



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

Ergänzungsgutachten in Sachen UsedSoft ./ Oracle

Kurzfassung des Gutachtens

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

Wegen der Planwidrigkeit der gegebenen Gesetzeslücke und der Vergleichbarkeit der Interessenlage ist § 69 c Nr. 3 S. 2 UrhG jedoch auf die Online-Übertragung analog anwendbar. Dem stehen insbesondere nicht Art. 3 Abs. 3 und Erwägungsgrund 29 der Urheberrechtsrichtlinie entgegen.

Der urheberrechtliche Erschöpfungsgrundsatz erstreckt sich auch auf das Vervielfältigungsrecht des Urhebers.

Auch die Tatsache, dass Händler von „gebrauchter“ Software Volumenlizenzen separat veräußern, steht der Erschöpfung nicht entgegen.

Ein Hersteller von Software kann die Weiterveräußerung durch den Ersterwerber nicht durch vertragliche Vereinbarungen beschränken.

Gliederung

A. Einleitung.....	4
B. Hauptaussagen der Entscheidung des LG München.....	4
I. Keine analoge Anwendung des § 69 c Nr. 3 S. 2 UrhG mangels Vorliegens der Analogievoraussetzungen.....	4
1.) Keine Planwidrigkeit der Regelungslücke.....	4
2.) Keine Vergleichbarkeit der Interessenlage.....	5
3.) Widerspruch zum Regelungszweck des Erschöpfungsgrundsatzes.....	6
4.) Eigene Bewertung dieser Entscheidungsgründe.....	7
II. Generell keine Geltung des Erschöpfungsgrundsatzes für Vervielfältigungsrechte.....	10
III. Erschöpfung darf nicht zur Aufspaltung einheitlicher Nutzungsrechte führen	12
IV. Weiterübertragung von Nutzungsrechten ist vertraglich beschränkbar.....	15
C. Zusammenfassung der Ergebnisse.....	19

A. Einleitung

Gegenstand dieses Gutachtens ist – in Ergänzung des Gutachtens vom 17. Februar 2006 – die Geltung des urheberrechtlichen Erschöpfungsgrundsatzes auf die Online-Übertragung von Software mittels Überlassung von Nutzungsrechten.

Innerhalb der letzten 15 Monate ergingen zu dieser Frage Gerichtsentscheidungen, die kontrovers diskutiert und teilweise erheblich kritisiert wurden. Das vorliegende Gutachten stellt das Urteil des LG München vom 19.10.2006¹ in den Mittelpunkt, um anhand dessen Hauptaussagen zu erläutern, wie die Zulässigkeit der Online-Übertragung von Software in urheberrechtlicher Sicht zu beurteilen ist.

B. Hauptaussagen der Entscheidung des LG München

Im Ergebnis kommt das LG München zu dem Schluss, dass die Beklagte durch die Veräußerung „gebrauchter“ Lizenzen Nutzungsrechte des Software-Herstellers aus § 31 Abs. 3 UrhG verletzt hat. Dieser Entscheidung legt das Gericht im Wesentlichen vier Feststellungen zugrunde.

I. Keine analoge Anwendung des § 69 c Nr. 3 S. 2 UrhG mangels Vorliegens der Analogievoraussetzungen

Eine direkte Anwendung von § 69c Nr. 3 S. 2 UrhG, nach dem sich das ausschließliche Verbreitungsrecht des Urhebers in Bezug auf ein bestimmtes Vervielfältigungsstück erschöpft, sobald dieses mit Zustimmung des Rechteinhabers im Gebiet der europäischen Union oder einem EWR-Vertragsstaat im Wege der Veräußerung in den Verkehr gebracht worden ist, scheidet nach allgemeiner Auffassung bei der Online-Übertragung mangels Vorliegens eines körperlichen Vervielfältigungsstücks aus. Eine analoge Anwendung der Vorschrift wäre jedoch möglich, wenn bei planwidriger Regelungslücke eine vergleichbare Interessenlage gegeben wäre. Dies verneint das LG München jedoch.

1.) Keine Planwidrigkeit der Regelungslücke

- a) So sei bereits problematisch, dass der Erschöpfungsgrundsatz eine Ausnahme vom grundsätzlichen Recht des Urhebers darstelle, die Verbreitung eines Werks durch andere Personen zu verbieten (§§ 15 I Nr. 2, 17 UrhG), Ausnahmevorschriften jedoch nur in engen Grenzen analogiefähig

¹ Aktenzeichen 7 O 7061/06

seien². Darüber hinaus sei zu beachten, dass urheberrechtliche Vorschriften, die Rechte des Urhebers beschneiden, restriktiv auszulegen seien, weil stets berücksichtigt werden müsse, dass der Urheber an der wirtschaftlichen Nutzung seiner Werke angemessen beteiligt werde³.

- b) Das Gericht lehnt es auch ab, dass der Gesetzgeber den Fall der Online-Übertragung von Software nicht bedacht und daher unbewusst nicht geregelt hat. Die Möglichkeit des Downloads von Software sei bereits seit längerer Zeit bekannt, trotzdem habe der deutsche Gesetzgeber offensichtlich keinen Anlass gesehen, eine entsprechende Regelung zu treffen⁴. Dass der Fall der Online-Übertragung nicht geregelt worden sei, gelte auch für Art. 4 der Richtlinie zur Harmonisierung bestimmter Aspekte des Urheberrechts und der verwandten Schutzrechte in der Informationsgesellschaft⁵, deren Umsetzung die Einführung des § 69 c Nr. 3 S. 2 UrhG diene. Dieser sehe ebenfalls nur eine Erschöpfung für körperliche Vervielfältigungsstücke vor⁶. Auch dem europäischen Gesetzgeber sei die Problematik der Online-Übertragung aber bewusst gewesen, dies ergebe sich aus dem klaren Wortlaut von Erwägungsgrund 29 der Urheberrechtsrichtlinie: „Materielle Vervielfältigungsstücke eines Werks, die durch den Nutzer eines Dienstes (...) hergestellt worden sind“ entstünden nicht bei der Nutzung von Computerprogrammen auf Abruf, so dass solche also nicht gemeint sein könnten und eine Beschränkung des Erwägungsgrundes auf eben diese ausscheide⁷. Ebenso verhalte es sich mit Erwägungsgrund 33 der Richtlinie, aus dessen Wortlaut deutlich hervorgehe, dass der Gesetzgeber das Problem der Herstellung eines Vervielfältigungsstücks von einem online abgerufenen Werk bereits 1996 bewusst war, er aber für dieses materielle Vervielfältigungsstück den Eintritt der Erschöpfungswirkung ablehnte⁸.

