebenenfalls § 44a Nr. 2 UrhG direkt oder analog einschlägig ist, ist der Zweiterwerber

⁴¹ Dreier in Dreier/Schulze, Urheberrechtsgesetz, 2004, § 44a Rn. 8; Dreyer in Dreyer/Kotthoff/Meckel, 2004, § 44a Rn. 13.

⁴² Dreier in Dreier/Schulze, Urheberrechtsgesetz, 2004, § 69c Rn. 9.

⁴³ v. Welser in Wandtke/Bullinger, Ergänzungsband zum Praxiskommentar, 2003, § 44a Rn. 23.

⁴⁴ Dreier in Dreier/Schulze, Urheberrechtsgesetz, 2004, § 69c Rn. 9.

⁴⁵ Dreier in Dreier/Schulze, Urheberrechtsgesetz, 2004, § 69d Rn. 3

jedenfalls nach § 69d I UrhG berechtigt, das Programm in den Arbeitsspeicher zu laden. Der Zweiterwerber darf diese Handlung ohne Zustimmung des Urhebers vornehmen.

III. Anzeige auf dem Bildschirm beim Zweiterwerber

Letztlich ist fraglich, ob die Anzeige auf dem Bildschirm beim Zweiterwerber eine Vervielfältigungshandlung i.S.d. § 69c Nr. 1 UrhG darstellt, und ob diese gegebenenfalls nach § 69d I UrhG ohne Zustimmung des Urhebers vorgenommen werden darf. Die bloße Anzeige auf dem Bildschirm stellt keine Vervielfältigung des Computerprogramms sondern lediglich eine unkörperliche Werkwidergabe dar. Demnach handelt es sich bei der Anzeige auf dem Bildschirm des Zweiterwerbers nicht um eine Vervielfältigung.⁴⁷ Die Formulierung in § 69c Nr. 1 2 UrhG „Soweit das [...], Anzeigen, [...]“ widerspricht dem nicht, da dort nur insoweit ein Anzeigen von einer Zustimmung des Urhebers abhängig gemacht wird, wie es eine Vervielfältigung darstellt. Dies ist bei einer bloßen Bildschirmanzeige jedoch gerade nicht der Fall.⁴⁸ Demnach fehlt es an einer Vervielfältigungshandlung, wenn der Zweiterwerber eine Anzeige auf dem Bildschirm veranlasst. Andere Nutzungsrechte sind bei bloßer Bildschirmanzeige zum Zwecke der Programmnutzung nicht betroffen. Der Zweiterwerber darf demnach eine solche vornehmen.

Das Herunterladen des Computerprogramms und dessen Installation stellen eine dauerhafte Vervielfältigung i.S.d. § 69c Nr. 1 UrhG dar. Auch das Laden des Programms in den Arbeitsspeicher stellt jedenfalls nach einer Ansicht eine vorübergehende Vervielfältigung nach § 69c Nr. 1 2 UrhG dar. Hingegen ist die Anzeige auf dem Bildschirm durch den Zweiterwerber keine Vervielfältigungshandlung. Allerdings darf der Zweiterwerber diese dauerhaften und vorübergehenden Vervielfältigungshandlungen aufgrund der nach § 69c Nr. 3 2 UrhG analog eingetretenen Erschöpfung bei einer Online-Übertragung nach § 69d I UrhG ohne Zustimmung des Urhebers vornehmen.

C. Ausschluss der Weiterveräußerung durch den Ersterwerber bei einer Online-Übertragung

Der Urheber könnte im Falle der Online-Übertragung versucht sein, durch eine Klausel in den AGB die Weiterveräußerung des Computerprogramms durch den Ersterwerber an einen

⁴⁶ *Grützmacher* in Wandtke/Bullinger, Praxiskommentar zum Urheberrecht, 2002, § 69d Rn. 9 und 11.

⁴⁷ *Dreier* in Dreier/Schulze, Urheberrechtsgesetz, 2004, § 69c Rn. 8; *Nordemann/Vinck* in Fromm/Nordemann, Urheberrecht, 9. Aufl. 1998, § 69c Rn. 3; *Loewenheim* in Schrickler, Urheberrecht, 2. Aufl. 1999, § 69c Rn. 10.

