



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

Leonardo-Campus 9
D-48149 Münster
Tel.: 02 51/83-3 86 00
Fax: 02 51/83-3 86 01
Email:
hoeren@uni-muenster.de

Gutachten
zur Frage der Geltung des
urheberrechtlichen Erschöpfungsgrundsatzes
bei der Online-Übertragung von Computerprogrammen

Kurzfassung des Gutachtens

Bei der Online-Übertragung eines Computerprogramms liegt mangels Veräußerung eines körperlichen Vervielfältigungsstücks keine Verbreitungshandlung i.S.d. § 69c Nr. 3 UrhG vor. Demnach kann in Bezug auf die veräußerte Vervielfältigung des Programms keine Erschöpfung nach § 69c Nr. 3 2 UrhG eintreten. Eine Weiterveräußerung durch den Ersterwerber wäre demnach ohne Zustimmung des Urhebers nicht möglich.

Allerdings ist § 69c Nr. 3 2 UrhG im Falle der Online-Übertragung analog anwendbar. Die Vergleichbarkeit der Interessenlage ergibt sich insbesondere daraus, dass sowohl bei dem Erwerb eines körperlichen Vervielfältigungsstückes als auch bei der Online-Übertragung eines Computerprogramms der Erwerber am Ende eine installierte Version des Programms auf seinem Computer hat und somit beide Vertriebswege zum gleichen Erfolg führen. Weiterhin ist der Erschöpfungsgrundsatz dem Urheberrecht immanent und gilt nicht nur bei der Verbreitung eines Vervielfältigungsstücks, sondern auch bei anderen Vertriebswegen.

Somit tritt bei Computerprogrammen, die im Wege der Online-Übertragung veräußert werden, Erschöpfung nach § 69c Nr. 3 2 UrhG analog ein. Der Ersterwerber kann das Computerprogramm ohne Zustimmung des Urhebers an einen Zweiterwerber weiterveräußern.

Gliederung

A. Einleitung.....	4
I. Der Begriff der Online-Übertragung.....	4
II. Der urheberrechtliche Schutz von Computerprogrammen	4
1. Der Begriff der Verbreitung in § 69c Nr. 3 UrhG	5
2. Der Begriff der Erschöpfung in § 69c Nr. 3 2 UrhG.....	6
III. Die Probleme in Bezug auf § 69c UrhG beim Erwerb eines Computerprogramms im Wege der Online-Übertragung.....	7
B. Die analoge Anwendung des § 69c Nr. 3 2 UrhG auf den Erwerb eines Computerprogramms im Wege der Online-Übertragung	7
I. Regelungslücke	8
II. Planwidrigkeit	8
1. Bedeutung des Erwägungsgrundes 29	9
2. Wesen der Online-Übertragung eines Computerprogrammes.....	11
III. Vergleichbarkeit der Interessenlage	13
1. Keine Vergleichbarkeit der Interessenlage	13
2. Vergleichbarkeit der Interessenlage.....	13
3. Streitentscheid	14
C. Die Auswirkung der Erschöpfung nach § 69c Nr. 3 2 UrhG auf das Vervielfältigungsrecht aus § 69c Nr. 1 UrhG	17
I. Installation auf dem Computer des Ersterwerbers	18
II. Vervielfältigungsstück zur Vornahme der Installation beim Zweiterwerber.....	18
III. Zur Nutzung im Übrigen erforderliche Vervielfältigungen	20
D. Zusammenfassung der Ergebnisse.....	20

A. Einleitung

Gegenstand dieses Gutachtens ist die Frage, ob der urheberrechtliche Erschöpfungsgrundsatz bei der Online-Übertragung eines Computerprogramms gilt. Die nachfolgenden allgemeinen Darlegungen der Rechtsauffassung wurden nach bestem Wissen und Gewissen und unter der Berücksichtigung der aktuellen Literatur und Rechtsprechung erstellt. Für das folgende Gutachten wird abredgemäß die Haftung ausgeschlossen.

I. Der Begriff der Online-Übertragung

Es ist üblich, dass der Käufer eines Computerprogramms Eigentum an einer Programmkopie auf CD-Rom oder DVD erwirbt. Früher lag die Programmkopie in der Regel in Form von Disketten vor. Daneben hat die Online-Übertragung immer mehr an Bedeutung gewonnen. Bei dieser lädt sich der Erwerber eine Kopie des Computerprogramms von einem Server des Urhebers auf seinen Rechner und installiert diese anschließend.¹ Es findet also lediglich eine Datenübertragung statt, Eigentum an Datenträgern wird vom Urheber nicht übertragen.

II. Der urheberrechtliche Schutz von Computerprogrammen

Computerprogramme werden seit der Urheberrechtsnovelle vom 24. Juni 1985² ausdrücklich als Schutzgegenstand im UrhG genannt. Sie werden seitdem unter den Sprachwerken in § 2 I Nr. 1 UrhG aufgeführt. Änderungen erfuhren die gesetzlichen Regelungen zu Computerprogrammen im UrhG insbesondere aufgrund der Richtlinie über den Rechtsschutz von Computerprogrammen³ und der Richtlinie zur Harmonisierung bestimmter Aspekte des Urheberrechts und verwandter Schutzrechte in der Informationsgesellschaft,⁴ im Folgenden Urheberrechtsrichtlinie genannt.

In den §§ 69a ff. UrhG finden sich Sonderregelungen für Computerprogramme, die den allgemeinen Bestimmungen für Sprachwerke vorgehen.⁵ Eine Definition des Begriffes Computerprogramm enthält das Gesetz nicht, er ist aber weit zu verstehen und erfasst Computer-

¹ *Berger*, Urheberrechtliche Erschöpfungslehre und digitale Informationstechnologie, GRUR 2002, 198; *Mäger*, Der urheberrechtliche Erschöpfungsgrundsatz bei der Veräußerung von Software, CR 1996, 522.

² BGBl. I 1985, S. 1137.

³ 91/250/EWG vom 17.05.1991.

