

Question B

To what extent does the principle of exhaustion of IP rights apply to the online industry?

International reporter: Prof. Vincenzo Franceschelli, Università di Milano-Bicocca. E-Mail:
lexfran@tin.it

Beantwortet von:

Thomas Hoeren

Professor, Dr. iur.

Direktor des "Instituts für Informations-, Telekommunikations- und Medienrecht (ITM)
-Zivilrechtliche Abteilung-" an der Westfälischen Wilhelms-Universität Münster, Deutschland

Inhaltsverzeichnis

1. Allgemeine Ausführungen zum Erschöpfungsgrundsatz im deutschen Recht	1
1.1 Allgemeines	1
1.2 Urheberrecht.....	1
1.2.1 § 17 Abs. 2 UrhG	1
1.2.2 § 69c Nr. 3 S. 2 UrhG	2
1.3 Patentrecht.....	2
1.4 Markenrecht	3
1.5 Geschmacksmusterrecht.....	4
2. E-commerce im deutschen Recht.....	5
3. Der Erschöpfungsgrundsatz vor dem Hintergrund des Online Handels.....	6
3.1 Einführung	6
3.2 Der Erschöpfungsgrundsatz bei nichtkörperlicher Übertragung	7
3.2.1 Analoge Anwendung des § 69c Nr. 3 S.2 UrhG	7
3.2.2 Ausnahme vom Zustimmungserfordernis gemäß § 69d Abs. 1 UrhG.....	8
3.2.3 Wesentliche Aspekte der <i>UsedSoft</i> -Entscheidung des <i>EuGH</i>	9
3.2.4 Folgerungen und Folgeentscheidung des BGH v. 17.07.2013 – I ZR 129/08	11
3.2.5 Aufspaltungsverbot bei Client-Server-Lizenzen bzw. Volumenlizenzen.....	12
3.2.5.1 Problemdarstellung	12
3.2.5.2 Erkenntnisse aus <i>EuGH-UsedSoft</i> und die Behandlung von Client-Server- Lizenzen	13
3.2.5.3 Die Behandlung von Volumenlizenzen	14
3.2.6 Die Behandlung von „Pflegeverträgen“	14
3.2.7 Die Bedeutung von technischen Maßnahmen im Sinne von Sperren.....	15
3.3 Die Anwendung des Erschöpfungsgrundsatzes auf andere digitale Güter	17
4. Haftungsfragen in Bezug auf das Urheberrecht und den Online-Handel	20
5. Schlussfolgerungen und Ausblick.....	22

1. Allgemeine Ausführungen zum Erschöpfungsgrundsatz im deutschen Recht

1.1 Allgemeines

Der Erschöpfungsgrundsatz findet im deutschen gewerblichen Rechtsschutz und Urheberrecht entweder eine konkrete Normierung oder ist zumindest als allgemeiner Grundsatz anerkannt; zu erwähnen sind in diesem Zusammenhang die §§ 17 Abs. 2, 69c Abs. 3 S. 2 Urhebergesetz (UrhG), § 24 Markengesetz (MarkenG), § 48 Geschmacksmustergesetz (GeschmacksmusterG).¹ Beispielsweise findet sich im Patentrecht keine entsprechende Norm des Erschöpfungsgrundsatzes, jedoch wird dessen Existenz nicht in Zweifel gezogen. Der *BGH* hat den Erschöpfungsgrundsatz wiederholt als einen allgemeingültigen Grundsatz für das gesamte Immaterialgüterrecht anerkannt.²

1.2 Urheberrecht

1.2.1 § 17 Abs. 2 UrhG

In Rechtsprechung und Literatur wird der Erschöpfungsgrundsatz im Urheberrecht grundsätzlich dahingehend verstanden, dass der Rechteinhaber das ihm zustehende ausschließliche Verwertungsrecht durch eigene Benutzungshandlungen verbraucht, so dass nachfolgende Verwertungshandlungen, insbesondere durch Dritte nicht mehr vom Schutzrecht des Rechteinhabers erfasst werden.³ Die Erschöpfung im Urheberrecht tritt nach allgemeiner Auffassung dann ein, wenn das Werk mit Zustimmung des Berechtigten in den EU-Mitgliedsstaaten oder im EWR-Raum in den Verkehr gebracht wurde.⁴ Eine solche Veräußerung ist regelmäßig dann anzunehmen, wenn das Eigentum an dem Werk durch den Berechtigten übertragen wird.⁵ Dabei lösen nur rechtsgeschäftliche Veräußerungen die Erschöpfungswirkung aus, nicht jedoch der gesetzliche Eigentumsübertragung nach beispielsweise den §§ 946 ff. BGB.⁶ Im Übrigen ist der Begriff der Veräußerung weit zu verstehen; es soll jede endgültige Aufgabe der Verfügungsmöglichkeit ausreichen.⁷ In diesem Zusammenhang sind verschiedene Fallkonstellationen zu unterscheiden: Beispielsweise ist die Sicherungsübereignung nicht als endgültige Aufgabe des Eigentums anzusehen, da sie zumeist bedungen und auf Rückübertragung ausgerichtet ist.⁸ Anders ist beim Eigentumsvorbehalt, bei welchem der Käufer ein Anwartschaftsrecht erhält und der Verkäufer sich lediglich eine temporäre Sicherung einräumt.⁹

¹ Es soll der Vollständigkeit halber auch der Erschöpfungsgrundsatz in § 10b Sortenschutzgesetz (SortSchG) erwähnt werden, welcher jedoch für die vorliegende Bearbeitung ohne Bedeutung bleibt; zur Vertiefung vgl. *OLG Dresden*, Urteil v. 23.09.2009 – 11 U 422/09.

² *BGH*, Urteil v. 07.11.1980 – I ZR 24/79 (*Kabelfernsehen in Abschattungsgebieten*) = GRUR 1981, 413 (416); Urteil v. 27.02.1981 – I ZR 186/78 (*Schallplattenimport I*) = GRUR 1981, 587, 589; Urteil v. 06.03.1986 – I ZR 208/03 (*Schallplattenvermietung*) = GRUR 86 736,(737).

³ *BGH*, Urteil v. 21.03.1985 – I ZR 166/82 (*Schallplattenimport II*) = GRUR 1984, 924, 925; *Schulze*, in: *Dreier/Schulze, Urheberrechtsgesetz – Kommentar*, 4. Auflage München 2013, § 17 UrhG, Rn. 24.

⁴ *Wiebe*, in *Spindler/Schuster, Recht der elektronischen Medien*, 2. Auflage, München 2011, § 17 UrhG, Rn. 10.

⁵ *BGH*, Urteil v. 03.03.2005 – I ZR 133/02 = *Zeitschrift für Urheber- und Medienrecht (ZUM)* 2005, 475 (476).

⁶ *BGH*, Urteil v. 23.02.1995 – I ZR 68/93 (*Mauer Bilder*) = GRUR 1995, 673,(676).

⁷ *Heerma*, in: *Wandtke/Bullinger, Praxiskommentar zum Urheberrecht*, 3. Auflage München 2009, § 17 UrhG, Rn. 14.

⁸ *Heerma*, in: *Wandtke/Bullinger, Praxiskommentar zum Urheberrecht*, 3. Auflage München 2009, § 17 UrhG, Rn. 14.

⁹ *Heerma*, in: *Wandtke/Bullinger, Praxiskommentar zum Urheberrecht*, 3. Auflage München 2009, § 17 UrhG, Rn. 14.

Das Erschöpfungsrecht bezieht sich auf das jeweilige veräußerte Werkexemplar.¹⁰ Die Erschöpfung tritt nur am Verbreitungsrecht ein, nicht jedoch auch am Vervielfältigungsrecht.¹¹

Dahinter steht der Gedanke, dass der Rechteinhaber durch die Veräußerung die Möglichkeit hatte, seine Rechte am Werk ausreichend zu versilbern.¹² Im Übrigen erfordert es die Rechtssicherheit, dass der Erwerber mit dem neu erworbenen Werk nach seinem Belieben verfahren kann.¹³ Dahinter steht der Gedanke, dass nachgelagerte Märkte nicht abgeschottet werden sollen und somit das Funktionieren des Binnenmarktes gewährleistet wird.¹⁴ Somit wird dem Rechteinhaber nach der Veräußerung das Recht genommen, die Weiterverbreitung des Werkes einzuschränken.¹⁵

Eine Begrenzung des Erschöpfungsrechts findet sich in § 17 Abs. 2 UrhG a.E. in Gestalt der Vermietung; das bedeutet, dass der Urheber trotz des unter Zustimmung erfolgten Inverkehrbringens des Werkexemplars dessen Vermietung durch den Erwerber unterbinden darf.¹⁶ Dieses ausschließliche Recht wurde mit dem dritten Gesetz zur Änderung des Urheberrechts v. 23.06.1995 im Zusammenhang mit der Umsetzung der EG-Richtlinie 92/100/EG zum Vermiet- und Verleihrecht kodifiziert. Die Vermietung wird in diesem Zusammenhang legaldefiniert als die zeitlich begrenzte, unmittelbar oder mittelbar Gewerbszwecken dienende Gebrauchsüberlassung, vgl. § 17 Abs. 3 S. 1 UrhG.

Diese Grenze des Erschöpfungsgrundsatzes findet ihrerseits einige Ausnahmen in § 17 Abs. 3 S. 2 UrhG; diese sind wiederum Ausfluss der Ausnahmemöglichkeiten in Erwägungsgrund 13 RiLi 92/100/EWG, von welcher der Gesetzgeber seinerzeit Gebrauch gemacht hat.

1.2.2 § 69c Nr. 3 S. 2 UrhG

Darüber hinaus hat der Gesetzgeber in § 69c Nr. 3 S. 2 UrhG ein spezielles Erschöpfungsrecht an Computerprogrammen auf Basis des Art. 4 lit. c S. 2 der RiLi 91/250/EG eingeführt, wonach die Erschöpfung an durch den Rechtsinhaber oder mit dessen Zustimmung im Wege der Veräußerung in der EU oder im EWR-Raum in den Verkehr gebrachten Computerprogrammen eintritt. Wie auch in § 17 Abs. 2 UrhG gilt die Erschöpfung jedoch nicht für das Vermietrecht. Im Übrigen soll die Erschöpfung erst dann eintreten, wenn die Programmkopie endgültig beim Nutzungsberechtigten verbleiben soll.¹⁷ Ansonsten kann weitestgehend auf die Ausführungen zu § 17 Abs. 2 UrhG verwiesen werden.¹⁸

1.3 Patentrecht

Dem Patentrecht kann anders als dem Urheberrecht keine explizite Aussage über den Erschöpfungsgrundsatz entnommen werden. Nichtsdestoweniger ist der Erschöpfungsgrundsatz im

¹⁰ Schulze, in: Dreier/Schulze, Urheberrechtsgesetz – Kommentar, 4. Auflage, München 2013, § 17 UrhG, Rn. 28.

¹¹ Loewenheim, in: Schrickler/Loewenheim, Urheberrecht, 4. Auflage München 2010, § 17 UrhG, Rn. 63.

¹² vgl. Schulze, in: Dreier/Schulze, Urheberrechtsgesetz – Kommentar, 4. Auflage, München 2013, § 17 UrhG, Rn. 25.

¹³ Schulze, in: Dreier/Schulze, Urheberrechtsgesetz – Kommentar, 4. Auflage, München 2013, § 17 UrhG, Rn. 25.

¹⁴ EuGH, C-128/11, *UsedSoft GmbH v Oracle International Corp.*, Rn. 62; EuGH, C-78/70, *Deutsche Grammophon Gesellschaft mbH v Metro-SB-Grossmärkte GmbH & Co.KG*, Slg. 1971, 487, Rn. 12; BGH, Urteil v. 04.05.2000 – I ZR 256/97 (*Parfumflakon*) = GRUR 2001, 51 (53); Loewenheim, in: Schrickler/Loewenheim, Urheberrecht, 4. Auflage München 2010, § 17 UrhG, Rn. 44.

¹⁵ OLG Frankfurt, Beschluss v. 12.05.2009 – 11 W 15/09 = MultiMedia und Recht (MMR) 2009, 544 (545).

¹⁶ Wiebe, in: Spindler/Schuster, Recht der elektronischen Medien, 2. Auflage, München 2011, § 17 UrhG, Rn. 12.

¹⁷ Schulze, in: Dreier/Schulze, Urheberrechtsgesetz – Kommentar, 4. Auflage, München 2013, § 69c UrhG, Rn. 22.

¹⁸ So auch BGH, Urteil v. 06.07.2000 – I ZR 244/97 (*OEM*) = GRUR 2001, 153 (154).

