

## Der Erschöpfungsgrundsatz bei Software

### Körperliche Übertragung und Folgeprobleme

Thomas Hoeren\*

*Der Streit um die Online-Erschöpfung führt dazu, dass die „klassischen“ Probleme der körperlichen Veräußerung von Softwarekopien und der daran geknüpften Erschöpfung übersehen werden. Im Weiteren werden solche Fragen ausführlich behandelt – um aufzuzeigen, dass dem Erschöpfungsgrundsatz auch im Hinblick auf dessen Folgen angemessen Rechnung getragen werden muss.*

#### I. Urheberrechtliche Vorüberlegungen

Nach derzeitigem Urheberrecht ist Software im Regelfall urheberrechtlich schutzfähig (§ 69 a III UrhG). Sofern man den urheberrechtlichen Schutz bestimmter Software-Produkte bejaht, kommt man zu einer Zweiteilung von Transaktionsgeschäften im IT-Bereich. Typischerweise werden auf der ersten Vertriebsstufe körperliche Programmkopien an Kunden herausgegeben (Ersterwerb). Auf der zweiten Vertriebsstufe, die als Software-Gebrauchthandel bezeichnet wird, werden diese Kopien an Dritte weiterveräußert (Zweiterwerb). Zweiterwerber können insofern entweder Anwender des Programms oder Software-Gebrauchthändler sein, die die Software ihrerseits weiterveräußern. Alternativ zur Übergabe einer körperlichen Programmkopie auf einem Datenträger kann dem Ersterwerber das Recht eingeräumt werden, sich die Software von der Hersteller-Webseite herunterzuladen.

#### 1. Der Erschöpfungsgrundsatz

Wichtig ist in allen diesen Fällen der Erschöpfungsgrundsatz nach §§ 17 II, 69 c Nr. 3 S. 2 UrhG. Dieser sieht vor, dass bei einem Erstverkauf einer Softwarekopie innerhalb der Europäischen Union der Weiterverkauf der entsprechenden Software ohne Zustimmung des Urhebers zulässig ist. Gem. § 69 c Nr. 3 S. 2 UrhG erschöpft sich das Verbreitungsrecht des Rechtsinhabers – mit Ausnahme des Vermietrechts – in Bezug auf ein Vervielfältigungsstück eines Computerprogramms, das mit Zustimmung des Rechtsinhabers im Gebiet der Europäischen Union oder eines anderen Vertragsstaates des Abkommens über den Europäischen Wirtschaftsraum im Wege der Veräußerung in Verkehr gebracht wird. Erschöpfung kann

danach nur bezogen auf ein in einem Vervielfältigungsstück körperlich festgelegtes Werk eintreten<sup>1</sup>. Die gesetzliche Regelung der Erschöpfung ist Ausdruck des allgemeinen Grundsatzes, dass das Urheberrecht ebenso wie andere Schutzrechte gegenüber dem Interesse an der Verkehrsfähigkeit der mit Zustimmung des Berechtigten in Verkehr gesetzten Waren zurücktreten muss<sup>2</sup>. Innerhalb eines einheitlichen Wirtschaftsraums soll das mit Zustimmung des Berechtigten in Verkehr gesetzte Werkstück ungeachtet des urheberrechtlichen Schutzes frei zirkulieren dürfen. Dem Berechtigten ist es unbenommen, die Erstverbreitung des Werkstücks zu untersagen oder von einer angemessenen, auch diese Nutzung seines Werkes berücksichtigenden Vergütung abhängig zu machen. Hat er diese Zustimmung aber erst einmal erteilt, soll es ihm verwehrt sein, mit Hilfe des Urheberrechts die weiteren Absatzwege dieser Ware zu kontrollieren<sup>3</sup>. Könnte der Rechtsinhaber, wenn er das Werkstück verkauft oder seine Zustimmung zur Veräußerung gegeben hat, noch in den weiteren Vertrieb des Werkstücks eingreifen, ihn untersagen oder von Bedingungen abhängig machen, so wäre dadurch der freie Warenverkehr in unerträglicher Weise behindert<sup>4</sup>. Die Möglichkeit, ein Nutzungsrecht räumlich, zeitlich oder inhaltlich beschränkt einzuräumen, führt danach nicht zu einer entsprechenden Einschränkung der Erschöpfung in der Weise, dass der Berechtigte – ist das Werkstück erst einmal durch ihn oder mit seiner Zustimmung durch Veräußerung in Verkehr gesetzt worden – auf den weiteren Absatzweg Einfluss nehmen könnte. Es verhält sich insofern nicht anders als bei einer räumlichen oder zeitlichen Beschränkung: Wird etwa ein zeitlich be-

\* Prof. Dr., Inhaber des Instituts für Informations-, Telekommunikations- und Medienrecht an der Universität Münster.

1) Vgl. nur BGH, GRUR 1986, 1251 – Videofilmvorführung – zu § 17 II UrhG; Grützmaker, in: Wandtke/Bullinger, UrhR, 3. Aufl. (2009), § 69 c UrhG Rdnr. 30; Heerma, in: Wandtke/Bullinger, § 17 UrhG, Rdnr. 16; Bergmann, in: Festschr. f. Erdmann, 2002, S. 17.

2) BGHZ 144, 232 = GRUR 2001, 51 – Parfümflakon; BGH, GRUR 1986, 736 – Schallplattenvermietung – zu § 17 II UrhG.

3) OLG Düsseldorf, GRUR-RR 2010, 4 – Vorinstallierte Software.

4) Vgl. bereits RGZ 63, 394 (397 ff.) – Koenigs Kursbuch.

grenztes Nutzungsrecht eingeräumt, so würde das Verbreitungsrecht des Berechtigten nicht erschöpft, wenn der Lizenznehmer das Werkstück – der Beschränkung zuwider – nach Ablauf der Lizenz in Verkehr bringt. Hat der Lizenznehmer dagegen das Werkexemplar während der Lizenzzeit im Wege der Veräußerung in Verkehr gesetzt, so tritt eine vollständige Erschöpfung des Verbreitungsrechts ein. Der Berechtigte kann nun eine Weiterverbreitung des Werkstücks auch nach Ablauf der Lizenzzeit nicht mehr untersagen<sup>5</sup>.

## 2. Erschöpfung und Software

Lange Zeit war unklar, ob und inwieweit sich der Erschöpfungsgrundsatz nach § 69 c Nr. 3 S. 2 UrhG auf Softwareverträge erstreckt. Diese Unsicherheit bezog sich vor allem auf die Frage, ob ein Softwarevertrag eine „Veräußerung“ i. S. des § 69 c Nr. 3 S. 2 UrhG sein könne. Die Rechtsprechung steht – anders als ein Teil der Literatur – auf dem Standpunkt, dass dies bei den normalen Softwareverträgen der Fall ist: Der Erwerb von (maßgeschneiderter) Individualsoftware erfolgt danach im Rahmen eines Werkvertrags<sup>6</sup>. (Konfektionierte) Standardsoftware wird hingegen im Wege eines Sachkaufs oder kaufähnlichen Vertrags auf den Markt gebracht. In beiden Fällen erwirbt der Anwender/Kunde Eigentum an einer bestimmten Programmkopie einschließlich der dazu gehörigen Programmunterlagen<sup>7</sup>. Individual- und Standardsoftware werden daher regelmäßig im Wege von Kauf- und Werkverträgen auf den Markt gebracht, selbst wenn solche Verträge als „Lizenzen“ bezeichnet werden.

Zu bedenken ist in diesem Kontext auch ein neues Urteil des OLG Frankfurt a. M.<sup>8</sup>. Hiernach ist der Verkauf eines gebrauchten Computers, dessen Festplatte die vormals aufgespielte OEM-Software nicht mehr enthält, trotz aufgeklebtem Echtheitszertifikat der Antragstellerin, keine Urheberrechtsverletzung. Das OLG bejaht in diesem Zusammenhang noch einmal ausdrücklich die Möglichkeit der Erschöpfung bei Software, auch für den Fall eines von dem OEM-Hersteller auf den Rechner aufgespielten Vervielfältigungsstücks des Computerprogramms. Zu Recht abgelehnt wird auch eine Anwendung von § 34 UrhG. Denn dieser regelt die zustimmungspflichtige Übertragung von Nutzungsrechten, nicht dagegen das Recht zur Nutzung einzelner Vervielfältigungsstücke der Software.

Von daher ist nach Auffassung der Gerichte der Erschöpfungsgrundsatz bei Softwareverträgen im Allgemeinen unmittelbar anwendbar<sup>9</sup>. Der Hersteller oder Händler kann sich daher nicht unter Bezugnahme auf das Urheberrecht darauf berufen, dass der Weiterverkauf von Software seine Rechte verletze. Ihm bleibt nur die Möglichkeit, mit den Anwendern Mietverträge über die Überlassung der Programme abzuschließen, da dann keine Veräußerung i. S. des § 69 c Nr. 3 S. 2 UrhG vorliegt und der Erschöpfungsgrundsatz ohnehin explizit keine Anwendung findet (§ 69 c Nr. 3 S. 2 UrhG a. E.). Regelmäßig scheidet diese Alternative aber angesichts der sehr weitgehenden Gewährleistungsregeln des Mietvertragsrechts<sup>10</sup> aus praktischen Gründen aus.

## 3. Notwendige Vervielfältigungshandlungen beim Software-Gebrauchthandel

Sowohl die Nutzung eines Computerprogramms als auch dessen Weiterveräußerung können urheberrechtlich relevante Vervielfältigungshandlungen i. S. des § 69 c Nr. 1 UrhG erforderlich machen. § 69 c Nr. 1 UrhG sichert dem Rechtsinhaber das Recht zur dauerhaften oder vorübergehenden Vervielfältigung (ganz oder teilweise)

des Computerprogramms mit jedem Mittel und in jeder Form. Umfasst ist davon auf jeden Fall die Erstellung von Kopien auf einer Diskette, einer CD-ROM oder einer Festplatte<sup>11</sup>. Die künftige Vervielfältigung durch die Installation des Programms auf der Festplatte des PCs des Endnutzers ist in dem Softwareüberlassungsvertrag meist implizit konsentiert und stellt damit keine Urheberrechtsverletzung dar<sup>12</sup>.