2.) Keine Vergleichbarkeit der Interessenlage

- a) Außerdem sei die Online-Übertragung der Übergabe eines körperlichen Vervielfältigungsstücks nicht vergleichbar. Die gegenteilige Auffassung

² S. 18

³ S. 18

⁴ S. 19

⁵ 2001/29/EG vom 22.05.2001, im Folgenden Urheberrechtsrichtlinie genannt

⁶ S. 19

⁷ S. 19

⁸ S. 20

berücksichtige nicht hinreichend die Interessen des Urhebers, der bei Geltung des Erschöpfungsgrundsatzes vom Zweiterwerber keine Vergütung erhalte, obwohl dieser beim Direkterwerb vom Urheber ein weiterer zahlender Ersterwerber wäre⁹. Das Vergütungsinteresse des Urhebers sei daher allein durch die erste Verbreitung nicht ausreichend berücksichtigt¹⁰.

- b) Jeder Urheber könne über die Wahl des Vertriebsweges seines Werkes beeinflussen, ob Erschöpfung eintrete oder nicht, dies stehe einer unterschiedlichen Behandlung der Software-Veräußerung mittels körperlichen Vervielfältigungsstücks und der Online-Übertragung nicht entgegen¹¹.
- c) Auch das Argument, dass der Urheber über ein Interventionsrecht im Sinne von § 771 ZPO verfügt, falls sein Verbreitungsrecht nicht im Wege der Online-Übertragung erlischt, schlägt nach Ansicht des LG fehl: Auch im Falle der Insolvenz könnten übertragene Nutzungsrechte verwertet werden. Eine solche Verwertung sei dann aber gem. § 34 UrhG von der Zustimmung des Urhebers abhängig, die dieser jedoch gem. § 34 Abs. 1 S. 2 UrhG nicht wider Treu und Glauben verweigern dürfe. Dies sei zur Wahrung der Interessen des Gläubigers ausreichend¹².

3.) Widerspruch zum Regelungszweck des Erschöpfungsgrundsatzes

Zudem sei eine analoge Anwendung von § 69 c Nr. 3 S. 2 UrhG nicht vom Regelungszweck des Erschöpfungsgrundsatzes gedeckt. Dieser liege darin, die Verkehrsfähigkeit von mit Zustimmung des Urhebers in Verkehr gebrachten Waren zu erhalten. Stelle der Nutzer aber selbst Vervielfältigungsstücke her, könne keine Verkehrsfähigkeit „erhalten“ werden, bis zum Zeitpunkt der Weiterveräußerung seien diese ja noch gar nicht in den Verkehr gelangt. Der Erschöpfungsgrundsatz diene aber nicht dazu, ein Werk erst verkehrsfähig zu machen, sondern solle nur das Spannungsverhältnis zwischen Eigentumsordnung und immaterialgüterrechtlichen Verbotsrechten ausgleichen. Allenfalls bestehe ein wirtschaftliches Interesse des Ersterwerbers, die

⁹ S. 21

¹⁰ S. 21

¹¹ S. 21

¹² S. 21

erworbenen Nutzungsrechte weiterveräußern zu können. Dieses werde aber vom Erschöpfungsgrundsatz nicht geschützt¹³.

4.) Eigene Bewertung dieser Entscheidungsgründe

Der Absage an eine analoge Anwendung des § 69 c Nr. 3 S. 2 UrhG stehen aus verschiedenen Gründen erhebliche Zweifel gegenüber.

- a) Zunächst stößt die Qualifizierung des urheberrechtlichen Erschöpfungsgrundsatzes als „Ausnahmevorschrift“ auf Bedenken angesichts der Tatsache, dass der BGH in ständiger Rechtsprechung vertritt, in den §§ 17 Abs. 2, 69 c Nr. 3 S. 2 UrhG sei ein allgemeiner Rechtsgedanke niedergelegt, der im gesamten gewerblichen Rechtsschutz und Urheberrecht Anwendung finde¹⁴.

Und selbst wenn es sich beim Erschöpfungsgrundsatz um eine Ausnahmevorschrift handelte, so wäre diese zwar *regelmäßig* nicht analogiefähig, trotzdem schließt das nicht generell Fälle aus, in denen eine Analogie in Frage käme. Können bei Anwendung einer Ausnahmevorschrift auf einen ähnlich gelagerten Fall die Ergebnisse erzielt werden, die der Gesetzgeber bei Schaffung der Norm im Auge hatte, dann kann eine Analogie sogar geboten sein.

- b) Das LG München verneint die Planwidrigkeit der gegebenen Regelungslücke unter Hinweis auf Art. 3 Abs. 3 und Erwägungsgrund 29 der Urheberrechtsrichtlinie. Dass diese den Inhalt haben, den ihnen das LG in einer bloßen Wortlautauslegung gibt, erscheint unter Berücksichtigung ihrer Entstehungsgeschichte und systematischen Stellung jedoch höchst zweifelhaft. Im Gegenteil ist fraglich, ob der europäische Gesetzgeber insbesondere das Ergebnis des Erwägungsgrundes und seiner Formulierung tatsächlich bedacht und gewollt hat.

Art. 3 Abs. 3 enthält die Klarstellung¹⁵, dass sich die genannten Rechte generell nicht erschöpfen können, da sie sich auf Dienstleistungen beziehen¹⁶. Schon aus seiner systematischen Stellung ist zu schließen, dass er sich ausschließlich auf die Rechte in Abs. 1 und 2, also nur auf das Recht der öffentlichen Wiedergabe und Zugänglichmachung bezieht¹⁷. Daraus folgt

¹³ S. 22

¹⁴ GRUR 1981, 413, 416 – Kabelfernsehen in Abschattungsgebieten; GRUR 1986, 736, 737 – Schallplattenvermietung; GRUR 1987, 707, 708 – Anknüpfungsrecht I

¹⁵ Knies GRUR Int. 2002, 314, 316

¹⁶ Reinbothe GRUR Int. 2001, 733, 736

¹⁷ V. Ungern-Sternberg in: Schricker, UrhR, 3. Aufl. 2006, § 19 a Rn. 5f.

für die Praxis der Softwareübertragung aber lediglich, dass das bloße Download-Angebot als solches noch nicht die Erschöpfungswirkung eintreten lässt¹⁸. Dass es im Bereich der öffentlichen Wiedergabe prinzipiell keine Erschöpfung geben soll, war auch ohne Schaffung von Art. 3 Abs. 3 anerkannt¹⁹. So hatten sich schon im Rahmen des Grünbuches der Kommission über das Urheberrecht und die verwandten Schutzrechte in der Informationsgesellschaft²⁰ die beteiligten Kreise im Rahmen der Befragung dahingehend geäußert, dass es sich bei der Online-Übertragung von Werken und Leistungen prinzipiell um Dienstleistungen handele. Deshalb solle dort auch keine Erschöpfung der Rechte eintreten, da die Dienstleistung ja im Prinzip unendlich oft wiederholt werden könne²¹.