Patentrecht als allgemeiner Grundsatz anerkannt.¹⁹ Als Definition kann auf diejenige im Urheberrecht rekurriert werden, so dass die Erschöpfung des Patentrechts dann in Betracht kommt, wenn das geschützte Erzeugnis durch den Rechtsinhaber oder mit seiner Zustimmung in einem Vertragsstaat der EU in Verkehr gebracht wird.²⁰ In der Folge kann der ehemalige Patentrechtsinhaber ein weiteres Inverkehrbringen bzw. den Gebrauch des patentrechtlich geschützten Werkes nicht mehr verbieten.²¹ Der Erwerber kann sich in dieser Hinsicht auch nicht auf einen gutgläubigen Erwerb berufen.²²

Zwar wurde nach der deutschen Rechtsauffassung angenommen, dass das Inverkehrbringen im Inland stattzufinden habe; jedoch führt die europarechtlich konforme Auslegung in Anbetracht der Warenverkehrsfreiheit der entsprechenden *EuGH*-Rechtsprechung dazu, dass auch ein Inverkehrbringen in der EU bzw. dem EWR zur Erschöpfung führt.²³ Ein Inverkehrbringen wird hingegen bei Konzernsachverhalten nicht schon dann angenommen, wenn die eine Schwestergesellschaft das patentbehafte Werk an eine andere Schwestergesellschaft liefert.²⁴

1.4 Markenrecht

Im Markenrecht ist der Erschöpfungsgrundsatz in § 24 Abs. 1 MarkenG festgeschrieben. Danach kann der Inhaber einer Marke einem Dritte nicht untersagen, die Marke oder die geschäftliche Bezeichnung für Waren zu benutzen, unter welcher die Ware von ihm oder mit seiner Zustimmung in den geschäftlichen Verkehr gelangt ist. Das Inverkehrbringen erstreckt sich auch hier auf die Mitgliedsstaaten der EU sowie des EWR.²⁵ Außerdem gilt das Erschöpfungsrecht im Markenrecht nur für Waren, nicht aber für Dienstleistungen.²⁶

Der Erschöpfungsgrundsatz im Markenrecht hat eine lange Historie und war schon zu Zeiten des nicht mehr existierenden Warenzeichengesetzes (WZG) gewohnheitsrechtlich anerkannt.²⁷ Interessanter Weise knüpfte das WZG an eine internationale Erschöpfung an, so dass es für die Erschöpfung von Markenrechten ausreichte, wenn die Marke irgendwo auf der Welt in Verkehr gebracht wurde. Der *BGH* gab diesen Grundsatz der internationalen Erschöpfungswirkung allerdings nach Einführung des MarkenG auf in einer Entscheidung auf.²⁸ Seit der Entscheidung des *EuGH* in Sachen *Silhouette* bestehen auch im deutschen Recht keine Zweifel mehr am Grundsatz der EU- bzw. EWR-weiten Erschöpfungswirkung.²⁹

¹⁹ Vgl. *BGH*, Urteil v. 14.11.2000 – X ZR 137/99 (*Bodenwaschanlage*) = GRUR 2001, 223 (224); *OLG Düsseldorf*, Urteil v. 28.01.2010 – 2 U 131/08 = Neue Juristische Online-Zeitschrift (NJOZ) 2010, 1781 (1785); *Kraßer*, Patentrecht, 6. Auflage, München 2009, S. 794.

²⁰ *BGH*, Urteil v. 14.11.2000 – X ZR 137/99 = GRUR 2001, 223 (224).

²¹ *Koppe*, Die urheberrechtliche Erschöpfung, Frankfurt a. M. 2004, S. 94.

²² *Kraßer*, Patentrecht, 6. Auflage, München 2009, S. 794.

²³ *EuGH*, C-15/47, *Centrafarm BV und Adriaan de Peijper v Sterling Drug Inc.*, Slg. 1974, 1147, pt 10-12; vgl. auch darstellend *Kraßer*, Patentrecht, 6. Auflage, München 2009, S. 794, 797.

²⁴ *Koppe*, Die urheberrechtliche Erschöpfung, Frankfurt a. M. 2004, S. 94.

²⁵ *Fezer*, Markenrecht, 4. Auflage München 2009, § 24 MarkenG, Rn. 1; zu den weiteren Voraussetzungen des Inverkehrbringens vgl. darstellend *Fezer*, ebenda, § 24 MarkenG, Rn. 11 f.

²⁶ *Fezer*, Markenrecht, 4. Auflage München 2009, § 24 MarkenG, Rn. 13.

²⁷ Vgl. *BGH*, Urteil v. 22.01.1964 – I b ZR 92/64 = Neue Juristische Wochenschrift (NJW) 1964, 972 (974).

²⁸ *BGH*, Urteil v. 14.12.1995 – I ZR 210/93 (*Gefärbte Jeans*) = GRUR 1996, 271 (273 f.).

²⁹ *EuGH*, C-355/96, *Silhouette International Schmied GmbH & Co.KG v Hartlauer Handelsgesellschaft mbH*, Slg. 1998 I-4822, Rn. 22, vgl. im Übrigen darstellend *Fezer*, Markenrecht, 4. Auflage München 2009, § 24 MarkenG, Rn. 7 f.

Die Erschöpfung der Marke bedeutet, dass jeder Dritte die in Verkehr gebrachte Ware unter der Marke vertreiben und mit ihr werben kann.³⁰ Die deutsche Rechtsprechung erkennt die Tatsache an, dass der wirtschaftliche Handel (egal auf welcher Handelsstufe) nicht durch das Eingreifen des Markeninhabers erschüttert werden sollte sobald er die Ware mit der entsprechenden Marke in Verkehr gebracht hat.³¹

Von diesem Erschöpfungsverständnis sollte jedoch zunächst nicht das Markierungsrecht des Berechtigten aus § 14 Abs. 3 S. 1 MarkenG umfasst sein; nur ausnahmsweise sollte eine Erschöpfung an diesem eintreten.³² Nach der *Sermion II*-Entscheidung des BGH ist wohl im Einklang mit der *EuGH*-Rechtsprechung in Sachen *Bristol-Myers Squibb*³³ davon auszugehen, dass nunmehr auch das Kennzeichenrecht in richtlinienkonformer Auslegung des Art. 7 Abs. 1 MarkenRL von der Erschöpfung umfasst wird, auch wenn diese Entscheidung den speziellen Fall der Widerverpackung von parallelimportierten Arzneimitteln betraf.³⁴

Der Erschöpfungsgrundsatz im Markenrecht findet eine Grenze in § 24 Abs. 2 MarkenG. Danach kann sich der Markeninhaber der Benutzung der Marke dem weiteren Vertrieb der Waren aus berechtigten Gründen widersetzen, insbesondere wenn sich der Zustand der Waren nach ihrem Inverkehrbringen verändert oder verschlechtert hat. Dahinter steht der Gedanke, dass dem Markeninhaber gewisse Veränderungen an der von ihm in Verkehr gebrachten Ware bzw. rufschädigende Vertriebsmodalitäten nicht zuzumuten sind, da solche Umstände auf ihn zurückfallen.³⁵ Ob ein solcher Ausschluss des Erschöpfungsgrundsatzes angenommen werden kann, unterliegt der Einzelfallbetrachtung. Dabei sind wiederum die berechtigten Interessen des Markeninhabers und die Wertungen des Gemeinschaftsrechts bzw. die Erfordernisse des freien Warenverkehrs in Verhältnis zu setzen.³⁶

1.5 Geschmackmusterrecht

Auch in § 48 GeschmacksmusterG findet sich der Erschöpfungsgrundsatz. Nach dieser Norm erstrecken sich Rechte aus einem Geschmacksmuster nicht auf Handlungen, die ein Erzeugnis betreffen, in das ein unter den Schutz des Rechts an einem Geschmacksmuster fallendes Muster eingefügt oder bei dem verwendet wird, wenn das Erzeugnis vom Rechtsinhaber oder mit seiner Zustimmung in einem Mitgliedsstaat der EU oder in einem anderen EWR-Staat in Verkehr gebracht wurde.

Auch hier ist der Sinn und Zweck im Einklang mit den anderen Erschöpfungsregelungen die Freiheit des Warenverkehrs vor unangemessenen Eingriffen des Rechtsinhabers.³⁷

³⁰ *EuGH*, C-337/95, *Parfums Christian Dior SA und Parfums Christian Dior BV v Evora BV*, Slg. 1997 I-6013, Rn. 37; *Fezer*, Markenrecht, 4. Auflage München 2009, § 24 MarkenG, Rn. 9.

³¹ *BGH*, Urteil v. 22.01.1964 – Ib ZR 92/62 (*Maja*) = GRUR 1964, 372 (374 f.); *Ingerl/Rohnke*, in: *Ingerl/Rohnke*, Markengesetz, 3. Auflage München 2010, § 24, Rn. 8.

³² *BT-Druck*. 12/6581, S. 81.

³³ *EuGH*, C-427/93, *Bristol-Meyers Squibb v Paranova A/S*, Slg. 1996, I-3457.

³⁴ *BGH*, Urteil v. 10.04.1997 – I ZR 65/92 = GRUR 1997, 629 (632).

³⁵ *Ingerl/Rohnke*, in: *Ingerl/Rohnke*, Markengesetz, 3. Auflage München 2010, § 24, Rn. 55.

³⁶ *Ingerl/Rohnke*, in: *Ingerl/Rohnke*, Markengesetz, 3. Auflage München 2010, § 24, Rn. 57.

³⁷ *Eichmann*, in: *Eichmann/von Falckenstein*, Geschmacksmusterrecht, 4. Auflage München 2010, § 48, Rn. 10.

2. E-commerce im deutschen Recht

In Deutschland wird der Begriff des „e-commerce“ – soweit ersichtlich – gesetzlich nicht erwähnt. Dennoch hat sich der deutsche Gesetzgeber des Themas e-commerce angenommen. Insbesondere im Rahmen der Umsetzung der Artt. 10, 11, der RiLi 2000/31/EG wurde der damalige § 312e BGB (a. F.), welcher heute in Form des § 312g BGB über die Pflichten im elektronischen Verkehr weiterbesteht, geformt. Zur Anwendung gelangt § 312g BGB, wenn sich der Unternehmer zum Zwecke des Abschlusses eines Vertrags über die Lieferung von Waren oder die Erbringung von Dienstleistungen eines Tele- oder Mediendienstes bedient. Durch diese Normen sollen die Mindestvoraussetzungen für eine faire Vertragsabwicklung geschaffen werden.³⁸

Statt einer konkreten Definition des e-commerce hat es der Gesetzgeber vorgezogen, zunächst das Tatbestandsmerkmal der „Tele- oder Mediendienste“ und nun der „Telemedien“ zu kodifizieren, anstelle des in der RiLi 2000/31/EG verwendeten Merkmals des „Dienstes der Informationsgesellschaft“. ³⁹ Dahinter stand die Intention, auf die Definitionen in den mittlerweile nicht mehr existenten § 2 TDG und § 2 MDStV zu rekurrieren und einen Gleichlauf mit den dort verwendeten Begriffen zu schaffen.⁴⁰ Obgleich das Vorhaben des Gesetzgebers, die nationale Gesetzgebung und ihre Gegebenheiten bei der Umsetzung der ECRL zu berücksichtigen, sinnhaft erscheint, hat die in ihrer jetzigen Form bestehende Gesetzesfassung zahlreiche Verständnis- und Auslegungsfragen aufgeworfen. Insbesondere stellte sich dem Verbraucher die Frage, wie er einen solchen Tele- oder Mediendienst zu verstehen hatte.⁴¹

Seitdem das TDG durch das TMG ersetzt wurde, werden die Tele- oder Mediendienste einheitlich unter den Oberbegriff der „Telemedien“ gefasst, vgl. § 1 Abs. 1 TMG.⁴² Danach werden von den Telemedien alle elektronischen Informations- und Kommunikationsdienste umfasst, soweit sie nicht Kommunikationsdienste im Sinne von § 3 Nr. 24 TKG sind, die ganz in der Übertragung von Signalen über Telekommunikationsdienste bestehen, telekommunikationsgestützte Dienste nach § 3 Nr. 25 TKG oder Rundfunk nach § 2 des Rundfunkstaatsvertrages sind. Da die Fassung des § 312g BGB der Umsetzung einer EU-RiLi entstammt, muss auch die entsprechende Richtlinie zur Auslegung des Gesetzestextes herangezogen werden.⁴³ Daraus ergibt sich wiederum, dass unter einem Dienst einer Informationsgesellschaft jedenfalls „jede in der Regel gegen Entgelt elektronisch im Fernabsatz und auf individuellen Abruf eines Empfängers erbrachte Dienstleistung“ zu verstehen ist, Art. 2 lit. a RiLi 2000/31/EG in Verbindung mit Art. 1 Nr. 2 der RiLi 98/48/EG. Die Regierung hat in ihrer Begründung klargestellt, dass es sich dabei nur um Telemedien handelt,

³⁸ *Wendehorst*, in: Münchener Kommentar zum BGB, Band 2, §§ 241-432, 6. Auflage München 2012, § 312g, Rn. 1.

³⁹ vgl. insoweit darstellend *Wendehorst*, in: Münchener Kommentar zum BGB, Band 2, §§ 241-432, 6. Auflage München 2012, § 312g, Rn. 20.

⁴⁰ vgl. insoweit darstellend *Wendehorst*, in: Münchener Kommentar zum BGB, Band 2, §§ 241-432, 6. Auflage München 2012, § 312g, Rn. 20.

⁴¹ *Wendehorst*, in: Münchener Kommentar zum BGB, Band 2, §§ 241-432, 6. Auflage München 2012, § 312g, Rn. 21.

⁴² *Schulte-Nölke*, in: Schulze, Bürgerliches Gesetzbuch – Handkommentar, 7. Auflage Baden-Baden 2012, § 312g, Rn. 2.

⁴³ Vgl. *Wendehorst*, in: Münchener Kommentar zum BGB, §§ 241-432, 6. Auflage München 2012, § 312g, Rn. 22 f., der dafür plädiert, die Begrifflichkeit des Tele- und Mediendienstes ausschließlich anhand des europarechtlichen Begriffs des Dienstes der Informationsgesellschaft auszurichten; a.A. *Thüsing*, in: Staudinger, BGB, Berlin 2013, Buch 2, § 312g, Rn. 9 f., der die bewusste Abweichung des Gesetzgebers von der RiLi 2000/31/EG würdigt und erst bei Unklarheiten in einem zweiten Richtig die RiLi zur Auslegung heranziehen will.

welche der Nutzer individuell elektronisch und zum Zwecke der Bestellung abrufen kann.⁴⁴ Verteildienste sollen demnach nicht erfasst werden.

Eine anderweitige, klare Abgrenzung zwischen dem e-commerce und dem herkömmlichen Markt bieten auch nicht die Gesetze zum Geistigen Eigentum.

3. Der Erschöpfungsgrundsatz vor dem Hintergrund des Online-Handels

3.1 Einführung

Der urheberrechtliche Erschöpfungsgrundsatz im Online-Bereich ist im deutschen Recht lebhaft umstritten. Dem deutschen Gesetzgeber ist die Problematik längst bekannt;⁴⁵ jedoch waren etwaige Bemühungen, eine gesetzliche Regelung zu schaffen, bisher unfruchtbar.⁴⁶ In Ermangelung einer entsprechenden Regelung stellte sich über die Jahre heraus, dass die Ansichten kontroverser kaum sein könnten. Auch die *UsedSoft* Entscheidung des *EuGH*⁴⁷, auf welche nach kurzer Darstellung der bis zur *EuGH*-Entscheidung bestehenden Rechtslage einzugehen sein wird, konnte nur partielle Klarheit schaffen; darüber hinaus schuf sie allerdings neue Probleme, welche nunmehr den Boden für weitere Diskussionen bilden.