Um ein Programm effektiv weiterveräußern zu können, ist es stellenweise erforderlich, Zweitkopien von der Erstkopie des Programms herzustellen. Dies betrifft insbesondere Volumenlizenzen, bei denen dem Ersterwerber mehrere Programmnutzungsrechte „im Paket“ eingeräumt werden und ihm zu Installationszwecken lediglich eine Masterkopie übergeben wird. Möchte er nur einen Teil seiner Nutzungsrechte an einen Zweiterwerber weiterveräußern und die Masterkopie aber einhalten (Aufspaltungsfall), muss er ihm entweder eine oder mehrere Zweitkopien von dem Programm zu Installationszwecken herstellen oder der Zweiterwerber installiert das Programm im Umfang seiner hinzu erworbenen Nutzungsrechte mittels seiner eigenen Masterkopie, die er bereits von dem Programm hat. Im Falle der Online-Überlassung kann der Ersterwerber darüber hinaus dem Zweiterwerber das Recht vermitteln, sich das Programm selbst von der Hersteller-Webseite herunterzuladen.

In allen diesen Fällen handelt es sich um urheberrechtlich relevante Vervielfältigungshandlungen i. S. des § 69 c Nr. 1 UrhG, da sie zu einer dauerhaften Fixierung des Programms führen. Die zur Weiterveräußerbarkeit eines Programms erforderlichen Vervielfältigungen sind regelmäßig nicht Gegenstand des ursprünglichen Softwareüberlassungsvertrags und auch sonst nicht durch eine (konkludente) Zustimmung des Rechtsinhabers gedeckt. Zu deren Rechtmäßigkeit bedarf es deshalb einer gesetzlichen Erlaubnisnorm, die im Urheberrecht als Schranke bezeichnet wird. In Betracht kommt insofern § 69 d I UrhG, auf den weiter unten näher eingegangen wird.

Im Allgemeinen sind Schranken weit auszulegen, weil grundsätzlich die Nutzung fremder Ideen frei ist und der urheberrechtliche Schutz selbst eine Ausnahme von diesem Prinzip darstellt<sup>13</sup>. Zwar geht eine bestimmte Schule im Urheberrecht davon aus, dass Schrankenbestimmungen stets eng auszulegen seien<sup>14</sup>. Dies ist allerdings unzutreffend<sup>15</sup>. Schranken geben dem Nutzer nur die Freiheit zurück, die ihm ohnehin zusteht. Grundsätzlich ist jede Nutzung fremder Ideen frei. Der Schutz von Werken über das Urheberrecht ist seinerseits eine Ausnahme, die eng

5) BGH, GRUR 2001, 153 – OEM.

6) BGH, WM 1971, 615; BB 1986, 1319.

7) So etwa BGH, CR 1990, 24 = JZ 1990, 236; BGHZ 102, 135 = JZ 1988, 460 m. Anm. Junken; ähnl. BGH, GRUR 1985, 1055 – Datenverarbeitungsprogramm als Ware; weitere Nachw. bei Hoeren, Softwareüberlassung als Sachkauf, 1989, Rdnr. 33; a. A. etwa Kindermann, CR 1986, 447; Kindermann, EDV & Recht 2/1987, 8; Heussen, GRUR 1987, 779.

8) OLG Frankfurt a. M., GRUR-RR 2010, 5 – CoA-Echtheitszertifikat.

9) So ausdr. noch zum alten Recht I.G. Bielefeld, CR 1986, 444; OLG Nürnberg, NJW 1989, 2634 = CR 1990, 118; für § 69 c Nr. 3 OLG Frankfurt a. M., NJW-RR 1997, 494. Für Österreich auch der OGH, GRUR Int 2000, 1028.

10) Gebrauchstauglichkeit während der Mietzeit; vgl. § 535 I 2 BGB.

11) BGH, GRUR 1994, 363 – Holzhandelsprogramm.

12) OLG Frankfurt a. M., NJOZ 2004, 874 = GRUR-RR 2004, 198 I – Softwarefälschung.

13) OLG Düsseldorf, NJW-RR 2002, 1049 = ZUM 2001, 795.

14) Schrickler/Mehcher, UrhG, 3. Aufl. (2006), Vorb. §§ 45 ff. Rdnr. 15; v. Gamm, UrhG, 1. Aufl. (1968), § 51 Rdnr. 2.

15) So auch Schrickler/Wild (o. Fußn. 14), § 97 Rdnr. 23; ähnl. Löffler, NJW 1980, 201–204.

auszulegen ist. Demgegenüber verweisen die Schranken auf den allgemeinen Gedanken der Informationsfreiheit und sind folglich – auch nach Maßgabe verfassungsrechtlicher Prinzipien – extensiv zu verstehen.

#### a) Schranke des § 69 d I UrhG

§ 69 d I UrhG gestattet dem Anwender in bestimmten Fällen, das Programm ohne Zustimmung des Urhebers zu vervielfältigen. Dies gilt, wenn die Vervielfältigungen „für eine bestimmungsgemäße Benutzung des Computerprogramms einschließlich der Fehlerberichtigung durch jeden zur Verwendung eines Vervielfältigungsstücks des Programms Berechtigten notwendig sind“.

Allerdings ist die Rechtsnatur des § 69 d I UrhG umstritten. Seinem Wortlaut nach erlaubt er die zustimmungsfreie Vervielfältigung nur, „soweit keine besonderen vertraglichen Bestimmungen vorliegen“. Obwohl § 69 d I UrhG wegen dieser Einschränkung scheinbar zur Disposition gestellt ist, wird er teilweise als echte gesetzliche Schranke verstanden<sup>16</sup>. Andere sehen darin wegen des Verweises auf die anderweitigen Regelungen eine Auslegungsregel in Anlehnung an § 31 V UrhG, wonach der Lizenznehmer sein Recht soweit benutzen kann, wie es der Zweck des Vertrags ungeachtet anderer vertraglicher Bestimmungen erfordert<sup>17</sup>. Die Unklarheit ist dadurch bedingt, dass der Hinweis auf die Dispositivität auf einem inneren Widerspruch der Computerprogrammrichtlinie<sup>18</sup> beruht<sup>19</sup>. Im Kern ist § 69 d I UrhG als zwingende gesetzliche Schranke anzusehen; in seinem dispositiven Teil kann man eine Auslegungsregel sehen. Hierfür spricht insbesondere die Sichtweise des Gesetzgebers, der § 69 d I UrhG einen gewissen „zwingenden Kern“ zuspricht, der vertraglich nicht abbedungen werden kann<sup>20</sup>. Hintergrund ist, dass Computerprogramme nur dann wirtschaftlich sinnvoll genutzt werden können, wenn bestimmte Vervielfältigungshandlungen vorgenommen werden. Die Programmnutzung erfordert zunächst die Installation und sodann das Laden in den Arbeitsspeicher. Diese Vorgänge sollen nach dem Willen des Gesetzgebers zustimmungsfrei möglich sein („zwingender Kern“), selbst wenn es hierzu keine spezifischen Regelungen in dem Softwareüberlassungsvertrag gibt.

Beachtet werden muss aber, dass der „zwingende Kern“ des § 69 d I UrhG nur die „bestimmungsgemäße Benutzung“ des Programms gestattet. Die Computerprogrammrichtlinie spricht in Art. 5 I insofern von „in accordance with its intended purpose“. Die „Bestimmung“ eines Programms ist subjektiv-objektiv zu ermitteln. Primär ist auf den Willen der Parteien abzustellen, wie er sich aus dem Softwarevertrag oder sonstigen Abreden ergibt<sup>21</sup>. Sollte ein solcher gemeinsamer Wille nicht festzustellen sein, ist die Verkehrsauffassung zu berücksichtigen. Dies gilt insbesondere für Standardsoftware, bei der eine gewisse Typisierung der Funktionalitäten zumindest durch Sachverständige festgestellt werden kann. Insbesondere kann die vertraglich vorgesehene Programmnutzung, etwa auf einem einzelnen PC oder im Netzwerk, Aufschluss über die Reichweite des bestimmungsgemäßen Gebrauchs liefern. Bei Individualsoftware dürfte eine objektive Verkehrsauffassung schwieriger festzustellen sein. Zur bestimmungsgemäßen Benutzung des Computerprogramms kann z. B. auch die Schulung durch Dritte gehören, sofern sich dies aus dem Softwarevertrag ergibt<sup>22</sup>.

Fraglich bleibt bei dieser Sichtweise, wie der dispositive Teil des § 69 d I UrhG zu verstehen ist. In der Literatur wird teilweise vertreten, dass jedwede vertragliche Beschränkung der „bestimmungsgemäßen Benutzung“ zulässig sein soll<sup>23</sup>. Diese Ansicht widerspricht jedoch dem

Wortlaut der Computerprogrammrichtlinie, die im Rahmen der europarechtskonformen Auslegung zur Interpretation heranzuziehen ist. Art. 5 I der Computerprogrammrichtlinie lässt andere vertragliche Bestimmungen zu, die die Rechte des Benutzers beschränken. Diese Möglichkeit widerspricht jedoch der Präambel der Richtlinie, die ausdrücklich betont, dass „acts of loading and running for the use of a copy of a program which has been a lawfully obtained and the act of correction of its errors may not be prohibited by contract“. Dies hat zur Folge, dass vertragliche Beschränkungen nach Art. 5 I der Computerprogrammrichtlinie zulässig wären, die durch die Präambel verboten sind<sup>24</sup>. Zum Teil wurde die Annahme vertreten, dass die Präambel nicht binde, so dass Art. 5 I der Computerprogrammrichtlinie Vorrang habe<sup>25</sup>. Der deutsche Gesetzgeber hat jedoch eine andere Sichtweise angenommen. Er geht – wie gesagt – davon aus, dass die in § 69 d I UrhG erwähnten Handlungen des Anwenders nicht vertraglich verboten werden können („zwingender Kern“). Es könne vielmehr nur die Art und Weise, wie diese Handlungen ausgeführt werden, durch Vertrag spezifiziert werden<sup>26</sup>. Diese Unterscheidung führt jedoch zu einigen Rechtsunsicherheiten; dies ist der Grund, warum die Bundesregierung den Gerichten eine Klärung der zwingenden Substanz von § 69 d I UrhG überlassen will<sup>27</sup>.

