

Weiterverkauf und „Verleih“ online vertriebener Inhalte

Zugleich Anmerkung zu EuGH, Urteil vom 3. Juli 2012, Rs. C-128/11 – *UsedSoft* / *Oracle*

Thomas Hartmann*

Mit der Entscheidung *UsedSoft* belebt der EuGH eine schon länger geführte Diskussion neu: Sollten wesentliche Verwertungs- und Nutzungsrechte danach differenziert sein, ob elektronische Werke auf körperlichen Medienträgern (z.B. DVD) oder rein elektronisch (z.B. zum Download) angeboten und genutzt werden? Nicht danach unterschieden hat nun der EuGH bei der Anwendung des Erschöpfungsgrundsatzes. Zunächst soll erörtert werden, ob das Urteil auf lediglich elektronisch übermittelte Software begrenzt ist oder auch auf andere digitale Werkkopien ausstrahlt (I. a. E.). Der nachfolgende Abschnitt (II.) widmet sich dann möglichen Fingerzeigen für die Lizenzvertragspraxis. Schließlich (III.) sollen Impulse für den nur zögerlich einzusetzenden „Verleih“ von E-Books und ähnlichen elektronischen Publikationen in öffentlichen Bibliotheken diskutiert werden.

I. EuGH-Urteil *UsedSoft*

Das Unternehmen *UsedSoft* kauft und verkauft „gebrauchte“ Paketlizenzen für Computerprogramme. Im Oktober 2005 führte *UsedSoft* eine „Oracle Sonderaktion“ durch, bei der Lizenzrechte für Oracle Datenbanksoftware angeboten wurden. Nach dem Lizenzerwerb sollten sich die Käufer eine Programmkopie der Software direkt von der Oracle-Internetseite herunterladen können¹.

Mit der gegen dieses Geschäftsmodell gerichteten Klage hatte Oracle vor dem Landgericht München I und auch anschließend vor dem Oberlandesgericht München Erfolg². Zur Begründung führten die Gerichte im Wesentlichen aus, dass sich das Verbreitungsrecht an nur online übermittelten Programmkopien nicht erschöpfe und damit der Weiterverkauf einer Gebrauchtlizenz nur mit Zustimmung des Softwareherstellers zulässig sei. Ferner verneinten die beiden Gerichte eine planwidrige Gesetzeslücke und erkannten auch nicht, dass der Erwerb einer Programmkopie auf einem körperlichen Datenträger (z.B. CD-Rom) und der reine Online-Erwerb einer Programmkopie vergleichbare Sachverhalte darstellen würden.

In dem von *UsedSoft* angestrebten Revisionsverfahren legte der Bundesgerichtshof Anfang 2011 dem EuGH drei Rechtsfragen zur Vorabentscheidung vor³. Zunächst gilt es aus Sicht des BGH zu beantworten, ob „rechtmäßiger Erwerber“ im Sinne von Art. 5 Abs. 1 Software-RL⁴ auch derjenige ist, der sich auf eine Erschöpfung des Verbreitungsrechts an einer Programmkopie berufen kann. In der zweiten Vorlagefrage erkundigt sich der BGH nach der Anwendbarkeit des Erschöpfungsgrundsatzes (Art. 4 Abs. 2 Hs. 1 Software-RL), wenn der Erwerber eine Programmkopie selbst erst durch Herunterladen anfertigt. Schließlich möchte der BGH wissen, ob auch der Käufer einer Gebrauchtlizenz „rechtmäßiger Erwerber“ ist, wenn er per Download eine Programmkopie erzeugt (Erschöpfung bei rein online übermitteltem, unkörperlichem Datenbestand)⁵.

1. Kernaussage

Nach Auffassung des EuGH erschöpft sich das Verbreitungsrecht auch an einer lediglich online übermittelten Programmkopie einer Software, nachdem der Rechtsinhaber an dieser entgeltlich ein unbefristetes Nutzungsrecht

eingräumt hat⁶. Eben diese Erschöpfungswirkung tritt jeweils auch bei späteren Weiterverkäufen der Kopie ein⁷. Die Erwerber „gebrauchter“ Programmkopien können sich auf die Erschöpfung des Verbreitungsrechts berufen und sind, im Rahmen der nachfolgend beschriebenen Voraussetzungen und Einschränkungen, als rechtmäßige Erwerber der Programmkopien anzusehen⁸. Die Erschöpfungsregel geht widersprechenden vertraglichen Abtreungs- bzw. Weitergabeverboten vor⁹.

2. Voraussetzungen für die Anwendbarkeit der Erschöpfungsregel

a) Erstverkauf durch Rechtsinhaber

Soll der Erschöpfungsgrundsatz eingreifen, muss der Rechtsinhaber erstmalig das Eigentum an der Kopie eines Computerprogramms übertragen (Erstverkauf¹⁰ im Sinne von Art. 4 Abs. 2 Software-RL) oder dessen Zustimmung für einen Eigentumsübergang vorliegen. Wenn ein solcher Verkauf nicht „sämtliche Formen der Vermarktung eines Erzeugnisses“ umfassen würde, wäre nach Meinung des EuGH die „praktische Wirksamkeit“ der Erschöpfungsregel beeinträchtigt¹¹. Zur Bestimmung der Eigentumsübertragung nicht maßgeblich sein soll die Bezeichnung als Lizenzvertrag oder Kaufvertrag¹². Vielmehr ist darauf abzustellen, welche Rechteeinräumung mit dem Download vereinbart wird¹³.

b) Entgeltliche Lizenzierung

Für den Erstverkauf der Programmkopie muss der Rechtsinhaber ein Entgelt erhalten, „das es diesem ermöglichen soll, eine dem wirtschaftlichen Wert der Kopie seines Werkes entsprechende Vergütung zu erzielen“¹⁴. Der EuGH betont damit die zentrale Bedeutung des urhe-

* LL.M., wissenschaftlicher Mitarbeiter der Max Planck Digital Library, München, und Doktorand an der Humboldt-Universität zu Berlin.

1) Vgl. EuGH, Urt. v. 3.7.2012, C-128/11, GRUR Int. 2012, 759, Rdnr. 20 ff. – *UsedSoft*.

2) LG München I, Urt. v. 15.3.2007, 7 O 7061/06; OLG München, Urt. v. 3.7.2008, 6 U 2759/07.

3) BGH, Beschluss v. 3.2.2011, I ZR 129/08, GRUR Int. 2011, 439 – *UsedSoft*.

4) Richtlinie 2009/24/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 23.4.2009 über den Rechtsschutz von Computerprogrammen, ABl. L 111 v. 5.5.2009, S. 16; umgesetzt in den §§ 69 a ff. UrhG.

5) Siehe insofern insbes. BGH, GRUR Int. 2011, 439, Rdnr. 32; vgl. dazu eingehend z.B. *Kilian*, GRUR Int. 2011, 895.

6) EuGH, GRUR Int. 2012, 759, Rdnr. 72; vgl. jeweils m.w.N. für die in Deutschland skeptische und im Ergebnis ablehnende wohl noch h.M. zuletzt LG Berlin, Urt. v. 14.7.2009, 16 O 67/08, GRUR-RR 2009, 328 (allerdings wegen AGB-Verstoß aufgehoben von KG Berlin, Urt. v. 22.9.2011, 23 U 178/09, rkr.); OLG München, Urt. v. 3.7.2008, 6 U 2759/07; LG München I, Urt. v. 15.3.2007, 7 O 7061/06; *Dietrich*, UFITA 2012, 69; *Spindler*, CR 2008, 69, 72; Gegenmeinung *Wiebe*, GRUR Int. 2009, 114 (mit Beschreibung der uneinheitlichen deutschen Rechtsprechung); *Sosnitza*, K&R 2006, 206; *Hoeren*, Gutachten zur Frage der Geltung des urheberrechtlichen Erschöpfungsgrundsatzes bei der Online-Übertragung von Computerprogrammen, 17.2.2006, S. 7 ff., abrufbar unter <http://www.usedsoft.com/pdf/Rechtsgrundlagen/Gutachten_Prof_Hoeren_Online-Erschoepfung.pdf> (zuletzt besucht am 16.8.2012); *Berger*, GRUR 2002, 198.

7) So EuGH, GRUR Int. 2012, 759, Rdnr. 88 – *UsedSoft*; ebenso *Grützmacher*, in: *Wandtke/Bullinger*, Urheberrecht, 3. Aufl. 2009, § 69 c Rdnr. 37; anders noch *Dreier*, in: *Dreier/Schulze*, UrhG, 3. Aufl. 2008, § 69 c Rdnr. 24; *Spindler*, CR 2008, 69, 75 f.

8) EuGH, GRUR Int. 2012, 759, Rdnr. 73 ff. – *UsedSoft*.

9) EuGH, GRUR Int. 2012, 759, Rdnr. 77 – *UsedSoft*.

10) Für Definition von „Verkauf“ siehe EuGH, GRUR Int. 2012, 759, Rdnr. 42 – *UsedSoft*; ablehnend *Stieper*, ZUM 2012, 668.

11) EuGH, GRUR Int. 2012, 759, Rdnr. 49 – *UsedSoft*.

12) Vgl. *Wiebe*, in: *Spindler/Schuster*, Recht der elektronischen Medien, 2. Aufl. 2011, UrhG, § 69 c Rdnr. 16; *Dietrich*, UFITA 2012, 69, 82.

13) EuGH, GRUR Int. 2012, 759, Rdnr. 44 ff. – *UsedSoft*; beachte aber die nachfolgend beschriebenen weiteren Voraussetzungen.

14) EuGH, GRUR Int. 2012, 759, Ls. 1 – *UsedSoft*.

berrechtlichen Beteiligungsgrundsatzes (§ 11 Satz 2 UrhG), so dass Urheber und Rechtsinhaber eine angemessene Vergütung auch beim Online-Vertrieb ihrer Werke erhalten müssen¹⁵. Infolge der Erschöpfungswirkung haben Urheber und Rechtsinhaber ihre Vergütung so zu kalkulieren, dass sie schon mit dem Erstverkauf eine hinreichend angemessene Vergütung an der Programmkopie erzielen. Eine kontinuierliche, sukzessive Erlösbeteiligung an rechtmäßigen Weiterverkäufen der Programmkopien (Gebrauchthandel) wäre überschüssig, denn eine „Beschränkung des Wiederverkaufs von aus dem Internet heruntergeladenen Programmkopien ginge über das zur Wahrung des spezifischen Gegenstands des fraglichen geistigen Eigentums Erforderliche hinaus“¹⁶.

c) Einräumung eines zeitlich unbegrenzten Nutzungsrechts

Der für die Erschöpfungswirkung an Programmkopien erforderliche Übergang von Eigentumsrechten erfolgt nach Meinung des EuGH, indem der Rechtsinhaber den Käufern ein zeitlich unbegrenztes Nutzungsrecht an der Programmkopie einräumt¹⁷. Insoweit unerheblich ist die weitere Ausgestaltung der Lizenz, insbesondere ob einfache oder ausschließliche Nutzungsrechte erworben werden.