Die Erschöpfungsgrundsatzproblematik im Onlinebereich basierte – ähnlich wie die *UsedSoft*-Entscheidung – auf der Frage, ob auch durch den Download einer Software die Erschöpfung an der heruntergeladenen Software eintreten würde.

Grundsätzlich ist Software im deutschen Recht urheberrechtlich schutzfähig nach § 69a Abs. 3 UrhG. Der Erschöpfungsgrundsatz findet wie eingangs erwähnt auf Software nach den §§ 17 Abs. 2, 69c Nr. 3 S. 2 UrhG Anwendung. Danach erschöpft sich das Verbreitungsrecht des Urhebers mit Ausnahme des Vermietrechts an einem Vervielfältigungsstück eines Computerprogramms, wenn es mit Zustimmung des Rechtsinhabers im Gebiet der Europäischen Union oder eines anderen Vertragsstaates des Abkommens über den Europäischen Wirtschaftsraum im Wege der Veräußerung in den Verkehr gebracht wird.

Diese Regelung ist – wie eingangs schon ausgeführt – Ausdruck des im Urheberrechts allgemeinen Grundsatzes, dass das Urheberrecht ähnlich wie auch andere Schutzrechte gegenüber dem Interesse an der Verkehrsfähigkeit der mit Zustimmung des Berechtigten in Verkehr gebrachten Waren zurücktreten muss.⁴⁸ Natürlich kann der Rechtsinhaber die Verbreitung seines Werkes untersagen bzw. verhindern. Jedoch erlischt seine Kontrolle über sein eigenes Werk in dem Zeitpunkt, in dem er die Zustimmung zu der Verbreitung einmal erteilt hat. Es soll vermieden werden, dass der

⁴⁴ *RegE*, BT-Drucks. 14/6040, S. 171.

⁴⁵ Vgl. *Hoeren*, Entwurf einer EU-Richtlinie zum Urheberrecht in der Informationsgesellschaft – Überlegungen zum Zwischenstand der Diskussionen, in: MMR 2000, 515 (517).

⁴⁶ Vgl. Entwurf eines Gesetzes zur Ermöglichung der privaten Weiterveräußerung unkörperlicher Werkexemplare, BT-Drucks. 17/8377 v. 18.01.2012, näher dazu *Marly*, Praxishandbuch Softwarerecht, 6. Auflage 2014, Rn. 201.

⁴⁷ *EuGH*, C-128/11, *UsedSoft GmbH v Oracle International Corp.*, noch nicht in der Sammlung publiziert.

⁴⁸ *BGH*, Urteil v. 04.05.2000 – I ZR 256/97 = Neue Juristische Wochenschrift (NJW) 2000, 3783 (3785); Urteil v. 15.05.1986 – I ZR 22/84 = NJW-RR 1986, 1251 (1251); *Hoeren*, Der Erschöpfungsgrundsatz bei Software – Körperliche Übertragung und Folgeproblem, in: Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht (GRUR) 2010, 665 (665).

Rechtsinhaber in die weitere Zirkulation des Werkes eingreifen und dadurch den freien Warenverkehr beeinflussen kann.⁴⁹

3.2 Der Erschöpfungsgrundsatz bei nichtkörperlicher Übertragung

Die Probleme hatten sich im Grunde auf zwei ganz wesentliche Fragen konzentriert: Zum einen stand in Streit, ob der Erschöpfungsgrundsatz auf die online Übertragung von Software – gegebenenfalls analog – zu übertragen sei, da § 69c Nr. 3 S. 2 UrhG nur von einem Vervielfältigungsstück, also einem körperlichem Gegenstand spricht. Zum anderen wurde die sich daran anschließende Frage diskutiert, wann eine Ausnahme von zustimmungsbedürftigen Handlungen vorliege, da die Vervielfältigung einer Software grundsätzlich nicht vom Erschöpfungsgrundsatz erfasst wird.⁵⁰

3.2.1 Analoge Anwendung des 69c Nr. 3 S. 2 UrhG

Zu dieser Frage hatten sich im Wesentlichen zwei Positionen herausgebildet:

Nach einer Ansicht sollte eine Erschöpfung in diesem Fall ausscheiden, da § 69c Nr. 3 S. 2 UrhG auf eine körperliche Manifestierung des Werkes angelegt sei. Insbesondere wurde zur Begründung auf Art. 4 Abs. 2 RiLi 2001/29/EG verwiesen, welcher ebenfalls nur auf körperliche Werke abstellt.⁵¹

Darüber hinaus wurde auch häufig auch die analoge Anwendung des § 69c Nr. 3 S. 2 UrhG mit dem Hinweis darauf verneint, dass der Erschöpfungsgrundsatz als restriktiv zu behandelnde Ausnahmeregelung anzusehen sei.⁵² Ferner liege auch keine planwidrige Regelungslücke vor, da der Gesetzgeber bei Schaffung des § 69c Nr. 3 S. 2 UrhG, welcher auf den Art. 3 Abs. 3 bzw. Erwägungsgrund (29) der RiLi 2001/29/EG basiert, die Möglichkeit der unkörperlichen Übertragung gekannt, aber auf deren weitergehende Regelung verzichtet habe.⁵³ Im Übrigen spreche Art. 4 der RiLi 2001/29/EG nur von einer Erschöpfung an körperlichen Vervielfältigungsstücken, so dass es auch an einer Planwidrigkeit fehle.⁵⁴

Nach gegenteiliger Auffassung sollte keine Unterscheidung zwischen dem körperlichen oder unkörperlichen Vertrieb von Software vorzunehmen sein. Insbesondere mache es keinen Unterschied für das Verwertungsinteresse des Urhebers, auf welchem Wege sein Werk vertrieben werde.⁵⁵ Darüber hinaus entstünde die unlogische Situation, dass sich ein Softwarehersteller der

⁴⁹ Hoeren, Der Erschöpfungsgrundsatz bei Software – Körperliche Übertragung und Folgeproblem, in: Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht (GRUR) 2010, 665 (665).

⁵⁰ Darstellend auch Hoeren, Der Erschöpfungsgrundsatz bei Software – Körperliche Übertragung und Folgeproblem, in: Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht (GRUR) 2010, 665 (667 f.).

⁵¹ OLG München, Urteil v. 03.07.2008 – 6 U 2759/07 = MMR 2008, 601 (601); Urteil v. 03.08.2006 – 6 U 18181/06 = MMR 2006, 748 (748); LG München I, Urteil v. 19.01.2006 – 7 O 23237/05 = MMR 2006, 175 (176 f.)

⁵² LG München I, Urteil v. 15.03.2007 – 7 O 7061/06 = MMR 2007, 328 (330).

⁵³ Spindler, Der Handel mit Gebrauchtsoftware – Erschöpfungsgrundsatz quo vadis?, in: CR 2008, 69 (70 f.); a. A. Hoeren, Ergänzungsgutachten UsedSoft ./ Oracle, Münster 2007, <http://www.usedsoft.com/assets/Law/ergaenzungsgutachten-hoeren-wg-oracle-2007-04-12.pdf>, zuletzt aufgerufen am 30.04.2014.

⁵⁴ LG München I, Urteil v. 15.03.2007 – 7 O 7061/06 = MMR 2007, 328 (330); Spindler, Der Handel mit Gebrauchtsoftware – Erschöpfungsgrundsatz quo vadis?, in: Computer und Recht (CR) 2008, 69 (70).

⁵⁵ LG Hamburg, Urteil v. 29.06.2006 – 315 O 443/06 = CR 2006, 812 (814); Grützmaker, in Wandtke/Bullinger, Praxiskommentar zum Urheberrecht, 3. Auflage München 2009, § 69c UrhG, Rn. 31.

Wirkung des § 69c Nr. 3 S. 2 UrhG allein aufgrund des Onlinebetriebs entziehen könnte.⁵⁶ Darüber hinaus wurde eingewandt, dass es in Anbetracht der Rechtsprechung, welche auf den Erschöpfungsgrundsatz als ein *generelles* Prinzip abstellte, eine dennoch restriktive Anwendung zu verlangen.⁵⁷ So sollte zumindest eine Analogie im Ergebnis zulässig sein.⁵⁸

3.2.2 Ausnahme vom Zustimmungserfordernis gemäß § 69d Abs. 1 UrhG

Selbst wenn man von der analogen Anwendung des Erschöpfungsgrundsatzes auf Computersoftware ausging, so stellte sich in der Folge das Problem, dass in der Praxis der Erwerber eine Kopie des Computerprogramms auf seinen Rechner aufspielen würde. Darin ist eine Vervielfältigungshandlung nach § 69c Nr. 1 UrhG zu sehen, auf welche sich der Erschöpfungsgrundsatz regelmäßig nicht erstreckt.

Hierbei kam § 69d Abs. 1 UrhG als eine Ausnahmeregelung in Betracht, wonach eine Vervielfältigung im Sinne von § 69c Nr. 1 UrhG nicht der Zustimmung der Rechtsinhabers bedarf, wenn sie zur bestimmungsgemäßen Ingebrauchnahme des Computerprogramms durch jeden zur Verwendung des eines Vervielfältigungsstücks Berechtigten notwendig ist und keine vertraglichen Bestimmungen vorliegen.

Von den Gegnern des Erschöpfungsgrundsatzes wurde eingewendet, dass dem Neuerwerber keine Vervielfältigungsrechte gebilligt werden sollten, wenn er schon kein Werkstück erhalten habe, da er dann auch kein Berechtigter an einem Computerprogramm im Sinne von § 69d Abs. 1 UrhG sein könne.⁵⁹

Nach gegenteiliger Auffassung müsse auf den Sinn und Zweck der Vorschrift abgestellt werden. Der zwingende Kern der Vorschrift liege darin, dass die bestimmungsgemäße Nutzung des Computerprogramms nur dann erfolgen könne, wenn gewisse Vervielfältigungshandlungen vorgenommen würden.⁶⁰ So müsse man bei konsequenter Anwendung des Erschöpfungsgrundsatzes auf die Online-Übermittlung zu dem Schluss kommen, dass die Vervielfältigungshandlung zwingend notwendig ist, um das Computerprogramm in Betrieb zu nehmen.⁶¹

⁵⁶ Grützmaker, „Gebrauchtsoftware“ und Erschöpfungslehre; Zu den Rahmenbedingungen eines Second-Handmarktes für Software, in: ZUM 2006, 302 (305).

⁵⁷ Hoeren, Ergänzungsgutachten UsedSoft ./ Oracle, Münster 2007, <http://www.usedsoft.com/assets/Law/ergaenzungsgutachten-hoeren-wg-oracle-2007-04-12.pdf>, zuletzt aufgerufen am 30.04.2014.

⁵⁸ Grützmaker, in Wandtke/Bullinger, Praxiskommentar zum Urheberrecht, 3. Auflage München 2009, § 69c UrhG, Rn. 31; Hoeren, in: Möhring/Nicolini, UrhG, 2. Auflage München 2000, § 69c, Rn. 16; Sosnitzer, Die urheberrechtliche Zulässigkeit des Handels mit gebrauchter Software, in: K&R 2006, 206 (207 f.).

⁵⁹ Spindler, Der Handel mit Gebrauchtsoftware – Erschöpfungsgrundsatz quo vadis?, in: CR 2008, 69 (75).

⁶⁰ Vgl. Hoeren, Der Erschöpfungsgrundsatz bei Software – Körperliche Übertragung und Folgeproblem, in: Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht (GRUR) 2010, 665 (667).

⁶¹ Hoeren, Der Erschöpfungsgrundsatz bei Software – Körperliche Übertragung und Folgeproblem, in: Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht (GRUR) 2010, 665 (667); daraus ergibt sich auch, dass § 34 Abs. 1 UrhG auf diese Konstellation nicht anwendbar ist, da andernfalls der Sinn und Zweck des Erschöpfungsgrundsatzes, dem Rechtsinhaber die Kontrolle über das Werk zu entziehen, ausgehebelt würde. § 69d Abs. 1 ist insoweit als *lex specialis* zu verstehen: Hoeren, GRUR 2010, 665, 667 f.; so mittlerweile auch LG Hamburg, Urteil v. 25.10.2013 – 315 O 449/12 = MMR 2014, 103 (104).