Festzuhalten bleibt, dass § 69 d I UrhG einen gewissen zwingenden Kern von Nutzungsrechten zur Programmvervielfältigung enthält, soweit sie dem Anwender dem Softwareüberlassungsvertrag nach gestattet ist. Insofern sichert § 69 d I UrhG die Wirkung des Erschöpfungsgrundsatzes nach § 69 c Nr. 3 S. 2 UrhG ab. Denn der rechtmäßige Erwerber eines Computerprogramms darf das Programm dann auch ohne spezifische vertragliche Vereinbarungen in jedem Falle so zum Einsatz bringen (und die hierfür erforderlichen Vervielfältigungshandlungen vornehmen), wie es ihm nach dem Zweck des Softwareüberlassungsvertrags gestattet ist. Hierbei kann eine Rolle spielen, ob der Überlassungsvertrag die Nutzung des Programms auf lediglich einem einzelnen PC vorsieht oder auf mehreren im Netzwerk etc. Unbeschadet des „zwingenden Kerns“ des § 69 d I UrhG kann die Art und Weise der rechtmäßigen Programmvervielfältigung aber vertraglich geregelt werden.

#### b) Nutzungsbefugnisse des Zweiterwerbers

Soweit § 69 d I UrhG als gesetzliche Schranke aufzufassen ist, müsste der „zwingende Kern“ dieser Vorschrift auch jedem Zweiterwerber der Software zugute kommen, damit dieser zur Programmnutzung ebenso befugt ist wie

16) Wille, CR 1996, 533 (534); Schulte, CR 1992, 588 (592).

17) In diese Richtung etwa OLG Karlsruhe, NJW 1996, 2583 = CR 1996, 341.

18) Richtlinie 91/250/EWG des Rates v. 14. 5. 1991 über den Rechtsschutz von Computerprogrammen, ABIEG Nr. L 122 v. 17. 5. 1991, S. 42 ff. = GRUR Int 1991, 545 (546).

19) Zum Ganzen Lehmann, in: Festschr. f. Schrickler, 1995, S. 543 (551); Schulte, CR 1992, 648 (652).

20) Amtl. Begr., BT-Dr 12/4022, S. 12.

21) Schrickler/Loeuwenheim (o. Fußn. 14), § 69 d Rdnr. 7.

22) OLG Düsseldorf, NJW-RR 2002, 1049 = ZUM 2001, 795.

23) Statt vieler Moritz, Anm. zu LG München I, CR 2008, 414 (416).

24) Vgl. Moritz/Lybusseck, Computersoftware – Rechtsschutz und Vertragsgestaltung, 2. Aufl. (1992), S. 174 ff.

25) Dies ist auch die Sichtweise der griechischen Regierung, die in ihrem Umsetzungsentwurf auf ein „agreement to the contrary“ abstellt.

26) BT-Dr 12/4022, S. 12: „Art. 5 I der Richtlinie – und damit auch § 69 d I – stellt die Möglichkeit der bestimmungsgemäßen Verwendung eines Programms sicher, wenn die näheren Einzelheiten der Benutzung nicht vertraglich geregelt sind“.

27) BT-Dr 12/4022, S. 12.

der Ersterwerber. Problematisch ist insofern allerdings die Regelung des § 34 I 1 UrhG, wonach die Übertragung eines Nutzungsrechts auf einen anderen generell von der Zustimmung des Rechtsinhabers abhängt. Fände diese Vorschrift beim Software-Gebrauchthandel tatsächlich Anwendung, könnte ein rechtmäßiger Zweiterwerber zwar wirksam Eigentum an der Programmkopie erlangen, er müsste hinsichtlich der zum Programmablauf erforderlichen Vervielfältigungshandlungen aber die Zustimmung zur Nutzungsrechtsübertragung vom Rechtsinhaber einholen, damit die Programmnutzungsrechte des Ersterwerbers wirksam auf ihn übergehen können. Dies widerspricht aber dem weiter oben genannten Sinn und Zweck des Erschöpfungsgrundsatzes, dem Rechtsinhaber mit Eintritt der Erschöpfung die Kontrolle über das mit seiner Zustimmung in Verkehr gebrachte Werkexemplar zu entziehen. Um dies zu verhindern, darf § 34 I 1 UrhG in diesem Fall keine Anwendung finden. § 69 d I UrhG geht dieser Vorschrift als *lex specialis* vor und hat insofern die Wirkung einer umfassenden gesetzlichen Schranke für jedermann<sup>28</sup>. Dadurch erlangt der Zweiterwerber im Zuge der rechtmäßigen Weiterveräußerung der Programmkopie von Gesetzes wegen (§ 69 d I UrhG) die Nutzungsbefugnisse, die dem Ersterwerber nach dem ursprünglichen Softwareüberlassungsvertrag zustanden, ohne dass es hierfür der Zustimmung des Rechtsinhabers bedarf.

## II. Software-Gebrauchthandel mit einer physischen Programmkopie

Fraglich ist, wie sich die allgemeinen urheberrechtlichen Vorüberlegungen zum Software-Gebrauchthandel auf konkrete Lizenzierungsformen auswirken.

### 1. Einzellizenz

Unter einer Einzellizenz ist ein Programmnutzungsrecht zu verstehen, das die für den Softwaregebrauch erforderlichen Vervielfältigungshandlungen (vor allem Installation) auf einem einzelnen Computer (PC) gestattet. Übergibt der Softwarehändler dem Ersterwerber zu Installationszwecken eine körperliche Kopie von dem Programm (CD-ROM o. Ä.), so erschöpft sich sein Verbreitungsrecht an dieser Programmkopie gem. § 69 c Nr. 3 S. 2 UrhG. Der Ersterwerber ist daher befugt, seine Programmkopie ohne Zustimmung des Rechtsinhabers an einen Zweiterwerber weiterzuveräußern. Auf diesen gehen gleichzeitig gem. § 69 d I UrhG die Programmnutzungsrechte des Ersterwerbers über. Mit dem Erwerb des Eigentums an der Programmkopie darf er somit die Software ebenfalls auf einem einzelnen Rechner zustimmungsfrei zum Einsatz bringen.

### 2. Volumenlizenz

Eine Volumenlizenz enthält Nutzungsrechte zum Gebrauch des Programms auf mehreren Rechnern. Dies können mehrere unabhängige PCs sein oder ein Netzwerk (Client-Server-Nutzung). Hat der Ersterwerber zu Installationszwecken eine Masterkopie von dem Programm erhalten, so erschöpft sich das Verbreitungsrecht des Rechtsinhabers – ebenfalls wie bei der zuvor behandelten Einzellizenz – an diesem Vervielfältigungsstück gem. § 69 c Nr. 3 S. 2 UrhG<sup>29</sup>. Mit der insoweit rechtmäßigen Weiterveräußerung der Masterkopie gehen die Programmnutzungsrechte des Ersterwerbers gem. § 69 d I UrhG automatisch auf den Zweiterwerber über. Dieser muss allerdings zwingend den Umfang der Nutzungsrechte des Ersterwerbers beachten, wie sie in dem ursprünglichen Softwareüberlassungsvertrag definiert waren. Andernfalls benutzt er die Software nicht „bestimmungsgemäß“ i. S. des § 69 d I UrhG.

Insofern kann die Art des „Volumenlizenz“ eine Rolle spielen. Ist in ihr z. B. eine bestimmte Höchstgrenze von Nutzern festgelegt, die gleichzeitig mit dem Programm arbeiten dürfen (sog. Concurrent User-Lizenz), darf der Zweiterwerber diese Grenze in jedem Fall nicht überschreiten. Andernfalls verletzt er das ausschließliche Vervielfältigungsrecht des Rechtsinhabers gem. § 69 c Nr. 1 UrhG. Handelt es sich hingegen um eine so genannte Unternehmens- oder Konzernlizenz, bei der es dem Ersterwerber gestattet ist, das Programm unabhängig von einer bestimmten Nutzeranzahl unternehmens- oder konzernweit zu nutzen, kann sich die Bestimmung der Nutzungsrechte des Zweiterwerbers als problematisch erweisen. Teilweise wird vertreten, dass eine Unternehmens- oder Konzernlizenz per se unübertragbar sei, da es zu einem extremen Missverhältnis zwischen der dem Ersterwerber gestatteten Programmnutzung und der beim Zweiterwerber praktizierten kommen kann (Bsp.: Im Unternehmen des Ersterwerbers wird die Software an 80 Computerarbeitsplätzen benutzt, im Unternehmen des Zweiterwerbers an 8000)<sup>30</sup>. Dem kann aber entgegengehalten werden, dass es im Risikobereich des Softwarehändlers bzw. Rechtsinhabers liegt, eine nutzerzahlunabhängige Unternehmens- oder Konzernlizenz zu erteilen, da bei einer solchen auch ein gewisses Wachstum des Unternehmens des Ersterwerbers nicht ausgeschlossen ist.