⁴ 2001/29/EG vom 22.05.2001.

programme aller Art.⁶

Die ausschließlichen Rechte des Urhebers eines Computerprogramm sind in § 69c UrhG geregelt. Gemäß § 69c Nr. 1 UrhG hat er das ausschließliche Recht dauerhafte oder vorübergehende Vervielfältigungen anzufertigen, mit Ausnahme derjenigen vorübergehenden Vervielfältigungshandlungen, welche für die Nutzung des Programms erforderlich sind. Diese bedürfen keiner Zustimmung des Urhebers. Weiterhin steht dem Urheber nach § 69c Nr. 2 UrhG das ausschließliche Recht der Übersetzung und sonstigen Umarbeitung eines Computerprogramms zu. Ergänzt werden diese Vorschriften durch § 69d UrhG. Dieser bestimmt, dass Handlungen nach § 69c Nr. 1 und Nr. 2 UrhG nicht der Zustimmung durch den Urheber bedürfen, wenn sie durch eine Person erfolgen, die zur Verwendung eines Computerprogramms berechtigt ist. Nach § 69c Nr. 4 UrhG hat der Urheber das ausschließliche Recht der öffentlichen Wiedergabe und öffentlichen Zugänglichmachung. Der Unterschied zwischen diesen beiden Rechten besteht darin, dass bei der öffentlichen Wiedergabe diese an alle Mitglieder der Öffentlichkeit gleichzeitig erfolgt.⁷ Beim Recht der öffentlichen Zugänglichmachung geschieht die Zugänglichmachung hingegen gemäß § 19a UrhG an Orten und zu Zeiten nach Wahl des Mitgliedes der Öffentlichkeit.

Gemäß § 69c Nr. 3 UrhG hat der Rechtsinhaber das ausschließliche Recht der Verbreitung des Originals des Computerprogramms oder von Vervielfältigungsstücken einschließlich der Vermietung. Nach § 69c Nr. 3 2 UrhG erschöpft sich das Verbreitungsrecht in Bezug auf ein bestimmtes Vervielfältigungsstück, wenn dieses mit Zustimmung des Rechteinhabers im Gebiet der europäischen Union oder einem EWR Vertragsstaat im Wege der Veräußerung in den Verkehr gebracht worden ist. Es ist fraglich, ob § 69c Nr. 3 UrhG unmittelbar Anwendung findet, wenn der Erwerb eines Computerprogramms im Wege der Online-Übertragung stattfindet.

1. Der Begriff der Verbreitung in § 69c Nr. 3 UrhG

⁵ Nordemann/Vinck in Fromm/Nordemann, Urheberrecht, 9. Aufl. 1998, vor § 69 Rn. 2.

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

⁷ Dreier in Dreier/Schulze, Urheberrechtsgesetz, 2004, § 19 Rn. 3.

Der Begriff der Verbreitung in § 69c Nr. 3 UrhG entspricht dem in § 17 UrhG.⁸ Gemäß § 17 I UrhG gewährt das Verbreitungsrecht das Recht, das Original oder Vervielfältigungsstücke eines Werkes der Öffentlichkeit anzubieten oder in Verkehr zu bringen. Dabei ist der Begriff der Verbreitung nach dem Willen des Gesetzgebers allein auf das Anbieten oder die Weitergabe des Werkes in seiner körperlichen Form bezogen.⁹ Insofern erfasst § 69c Nr. 3 UrhG in seinem unmittelbaren Anwendungsbereich nur das Anbieten oder die Weitergabe eines Computerprogramms in körperlicher Form. Dies ist beim Vertrieb des Programms auf CD-ROM, DVD oder einem anderen Datenträger der Fall. Wenn allerdings ein Computerprogramm im Wege der Online-Übertragung veräußert wird, werden die Programmdateien direkt vom Server des Urhebers auf den Computer des Erwerbers übertragen. Das Programm gelangt somit erst auf dem Computer des Erwerbers in eine körperliche Form, nämlich durch die Speicherung auf der Festplatte. Ein körperliches Vervielfältigungsstück wird bei diesem Vertriebsweg vom Urheber nicht angeboten oder in Verkehr gebracht, vielmehr wird lediglich ein Datensatz zum Download zur Verfügung gestellt. Demnach liegt bei Online-Übertragung keine Verbreitung i.S.d. § 17 I UrhG und somit auch nicht i.S.d. § 69c Nr. 3 UrhG vor.

2. Der Begriff der Erschöpfung in § 69c Nr. 3 2 UrhG

Gemäß § 69c Nr. 3 2 UrhG erschöpft sich das Verbreitungsrecht mit Ausnahme des Vermietrechts, wenn ein Vervielfältigungsstück mit Zustimmung des Rechteinhabers im Gebiet der Europäischen Union in den Verkehr gebracht wird. Der Erschöpfungsgrundsatz besagt, dass der Urheber nur für die erste Verbreitungshandlung ein Entgelt erhält. Die weiteren Verbreitungshandlungen sind im Interesse des Verkehrs frei. Die Veräußerung des Originals oder eines Vervielfältigungsstückes durch den Ersterwerber an einen Zweiterwerber bedarf also keiner Zustimmung des Urhebers. Insbesondere kann der Urheber für eine solche Verbreitungshandlung kein Entgelt verlangen.¹⁰ Somit kann ein Computerprogramm, welches in körperlicher Form veräußert, also durch den Urheber verbreitet worden ist, durch den Ersterwerber weiterveräußert werden. Wurde das Programm hingegen im Wege der Online-Übertragung veräußert, hat keine Verbreitung durch den Urheber i.S.d. § 69c Nr. 3 UrhG stattgefunden. Eine

⁸ Dreier in Dreier/Schulze, Urheberrechtsgesetz, 2004, § 69c Rn. 20; Grützmacher in Wandtke/Bullinger, Praxiskommentar zum Urheberrecht, 2002, § 69c Rn. 25.

⁹ Dreier in Dreier/Schulze, Urheberrechtsgesetz, 2004, § 17 Rn. 5; Kroitzsch in Möhring/Nicolini, Urheberrechtsgesetz, 2. Aufl. 2000, § 17 Rn. 9.

¹⁰ Reh binder, Urheberrecht, 12. Aufl. 2002, Rn. 206.

Weitergabe dieses Programms durch den Ersterwerber wäre mangels Erschöpfung des Verbreitungsrechts unzulässig.

§ 69c Nr. 3 UrhG findet bei der Veräußerung eines Computerprogramms im Wege der Online-Übertragung keine unmittelbare Anwendung.

III. Die Probleme in Bezug auf § 69c UrhG beim Erwerb eines Computerprogramms im Wege der Online-Übertragung

Nach dem oben dargelegten Verständnis des § 69c Nr. 3 UrhG hätte die Art und Weise des Erwerbs eines Computerprogramms erheblichen Einfluss auf dessen wirtschaftliche Verwertbarkeit durch den Ersterwerber. Erwirbt dieser das Programm auf einem Datenträger, erschöpft sich das Verbreitungsrecht des Urhebers. Der Ersterwerber kann es demnach weiterveräußern, wenn er das Programm nicht mehr benötigt, oder um sich Kapital zu verschaffen. Erfolgt der Ersterwerb hingegen im Wege der Online-Übertragung, liegt keine Verbreitungshandlung durch den Urheber vor. Erschöpfung nach § 69c Nr. 3 2 UrhG tritt nicht ein. Der Ersterwerber könnte das Programm ohne Zustimmung des Urhebers keiner weiteren wirtschaftlichen Verwertung zuführen.