Somit sind für eine Anwendbarkeit von Art. 3 Abs. 3 der Urheberrechtsrichtlinie zwei Merkmale zu verlangen: Die Online-Übermittlung und die Einordnung der Vertragserfüllung als Dienstleistung. Allein auf die Art und Weise des Erwerbs des Vervielfältigungsstücks kann es für die Frage nach der Erschöpfung nicht ankommen²².

Dazu passt eine genauere Betrachtung des Erwägungsgrundes 29. Er besagt zwar wörtlich, dass sich die Frage der Erschöpfung „weder bei Dienstleistungen allgemein noch bei Online-Diensten im Besonderen“ stellt, und legt damit den Schluss nahe, dass jeder „Online-Dienst“ als Dienstleistung zu verstehen und deshalb frei von jeglicher Erschöpfungswirkung ist. Diesen Wortlaut hat aber allein die deutschsprachige Fassung der Richtlinie mit ihrer begrifflichen Unterscheidung von „Dienstleistungen“ einerseits und „Online-Diensten“ andererseits. Die englischen, französischen, italienischen und spanischen Fassungen hingegen sprechen von „Dienstleistungen, insbesondere Dienstleistungen online“, differenzieren also nicht in derartiger Weise²³. Vor diesem Hintergrund muss man dann aber auch die deutsche Fassung der Richtlinie so lesen, dass sich die Frage der Erschöpfung weder bei Dienstleistungen allgemein noch bei besonderen Dienstleistungen „online“ stellt. Bei dieser Auslegung von Erwägungsgrund 29 hilft die Tatsache, dass

¹⁸ *Sosnitza* K&R 2006, 206, 207

¹⁹ Vgl. *Gaster* GRUR Int. 2000, 571, 580

²⁰ KOM (95) 382 endg. vom 19.07.1995

²¹ *Gaster* GRUR, Int. 2000, 571, 580

²² *Reinbothe* GRUR Int. 2001, 733, 737; *Knies* GRUR Int. 2002, 314, 316

²³ *Zecher*, Zur Umgehung des Erschöpfungsgrundsatzes bei Computerprogrammen, 2004, S. 259

der zweite Satz des Erwägungsgrundes nahezu identisch ist mit Satz 2 des Erwägungsgrundes 33 der Datenbankrichtlinie²⁴, in dem es heißt, die Frage der Erschöpfung stelle sich nicht im Fall von „Online-Datenbanken, die in den Dienstleistungsbereich“ fielen. Das lässt die Annahme zu, dass die Erwägungen zur Datenbankrichtlinie auch für die Auslegung von Erwägungsgrund 29 der Urheberrechtsrichtlinie herangezogen werden können²⁵. Demnach ist auch im Rahmen des Erwägungsgrundes 29 der Hintergrund zur Formulierung von Erwägungsgrund 33 der Datenbankrichtlinie zu berücksichtigen: Damit verwirklichte die Kommission erstmals ihre Absicht, bei der weiteren Harmonisierung deutlich zu machen, dass der Erschöpfungsgrundsatz lediglich auf das Recht der Verbreitung von Waren, aber nicht auf die Erbringung von Online-Diensten Anwendung findet²⁶.

Damit Erwägungsgrund 29 und Art. 3 Abs. 3 der Urheberrechtsrichtlinie die mangelnde Erschöpfungswirkung für den Fall der Online-Übertragung feststellen können, müsste diese also auch als Dienstleistung zu qualifizieren sein. Der Begriff Dienstleistung meint eine nicht nur unmittelbar der Produktion dienende Leistung oder Arbeit²⁷. Online-Datenbanken etwa werden aufgrund ihrer ständigen Erreichbarkeit und des Erfordernisses eines Verbindungsaufbaus für jede Nutzung als Dienstleistung eingeordnet²⁸. Bei der Veräußerung von Software über das Internet handelt es sich dagegen um ein Warenaustauschgeschäft in Form eines Rechtskaufs gem. § 453 Abs. 1 2. Alt. BGB²⁹, das lediglich im Wege einer einmaligen Online-Übertragung abgewickelt wird und daher nicht unter den Begriff der Dienstleistung gefasst werden kann³⁰.

Somit treffen weder Art. 3 Abs. 3 noch Erwägungsgrund 29 eine Aussage über die Geltung des urheberrechtlichen Erschöpfungsgrundsatzes im Falle der Online-Übertragung von Software und können daher nicht der Annahme einer Planwidrigkeit der Gesetzeslücke entgegengehalten werden.

²⁴ Richtlinie 96/9/EG des Europäischen Parlaments und des Rates v. 11.03.1996 über den rechtlichen Schutz von Datenbanken, Abl. EG Nr. L 77 v. 27.03.1996, S. 20

²⁵ *Reinbothe* ZUM 2002, 43, 48

²⁶ *Blocher* in: Walter (Hrsg.), Europäisches Urheberrecht, 2001, Art. 4 Software-RL, Rn. 29

²⁷ Duden – Das Bedeutungswörterbuch, 3. Aufl. 2002, S. 263

²⁸ *Sosnitza* K&R 2006, 206, 208

²⁹ *Beckmann* in: Staudinger, BGB, Buch 2, 2004, § 453 Rn. 53

³⁰ *Sosnitza* K&R 2006, 206, 208

- c) Fragwürdig erscheint auch die Annahme des Gerichts, der Fall der Online-Übertragung im Rahmen eines Lizenzvertrages sei mit dem Fall der Übergabe eines körperlichen Vervielfältigungsstücks nicht vergleichbar. Denn ebenso wie beim Verkauf des körperlichen Vervielfältigungsstücks hat der Rechtsinhaber bei der Online-Übertragung die Möglichkeit, eine angemessene Vergütung für die Überlassung zu berechnen³¹, die auch eine mögliche Weiterveräußerung an Dritte berücksichtigt. So hat das LG Hamburg festgestellt, dass sich die Verwertungsinteressen des Anbieters in Bezug auf Software nicht danach unterscheiden, ob die einzelnen Nutzungsrechte körperlich oder unkörperlich übertragen werden³². Der der Erschöpfung dogmatisch zugrunde liegende Gedanke der „Belohnung“ des Urhebers durch die Vergütung kann damit im Online-Bereich genauso sichergestellt werden wie bei einer körperlichen Übertragung³³. Und auch die Verkehrssicherungstheorie, auf der der Erschöpfungsgrundsatz ebenfalls basiert, lässt eine Vergleichbarkeit der Interessenlage annehmen. Danach ist die Erschöpfungswirkung nämlich durch das Interesse des Käufers und der Allgemeinheit an einer freien Zirkulation der Waren gerechtfertigt³⁴. Ebenso wie beim Verkauf des körperlichen Vervielfältigungsstückes hat der Erwerber einer Online-Kopie jedoch ein starkes Interesse daran, diese Kopie weiterverbreiten zu dürfen³⁵.
- d) Somit sind die Online-Übertragung und die Übergabe eines körperlichen Vervielfältigungsstückes von ihrer Interessenlage her vergleichbar, so dass festzustellen ist, dass die Voraussetzungen einer analogen Anwendung von § 69 c Nr. 3 S. 2 UrhG auf die Online-Veräußerung von Software vorliegen.