### 3. Aufspaltung einer Volumenlizenz

In der Praxis kommt es häufig vor, dass der Inhaber einer Softwarevolumenlizenz ein Interesse daran hat, nur einen Teil seiner Nutzungsrechte an einen oder mehrere Zweiterwerber weiterzuveräußern. Man spricht insofern von der Aufspaltung einer Volumenlizenz. Der Grund für eine solche Aufspaltung können z. B. Arbeitsplatzabbau oder Insolvenz sein<sup>31</sup>. Möchte der Ersterwerber seine Masterkopie von dem Programm behalten, ergeben sich diverse urheberrechtliche Probleme. Vor allem stellt sich die Frage, wie dem Zweiterwerber die Software nutzbar gemacht werden soll. Ist er bereits im Besitz einer eigenen Masterkopie und hinsichtlich seiner Programmnutzungsrechte lediglich „unterlizenziert“, erweist sich der Software-Gebrauchthandel als ein reiner Rechtserwerb. Bei diesem vermittelt der Erst- dem Zweiterwerber das Recht zur erweiterten Programmnutzung. Ob eine solche Nutzungsrechtsübertragung ohne Übergabe eines körperlichen Datenträgers dem Erschöpfungsgrundsatz nach § 69 c Nr. 3 S. 2 UrhG genügt, ist unstritten. Besitzt der Zweiterwerber noch keine Masterkopie, könnte der Erst- dem Zweiterwerber eine oder mehrere Zweitkopien von dem Programm zu Installationszwecken herstellen und übergeben. Auf diese Weise wäre das Programm verkehrsfähig gemacht. Ob sich der verbreitungsrechtliche Erschöpfungsgrundsatz auf derartige Zweitkopien anwenden lässt, ist zu prüfen. Hinzu kommt, dass die Herstellung dauerhafter Programmkopien (Festplattenkopien beim Zweiterwerber mittels eigener Masterkopie oder Zweitkopien von der Software) einen Eingriff in das Vervielfältigungsrecht des Rechtsinhabers nach § 69 c Nr. 1 UrhG bedeutet. Es stellt sich demnach die Frage, ob und wie dieser zu rechtfertigen ist. Urheberrechtlich sind das

28) Baus, MMR 2002, 14 (16); Dreier, in: Dreier/Schulze, UrhG, 3. Aufl. (2008), § 69 d Rdnr. 2; Grützmacher, in: Wandtke/Bullinger (o. Fußn. 1), § 69 d Rdnr. 26; Hoeren, CR 2006, 573 (575); Koppe, Die urheberrechtliche Erschöpfung, 2004, S. 174; Soznitzka, K&R 2006, 206 (210).

29) Bräutigam, in: Festschr. f. Bartsch, 2006, S. 9; Grützmacher, CR 2007, 549 (550).

30) Grützmacher, ITRB 2004, 204 (205 ff.).

31) Huppertz, CR 2006, 145.

Verbreitungs- und das Vervielfältigungsrecht verschiedene, voneinander unabhängige Verwertungsrechte<sup>32</sup>.

#### a) Erschöpfung im Falle der Lizenzaufspaltung

aa) *Erschöpfung des Software-Datenbestands gem. § 69 c Nr. 3 S. 2 UrhG.* Teilweise wird in Rechtsprechung<sup>33</sup> und Literatur<sup>34</sup> angenommen, dass der in § 69 c Nr. 3 S. 2 UrhG enthaltene Erschöpfungsgrundsatz unmittelbar auf den mittels Volumenlizenz und Masterkopie überlassenen Software-Datenbestand (Bit-Strom)<sup>35</sup> anwendbar sei. Unabhängig von seiner Verkörperung dürfe dieser an den Zweiterwerber weiterveräußert und auf irgendeine Weise nutzbar gemacht werden (z.B. durch Herstellung von Zweitkopien). Um die Erschöpfungswirkung nach § 69 c Nr. 3 S. 2 UrhG zu erzielen, sei jedoch erforderlich, dass der Ersterwerber den bei ihm befindlichen Datenbestand löscht<sup>36</sup>.

Diese Ansicht widerspricht jedoch sowohl dem Wortlaut und der Systematik des § 69 c Nr. 3 S. 2 UrhG als auch dessen Zweckrichtung. § 69 c Nr. 3 S. 2 UrhG gilt zum einen nur für körperliche „Vervielfältigungsstücke“. Dies zeigt ein systematischer Vergleich mit dem nahezu inhaltsgleichen § 17 II UrhG, in dem der allgemeine Erschöpfungsgrundsatz normiert ist. Auf Grund des Verweises in § 15 I Nr. 2 UrhG erstreckt sich § 17 UrhG insgesamt allein auf die körperliche Werkverwertung („Der Urheber hat das ausschließliche Recht, sein Werk in körperlicher Form zu verwerten; das Recht umfasst insbesondere [...] das Verbreitungsrecht“)<sup>37</sup>. Damit kann es auch in § 69 c Nr. 3 S. 2 UrhG allein um die körperliche Veräußerung, d.h. Eigentumsübertragung eines Vervielfältigungsstücks von dem Programm gehen<sup>38</sup>. Der Software-Datenbestand als solcher kann hingegen, mangels körperlicher Fixierung, nicht Gegenstand von Eigentumsübertragungen in diesem Sinne sein<sup>39</sup>. Zum anderen soll der Erschöpfungsgrundsatz seinem Sinn und Zweck nach die Verkehrsfähigkeit von Werkstücken sichern. Urheber- und Eigentumsrecht an einem solchen Werkstück sollen nicht auseinander fallen<sup>40</sup>. Da der unkörperliche Datenbestand aber – wie gesagt – nicht eigentumsfähig ist, sondern allenfalls seine körperliche Festlegung (z.B. auf einem Datenträger wie einer CD-ROM), muss auch nur diese im Sinne des Erschöpfungsgrundsatzes verkehrsfähig gehalten werden, nicht aber das ihr immanente geistige Substrat in Form des Datenbestands. Aus diesen Gründen kann sich das Verbreitungsrecht des Rechtsinhabers an dem Software-Datenbestand als solchem nicht erschöpfen<sup>41</sup>.

bb) *Erschöpfung der Software-Nutzungsrechte analog § 69 c Nr. 3 S. 2 UrhG.* Andere Teile der Rechtsprechung<sup>42</sup> und Literatur<sup>43</sup> wenden den Erschöpfungsgrundsatz nach § 69 c Nr. 3 S. 2 UrhG analog auf die Nutzungsrechte aus einer mittels körperlicher Masterkopie in Verkehr gebrachten Software-Volumenlizenz an. Insbesondere nach Auffassung des *LG Hamburg* und des *LG München I* sei jedes dieser Nutzungsrechte „als ein eigenständig zu beurteilendes Vervielfältigungsstück der Software zu behandeln“, an dem sich das Verbreitungsrecht analog § 69 c Nr. 3 S. 2 UrhG jeweils erschöpft habe<sup>44</sup>. Demnach dürften die Nutzungsrechte zustimmungsfrei auf einen Zweiterwerber übertragen werden. Die Kritiker dieser Ansicht sehen keinen Raum für eine Analogie zu § 69 c Nr. 3 S. 2 UrhG. Insbesondere sei keine planwidrige Regelungslücke zu erkennen, da der Wortlaut dieser Vorschrift eindeutig von körperlichen „Vervielfältigungsstücken“ spreche, die in unkörperlichen Nutzungsrechten nicht zu sehen seien. Zudem sei die Übertragung von Nutzungsrechten gem. § 34 I 1 UrhG von der Zustimmung des Rechtsinhabers abhängig; die Ausweitung der

Software-Nutzungsrechte unterwandere dieses Privileg<sup>45</sup>. Verwiesen wird weiterhin auf eine erhöhte Missbrauchsgefahr, die der Rechtsinhaber nicht kontrollieren könne. Im Falle der Abspaltung einzelner Nutzungsrechte aus einer Volumenlizenz könnte ein Zweiterwerber seine auf andere Weise erworbenen Softwarekopien mit diesen Nutzungsrechten auf mehr Plätzen nutzen, als er dies aus eigenem Recht ableiten könne<sup>46</sup>. Durch die Lizenzaufspaltung und Weiterveräußerung einzelner Nutzungsrechte zu einem im Vergleich zum Lizenzpaket relativ erhöhten Einzelpreis würden weiterhin die für eine Volumenlizenz gewährten Händler Rabatte unterwandert. Dies sei mit den berechtigten Vergütungsinteressen des Rechtsinhabers nicht zu vereinbaren<sup>47</sup>.

Anders als die Vertreter der zweiten Ansicht meinen, besteht hinsichtlich der Weiterveräußerbarkeit von abgespaltenen Software-Nutzungsrechten aus einer körperlich in Verkehr gebrachten Volumenlizenz sehr wohl eine planwidrige Regelungslücke im Urheberrechtsgesetz. Dem Gesetzgeber waren bei Schaffung des § 69 c Nr. 3 S. 2 UrhG im Jahr 1993<sup>48</sup> noch nicht die Möglichkeiten der digitalen Technologie bewusst. Diese erlaubt es einem Softwarehändler inzwischen, dem Ersterwerber nicht für jedes einzelne Nutzungsrecht einer Software-Volumenlizenz eine gesonderte Programmkopie zu Installationszwecken aushändigen zu müssen, sondern ihm nur eine einzelne Masterkopie übergeben zu können, mit der er das Programm mehrfach installiert. Der Ersterwerber erhält somit durch die Kombination aus Masterkopie und Nutzungsrechten „virtuell“ mehrere Vervielfältigungsstücke von der Software. Dieser Umstand kommt auch nicht in der Urheberrechtsrichtlinie<sup>49</sup> zum Aus-

32) *Koehler*, Der Erschöpfungsgrundsatz des Urheberrechts im Online-Bereich, 1. Aufl. (2000), S. 93 f.