Im Folgenden soll untersucht werden, inwieweit möglicherweise eine analoge Anwendung des § 69c Nr. 3 2 UrhG auf den Erwerb eines Programms im Wege der Online-Übertragung geboten ist, um Computerprogramme hinsichtlich ihrer wirtschaftlichen Verwertbarkeit durch den Ersterwerber unabhängig von der Art und Weise des Erwerbs gleichzustellen. Weiterhin wird geprüft, inwieweit Vervielfältigungen des Computerprogramms durch den Ersterwerber und den Zweiterwerber mit dem ausschließlichen Recht der Vervielfältigung des Urhebers aus § 69c Nr. 1 UrhG zu vereinbaren sind.

B. Die analoge Anwendung des § 69c Nr. 3 2 UrhG auf den Erwerb eines Computerprogramms im Wege der Online-Übertragung

Fraglich ist, ob § 69c Nr. 3 2 UrhG analog auf den Ersterwerb eines Computerprogramms im Wege der Online-Übertragung angewendet werden kann. Voraussetzung für die analoge Anwendung einer Vorschrift ist, dass das Gesetz in einem Bereich, in dem eine Regelung erforderlich

ist, eine Lücke aufweist. Diese Lücke müsste auch planwidrig sein und die Interessenlage im nicht geregelten Fall müsste mit der in einem gesetzlich geregelten Fall vergleichbar sein.

I. Regelungslücke

Die Geltung des Erschöpfungsgrundsatzes bei der Online-Übertragung eines Computerprogramms ist gesetzlich nicht geregelt. Allerdings stellt sich auch bei dieser die Frage nach der Zulässigkeit einer Weiterveräußerung des Computerprogramms durch den Ersterwerber. Insofern ist das Gesetz in einem regelungsbedürftigen Bereich lückenhaft.

II. Planwidrigkeit

Das Fehlen einer gesetzlichen Regelung müsste planwidrig sein. Eine Lücke ist planwidrig, wenn der Gesetzgeber die Lücke nicht gesehen hat und diese somit nur unabsichtlich entstanden ist. Der deutsche Gesetzgeber änderte die Vorschrift des § 69c Nr. 3 UrhG zuletzt durch das Gesetz zur Regelung des Urheberrechts in der Informationsgesellschaft.¹¹ Diese Gesetzesänderung diente der Umsetzung der Urheberrechtsrichtlinie.¹² Aus diesem Grund ist die Frage nach der Planwidrigkeit der Regelungslücke auch unter Berücksichtigung dieser Richtlinie zu beantworten. Falls demnach schon die Richtlinie hinsichtlich der Frage der Geltung des Erschöpfungsgrundsatzes bei der Online-Übertragung von Computerprogrammen bewusst lückenhaft gewesen ist, wäre die Lücke auch im UrhG, das der Umsetzung der Richtlinie dient, nicht planwidrig sondern plangemäß.

Die Richtlinie äußert sich in Erwägungsgrund 29 zur Frage der Geltung des Erschöpfungsgrundsatzes bei der Online-Übertragung. Dort heißt es:

„(29) Die Frage der Erschöpfung stellt sich weder bei Dienstleistungen allgemein noch bei Online-Diensten im Besonderen. Dies gilt auch für materielle Vervielfältigungsstücke eines Werks 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

¹¹ BGBl. I 2003, 1774.

¹² 2001/29/EG vom 22.05.2001; *Knies*, Erschöpfung Online?, GRUR Int 2002, 314, 315.

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.“

Der Wortlaut des Erwägungsgrundes könnte darauf hindeuten, dass der europäische Gesetzgeber davon ausging, dass sich die Frage der Erschöpfung bei der Online-Übertragung eines Computerprogramms nicht stellt. Die Richtlinie und somit auch das UrhG wären in dieser Frage bewusst lückenhaft gestaltet worden. Die Regelungslücke wäre nicht planwidrig sondern plangemäß. Eine analoge Anwendung des § 69c Nr. 3 2 UrhG würde ausscheiden. Allerdings ist fraglich, ob Erwägungsgrund 29 überhaupt auf die Online-Übertragung von Computerprogrammen bezogen ist.

1. Bedeutung des Erwägungsgrundes 29

Möglicherweise ergeben sich aus der Entstehungsgeschichte des Erwägungsgrundes 29 Anhaltspunkte dafür, dass er nicht auf die Online-Übertragung von Computerprogrammen bezogen ist. Erwägungsgrund 29 ist nahezu identisch mit dem Erwägungsgrund 33 der Richtlinie über den rechtlichen Schutz von Datenbanken,¹³ im Folgenden Datenbankrichtlinie genannt. Demnach sollten die Erwägungen zur Datenbankrichtlinie in die Auslegung des Erwägungsgrundes 29 einfließen.¹⁴

Online-Datenbanken zeichnen sich dadurch aus, dass sie ständig aktualisiert werden.¹⁵ Aus diesem Grund erfolgt die Nutzung nicht durch den vollständigen Download der Datenbank, sondern es wird zu Recherchezwecken auf die ständig aktualisierte Online-Version der Datenbank zugegriffen. Die Vervielfältigung eines Teils der Datenbank beim Nutzer ist daher in der Regel nur vorübergehender Natur. Bisweilen wird jedoch der Nutzer Rechercheergebnisse auf seiner Festplatte speichern oder ausdrucken. Auch insoweit geht die Richtlinie in Erwägungsgrund 33 davon aus, dass sich die Frage der Erschöpfung nicht stellt; denn diese Vervielfältigung

¹³ 1996/9/EG vom 11.03.1996.

¹⁴ Reinbothe, Die Umsetzung der EU-Urheberrechtsrichtlinie in deutsches Recht, ZUM 2002, 43, 48.

gen werden stets nur einen Bruchteil der Datenbank wiedergeben. Es kommt somit zu keinem Zeitpunkt zu einer vollständigen Vervielfältigung der Online-Datenbank beim Nutzer. Für jede Nutzung der Online-Datenbank ist eine Verbindung zu dieser erforderlich. Demnach hat der Datenbankhersteller auch die vertragliche Pflicht, die ständige Erreichbarkeit der Online-Datenbank zu gewährleisten, diese also verfügbar zu machen.¹⁶ Das Erfordernis eines Verbindungsaufbaus für jede Nutzung der Online-Datenbank und die Pflicht des Herstellers die ständige Erreichbarkeit zu gewährleisten, führten zu einer Einordnung der Online-Datenbank als Dienstleistung in Erwägungsgrund 33 der Datenbankrichtlinie.