3. Einschränkungen

a) Aufspaltungsverbot

Sog. Volumen-, Mehrfach- oder Paketlizenzen¹⁸, die eine bestimmte Anzahl von Nutzern zur Verwendung einer Software berechtigen, dürfen nicht aufgesplittet und in Teilen weiterverkauft werden. Der EuGH begründet dieses Alles-oder-Nichts-Prinzip damit, dass bei einem Teilverkauf der Veräußerer die eine Programmkopie nicht unbrauchbar macht, solange er sie noch selbst (in Teilen des vereinbarten Volumens) nutzt¹⁹. Damit wird konsequent der Mechanismus befolgt, dass sich jeweils nur an der einen konkreten Programmkopie das Verbreitungsrecht erschöpft²⁰. Eine auch nur temporäre oder anteilige Doppelnutzung der Volumenlizenz im Gebrauchthandel durch Verkäufer und Käufer bleibt damit ausgeschlossen.

b) Technische Schutzmaßnahmen

Nach Meinung des EuGH besteht die Gefahr rechtswidriger Kopien („Produktpiraterie“ bzw. „Raubkopien“) beim reinen Internetvertrieb ebenso wie bei der Vermarktung elektronischer Werke auf Datenträgern wie CD-ROM oder DVD²¹. Der EuGH betont die Möglichkeit der Rechtsinhaber, illegalen Kopien mit technischen Schutzmaßnahmen, z.B. Produktschlüsseln, entgegenzuwirken²². Ohne dem in diesem Beitrag weiter nachgehen zu können, soll daran erinnert werden, dass bezüglich technischer Schutzmaßnahmen für Computerprogramme gem. § 69 a Abs. 5 UrhG nicht die allgemeinen Urheberrechtsbestimmungen (§§ 95 a ff. UrhG) gelten, sondern für technische Programmschutzmechanismen insbesondere § 69 f UrhG heranzuziehen ist.

Ein Konfliktfeld zeichnet sich ab, wenn Rechtsinhaber mit technischen Schutzmaßnahmen einen rechtmäßigen Weiterverkauf vereiteln können²³. So ist im Handel mit Gebrauchtssoftware²⁴ der rechtmäßige Erwerber regelmäßig auf eine Programmkopie angewiesen, zu deren Erstellung er nach § 69 d Abs. 1 i.V.m. § 69 c UrhG auch berechtigt ist. Ungeklärt ist, inwieweit diese Rechtsgrundlage durchsetzungsstark ist, da die Berechtigung zur Erstellung einer Programmkopie nach § 69 d Abs. 1 UrhG nur als subsidiär gegenüber „besonderen vertraglichen Bestimmungen“ ausgewiesen ist. Diesen grundsätzlichen Vorrang vertraglicher Abreden verdeutlicht zudem § 69 g Abs. 2 UrhG, der mehrere der gesetzlichen Nutzerrechte

an Programmkopien als zwingend qualifiziert, gerade nicht aber den für den Handel mit Gebrauchtssoftware erforderlichen § 69 d Abs. 1 UrhG. Das neuere Schrifttum versieht § 69 d Abs. 1 UrhG dennoch, wenn auch bislang nicht weiter trennscharf, mit einem „anerkanntermaßen ... zwingenden Kern“²⁵. Ferner wird bei entgegenstehenden Bestimmungen des Rechtsinhabers auf die AGB-Kontrolle²⁶ sowie auf deutsches und europäisches Kartellrecht²⁷ hingewiesen²⁸.

4. Anwendungsbereich der Online-Erschöpfung

Im Folgenden werden einige Aspekte dahingehend erörtert, ob die vom EuGH bestätigte Erschöpfung für rein online übermittelte Software²⁹ auch für andere digitale Kopien angewendet werden sollte.

a) EuGH-Urteil erging zu Software

Dem EuGH wurden im *UsedSoft*-Fall Rechtsfragen zur Interpretation speziell der Software-RL vorgelegt. In entsprechender Konsequenz entwickelt der EuGH seine Urteilsbegründung auch entlang der konkreten Einzelbestimmungen der Software-RL³⁰. Ausdrücklich hebt der EuGH mehrfach den besonderen Rechtsrahmen für Software und dessen Vorrang vor dem allgemeinen Urheberrecht hervor³¹. In ihrem Anwendungsbereich geht die Software-RL als *lex specialis* dem allgemeinen Urheberrecht vor³². Ohne weiteres kann das EuGH-Urteil daher eine unmittelbare Bindungswirkung nur für Computerprogramme entfalten.

15) Kritisch insofern zum EuGH-Urteil *Moritz*, K&R 2012, 456, 458 f.

16) EuGH, GRUR Int. 2012, 759, Rdnr. 63 – *UsedSoft*; vgl. zur Interessenausgleichsfunktion der Erschöpfungslehre *Berger*, GRUR 2002, 198, 199.

17) EuGH, GRUR Int. 2012, 759, Rdnr. 45 f. – *UsedSoft*.

18) Vgl. zu den unterschiedlichen Übermittlungsformen von Gebrauchtssoftware z.B. *Haberstumpf*, CR 2009, 345, 351 ff.; *Spindler*, CR 2008, 69.

19) Vgl. EuGH, GRUR Int. 2012, 759, Rdnr. 69 ff., 78, 86 – *UsedSoft*; im Ergebnis ebenso *Heydn/Schmiel*, K&R 2006, 74, 76 ff.; a.A. *Sosnitza*, K&R 2006, 206, 208 f.

20) So auch die h.L., siehe stellvertretend dazu ausführlich *Spindler*, CR 2008, 69, 73 f.

21) EuGH, GRUR Int. 2012, 759, Rdnr. 79, 87 – *UsedSoft*; ebenso *Vianello*, MMR 2012, 139, 143; Gegenmeinung *Wiebe*, GRUR Int. 2009, 114, 117; *Spindler*, CR 2008, 69, 72, 77; eine eingehendere „Analyse der technischen und wirtschaftlichen Besonderheiten der verschiedenen Übertragungswege“ im EuGH-Urteil *UsedSoft* vermisst *Stieper*, ZUM 2012, 668, 669; problematisierend schon auch *Dreier* (Fn. 7), § 69 c Rdnr. 24.

22) EuGH, GRUR Int. 2012, 759, Rdnr. 79, 87 – *UsedSoft*.

23) Ähnlich gelagert als rechtssystematisches Problemfeld, inwieweit Schrankenrechte durchsetzungsstark sein sollen. Siehe insoweit nur etwa § 95 b UrhG dafür, welche einzelnen Fallgruppen aus § 53 UrhG durchsetzungsstark sind.

24) Zum missverständlichen Begriff „gebrauchter Software“ vgl. *Sosnitza*, K&R 2006, 206.

25) *Grützmacher* (Fn. 7), § 69 g Rdnr. 39 (näher ausführend auch unter § 69 d Rdnr. 34); so auch *Wiebe* (Fn. 12), § 69 g Rdnr. 1; einen „abdefest[e] Kern von Benutzerbefugnissen“ näher beschreibend *Dreier* (Fn. 7), § 69 d Rdnr. 12; a.A. noch *Walter*, in: *Walter*, Europäisches Urheberrecht, 1. Aufl. 2001, S. 261, Rdnr. 15.

26) Vgl. *Dreier* (Fn. 7), § 69 g Rdnr. 5; vgl. *Grützmacher* (Fn. 7), § 69 g Rdnr. 39 und unter § 69 d Rdnr. 41 ff.

27) Vgl. *Grützmacher* (Fn. 7), § 69 g Rdnr. 39 und unter § 69 d Rdnr. 46 ff.; *Haberstumpf*, CR 2009, 345, 348.

28) Eingehend *Cichon*, GRUR-Prax 2010, 381.

29) Siehe oben I.1.

30) Insbes. Art. 4 Abs. 2 sowie Art. 5 Abs. 1 Software-RL; siehe auch oben Einführung zu I.

31) EuGH, GRUR Int. 2012, 759, insbes. Rdnr. 51, 55 ff. – *UsedSoft*.

32) EuGH, GRUR Int. 2012, 759, Rdnr. 56, 60 – *UsedSoft*; wenig überzeugend laut *Stieper*, ZUM 2012, 668, 669.

b) Erschöpfungsregel parallel in Software-RL und Info-RL

Dies gilt, obwohl die Erschöpfungsregel in den einschlägigen Richtlinienbestimmungen weithin parallel³³ verankert ist: Das allgemeine Urheberrecht (Info-RL³⁴) richtet sich auf die Erschöpfung am „Original“ oder an „Vielfältigungsstücken“ eines Werkes³⁵, während die Sonderbestimmungen für Computerprogramme von einem sich an „Programmkopien“ erschöpfenden Verbreitungsrecht sprechen³⁶. So könnte allein mit Bedacht auf den bedeutungs- und funktionsähnlichen Wortlaut von Vielfältigungsstück und Kopie in beiden Richtlinien von einer einheitlichen Rechtslage hinsichtlich des Erschöpfungsgrundsatzes ausgegangen werden³⁷.

c) Einheitliche Bewertung für Software-RL und Info-RL geboten

Nur schwer vorstellbar wäre es und einen Wertungswiderspruch aufdeckend, dass die Erschöpfungsregel bei Software-Kopien greift, bei Kopien anderer digitaler Güter aber ausgeschlossen bleibt³⁸. Insbesondere die vom EuGH angelegte ökonomische Betrachtung trifft auf Computerprogramme und auf andere digitale Werkarten weithin gleichermaßen zu. Vertriebsmodelle im Internet unterscheiden nicht wesentlich zwischen Computerprogrammen (Software-RL) und anderen digitalen Gütern (Info-RL). So bedurfte es einer letztlich einheitlich wirkenden Beurteilung, ob der Rechtsinhaber auch dann noch eine hinreichend angemessene Verwertungsmöglichkeit behält, wenn sich sein Verbreitungsrecht mit dem erstmaligen rechtmäßigen Verkauf einer Programmkopie durch Online-Übermittlung erschöpft. Die Frage hat der EuGH eindeutig bejaht³⁹. Insofern kann sich das vorliegende EuGH-Urteil für Computerprogramme als präjudizierend für das Urheberrecht insgesamt erweisen, jedenfalls solange über den Erschöpfungsgrundsatz nicht legislativ – insbesondere durch eine Novellierung der Info-RL – Klarheit und Kohärenz geschaffen wird⁴⁰.

d) Neuere EU-Rechtsetzung ohne Beschränkung auf materielle Werkkopien

Zugleich ist darauf hinzuweisen, wie sich der Wille des Gesetzgebers zur im Jahr 2009 in Kraft getretenen Software-RL veränderte. Nur acht Jahre nach Wirksamwerden der Info-RL verzichtet der Unionsgesetzgeber bewusst darauf, die Erschöpfungsregel in den Richtlinienartikeln selbst oder auch erneut nur in den Erwägungsgründen der Software-RL auf Programmkopien zu begrenzen, die auf einem materiellen Datenträger fixiert sind. Auch der EuGH folgert daraus, dass „der Unionsgesetzgeber im konkreten Kontext dieser [Software-]Richtlinie einen anderen Willen zum Ausdruck gebracht hat“⁴¹, als er noch im Rechtsetzungsverfahren zur Info-RL Ende der 90er Jahre bestanden hatte. Im zeitlichen Ablauf insoweit als *lex prior* zu werten wäre auch die Normierung des Erschöpfungsgrundsatzes in Art. 6 WIPO Urheberrechtsvertrag (WCT), der zwar in der EU erst seit 14. März 2010 in Kraft ist, jedoch schon am 20. Dezember 1996 verabschiedet wurde. Auffällig ist, dass auch in diesem Rechtsakt die Beschränkung des Verbreitungsrechts auf „körperliche Gegenstände“ lediglich aus den angehängten vereinbarten Erklärungen („Zu den Art. 6 und 7“) hervorgeht⁴².

e) Zur Bindungswirkung der Erwägungsgründe in der Info-RL

Eine direkte Übertragbarkeit der Erschöpfungs-Rechtsprechung könnte daran scheitern, dass der Unionsgesetzgeber in den Erwägungsgründen 28 und 29 zur Info-RL Online-Dienste von der Erschöpfungsregel *expressis ver-*

bis ausgenommen hat⁴³. Der EuGH spricht diese Erwägungsgründe zwar an. Ob diese dazu führen (müssen), dass sich im Anwendungsbereich der Info-RL das Verbreitungsrecht nur an materiellen Gütern erschöpft, lässt der EuGH *obituro dictu* offen⁴⁴.