3.2.3 Wesentliche Aspekte der *UsedSoft*-Entscheidung des *EuGH*

Bekanntermaßen wurde die Rechtssache zwischen *Oracle* und *UsedSoft* zunächst von den ordentlichen deutschen Gerichten behandelt. Nachdem das *LG München I*⁶² und das *OLG München*⁶³ seinerzeit zugunsten von *Oracle* entschieden hatten, konnte *UsedSoft* in der Folge die Revision zum *BGH* erwirken. Der *BGH* hielt es letztlich für angezeigt, dem *EuGH* im Hinblick auf Auslegungsfragen betreffend der RiLi 2009/24/EG für eine Vorabentscheidung anzurufen.⁶⁴ Somit gelangte die Rechtssache zum *EuGH*, woraus die wegweisende und gleichfalls weitere Fragen verursachende Entscheidung *UsedSoft* hervorging.⁶⁵

In der Sache setzte sich der *EuGH* zunächst mit der Frage auseinander, ob ein für die Erschöpfung des Verbreitungsrechts entscheidender Erstverkauf bei Bezug im Wege des Online-Downloads vorliege. Der *EuGH* gelangte hier zu der Ansicht, dass unter Berücksichtigung des Sinn und Zwecks des Art. 4 Abs. 1 RiLi 2009/24/EG der autonom zu bestimmende Begriff des Erstverkaufs alle Vereinbarungen umfasse, durch welche eine Partei der anderen alle ihr gehörenden Eigentumsrechte an einem körperlichen oder nicht-körperlichen Gegenstand gegen Zahlung eines Entgelts abtrete.⁶⁶

Der *EuGH* betonte dabei, dass gerade auch ein Verkauf vorliege, wenn die Zurverfügungstellung der Software durch das Herunterladen im Internet trotz Trennung vom Abschluss eines Lizenzvertrages erfolge. Vielmehr bildeten der Kauf und die Übertragung des Nutzungsrechts ein einheitliches Ganzes, da es unlogisch sei, einen Gegenstand zu kaufen und ihn in der Folge aber nicht nutzen zu dürfen.⁶⁷ Damit kam der *EuGH* zu dem Schluss, dass es für die Eigentumsübertragung nicht darauf ankomme, ob die Software in verkörperter Form oder durch Online-Download übertragen werde. Für das Erschöpfungsrecht ist im Weiteren wesentlich, dass die Nutzung der Kopie keiner zeitlichen Beschränkung unterliegen dürfe.⁶⁸ Damit räumte der *EuGH* auch der Problematik der Einordnung eines Softwarevertrages auf.⁶⁹

Der *EuGH* rekurrierte auf die wirtschaftliche Vergleichbarkeit von körperlichen und unkörperlichen Programmkopien; die Online-Übertragung entspreche funktionell der Aushändigung eines Datenträgers.⁷⁰ Besonders hob der *EuGH* hervor, dass der Urheber durch eine anderweitige Betrachtung in die Lage versetzt würde, für eine Weiterveräußerung an einen Dritten ein Entgelt verlangen zu dürfen. Dies führe nach Ansicht der Richter zu einer unangemessenen Situation.⁷¹

⁶² *LG München I*, Urteil v. 15.03.2007 – 7 O 7061/06 = MMR 2007, 328 ff.

⁶³ *OLG München*, Urteil v. 03.07.2008 – 6 U 2759/07 = MMR 2008, 601 ff. (m. Anm. Moritz).

⁶⁴ *BGH*, Beschluss v. 03.02.2011 – I ZR 129/08 = GRUR 2011, 418 ff. (m. Anm. Scholz).

⁶⁵ *EuGH*, C-128/11, *UsedSoft GmbH v Oracle International Corp.*, noch nicht in der Sammlung publiziert.

⁶⁶ *EuGH*, C-128/11, *UsedSoft GmbH v Oracle International Corp.*, Rn. 42.

⁶⁷ *EuGH*, C-128/11, *UsedSoft GmbH v Oracle International Corp.*, Rn. 44.

⁶⁸ *EuGH*, C-128/11, *UsedSoft GmbH v Oracle International Corp.*, Rn. 45.

⁶⁹ Der *EuGH* stuft den Softwarevertrag als gewöhnlichen Kaufvertrag ein; Nichtsdestoweniger ist die Herangehensweise des *EuGH* aus deutscher Sicht sehr interessant, denn er konzentriert sich auf die dingliche Seite des Rechtsgeschäfts und nicht auf den Vertrag an sich; Aus der deutscher Sicht ist an dieser Stelle auf das Abstraktionsprinzip hinzuweisen; zu der sachenrechtlich Qualität des unabdingbaren Kerns des § 69d UrhG: vgl. auch *Schneider/Spindler*, Der Erschöpfungsgrundsatz bei „gebrauchter“ Software im Praxistest, in: CR 2014, 213 (214); zur Vertiefung siehe auch *Hoeren*, Softwareüberlassung als Sachkauf, München 1989, Rn. 143.

⁷⁰ *EuGH*, C-128/11, *UsedSoft GmbH v Oracle International Corp.*, Rn. 61.

⁷¹ *EuGH*, C-128/11, *UsedSoft GmbH v Oracle International Corp.*, Rn. 63.

Für weitere Diskussionen wird die Tatsache sorgen, dass der *EuGH* die RiLi 2009/48/EG zum *lex specialis* gegenüber der RiLi 2001/29/EG erhoben hat.⁷² Das Problem ist nämlich hauptsächlich darin begründet, dass diese Spezialität des Gesetzes einige Stimmen dazu verleiten wird, die analoge Anwendung auf andere Sachverhalte generell auszuschließen. Diese Frage soll noch einer weiteren Erörterung im Zusammenhang mit den anderen digitalen Gütern zugeführt werden⁷³; jedoch ist schon an dieser Stelle anzumerken, dass der *EuGH* auf den Schutz des Gegenstandes des eigentlichen geistigen Eigentums abgestellt hat.⁷⁴ Dieser ist nicht der Manifestationsgegenstand, sondern das eigentliche (ohnein zunächst nicht fassbare) geistige Werk. Wenn dies vorausgesetzt wird, so wird man argumentieren können, dass der *EuGH* an dieser Stelle dem Erschöpfungsgrundsatz als generelles Prinzip den Vorrang gibt, so dass es nicht ausschließlich auf die eigentliche Gesetzeslage ankommen kann, sondern vielmehr der Auslegung der Vorrang gegeben werden muss.

Jedenfalls negierte der *EuGH* auch die teilweise vertretene Ansicht, dass in der Zurverfügungstellung der Software auf der Internetseite des Rechtsinhabers eine öffentliche Zugänglichmachung im Sinne von Art. 3 Abs. 1 der RiLi 2001/29 EG zu sehen sei, welche den Erschöpfungsgrundsatz ausscheiden ließe.⁷⁵

Im Weiteren kam der *EuGH* zu der Folgerung, dass auch der Abschluss eines Wartungsvertrags nicht zu dem Ausschluss der Erschöpfungswirkung führe. Der *EuGH* wollte damit klarstellen, dass die gegebenenfalls zeitliche Befristung eines Wartungsvertrages nicht auf den Erschöpfungsgrundsatz durchschlage. Gegenstand des Erstverkaufs ist demnach die Software, jedoch in der Form, die sie durch die jeweiligen Verbesserungen in Form von Updates etc. erhält. Dies gelte auch dann, wenn der Erwerber den Wartungsvertrag später nicht verlängere.⁷⁶

Als eine sehr wichtige Konsequenz führte der *EuGH* an, dass auch das Herunterladen der Software durch einen Dritten ohne Zustimmung des Urhebers zulässig sei. Zwar sei darin eine Vervielfältigungshandlung im Sinne von Art. 4 Abs. 1 lit. a RiLi 2009/24/EG zu sehen, jedoch handele es sich dabei um eine Vervielfältigungshandlung, welche für den bestimmungsgemäßen Gebrauch der Software erforderlich sei. Der Folgenutzer sei mithin als rechtmäßiger Erwerber im Sinne der Richtlinie anzusehen und könne sich auf Art. 5 Abs. 1 RiLi 2009/24/EG berufen.⁷⁷

An dieser Stelle hat der *EuGH* aber auch zu Recht erkannt, dass es „nur“ um die Verkehrsfähigkeit der Software geht und dementsprechend eine Vervielfältigung der Datenbestände vermieden werden muss, so dass er voraussetzt, dass der Originallizenznehmer seine Kopie im Zeitpunkt des Weiterverkaufs löschen muss.⁷⁸ Auch wenn der *EuGH* die Implementierung technischer

⁷² *EuGH*, C-128/11, *UsedSoft GmbH v Oracle International Corp.*, Rn. 56.

⁷³ Siehe unten

⁷⁴ *EuGH*, C-128/11, *UsedSoft GmbH v Oracle International Corp.*, Rn. 62; C-403/08, *Football Association Premier League and Others v QC Leisure and Others*, Slg. 2011 I-9083, Rn. 106.

⁷⁵ *Hoeren/Försterling*, Onlinevertrieb „gebrauchter“ Software – Hintergründe und Konsequenzen der *EuGH*-Entscheidung „*UsedSoft*“, in: MMR 2012, 642 (644).

⁷⁶ *EuGH*, C-128/11, *UsedSoft GmbH v Oracle International Corp.*, Rn. 67.

⁷⁷ *EuGH*, Rn. 81 ff.

⁷⁸ *EuGH*, C-128/11, *UsedSoft GmbH v Oracle International Corp.*, Rn. 70, 78.

Maßnahmen erlaubt⁷⁹, ist schon jetzt absehbar, dass in der Praxis erhebliche Beweislastprobleme zu erwarten sind.⁸⁰

3.2.4 Folgerungen und die Folgeentscheidung des *BGH* v. 17.07.2013 – I ZR 129/08

Zunächst einmal muss festgehalten werden, dass mit der vorliegenden Entscheidung des *EuGH* klargestellt ist, dass der Erschöpfungsgrundsatz auch auf den Onlinehandel übertragen werden kann und der *EuGH* somit die analoge Anwendung des § 69c Nr. 3 S. 2 UrhG bejaht hat.⁸¹

Für den Zweiterwerber bedeutet die Entscheidung des *EuGH*, dass er als rechtmäßiger Erwerber im Sinne von Art. 5 Abs. 1 der RiLi 2009/24/EG wird. Obwohl hier mangels eines verkörperten Werkes beim Download der Software vom Ersterwerber – oder vom Urheber – eine Vervielfältigung stattfindet, dehnt der *EuGH* den Erschöpfungsgrundsatz auf diesen Vorgang aus, da die Verkehrsfähigkeit der Software ansonsten nicht gewährleistet werden könnte.⁸² Der Neudownload bezieht sich dabei auch auf die aktuellste Fassung der entsprechenden Software.⁸³

Die *EuGH*-Entscheidung hat auch zur die Streitigkeit um die Einordnung des Softwarevertrags beigetragen. Insoweit hat er die Konstruktion der „Lizenz“ beerdigt.⁸⁴ Der *EuGH* hat klargestellt, dass das Nutzungsrecht permanenter Natur ist.⁸⁵ Insbesondere dürfe die Gestaltung des Vertrags nicht dazu führen, dass die gesetzgeberischen Intentionen unterlaufen werden.⁸⁶ Dabei wird aber in Zukunft weiterhin der Ausgestaltung des Vertrags große Aufmerksamkeit zu schenken sein: Der Erschöpfungsgrundsatz ist bekanntermaßen nicht auf Miet- und Leasingverhältnisse anwendbar, so dass zu fragen sein wird, ob wirklich eine Veräußerung vorliegt. Zu bedenken wird in diesem Zusammenhang auch sein, dass die Auslegung des Veräußerungsbegriffs durch den *EuGH* als durchaus weit zu verstehen ist.⁸⁷

Der *BGH* hat in seiner Folgeentscheidung die Vorgaben des *EuGH* weitestgehend aufgegriffen und umgesetzt, wobei zu bedenken ist, dass er nicht endgültig entschieden, sondern in der Sache an das *OLG München* zurückverwiesen hat.⁸⁸ So hat er selbstverständlich die Anwendbarkeit des Erschöpfungsgrundsatzes beim Online-Softwarehandel bejaht,⁸⁹ obwohl er in seinem Vorlagebeschluss noch eine gegenteilige Auffassung andeutete.⁹⁰

Darüber hinaus hat er in logischer Konsequenz die Vervielfältigungshandlung durch Laden der Software in den Speicher als ausnahmsweise nicht zustimmungsbedürftig im Sinne von § 69d Abs. 1 UrhG konstatiert. Erfreulich ist in dieser Hinsicht, dass der *BGH* den zwingenden Kern der

⁷⁹ *EuGH*, C-128/11, *UsedSoft GmbH v Oracle International Corp.*, Rn. 87.

⁸⁰ So auch *Schneider/Spindler*, Der Erschöpfungsgrundsatz bei gebrauchter Software im Praxistest, in: CR 2014, 213 (220).

⁸¹ *Hoeren/Försterling*, Onlinevertrieb „gebrauchter“ Software – Hintergründe und Konsequenzen der *EuGH*-Entscheidung „UsedSoft“, in: MMR 2012, 642 (644).

⁸² *Schneider/Spindler*, Der Kampf um die gebrauchte Software – Revolution im Urheberrecht?, in: CR 2012, 489 (493).

⁸³ *EuGH*, C-128/11, *UsedSoft GmbH v Oracle International Corp.*, Rn. 75.

⁸⁴ *EuGH*, C-128/11, *UsedSoft GmbH v Oracle International Corp.*, Rn. 68.

⁸⁵ *Hoeren/Försterling*, Onlinevertrieb „gebrauchter“ Software – Hintergründe und Konsequenzen der *EuGH*-Entscheidung „UsedSoft“, in: MMR 2012, 642 (645).

⁸⁶ *EuGH*, C-128/11, *UsedSoft GmbH v Oracle International Corp.*, Rn. 45.

⁸⁷ *EuGH*, C-128/11, *UsedSoft GmbH v Oracle International Corp.*, Rn. 58, 60.

⁸⁸ *Moritz*, Eingeschränkte Zulässigkeit der Weiterveräußerung gebrauchter Software, in: K&R 2012, 456, 458.

⁸⁹ *BGH*, Urteil v. 17.07.2013 – I ZR 129/08.

⁹⁰ *BGH*, Urteil v. 17.07.2013 – I ZR 129/08 = MMR 2014, 232 (235 ff.).

⁹¹ *BGH*, Beschluss v. 03.02.2011 – I ZR 129/08 = MMR 2011, 305 (307).

Vorschrift des § 69d Abs. 1 sowie der europäischen Parallelvorschrift Art. 5 Abs. 1 RiLi 2009/24/EG erkennt und attestiert.⁹¹ Auch diese Rechtsanwendung ist folgerichtig und zu begrüßen.