Fraglich ist, ob Erwägungsgrund 29 der Urheberrechtsrichtlinie unter Berücksichtigung dieser Erwägungen zur Datenbankrichtlinie auf die Online-Übertragung von Computerprogrammen Anwendung finden kann. Dabei sind zwei unterschiedliche Varianten der Online-Übertragung von Computerprogrammen denkbar.

a) Online-Übertragung des Computerprogramms auf Abruf

Zum einen ist es möglich, dass gerade benötigte Funktionen von Anwendungsprogrammen beispielsweise in der Form eines Java-Applets für eine einmalige Nutzung gegen ein geringes Entgelt online übertragen werden. Dies ist beispielsweise bei Network Computers (NCs), so genannten „Thin Clients“ der Fall.¹⁷ Wenn also die Übertragung des Computerprogramms nur „on demand“ und somit bei jeder Benutzung aufs Neue auf Abruf erfolgt, ist die Situation mit der bei einer Online-Datenbank, bei der auch für jede Nutzung eine Verbindung aufgebaut werden muss, vergleichbar. Bei einer Nutzung eines Computerprogramms auf Abruf ist demnach Erwägungsgrund 29 anwendbar. Die Frage der Erschöpfung stellt sich bei diesen nicht.

b) Dauerhafte Nutzung des Computerprogramms

Zum anderen kann ein Computerprogramm online übertragen und anschließend installiert werden. Der Erwerber hat dann die Möglichkeit der dauerhaften Nutzung des Computerprogramms,

¹⁵ *Blocher* in v. Lewinski/Walter/Blocher/Dreier/Daum/Dillenz, *Europäisches Urheberrecht*, 2001, Software-RL Art 4 Rn. 29.

¹⁶ *Koch*, *Handbuch Software- und Datenbank-Recht*, 2003, § 10 Rn. 196.

¹⁷ *Blocher* in v. Lewinski/Walter/Blocher/Dreier/Daum/Dillenz, *Europäisches Urheberrecht*, 2001, Software-RL Art 4 Rn. 29; *Schneider*, *Handbuch des EDV-Rechts*, 3. Aufl. 2003, O Rn. 359.

ohne dass dafür eine Verbindung zum Urheber erforderlich wäre.¹⁸ Dies stellt einen erheblichen Unterschied zu der Nutzung einer Online-Datenbank dar. Die für eine solche getroffenen Erwägung passen somit nicht auf die Online-Übertragung eines Computerprogramms, das dauerhaft nutzbar ist. Diese Situation ist vielmehr mit dem Erwerb des Programms auf einem Datenträger vergleichbar.¹⁹ Erwägungsgrund 29 kann in diesem Fall keine Anwendung finden. Ob sich demnach in diesem Fall die Frage der Erschöpfung stellt, wird von der Richtlinie nicht beantwortet.

Die Auslegung des Erwägungsgrundes 29 der Urheberrechtsrichtlinie unter Berücksichtigung des Erwägungsgrundes 33 der Datenbankrichtlinie ergibt, dass Erwägungsgrund 29 nur auf Computerprogramme bezogen ist, bei denen eine Online-Übertragung auf Abruf und bei jeder Nutzung aufs Neue erfolgt. Kann das Programm hingegen nach der Online-Übertragung dauerhaft ohne Verbindung zum Urheber genutzt werden, passen die Erwägungen zur Datenbankrichtlinie nicht. Erwägungsgrund 29 der Urheberrechtsrichtlinie ist insoweit nicht anwendbar. Somit wird für dauerhaft nutzbare Computerprogramme die Frage nach der Erschöpfung in der Urheberrechtsrichtlinie nicht beantwortet. Aus diesem Grund ist eine Planwidrigkeit der Lücke anzunehmen.

2. Wesen der Online-Übertragung eines Computerprogrammes

Weiterhin ist noch aus einem anderen Grund fraglich, ob Erwägungsgrund 29 der Urheberrechtsrichtlinie auf die Online-Übertragung eines dauerhaft nutzbaren Computerprogramms bezogen ist; denn dort heißt es, dass sich die Frage nach der Erschöpfung „weder bei Dienstleistungen allgemein noch bei Online-Diensten im Besonderen“ stelle. Online-Dienste werden also in Erwägungsgrund 29 als Dienstleistung eingeordnet. Es ist allerdings fraglich, ob die Online-Übertragung eines dauerhaft nutzbaren Computerprogramms noch unter den Begriff der Dienstleistung und damit auch den des Online-Dienstes gefasst werden kann. Es könnte sich dabei nämlich auch um ein Warenaustauschgeschäft handeln, das im Wege der Online-Übertragung abgewickelt wird. Der Begriff der Dienstleistung meint eine nicht unmittelbar der Produktion dienen-

¹⁸ Blocher in v. Lewinski/Walter/Blocher/Dreier/Daum/Dillenz, Europäisches Urheberrecht, 2001, Software-RL Art 4 Rn. 29; Schneider, Handbuch des EDV-Rechts, 3. Aufl. 2003, O Rn. 358.

¹⁹ Blocher in v. Lewinski/Walter/Blocher/Dreier/Daum/Dillenz, Europäisches Urheberrecht, 2001, Software-RL Art 4 Rn. 29.

de Leistung oder Arbeit.²⁰ Bei Warenaustauschgeschäft, wie zum Beispiel dem Kauf, steht demgegenüber der Austausch von Gütern im Vordergrund, nicht hingegen eine bestimmte andauernde Leistung des Vertragspartners.

Wird ein dauerhaft nutzbares Computerprogramm online übertragen und wird dafür eine Gegenleistung erbracht, kommt dem Austausch von Gütern, das Computerprogramm auf der einen und das Entgelt auf der anderen Seite, die entscheidende Bedeutung zu.²¹ Es handelt sich bei diesem Geschäft um einen Rechtskauf nach § 453 I 2. Alt. BGB.²² Daneben hält der Urheber noch das Computerprogramm zum Abruf bereit. Diese Tätigkeit kann als Dienstleistung aufgefasst werden.²³ Allerdings kommt dem Bereithalten zum Abruf nur eine untergeordnete Bedeutung zu, da das Computerprogramm vom Erwerber ohne jede weitere Online-Verbindung zum Urheber nutzbar ist. Das Bereithalten zum Abruf ist nur dann von besonderer Bedeutung, wenn bestimmte Programmteile nur auf Abruf und nur vorübergehend, also „on demand“, zur Verfügung gestellt werden. Solche Verträge haben den Charakter einer Dienstleistung.²⁴ Demnach handelt es sich bei der Online-Übertragung eines dauerhaft nutzbaren Computerprogramms um ein Warenaustauschgeschäft, das im Wege der Online-Übertragung abgewickelt wird. Ein solches Geschäft kann aber nicht unter den Begriff der Dienstleistung gefasst werden.²⁵ Demnach scheidet auch die Einordnung einer solchen Online-Übertragung als Online-Dienst aus. Auch aus diesem Grund kann Erwägungsgrund 29 nicht auf die Online-Übertragung dauerhaft nutzbarer Computerprogramme bezogen. Folglich ist von einer Planwidrigkeit der Lücke auszugehen.