Erwägungsgründe beschreiben die gesetzgeberischen Motive für die wesentlichen Bestimmungen der EU-Rechtsakte. Ihrem Wesen nach sind sie „im Gegensatz zum verfügenden Teil so formuliert, dass ihre Unverbindlichkeit deutlich wird“⁴⁵. So sind die Erwägungsgründe zwar eine wichtige Quelle, um den Willen des Unionsgesetzgebers zu erforschen, sie haben aber keinesfalls die Bedeutung und Bindungswirkung, welche die in einem EU-Rechtsakt folgenden verfügenden Vorschriften auszeichnet⁴⁶. Steht eine verfügende Vorschrift eines EU-Rechtsakts in Konflikt mit Erwägungsgründen, brauchen diese nicht beachtet zu werden⁴⁷. Im Schrifttum zur Methodenlehre für das EU-Recht wird gefordert, dass Regelungsabsichten aus den Erwägungsgründen, die im normativen Teil eines Rechtsakts keinen Anhalt finden, erst gar nicht berücksichtigt werden können⁴⁸. Gelange demnach der EuGH in einem weiteren Verfahren zu der Ansicht, dass die Erschöpfungsregel (allein) gem. Art. 4 Abs. 2 Info-RL auch auf rein elektronisch übermittelte Kopien eines Werkes anzuwenden ist, könnten die davon abweichenden Erwägungsgründe 28 und 29 verdrängt werden.

f) Ungeeignete und überholte Kategorien

In den Erwägungsgründen 28 und 29 der Info-RL spiegelt sich ein Verständnis wider, das strikt zwischen Dienst-

33) Ausweichend EuGH, GRUR Int. 2012, 759, Rdnr. 60 – *UsedSoft*.

34) Richtlinie 2001/29/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 22.5.2001 zur Harmonisierung bestimmter Aspekte des Urheberrechts und der verwandten Schutzrechte in der Informationsgesellschaft, ABl. L 167 v. 22.6.2001, S. 10.

35) Siehe Art. 4 Abs. 2 Info-RL; vgl. sehr ähnlich § 17 Abs. 2 UrhG.

36) Siehe Art. 4 Abs. 2 Software-RL; vgl. sehr ähnlich § 69 c Nr. 3 UrhG.

37) Verfehlt *Cichon*, GRUR-Prax 2010, 381 (versteht den Wortlaut offenbar nur unmittelbar zusammen mit Erwägungsgründen als normative Rechtsgrundlage; vgl. dazu auch I.4.e.).

38) Wohl auch eine vergleichbare Lage erkennen *Blocher/Walter*, in: *Walter/von Lewinski*, European Copyright Law, 2. Aufl. 2010, S. 138, Rdnr. 5.4.42.

39) Siehe oben insbesondere I.2.b) sowie Reaktionsmöglichkeiten der Rechtsinhaber unten II.1.

40) Vgl. weiter dazu unten I.4.f).

41) EuGH, GRUR Int. 2012, 759, Rdnr. 60 a.E. – *UsedSoft*; vgl. *Blocher/Walter* (Fn. 38), S. 136, Rdnr. 5.4.38 (mit kritischem Blick und Erinnerung an die Datenbank-Richtlinie 96/6/EG, ebenda stelle sich nach ErwGr. 33 und 43 die Frage der Erschöpfung des Verbreitungsrecht nicht).

42) Siehe dazu die Problematisierung der Rechtsqualität und der Rechtswirkung von Erwägungsgründen in EU-Richtlinien unten I.4.e).

43) So weiterhin auch *Stieper*, ZUM 2012, 668, 670; dies offen bei EuGH, GRUR Int. 2012, 759, Rdnr. 53 ff. – *UsedSoft*; mit dem Versuch einer reduzierenden Auslegung des ErwGr. 29 von *Lewinski/Walter* (Fn. 38), S. 987 f., Rdnr. 11.3.42; dieser Ausschluss sei nicht auf die Online-Übermittlung von Software bezogen, meinen *Sosnitsa*, K&R 2006, 206, 208 und *Hoeren* (Fn. 6), S. 11 f.; zu den verwendeten Begriffen und Kategorien siehe auch unten I.4.f).

44) Vgl. EuGH, GRUR Int. 2012, 759, Rdnr. 53 ff. – *UsedSoft*.

45) Gemeinsamer Leitfaden des Europäischen Parlaments, des Rates und der Kommission für Personen, die in den Gemeinschaftsorganen an der Abfassung von Rechtstexten mitwirken, Ziff. 10.1.

46) Insofern missverständlich, wenn unter Berufung auf diese Erwägungsgründe die Beschränkung des Erschöpfungsgrundsatzes auf körperliche Kopien „normativ festgelegt“ sei. So *Cichon*, GRUR-Prax 2010, 381.

47) So von *Lewinski* (Fn. 38), S. 24 f., Rdnr. 1.0.48.

48) So *Riesenhuber*, Europäische Methodenlehre, 2006, S. 260, Rdnr. 37; dahingehend ebenfalls bereits GA *Stix-Hackl*, Schlussantrag v. 25.11.2003, C-222/02, Slg. 2004, I 94-25, Rdnr. 132 – *Paul vs. Deutschland*.

leistungen und Warenverkehr zu unterscheiden sucht. Schon diese Einteilung *per se* ist nicht nur urheberrechtlichen Erwägungen geschuldet, sondern etwa dem primärrechtlichen Rechtsgefüge der EU⁴⁹. Die teils deutliche Kritik an den aus den 90er Jahren stammenden Begriffen in den Erwägungsgründen wie etwa „Dienstleistung“ ist berechtigt, denn sie sind heute kaum noch dazu geeignet, trennscharf und funktionsgenau typische Nutzungsvorgänge digitaler Güter und den damit einhergehenden Rechtsverkehr zutreffend zu erfassen⁵⁰. Insoweit könnte beispielhaft auch ein weiteres Einordnungsproblem des Falls *UsedSoft* dienen. So lässt der EuGH unbeantwortet, ob es eine öffentliche Zugänglichmachung im Sinne von Art. 3 Abs. 1 Info-RL darstellt, wenn auf der Internetseite eines Rechtsinhaber wie Oracle eine Programmkopie zugänglich gemacht wird⁵¹. Ebenfalls nur wenig aussagekräftig ist das Abstellen auf „das Original“ oder auf „Vervielfältigungsstücke eines Werkes“⁵², wie es noch für den Erschöpfungsgrundsatz in Art. 4 Abs. 2 Info-RL sowie in § 17 Abs. 2 UrhG formuliert ist.

Eine ähnliche Problematik bei der Rechtsanwendung bergen die urheber- und leistungsschutzrechtlich vorgegebenen Gruppen von Computerprogrammen, Datenbankherstellerschutz und dem allgemeinen Werkschutz im Übrigen, der etwa schlichte elektronische Vervielfältigen geschützter Werke umfasst. Es erweist sich zunehmend als schwierig, in aller Regel gleichsam datenbasierte, oftmals mit ausführbaren Elementen versehene sowie durch Datenbankstrukturen charakterisierte Güter nur einer der drei gesetzlichen Gruppen zuzuordnen. So ist etwa die digitale Form von E-Books üblichen Datenbankstrukturen teilweise nicht unähnlich⁵³. Die Einordnung indes hat eine erhebliche Bedeutung, nicht nur wegen der in diesem Beitrag behandelten unterschiedlichen Rechtslage für die Erschöpfungsregel, sondern zum Beispiel auch im Hinblick auf Schutzvoraussetzungen, Schutzzumfang, Schutzdauer, Nutzerrechte oder dem gesetzlichen Regime für Digital Rights Management (DRM).

Wer allein unter Verweis auf die alte Einordnung der Erschöpfungsregel unter den körperlichen Verwertungsrechten (§ 15 Abs. 1 Nr. 2 UrhG) ihre Anwendbarkeit bei Online-Nutzungen ausschließen will, betreibt nach zutreffender Literaturansicht „Begriffsjurisprudenz“⁵⁴. Die wohl noch immer herrschende Auffassung in Deutschland ignoriert dabei das heute technisch völlig veränderte Umfeld und geht davon aus, dass unter das Verbreitungsrecht des § 17 UrhG „nur die Verbreitung körperlicher Werkstücke (Original oder Vervielfältigungsstücke)“ fiele, „die Wiedergabe in unkörperlicher Form stellt keine Verbreitung nach § 17 UrhG dar“⁵⁵. In der Folgerung konsequent schließt *Loewenheim* online übermittelte Daten von der Erschöpfung des § 17 Abs. 2 UrhG aus⁵⁶. Da *Loewenheim* mit ähnlicher Begründung auch für online übermittelte Computerprogramme die Erschöpfungsregel nicht anwenden will⁵⁷, repräsentiert diese Literaturauffassung zumindest insoweit nicht mehr die vom EuGH mit dem Urteil *UsedSoft* herbeigeführte geltende Rechtslage. Dass diese Rechtslage auch angemessen ist, wird in diesem Beitrag vertreten. Ergänzend ist zu erwähnen, dass für *Loewenheims* Ablehnung, den Erschöpfungsgrundsatz auch auf online übermittelte Kopien eines Werkes anzuwenden, dessen Hinweis auf die systematische Einordnung des Verbreitungsrechts als Recht nach § 15 Abs. 1 UrhG, das Werk in körperlicher Form zu verwerten⁵⁸, nicht ausreichend ist. Denn es gilt den lediglich demonstrativen Charakter von § 15 Abs. 1 UrhG sowie den mit der anerkannten Erstreckung des Vervielfältigungsrechts auch auf elektronische Kopien

längst begangenen Systembruch bei § 15 Abs. 1 Nr. 1 UrhG zu bedenken.

Angesichts der Entwicklung zu Konvergenz in den Übertragungswegen und Diensten sollten die rechtswissenschaftlichen Bemühungen um ein allgemeines Datenrecht verstärkt werden⁵⁹. Zumindest mittelfristig wäre eine Konsolidierung technologie- und diensteneutral gefasster Rechtsprinzipien nach Vorbild des Bürgerlichen Gesetzbuchs Allgemeiner Teil wünschenswert, damit „vor der Klammer“ der Rechtsverkehr digitaler Güter (Wirtschaftsrecht), digitaler Kopien einer kreativen Leistung (Urheberschutz) sowie persönlicher Informationen (Datenschutz im nichtstaatlichen Bereich) einen verlässlichen juristischen Boden erhält⁶⁰.

g) Interessenlage bei Online- und Offline-Vermarktung

Mit teleologischer Analyse⁶¹ ist zu hinterfragen, ob bei der Verbreitung elektronischer Werkkopien eine andere Interessenlage besteht als bei der Verbreitung körperlicher Vervielfältigungsstücke. Vorab ist daran zu erinnern, dass es schon aus urheberpersönlichkeitsrechtlichen Gesichtspunkten der freien Entscheidung der Urheber bzw. Rechtsinhaber vorbehalten bleibt, ob ihre Werke (auch) in digitalen Verbreitungskanälen bzw. in digitalen Nutzungsarten veröffentlicht werden sollen⁶². Bei auf den Internetvertrieb mit digitalen Gütern spezialisierten Unternehmen⁶³ stehen

49) Vgl. *Blocher/Walter* (Fn. 38), S. 137, Rdnr. 5.4.40; *Wiebe*, GRUR Int. 2009, 114, 177.

50) So ausführlich *Wiebe*, GRUR Int. 2009, 114 ff.; Kritik an einem „unfortunate wording“ bei ErwGr. 29 der Info-RL ebenfalls von *Blocher/Walter* (Fn. 38), S. 136 f., Rdnr. 5.4.39; vgl. eben diese auch mit anderen Kriterien für die Abgrenzung zu Dienstleistungen auf S. 138, Rdnr. 5.4.42; ebenso *Sosnitza*, K&R 2006, 206, 208; ähnlich kritisch schon auch *Berger*, GRUR 2002, 198, 202 f.; a.A. aber *Spindler*, CR 2008, 69, 70 f.