II. **Generell keine Geltung des Erschöpfungsgrundsatzes für Vervielfältigungsrechte**

Nach Ansicht des LG würde aber selbst die Anwendbarkeit des Erschöpfungsgrundsatzes auf die Online-Übertragung von Software nicht dazu führen, dass die Übertragung von Nutzungsrechten an Software zulässig wäre. Denn schon in seiner „Parfumflakon“-Entscheidung aus dem Jahre 2000³⁶ habe der

³¹ *Knies* GRUR Int. 2002, 314, 316

³² LG Hamburg CR 2006, 812, 814

³³ *Knies* GRUR Int. 2002, 314, 316

³⁴ *Joos*, Die Erschöpfungslehre im Urheberrecht, 1991, S. 53

³⁵ *Koehler*, Der Erschöpfungsgrundsatz des Urheberrechts im Online-Bereich, 2000, S. 72

³⁶ BGH GRUR 2001, 51ff.

BGH darauf hingewiesen, dass Erschöpfung grundsätzlich nur hinsichtlich des Verbreitungs-, aber nicht hinsichtlich des Vervielfältigungsrechts eintreten könne. Eine Ausdehnung des Grundsatzes auf andere urheberrechtliche Verwertungsarten komme nur dann in Betracht, wenn mit der Ausübung des Verbreitungsrechts üblicherweise auch ein Eingriff in das Vervielfältigungsrecht verbunden sei. So komme es meist auch den Vertretern einer analogen Anwendung allein darauf an, die Verkehrsfähigkeit des beim Ersterwerber hergestellten Vervielfältigungsstücks zu sichern, aber nicht die Verkehrsfähigkeit des Nutzungsrechts an sich und insbesondere nicht die des Vervielfältigungsrechts³⁷. Die Herleitung einer allgemeinen Verkehrsfähigkeit von Nutzungsrechten ohne Zustimmung des Urhebers verstoße gegen § 34 Abs. 1 UrhG, wonach Nutzungsrechte nur mit Zustimmung des Urhebers weiterübertragen werden könnten, und widerspreche der Tatsache, dass es sich bei § 34 Abs. 1 S. 1 UrhG um die Regel und bei § 69 c Nr. 3 S. 2 UrhG bzw. § 17 Abs. 2 UrhG um die Ausnahme handele³⁸.

Eine so eindeutige Interpretation der BGH-Entscheidung lässt jedoch schon den genauen Wortlaut des Urteils außer Betracht. Das LG stellt zwar zutreffend fest, dass nach Ansicht des BGH eine Erschöpfung „grundsätzlich“ nur hinsichtlich des Verbreitungsrechts eintreten kann³⁹. Dabei vergisst es aber, dass die „Parfumflakon“-Entscheidung sogar das Vervielfältigungsrecht an einem Werk betraf und in der älteren Rechtsprechung des BGH wiederholt eine allgemeine Ausdehnung des Erschöpfungsgrundsatzes auf den gesamten Bereich der Verwertungsrechte angenommen wurde⁴⁰. Dementsprechend stellt der BGH fest, dass „der mit der Erschöpfung verfolgte Zweck, die Verkehrsfähigkeit der Waren sicherzustellen, (...) im Allgemeinen (!) allein das Verbreitungsrecht“ betrifft⁴¹.

Zudem würde die Nichtanwendbarkeit des Erschöpfungsgrundsatzes auf das Vervielfältigungsrecht bei gleichzeitiger analoger Anwendung des § 69 c Nr. 3 S. 2 UrhG auf die Online-Übertragung in der Praxis zu dem unpraktikablen wie wenig sinnvollen Ergebnis führen, dass bei der Veräußerung an den Zweiterwerber das Speichermedium der ersten Verkörperung übertragen werden müsste, also in der Regel die gesamte Festplatte. Das würde die

³⁷ S. 23

³⁸ S. 23

³⁹ BGH GRUR 2001, 51, 53

⁴⁰ BGH GRUR 1981, 413, 416; BGH GRUR 1995, 673, 676; BGH GRUR 1981, 587, 589

⁴¹ BGH GRUR 2001, 51, 53

Verkehrsfähigkeit der Software aber nicht erhalten, sondern behindern. Damit muss sich der Erschöpfungsgrundsatz auch auf das für die digitale Weiterveräußerung notwendige Vervielfältigungsrecht beziehen⁴².

III. Erschöpfung darf nicht zur Aufspaltung einheitlicher Nutzungsrechte führen

Nach Auffassung des Gerichts ist eine Anwendung des Erschöpfungsgrundsatzes auch deshalb nicht möglich, weil anderenfalls auch Teile einer vom Urheber als einheitliche Lizenz eingeräumten Nutzungsberechtigung verkehrsfähig wären⁴³. Diese könnten nicht als Mehrheit von unabhängigen Softwareüberlassungen behandelt werden, wenn der Urheber dem Ersterwerber „ein“ Nutzungsrecht einräumt. Dadurch werde der Erwerber zwar berechtigt, die Software auf seinem Server zu vervielfältigen und einer bestimmten Anzahl von Nutzern eine Zugriffsmöglichkeit einzurichten. Wenn er jedoch veranlasse, dass auf dem Server eines Zweiterwerbers eine neue Vervielfältigung hergestellt werde, während die Kopie auf seinem Server erhalten bleibe, komme es zu einer Zunahme der Vervielfältigungsstücke des Werkes. Diese sei aber insbesondere nicht nach § 69 d Abs. 1 UrhG zulässig, da dieser die Herstellung neuer Vervielfältigungsstücke nur ausnahmsweise zulasse, soweit sie zur bestimmungsgemäßen Benutzung des Programms erforderlich sei. Wann dies der Fall sei, richte sich nach der Vereinbarung zwischen Urheber und Ersterwerber. Vorliegend enthalte der Vertrag aber gerade keine Regelung darüber, dass der Erwerber einem Dritten Teile seiner Lizenz veräußern könne. Daher liege allein die Vervielfältigung auf dem Server des Ersterwerbers im Rahmen der bestimmungsgemäßen Nutzung⁴⁴.