Hingegen unorthodox ist die Herangehensweise des *BGH*, dass der berechtigte Erwerber durch § 69d Abs. 1 UrhG ein gesetzliches Recht zur Nutzung der Software erhält.⁹² Der *BGH* hat hier scheinbar versucht, den Ausschluss der Abtretung des Nutzungsrechtes, welcher nach § 69d Abs. 1 UrhG grundsätzlich vorgesehen werden kann, einer Lösung zuzuführen. Im Ergebnis ist der Lösungsweg des Gerichts vertretbar. Dogmatisch kann man diese Herangehensweise allerdings bezweifeln, da § 69d Abs. 1 1. Hs. UrhG keine Anspruchsgrundlage darstellt, sondern eine gesetzliche Ausnahme von § 69c Nr. 3 S. 2 UrhG. Konsequenter und eleganter wäre es also gewesen, wenn man die vereinbarte Klausel als einen Verstoß gegen § 307 Abs. 2 Nr. 1 BGB in Verbindung mit §§ 17 Abs. 2, 69c Nr. 3 S. 2, 69d Abs. 1 UrhG eingestuft hätte. Das vereinbarte Abtretungsverbot verstößt nämlich gegen den nunmehr explizit herausgearbeiteten „zwingenden Kern“ der Vorschrift und hätte auf diese Weise der Unwirksamkeit zugeführt werden können. Diesen Weg ist mittlerweile auch das *LG Hamburg*⁹³ gegangen und wäre auch darüber hinaus in der zukünftigen Rechtsprechung zu erwarten.

Wie bereits erwähnt bleibt letztlich das Problem der Beweislast bestehen. Dieses überging der *EuGH* relativ geschickt, indem er zum einen darauf verwies, dass die Schwierigkeiten der Beweiserbringung für die Unbrauchbarmachung der Kopie des Veräußerers auch bei der Veräußerung eines körperlichen Werkes stelle, da der Erwerber schlecht überprüfen könne, ob der Verkäufer nicht noch im Besitz weiterer Kopien sei.⁹⁴ Im Übrigen stehe es dem Veräußerer frei, sich zur Lösung dieses Problems technischer Maßnahmen zu bedienen.⁹⁵ Nach den deutschen Grundsätzen der Zivilprozessordnung (ZPO) gilt, dass derjenige die Beweislast trägt, der sich auf das Vorliegen der ihn begünstigenden Bestimmung beruft. Sollte also im Einzelfall der Erwerber beweiselastet sein, so ist zum jetzigen Zeitpunkt kaum vorstellbar, wie er den Nachweis erbringen soll, dass der Händler seine Kopie vollständig unbrauchbar gemacht hat.⁹⁶ Besonders fraglich erscheint, auf welche Weise der Erwerber technische Maßnahmen beim Veräußerer anbringen möchte, damit er den entsprechenden Nachweis der Unbrauchbarmachung erlangt. In der Regel wird der Veräußerer wohl kaum bereit sein, dem Erwerber Zugang zu seinen technischen Einrichtungen zu verschaffen.

3.2.5 Aufspaltungsverbot bei Client-Server-Lizenzen bzw. Volumenlizenzen

3.2.5.1 Problemdarstellung

In der Praxis wird oftmals nicht nur ein Computerprogramm gekauft, sondern gleich ein ganzes Paket an Nutzungsrechten, um das Computerprogramm auf mehreren Computern nutzen zu können.

⁹¹ *BGH*, Urteil v. 17.07.2013 – I ZR 129/08 = GRUR 2014, 264 (266f.).

⁹² *BGH*, Urteil v. 17.07.2013 – I ZR 129/08 = GRUR 2014, 264 (268).

⁹³ *LG Hamburg*, Urteil v. 25.10.2013 – 315 O 449/12 = MMR 2014, 103 (104).

⁹⁴ *EuGH*, C-128/11, *UsedSoft GmbH v Oracle International Corp.*, Rn. 79, 87.

⁹⁵ *EuGH*, C-128/11, *UsedSoft GmbH v Oracle International Corp.*, Rn. 87.

⁹⁶ Ebenfalls *Stieper*, Anmerkungen zum Urteil des *EuGH*, C-128/11, *UsedSoft GmbH v Oracle International Corp.* in: ZUM 2012, 668 (669); in diesem Zusammenhang kündigt sich schon eine weitere Diskussion an; Der *BGH* will es nämlich nicht ausreichen lassen, dass eine notarielle Urkunde vorgelegt wird, aus der sich die Erklärung des Verkäufers über die ehemals rechtmäßige Inhaberschaft und die Unbrauchbarmachung der Kopie ergibt, GRUR 2014, 264 (270); a. A. scheinbar *OLG Frankfurt*, Teilurteil v. 18.12.2012 – 11 U 68/11 = GRUR 2013, 279 (282).

Hierbei muss regelmäßig zwischen Volumenlizenzen und Client-Server-Lizenzen unterschieden werden. Volumenlizenzen unterscheiden sich von Client-Server-Lizenzen dadurch, dass bei einer Volumenlizenz Kopien von einer Masterkopie auf einen Rechner gezogen werden und dieser Rechner fortan auf die neue Kopie zugreift, wohingegen Client-Server-Lizenzen nur die Nutzungsrechte auf eine zentral abgelegte Software einräumen.

Insoweit unumstritten ist die Veräußerung der Masterkopie in Verbindung mit der Volumenlizenz als Ganzes, da in dieser Hinsicht keine Differenzen zu der Veräußerung einer Software-Einzellizenz zu erkennen sind und somit dieser Vorgang vom Erschöpfungsgrundsatz nach § 69c Nr. 3 S. 2 UrhG gedeckt ist.⁹⁷

Äußerst umstritten ist hingegen die Frage, ob bzw. in welchem Umfang sich das Verbreitungsrecht erschöpft, wenn der Berechtigte die Nutzungsrechte aufspalten und Teile davon weiterveräußern möchte. Dabei sind zwei wesentliche Konstellationen zu untersuchen: Zum einen könnte der Berechtigte eine Kopie der Masterkopie anfertigen und diese an den Erwerber samt der entsprechenden Nutzungsrechte veräußern. Darüber hinaus ist auch der Fall denkbar, dass der Erwerber schon im Besitz der Software ist, jedoch weitere Nutzungsrechte benötigt.

3.2.5.2 Erkenntnisse aus *EuGH-UsedSoft* und die Behandlung von Client-Server-Lizenzen

Nach der *UsedSoft*-Entscheidung hat diese Diskussion in Deutschland frischen Wind bekommen, was auf Rn 69 der Entscheidung zurückzuführen ist. Dort heißt es sinngemäß, dass der Berechtigte nicht befugt ist, eine von ihm erworbene Lizenz, welche für einen seinen Bedarf übersteigende Zahl von Nutzern berechtigt, aufzuspalten und das Recht zur Nutzung an andere Nutzer weiterzuverkaufen.

In diesem Zusammenhang haben sich im Wesentlichen zwei Meinungen aufgetan, derer eine daraus ein Abspaltungsverbot von Volumenlizenzen entnimmt.⁹⁸

Richtigerweise kann man die Passage im *UsedSoft*-Urteil nicht pauschalisieren, sondern man muss sie im Kontext mit dem Streitgegenständlichen Sachverhalt verstehen. Im Fall *UsedSoft* ging es nämlich um Client-Server-Lizenzen, so dass zu folgern ist, dass der *EuGH* auch nur auf solche Lizenzen eingehen wollte.⁹⁹ Für diese Ansicht spricht insbesondere, dass der *EuGH* in Rn. 69 auf die Rnn. 22 und 24 verweist, in welchen die Feststellungen des *BGH* aus dem Vorlageverfahren summiert werden. Auch der *BGH* hatte sich indes nur mit der Client-Server-Lizenz befasst.¹⁰⁰ Im Weiteren führt der *EuGH* in Rn. 70 aus, dass der Veräußerer seine Kopie bei einem Weiterverkauf unbrauchbar machen muss, um nicht das Vervielfältigungsrecht des Urhebers nach Art. 4 Abs. 1 lit.

⁹⁷ Hoeren/Försterling, Onlinevertrieb „gebrauchter“ Software – Hintergründe und Konsequenzen der EuGH-Entscheidung „UsedSoft“, in: MMR 2012, 642 (645); Grützmaker, Gebrauchtssoftware und Übertragbarkeit von Lizenzen, in: CR 2007, 549, 552.

⁹⁸ Heydn, Anmerkung zum Urteil des EuGH, C-128/11, *UsedSoft GmbH v Oracle International Corp.*, MMR 2012, 586 (591).; so wohl auch Schneider/Spindler, Der Kampf um die gebrauchte Software – Revolution im Urheberrecht?, in: CR 2012, 489 (493).

⁹⁹ Hoeren/Försterling, Onlinevertrieb „gebrauchter“ Software – Hintergründe und Konsequenzen der EuGH-Entscheidung „UsedSoft“, in: MMR 2012, 642 (645 f.); Marly, Der Handel mit Gebrauchtssoftware, in: CR 2014, 145 (148); Moritz, Eingeschränkte Zulässigkeit der Weiterveräußerung gebrauchter Software, in: K&R 2012, 456 (458); Redeker, Das Konzept der digitalen Erschöpfung – Urheberrecht für die digitale Welt, in: CR 2014, 73 (75).

¹⁰⁰ Marly, Praxishandbuch Softwarerecht, 6. Auflage München 2014, Rn. 219; Hoeren/Försterling, Onlinevertrieb „gebrauchter“ Software – Hintergründe und Konsequenzen der EuGH-Entscheidung „UsedSoft“, in: MMR 2012, 642 (645 f.).

a der RiLi 2009/24/EG zu verletzen. Diese Formulierung spricht ebenfalls dafür, dass sich der *EuGH* nur auf Client-Server-Lizenzen hat, denn hätte er sich zu Volumenlizenzen geäußert, so hätte er folgerichtig auch auf die Vervielfältigungen auf den einzelnen Rechnern eingehen müssen.

Mithin hat der *EuGH* an dieser Stelle ein Aufspaltungsverbot bei Client-Server-Lizenzen bejaht; die Problematik bei Volumenlizenzen hat er hingegen nicht geklärt. Dieses Aufspaltungsverbot von Client-Server-Lizenzen ist auch nachvollziehbar.

3.2.5.3 Die Behandlung von Volumenlizenzen

Die Behandlung von Volumenlizenzen bleibt damit weiterhin streitig.¹⁰¹ Nach der Entscheidung in Sachen *UsedSoft* spricht allerdings einiges dafür, dass der Aufspaltung von Volumenlizenzen keine Hindernisse entgegenstehen. Bei den Volumenlizenzen ist grundsätzlich anzuerkennen, dass die Kopien, welche von der Masterkopie auf einen Rechner gezogen werden, mit Erlaubnis des Rechteinhabers vorgenommen werden; regelmäßig geht nämlich nur eine weitere Vergütungspflicht mit der Kopie einher.¹⁰² Geht man also von der Rechtmäßigkeit der entsprechenden Kopie aus, so liegt es nahe, eine solche Kopie mit dem Vervielfältigungswerk gleichzusetzen, welches man durch den Download vom Rechtsinhaber erhält.¹⁰³ Auch aus wirtschaftlicher Sicht scheint das Ergebnis einleuchtend, denn bei Lichte betrachtet handelt es sich bei der Volumenlizenz nicht um ein einheitliches Recht, sondern um eine Zahl X an Lizenzen, welche in einem Paket zusammengefasst wurden.¹⁰⁴

Eine sinngemäße Anwendung der *UsedSoft*-Rechtsprechung würde demnach dazu führen, dass kein Aufspaltungsverbot bei Volumelizenzen anzunehmen ist. Als Voraussetzung muss natürlich gewährleistet sein, dass der Veräußerer die Nutzung der Software auf dem „aktivierten“ Rechner einstellt.¹⁰⁵

3.2.6 Die Behandlung von „Pflegeverträgen“

Die *UsedSoft*-Entscheidung hat dazu geführt, dass in der Literatur angedeutet wurde, der Neuerwerber der Software geriete in ein Dauerschuldverhältnis zur Lieferung der jeweils neuesten Version des Computerprogramms.¹⁰⁶

Die Frage nach der Behandlung von Pflegeverträgen hängt zunächst davon ab, wie man einen solchen Pflegevertrag rechtlich zu verstehen hat. Nach einer älteren Sichtweise wird ein Pflegevertrag als ein Dienstvertrag bzw. ein Schuldverhältnis sui generis verstanden.¹⁰⁷

¹⁰¹ Zu den einzelnen dogmatischen Ansätzen vgl. nur *Hoeren*, Der Erschöpfungsgrundsatz bei Software – Körperliche Übertragung und Folgeprobleme, in: GRUR 2010, 665 (665 ff.)

¹⁰² *Schneider/Spindler*, Der Kampf um gebrauchte Software – Revolution im Urheberrecht?, in: CR 2012, 489 (497).

¹⁰³ *Schneider/Spindler*, Der Kampf um gebrauchte Software – Revolution im Urheberrecht?, in: CR 2012, 489 (497).

¹⁰⁴ *Marly*, Praxishandbuch Softwarerecht, 6. Auflage München 2014, Rn. 218; *Sosniza*, Die urheberrechtliche Zulässigkeit des Handels mit gebrauchter Software, in: K&R 2006, 206 (208 f.); *Grützmacher*, Gebrauchte Software und Übertragbarkeit von Lizenzen, in: CR 2007, 549 (554).

¹⁰⁵ So im Ergebnis *Hoeren*, Der Erschöpfungsgrundsatz bei Software – Körperliche Übertragung und Folgeprobleme, in: GRUR 2010, 665 (670); *Redeker*, Das Konzept der digitalen Erschöpfung – Urheberrecht für die digitale Welt, in: CR 2014, 73 (76).

¹⁰⁶ *Schneider/Spindler*, Der Kampf um gebrauchte Software – Revolution im Urheberrecht?, in: CR 2012, 489 (495); *dies.* aber in der Folge anders beurteilend: Der Erschöpfungsgrundsatz bei „gebrauchter“ Software im Praxistest, in: CR 2014, 213 (217).

Nach diesseitiger Auffassung gibt es einen Pflegevertrag als solchen nicht. Treffender muss man von einem allgemeinen Servicevertrag sprechen, welcher als Dienstvertrag in Form eines Dauerschuldverhältnisses kategorisiert werden kann. In dessen Rahmen bietet der Serviceleister den Abschluss von Einzelverträgen an, welche dann auf die Pflege der Software gerichtet sind.¹⁰⁸ Es obliegt also nach wie vor dem Servicenehmer, die Leistungen in Anspruch zu nehmen. Nimmt er sie allerdings in Anspruch in Form von Updates oder Patches etc., so bezieht sich der Erschöpfungsgrundsatz auch auf die aktualisierte Fassung der Software.