51) EuGH, GRUR Int. 2012, 759, Rdnr. 51 – *UsedSoft*.

52) Die Begriffe problematisierend für Computerprogramme von *Lewinski/Walter* (Fn. 38), S. 1008 f., Rdnr. 11.4.50.

53) So auch *Hammerl*, Typen und Spezifika digitaler Bücher. Kriterien eines E-Book-Standards aus bibliothekarischer Perspektive, 2006, S. 1 m.w.N., abrufbar unter <<http://www.opus-bayern.de/bib-info/volltexte/2006/232/pdf/ebooks-hammerl.pdf>> (zuletzt besucht am 16.8.2012).

54) So folgend mit der Warnung, dass mit der Digitalisierung freiheits- und verkehrssichernde Anliegen wie die Erschöpfungslehre bei rein traditioneller Betrachtung ihre Basis verlören *Berger*, GRUR 2002, 198, 200, 202 f.

55) *Loewenheim*, in: *Schricker/Loewenheim*, Urheberrecht, 4. Aufl. 2010, § 17 Rdnr. 5; vgl. *Kuß*, K&R 2012, 76, 81 (die Veröffentlichung eines Werkes als E-Book sei neue Nutzungsart).

56) *Loewenheim* (Fn. 55), § 17 Rdnr. 45; so auch *Spindler*, CR 2008, 69, 70; a.A. *Berger*, GRUR 2002, 198, 200.

57) *Loewenheim* (Fn. 55), § 69 c Rdnr. 34.

58) *Loewenheim* (Fn. 55), § 17 Rdnr. 5.

59) Dagegen mit dem Versuch einer eindeutiger Unterscheidung zwischen konkreter, immer auch in verkörperlichter Form vorliegender Kopie und dem konkreten Datenbestand an sich *Dietrich*, UFITA 2012, 69, 85 f.; ähnlich *Haberstumpf*, CR 2009, 345, 350 f.; dazu aber kritisch schon *Berger*, GRUR 2002, 198, 201 f.

60) Vgl. den Konsolidierungsvorschlag mit anderer immaterialgüterrechtlicher Ausrichtung *Abrens/McGuire*, Modellgesetz für Geistiges Eigentum, 2012.

61) Die teleologische sei die wichtigste Auslegungsmethode des EuGH, so von *Lewinski* (Fn. 38), S. 22 f., Rdnr. 1.0.43 und 1.0.46; ebenso *Riesenhuber* (Fn. 48), S. 261, Rdnr. 40; die wörtlichen, die systematischen und die teleologischen Auslegungen gleichrangig, so *Herdagen*, Europarecht, 13. Aufl. 2011, S. 184, Rdnr. 73.

62) So *Hertin*, in: *Fromm/Nordemann*, Urheberrecht, 10. Aufl. 2008, § 12 Rdnr. 10; ähnlich wohl auch *Dietrich*, UFITA 2012, 69, 96; a.A. *Dietz/Peukert*, in: *Schricker/Loewenheim* (Fn. 55), § 12 Rdnr. 7 ff.; *Dreyer*, in: *Dreyer/Kotthoff/Meckel*, Urheberrecht, 2. Aufl. 2009, § 12 Rdnr. 5.

63) Laut Sachverhalt des EuGH-Urteils vertreibt das beklagte Unternehmen Oracle seine Datenbanksoftware inzwischen zu 85 Prozent ausschließlich via Internet, ohne dass dabei die Software auf körperlichen Medienträgern fixiert ist. Vgl. EuGH, GRUR Int. 2012, 759, Rdnr. 21 – *UsedSoft*.

unterdessen weniger kulturelle oder persönlichkeitsgetriebene, sondern ökonomische Überlegungen im Vordergrund⁶⁴.

Erfordert der reine Online-Vertrieb digitaler Güter eine Ausweitung des Verbreitungsrechts, damit Rechtsinhaber mit der Vermarktung eines Werkes weiterhin einen angemessenen Erlös erzielen können⁶⁵? Dem erteilt der EuGH mit Hinweis auf den Gleichbehandlungsgrundsatz eine Absage: Die „Veräußerung eines Computerprogramms auf CD-ROM oder DVD und die Veräußerung eines Computerprogramms durch Herunterladen aus dem Internet [sind] wirtschaftlich gesehen vergleichbar. Die Online-Übertragung entspricht funktionell der Aushändigung eines materiellen Datenträgers“⁶⁶. Ohne Online-Erschöpfung wäre der Rechtsinhaber berechtigt, bei jedem Weiterverkauf einer Programmkopie erneut ein Entgelt zu verlangen, was nach Auffassung des EuGH nicht mehr mit dem Schutzzweck des geistigen Eigentums vereinbart werden kann. In den Augen des EuGH ist insoweit der Verwertungsposition der Rechtsinhaber mit den Erlösen beim Erstverkauf hinreichend genüge getan⁶⁷. Rechtsinhaber werden daher nun ihre Kalkulation überprüfen. Haben die Musik-, Film- und Computerspielindustrie oder die Verlage den Preis beim Erstverkauf eines elektronischen Exemplars so kalkuliert, dass der angestrebte Umsatz für ein elektronisches Exemplar im Wesentlichen schon mit dem Erstverkauf erzielt ist? Oder haben sie spätere Entgelte beim Weiterverkauf einer Programmkopie fest eingeplant? In dem Fall müssten die Rechtsinhaber ihren Verkaufspreis überprüfen und ggf. neu kalkulieren, denn nach dem EuGH-Urteil muss an den Erstverkäufer beim Gebrauchthandel mit einer Programmkopie kein Entgelt mehr entrichtet werden. Für Software entsteht mit dem EuGH-Urteil nun Planungssicherheit, so dass Rechtsinhaber und Gebrauchthändler wie z.B. das Unternehmen UsedSoft tragfähige und an den Bedürfnissen der Internetgesellschaft ausgerichtete Lizenz- und Geschäftsmodelle entwickeln und auch miteinander vereinbaren können⁶⁸.

Stark zu berücksichtigen ist im Übrigen das Binnenmarktziel des freien Rechtsverkehrs auch digitaler Güter und ihrer Verkehrsfähigkeit in der EU schlechthin⁶⁹. Der EuGH erklärt, dass die Erschöpfung des Verbreitungsrechts zum Zweck habe, „eine Abschottung der Märkte zu vermeiden“⁷⁰.

5. Ergebnis

Nach der EuGH-Entscheidung *UsedSoft* erschöpft sich das Verbreitungsrecht auch an rein online verkauften Kopien von Computerprogrammen. Nach dem Erstverkauf kann daher der Gebrauchthandel mit Programmkopien ohne Beteiligung der Rechtsinhaber erfolgen. Rechtsinhaber können jedoch insbesondere mit technischen Schutzmaßnahmen Vorsorge treffen, dass eine verkaufte und online vertriebene Programmkopie nicht rechtswidrig vervielfältigt und mehrfach genutzt wird.

Bei der Beurteilung, ob die Erschöpfungswirkung neben Software auch digitale Kopien anderer Werke erfasst, ist zunächst festzuhalten, dass die Software-RL und die Info-RL unterschiedliche Rechts- und Anwendungsbereiche ausweisen. Weil die Software-RL *lex specialis* zur Info-RL ist, scheidet eine unmittelbare Anwendung des EuGH-Urteils auf den Anwendungsbereich der Info-RL aus⁷¹. Zu beachten ist jedoch, dass die Software-RL die jüngere Gesetzgebung darstellt. Der Unionsgesetzgeber hatte bei ihrem Erlass anno 2009 die Internetökonomie mit den heute gebräuchlichen Vertriebs- und Nutzungsmodellen eher vor Augen als zur Entste-

hungszeit der Info-RL, denn Ende der 90er Jahre wurden digitale Güter noch überwiegend auf materiellen Trägern wie CD-ROM verbreitet. Auch wegen dieser in den letzten Jahren einschneidend geänderten Verhältnisse ist der Ausschluss der Erschöpfungsregel allein auf Grund der Erwägungsgründe 28 und 29 der Info-RL nicht länger haltbar.

Am wichtigsten aber ist der Hinweis des EuGH darauf, dass es der Gleichbehandlungsgrundsatz gebietet, per Download verkaufte Programmkopien nicht anders zu behandeln als Programmkopien, die auf einem materiellen Datenträger erhältlich sind. In beiden Fällen gleichermaßen ist dem Verwertungsinteresse der Rechtsinhaber mit dem Erlös des Erstverkaufs ausreichend Rechnung getragen. Weshalb das so als angemessen eingestufte Verwertungsinteresse nicht ebenso auf elektronische Kopien anderer Werke zutreffen sollte, ist nicht ersichtlich. Der Erschöpfungsgrundsatz ist daher auch auf online übermittelte Kopien anderer Werke anzuwenden. Idealerweise nimmt der Unionsgesetzgeber zeitnah eine entsprechende Klarstellung und Konsolidierung des Urheberrechts vor⁷², dessen ungeachtet wäre auch eine Ausdehnung der *UsedSoft*-Rechtsprechung auf die Info-RL durch den EuGH vertretbar⁷³.

II. Bedeutung für die Lizenzvertragspraxis

Wenn die oben unter I.2. und I.3. dargestellten Anwendungsvoraussetzungen der Online-Erschöpfung erfüllt sind, soll im Folgenden – wie oben entlang I.4. ermittelt – davon ausgegangen werden, dass sich mit dem Erstverkauf das Verbreitungsrecht auch an online übermittelten Kopien eines Werkes erschöpft, das nicht Computerprogramm ist. Zunächst werden unter 1. mögliche Reaktionen der Rechtsinhaber auf das EuGH-Urteil *UsedSoft* besprochen. Unter 2. wird eine aus Sicht typischer Nutzergruppen wünschenswerte Lizenzgestaltung diskutiert. Idealerweise können so die Interessen sowohl der Urheber bzw. Rechtsinhaber als auch der Nutzer erfüllt werden, indem Rechtsinhaber Lizenzen mit abgestuften Bedingungen und Tarifen anbieten, die den Nutzungsbedürfnissen und Anforderungen unterschiedlicher Nutzer gerecht werden.

64) Dies für Software beschreibend z.B. *Dietrich*, UFITA 2012, 69, 96.

65) Dazu auch siehe oben I.2.b).

66) EuGH, GRUR Int. 2012, 759, Rdnr. 61 – *UsedSoft*; dahingehend auch *Verbraucherzentrale Bundesverband e. V.* (vzbv), Verbraucherschutz im Urheberrecht (Positionspapier zur Reform des Urheberrechts), 13.5.2011, S. 2 Nr. 3; von *Lewinski/Walter* (Fn. 38), S. 1009 f., Rdnr. 11.4.53 und S. 987, Rdnr. 11.3.41; es sei „nüchtern betrachtet absurd, dass auf einen Datenträger übertragene Software weiterveräußert werden darf, online übermittelte jedoch nicht“, so *Dietrich*, UFITA 2012, 69, 96 f.; für eine analoge Anwendung des Erschöpfungsgrundsatzes auch auf die Online-Übertragung eines Computerprogramms siehe *Vianello*, MMR 2012, 139, 140; *Hoeren* (Fn. 6), S. 7 ff.; *Sosnizza*, K&R 2006, 206, 209; *Berger*, GRUR 2002, 198, 199 f.

67) Vgl. EuGH, GRUR Int. 2012, 759, Rdnr. 63 – *UsedSoft*; ähnlich auch BGH, Urt. v. 6.7.2000, I ZR 244/97, NJW 2000, 3571 ff. – *OEM-Software*; ebenso die Lit., vgl. z.B. *Blocher/Walter* (Fn. 38), S. 134 f., Rdnr. 5.4.33.