33) *LG Düsseldorf*, CR 2009, 221 (222). Die einstweilige Verfügung des *LG Düsseldorf* wurde allerdings vom *OLG Düsseldorf* aufgehoben, CR 2009, 566.

34) *Czychowski*, in: *Fromm/Nordemann*, UrhG, 10. Aufl. (2008), § 69 c Rdnr. 33; *Grützmaker*, in: *Wandtke/Bullinger* (o. Fußn. 1), § 69 c Rdnr. 36; *Mäger*, CR 1996, 522 (525); *Soznitz*, K&R 2006, 206 (210).

35) Näher dazu *Ulmer/Hoppen*, CR 2008, 681.

36) So vor allem *Grützmaker*, in: *Wandtke/Bullinger* (o. Fußn. 1), § 69 c Rdnr. 36.

37) *Schricker/Loewenheim* (o. Fußn. 14), § 69 c Rdnrn. 20 und 25; *Dreier*, in: *Dreier/Schulze* (o. Fußn. 28), § 69 c Rdnr. 20 (unter Verw. auf *Schulze*, in: *Dreier/Schulze* [o. Fußn. 28], § 17 Rdnrn. 5 ff.; vgl. auch *Amtl. Begr.*, BT-Dr 12/4022, S. 11).

38) *Bergmann*, in: *Festschr. f. Erdmann* (o. Fußn. 1), S. 17 (25).

39) *Haberstumpf*, CR 2009, 345 (351).

40) *Bergmann*, in: *Festschr. f. Erdmann* (o. Fußn. 1), S. 17 (25).

41) I. E. ebenso *Haberstumpf*, CR 2009, 345 (351).

42) *LG Hamburg*, CR 2006, 812 (813); *LG München I*, MMR 2008, 563 (565).

43) *Huppertz*, Anm. zu *LG München I*, CR 2008, 418; ähnl. *Berger*, GRUR 2002, 198 (201); einschränkend für Einzelplatz-Volumenlizenzen *Paul/Preuß*, K&R 2008, 526 (528); vorsichtiger *Grützmaker*, ZUM 2006, 302 (305).

44) *LG Hamburg*, CR 2006, 812 (813); *LG München I*, MMR 2008, 563 (565), unter ausdrücklicher Bezugnahme auf das zuvor ergangene und in dieser Fußnote zitierte Hamburger Urteil.

45) *Haines/Scholz*, Anm. zu *LG München I*, CR 2006, 161 (163); *Heydn/Schmidl*, K&R 2006, 74 (77); vgl. auch *Moritz*, Anm. zu *LG München I*, CR 2008, 414 (415); *ders.*, MMR 2008, 601 (602).

46) *Bartsch*, Computer Zeitung v. 27. 3. 2006, S. 12; *Dieselhorst*, Anm. zu *LG München I*, CR 2007, 361 (362); *Haines/Scholz*, Anm. zu *LG München I*, CR 2006, 161 (163); vgl. auch *Schuppert/Greisinger*, CR 2005, 81 (85); *Stögmüller*, K&R 2008, 428 (429).

47) *LG München I*, CR 2006, 159 (161); *Haines/Scholz*, Anm. zu *LG München I*, CR 2006, 161 (163); *Heydn/Schmidl*, K&R 2006, 74 (78 f.); *Wimmers/Schulz*, ZUM 2007, 162 (164).

48) Zweites Urheberrechtsgesetz-Änderungsgesetz, BGBl I 2003, 1774.

49) Richtlinie 2001/29/EG zur Harmonisierung bestimmter Aspekte des Urheberrechts und der verwandten Schutzrechte in der Informationsgesellschaft v. 22. 5. 2001, ABLEG Nr. L 167, S. 10 der Europäischen Gemeinschaften v. 22. 6. 2001.



druck, durch die § 69 c Nr. 3 S. 2 UrhG zuletzt geändert wurde. Denn in deren Art. 3 III sowie Erwägungsgrund 29, die allenfalls in Erwägung zu ziehen sind, werden lediglich Aussagen zur Online-Erschöpfung gemacht, die bei der körperlichen Inverkehrbringung einer Volumenlizenz jedoch nicht in Rede steht<sup>50</sup>. Erwägungsgrund 29 der Urheberrechtsrichtlinie besagt: „Die Frage der Erschöpfung stellt sich weder bei Dienstleistungen allgemein noch bei Online-Diensten im Besonderen“. Dass bei § 69 c Nr. 3 S. 2 UrhG eine planwidrige Regelungslücke besteht, ergibt sich schließlich aus dem Umstand, dass der Gesetzgeber beabsichtigt, in Zukunft unter Umständen gesetzliche Regelungen zum Software-Gebrauchthandel zu schaffen<sup>51</sup>. Eine planwidrige Regelungslücke liegt also vor.

Um von einer vergleichbaren Interessenlage zwischen der Erschöpfung bei körperlichen Vervielfältigungsstücken von dem Programm und der Erschöpfung bei Software-Nutzungsrechten ausgehen zu können, muss dem Sinn und Zweck des § 69 c Nr. 3 S. 2 UrhG in beiden Fällen gleichermaßen entsprochen werden. Dieser besteht in einer abstrakt-generellen Abwägung zwischen den Interessen des Rechtsinhabers, für die erstmalige Inverkehrbringung seines Werkes eine angemessene Vergütung erhalten zu können und denen der Nutzer sowie Verwerter an Erhaltung der Verkehrsfähigkeit und klaren und übersichtlichen Rechtsverhältnissen<sup>52</sup>.

Trotz möglicher Unterwanderung der Händlerabatte durch die Aufspaltung einer Volumenlizenz und gesonderter Weiterveräußerung einzelner Nutzungsrechte aus dieser, hat der Rechtsinhaber bei der erstmaligen Inverkehrbringung der Volumenlizenz mittels Masterkopie die Möglichkeit, für die Einräumung der Nutzungsrechte eine angemessene Vergütung zu erhalten. Ihm bleibt es unbenommen, die mögliche Aufspaltung der Volumenlizenz bei der Bemessung der Vergütungshöhe einzukalkulieren<sup>53</sup>. Würde er alternativ dem Ersterwerber nicht nur eine einzelne Masterkopie, sondern für jedes seiner Nutzungsrechte eine gesonderte Programmkopie übergeben, könnte der Ersterwerber ohne Weiteres einzelne dieser Kopien weiterveräußern, obwohl es hierdurch ebenfalls zu einer Unterwanderung des Händlerabatts käme. Denn an den körperlichen Programmkopien hat sich jeweils das Verbreitungsrecht des Rechtsinhabers unmittelbar gem. § 69 c Nr. 3 S. 2 UrhG erschöpft. Es wäre unbillig, im Falle der Aufspaltung einer Volumenlizenz eine andere Bewertung vorzunehmen. Entsprechend hat der BGH in seiner „OEM“-Entscheidung 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 sei<sup>54</sup>. Deshalb sind in Ansehung des aufgespaltenen Weitervertriebs von Software-Nutzungsrechten die Vergütungsinteressen des Rechtsinhabers hinreichend gewahrt im Sinne des Erschöpfungsgrundsatzes nach § 69 c Nr. 3 S. 2 UrhG. Die Interessenlage ist insofern vergleichbar mit der bei körperlichen Programmkopien.

Fraglich ist, ob es ein Bedürfnis nach Erhaltung der Verkehrsfähigkeit im Hinblick auf die Software-Nutzungsrechte gibt, wie es der Sinn und Zweck des Erschöpfungsgrundsatzes verlangt. Ein Verbreitungsrecht an Nutzungsrechten besteht an sich nicht; lediglich das Werkstück, für das Nutzungsrechte eingeräumt wurden, kann Gegenstand des Verbreitungsrechts sein. Die Übertragung von Nutzungsrechten hemisst sich vielmehr nach § 34 I 1 UrhG und erfordert demnach die Zustimmung des Rechtsinhabers. Für eine verbreitungsrechtliche Erschöp-

fung an den Nutzungsrechten als solchen ist somit kein Raum. Allerdings manifestieren sich die Nutzungsrechte in körperlichen Werkstücken, sobald der Ersterwerber von ihnen Gebrauch macht. Denn sie erlauben es ihm, das Programm zu vervielfältigen, um es ablaufen lassen zu können. Regelmäßig ist hierfür die Installation auf der bzw. den Festplatten des Ersterwerbers mittels Masterkopie erforderlich. An diesen dauerhaften Programmkopien besteht ein Interesse an Erhaltung der Verkehrsfähigkeit<sup>55</sup>. Ebenso wie bei körperlichen Programmkopien, die dem Ersterwerber von vornherein vom Softwarehändler übergeben wurden, hat er das Bedürfnis, die auf seinen Festplatten gespeicherten Kopien weiterveräußern zu dürfen. Denn sie sind das körperliche Pendant der Nutzungsrechte, für deren Wahrnehmung der Softwarehändler dem Ersterwerber allein aus Praktikabilitätsgründen lediglich eine einzelne Masterkopie aushändigen musste. Für die Richtigkeit dieser Annahme sprechen vollstreckungsrechtliche Gründe. Ohne Ausweitung der Erschöpfungswirkung nach § 69 c Nr. 3 S. 2 UrhG auf die selbst mittels Masterkopie rechtmäßig angefertigten, dauerhaften Programmkopien könnte der Rechtsinhaber die Zwangsvollstreckung in die Festplatten (oder in ähnliche Datenträger) durch Drittwiderspruchsklage gem. § 771 I ZPO verhindern. Sein insofern nicht erschöpftes Verbreitungsrecht ist ein die Veräußerung hinderndes Recht i. S. des § 771 I ZPO<sup>56</sup>. Dies wäre bei körperlich in Verkehr gebrachten Programmkopien wegen des Erschöpfungseintritts nicht möglich. In dem einen Fall könnte also die Zwangsvollstreckung betrieben werden, in dem anderen aber nicht, obwohl jeweils dauerhafte Programmkopien Gegenstand der Vollstreckung wären. Diese Unterscheidung erscheint unbillig und trägt in hohem Maße zur Rechtsunsicherheit bei<sup>57</sup>. Es ist deshalb davon auszugehen, dass an den körperlich gewordenen Software-Nutzungsrechten (durch Installation der Masterkopie) ein ebensolches Bedürfnis nach Erhaltung der Verkehrsfähigkeit im Sinne des Erschöpfungsgrundsatzes gem. § 69 c Nr. 3 S. 2 UrhG besteht wie an körperlich in Verkehr gebrachten Programmkopien.