Aus allem diesen ergibt sich, dass Erwägungsgrund 29 nur für die Fälle eine Aussage macht, in denen die Nutzung eines bestimmten Computerprogramms „on demand“, also ähnlich wie die Nutzung einer Online-Datenbank, erfolgt; denn zum einen passen die Erwägungen zu Online-Datenbanken nicht auf online übertragene Computerprogramme, die dauerhaft nutzbar sind, und zum anderen handelt es sich bei der Online-Übertragung in einem solchen Fall nicht um eine Dienstleistung sondern um ein Warenaustauschgeschäft, dass im Wege der Online-Übertragung

²⁰ Duden – Das Bedeutungswörterbuch, 3. Aufl. 2002, S. 263.

²¹ Witte, Online-Vertrieb von Software, ITRB 2005, 86, 90.

²² Beckmann in Staudinger BGB Buch 2, 2004, § 453 Rn. 53.

²³ Schneider, Handbuch des EDV-Rechts, 3. Aufl. 2003, O Rn. 359.

²⁴ Schneider, Handbuch des EDV-Rechts, 3. Aufl. 2003, O Rn. 359.

²⁵ Reinbothe, Die EG-Richtlinie zum Urheberrecht in der Informationsgesellschaft, GRUR Int 2001, 733, 737.

abgewickelt wird. Dass sich bei einer solchen Online-Übertragung die Frage nach der Erschöpfung stellt, hat der Richtlinienverfasser und in der Folge auch der deutsche Gesetzgeber nicht gesehen.²⁶ Das Fehlen einer gesetzlichen Regelung für die Online-Übertragung von dauerhaft nutzbaren Computerprogrammen ist planwidrig.

III. Vergleichbarkeit der Interessenlage

Weiterhin müsste die Interessenlage im ungeregelten Fall mit der im gesetzlich geregelten Fall vergleichbar sein. In § 69c Nr. 3 2 UrhG ist der Fall geregelt, dass der Urheber ein Computerprogramm auf einem Datenträger in den Verkehr bringt. Dadurch erschöpft sich das Verbreitungsrecht an diesem Datenträger. Im ungeregelten Fall hat der Urheber keinen Datenträger mit dem Computerprogramm in den Verkehr gebracht, sondern das Computerprogramm wurde im Wege der Online-Übertragung veräußert. Es ist umstritten, ob die Interessenlage bei der Veräußerung eines Computerprogramms im Wege der Online-Übertragung mit der in § 69c Nr. 3 2 UrhG geregelten Interessenlage vergleichbar ist.

1. Keine Vergleichbarkeit der Interessenlage

Nach einer Ansicht ist die Interessenlage nicht vergleichbar. § 69c Nr. 3 2 UrhG wird nicht analog angewendet.²⁷ Der Erschöpfungsgrundsatz findet in Bezug auf das im Wege der Online-Übertragung veräußerte Computerprogramm keine Anwendung.

2. Vergleichbarkeit der Interessenlage

Eine andere Ansicht sieht die Interessenlage als vergleichbar an. Demnach kann § 69c Nr. 3 2 UrhG analog angewendet werden.²⁸ Teilweise wird sogar eine extensive Auslegung für ausreichend erachtet.²⁹ Jedenfalls findet nach dieser Ansicht der Erschöpfungsgrundsatz hinsichtlich eines im Wege der Online-Übertragung veräußerten Computerprogramms Anwendung.

²⁶ *Grützmacher* in *Wandtke/Bullinger*, Praxiskommentar zum Urheberrecht, 2002, § 69c Rn. 31.

²⁷ *Lehmann* in *Loewenheim*, Handbuch des Urheberrechts, 2003, § 76 Rn. 13; *Haberstumpf* in *Mestmäcker/Schulze*, Urheberrechtskommentar, Dezember 2005, § 69c Rn. 9; *Loewenheim* in *Schricker*, Urheberrecht, 2. Aufl. 1999, § 69c Rn. 25.

²⁸ *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.

²⁹ *Nordemann/Vinck* in *Fromm/Nordemann*, Urheberrecht, 9. Aufl. 1998, § 69c Rn. 6.

3. Streitentscheid

Fraglich ist, welcher dieser beiden Ansichten der Vorzug zu geben ist. Als Argument für die erste Ansicht wird vorgebracht, dass die Online-Übertragung keine Verbreitung i.S.v. § 69c Nr. 3 UrhG sei, sondern unter das Recht der öffentlichen Wiedergabe nach § 19a UrhG falle.³⁰ Jedoch besagt die Einordnung der Online-Übertragung bei einem bestimmten Nutzungsrecht nichts darüber, ob nicht eine analoge Anwendung des § 69c Nr. 3 2 UrhG geboten ist, um dem Ersterwerber die wirtschaftliche Verwertung des Computerprogramms zu ermöglichen;³¹ denn der Erschöpfungsgrundsatz ist dem Urheberrecht immanent und geht über § 17 II UrhG hinaus.³² Aus diesem Grund hat auch der BGH entschieden, dass bei der öffentlichen Wiedergabe eines Werkes Erschöpfung eintreten kann.³³ Für die Geltung des Erschöpfungsgrundsatzes ist demnach nicht zwingend die Veräußerung eines körperlichen Vervielfältigungsstückes erforderlich.

Weiterhin wird für die erste Ansicht vorgebracht, dass die Gefahr der Verletzung von Urheberrechten bei der Online-Übertragung von Computerprogrammen größer sei und das Interesse des Urhebers an einem Ausschluss der Weiterveräußerung daher sachlich geboten sei.³⁴ Woraus die größere Gefahr der Verletzung von Urheberrechten allerdings resultieren soll, wird von den Vertretern der ersten Auffassung nicht dargelegt. Tatsächlich dürfte es für den Durchschnittsnutzer keinen Unterschied machen, ob er eine Kopie des Computerprogramms mit einem CD- oder DVD-Brenner erstellt, oder die Kopie von einer von der Homepage des Urhebers lädt. Außerdem hat der Urheber selbst, i.d.R. um sich dadurch einen wirtschaftlichen Vorteil zu verschaffen, den Vertriebsweg der Online-Übertragung gewählt.³⁵ Es kann jedoch nicht Aufgabe des UrhG sein, freiwillig und bewusst eingegangene wirtschaftliche Risiken der Online-Übertragung dadurch zu verringern, dass die Weiterveräußerung des Computerprogramms durch ~~den Ersterwerber untersagt wird.~~

³⁰ *Loewenheim* in Schricker, Urheberrecht, 2. Aufl. 1999, § 69c Rn. 33; *Bullinger* in Wandtke/Bullinger, Ergänzungsband zum Praxiskommentar, 2003, § 19a Rn. 27; *Grützmacher* in Wandtke/Bullinger, Ergänzungsband zum Praxiskommentar, 2003, § 69c Rn. 2; *Schuppert/Greissinger*, Gebrauchthandel mit Softwarelizenzen, CR 2005, 81, 82; *Waldenberger*, Zur zivilrechtlichen Verantwortlichkeit für Urheberrechtsverletzungen im Internet, ZUM 1997, 176, 178.