68) Siehe dazu unten II.

69) Vgl. stellvertretend *Spindler*, CR 2008, 69, 70, 72 und *Berger*, GRUR 2002, 198, 200.

70) EuGH, GRUR Int. 2012, 759, Rdnr. 62 – *UsedSoft*.

71) Ebenso siehe statt vieler von *Welser*, GRUR-Prax 2012, 326.

72) Siehe für einen *de lege ferenda* § 17 a UrhG die Bundestagsfraktion DIE LINKE, Entwurf eines Gesetzes zur Ermöglichung der privaten Weiterveräußerung unkörperlicher Werkexemplare, 18.1.2012, BT-Drucks. 17/8377.

73) Vgl. zu den Grenzen richterlicher Rechtsfortbildung unten IV.

1. Sicht der Rechtsinhaber

a) Prüfung einer Lizenz einräumung nur noch auf Zeit

Lizenzvertragliche Abreden, welche die Weitergabe von Nutzungsrechten unterbinden sollen, sind nicht wirksam. Die urheberrechtliche Erschöpfungswirkung ist zwingend⁷⁴. Übliche Standardklauseln wie „nicht abtretbar“, „nicht übertragbar“, „keine Unterlizenzierung“, „kein Weitervertrieb“ oder „keine Weitergabe“ können die nun vom EuGH bestätigte gesetzliche Erschöpfungswirkung nicht verdrängen und bedürfen daher einer Überprüfung und oftmals einer Anpassung⁷⁵. Falls unbefristete Nutzungsrechte eingeräumt werden sollen, ist eine Preiserhöhung in Betracht zu ziehen, um einen sich weiter ausdehnenden Gebrauchthandel ohne Erlösbeteiligung einzukalkulieren⁷⁶.

Ebenfalls gebräuchliche Lizenzbeschränkungen wie „zur ausschließlichen Nutzung bei der Muster GmbH“, „Verwendung lediglich für ihre persönlichen, nicht-gewerblichen Zwecke“ oder etwa „ausschließlich für interne Geschäftszwecke“ können weiterhin wirksam die dem Lizenznehmer eingeräumte Nutzungsbefugnis begrenzen, unter Beachtung dieser Auflagen ist allerdings die Veräußerung der Lizenz selbst im Übrigen zulässig. Der Ersterwerber der Gebrauchtlizenz hat, ebenso wie evtl. nachfolgend jeder weitere Käufer, die Beschränkungen der (gebrauchten) Lizenzen einzuhalten. Was gem. § 31 Abs. 1 UrhG allgemein im Nutzungsvertragsrecht gilt, ist demnach auch für den Gebrauchthandel von Lizenzen zu beachten: Einmal vom Rechtsinhaber getroffene Beschränkungen der Lizenz bleiben im weiteren Gebrauchthandel grundsätzlich verbindlich⁷⁷. Rechtsinhabern ist es oftmals anzuraten, ihren Lizenznehmern für den Fall der Weiterveräußerung eine umfassende vertragliche Hinweis- und Belehrungspflicht bezüglich der Lizenzbeschränkungen aufzuerlegen, damit nicht rechtswidrig die begrenzt definierten Nutzungsbefugnisse einer Lizenz im Gebrauchthandel verwässern.

Soll weiterhin vermieden werden, dass der Lizenznehmer digitale Werkkopien zustimmungs- und vergütungsfrei weiterveräußern kann, räumen Rechtsinhaber die Lizenz auf Zeit ein⁷⁸. Es findet dann keine Übertragung im Sinne einer Entäußerung geistiger Eigentumsrechte statt⁷⁹, sondern eine eher mietähnliche Überlassung von Nutzungsbefugnissen⁸⁰. Starke, unbefristete Nutzungsrechte sind dann häufig verzichtbar, wenn Software und elektronische Ressourcen über Cloud Services bereitgestellt werden⁸¹. Einer der Vorteile solcher Virtualisierungsangebote besteht in einer hohen Flexibilität. Rollierende Zugangs- und Nutzungsvereinbarungen entsprechen damit regelmäßig der Ausrichtung für die Inanspruchnahme von Cloud Services. Bei einem längerfristigen Lizenzierungsbedarf kann schon im Vertrag eine stete Verlängerung der Lizenz einräumung zugesichert werden, so dass auch der Lizenznehmer Planungssicherheit erhält. Im Lichte der BGH-Rechtsprechung⁸² sollten jedenfalls bei Standardsoftware bevorzugt wiederkehrende Zahlungsmodalitäten vereinbart werden, da andernfalls bei dauerhafter Überlassung gegen einmaligen Entgelt unter Umständen Kaufrecht anzuwenden⁸³ und die Lizenzabrede als Veräußerung im Sinne des EuGH-Urteils *UsedSoft*⁸⁴ zu werten wäre.

b) Vorkehrung gegen rechtswidrige Mehrfachnutzung

Wenn Lizenzpositionen weitgereicht werden, besteht die Gefahr, dass trotz Verkauf weiterhin Erwerber und Verkäufer den Lizenzgegenstand nutzen⁸⁵. Auch droht bei nicht sorgfältigen Gebrauchthändlern ein überschießender Lizenzverkauf. Es ist nicht absehbar, ob der Gebrauchthandel regelmäßig den Aufwand leistet, die Rechtmäßigkeit der Lizenzkette und Veräußerung etwa mit Notartestaten verlässlich nachzuweisen⁸⁶. Wie können Rechtsinhaber den Gebrauchthandel mit (ursprünglich) „ihren“ Werkkopien kontrollieren oder zumindest beobachten (Monitoring), um von möglichen Rechtsverstößen Kenntnis zu erhalten? Ob eine vertragliche Mitteilungspflicht des Gebrauchthändlers wirksam und zielführend ist, erscheint fraglich. So liefe eine derartige Mitteilungspflicht doch dem gesetzlichen Leitbild der Erschöpfung und dem EuGH-Urteil entgegen. Demnach soll der Erwerber eines unbefristeten Nutzungsrechts eine derartige Eigentumsposition an der Lizenz erlangen, dass er darüber frei, d.h. ohne Rücksichtnahme auf den Rechtsinhaber, verfügen kann. Weil ferner der Gebrauchthändler bzw. die veräußernde Person ziemlich umfassend Rechenschaft ablegen müsste etwa über Kunden oder die vertragliche Ausgestaltung der Weiterverkäufe, wäre mit einer entsprechenden Mitteilungspflicht ein empfindlicher, kaum hinnehmbarer Eingriff in die Betriebs- bzw. persönliche Sphäre des Gebrauchthändlers bzw. der veräußernden Person verbunden. Sollte der Gebrauchthandel mit Software und elektronischen Ressourcen zu einem Massengeschäft werden und Kopien oftmals ihren (rechtmäßigen) Eigentümer wechseln, könnte eine Mitteilungspflicht zudem auf Dauer ein ausuferndes Dokumentationsmanagement erfordern.

Häufig effizienter als Versuche vertraglicher Kontrollmechanismen ist es, das widerrechtliche Zirkulieren von Kopien mit geeigneten technischen Schutzmaßnahmen⁸⁷ zu unterbinden⁸⁸.

Häufig effizienter als Versuche vertraglicher Kontrollmechanismen ist es, das widerrechtliche Zirkulieren von Kopien mit geeigneten technischen Schutzmaßnahmen⁸⁷ zu unterbinden⁸⁸.

74) Siehe für Software EuGH, GRUR Int. 2012, 759, Rdnr. 77 – *UsedSoft*; siehe stellvertretend für die h.L. Dreier (Fn. 7), Rdnr. 28 und 33 (Weitergabeverbot in der Regel auch auf schuldrechtlicher Ebene nach AGB-Kontrolle unwirksam); differenzierter für AGB-Weitergabeverbote von Unternehmens- und Konzernlizenzen Spindler, CR 2008, 69, 74; a.A. ausführlich Cichon, GRUR-Prax 2010, 381; wirksam jedenfalls bei individuell vereinbartem Weitergabeverbot Haberstumpf, CR 2009, 345, 348 f.

75) Anders noch LG Berlin, Urt. v. 14.7.2009, 16 O 67/08, GRUR-RR 2009, 329, allerdings in der Folge aufgehoben wegen Intransparenz des Unterlizenzierungsverbots in den AGB von KG Berlin, Urt. v. 22.9.2011, 23 U 178/09, rkr. Klage der Verbraucherzentrale Bundesverband gegen das Musikdownloadportal iTunes.

76) Das EuGH-Urteil bewirke eine derartige Erleichterung des Handels mit Gebrauchtssoftware in der EU, dass Urheberrechtsinhaber höhere Abgabepreise von den Ersterwerbern verlangen müssten; so Moritz, K&R 2012, 456, 458 f.; siehe auch oben I.2.b.) und I.4.g.).

77) Ähnlich Haberstumpf, CR 2009, 345, 347 f.

78) So auch Dietrich, UFITA 2012, 69, 81.

79) Siehe oben I.2.c.).

80) Z.B. wird mietweise Softwarenutzung oft als „Software as a Service (SaaS)“ angeboten. Weil es dafür keiner Nutzungsrechte mehr bedarf, wird der Erschöpfungsgrundsatz im digitalen Umfeld vereinzelt schon als Auslaufmodell gesehen, so Wiebe, GRUR Int. 2009, 114, 118; ders. (Fn. 12), § 69 c Rdnr. 24; ein Ausweichen der Softwarehersteller auf „SaaS“ und „Application Service Providing (ASP)“ prognostiziert auch Stieper, ZUM 2012, 668, 670; ähnliche Entwicklung für „Cloud Computing“ durch das EuGH-Urteil befördert sieht Moritz, K&R 2012, 456, 458.

81) Vgl. Moritz, K&R 2012, 456, 458.

82) Vgl. BGH, Urt. v. 7.3.1990, VIII ZR 56/89, NJW 1990, 3011 – *Gesamtrücktritt beim EDV-Lieferungsvertrag*.

83) Dahingehend Dietrich, UFITA 2012, 69, 82 m.w.N.

84) Vgl. oben I.2.a.).

85) Vgl. LG München I, Urt. v. 19.1.2006, 7 O 2327/05, K&R 2006, 92, 94; Haberstumpf, CR 2009, 345, 347; Spindler, CR 2008, 69, 76; Berger, GRUR 2002, 198, 201.

86) So im Fall von EUGH, GRUR Int. 2012, 759, Rdnr. 25 – *UsedSoft*; Forderung, den Verkehrsschutz mit Originalurkunden/Authentizitätsurkunden/Herstellerrkunden („Certificate of Authenticity“) herzustellen, von Berger, GRUR 2002, 198, 202.

87) Mit Vorschlag, online-bezogene Kopien mit DRM-Systemen, digitalen Wasserzeichen, elektronischen Signaturen zu personalisieren, Dietrich, UFITA 2012, 69, 97; für „Trusted Computing“ Wiebe, GRUR Int. 2009, 114, 117.

2. Sicht der Nutzer und Gebrauchthändler

Für Privatnutzer kann sich der Erwerb zeitlich und inhaltlich stark eingegrenzter Kopien und Lizenzen an online abrufbaren Inhalten als ausreichend und preisattraktiv erweisen. Zusätzlich verdrängen in der Regel auch technische Schutzmaßnahmen weitgehend Verfügungsmöglichkeiten, die über die unmittelbar persönliche Nutzung hinausgehen⁸⁹. In dieser Praxis mag im Interesse einer funktionierenden Versorgung von Massenmärkten ein angemessener Interessenausgleich erkannt werden⁹⁰.