Zweiterwerber auszuschließen. Diese würde allerdings nur zwischen den Vertragsparteien, also dem Ersterwerber und dem Urheber, wirken.⁴⁹ Das Nutzungsrecht des Zweiterwerbers würde nicht beeinträchtigt. Würde hingegen das Nutzungsrecht des Ersterwerbers insoweit eingeschränkt, dass eine Weiterveräußerung ausgeschlossen ist, könnte der Zweiterwerber keine Nutzungsrechte vom Ersterwerber erwerben. Demnach wäre der Zweiterwerber kein berechtigter Benutzer i.S.d. § 69d I UrhG. Eine Vervielfältigung des Computerprogramms durch diesen nach § 69c Nr. 1 UrhG wäre nur mit Zustimmung des Urhebers zulässig.

I. Zulässigkeit des Ausschlusses der der Weiterveräußerung in AGB

Fraglich ist, ob der Urheber in seinen AGB wirksam eine Weiterveräußerung des Computerprogramms durch den Ersterwerber ausschließen kann. Eine solche Klausel könnte wegen unangemessener Benachteiligung des Vertragspartners nach § 307 I 1 BGB, der wegen § 310 I 1 BGB auch im unternehmerischen Verkehr gilt, unwirksam sein. Eine Benachteiligung liegt vor, wenn die Interessen des Vertragspartners in einer vom Gesetz abweichenden Weise geregelt werden. Unangemessen ist die Klausel, wenn der Verwender missbräuchlich eigene Interessen auf Kosten des Vertragspartners durchzusetzen versucht, ohne dessen Interessen angemessen zu berücksichtigen und in einen angemessenen Ausgleich zu bringen.⁵⁰ Nach § 69c Nr. 3 2 UrhG analog kann der Ersterwerber aufgrund der Geltung des Erschöpfungsgrundsatzes das im Wege der Online-Übertragung erworbene Computerprogramm an einen Zweiterwerber weiterveräußern. Wenn in den AGB das Recht zur Weiterveräußerung ausgeschlossen wird, stellt dies eine Abweichung von den gesetzlichen Regelungen dar, die die Rechte des Erwerbers einschränkt. Eine Benachteiligung liegt vor. Der Ausschluss des Rechts zur Weiterveräußerung schränkt die wirtschaftliche Verwertbarkeit des Computerprogramms durch den Ersterwerber erheblich ein. Das formularmäßige Weitergabeverbot, das jede Weitergabe des Computerprogramms an einen Dritten ausschließt, ist als unangemessene Benachteiligung i.S.d. § 307 I 1 BGB unwirksam.⁵¹ Die Weiterveräußerung des Computerprogramms durch den Ersterwerber kann in AGB nicht wirksam ausgeschlossen werden.

II. Zulässigkeit der Beschränkung des Nutzungsrechts

Weiterhin könnte der Urheber versuchen, das Nutzungsrecht des Ersterwerbers insoweit zu beschränken, dass eine Weiterveräußerung des online übertragenen Computerprogramms ausgeschlossen ist. Grundsätzlich kann der Urheber aufgrund der Geltung des Erschöpfungs-

⁴⁸ Grützmacher in Wandtke/Bullinger, Praxiskommentar zum Urheberrecht, 2002, § 69c Rn. 8.

⁴⁹ Schulze in Dreier/Schulze, Urheberrechtsgesetz, 2004, § 31 Rn. 48.

⁵⁰ Roloff in Ermann, Bürgerliches Gesetzbuch Band I, 11. Aufl. 2004, § 307 Rn. 7 und 8.

grundsatzes nach § 69c Nr. 3 2 UrhG analog bei der Online-Übertragung eines Computerprogramms dieses ohne Zustimmung des Urhebers an einen Zweiterwerber weiterveräußern. Fraglich ist, ob der Urheber die Geltung des Erschöpfungsgrundsatzes bei der Online-Übertragung eines Computerprogramms durch Beschränkung des Nutzungsrechts abbedingen kann.

Für das Vermietrecht und die Erteilung von Unterlizenzen i.R.e. Videolizenzvertrages hat der BGH entschieden, dass das Recht zur Weiterübertragung des Vermietrechts ausgeschlossen werden kann.⁵² Bezüglich der Erschöpfung des Verbreitungsrechts nach § 69c Nr. 3 2 UrhG hat der BGH jedoch entschieden, dass die Erschöpfung des Verbreitungsrechts nicht durch Beschränkung des Nutzungsrechts wirksam ausgeschlossen werden kann. Vielmehr kann der Ersterwerber ein Vervielfältigungsstück, ungeachtet der beabsichtigten Beschränkung des Nutzungsrechts durch den Urheber, an einen Zweiterwerber weiterveräußern.⁵³ Die Erschöpfung des Verbreitungsrechts ist bei Computerprogrammen somit unabdingbar.⁵⁴ Bei der Online-Übertragung eines Computerprogramms gilt § 69c Nr. 3 2 UrhG analog. Demnach kann auch in diesem Fall die Geltung des Erschöpfungsgrundsatzes und folglich auch die Weiterveräußerung durch den Ersterwerber nicht durch Beschränkung des Nutzungsrechts abbedungen werden.