Dabei übersieht das Gericht allerdings, dass es tatsächlich gar nicht um die Aufspaltung eines einzelnen Rechts geht, wenn Volumenlizenzen, aufgrund derer eine bestimmte Vielzahl von Installationen erfolgen darf, für eine geringere Zahl von Rechnern weiterübertragen werden. Stattdessen stellen Mehrfachlizenzen nur eine Mehrheit von Software-Überlassungen im Umfang einer festgelegten Nutzerzahl dar, aber kein einheitliches Recht, das nicht aufspaltbar wäre⁴⁵. Es ist lediglich eine

⁴² *Grützmacher* in: *Wandtke/ Bullinger, UrhR*, 2. Aufl. 2006, § 69 c, Rn. 36; *Sosnitza K&R* 2006, 206, 210

⁴³ S. 23

⁴⁴ S. 24

⁴⁵ *Sosnitza K&R* 2006, 206, 208

Sache der Praktikabilität, dass die Lizenzen in Form eines Pakets veräußert werden, mangels wirtschaftlicher und technischer Abhängigkeit der einzelnen Nutzungsrechte voneinander kann darin keine eigenständige Nutzungsart gesehen werden⁴⁶.

Wird eine eigenständige Veräußerung von Mehrfachlizenzen verhindert, hätte dies vor allem die Sicherung der Preispolitik vieler Softwareunternehmen zur Folge, die auf Rabattsysteme zurückgreifen, um mit einem Schlag größere Mengen von Lizenzen zu veräußern. Es ist zutreffend, dass sie damit ein hohes wirtschaftliches Risiko insofern eingehen, als bei großen Mengen von Lizenzen eher Rechte frei werden, die nicht mehr gebraucht werden. Im wahrscheinlichen Falle einer Weiterveräußerung träten dann in Person der Gebrauchthändler zusätzliche Konkurrenten auf den Markt, an die potentielle Kunden in Person der Zweiterwerber verloren gingen. Zudem ist zu berücksichtigen, dass Hersteller ihren Profit dann am besten optimieren können, wenn sie die Möglichkeit zur Differenzierung von Preisen haben. Sind aber Einzellizenzen aus großen Programmpaketen abspaltbar, wird ein entsprechendes Rabattsystem zumindest deutlich erschwert.

Es kann jedoch nicht Sinn des Urheberrechts sein, wirtschaftliche Interessen eines Herstellers in einem solchen Maße, wie es das LG München vorsieht, zu schützen. In seiner OEM-Entscheidung von 2000⁴⁷ hat der BGH festgestellt, dass das Interesse des Herstellers, gegenüber zwei verschiedenen Käufergruppen unterschiedliche Preise für dieselbe Ware zu fordern und dies mit Hilfe des Urheberrechts durchzusetzen, „nicht ohne weiteres schützenswert“ ist. Berücksichtigt man das Grundanliegen der Erschöpfungslehre, nämlich die Absicherung der Achtung des geistigen Eigentums und die Gewährleistung einer adäquaten Urhebervergütung⁴⁸, so müssen die Interessen des Urhebers mit der erstmaligen Veräußerung als abgegolten angesehen werden. Dementsprechend hat das LG Hamburg entschieden⁴⁹, dass ein berechtigtes Vergütungsinteresse des Anbieters nicht verletzt wird, wenn mit der Möglichkeit des Weiterverkaufs eine degressive Gebührenstruktur gestört wird. Seinen Preisvorteil hat sich der Ersterwerber mit der Abnahme einer größeren Menge von Lizenzen erkaufte⁵⁰, so

⁴⁶ Huppertz CR 2006, 145, 149

⁴⁷ BGH GRUR 2000, 153, 155

⁴⁸ Lehmann CR 2000, 740, 741

⁴⁹ LG Hamburg CR 2006, 812, 814

⁵⁰ Grützmacher ZUM 2006, 302, 303

dass über die Übertragung auf der ersten Stufe hinausgehende Kontrollrechte des Urhebers nicht zu rechtfertigen sind.

Auch der Erwägung des LG, dass die Vervielfältigungshandlung auf dem Rechner des Zweiterwerbers nicht zulässig sei, stehen erhebliche Bedenken entgegen. Denn wenn ein Zweiterwerber noch nicht über Installationen des Programms verfügt, ist zunächst eine Installation auf mindestens einem Computer erforderlich, um die Software nutzen zu können. Im Fall der Online-Übertragung geht dieser der Download des Programms vom Server des Herstellers voraus. Nach erfolgter Installation wird das Programm in den Arbeitsspeicher des Computers geladen. Die Zustimmungspflichtigkeit dieser Handlungen gem. § 69 c Nr. 1 UrhG ist zwar zumindest im Falle des Ladens in den Arbeitsspeicher zweifelhaft⁵¹, kann jedoch wegen der Bedeutung von § 69 d Abs. 1 UrhG dahinstehen. Diese Norm sieht für den Fall, dass eine Vervielfältigung im Sinne von § 69 c Nr. 1 UrhG für die bestimmungsgemäße Nutzung durch einen zur Verwendung Berechtigten erforderlich ist, eine Ausnahme vom Zustimmungserfordernis vor. Als bestimmungsgemäße Nutzung sind grundsätzlich alle Vervielfältigungshandlungen anzusehen, die bei der Benutzung des Computerprogramms anfallen⁵². Wie weit die bestimmungsgemäße Nutzung reicht, entscheidet sich nach dem Überlassungszweck und sonstigen vertraglichen Umständen⁵³. Bestimmungsgemäß ist also, was dem Ersterwerber im Rahmen der Nutzungsrechtseinräumung erlaubt wurde, also zum Beispiel im Falle eines Pakets von 150 Volumenlizenzen alle Handlungen, die nötig sind, um das Programm auf 150 Rechnern nutzen zu können⁵⁴. Damit fallen aber auch der Download, die Installation⁵⁵ und das Laden in den Arbeitsspeicher⁵⁶ unter den Begriff der bestimmungsgemäßen Nutzung. Würden dem Zweiterwerber als Inhaber eines Nutzungsrechts an dem Computerprogramm diese Handlungen versagt, könnte der Urheber die durch den Eintritt der Erschöpfung bewirkte Zirkulationsfähigkeit des