Im unternehmerischen Geschäftsverkehr ist die Lage differenzierter zu betrachten. Wenn sich Unternehmen ihre Hardware, Software und elektronische Wissensressourcen allenfalls noch extern anmieten (Outsourcing und Virtualisierung der unternehmerischen IT- und Wissenslandschaft)⁹¹, ist regelmäßig kein Interesse an einer eigentumsähnlichen Position ausgeprägt. Entsprechende Vereinbarungen haben dann vor allem den Zugang zur IT-Infrastruktur und zu den elektronischen Ressourcen zum Gegenstand. Es handelt sich dabei eher um Dienstleistungs- oder evtl. um Werkverträge, obwohl sie gelegentlich als Lizenzrahmenvereinbarung o.Ä. betitelt werden⁹².

Eine andere Perspektive öffnet sich, wenn ein Unternehmen sich in eigener Regie strategisch und betriebsweit für die Anschaffung einer bestimmten Software oder bestimmter elektronischer Ressourcen entscheidet. In diesem Fall hat das Unternehmen Interesse an einer weitläufigen, unabhängigen Lizenzrechtsposition, die es im Anschluss an die Eigennutzung auch weiterverkaufen kann. Insofern kann es sich empfehlen, mit der Lizenzierung die Voraussetzungen für die Online-Erschöpfung⁹³ zu erreichen, d.h. u.a. auf unbefristete Nutzungsrechte zu bestehen. Bei unternehmerischen Lizenzgeschäften stehen die Lizenznehmer auch eher in einer Verhandlungsposition, den (teilweisen) Verzicht von technischen Schutzmaßnahmen tatsächlich und vertraglich durchzusetzen.

Bedarfsgenau geschnürte Masterlizenzpakete sollten Unternehmen einholen, die den Weiterverkauf, unter Umständen auch geschäftsmäßig, beabsichtigen. Solche Gebrauchthändler möchten im Prinzip ein ähnliches Lizenzportfolio am Markt anbieten können wie die Urheber und Rechtsinhaber selbst⁹⁴. Ein mit dem Rechtsinhaber vergleichbarer Lizenzhandel könnte dem Gebrauchthändler aber allein durch den Einsatz von Digital Rights Management verwehrt bleiben. Ob sich dessen ungeachtet einträgliche Geschäftsmodelle entwickeln und durchsetzen werden, die auf einer Zusammenarbeit von Rechtsinhabern und Gebrauchthändlern beruhen, wird sich zeigen⁹⁵. Erwerben geschäftsmäßig agierende Gebrauchthändler ihren Bestand an Gebrauchtlizenzen nicht vom Rechtsinhaber oder Urheber, müssen sie mit geeigneten Maßnahmen die Rechtmäßigkeit der Lizenzweitergabe prüfen⁹⁶ und so ihre eigene Berechtigung⁹⁷ dokumentieren. Die Historie einer Gebrauchtlizenz mit Notarattest und damit hinreichend ihre Rechtmäßigkeit zu belegen⁹⁸, dürfte rechtlich nicht immer möglich sein und den Gebrauchthandel wirtschaftlich spürbar belasten⁹⁹. In der Literatur wird vereinzelt vorgeschlagen, die erforderliche Kontrolle mit entsprechenden Informationspflichten auch den Erwerbern aufzuerlegen¹⁰⁰.

Für den Gebrauchthandel ist ferner darauf zu achten, dass die Nutzungsumfänge nur en bloc erworben und weiterveräußert werden. Nach dem Verbot, eine Lizenz verkaufshalber aufzusplitten¹⁰¹, darf z.B. ein Lizenz-erwerb, der die Nutzung einer Werkkopie durch 500 Nutzer („500 Platzlizenzen“ ggf. mit einer Master-CD) gestat-

tet, nicht gestückelt an fünf Unternehmen weiterverkauft werden, um den Lizenzierungsbedarf von jeweils bis zu 100 Mitarbeitern abzudecken. Tendenziell gilt daher aus rechtlicher Sicht: Je kleinteiliger eine oder mehrere Lizenzkaufabreden eigenständig handelbare Lizenzpakete ausweisen, desto flexibler und bedarfsgenauer können im Gebrauchthandel unterschiedliche Nachfragen bedient werden. Soweit jedoch kleinere Lizenzvolumen bevorzugt vereinbart werden, droht dies Preisvorteile von Großkäufen zu schmälern¹⁰². Somit ist insofern zwischen der Vertriebsflexibilität eher kleinerer Lizenzpakete und möglichen Preisvorteilen bei Großabnahmen abzuwägen. Beides ist abhängig von der konkreten Markt- und der daraus folgenden Verhandlungssituation.

3. Ergebnis

Vertragsbestimmungen, die den Weiterverkauf von Lizenzen unterbinden sollen, sind nicht mehr wirksam, wenn die Voraussetzungen der Online-Erschöpfung¹⁰³ vorliegen. Rechtsinhaber können die (rechtmäßige) Wei-

88) Mit mehr Zugangsbeschränkungen rechnet *Moritz*, K&R 2012, 456, 458; *von Welsch*, GRUR-Prax 2012, 326 (er mit Verweis auf BGH, Urt. v. 11.2.2010, I ZR 178/08, GRUR 2010, 822 – *Half-Life 2*; zur Möglichkeit, die Software-Nutzung von der Aktivierung eines Nutzerkontos abhängig zu machen; siehe auch oben I.3.b.).

89) Was prinzipiell nicht unproblematisch ist, insbesondere wenn Schrankenrechte des UrhG wie z.B. § 53 UrhG (beachte aber das Verbreitungsverbot für Privatkopien, § 53 Abs. 6 Satz 1 UrhG und die Sondereinschränkung für Bücher, § 53 Abs. 4 lit. b UrhG) nicht mehr wahrgenommen werden können. Vgl. nach dem EuGH-Urteil *UsedSoft* dazu *Stieper*, ZUM 2012, 668, 670; zuvor schon auch eingehend *Kuß*, K&R 2012, 76, 80 (für E-Books); *Cichon*, GRUR-Prax 2010, 381; vgl. zu einer auch zwingenden Schrankenbestimmungen entgegenstehenden und daher als intransparent eingestuften AGB-Klausel KG Berlin, Urt. v. 22.9.2011, 23 U 178/09, Ziff. II.2.a.), rkr.

90) A.A. *Verbraucherzentrale Bundesverband e. V.* (vzbv) (Fn. 66), S. 2.

91) Siehe näher bei II.1.a.).

92) Dazu siehe oben I.2.a.) a. E.

93) Siehe oben I.2. und I.3.

94) Vgl. z.B. das werbliche Versprechen auf der Homepage der usedSoft Schweiz AG: „Im Gegensatz zu fast allen anderen Produkten nutzt sich Software nicht ab. Käufer von Gebrauch-Software erhalten exakt dasselbe Produkt wie der Erstkäufer – nur zu deutlich günstigeren Konditionen. Warum also sollten Sie viel Geld für etwas ausgeben, das Sie bei usedSoft für einen wesentlich niedrigeren Preis bekommen? usedSoft bietet Ihnen jederzeit sämtliche gängige Standard-Software von Microsoft, IBM und Co. für bis zu 30% unter dem Neupreis. ...“; abrufbar unter <<http://www.usedsoft.com/>> (zuletzt besucht am 16.8.2012); direkte Konkurrenz sieht auch *Vianello*, MMR 2012, 139, 142; zu nach dem EuGH-Urteil *UsedSoft* erforderlichen Neukalkulationen der Abgabepreise für Ersterwerber siehe *Moritz*, K&R, 2012, 456, 458 f.

95) Siehe z.B. die europäischen Expansionspläne der amerikanischen Plattform für gebrauchte v. a. MP3-Musikdateien ReDigi.com (kurz für Recycled Digital Media, Geschäftsmotto auf Homepage: „The World’s First Pre-Owned Digital Marketplace“); vgl. zur diesbezüglichen rechtlichen Auseinandersetzung rund um die First Sale Doctrine des U.S.-Urheberrechts *Leber*, Streit ums Digital-Eigentum, in: *Technology Review*, 21.8.2012, abrufbar unter <<http://www.heise.de/tr/artikel/Streit-ums-Digital-Eigentum-1670362.html>> (zuletzt besucht am 22.8.2012); *Aichner*, Gebrauchte Daten: Software ist nicht gleich MP 3, in: ZEIT ONLINE, 5.7.2012, abrufbar unter <<http://www.zeit.de/digital/internet/2012-07/mp3-gebraucht-redigi>> (zuletzt besucht am 16.8.2012).

96) Beweislast beim Erwerber bzw. Händler, vgl. *Stieper*, ZUM 2012, 668, 670; *Berger*, GRUR 2002, 198, 202.

97) Dazu EuGH, GRUR Int. 2012, 759, Rdnr. 78 – *UsedSoft*.

98) So geschehen im Fall von EuGH, GRUR Int. 2012, 759, Rdnr. 25 – *UsedSoft*.

99) Gar das Ende für den Handel mit Gebrauchsoftware, „da der Nachweis einer vollständigen Löschung für den Erwerber praktisch unmöglich ist und er diese Rechtsunsicherheit kaum hinnehmen wird“, so *Stieper*, ZUM 2012, 668, 670; ebenfalls skeptisch und daher die Kontrolle dem ursprünglichen Urheberrechtsinhaber mit einem Vernichtungsanspruch auferlegen will *Berger*, GRUR 2002, 198, 202.

100) Vgl. *Grützmacher*, CR 2007, 549, 551.

101) Siehe oben I.3.a.).

102) Mit Hinweis darauf auch *Sosnitzka*, K&R 2006, 206, 209.

103) Siehe diese oben unter I.2. und I.3.

tergabe aber durch entsprechende technische Schutzmaßnahmen verhindern. Insbesondere wenn umfassende Lizenzbefugnisse erworben werden, sollten Lizenznehmer dahingehend verhandeln, dass die gekaufte Lizenzposition die gesetzlichen Voraussetzungen für die Online-Erschöpfung erfüllt und eine eventuelle Weiterveräußerung später nicht an unüberwindbaren technischen Schutzmaßnahmen scheitern würde. Gebrauchthändler sollten Lizenzpakete derart dimensioniert erwerben, dass sie die nachgefragten Lizenzumfänge bedienen können, denn überdimensioniert eingekaufte Lizenzvolumen dürfen nicht auf mehrere Käufer aufgesplittet werden.

III. Bedeutung für den „Verleih“ von E-Books

Vermehrt wird von Bibliotheken erwartet, auch elektronische Ressourcen wie z.B. E-Books verfügbar zu machen. Aus Bibliothekssicht kann der Begriff „E-Book“ für Hardware (Lesegeräte) und Software (Lesestoff) verwendet werden¹⁰⁴. Im Rahmen dieses Beitrags bezeichnet E-Book einen in Buchstruktur elektronisch verfassten Lesestoff, der für gewöhnlich in Dateiformaten wie PDF, HTML oder XML abrufbar gehalten wird. Dabei sollen nicht die mit einem körperlichen Medienträger fest verbundenen E-Books betrachtet werden, sondern geräteunabhängig die allein durch Online-Übermittlung (z.B. Download) bereitgestellten E-Books.

1. E-Books in Bibliotheken

Weiterhin nur zögerlich bieten öffentliche Bibliotheken ihren Benutzern E-Books zur „Ausleihe“ für zuhause an. Ein wesentlicher Grund dafür liegt in dem Versäumnis des Gesetzgebers, die „Ausleihe“ elektronischer Bibliotheksressourcen in die urheberrechtliche Regulierung aufzunehmen¹⁰⁵. Mindestens ebenso blockierend wirkt aber, dass Bibliotheken wie Verlage bisher keine tragfähigen Konzepte für die E-Book-„Ausleihe“ entwickelt haben. So werden momentan Insellösungen einzelner Verlagsanbieter erprobt, auch Bibliotheken testen vorsichtig, inwieweit außerhalb ihrer Räumlichkeiten Bibliotheksnutzer elektronische Bestandsressourcen herunterladen können¹⁰⁶. Bislang ist nicht ersichtlich, dass bestehende Gesamtvereinbarungen¹⁰⁷ wie die zu § 27 Abs. 2 UrhG um E-Books in öffentlichen Bibliotheken ergänzt würden.