Gleichsam verhält es sich bei dem Bedürfnis der Anwender nach klaren und übersichtlichen Rechtsverhältnissen. Durch Ausweitung der Erschöpfungswirkung auf die körperlich gewordenen Nutzungsrechte können Urheber- und Eigentumsrecht an den Programmkopien nicht auseinander fallen. Der Ersterwerber könnte bei Annahme der Erschöpfung die in seinem Eigentum stehenden Festplatten (oder ähnlichen Datenträger), auf denen er das Programm mittels Masterkopie installiert hat, an einen Zweiterwerber weiterveräußern, ohne dass der Rechtsinhaber der Weiterveräußerung sein Verbreitungsrecht entgegen-

50) So auch LG Hamburg, CR 2006, 812 (814); Grützmacher, Anm. zu LG Hamburg, CR 2006, 815 (816).

51) Beschl. des Deutschen Bundestages zu BR-Dr 582/07 v. 31. 8. 2007, S. 2.

52) So genannte kombinierte Belohnungs- und Verkehrssicherungstheorie (h. M.), Joos, Die Erschöpfungslehre im Urheberrecht, 1. Aufl. (1991), S. 223; Koehler, Der Erschöpfungsgrundsatz des Urheberrechts im Online-Bereich, 1. Aufl. (2000), S. 171; Koppe, Die urheberrechtliche Erschöpfung, 1. Aufl. (2004), S. 126; vgl. auch Mäger, CR 1996, 522 (525).

53) Bräutigam, in: Festschr. f. Bartsch (u. Fußn. 29), S. 5; Grützmacher, ZUM 2006, 302 (303).

54) BGH, GRUR 2001, 153 (155) – OEM.

55) So auch OLG Düsseldorf, CR 2009, 566 (567); vgl. für den insofern vergleichbaren Fall des Software-Downloads Hoeren, in: Möhring/Nicolini, UrhG, 2. Aufl. (2000), § 69 c Rdnr. 12.

56) Berger, GRUR 2002, 198 (200).

57) LG Hamburg, CR 2006, 812 (814); für den Parallelfall des Downloads eines Software-Datenbestands Berger, GRUR 2002, 198 (199).

halten könnte. Auch im Hinblick auf das Interesse an klaren und übersichtlichen Rechtsverhältnissen ist die Interessenlage also vergleichbar.

Die von den Gegnern der Analogie zu § 69 c Nr. 3 S. 2 UrhG vorgetragene erhöhte Missbrauchsgefahr in Ansehung der Programmnutzung existiert im Zusammenhang mit der verbreitungsrechtlichen Erschöpfung nicht. Gleichgültig wie der Ersterwerber das Programm weiterveräußert, ob durch Übergabe des Originaldatenträgers oder auf andere Weise (Anfertigung und Weitergabe von Zweitkopien o. Ä.), bleibt es ihm stets möglich, seine bereits installierten Programmkopien nicht zu löschen und trotz Weiterveräußerung weiterhin zu nutzen. Eine solche Doppelnutzung wäre aber keine verbreitungsrechtliche Problematik, die mit dem Erschöpfungseintritt im Zusammenhang stünde, sondern allein eine vervielfältigungsrechtliche. Die Missbrauchsgefahr bezöge sich allein auf eine mögliche Verletzung des Vervielfältigungsrechts des Rechtsinhabers nach § 69 c Nr. 1 UrhG. Da aber das Vervielfältigungs- und Verbreitungsrecht – wie oben bereits festgestellt – urheberrechtlich voneinander zu trennende Verwertungsrechte sind, hat ein möglicher Eingriff in das Vervielfältigungsrecht keine Auswirkungen auf das Verbreitungsrecht, schon gar nicht durch dessen Erschöpfung<sup>58</sup>. Zudem wird die Missbrauchsgefahr ohnehin durch die beim Software-Gebrauchthandel üblichen notariellen Bestätigungsnachweise über den Übergang der Nutzungsrechte und die Löschung der beim Ersterwerber befindlichen Programmkopien eingedämmt<sup>59</sup>.

Insgesamt ist aus diesen Gründen eine vergleichbare Interessenlage im Hinblick auf die Erschöpfung des Verbreitungsrechts an körperlich in Verkehr gebrachten Programmkopien und körperlich gewordenen Programmnutzungsrechten gegeben. § 69 c Nr. 3 S. 2 UrhG ist deshalb analog auf letztere anzuwenden.

Zwar mag es in der Regel kaum praktikabel sein, die gesamte Festplatte weiterzueräußern, obwohl Gegenstand des Software-Gebrauchthandels nur ein einziges Programm sein soll. Denn auf Festplatten befinden sich regelmäßig weitere Programme, die nicht Gegenstand des Software-Gebrauchthandels sein sollen<sup>60</sup>. Ob und inwieweit alternative Formen des Gebrauchthandels rechtmäßig sind, ist jedoch keine Frage der möglichen Erschöpfung. Die Herstellung von Zweitkopien des Programms zur Verkehrsfähigmachung der Nutzungsrechte oder die Installation des Programms beim Zweiterwerber mittels dessen eigener Masterkopie betrifft nicht das Verbreitungsrecht, sondern ausschließlich das Vervielfältigungsrecht (§ 69 c Nr. 1 UrhG). Ob die zur Verkehrsfähigmachung des Programms erforderlichen Vervielfältigungshandlungen rechtmäßig sind, hat keinen Einfluss auf den Eintritt der Erschöpfung bei den körperlich gewordenen Programmnutzungsrechten durch Installation der Masterkopie analog § 69 c Nr. 3 S. 2 UrhG.

#### b) Vervielfältigungen zum Zwecke der Weiterveräußerung

Sowohl das *LG Hamburg* als auch das *LG München I* sind der Ansicht, dass es im Falle der Lizenzaufspaltung rechtmäßig ist, dem Zweiterwerber zu Installationszwecken Zweitkopien von der Masterkopie des Programms herzustellen und zu übergeben. Stelle der Softwarehersteller von vornherein nur eine Masterkopie mit einer bestimmten Anzahl von Lizenzrechten zur Verfügung, sei die Veräußerung der Lizenzrechte jedenfalls dann auf gesondert hergestellten Datenträgern zulässig, wenn es zu keiner Vermehrung von Vervielfältigungen der überlassenen Software komme. Entscheidend sei bei einem Weiter-

verkauf nur, dass der Ersterwerber alle auf seinen Rechnern noch befindlichen Kopien des Computerprogramms lösche, damit es zu keiner Vermehrung der Vervielfältigungen komme. Nach Eintritt der Erschöpfung (analog § 69 c Nr. 3 S. 2 UrhG) erstrecke sich der Erschöpfungsgrundsatz auf das zur Weiterveräußerung der Software notwendige Vervielfältigungsrecht<sup>61</sup>. Das *LG Hamburg* beruft sich zudem zur Rechtfertigung einerseits auf die „Parfumflakon“-Entscheidung des *BGH*<sup>62</sup>, in der dieser ebenfalls die Ausweitung der verbreitungsrechtlichen Erschöpfung auf das Vervielfältigungsrecht in bestimmten Fällen angenommen hat<sup>63</sup>. Andererseits stützt es sich aber auch auf die gesetzliche Schranke des § 69 d I UrhG, die dem Erst- oder Zweiterwerber im Zusammenhang mit der Weiterveräußerung des Programms zur Seite stehe, soweit zur bestimmungsgemäßen Programmnutzung noch Vervielfältigungshandlungen i. S. des § 69 c Nr. 1 UrhG erforderlich seien<sup>64</sup>. Die Rechtfertigung der zur Weiterveräußerung des Programms notwendigen Vervielfältigungshandlungen (Installation mittels eigener Masterkopie des Zweiterwerbers oder Herstellung von Zweitkopien) lässt sich nach dieser Ansicht also entweder über die Ausweitung der Erschöpfungswirkung des § 69 c Nr. 3 S. 2 UrhG (analog) rechtfertigen oder über die Anwendung des § 69 d I UrhG.

Wirtschaftlich betrachtet, erscheint das Ergebnis der vorgenannten Entscheidungen legitim. Es ist nicht einzusehen, warum es dem Ersterwerber im Falle des Eintritts der Erschöpfung analog § 69 c Nr. 3 S. 2 UrhG verwehrt sein soll, dem Zweiterwerber nicht auch notfalls durch Vervielfältigung der Software das Programm nutzbar machen zu dürfen, wenn er seine Programmkopien im Gegenzug löscht. Urheberrechtsdogmatisch erweist sich die Rechtfertigung der Vervielfältigungshandlungen allerdings als nicht ganz einfach<sup>65</sup>.