⁵¹ *Schuhmacher* CR 2000, 641, 645; *Hoeren* in: Möhring/ Nicolini, UrhG, 2. Aufl. 2000, § 69 c Rz. 5; *Hoeren/Schuhmacher* CR 2000, 137, 144

⁵² *Loewenheim* in: Schricker, UrhR, § 69 d Rn. 3; *Nordemann/ Vinck* in: Fromm/ Nordemann, UrhR, 9. Aufl. 1998, § 69 d Rn. 3

⁵³ OLG Düsseldorf CR 2002, 95, 96f.: *Dreier* in: Dreier/ Schulze, UrhG, 2. Aufl. 2006, § 69d Rn. 7; *Grützmacher* in: Wandtke/ Bullinger, UrhR, § 69 d Rn. 6

⁵⁴ *Grützmacher* ZUM 2006, 302, 303

⁵⁵ *Loewenheim* in: Schricker, UrhR, § 69 d Rn. 3; *Kotthoff* in: Dreyer/ Kotthoff/ Meckel, UrhR, 2004, § 69 d Rn. 5

⁵⁶ *Grützmacher* in: Wandtke/ Bullinger, UrhR, § 69 c Rz. 8

Programms verhindern⁵⁷. Daher hat auch das LG Hamburg⁵⁸ festgestellt, dass § 69 d Abs. 1 UrhG dem Zweiterwerber eine gesetzliche „implied licence“ vermittelt, durch die er zur Benutzung des Programms – egal welche Handlungen im konkreten Fall dazu erforderlich sind – berechtigt wird⁵⁹.

IV. Weiterübertragung von Nutzungsrechten ist vertraglich beschränkbar

Stimmt der Urheber einer Übertragung von Nutzungsrechten durch den Ersterwerber an einen Dritten nicht gem. § 34 Abs. 1 S. 1 UrhG zu, so soll laut dem LG München eine solche Weiterübertragung nicht möglich sein. Die Verweigerung der Zustimmung könne sich auch aus dem Inhalt des Vertrages zwischen Urheber und Ersterwerber ergeben, durch den ersterem nicht nur möglich sei, seinem Vertragspartner schuldrechtlich zu untersagen, die Nutzungsrechte weiterzueräußern, eine Einschränkung der Verfügungsbefugnis über das Nutzungsrecht sei auch mit dinglicher Wirkung möglich. Eine solche Vereinbarung in AGB sei nicht gem. § 307 Abs. 1 S. 1 BGB unwirksam, und selbst wenn, würde dies nichts an der fehlenden Verfügungsbefugnis ändern: Die schuldrechtliche Unwirksamkeit der Klausel habe keine dingliche Wirkung, denn der Ersterwerber könne nur weiterübertragen, was er selbst erworben habe. Die dingliche Einigung zwischen ihm und dem Urheber sei aber nur auf die Einräumung eines nicht weiter übertragbaren Nutzungsrechtes gerichtet gewesen. Und auch eine Unwirksamkeit der vertraglichen Regelung gem. § 307 Abs. 1 S. 1 BGB habe nicht zur Folge, dass dem Erwerber dadurch mehr dingliche Rechte übertragen würden⁶⁰.

Zunächst ist dem jedoch entgegenzuhalten, dass § 34 Abs. 1 S. 1 UrhG nach Teilen der Rechtsprechung und Literatur⁶¹ neben § 69 c Nr. 3 S. 2 UrhG gar nicht – oder zumindest nicht soweit § 69 c Nr. 3 S. 2 UrhG greift – anwendbar ist. Und selbst wenn man eine Spezialität oder die Anwendbarkeit von § 69 c Nr. 3 S. 2 UrhG ablehnt, so ist zweifelhaft, ob der Zustimmungsvorbehalt des § 34 Abs. 1 S. 1 UrhG für Software überhaupt eingreift⁶². Denn nach ganz h. M. leitet sich das Zustimmungserfordernis aus den persönlichkeitsrechtlichen Wurzeln

⁵⁷ Dreier in: Dreier/ Schulze, § 69 d Rn. 6

⁵⁸ LG Hamburg CR 2006, 812, 815

⁵⁹ Dreier in: Dreier/ Schulze, § 69 d Rn. 6; Loewenheim in: Schrickler, UrhR, § 69 d Rn. 4; Grützmacher in: Wandtke/ Bullinger, § 69 d Rn. 4

⁶⁰ S. 17

⁶¹ OLG Frankfurt NJW-RR 1997, 494; Pres, Gestaltungsformen urheberrechtlicher Softwarelizenzverträge, 1994, S. 224f.

⁶² Pres (Fn. 61), S. 225

des Urheberrechts ab⁶³, so dass die Norm auch auf die Zustimmung des Urhebers, aber nicht die des bloßen Nutzungsrechtsinhabers abstellt⁶⁴. Dieser Bezug zum allgemeinen Persönlichkeitsrecht spricht jedoch gegen eine Anwendung von § 34 Abs. 1 S. 1 UrhG auf hoch technisierte Computerprogramme.

Und selbst wenn man von der Anwendbarkeit von § 34 Abs. 1 S. 1 UrhG ausginge und/ oder der Hersteller vertraglich ausdrücklich den Ausschluss der Abtretbarkeit der Nutzungsrechte bzw. einen Zustimmungsvorbehalt verlangte, so erschiene die Wirksamkeit dieser vertraglichen Bestimmung weitaus problematischer, als es das Gericht darstellt. Zunächst lässt die Entscheidung des LG München vollkommen außer Acht, dass es sich beim urheberrechtlichen Erschöpfungsgrundsatz um zwingendes Recht handelt. So hat das LG Hamburg zutreffend festgestellt, dass der Eintritt der Erschöpfungswirkung nicht vertraglich abbedungen werden kann⁶⁵. Demnach wäre schon ein individuell vereinbartes Weiterübertragungsverbot nicht zulässig.

In der Praxis enthalten aber in der Regel die AGB der Softwarehersteller solche Beschränkungen. Deren Wirksamkeit beurteilt sich nach den §§ 305 ff. BGB. Nach § 307 Abs. 1 S. 1 BGB, der gem. § 310 Abs. 1 S. 1 BGB auch im unternehmerischen Verkehr gilt, sind Klauseln in AGB unwirksam, wenn sie den Vertragspartner unangemessen benachteiligen. Eine Benachteiligung liegt vor, wenn die Interessen des Vertragspartners in einer vom Gesetz abweichenden Weise geregelt werden. Als unangemessen gilt eine 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 bringen⁶⁶.