2. Zum Erschöpfungsgrundsatz für Bibliotheken: neue Gesetzeslücke nach dem EuGH-Urteil *UsedSoft* zugunsten des E-Book-Verleihs?

Im deutschen Urheberrecht fehlt eine gesetzliche (Ausnahme-)Vorschrift für die Erschöpfung im Leihverkehr öffentlicher Bibliotheken. Nach dem EuGH-Urteil *UsedSoft* könnte diese Regelungslücke zu einer europarechtswidrigen Rechtslage in Deutschland führen, wie im Folgenden aufgezeigt wird.

Verliehen werden können rechtsbegrifflich nur materielle Güter. Nach urheberrechtlicher Terminologie ist daher eine „(Aus-)Leihe“ bzw. ein „Verleihen“ von E-Books oder anderen online übermittelten Kopien nicht möglich. Der sprachlichen Vereinfachung wegen taucht im Folgenden dennoch das „Verleihen“ von E-Books und anderen digitalen Gütern auf, um eine zeitlich begrenzt eingeräumte Nutzungsbefugnis an diesen immateriellen Gütern zu beschreiben.

a) Verleih von E-Books nach dem EuGH-Urteil *UsedSoft* noch lizenzpflichtig?

Das Verbreitungsrecht einschließlich Erschöpfung nach § 17 Abs. 2 UrhG gilt auch dann, wenn öffentliche Biblio-

theken Bücher oder anderes urheberrechtlich geschütztes Material erwerben. Gesetzlich *leg cit* von der Erschöpfung ausgenommen ist lediglich die Vermietung im Sinne von § 17 Abs. 3 UrhG¹⁰⁸. Ein analoger Ausschluss der Erschöpfungswirkung auf Verleihen darf nicht erfolgen, weil der hinzuzunehmende § 27 UrhG, *e contrario*, ausdrücklich eine abgestufte Rechtslage für Verleihen und Vermieten ausweist. Erfolgt demnach der Verkauf eines Buches an eine öffentliche Bibliothek für den üblichen Leihverkehr, erschöpft sich das Verbreitungsrecht an dem Buch¹⁰⁹. Daneben besteht ein zusätzliches Verleihrecht als eigenständiges Verwertungs- bzw. Verbotsrecht nach deutscher Rechtslage nicht¹¹⁰. Rechtsinhaber und Urheber können demzufolge das Verleihen des Buches nach Erschöpfung des Verbreitungsrechts nicht mehr verhindern, erhalten aber gem. § 27 Abs. 2 UrhG eine zusätzliche angemessene Vergütung (sog. Bibliothekstantieme oder Bibliotheksgroschen).

Mit dem EuGH-Urteil *UsedSoft* könnte nun eine neue Rechtslage vorliegen, welche vor allem die Bibliotheken beim Verleih elektronischer Bestandsressourcen begünstigt. Sollte sich, wie oben unter I. dargestellt, das Verbreitungsrecht der Verlage auch an rein elektronisch übermittelten Kopien erschöpfen, dürfen Bibliotheken gem. § 17 Abs. 2 UrhG jedes elektronische Exemplar verleihen, falls für dieses entgeltlich ein unbefristetes Nutzungsrecht erworben wurde¹¹¹. Ein solcher Verleih würde ohne Zustimmung, ohne Vergütung¹¹² oder weitere Lizenzvereinbarungen möglich. Den Bibliotheken obläge es dann sicherzustellen, dass jedes elektronische Exemplar in den Grenzen der erworbenen Nutzungsbefugnisse genutzt wird. Ein Beispiel: Kauft die Bibliothek ein E-Book zur unbefristeten Nutzung (d.h. eine digitale Werkkopie), darf nur jeweils ein Bibliotheksbenutzer von zuhause aus das elektronische Exemplar herunterladen. Ehe ein nächster Bibliotheksbenutzer zum Download berechtigt werden darf, muss der vorherige Benutzer das E-Book bei sich gelöscht haben. Die Organisation und Verantwortung dafür, ihre elektronischen Ressourcen dahingehend urheberrechtskonform anzubieten, läge auf Seiten der Bibliotheken als Eigentümer der elektronischen Kopien. Ein Mitwirken der Verlagsanbieter jedoch wäre – im Unterschied zur bisherigen Rechtspraxis und Handhabung – nicht mehr erforderlich. Solange die Bibliotheken die mit der digitalen Werkkopie verbundenen Nutzungsbefugnisse einhalten, könnten sie unabhängig ihr

104) Näher dazu *Hammerl* (Fn. 53), S. 1 ff. (lesenswert) m.w.N.

105) Vgl. aber zu den erst vor kurzem bei der WIPO angebrachten Initiativen *Müller*, Legal aspects of e-books and interlibrary loan, in: *Interlending & Document Supply* 2012, 150; ferner aus Mai 2012 vom internationalen Bibliotheksverband IFLA das „IFLA- Hintergrundpapier zur E-Ausleihe“, abrufbar unter <http://www.ifla.org/files/clm/publications/ifla_background_paper_e-lending_de.pdf> (zuletzt besucht am 16.8.2012).

106) Vgl. zur Auseinandersetzung für die Verlagsseite z.B. die buchreport.express-Ausgabe 31/2012 vom 2.8.2012 mit Schwerpunktthema „Bibliotheken hebeln E-Book-Geschäftsmodelle aus. Verleihen und verkauft.“; für die Bibliotheksseite z.B. schon im Kontext mit der 1. Korb-Novellierung des UrhG *Beger*, Bibliothekslizenzen für elektronische Medien, in: *Bibliotheksdienst* 2001, 1151.

107) Siehe die aktuellen Gesamtverträge beim Deutschen Bibliotheksverband (dbv), abrufbar unter <<http://www.bibliotheksvverband.de/dbv/vereinbarungen-und-vertraege/urheberrecht-gesamtvertraege.html>> (zuletzt besucht am 16.8.2012).

108) Auf Vermietung wird in diesem Beitrag nicht weiter eingegangen.

109) Vgl. *Dreyer* (Fn. 62), § 27 Rdnr. 22.

110) Siehe zu den europarechtlichen Vorgaben sogleich unten.

111) Vgl. die Anwendungsvoraussetzungen für die Online-Erschöpfung oben unter I.2. und I.3.

112) Siehe aber sogleich unten III. 2.b).

bibliothekarische Konzept für den E-Book-Ausleihbetrieb realisieren.

So eine Zustimmungs- und Lizenzierungsfreiheit¹¹³ wäre europarechtlich nicht zu beanstanden. Der Unionsgesetzgeber überlässt es gem. Art. 6 der Vermiet- und Verleih-RL¹¹⁴ den Mitgliedstaaten, das Verleihrecht im Sinne von Art. 2 Abs. 1 lit. b) *leg cit* als ausschließliches Verwertungs- und Verbotrecht oder aber lediglich als einen Vergütungsanspruch für Urheber (Mindestregelung) vorzusehen. Der deutsche Gesetzgeber hat bislang davon Abstand gehalten, ein eigenständiges Verleihrecht in den gesetzlichen Kanon an Verwertungsrechten aufzunehmen¹¹⁵. Nach deutschem Urheberrecht ist damit für das Verleihen ein Interessenausgleich angemessen, der dem Prinzip der Schrankenregelungen („zustimmungsfrei, aber angemessene Vergütung durch Verwertungsgesellschaften“) nachempfunden ist¹¹⁶.

Jedenfalls legislativ fragwürdig bleibt ungeachtet des EuGH-Urteils *UsedSoft*, ob der explizite Ausschluss der Erschöpfungsregel (Art. 1 Abs. 2 Vermiet- und Verleih-RL) auch dann wirksam ist, wenn nationale Urheberrechtsgesetze rechtmäßig überhaupt kein ausschließliches Verleihrecht vorsehen¹¹⁷.

b) Verleih von E-Books nach dem EuGH-Urteil *UsedSoft* (noch) mit gesonderter Vergütungspflicht?

Außerordentlich problematisch ist, dass das deutsche Urheberrechtsgesetz keine Vergütungspflicht für den E-Book-Verleih von öffentlichen Bibliotheken kennt. Die für das Verleihen einschlägige Vergütungspflicht des § 27 Abs. 2 UrhG erfordert nach der gesetzlichen Definition¹¹⁸ unter anderem eine Gebrauchsüberlassung¹¹⁹. Nach einhelligem Verständnis muss es sich bei einer Gebrauchsüberlassung um die Überlassung körperlicher Werkstücke handeln¹²⁰. Somit entfielen in Ermangelung eines Verleihens die spezielle Vergütungspflicht für die Bibliotheken, wenn diese E-Books und andere elektronische Ressourcen zur Nutzung auf Zeit bereitstellen.

Europarechtlich liegen zwei Rechtsauffassungen nahe. Radikal, aber m.E. konsequent ist die Forderung, die Vermiet- und Verleih-RL *in toto* nicht auf das Verleihen elektronischer Kopien anzuwenden. Maßgeblicher Einstieg in den Anwendungsbereich dieser RL ist die Definition des Verleihens in Art. 2 Abs. 1 lit. b), die eine Gebrauchsüberlassung bedingt. Weil eine Gebrauchsüberlassung an immateriellen Gütern nicht erfolgen kann, ist der Anwendungsbereich der Vermiet- und Verleih-RL nicht eröffnet. Damit wären Bibliotheken – auch im Sinne der EuGH-Entscheidung *UsedSoft* – wie jeder andere Käufer zu behandeln: Im Falle des dauerhaften Erwerbs von E-Books per Download oder anderer reiner Online-Übermittlung könnten Bibliotheken jetzt mit Hinweis auf die Online-Erschöpfung mit den erworbenen elektronischen Kopien eigentumsähnlich ebenso frei verfahren¹²¹ wie jeder andere Erwerber bzw. Gebrauchthändler auch. Im Unterschied zum körperlich vorhandenen Bibliotheksbestand würde für das Online-Verleihen von E-Books und ähnlichen elektronischen Ressourcen keine Bibliothekstantieme fällig. Weil zum Zeitpunkt des Inkrafttretens der Vermiet- und Verleih-RL im Jahr 2006 der urheberrechtliche Regelungsbedarf für E-Books in öffentlichen Bibliotheken durchaus schon bekannt war, erscheint es gut vertretbar, diese RL nicht anzuwenden, denn der Unionsgesetzgeber erwähnte darin noch nicht einmal E-Books oder ähnliche elektronische Ressourcen, was als bewusster Verzicht auf eine zur Info-RL spezielle Rechtsetzung gewertet werden kann.

Soll die Vermiet- und Verleih-RL trotz dieser massiven Bedenken auf das Verleihen von E-Books Anwendung finden, erscheint es unabdingbar, E-Books in öffentlichen Bibliotheken dem gesamten Regime dieser RL zu unterstellen, andernfalls droht der darin gesetzgeberisch normierte Interessenausgleich außer Balance zu geraten. Demnach würde gelten: Öffentliche Bibliotheken dürfen – gleichsam wie Bücher und andere auf körperlichen Trägern fixierte Medieneinheiten – E-Books und andere elektronische Ressourcen zustimmungsfrei verleihen¹²². Für den Verleih ist – in europarechtskonformer Anwendung des § 27 Abs. 2 UrhG¹²³ – eine Vergütung (Bibliothekstantieme) zu entrichten. Die Bibliotheken haben geeignete organisatorische, technische und rechtliche Vorkehrungen zu treffen, um missbräuchliche, d.h. die erworbenen Eigentumsrechte übersteigende, Nutzungen durch ihre Bibliotheksbenutzer zu unterbinden.