³¹ *Berger*, Urheberrechtliche Erschöpfungslehre und digitale Informationstechnologie, GRUR 2002, 198, 200; *Reinbothe*, Die EG-Richtlinie zum Urheberrecht in der Informationsgesellschaft, GRUR Int 2001, 733, 737.

³² *Bartsch*, Weitergabeverbote in AGB-Verträgen zur Überlassung von Standardsoftware, CR 1987, 8, 10; *Goumalakis*, Kabelfernsehen im Spannungsfeld von Urheberrecht und Verbraucherschutz, 1989, S. 221.

³³ BGHZ 79, 350, 360 – *Kabelfernsehen in Abschattungsgebieten* [Urteil vom 07.11.1980].

³⁴ *Schuppert/Greissinger*, Gebrauchthandel mit Softwarelizenzen, CR 2005, 81, 82.

sagt wird.

Letztlich ist ein Argument der ersten Ansicht, dass der urheberrechtliche Schutz in vielen Fällen ins Leere ginge, wenn der Erschöpfungsgrundsatz bei der Online-Übertragung von Computerprogrammen anwendbar wäre.³⁶ Näher begründet wird diese Behauptung allerdings nicht. Tatsächlich ist es vielmehr so, dass die Erschöpfungswirkung insoweit eintritt, wie der Ersterwerber zur Nutzung berechtigt war. Nur in diesem Umfang darf das Computerprogramm ohne Zustimmung des Urhebers weiterveräußert werden.³⁷ Andere Rechte des Urhebers werden hingegen grundsätzlich nicht berührt.

Für die zweite Ansicht spricht, dass sowohl der Vertrieb eines Computerprogramms auf einem Datenträger, als auch der Vertrieb im Wege der Online-Übertragung letztlich zum gleichen Erfolg führen: In beiden Fällen findet sich am Ende auf der Festplatte des Erwerbers eine installierte Version des Programms.³⁸ Die Online-Übertragung ist demnach funktionales Äquivalent zum Erwerb eines körperlichen Vervielfältigungsstückes.³⁹ Auch im Falle eines vollständigen Datenverlustes ergeben sich keine Unterschiede. Nach Einlegen des Datenträgers oder dem Download des Programms kann dieses erneut installiert werden. Die funktionale Äquivalenz der Online-Übertragung zum Erwerb eines Datenträgers sprechen für eine vergleichbare Interessenlage.

Daneben ist eine Gleichbehandlung des Vertriebes eines Computerprogramms im Wege der Veräußerung eines Datenträgers und der Online-Übertragung geboten, da der Urheber anderenfalls durch die Wahl des Vertriebsweges über das Recht des Ersterwerbers zur Weiterveräußerung bestimmen könnte.⁴⁰ Die Wahl eines bestimmten Vertriebsweges kann jedoch angesichts der rechtsgeschäftlichen Unabdingbarkeit des Erschöpfungsgrundsatzes für die Frage

³⁵ *Bartsch*, Weitergabe in AGB-Verträgen zur Überlassung von Standardsoftware, CR 1987, 8, 10; *Mäger*, Der urheberrechtliche Erschöpfungsgrundsatz bei der Veräußerung von Software, CR 1996, 522, 526.

³⁶ *Bechtold*, Der Schutz des Anbieters von Information – Urheberrecht und Gewerblicher Rechtsschutz im Internet, ZUM 1997, 427, 431.

³⁷ *Kotthoff* in *Dreyer/Kotthoff/Meckel*, 2004, § 69c Rn. 23.

³⁸ *Kotthoff* in *Dreyer/Kotthoff/Meckel*, 2004, § 69c Rn. 22; *Hoeren*, Überlegungen zur urheberrechtlichen Qualifizierung des elektronischen Abrufs, CR 1996, 517, 519; *Knies*, Erschöpfung Online?, GRUR Int 2002, 314, 316; *Marly*, Urheberrechtsschutz für Computersoftware in der EU, S. 243.

³⁹ *Hoeren* in *Möhring/Nicolini*, Urheberrechtsgesetz, 2. Aufl. 2000, § 69c Rn. 16.

⁴⁰ *Bartsch*, Weitergabe in AGB-Verträgen zur Überlassung von Standardsoftware, CR 1987, 8, 11.

der Erschöpfung nicht entscheidend sein.⁴¹

Weiterhin steht es dem Urheber frei, für die Online-Übertragung des Programms einen Preis zu berechnen, der sich am Verkauf des körperlichen Vervielfältigungsstückes orientiert. Die Weiterveräußerung der Software durch den Ersterwerber kann demnach einkalkuliert werden. Somit steht die zweite Ansicht nicht im Widerspruch zur Belohnungstheorie, die die Erschöpfung dogmatisch mit der Belohnung des Urhebers rechtfertigt.⁴²

Ein anderer Ansatz zur Rechtfertigung des Erschöpfungsgrundsatzes ist die Verkehrssicherungstheorie. Nach dieser rechtfertigt das Bedürfnis der Allgemeinheit an einem freien Handel mit Waren die Erschöpfungswirkung.⁴³ Derjenige, der ein Computerprogramm im Wege des Online Vertriebes erwirbt, hat genau wie der Erwerber eines körperlichen Vervielfältigungsstückes ein Interesse daran, das Programm weiterveräußern zu können, wenn er keinen Bedarf mehr hat. Der Wert eines Programms für einen Dritten ist nämlich unabhängig von der Art und Weise des Erwerbs. Für den Dritten ist allein entscheidend, ob er das Programm auf seinem Computer installieren kann. Dies ist jedoch mit einer Kopie des Programms in beiden Fällen möglich.