Für die Unangemessenheit eines formularvertraglich vereinbarten Weitergabeverbots spricht schon die Einordnung des Softwareüberlassungsvertrages. In seiner jüngsten Entscheidung zur Rechtsnatur der Softwareüberlassung im Rahmen eines ASP-Vertrages hat der BGH noch einmal klar zum Ausdruck gebracht, dass ein Kaufvertrag vorliegt, wenn im Mittelpunkt der vertraglichen Pflichten die dauerhafte Gewährung der Online-

⁶³ *Schricker* in: *Schricker*, UrhR, § 34 Abs. 1; *Wandtke/ Grunert* in: *Wandtke/ Bullinger*, UrhR, 2. Aufl., § 34 Rn. 1, 7; *Schulze* in: *Dreier/ Schulze*, UrhR, § 34 Rn. 4

⁶⁴ *Wandtke/ Grunert* in: *Wandtke/ Bullinger*, UrhR, § 34 Rn. 8; *Hertin* in: *Fromm/ Nordemann*, UrhR, § 34 Rn. 8; *Schulze* in: *Dreier/ Schulze*, UrhG, § 34 Rn. 6, 15

⁶⁵ LG Hamburg CR 2006, 812, 815; so auch OLG Bremen CR 1997, 609, 610; *Schuppert/ Greissing* CR 2005, 81, 83

⁶⁶ *Roloff* in: *Ermann, Bürgerliches Gesetzbuch*, Band I, 11. Aufl. 2004, § 307 Rn. 7 und 8

Nutzung von Software steht⁶⁷. Dass Vertragsgegenstand keine körperliche Sache, sondern nur eine Anzahl von Nutzungsrechten ist, die als zeitlich unbeschränkte Lizenzen ohne einen Datenträger veräußert werden, steht dieser Einordnung nicht entgegen⁶⁸. Zum kaufrechtlichen Leitbild nach § 433 Abs. 1 BGB gehört aber als „Kardinalpflicht“⁶⁹, dass dem Erwerber eine unbeschränkte Verfügungsberechtigung im Sinne einer Eigentümerstellung verschafft wird⁷⁰. Mit diesem wesentlichen Grundgedanken der kaufvertraglichen Regeln ist es unvereinbar, wenn dem Erwerber vertraglich untersagt wird, mit seinem Eigentum zu verfahren wie er möchte⁷¹. Desweiteren gehört der Erschöpfungsgrundsatz zum urheberrechtlichen Leitbild⁷², so dass eine Beschränkung desselben in AGB schon aus diesem Grund für die Annahme einer unangemessenen Benachteiligung im Sinne von § 307 Abs. 1 S. 1 BGB spräche. Darauf ging das LG München in seiner Entscheidung jedoch mit keinem Wort ein.

Somit sind formularvertraglich vereinbarte Weitergabeverbote gem. §§ 307 Abs. 1 S. 1 und Abs. 2 S. 1, 306 Abs. 1 BGB unwirksam⁷³.

Und selbst im Falle ihrer Wirksamkeit erscheint fraglich, ob solche Klauseln überhaupt dingliche Wirkung in Bezug auf die Weiterveräußerung an einen Zweiterwerber haben könnten. Aus § 31 Abs. 1 S. 2 UrhG ergibt sich zwar, dass Nutzungsrechte räumlich, zeitlich oder inhaltlich beschränkt werden können. Wie aber u. a. der BGH in seiner OEM-Entscheidung festgestellt hat⁷⁴, ist eine nicht nur schuldrechtlich, sondern auch dinglich wirkende Aufspaltung des Verbreitungsrechts gem. § 17 Abs. 1 UrhG nur dann möglich, wenn es sich im Einzelfall um übliche, technisch und wirtschaftlich eigenständige und damit klar abgrenzbare Nutzungsformen handelt, die als Grundlage für die wirtschaftliche Aufspaltung dienen⁷⁵. Nur bei Vorliegen einer derartig klar abgrenzbaren Nutzungsform wäre also eine dinglich wirkende Begrenzung des Nutzungsrechts möglich, die auch eine Beschränkung der Erschöpfung nach § 17 Abs. 2 UrhG zur

⁶⁷ Aktenzeichen XII ZR 120/04

⁶⁸ BGH NJW 1990, 320, 321; LG Hamburg, 812, 813 mit Verweis u. a. auf BGHZ 102, 135, 141; *Grützmacher* in: Wandtke/ Bullinger, § 69 c Rn. 38; *Hoeren* in: Möhring/ Nicolini, § 69 c Rn. 14

⁶⁹ *Marly*, Softwareüberlassungsverträge, 4. Aufl. 2004, Rn. 1052

⁷⁰ *Huppertz* CR 2006, 145, 150

⁷¹ *Marly* (Fn. 70), Rn. 1059

⁷² *Huppertz* CR 2006, 145, 150

⁷³ Im Ergebnis offen gelassen von LG Hamburg CR 2006, 812, 815; bejaht von *Grützmacher* CR 2006, 815, 816; *Sosnitza* K&R 2006, 206, 210; *Basedow* in: MünchKomm/BGB, Band 2 a, § 307 Rz. 76

⁷⁴ BGH GRUR 2001, 153, 154

⁷⁵ So auch BGH GRUR 1959, 200, 202; BGH GRUR 1990, 669, 671; *Schack*, Urheber- und Urhebervertragsrecht, 3. Aufl. 2005, Rn. 545

Folge hätte⁷⁶. Diese enge Voraussetzung begründet der BGH mit dem Schutz der Verkehrsfähigkeit der betreffenden Werkstücke vor möglichen Einschränkungen.

Die Frage, ob die Online-Übertragung von Software in Form von Nutzungsrechten eine „übliche, technisch und wirtschaftlich eigenständige und damit klar abgrenzbare Nutzungsform“ darstellt, kann hier allerdings dahinstehen. Denn der BGH hat weiterhin ausgeführt, dass - selbst wenn diese Voraussetzung erfüllt ist - eine dinglich wirkende Begrenzung des Nutzungsrechts nur auf der ersten Stufe des Inverkehrbringens wirkt⁷⁷. Sei ein Werkstück nämlich einmal mit der Zustimmung des Berechtigten im Wege der Veräußerung in Verkehr gebracht worden, könne der weitere Vertrieb vom Berechtigten nicht mehr kontrolliert werden⁷⁸, weil sich das Verbreitungsrecht auf der ersten Stufe des Vertriebs erschöpft habe. Eine mögliche dingliche Begrenzung des Nutzungsrechts wirkt also – auch im Interesse des Verkehrsschutzes – nur gegenüber demjenigen, dem dieses beschränkte Nutzungsrecht vertraglich eingeräumt wurde⁷⁹. Mit anderen Worten knüpft der Eintritt der Erschöpfungswirkung allein an die Zustimmung des Rechtsinhabers zum In-Verkehr-Bringen des Werkstücks an, eine Zustimmung zur Art und Weise der Weiterverbreitung ist nicht erforderlich⁸⁰.