Wie gesagt, sind das Vervielfältigungs- und Verbreitungsrecht voneinander zu trennende Verwertungsrechte. Der Erschöpfungsgrundsatz des § 69 c Nr. 3 S. 2 UrhG beschränkt demnach unmittelbar nur das Recht zur Verbreitung eines Werkes, nicht aber auch das Recht, dieses zu vervielfältigen. In seiner „Parfumflakon“-Entscheidung hat der *BGH* hiervon eine Ausnahme gemacht. So sei die gesetzliche Regelung in § 17 II UrhG (allgemeiner Erschöpfungsgrundsatz) „Ausdruck des allgemeinen Grundsatzes, dass das Urheberrecht ebenso wie andere Schutzrechte gegenüber dem Interesse an der Verkehrsfähigkeit der mit Zustimmung des Berechtigten in Verkehr gesetzten Waren zurücktreten muss“<sup>66</sup>. In dem der Entscheidung zu Grunde liegenden Sachverhalt ging es um die Frage, ob ein Zwischenhändler einen urheberrechtlich geschützten Parfumflakon in einem Prospekt mittels Abbildung und damit Vervielfältigung bewerben darf, ohne dass der Urheber dieser Vervielfältigung zugestimmt hat. Der *BGH* war der Auffassung, dass die Vervielfältigung des Flakons rechtmäßig gewesen sei, da ein solches Bewerben wirt-

58) *Berger*, GRUR 2002, 198 (201); *Grützmacher*, ZUM 2006, 302 (303).

59) *LG Düsseldorf*, CR 2009, 221 (223); *Sosnitza*, K&R 2006, 206 (209); vorsichtiger *Berger*, GRUR 2002, 198 (202).

60) Vgl. *LG Düsseldorf*, CR 2009, 221 (222 f.).

61) *LG München I*, MMR 2008, 563 (565).

62) *BGH*, GRUR 2001, 51 – Parfumflakon.

63) *LG Hamburg*, CR 2006, 812 (813 f.).

64) *LG Hamburg*, CR 2006, 812 (815).

65) Zur Kritik an den Entscheidungen des *LG Hamburg* und des *LG München I* s. nur *Heydn*, Anm. zu *LG München I*, MMR 2008, 565 (566); *Wimmers/Schulz*, ZUM 2007, 162 (163 f.); vorsichtig krit. *Grützmacher*, Anm. zu *LG Hamburg*, CR 2006, 815 (816).

66) *BGH*, GRUR 2001, 51 (53) – Parfumflakon.

schaftlich üblich und erforderlich sei, um ein Produkt weiterveräußern zu können. Da sich an dem fraglichen Parfumflakon das Verbreitungsrecht des Rechtsinhabers erschöpft habe, sei es von Seiten des Zwischenhändlers rechtmäßig gewesen, den Flakon in einem Werbeprospekt zu vervielfältigen, da er auf andere Weise kaum verkehrsfähig gehalten werden könne, wie es aber dem Sinn und Zweck des Erschöpfungsgrundsatzes entspreche<sup>67</sup>. Ob sich dieser Grundsatz auch auf die beim Software-Gebrauchthandel notwendigen Vervielfältigungshandlungen übertragen lässt, ist fraglich. Dafür spricht, dass die Programmkopien, an denen analog § 69 c Nr. 3 S. 2 UrhG Erschöpfung eingetreten ist, anders kaum verkehrsfähig gehalten werden könnten. Es ist dem Ersterwerber regelmäßig nicht zumutbar, seine gesamte Festplatte weiterzuveräußern, wenn Gegenstand des Gebrauchthandels lediglich eines von vielen dort gespeicherten Programmen sein soll<sup>68</sup>. Dagegen spricht, dass es bei den Vervielfältigungen im Zuge des Software-Gebrauchthandels nicht darum geht, ein konkretes, mit Zustimmung des Rechtsinhabers in Verkehr gebrachtes Werkstück durch Vervielfältigung verkehrsfähig zu halten, wie es bei der „Parfumflakon“-Entscheidung der Fall war, sondern gänzlich neue Vervielfältigungsstücke herzustellen. Die vom Ersterwerber angefertigten Zweitkopien oder die vom Zweiterwerber mittels eigener Masterkopie hergestellten Festplattenkopien waren zu keinem Zeitpunkt Gegenstand einer Veräußerungshandlung i. S. des § 69 c Nr. 3 S. 2 UrhG. Sie wurden nicht mit Zustimmung des Rechtsinhabers in Verkehr gebracht. Die „Parfumflakon“-Entscheidung lässt sich somit nicht ohne Weiteres auf den Software-Gebrauchthandel übertragen.

Ähnlich verhält es sich mit der Anwendbarkeit des § 69 d I UrhG zur Rechtfertigung der Software-Vervielfältigungen. Wie oben bereits dargelegt, enthält diese Vorschrift einen gewissen „zwingenden Kern“ von Mindestrechten zu Gunsten eines zur Verwendung eines Vervielfältigungsstücks des Programms Berechtigten. Soweit dieser zur bestimmungsgemäßen Benutzung des Programms befugt ist, darf er es zustimmungsfrei vervielfältigen. Allerdings greift die Schranke des § 69 d I UrhG in erster Linie im Falle des rechtmäßigen Eigentumserwerbs einer Programmkopie, an der Erschöpfung eingetreten ist. Insofern ist § 69 d I UrhG dazu bestimmt, die Erschöpfungswirkung des § 69 c Nr. 3 S. 2 UrhG abzusichern<sup>69</sup>. Soweit § 69 d I UrhG im konkreten Fall greift, tritt § 34 I 1 UrhG mit seinem Zustimmungserfordernis für Nutzungsrechtsübertragungen zurück. Mit dem rechtmäßigen Erwerb der Programmkopie, an der sich das Verbreitungsrecht erschöpft hat, gehen die Nutzungsbefugnisse des Ersterwerbers an dieser Kopie auf den Zweiterwerber per Gesetz über. Beim Software-Gebrauchthandel in der Variante der Lizenzaufspaltung soll aber regelmäßig das Eigentum an dem Werkstück, an dem analog § 69 c Nr. 3 S. 2 UrhG Erschöpfung eingetreten ist (Festplatte o. Ä.), gerade nicht übertragen werden. Vielmehr kommt es zur Herstellung gänzlich neuer Werkstücke (Zweitkopien etc.), die nicht Gegenstand der ursprünglichen Inverkehrbringung waren. Die für diese Werkstücke notwendigen Vervielfältigungshandlungen lassen sich somit nicht unmittelbar über § 69 d I UrhG und dessen Zweckbestimmung rechtfertigen. Es geht bei ihnen nicht darum, die Nutzungsbefugnisse an den Gegenstand der Erschöpfung zu koppeln und damit die Erschöpfungswirkung abzusichern, sondern die zustimmungsfreie Nutzungsrechtsübertragung zu ermöglichen, ohne den Gegenstand der Erschöpfung selbst weiterveräußern zu müssen. Allenfalls durch eine sehr weite Auslegung des Tatbestandsmerk-

mals der „bestimmungsgemäßen Benutzung“ in § 69 d I UrhG lassen sich die notwendigen Vervielfältigungen rechtfertigen.

Auch wenn die Entscheidungen des *LG Hamburg* und des *LG München I* wirtschaftlich nachvollziehbar sind und in ihrem Ergebnis legitim erscheinen, ist die Rechtfertigung der bei der Lizenzaufspaltung erforderlichen Vervielfältigungen urheberrechtlich nicht eindeutig möglich. Eine höchstrichterliche Entscheidung in dieser Frage bleibt abzuwarten. Möglicherweise wird es aber in naher Zukunft zu gesetzlichen Änderungen in dieser Materie kommen. Wie diese konkret aussehen werden, ist derzeit aber noch unklar.

### c) Zustimmung gem. § 34 I UrhG

Geht man – hilfsweise – davon aus, dass die Vervielfältigungen zur effektiven Weiterveräußerung einer aufgespaltenen Volumenlizenz nicht durch § 69 d I UrhG oder eine Ausweitung der Erschöpfungswirkung auf das Vervielfältigungsrecht gedeckt wären, bedarf es zur Übertragung der Programmnutzungsrechte des Ersterwerbers auf den Zweiterwerber der Zustimmung des Rechtsinhabers gem. § 34 I 1 UrhG. In bestimmten Fällen besteht jedoch ein Anspruch auf diese Zustimmung, wenn ihre Verweigerung gegen Treu und Glauben verstößt (§ 34 I 2 UrhG). Treuwidrig ist die Zustimmungsverweigerung, wenn der Rechtsinhaber hierfür keinen sachlichen Grund vorweisen kann. Dies ist der Fall, wenn es durch die Nutzungsrechtsübertragung nicht zu einer Urheberpersönlichkeits- oder Verwertungsrechtsverletzung kommt. Um eine solche zu ermitteln, müssen die Interessen des Rechtsinhabers an der Wahrung seiner Urheberrechte mit denen des Ersterwerbers an der Übertragung seiner Nutzungsrechte abgewogen werden<sup>70</sup>. Tendenziell ist die Weiterübertragung bei Werken mit Massencharakter – wie Computerprogrammen – für den Rechtsinhaber im Allgemeinen eher zumutbar<sup>71</sup>.

Werden einzelne Nutzungsrechte aus einer Software-Volumenlizenz auf einen Zweiterwerber übertragen und verliert der Ersterwerber seine Nutzungsbefugnisse im entsprechenden Umfang, kommt es regelmäßig nicht zu einer Verletzung von Urheberpersönlichkeits- oder Verwertungsrechten des Rechtsinhabers<sup>72</sup>. Voraussetzung ist allerdings, dass der Ersterwerber nach der Weiterübertragung sämtliche bei ihm befindlichen Programmkopien in dem Umfang löscht, wie er Nutzungsrechte verloren hat. Dies ist aber auch bei körperlichen Weiterveräußerungen nicht anders; insofern handelt es sich beim aufgespaltenen Lizenzvertrieb nicht um einen Sonderfall.

An sich werden die Vergütungsinteressen des Rechtsinhabers ebenfalls nicht verletzt. Er hatte bei der erstmaligen Inverkehrbringung des Programms die Möglichkeit, hierfür eine angemessene Vergütung zu fordern und die etwaige Aufspaltung der Volumenlizenz einzukalkulieren. Nur wenn seine Händlerrabatte in unzumutbarem Maße unterwandert werden, kann die Verweigerung der Zustimmung im Einzelfall nicht als treuwidrig i. S. des § 34

67) BGH, GRUR 2001, 51 (53 f.) – Parfumflakon.