Der Urheber kann im Falle der Online-Übertragung weder durch AGB noch durch Beschränkung des Nutzungsrechts die Weiterveräußerung eines im Wege der Online-Übertragung erworbenen Computerprogramms durch einen Ersterwerber ausschließen.

D. Zusammenfassung der Ergebnisse

Bei dem Erwerb eines Computerprogramms im Wege der Online-Übertragung ist der Ersterwerber aufgrund der Geltung des Erschöpfungsgrundsatzes nach § 69c Nr. 3 2 UrhG analog zur Weiterveräußerung des Computerprogramms an einen Zweiterwerber berechtigt.

⁵¹ Basedow in Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch Band 2a, 4. Aufl. 2003, § 307 Rn. 76.

⁵² BGH GRUR 1987, 37, 39 - Videolizenzvertrag [Urteil vom 10.07.1986].

⁵³ BGHZ 145, 7, 10 ff. - OEM-Version [Urteil vom 06.07.2000]; Dreier in Dreier/Schulze, Urheberrechtsgesetz, 2004, § 69c Rn. 26; Schulze in Dreier/Schulze, Urheberrechtsgesetz, 2004, § 31 Rn. 36; Kotthoff in Dreyer/Kotthoff/Meckel, 2004, § 69c Rn. 28; Jäger, Die Erschöpfung des Verbreitungsrechts bei OEM-Software, ZUM 2000, 1070, 1073 f.; Lehmann, Anmerkung zu BGH, CR 2000, 651, CR 2000, 740, 741; Witte, Anmerkung zu BGH, CR 2000, 651, CR 2000, 654, 655.

Der Zweiterwerber wird zum Zwecke der Benutzung des Computerprogramms zum einen dauerhafte Vervielfältigungshandlungen nach § 69c Nr. 1 UrhG durch Speicherung einer Installationsversion und einer Installation des Computerprogramms auf der Festplatte vornehmen. Zum anderen wird er das Computerprogramm in den Arbeitsspeicher laden, was nach einer Ansicht eine vorübergehende Vervielfältigungshandlung nach § 69c Nr. 1 2 UrhG darstellt. Keine Vervielfältigungshandlung ist die Bildschirmanzeige beim Zweiterwerber, es handelt sich dabei um eine bloße unkörperliche Werkwiedergabe. Die Berechtigung des Zweiterwerbers zur Vornahme der dauerhaften Vervielfältigungshandlungen ohne Zustimmung des Urhebers ergibt sich aus § 69d I UrhG, da diese zur bestimmungsgemäßen Benutzung gehören, und er aufgrund des Erwerbs der Nutzungsrechte vom Ersterwerber berechtigter Benutzer ist. Ein weiterer Vertrag zwischen Urheber und Zweiterwerber ist hingegen für eine Nutzungsberechtigung nicht erforderlich. Bezüglich der vorübergehenden Vervielfältigungshandlungen könnte sich die Berechtigung des Zweiterwerbers schon aus § 44a Nr. 2 UrhG ergeben. Jedenfalls ist der Urheber aber nach § 69d I UrhG zur Vornahme von vorübergehenden Vervielfältigungshandlungen berechtigt.

Letztlich ist die Erschöpfung nach § 69c Nr. 3 2 UrhG nicht abdingbar. Bei der Online-Übertragung eines Computerprogramms gilt § 69c Nr. 3 2 UrhG analog. Demnach kann der Urheber das Nutzungsrecht des Ersterwerbers insoweit nicht beschränken.

A handwritten signature in black ink, appearing to read 'Jürgen J...' with a stylized flourish at the end.

⁵⁴ OLG Düsseldorf MMR 1998, 417 – *Weiterverkauf von Testversion* [Urteil vom 03.03.1998]; Dreier in Dreier/Schulze, Urheberrechtsgesetz, 2004, § 69d Rn. 6.