Dennoch gilt es, die allgemeinen Rechtsgrundsätze des BGB, insbesondere denjenigen der Privatautonomie zu beachten. Der Serviceanbieter kann sich nach wie vor aussuchen, mit wem er kontrahieren möchte. Insoweit kann der Erschöpfungsgrundsatz nicht zu einem Kontrakt mit einem Dritten führen.¹⁰⁹

3.2.7 Die Bedeutung von technischen Maßnahmen im Sinne von Sperren

Der *EuGH* hat in Rn. 79 festgehalten, dass die Überprüfung, ob die Kopie des Verkäufers unbrauchbar gemacht worden ist, Schwierigkeiten aufweisen kann. In dieser Hinsicht hat er dem Vertreiber der Kopie offen gelassen, die Unbrauchbarmachung der Kopie des Verkäufers durch technische Schutzmaßnahmen wie etwa Produktschlüssel zu kontrollieren.

Bisher stellt sich die Situation rechtlich so dar, dass Sperren eine vertragliche Vereinbarung voraussetzen. Nicht vereinbarte Sperren sollen als Mangel zu qualifizieren sein.¹¹⁰

Hinsichtlich etwaiger technischer Mechanismen wird in der Zukunft auf Sinn und Zweck eines solchen abzustellen sein. Mit dem *EuGH* wird man jedenfalls solche technischen Maßnahmen als erlaubt ansehen können, welche wie in Rn. 79 beschrieben die Unbrauchbarmachung der Kopie bei Weiterverkäufer überprüfen.¹¹¹

Hingegen werden solche Mechanismen nicht in Einklang mit der *EuGH*-Rechtsprechung zu bringen sein, welche eine Personalisierung bzw. Serialisierung bewirken oder eine Freischaltung erfordern.¹¹² Es muss im Ergebnis gewährleistet werden, dass der Erschöpfungsgrundsatz nicht durch eine technische Maßnahme ausgehebelt wird.

In diesem Zusammenhang ist auch ein deutlicher Wandel in der deutschen Rechtsprechung zu erwarten. Noch im Jahr 2010 entschied der *BGH* in der Sache *Half Life 2* über eine technische Maßnahme, welche sich im Endeffekt in einer faktischen Veräußerungssperre auswirkte. Danach war eine Nutzung des Computerspiels nämlich nur dann möglich, wenn der Nutzer ein Benutzerkonto anlegte und sich vor jeder Sesssion online mit seinen Zugangsdaten einloggte.

¹⁰⁷ *Beise*, DB 1979, 1214; Darüber hinaus wurde der Softwarevertrag auch als Mietvertrag angesehen: *Löwe*, Gedanken zur rechtlichen Einordnung von Wartungsverträgen, in: CR 1987, 219 (220); im Hinblick auf individualisierte Software wird man von einem Werkvertrag ausgehen müssen: zur Vertiefung siehe *Hoeren*, in: Graf von Westphalen, Vertragsrecht und AGB-Klauselwerke, Klauselwerke, IT-Verträge, Rn. 172.

¹⁰⁸ *Hoeren/Försterling*, Onlinevertrieb „gebrauchter“ Software – Hintergründe und Konsequenzen der *EuGH*-Entscheidung „UsedSoft“, in: MMR 2012, 642 (646).

¹⁰⁹ *Hoeren/Försterling*, Onlinevertrieb „gebrauchter“ Software – Hintergründe und Konsequenzen der *EuGH*-Entscheidung „UsedSoft“, in: MMR 2012, 642 (646).

¹¹⁰ *Schneider/Spindler*, Der Erschöpfungsgrundsatz bei „gebrauchter“ Software im Praxistest, in: CR 2014, 213 (221).

¹¹¹ Im Ergebnis auch *Hartmann*, Weiterverkauf und „Verleih“ online vertriebener Inhalte, in: GRUR-Int. 2012, 980 (985).

¹¹² *Schneider/Spindler*, Der Erschöpfungsgrundsatz bei „gebrauchter“ Software im Praxistest, in: CR 2014, 213 (221).

Im Falle des Weiterverkaufs des Spiels sollte es allerdings untersagt sein, das Benutzerkonto bzw. die Zugangsdaten ebenfalls weiterzugeben.¹¹³ Der *BGH* kam im Rahmen einer AGB-Prüfung zu dem Ergebnis, dass die entsprechende Klausel nicht nach § 307 Abs. 1 S. 1, Abs. 2 S. 1 BGB im Hinblick auf den Erschöpfungsgrundsatz aus den §§ 17 Abs. 2, 69c Nr. 3 S. 2 UrhG unwirksam sei. Er stützte seine Ansicht mit der Argumentation, dass die eigentliche Weiterverbreitung des Spiels nicht behindert werde. Es könne im Ergebnis nicht darauf ankommen, ob der erwerbende Dritte lediglich kein Interesse am Erwerb des Spiels habe.¹¹⁴ So sei es urheberrechtlich unbedenklich, wenn der Urheber sein Werkstück so ausgestalte, dass dieses nur auf eine ganz bestimmte Art und Weise genutzt werden könne, auch wenn diese Ausgestaltung zu der faktischen Unveräußerlichkeit des Werkstückes führe. Eine tatsächliche Veräußerung des Werkstücks sei nach wie vor rechtlich möglich.¹¹⁵

Aufgrund der voranstehenden Ausführungen wird deutlich, dass dieser Ansatz im Hinblick auf *EuGH-UsedSoft* nicht mehr vertretbar ist.¹¹⁶ Auch wenn dem *BGH* zuzustimmen ist, dass eine Weiterveräußerung rein tatsächlich nicht unterbunden wird, so führen die streitgegenständlichen AGB zu einer faktischen Verhinderung der Weiterveräußerung, denn der wirtschaftliche Wert des Spiels tendiert durch seine faktische Nichtspielbarkeit gen Null. Mit anderen Worten wird der nachgelagerte Markt für gebrauchte Softwarespiele abgeschottet. Genau eine solche Einschränkung des Warenverkehrs möchte der *EuGH* jedoch eliminieren¹¹⁷, so dass eine solche technische Sperre zukünftig nicht in Einklang mit den §§ 307 BGB, 17 Abs. 2, 69c Nr. 3 S. 2 UrhG zu bringen sein wird.

Dementsprechend ist auch eine neuerliche Entscheidung *des LG Berlin* im Ergebnis abzulehnen.¹¹⁸ In diesem Fall ging es um einen Sachverhalt, der nahezu identisch gelagert war wie die Rechtssache *Half Life 2* mit nur einer kleinen, aber noch darzustellenden Abweichung. Es ging folglich um ein Computerspiel, welches nur nach Online-Registrierung und unter danach jeweils erfolgreicher Anmeldung mit dem registrierten Online-Account spielbar war; im Falle der Veräußerung des Spiels wurde allerdings in den AGB untersagt, das Benutzerkonto mit der Zugangsregistrierung ebenfalls zu übertragen. Das *LG Berlin* entschied im Ergebnis unter Bezugnahme auf die entsprechenden Passagen wie der *BGH* in *Half Life 2*.

Die entscheidende Differenz lag darin, dass das Computerspiel gar nicht betriebsfähig war, wenn man sich nicht einloggt hatte. Es waren also in Addition zu der erworbenen Computersoftware die Serverdienste der Herstellerin in Anspruch zu nehmen. Dieses Konstrukt beurteilte das *LG Berlin* als eine zusätzliche, vertragsgegenständliche Dienstleistung, welche der Nutzer in Anspruch nehmen. Der „Dienstleister“ sei nicht verpflichtet, einem von ihm ausgewählten Dritten die Dienstleistungen

¹¹³ Vgl. Sachverhalt des Urteils *BGH*, Urteil v. 11.02.2010 – I ZR 178/08 = MMR 2010, 771 (772) (m. Anm. *Heydn*).

¹¹⁴ *BGH*, Urteil v. 11.02.2010 – I ZR 178/08 = MMR 2010, 771 (772 f.), (m. Anm. *Heydn*).

¹¹⁵ *BGH*, Urteil v. 11.02.2010 – I ZR 178/08 = MMR 2010, 771 (773); zustimmend *Heydn*, Anmerkung zum Urteil des *BGH* v. 11.02.2010 – I ZR 178/08, in: MMR 2010, 773 (774); *Moritz*, Der Handel mit „gebrauchter“ Software – Wolkenkuckucksheim ohne tragfähiges Element?, in: Festschrift für Benno Heussen, hrsg. von Jochen Schneider, Köln 2009, 221 (224).

¹¹⁶ So wohl auch *Schneider/Spindler*, CR 2014, 213 (221), wobei *dies.* in CR 2012, 489, (493) noch konträrer Ansicht waren; ebenfalls im Ergebnis *Hartmann*, Weiterverkauf und „Verleih“ online vertriebener Inhalte, in: GRUR-Int. 2012, 980 (985).

¹¹⁷ Vgl. Erwägungsgrund (4) der RiLi 2009/24/EG und Erwägungsgründe (6 ff.) der RiLi 2001/29/EG.

¹¹⁸ *LG Berlin*, Urteil v. 21.01.2014 – 15 O 56/13, Noch nicht veröffentlicht, jedoch abrufbar unter: https://www.surfer-haben-rechte.de/cps/rde/xbcr/digitalrechte/A14798-1_Valve_I_Instanz.pdf, zuletzt aufgerufen am 30.04.2014.

anzubieten. Im Übrigen bezog sich das *LG Berlin* auf den Erwägungsgrund 29 der RiLi 2001/31/EG, wonach der Erschöpfungsgrundsatz auf Dienstleistungen nicht anwendbar sei.¹¹⁹

Das *LG Berlin* macht hier einen schwerwiegenden dogmatischen Fehler, indem es die Bereitstellung der Server als eine zusätzliche, separat zu beurteilende Dienstleistung ansah und diese einer gesonderten Beurteilung unterzog. Es spricht zwar vieles dafür, dass der streitgegenständliche Vertrag über das Computerspiel nicht nur kaufvertragliche Elemente aufweist, sondern auch dienstvertragliche und mietvertragliche. Bei einem solchen Vertrag muss unterdessen auf den Schwerpunkt der vertraglichen Leistung abgestellt werden. Dabei kommt es vornehmlich auf den Parteiwillen an, welcher im Wege der Auslegung nach den §§ 133, 157, 242 BGB zu ermitteln ist.¹²⁰ In diesem Zusammenhang wird man davon auszugehen haben, dass ein objektiver Dritter zunächst davon ausgeht, dass er einen Kaufvertrag über das Computerspiel schließt; insbesondere wird er schon nicht davon ausgehen, dass er durch den Kauf eines Computerspiels eine separate, weitere Verpflichtung im Sinne eines Dienstvertrages eingeht. Insbesondere muss man bedenken, dass solche Registrierungshandlungen, erst nach dem Kauf, also bei Installation des Spiels abverlangt werden, so dass die Vertragspartei (der Käufer) sich regelmäßig keiner weiteren oder atypischen Vertragskonstruktionen gegenüber sieht.

Insoweit kann die Argumentation des *LG Berlin* nicht durchgreifen. Der Erschöpfungsgrundsatz findet also Anwendung, da im Ergebnis der Vertrag trotz der dienstvertragsrechtlichen Komponente als Kaufvertrag anzusehen und zu beurteilen ist. Ein Verstoß gegen § 307 Abs. 2 Nr. 1 BGB in Verbindung mit § 69c Nr. 3 S. 2 UrhG wäre anzunehmen gewesen. Es ist zu hoffen, dass Rechtsmittel eingelegt wurde und die Berufungsinstanz zu einer saubereren Lösung gelangt.

3.3 Die Anwendung des Erschöpfungsgrundsatzes auf andere digitale Güter

In diesem Zusammenhang stellt sich die Frage, ob und gegebenenfalls wie die Rechtsprechung des *EuGH* in Sachen *UsedSoft* auf andere digitale Rechtsgüter anzuwenden ist. Auch hier divergieren die Meinungen sehr stark. Das *LG Berlin* hat sich in dem erörterten Urteil leider nicht mit dieser Frage auseinandergesetzt.

Sicherlich wird man in Betracht ziehen müssen, dass sich der *EuGH* in der *UsedSoft*-Entscheidung sehr stark an der RiLi 2009/24/EG orientiert hat.¹²¹ Insbesondere fällt auf, dass die RiLi 2009/24/EG als *lex specialis* gegenüber der RiLi 2001/29/EG getauft wurde, so man annehmen könnte, dass die Folgerungen der *UsedSoft*-Entscheidung künftig auch nur auf Sachverhalte übertragbar seien, welche in den Anwendungsbereich der 2009/24/EG fallen.¹²²

Des Weiteren wird vorgetragen, dass die Argumentation des *EuGH* in *UsedSoft* auch deswegen nicht ohne Einschränkungen auf andere digitale Werke übertragen werden könne, da diese oftmals aus verschiedenen Bestandteilen zusammengesetzt seien. So sei ein eBook nicht nur Software,

¹¹⁹ *LG Berlin*, Urteil v. 21.01.2014 – 15 O 56/13, Blatt 15 ff. abrufbar unter: https://www.surfer-haben-rechte.de/cps/rde/xbcr/digitalrechte/A14798-1_Valve_I_Instanz.pdf, zuletzt aufgerufen am 30.04.2014.

¹²⁰ *Stadler*, in: Jauernig, Bürgerliches Gesetzbuch, 15. Auflage München 2014, § 311, Rn. 30 ff.

¹²¹ Vgl. *Hoeren/Försterling*, Onlinevertrieb „gebrauchter“ Software – Hintergründe und Konsequenzen der *EuGH*-Entscheidung „UsedSoft“, in: MMR 2012, 642, 647.