68) So auch *LG Düsseldorf*, CR 2009, 221 (223); die Entscheidung wurde jedoch aufgehoben durch *OLG Düsseldorf*, CR 2009, 566.

69) *Hoeren*, CR 2006, 573 (575); *Sosnitza*, K&R 2006, 206 (210); *Wimmers/Schulz*, ZUM 2007, 162 (163).

70) *Kotthoff*, in: *Dreyer/Kotthoff/Meckel*, UrhG, 2. Aufl. (2009), § 34 Rdnr. 8; *Schulze*, in: *Dreyer/Schulze* (o. Fußn. 28), § 34 Rdnr. 18; *Spautz*, in: *Möhring/Nicolini* (o. Fußn. 55), § 34 Rdnr. 12; *Wandtke/Grünert*, in: *Wandtke/Bullinger* (o. Fußn. 1), § 34 Rdnr. 11 f.

71) *Kotthoff*, in: *Dreyer/Kotthoff/Meckel* (o. Fußn. 70), § 34 Rdnr. 8; *Wandtke/Grünert*, in: *Wandtke/Bullinger* (o. Fußn. 1), § 34 Rdnr. 13.

72) Ebenso i. E. *Haberstumpf*, CR 2009, 345 (350).



I 2 UrhG zu werten sein<sup>73</sup>. In den meisten Fällen dürfte der Ersterwerber jedoch einen Anspruch auf Erteilung der Zustimmung haben.

#### 4. Zwischenergebnis

Als Zwischenergebnis lässt sich festhalten, dass sich das Verbreitungsrecht des Rechtsinhabers an einer körperlich in Verkehr gebrachten Programmkopie (Datenträger, wie z. B. eine CD-ROM) gem. § 69 c Nr. 3 S. 2 UrhG erschöpft. Diese Programmkopie darf zustimmungsfrei weiterveräußert werden. Die hieran gekoppelten Nutzungsrechte des Ersterwerbers gehen bei vollständiger Weiterveräußerung gem. § 69 d I UrhG auf den Zweiterwerber über, gleichgültig ob dem Ersterwerber eine Einzel- oder eine Volumenlizenz eingeräumt wurde. Das Zustimmungserfordernis nach § 34 I 1 UrhG gilt in diesen Fällen nicht. Problematisch ist die Aufspaltung einer Volumenlizenz und gesonderte Weiterveräußerung einzelner Nutzungsrechte hieraus. Es spricht Vieles dafür, dass sich an den mittels Programminstallation körperlich gewordenen Nutzungsrechten das Verbreitungsrecht analog § 69 c Nr. 3 S. 2 UrhG erschöpft. Ob aber die für eine effektive Weiterveräußerung dieser selbst hergestellten Programmkopien erforderlichen Vervielfältigungen (Anfertigung von Zweitkopien, Installation beim Zweiterwerber mittels eigener Masterkopie o. Ä.) rechtmäßig sind, lässt sich nicht eindeutig sagen. Allenfalls über das Argument der Absicherung der Erschöpf-

fungswirkung nach den Grundsätzen der „Parfumflakon“-Entscheidung des BGH oder über eine sehr weite Auslegung des § 69 d I UrhG ist eine Rechtfertigung denkbar. In dieser Hinsicht steht aber eine endgültige Klärung der Rechtslage durch den BGH oder den Gesetzgeber noch aus.

### III. Einschätzung der zukünftigen Entwicklung

Der Bundestag hat bereits im August 2007 das Bundesministerium der Justiz aufgefordert, sich mit möglichen Regelungen zum Software-Gebrauchthandel im Rahmen eines etwaigen Dritten Korbes zur Urheberrechtsnovelle auseinanderzusetzen<sup>74</sup>. Die Regierungskoalition der 17. Legislaturperiode hat in ihrem Koalitionsvertrag vereinbart, zügig mit den Arbeiten an einem solchen Dritten Korb zu beginnen<sup>75</sup>. Voraussichtlich wird es also schon in naher Zukunft Regelungen zum Software-Gebrauchthandel geben, es sei denn, der Gesetzgeber sieht keinen Regelungsbedarf.

73) Haberstumpf, CR 2009, 345 (352).

74) Beschl. des Deutschen Bundestages zu BR-Dr 582/07 v. 31. 8. 2007, S. 2.

75) Koalitionsvertrag zwischen CDU, CSU und FDP zur 17. Legislaturperiode v. 28. 10. 2009, S. 103 (abrufbar unter <http://www.bmi.bund.de/cae/servlet/contentblob/773606/publicationFile/43158/koalitionsvertrag.pdf;jsessionid=57F58D35B70E6D72F55EC9BBA3D219E0>).

## Anmerkungen zur Diskussion um die Beschränkung des Akteneinsichtsrechts in den Filesharingverfahren

Heiner Christian Schmidt\*

*Die Verletzung von Urheberrechten in Internetaustauschbörsen beschäftigt die Justiz bereits seit geraumer Zeit. Obwohl die Unzulässigkeit des Bereitstellens und Herunterladens urheberrechtlich geschützter Werke via Internet mittlerweile kaum noch Zweifeln unterliegt, gestaltet sich die Rechtsdurchsetzung für die Urheberrechtseinhaber als schwierig. Gerade bei Verletzungshandlungen, die ein gewerbliches Ausmaß nicht erreichen, führt die restriktive Handhabung des Akteneinsichtsrechts gem. § 406 e StPO durch die Strafverfolgungsorgane zu einem partiell rechtsfreien Raum. Der nachfolgende Beitrag analysiert die Hintergründe, die zur Beschränkung des Akteneinsichtsrechts geführt haben, und kritisiert die in diesem Zusammenhang vorgebrachten strafprozessualen Argumente.*

### I. Rechtliche Ausgangslage

Die illegale Verbreitung urheberrechtlich geschützter Werke über Internetaustauschbörsen (Filesharing in peer-to-peer-Netzwerken<sup>1</sup>) hat bei den Staatsanwaltschaften in der Vergangenheit zu einem erheblichen Verfahrensanfall geführt<sup>2</sup>. Seit dem Inkrafttreten des Zweiten Gesetzes zur Regelung des Urheberrechts in der Informationsgesellschaft<sup>3</sup> (so genannter „2. Korb“ der Urheberrechtsreform<sup>4</sup>) zum 1. 1. 2008 unterliegt neben dem so genannten Upload nunmehr grundsätzlich auch das Herunterladen urheberrechtlich geschützter Werke der Strafbarkeit gem. § 106 UrhG<sup>5</sup>. Das Interesse der Rechtsinhaber zielt jedoch weniger auf die strafrechtliche Verfolgung der Tauschbörsennutzer als vielmehr auf die Durchsetzung zivilrechtlicher Unterlassungs- und Schadensersatzansprüche ab<sup>6</sup>. Denn der verursachte wirtschaftliche Schaden

dürfte beträchtlich sein, auch wenn letztlich keine validen Zahlen zum Schadensumfang vorliegen<sup>6</sup>. Um zivilrechtliche Ansprüche geltend machen zu können, bedarf es neben der Ermittlung der dem Tauschbörsennutzer zugewiesenen IP-Adresse<sup>7</sup> allerdings auch der Feststellung des dazugehörigen Anschlussinhabers<sup>8</sup>. Lange Zeit war den Rechtsinhabern eine selbstständige Ermittlung des Anschlussinhabers verwehrt, da das Urheberrechtsgesetz kei-

\* Dr., Beisitzer in der 2. Großen Strafkammer des I.G. Saarbrücken (Wirtschaftsstrafkammer). – Der Beitrag gibt die persönliche Meinung des Autors wieder.

1) Zu den technischen Hintergründen Röhl/Bosch, NJOZ 2008, 1197 (1199 f.); Gercke, in: Gercke/Brunst, Praxishdb. InternetstrafR, 2009, Rdnr. 411.

2) Vgl. Dietrich, NJW 2006, 809 (810); Beck/Kreisfig, NSTz 2007, 304 (305); Gercke, JA 2009, 90 (95); Kondziela, MMR 2009, 295.

3) BGBl 2007 I, 2513.

4) Reinbacher, GRUR 2008, 394 (400 f.); Röhl/Bosch, NJW 2008, 1415 (1416 f.), sowie dies., NJOZ 2008, 1197 (1200 ff.); Gercke, JA 2009, 90 (93 f.); zur Frage der Strafbarkeit des Download bis zum 31. 12. 2007 vgl. Heghmanns, MMR 2004, 14 (15 f.); Dietrich, NJW 2006, 809 (810). Sofern pornografische Schriften angeboten werden, kommt zudem eine Strafbarkeit gem. § 184 StGB in Betracht, vgl. Esser, GA 2010, 65 (67 f.).

5) Zur Interessenlage und zum Vorgehen der Rechtsinhaber vgl. Röhl/Bosch, NJOZ 2008, 1197 f.; Hoeren, NJW 2008, 3099.

6) Vgl. Gercke, in: Gercke/Brunst (o. Fußn. 1), Rdnrn. 407 f.

7) Zu den Ermittlungsmöglichkeiten Dietrich, NJW 2006, 809; Beck/Kreisfig, NSTz 2007, 304.

8) Ob eine Ermittlung der IP-Adresse und daran anknüpfend des Anschlussinhabers auf Grund anonymisierten Datenaustauschs und des Einsatzes von Verschlüsselungstechniken auch zukünftig möglich sein wird, erscheint fraglich, vgl. hierzu Röhl/Bosch, NJW 2008, 1415 (1419); Gercke, in: Gercke/Brunst (o. Fußn. 1), Rdnr. 411.