Der vom BGH entschiedene Sachverhalt unterscheidet sich zwar insofern von der vorliegenden Situation, als es dort um die Verknüpfung des Vertriebs von Software und Hardware ging, und nicht um den Vertrieb von Lizenzen, verknüpft mit dem Verbot der Abspaltung von Nutzerpaketen. Darum sind einige der Auffassung, die Grundsätze des OEM-Urteils seien nur auf Vervielfältigungsstücke anwendbar, die in einem Speichermedium verkörpert sind, nicht aber auf Rechte, die nicht in einem Datenträger verkörpert sind⁸¹. Begründet wird dies auch mit dem Zweck des Erschöpfungsgrundsatzes, das Spannungsverhältnis zwischen Eigentumsordnung und immaterialgüterrechtlichen Verbotsrechten auszugleichen⁸².

Allerdings wird auch bei der Veräußerung von Lizenzen Software mit Zustimmung des Herstellers in den Verkehr gebracht⁸³, nämlich durch die vertragsgemäß erfolgte Übertragung und Speicherung auf dem Rechner des Ersterwerbers. Die

⁷⁶ BGH GRUR 2001, 153, 154

⁷⁷ *Chrocziel* CR 2000, 738, 739

⁷⁸ BGH GRUR 2001, 153, 154

⁷⁹ OLG Düsseldorf MMR 1998, 417; *Chrocziel* CR 2000, 738, 739; *Dreier* in: *Dreier/ Schulze*, § 69 c Rn. 26; *Sosnitza* K&R 206, 210

⁸⁰ *Witte* CR 2000, 654, 655

⁸¹ *Heydn/ Schmidl* K&R 2006, 74, 75

⁸² *Bergmann* in: *Festschrift für Willi Erdmann*, 2002, S. 17, 25

⁸³ *Schuppert/ Greissing* CR 2005, 81, 86

Erwägungen des BGH aus dem OEM-Urteil beruhen auf einem althergebrachten Verständnis des Erschöpfungsgrundsatzes, das zum Beispiel auch seiner „Schallplattenvermietung“-Entscheidung aus dem Jahre 1986⁸⁴ zugrunde liegt: „Könnte der Rechtsinhaber (...) noch in den weiteren Vertrieb (...) eingreifen, (...) so wäre dadurch der freie Warenverkehr in unerträglicher Weise behindert“. Auch dieses Urteil bezieht sich ausdrücklich auf ein „Werkstück“, also auf verkörperte Vervielfältigungsstücke. Es ist indes nicht einzusehen, warum diese Grundsätze nicht auch in Zeiten schneller Internetverbindungen, in denen in den seltensten Fällen noch körperliche Speichermedien tatsächlich übergeben werden⁸⁵, anwendbar sein sollten⁸⁶. Dass das LG München dies verkennt und sogar für eine dingliche Beschränkbarkeit der Weitergabe des Nutzungsrechts eintritt, lässt sich möglicherweise damit erklären, dass die zur Begründung zitierten Entscheidungen⁸⁷ das Vermietrecht betrafen und dort zudem die Frage der Untervermietung. Sie waren somit in der vorliegenden Situation gar nicht einschlägig⁸⁸.

Damit ist eine Beschränkung der Weitergabebefugnis des Ersterwerbers durch den Urheber weder mit schuldrechtlicher, noch mit dinglicher Wirkung möglich.

C. Zusammenfassung der Ergebnisse

In diesem Gutachten wurde zunächst erläutert, warum entgegen der Auffassung des LG München § 69 c Nr. 3 S. 2 UrhG auf die Online-Übertragung von Software analog anzuwenden ist. Dabei ist insbesondere hervorzuheben, dass Art. 3 Abs. 3 und Erwägungsgrund 29 der Urheberrechtsrichtlinie trotz ihres Wortlauts nicht diesen Fall der Weiterveräußerung betreffen, so dass die gegebene Regelungslücke als planwidrig zu qualifizieren ist. Daneben wurde dargestellt, dass insbesondere die wirtschaftlichen Interessen von Urheber und Ersterwerber im Fall der Online-Übertragung und bei Übergabe eines körperlichen Vervielfältigungsstückes für eine Vergleichbarkeit der Interessenlage sprechen.

⁸⁴ BGH GRUR 1986, 736, 738

⁸⁵ So veräußert zum Beispiel allein das Softwareunternehmen Oracle in 85 % der Fälle seine Software im Wege der Online-Übertragung (Quelle: Urteilsbegründung des LG München, S. 3).

⁸⁶ So wohl auch *Jaeger* ZUM 2000, 1070, 1075, der die Grundsätze generell, also auch außerhalb der Softwarewirtschaft für anwendbar hält.

⁸⁷ S. S. 17: BGH GRUR 1987, 37, 39; OLG München GRUR 1984, 524, 525

⁸⁸ *Grützmacher* ZUM 2006, 302, 304

Weiterhin stellt das Gutachten dar, dass der urheberrechtliche Erschöpfungsgrundsatz auch für das Vervielfältigungsrecht gelten muss. Dies ergibt sich vor allem als praktische Konsequenz aus der analogen Anwendung von § 69 c Nr. 3 S. 2 UrhG.

Ebenso wurde herausgearbeitet, dass eine mögliche Aufspaltung gemeinsam übertragener Nutzungsrechte einer Geltung des Erschöpfungsgrundsatzes nicht entgegensteht. Wirtschaftliche Interessen des Urhebers können insofern nicht als vorrangig gegenüber dem Interesse der Allgemeinheit an der Verkehrsfähigkeit der Software angesehen werden. Sofern auf Seiten des Zweiterwerbers zur Nutzung des Programms Vervielfältigungshandlungen erforderlich sind, sind diese gem. § 69 d Abs. 1 UrhG zulässig.

Außerdem macht das Gutachten deutlich, dass das Nutzungsrecht des Ersterwerbers nicht im Wege einer schuldrechtlichen Vereinbarung mit dinglicher Wirkung beschränkt werden kann. Ein vertragliches Verbot der Weiterveräußerung an Dritte ist wegen Unabdingbarkeit des Erschöpfungsgrundsatzes nicht möglich, in AGB stünde der Wirksamkeit der Klausel zudem ein Widerspruch zum kaufrechtlichen Leitbild entgegen, der zur Unwirksamkeit des Verbots gem. §§ 307 Abs. 1 S. 1 und Abs. 2 S. 1, 306 Abs. 1 BGB führen würde.

Münster, 12. April 2007