Weiterhin sprechen auch europarechtliche Gesichtspunkte für die zweite Ansicht. Nach Art. 30 und 49 EGV sind Beschränkungen des freien Waren- und Dienstleistungsverkehrs nur zulässig, wenn dies mit Blick auf die betroffenen Verwertungsinteressen geboten ist.⁴⁴ Würde man bei Computerprogrammen, die im Wege der Online-Übertragung erworben wurden keine Erschöpfung annehmen, könnten diese nicht innerhalb des gemeinsamen Marktes weiterveräußert werden. Die erste Ansicht würde somit zu einer Beschränkung des freien Waren- und Dienstleistungsverkehrs führen. Jedoch sind die Verwertungsinteressen des Erwerbers unabhängig von dem Weg, auf welchem er das Programm erworben hat. Demnach sprechen auch europarechtliche Gesichtspunkte für die zweite Ansicht.

Der Gläubigerschutz bietet ein weiteres Argument für die zweite Ansicht. Würde bei der Online-

⁴¹ Berger, Urheberrechtliche Erschöpfungslehre und digitale Informationstechnologie, GRUR 2002, 198, 200.

⁴² Nordemann/Vinck in Fromm/Nordemann, Urheberrecht, 9. Aufl. 1998, § 69c Rn. 6; Knies, Erschöpfung Online?, GRUR Int 2002, 314, 316.

⁴³ Joos, Die Erschöpfungslehre im Urheberrecht, S. 53; Mäger, Der urheberrechtliche Erschöpfungsgrundsatz bei der Veräußerung von Software, CR 1996, 522, 526.

Übertragung keine Erschöpfung eintritt, könnte der Urheber das Verbreitungsrecht nach § 771 ZPO gegenüber der Veräußerung des Computerprogramms im Wege der Zwangsversteigerung geltend machen. Die bei einem Unternehmen vorhandenen Computerprogramme können jedoch unter Umständen einen ganz erheblichen Vermögenswert ausmachen.⁴⁵ Es ist dem Gläubiger jedoch nicht zumutbar, auf einen Haftungsgegenstand nur wegen eines zufällig gewählten Erwerbsweges durch den Schuldner verzichten zu müssen.

Jedoch könnten §§ 31 ff. UrhG gegen die zweite Ansicht sprechen. Nach § 31 UrhG steht es allein dem Urheber zu, einfache oder ausschließliche Nutzungsrechte an seinem Werk in räumlicher, zeitlicher oder inhaltlicher Sicht einzuräumen. Allerdings wird bei der Weiterveräußerung des Computerprogramms vom Ersterwerber an den Zweiterwerber kein Nutzungsrecht eingeräumt. Vielmehr ergibt sich die Berechtigung zur Weiterveräußerung und zur anschließenden Nutzung aus dem Erschöpfungsgrundsatz.⁴⁶ Demnach sprechen die §§ 31 ff. UrhG nicht gegen die zweite Ansicht.

Ingesamt sprechen die besseren Gründe für die zweite Ansicht. Die Interessenlage bei der Online-Übertragung und dem Erwerb eines körperlichen Vervielfältigungsstücks ist in Bezug auf die Geltung des Erschöpfungsgrundsatz vergleichbar.

Die Voraussetzungen für eine Analogie sind gegeben. § 69c Nr. 3 2 UrhG ist auf den Erwerb eines Computerprogramms im Wege der Online-Übertragung analog anzuwenden. Somit kann der Ersterwerber aufgrund der Geltung des Erschöpfungsgrundsatzes das Computerprogramm an einen Zweiterwerber weiterveräußern. Die wirtschaftliche Verwertbarkeit des Computerprogramms ist demnach unabhängig von der Art und Weise des Erwerbes.

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

Wurde ein Computerprogramm im Wege der Online-Übertragung erworben, kann der Ersterwer-

44 *Grützmacher*, Urheber-, Leistungs- und Sui-generis-Schutz von Datenbanken, S. 251; *Grützmacher* in *Wandtke/Bullinger*, Praxiskommentar zum Urheberrecht, 2002, § 69c Rn. 31.

45 *Berger*, Urheberrechtliche Erschöpfungslehre und digitale Informationstechnologie, GRUR 2002, 198, 200.

46 *Koehler*, Der Erschöpfungsgrundsatz des Urheberrechts im Online-Bereich, 2000, S. 163 f.

ber dieses aufgrund der analogen Anwendbarkeit von § 69c Nr. 3 2 UrhG an einen Zweiterwerber weiterveräußern. Allerdings stellt sich aufgrund des ausschließlichen Vervielfältigungsrechts des Urhebers nach § 69c Nr. 1 UrhG die Frage, wie mit der beim Ersterwerber vorhandenen Installation zu verfahren ist und inwieweit weitere Vervielfältigungen für und durch den Zweiterwerber zulässig sind.

I. Installation auf dem Computer des Ersterwerbers

Wenn der Ersterwerber das Computerprogramm an einen Zweiterwerber veräußert, ist fraglich, wie mit der Erstinstallation des Programms zu verfahren ist. Dabei ist danach zu unterscheiden, ob es sich um eine Einfach- oder eine Mehrfachlizenz handelt. Bei einer Einfachlizenz darf die Software immer nur auf einem Computer genutzt werden. Bei einer Mehrfachlizenz, die auch als Unternehmens- oder Konzernlizenz bezeichnet wird, darf die Software gleichzeitig auf mehreren Endgeräten genutzt werden.⁴⁷

Handelt es sich um eine Einfachlizenz muss die Installation stets gelöscht werden, wenn der Ersterwerber das Computerprogramm veräußert; denn anderenfalls würde sich der nutzbare Datenbestand verdoppeln.⁴⁸ Bei einer Mehrfachlizenz ist danach zu unterscheiden, ob der Ersterwerber sämtliche bei ihm vorhandene Lizenzen veräußert, oder nur einen Teil der erworbenen Nutzungsberechtigungen. Verkauft der Ersterwerber alle Lizenzen, ist eine vollständige Löschung der vorhandenen Installationen erforderlich. Werden lediglich einzelne Lizenzen weiterveräußert, ist nur insoweit eine Löschung des Computerprogramms von Endgeräten erforderlich, wie die Zahl der vorhandenen Endgeräte die Zahl der Lizenzen übersteigt.

II. Vervielfältigungsstück zur Vornahme der Installation beim Zweiterwerber

Fraglich ist, auf welche Art und Weise die Installation des veräußerten Programms beim Zweiterwerber erfolgen kann. Grundsätzlich bezieht sich die Erschöpfung nur auf das Verbreitungsrecht aber das Vervielfältigungsrecht.⁴⁹ Würde dies uningeschränkt gelten, wäre es dem Ersterwerber trotz der Erschöpfung nach § 69c Nr. 3 2 UrhG analog nicht möglich, ohne Zustimmung

⁴⁷ *Schneider*, Handbuch des EDV-Rechts, 3. Aufl. 2003, C Rn. 50 ff.