¹²² *Krüger/Biehler/Apel*, Keine „Used Games“ aus dem Netz – Unanwendbarkeit der „UsedSoft“-Entscheidung des *EuGH* auf Videospiele, in: MMR 2013, 760 (762 f.).

sondern auch Sprachwerk.¹²³ Noch differenzierter wird man die Situation bei Computerspielen sehen können, welche im deutschen Recht auch gerne als Multimediawerk bezeichnet werden.¹²⁴ Sie setzen sich zusammen aus audiovisuellen Werken, also Grafiken und Musik, sowie Computerprogrammen wie beispielsweise der das Spiel berechnenden „Engine“. Kritikern des Erschöpfungsgrundsatzes im Hinblick auf Computerspiele wurde jedoch durch die *Nintendo*-Entscheidung des *EuGH* eine Absage erteilt.¹²⁵ Dort kam der *EuGH* zu dem Schluss, dass solche hybriden Werke Schutz durch mehrere Richtlinien erfahren können, in diesem Fall durch die RiLi 2001/29/EG und RiLi 2009/24/EG, auch wenn in *UsedSoft* die RiLi 2009/24/EG *lex specialis* charakterisiert wurde.¹²⁶ Wenn also argumentiert wird, dass Computerspiele heutzutage nur noch zu einem kleinen Teil aus einem eigentlichen Computerprogramm bestehen und somit die Richtlinie 2001/29/EG einschlägig sein sollte,¹²⁷ so wird diese Argumentation vor dem Hintergrund der *EuGH-Nintendo*-Rechtsprechung nicht mehr haltbar sein.

Den Gegnern der Übertragbarkeit des Erschöpfungsgrundsatzes auf andere digitale Medien hat sich kürzlich auch das *LG Bielefeld*¹²⁸ angeschlossen. Es hatte über einen Fall zu entscheiden, in dem ein Onlineanbieter unter anderem eBooks und Hörbücher zum Vertrieb per Online-Download anbot. In den AGB hielt der Anbieter fest, dass der Kunde ein nicht übertragbares Nutzungsrecht erhalte, welches ihn lediglich zum persönlichen Gebrauch berechtige. Im Übrigen sei ihm nicht gestattet, den Download im Internet oder in andere Netzwerke entgeltlich oder unentgeltlich einzustellen, sie nachzuzahlen, weiterzuverkaufen oder für kommerzielle Zwecke zu nutzen.¹²⁹

Das *LG Bielefeld* sah in diesen AGB keinen Verstoß gegen §§ 307 Abs. 1, Abs. 2 Nr. 1 und Nr. 2 BGB, 17 Abs. 2 UrhG. Zur Begründung führte es an, dass der Nutzer mit Vertragsabschluss das Nutzungsrecht an dem erworbenen digitalen Medium erhalte. Dieses beinhalte wiederum die Möglichkeit des unbeschränkten Ansehens und Anhörens (je nach Art des Mediums). Darüber hinausgehende Rechte würden jedoch nicht vermittelt; sie entsprächen ohnehin nicht dem primären Vertragszweck des Anhörens und Ansehens des Mediums.¹³⁰ Das Gericht argumentierte des Weiteren, dass der Erwerber an einem digitalen Werk schon kein Eigentum erwerben könne, da es keine Sacheigenschaft gemäß § 90 BGB innehave.¹³¹

Die Entscheidung des *LG Bielefeld* weist jedoch an den entscheidenden Stellen äußerst fragwürdige Gedankengänge vor. Man könnte fast behaupten, dass die Richter versuchten, mit einem Ziel vor Augen ihre Urteilsgründe in ein passendes Gewand zu pressen.

¹²³ Vgl. darstellend *Peifer*, Vertrieb und Verleih von E-Books – Grenzen der Erschöpfungslehre, in: Zeitschrift für Medien- und Kommunikationsrecht (AfP) 2013, 89 (90).

¹²⁴ Computerspiele werden auch als hybride Werke oder Multimediawerke tituiert: Bullinger, in: Wandtke/Bullinger, Urheberrecht, 3. Auflage München 2009, § 2 UrhG, Rn 151, 155.

¹²⁵ *EuGH*, C-355/12, *Nintendo Co. Ltd., Nintendo of America Inc., Nintendo of Europe GmbH v PC Box Srl, 9 Net Srl*, noch nicht in der Sammlung veröffentlicht.

¹²⁶ *EuGH*, C-355/12, *Nintendo Co. Ltd., Nintendo of America Inc., Nintendo of Europe GmbH v PC Box Srl, 9 Net Srl*, Rn. 22 f.

¹²⁷ *Krüger/Biehler/Apel*, Keine „Used Games“ aus dem Netz – Unanwendbarkeit der „UsedSoft“-Entscheidung des *EuGH* auf Videospiele, in: MMR 2013, 760 (762).

¹²⁸ *LG Bielefeld*, Urteil v. 05.03.2013 – 4 O 191/11 = GRUR-RR 2013, 281 ff.

¹²⁹ Vgl. insoweit den Tatbestand: *LG Bielefeld*, Urteil v. 05.03.2013 – 4 O 191/11 = GRUR-RR 2013, 281 ff.

¹³⁰ *LG Bielefeld*, Urteil v. 05.03.2013 – 4 O 191/11 = GRUR-RR 2013, 281 (282).

¹³¹ *LG Bielefeld*, Urteil v. 05.03.2013 – 4 O 191/11 = GRUR-RR 2013, 281 (282).

Zunächst mag man dem *LG Bielefeld* zustimmen, dass ein online erworbenes Hörbuch oder eBook keine Sache im Sinne von § 90 BGB darstellt. Doch im Weiteren lässt das Gericht eine Einordnung des Vertragstypus vermissen.¹³² Es hat sich weder mit der Möglichkeit eines Rechtskaufs gemäß der §§ 433, 453 BGB auseinandergesetzt, was nahe gelegen hätte, da das Gericht wiederholt auf den Erwerb eines Nutzungsrechts rekurrierte; dann wären auch die Vorschriften des Kaufrechts anwendbar gewesen.¹³³ Darüber hinaus fand keine weitere Einordnung statt. Das überrascht, da das Gericht im Weiteren auf den primären Vertragszweck eingeht und sagt, dass dieser nicht darin läge, eigentumsähnliche Rechte zu vermitteln.¹³⁴ In diesem Zusammenhang sprach das Gericht wahrscheinlich über die Lizenz; dennoch verbleibt die Frage, wie die rechtliche Einordnung des eigentlich Vertrags zu verstehen ist.

Noch verwirrender war die Argumentation des Gerichts im Hinblick auf in den AGB verwendete kaufrechtliche Begriffe; Nach der Ansicht der Richter solle es zu kompliziert sein, den Laien mit urheberrechtlichen Begriffen zu verwirren; kaufrechtliche Begriffe seien ihm geläufig und führten zu einem besseren Verbraucherverständnis. Im Übrigen wisse der Laie, dass er keine eigentümerähnliche Stellung erhalte.¹³⁵ Die verworrene Argumentation des *LG Bielefeld* ist nicht zu übersehen: Auf der einen Seite soll der Verbraucher als armer Laie nicht mit urheberrechtlichen Begriffen überfordert werden, auf der anderen Seite soll er in der Lage sein, den Unterschied zwischen einem Nutzungsrecht und den sonstigen Voraussetzungen eines Vertragsschlusses über ein digitales Gut im Internet zu erkennen.

Man möchte an dieser Stelle fragen, seit wann es ein Problem darstellt, urheberrechtliche Begriffe in AGB zu verwenden. Natürlich können solche Begriffe im Einzelfall unbekannt sein und das Verständnis der Vertragsmodalitäten erschweren; aber ob sie wirklich zu einer Irreführung führen, mag doch bezweifelt werden.

Die dann letztlich entscheidende Frage, ob eBooks und Hörbücher auch in den Genuss einer (zumindest analogen) Anwendung des Erschöpfungsgrundsatzes kommen sollten, verneinte das *LG Bielefeld* zunächst im Hinblick auf nicht vorliegende Analogievoraussetzungen.¹³⁶ Sodann erklärte es die Richtlinie 2009/24/EG auf Hörbücher, eBooks und dergleichen für unanwendbar, da diese keine Computerprogramme darstellten. Da aber der *EuGH* die RiLi 2009/24/EG als *lex specialis* erachte und die RiLi 2001/29/EG eben nur die Erschöpfung an körperlichen Werken statuiere (vgl. auch Erwägungsgrund 29 der RiLi), sei der Erschöpfungsgrundsatz letztlich nicht auf Hörbücher und eBooks anzuwenden.¹³⁷

Das *LG Bielefeld* blieb in diesem Zusammenhang äußerst technisch und nahe am Wortlaut der einschlägigen Rechtsnormen; diese verwundert, war man doch bis zu diesem Zeitpunkt äußerst kreativ. denn das *LG Bielefeld* verkennt in seiner Entscheidung, das Problem ,dass durch diese

¹³² *LG Bielefeld*, Urteil v. 05.03.2013 – 4 O 191/11 = GRUR-RR 2013, 281 (283), mit dem Hinweis darauf, dass die Vertragstypologie im Streit stünde.

¹³³ Hoeren, Ergänzungsgutachten UsedSoft ./ Oracle, Münster 2007, <http://www.usedsoft.com/assets/Law/ergaenzungsgutachten-hoeren-wg-oracle-2007-04-12.pdf>, zuletzt aufgerufen am 30.04.2014; Sosnitza, Urheberrechtliche Zulässigkeit des Handels mit gebrauchter Software, in: K&R 2006, 206 (208).

¹³⁴ *LG Bielefeld*, Urteil v. 05.03.2013 – 4 O 191/11 = GRUR-RR 2013, 281 (282).

¹³⁵ *LG Bielefeld*, Urteil v. 05.03.2013 – 4 O 191/11 = GRUR-RR 2013, 281 (283).

¹³⁶ *LG Bielefeld*, Urteil v. 05.03.2013 – 4 O 191/11 = GRUR-RR 2013, 281 (284).

¹³⁷ *LG Bielefeld*, Urteil v. 05.03.2013 – 4 O 191/11 = GRUR-RR 2013, 281 (285).

Herangehensweise nachgelagerte Märkte abgeschottet werden und diese Tatsache auch eines der Hauptanliegen in *UsedSoft* war.¹³⁸ *Redeker* hat kürzlich ein überzeugendes und praxistaugliches Beispiel angeführt: Warum sollte der Eigentümer eines Buches, welches er über das Internet verkauft, zu der Veräußerung rechtlich in der Lage sein, weil sich ja das Verbreitungsrecht an diesem erschöpft hat, hingegen der Verkäufer des gleichen Buches in eBook-Form nicht, da hier angeblich der Erschöpfungsgrundsatz nicht eingreift.¹³⁹

Hier muss sich noch einmal auf Sinn und Zweck des Erschöpfungsgrundsatzes besonnen werden. Zum einen schützt dieser nämlich die Verwertungsrechte des Urhebers, zum anderen sollen nachgelagerte Märkte nicht abgeschottet werden. Im Falle des obigen Beispiels bleibt das geistige Werk dasselbe – nur die Vertriebsform ändert sich. Aufgrund dessen muss zum einen der Relevanz des oftmals herangezogenen Erwägungsgrundes (29) der RiLi 2001/29/EG welcher besagt, dass sich das Problem der Erschöpfung bei Online-Diensten nicht stelle, in Abrede gestellt werden, denn wie aufgezeigt besteht eine erhebliche Relevanz; Erwägungsgrund (29) ist nicht mehr zeitgemäß und deswegen falsch.¹⁴⁰

Konsequenter Weise kann es in wirtschaftlicher Hinsicht keinen Unterschied machen, ob es in künftigen, ähnlich gelagerten Fällen um Software oder eben andere digitale Inhalte geht. Es muss an dieser Stelle dem Umstand Rechnung getragen werden, dass der heutige Geschäftsverkehr zunehmend durch virtuelle Güter geprägt wird. Der Erschöpfungsgrundsatz mag sich zwar nach deutschem und europäischem Normengefüge nur auf körperliche Werke beziehen, doch kann diese Systematik die insbesondere die Abschottung nachgelagerter Märkte nicht verhindern. Der *EuGH* zeigt auch durch seine Auseinandersetzung mit den Vorschriften der RiLi 2001/29/EG und den Grenzen im Online Bereich, dass die Überlegungen zur Verkehrsfähigkeit von digitalen Gütern verallgemeinerungsfähig sind.¹⁴¹

Insoweit kann eine Abschottung nachgelagerter Märkte auch nur dann vermieden werden, wenn die weite Interpretation des Erschöpfungsgrundsatzes künftig auch auf andere digitale Inhalte als Software übertragen wird.¹⁴²

4. Haftungsfragen in Bezug auf das Urheberrecht und den Online-Handel

Nach derzeitigem Stand der Dinge werden der normale Verstoß gegen ein geistiges Eigentumsrecht und ein solcher auf Online-Ebene auf Rechtsfolgenseite nicht unterschiedlich behandelt.

Im deutschen Urheberrecht steht dem Verletzten ein Unterlassungsanspruch aus § 97 UrhG zu. § 97 Abs. 1 UrhG regelt einen verschuldensunabhängigen Anspruch auf Unterlassung und Beseitigung

¹³⁸ Vgl. *Schneider/Spindler*, Der Kampf um die gebrauchte Software – Revolution im Urheberrecht?, in: CR 2010, 489 (497).

¹³⁹ *Redeker*, Das Konzept der digitalen Erschöpfung – Urheberrecht für die digitale Welt, in: CR 2014, 73 (76).

¹⁴⁰ Im Ergebnis auch *Redeker*, Das Konzept der digitalen Erschöpfung – Urheberrecht für die digitale Welt, in: CR 2014, 73 (76).

¹⁴¹ *Peifer*, Vertrieb und Verleih von E-Books – Grenzen der Erschöpfungslehre, in: AfP 2013, 89 (90 f.).