⁴⁸ *Dreier* in *Dreier/Schulze*, Urheberrechtsgesetz, 2004, § 69c Rn. 24; *Grützmacher* in *Wandtke/Bullinger*, Praxiskommentar zum Urheberrecht, § 69c Rn. 36; *Mäger*, Der urheberrechtliche Erschöpfungsgrundsatz bei der Veräußerung von Software, CR 1996, 522, 526.

des Urhebers eine verkörperte Version des Computerprogramms zu erstellen und diese an den Zweiterwerber zum Zwecke der Installation weiterzugeben. Über den Wortlaut des § 69c Nr. 3 2 UrhG hinaus ist demnach anzunehmen, dass sich das Vervielfältigungsrecht des Urhebers insoweit erschöpft, als es für die Weiterveräußerung durch den Ersterwerber erforderlich ist. Die Weitergabe des Speichermediums der ersten Verkörperung, also regelmäßig einer Festplatte, ist nicht erforderlich.⁵⁰ Zum Zwecke der Installation durch den Zweiterwerber, kann also der Ersterwerber einen installationsfähigen Datenträger erstellen und diesen weitergeben.

Zu klären ist weiterhin, wie die Installation auf rechtmäßige Art und Weise erfolgen kann, wenn der Ersterwerber dem Zweiterwerber keinen installationsfähigen Datenträger zur Verfügung stellt. Denkbar sind dabei zwei Varianten. Zum einen kann es erforderlich sein, die Software auf dem Rechner des Zweiterwerbers zu installieren. Zum anderen gibt es so genannte Mainframe Systeme. Bei diesen greifen die Nutzer auf die zentral gespeicherten Computerprogramme zu. Diese werden aber auf den angeschlossenen Rechnern nicht installiert, sondern nur simuliert. Bei einem Mainframesystem findet demnach keine Vervielfältigung statt.⁵¹

Kauft der Zweiterwerber bei einem Mainframesystem lediglich zusätzliche Nutzeranzahlberechtigungen, ergeben sich daraus, dass keine installationsfähige Version des Programms zur Verfügung gestellt wird keine Schwierigkeiten; denn eine Installation ist nicht notwendig.⁵² Vielmehr ist der Zweiterwerber aufgrund der zusätzlichen Nutzeranzahlberechtigungen zur Nutzung der Software an weiteren Arbeitsplätzen befugt.

Fraglich ist, ob sich der Zweiterwerber in der ersten Variante, also bei Erforderlichkeit der Installation, selbst eine installationsfähige Version des Computerprogramms herunterladen darf. Wie bereits dargelegt könnte der Ersterwerber das Programm herunterladen, auf einen Datenträger brennen und dem Zweiterwerber zur Verfügung stellen. Wenn sich der Zweiterwerber selbst die Installationsversion herunterlädt, wäre er dazu nicht aus einem Vertrag mit dem Urheber berechtigt. Allerdings ist nach §§ 69d I, 69c I Nr. 1 UrhG die dauerhafte Vervielfältigung durch jeden zur Verwendung eines Vervielfältigungsstücks Berechtigten ohne die Zustimmung des Rechtein-

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

50 Grützmacher in Wandtke/Bullinger, Praxiskommentar zum Urheberrecht, 2002, § 69c Rn. 36.

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

52 Schuppert/Greissinger, Gebrauchthandel mit Softwarelizenzen, CR 2005, 81, 83.

habers zulässig. Zur Verwendung berechtigt ist aber aufgrund der nach § 69c Nr. 3 2 UrhG analog eintretenden Erschöpfung auch der Zweiterwerber.⁵³ Demnach darf auch der Zweiterwerber eine installationsfähige Version des Computerprogramms herunterladen.

Die Installation des Computerprogramms beim Zweiterwerber bereitet hinsichtlich des Vervielfältigungsrechts aus § 69c Nr. 1 UrhG keine Schwierigkeiten.

III. Zur Nutzung im Übrigen erforderliche Vervielfältigungen

Die übrigen zur Nutzung des Computerprogramms erforderlichen vorübergehenden Vervielfältigungshandlungen sind dem Zweiterwerber nach § 69c I Nr. 1 2 UrhG gestattet.

D. Zusammenfassung der Ergebnisse

In diesem Gutachten wurde zuerst untersucht, inwieweit der Erschöpfungsgrundsatz aus § 69c Nr. 3 2 UrhG im Falle des Erwerbs eines Computerprogramms im Wege der Online-Übertragung analog angewendet werden kann. Dabei ist zum einen die Planwidrigkeit der Regelungslücke aufgrund des Erwägungsgrundes 29 der Urheberrechtsrichtlinie zweifelhaft. Die Auslegung des Erwägungsgrundes 29 führt jedoch zu dem Ergebnis, dass dieser keine Aussage zu der Frage macht, inwieweit der Erschöpfungsgrundsatz bei der Online-Übertragung eines dauerhaft nutzbaren Computerprogramms gilt. Demnach besteht eine planwidrige Regelungslücke. Weiterhin ist die Vergleichbarkeit der Interessenlage zweifelhaft. Jedoch sprechen die besseren Argumente, wie beispielsweise die funktionale Äquivalenz zwischen dem Erwerb eines körperlichen Vervielfältigungsstückes und der Online-Übertragung oder auch der dem Urheberrecht immanente Erschöpfungsgrundsatz, dafür, eine vergleichbare Interessenlage anzunehmen. § 69c Nr. 3 2 UrhG kann demnach analog auf ein in Wege der Online-Übertragung erworbenes Vervielfältigungsstück angewendet werden.

Weiterhin wurde untersucht, wie im Falle der Weiterveräußerung mit der Erstinstallation zu verfahren ist und inwieweit weitere Vervielfältigungen für und durch den Zweiterwerber nach § 69c Nr. 1 UrhG zulässig sind. Die Erstinstallation muss bei einer Einfachlizenz gelöscht werden, bei einer Mehrfachlizenz ist dies nur im Falle der Veräußerung aller Lizenzen der Fall. Wei-

⁵³ Dreier in Dreier/Schulze, Urheberrechtsgesetz, 2004, § 69d Rn. 6.

terhin wurde festgestellt, dass aufgrund der Regelung in §§ 69d I, 69c I Nr. 1 UrhG entweder der Erst- oder der Zweiterwerber eine Installationsversion erstellen kann und auch die für die Benutzung erforderlichen vorübergehenden Vervielfältigungshandlungen durch den Zweiterwerber nach § 69c I Nr. 1 2 UrhG vorgenommen werden dürfen.

Münster, 17. Februar 2006



(Prof. Dr. Thomas Hoeren)