¹⁴² *Dreier*, in: *Dreier/Schulze*, UrhG, 4. Auflage München 2013, § 69c, Rn. 24; *Hoeren/Försterling*, Onlinevertrieb „gebrauchter“ Software – Hintergründe und Konsequenzen der EuGH-Entscheidung „UsedSoft“, in: MMR 2012, 642, 647; im Ergebnis auch *Peifer*, Vertrieb und Verleih von E-Books – Grenzen der Erschöpfungslehre, in: AfP 2013, 89 (90 f.); andere Ansicht: *OLG Stuttgart*, Urteil v. 03.11.2011 – 2 U 49/11 = ZUM 2012, 811 (812 f.).

der Urheberrechtsverletzung. Dieser Anspruch ist grundsätzlich in die Zukunft gerichtet und soll entweder als vorbeugender Unterlassungsanspruch bei bestehender Wiederholungsgefahr oder auch bei Erstbegehungsgefahr die Rechte des Urhebers sichern.¹⁴³ Der Anspruch richtet sich gegen den Täter oder Teilnehmer der Rechtsverletzung.¹⁴⁴

Es soll erwähnt sein, dass die deutsche Rechtsordnung die sogenannte Störerhaftung kennt. Die Anspruchsgrundlage ist umstritten; jedenfalls kann sie dahinstehen, da die Störerhaftung generell anerkannt wird und sich entweder aus § 97 Abs. 1 UrhG oder aus den §§ 1004, 823 BGB analog ableiten lässt.¹⁴⁵ In diesem Zusammenhang kann ein Anspruch auf Unterlassung geltend gemacht werden, wenn der Störer – ohne Teilnehmer oder Täter zu sein – einen adäquaten Verursachungsbeitrag geleistet hat.¹⁴⁶

Darüber hinaus findet sich in § 97 Abs. 2 UrhG ein verschuldensabhängiger Schadensersatzanspruch. § 97 Abs. 2 S. 2 UrhG eröffnet einen Schadensersatzanspruch im Hinblick auf einen etwaigen immateriellen Schaden. Gemäß § 102a UrhG haben diese Anspruchsgrundlagen keinen ausschließlichen Charakter, so dass andere Anspruchsgrundlagen einschlägig sein können, insbesondere aus dem allgemeinen Zivilrecht. Hierzu zählen insbesondere Ansprüche nach den §§ 823, 1004 BGB sowie bereicherungsrechtliche Ansprüche gemäß der §§ 812 ff. BGB. Allerdings sind auch weitere Anspruchsgrundlagen denkbar wie beispielsweise das Verbot der unlauteren Geschäftshandlungen aus § 3 UWG.

Die einzelnen Ansprüche können natürlich im Wege des einstweiligen Rechtsschutzes geltend gemacht werden, um vorübergehend die fraglichen Rechtsverletzungen einzustellen.¹⁴⁷

Im Rahmen der Durchsetzung der Ansprüche steht dem Berechtigten die Möglichkeit der Abmahnung gemäß § 97a UrhG zur Seite. Soweit die Abmahnung berechtigt war im Sinne des § 97a Abs. 1, 2 UrhG, steht dem Berechtigten ein Anspruch auf Ersatz der Aufwendungen für die Abmahnung zu gemäß § 97a Abs. 3 UrhG. Allerdings ist der Vorgang der Abmahnung für den Verletzten nicht verbindlich, vielmehr „soll“ er sich des Instrumentariums der Abmahnung bedienen. Dies kann dann letztlich Auswirkungen auf die Kostentragung im Hauptprozess haben, die trotz eines berechtigten Anspruchs dem Verletzten aufzuerlegen ist, wenn dieser nicht abgemahnt hat und der Anspruchsgegner sofort anerkennt, § 93 ZPO.¹⁴⁸

Die einzelnen Ansprüche sind gemäß § 104 S. 1 UrhG bei den ordentlichen Gerichten geltend zu machen.

¹⁴³ Vgl. darstellend *Marly*, Praxishandbuch Softwarerecht, 6. Auflage München 2014, Rn. 287 ff.

¹⁴⁴ *Dreier*, in: *Dreier/Schulze*, UrhG, 4. Auflage München 2013, § 69c UrhG, Rn. 23.

¹⁴⁵ Vgl. beispielsweise *BGH*, Urteil v. 12.07.2012 – I ZR 18/11 (*Rapidshare – Alone in the Dark*) = MMR 2013, 185 (186); im Rahmen dieser Bearbeitung muss die Störerhaftung nicht vertieft werden; nichtsdestoweniger soll erwähnt werden, dass die Störerhaftung ebenfalls einige Fragen aufwirft, denn sie ist anwendbar auf jeden adäquaten Verursachungsbeitrag. Dieses weite Verständnis führt im Einzelfall zu scheinbar unbilligen Ergebnissen. Besondere Beachtung genießt die Störerhaftung derzeit im Hinblick auf WLAN-Provider, vgl. nur *Hoeren/Jakopp*, WLAN-Haftung – A never ending story?, in: *Zeitschrift für Rechtspolitik (ZRP)* 2014, 72 ff.

¹⁴⁶ Vgl. nur *BGH*, Urteil v. 11.03.2004 – I ZR 304/01 (*Internetversteigerung – Rolex*) = MMR 2004, 668 (671).

¹⁴⁷ *OLG Düsseldorf*, Beschluss v. 22.08.2008 – I-2 W 43/08 = GRUR-RR 2009, 157 (158 f.); *Dreier*, in: *Dreier/Schulze*, UrhG, 4. Auflage München 2013, § 69c UrhG, Rn. 90.

¹⁴⁸ So auch *BT-Drucks.* 15/1487, S. 25.

In den anderen einschlägigen Rechtsgebieten finden sich ebenfalls Unterlassungs- und Schadensersatzansprüche, welche sehr vergleichbar sind, § 14 Abs. 2, Abs. 6 MarkenG, § 139 Abs. 1, Abs. 2 PatG, § 42 Abs. 1, Abs. 2 GeschmacksmusterG.

5. Schlussfolgerungen und Ausblick

Mit den obigen Ausführungen wurde versucht herauszuarbeiten, dass der Erschöpfungsgrundsatz im IP-Recht einen der ganz wesentlichen Grundsätze des deutschen und europäischen Rechts verkörpert, ohne welchen das IP-Recht kaum funktionieren würde. Dabei verfolgt der Erschöpfungsgrundsatz zwei wesentliche Ziele, nämlich das Recht des Urhebers auf Vergütung seines Werkes sowie übergreifend das Funktionieren des (digitalen) Binnenmarktes durch Verhinderung der Abschottung nachgelagerter Märkte.

Unsere heutige Gesellschaft steht vor der ganz besonderen, wenn auch nicht mehr unbekanntenen Hürde, dass die Informationstechnologie in Verbindung mit den Möglichkeiten, die das Internet bietet, immerzu neue Rechtsfragen aufwirft.

Darüber hinaus leidet die Judikative darunter, dass sowohl der europäische als auch der deutsche Gesetzgeber (wobei diese Meinung auch auf die restlichen mitgliedstaatlichen Gesetzgeber zutreffen dürfte) nicht in angemessener Zeit auf die entsprechenden Rechtsprobleme reagieren können. Die Gerichte sind in der Folge mit einer Materie befasst, die von einer rapiden Wandelbarkeit geprägt und dementsprechend wenig erforscht und in weiten Teilen normativ nicht erfasst ist.

Man bedenke, dass beispielsweise die RiLi 2001/29/EG schon über 13 Jahre alt ist. Sie kann dementsprechend nur diejenigen Probleme erfassen, welche auch 2001 bekannt und herausgearbeitet waren. Offensichtlich hat sie in Erwägungsgrund (29) den Erschöpfungsgrundsatz im Online-Bereich als unproblematisch angesehen und damit schlicht falsch gelegen.

Die Frage, ob es deswegen geboten ist, auf jedes einzelne Geschäftsmodell mit einer besonderen gesetzlichen Regelung zu reagieren, mit anderen Worten, ob man der Legislative intensivere Pflichten auferlegen sollte, erscheint kaum haltbar. Zum einen dauern die Gesetzgebungsverfahren derzeit zu lang, um den tägliche aufkommenden neuen Rechtsfragen im Internetrecht die Stirn bieten zu können. Einer meiner Studenten sprach mich neulich auf das Vorwort zu meinem Lehrbuch im Internetrecht an, in dem ich mich bei dem Verleger für die Rekordverlagszeit von sechs Wochen bedankte mit dem Hinweis darauf, dass eigentlich schon diese sechs Wochen für eine grundlegende Veränderung der Rechtslage und damit der mangelnden Aktualität ausreichen; an diesem Gedanken halte ich nach wie vor fest, denn darin ist in weiten Teilen die Brisanz der Auseinandersetzung zwischen Recht und IT-Sektor begründet.

Zum anderen kann dem Problem auch anderweitig begegnet werden: Dazu müssen sich sowohl der *EuGH*, als auch die mitgliedstaatlichen Gerichte in Zukunft „trauen“, das juristische Handwerkszeug, das ihnen schon jetzt zur Seite steht, anzuwenden. Gerade der Erschöpfungsgrundsatz als eines der grundlegendsten Prinzipien des Urheberrechts (und des IP Rechts) sollte doch nicht in Frage gestellt werden, nur weil eine neue Form des Vertriebs eines geistigen Werkes in Erscheinung tritt. Es geht nämlich beim Erschöpfungsgrundsatz wie aufgezeigt

nicht um die Vertriebsform, sondern um die Vergütung des Urhebers für sein Werk und darüber hinaus um die Funktionsfähigkeit des Binnenmarktes und zwar des digitalen Binnenmarktes. Natürlich hat die fortwährende Diskussion um den Erschöpfungsgrundsatz eine gewisse Berechtigung – denn wenn im Gesetzestext von einem verkörpertem Werk die Rede ist und es nunmehr um ein digitales, also nicht nichtkörperliches Werk geht, dann besteht Anlass zur Kontroverse. Doch am Ende des Tages muss doch auch der Dogmatiker sich eingestehen, dass diese Diskussion nicht alleine anhand von juristischen Spitzfindigkeiten geführt werden darf. Der Erschöpfungsgrundsatz hat eine weitaus größere Bedeutung und zwar vornehmlich auf wirtschaftlicher Ebene und muss dementsprechend auch vor diesem Hintergrund beleuchtet werden. An diesem Punkt schließt sich dann auch die Frage an, warum ein geistiges Werk in digitaler Form einer anderen Behandlung unterliegen sollte als ein verkörpertes Werk. Es kommt nämlich ganz wesentlich auf den wirtschaftlichen Wert der geistigen Schöpfung sowie dessen Weiterverbreitung an. Im Ergebnis macht es für die wirtschaftliche Verwertung ganz einfach keinen Unterschied, ob das Werk fassbar ist oder nicht. Es wird in diesem Zusammenhang oft übersehen, dass das Urheberrecht an sich nicht auf die Manifestation eines Werkes ausgerichtet ist, sondern auf das geistige Werk, das lediglich durch einen Träger manifestiert wird. Man darf nicht an den Punkt gelangen, an dem der Schutz des geistigen Eigentums – überspitzt gesagt- von dem Vertriebskanal abhängt.

Man kann an dieser Stelle die Beteiligten nur herzlich anregen, sich auf altbekannte und meistbewährte Grundsätze zu besinnen. Es werden in der Zukunft noch sehr viel mehr unbekannte und nicht normierte Probleme im Zusammenhang mit dem Internetrecht auftauchen, die derzeit nicht zu benennen sind. Die Legislative wird auch dann nicht gewappnet sein, die spitzfindigen Konstruktionen der IT-Unternehmen zeitnah zu erfassen und zu reglementieren. Selbst die Gerichte sind ja im Grunde schon überfordert, wenn man bedenkt, dass der Fall *UsedSoft* erstmals im Jahre 2006 vor dem *LG München I* verhandelt und im Jahre 2014 immer noch keiner finalen Entscheidung zugeführt werden konnte. Die Folge dieses ewig andauernden Rechtsstreits ist auch bekannt: *UsedSoft* musste in der Zwischenzeit Insolvenz anmelden.¹⁴⁹ Das mag man als Geschäftsrisiko ansehen, doch im Endeffekt und gerade in diesem Fall als ein äußerst unglückliches.

Deswegen kann nur angeraten werden, solche Probleme zukünftig im Wege der gerichtlichen Rechtsfortbildung anzugehen und zu lösen. Doch dieser Ansatz kann nur dann erfolgsversprechend sein, wenn die Gerichte über den Tellerrand schauen und sich nicht in Anbetracht bestehender Regelungen selbst ein Bein stellen. Es bleibt dann in Ermangelung gesetzlicher Kapazitäten nur der logische Rückgriff auf Grundsätze, denn dafür sind Grundsätze und Prinzipien da.

Man muss sich darüber hinaus auch vor einer gewissen Überregulierung in Acht nehmen: Eine Regulierung auf der einen Seite birgt immer die Gefahr, dass auf der anderen Seite ein Schlupfloch gefunden wird, welches wieder neue Probleme aufwirft. Das soll selbstverständlich nicht bedeuten, dass diesseits pauschal gegen gesetzliche Normierungen plädiert wird. Doch sollte man den

¹⁴⁹ <http://www.heise.de/newsticker/meldung/UsedSoft-meldet-auch-in-Deutschland-Insolvenz-an-1346521.html>, zuletzt aufgerufen am 30.04.2014.

potentiellen negativen Folgen etwaiger zukünftiger Regelungen große Bedacht schenken. Man könnte versucht sein zu behaupten, dass weniger auch vereinzelt mehr sein kann.

In Anbetracht der voranstehenden Ausführungen soll noch einmal betont werden, dass zukünftige Sachverhalte betreffend anderer digitaler Medien unter entsprechender Beachtung des Erschöpfungsgrundsatzes gelöst werden müssen. Die Argumentation bleibt dabei dieselbe: Der Erschöpfungsgrundsatz muss Geltung finden, um dem urheberrechtlichen Anspruch einerseits und dem digitalen Binnenmarkt andererseits Rechnung zu tragen. Es kann gerade in wirtschaftlicher Hinsicht keinen Unterschied machen, ob nun ein eBook oder ein normales Buch vom Erschöpfungsgrundsatz zu erfassen ist.