3. Ergebnis

Öffentliche Bibliotheken müssen derzeit ohne gesetzliche Grundlage für E-Books auskommen. Wenn, wie in diesem Beitrag vertreten wird, im Lichte der EuGH-Entscheidung *UsedSoft* bei digitalen Kopien aller Werke die Erschöpfungsregel zum Zuge kommt, könnte die legislative Abstinenz zu überraschenden Ergebnissen für den E-Book-Leihbetrieb führen. Paradox ist dabei sicherlich, dass bei konsequenter Rechtsanwendung für E-Books erstens der nationale und europäische Urheberrechtsrahmen für das Verleihen öffentlicher Bibliotheken komplett ins Leere läuft und zweitens auch der Vergütungsanspruch für den Bibliotheksverleih (Bibliothekstantieme) entfällt, zugleich aber Bibliotheken eigentümerähnlich den Leihbetrieb mit ihren E-Book-Exemplaren strukturieren könnten. Gerade öffentliche Bibliotheken mit ihrem Bildungs- und Versorgungsmandat sollten jedoch eine Entscheidung des Gesetzgebers erwarten dürfen, ob und ggf. unter welchen Voraussetzungen und Grenzen sie ihren Benutzern E-Books und digitale Kopien anderer Werke zum Online-Abruf bereitstellen sollen.

IV. Fazit

Digitale Güter drohen urheberrechtssystematisch gegenüber materiellen Werkexemplaren benachteiligt zu

113) Beachte aber zur Vergütungspflicht unten III.2b).

114) Richtlinie 2006/115/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 12.12.2006 zum Vermietrecht und Verleihrecht sowie zu bestimmten dem Urheberrecht verwandten Schutzrechten im Bereich des geistigen Eigentums, ABl. L 376 v. 27.12.2006, S. 28.

115) Anders für das Vermietrecht, vgl. § 17 Abs. 3 und § 27 Abs. 1 UrhG.

116) Siehe die Zuständigkeit der Verwertungsgesellschaften für die Geltendmachung der Vergütungsansprüche, § 27 Abs. 3 UrhG.

117) *Nemo plus iuris transferre potest quam ipse habet* – wenn Urheber und Rechtsinhaber in Deutschland kein Verleihrecht als ausschließliches Recht zuerkannt wird, stellt sich die Frage nach dessen Erschöpfung m.E. überhaupt nicht.

118) Siehe diese in § 27 Abs. 2 Satz 2 UrhG.

119) Gebrauchsüberlassung ist wörtlich aus der Vermiet- und Verleih-RL übernommen, siehe dazu sogleich weiter unten.

120) Siehe *Loewenheim* (Fn. 55), § 17 Rdnr. 36 m.w.N.

121) Siehe oben III.2.a).

122) Anderes würde gelten, falls bei einer Novellierung des deutschen UrhG das Verleihrecht zu einem eigenständigen Verwertungsrecht erhoben werden sollte. Der deutsche Gesetzgeber müsste dann nach Art. 1 Abs. 2 Vermiet- und Verleih-RL das Verleihrecht – ebenso wie jetzt zwingend schon das Vermietrecht in § 17 Abs. 2 UrhG – vom Erschöpfungsgrundsatz ausschließen. Im Gegensatz zur Software-RL und Info-RL ist die Erschöpfungsregel im Anwendungsbereich der Vermiet- und Verleih-RL generell und explizit (siehe Art. 1 Abs. 2 RL) ausgeschlossen – Raum für Auslegung, etwa i.S.d. EuGH-Urteils *UsedSoft*, besteht daher insoweit nicht.

123) Siehe die insofern zwingende Vergütungspflicht nach Art. 6 Abs. 1 Vermiet- und Verleih-RL.

werden. Soll sich die Urheberrechtsordnung nicht als technologiefeindlich erweisen, bedarf es für einen ausgewogenen Interessenausgleich einer vorwiegend am telos ausgerichteten Gesetzesanwendung. In diesem Sinne setzt der EuGH nun in der Rechtssache *UsedSoft* für Computerprogramme einen wichtigen Markstein. Mit ähnlicher Methodik wie in diesem Urteil sollten maßgebliche Urheberrechtsprinzipien auch für andere digitale Güter und medientypische Nutzungsvorgänge weiterentwickelt werden. Zwar zeigt sich der EuGH dabei immer wieder als Motor für eine Verdichtung und Fortschreibung des Unionrechts, doch sind die Grenzen richterlicher Rechtsfortbildung absehbar, vor allem wenn recht junge EU-Rechtsakte weiterhin, geradezu sträflich, die vielfältigen Möglichkeiten an neuen Geschäftsmodellen und Nutzungen eher ignorieren als sie mit einem verlässlichen Rechtsrahmen auszustatten. So bleibt z.B. momentan noch der Zugang zu E-Books in öffentlichen Bibliotheken empfindlich gestört. Dennoch wäre auf Dauer eine sich von Gesetzeswortlaut und -systematik entfernende Rechtsprechung und Rechtsanwendung schon unter Berücksichtigung des Demokratie- und Rechtsstaatsprinzips nicht hinnehmbar. Mit punktuellen Anpassungen kann der Gesetzgeber allenfalls verzögert die technische Entwicklung beantworten¹²⁴. Für die kommenden Gesetzesinitiativen wäre es deshalb wünschenswert, die unterschiedlichen Felder des Immaterialgüterschutzes auf das belastbare Fundament eines allgemeinen Datenrechts zu stellen.

124) Siehe z.B. *Hartmann*, Streit ums Buch zu Lasten Dritter. Der Bundesgerichtshof legt den Prozess um „elektronische Leseplätze“ dem Europäischen Gerichtshof vor, in: F.A.Z. vom 26.9.2012.

Der Kampf um die Public Domain

Katharina de la Durantaye*

*Die Copyright Clause der U.S.-amerikanischen Verfassung gibt dem Kongress die Kompetenz, Urhebern zeitlich begrenzte Ausschließlichkeitsrechte an ihren Werken zu gewähren, um dadurch den Fortschritt der Wissenschaften zu fördern. Urheber erhalten ihre Rechte also nicht um ihrer selbst willen. Das copyright law soll vielmehr Anreize schaffen für die Schöpfung von Werken, die nach Ablauf der Schutzfrist zur allgemeinen Verfügung stehen. Endzweck des copyright law ist es nach dem Verfassungswortlaut also, den Bereich des Gemeinfreien, die public domain, zu vergrößern. Die konkreten Ausformungen des copyright law in den U.S.A. lassen sich jedoch nicht nur utilitaristisch erklären. Von jeher sind ihm persönlichkeitsrechtliche Erwägungen nicht fremd, wie umgekehrt auch das kontinentaleuropäische Urheberrecht nie ganz frei war von utilitaristischen Gedanken. Seit Mitte der 90er Jahre aber hat sich das U.S.-amerikanische copyright law dem kontinentaleuropäischen System immer mehr angenähert. Diese Annäherung betrifft nicht nur das materielle Recht. Der vorliegende Aufsatz wird zeigen, dass sich damit auch die philosophischen Begründungen verändert haben. Anlass dafür bildet der Rechtsstreit *Golan v. Holder*, in dem die verfassungsrechtliche Bedeutung der public domain offen in Frage gestellt wird.*

Einleitung

Die Copyright and Patent Clause der U.S.-amerikanischen Verfassung gibt dem Kongress die Kompetenz, Au-

toren und Erfindern zeitlich begrenzte Ausschließlichkeitsrechte an ihren Schriften und Erfindungen zu gewähren, um so den Fortschritt der Wissenschaften und praktischen Künste zu fördern¹.

Nicht nur das Patent-, sondern auch das Urheberrecht, das copyright law, rechtfertigt die Verfassung mithin utilitaristisch. Urheber erhalten ihre Monopolrechte nicht um ihrer selbst willen. Das copyright law soll vielmehr Anreize schaffen für die Schöpfung von Werken, die (nach Ablauf der Schutzfrist) zur allgemeinen Verfügung stehen. Endzweck des copyright law ist es nach dem Verfassungswortlaut also, den Bereich des Gemeinfreien, die public domain, zu vergrößern².

In Varianten findet sich diese Aussage nicht nur in Lehrbüchern und Aufsätzen, sondern auch in zahlreichen Gerichtsentscheidungen. Beispielsweise schreibt der U.S. Supreme Court in *Sony v. Universal*:

„The immediate effect of our copyright law is to secure a fair return for an author's creative labor. But the ultimate aim is, by this incentive, to stimulate artistic creativity for the public good.“³

Auch der Gesetzgeber betont immer wieder, dass das copyright law lediglich Mittel zum Zweck sei:

„The objective to be attained and the reason for the constitutional grant of power are embedded in the grant itself. They are ‚to promote the progress of science and the useful arts‘... [The Clause says] nothing... about any desire or purpose to secure to the author or inventor his ‚natural right to his property.‘“⁴

Tatsächlich aber lassen sich die konkreten Ausformungen des copyright law in den U.S.A. nicht alleine mit der Anreiztheorie erklären. Von jeher sind ihm persönlichkeitsrechtliche Erwägungen nicht fremd, wie umgekehrt auch das kontinentaleuropäische Urheberrecht nie ganz frei war von utilitaristischen Gedanken⁵. Seit Mitte der 90er Jahre aber hat sich das U.S.-amerikanische copyright law dem kontinentaleuropäischen System immer mehr angenähert. Diese Annäherung betrifft nicht nur das ma-

* Die Verfasserin ist Inhaberin einer Juniorprofessur für Bürgerliches Recht, insbesondere Internationales Privatrecht und Rechtsvergleichung an der Humboldt-Universität zu Berlin.

1) U.S. Constitution Art. I Sec. 8 Clause 8: „The Congress shall have Power... To promote the Progress of Science and useful Arts, by securing for limited Times to Authors and Inventors the exclusive Right to their respective Writings and Discoveries.“

2) Verschiedene, zum Teil recht detaillierte Definitionen der public domain finden sich bei *Benkler*, Free as the Air to Common Use: First Amendment Constraints on Enclosure of the Public Domain, 74 N.Y.U.L. Rev. 354 (1999); *Boyle*, The Public Domain, 2008; *Julie E. Cohen*, Copyright, Commodification and Culture: Locating the Public Domain, in: Guibault/Hugenoltz (Hrsg.), The Future of the Public Domain, 2006, S. 121; *David Lange*, Reimagining the Public Domain, 66 Law and Contemp. Probs. 463 (2003); *Litman*, The Public Domain, 39 Emory L.J. 965, 975-77 (1990); *Ochoa*, Origins and Meanings of the Public Domain, 29 U. Dayton L. Rev. 215, 217-222 (2003); *Samuelson*, Challenges in Mapping the Public Domain, in: Guibault/Hugenoltz (Hrsg.), The Future of the Public Domain, 2006, S. 7-21; *dies.*, Enriching Discourse on Public Domains, 55 Duke L.J. 783, 783-813 (2006); *dies.*, Mapping the Digital Public Domain: Threats and Opportunities, 66 Law and Contemp. Probs. 147, 148-153 (2003); *Zimmerman*, Is There a Right to Have Something to Say? One View of the Public Domain, 73 Fordham L. Rev. 297, 300-334 (2004).

3) *Sony v. Universal*, U.S. 417, 431-432 (1984). Siehe außerdem *Fox Film Corp. v. Doyal*, 286 U.S. 123, 127 (1932); *Mazer v. Stein*, 347 U.S. 201, 219 (1954); *Graham v. John Deere*, 383 U.S. 1, 6 (1966); *Twentieth Century Music Corp. v. Aiken*, 422 U.S. 151, 156 (1975); *Harper & Row v. Nation*, 471 U.S. 539, 558 (1985); *Dastar v. Twentieth Century Fox*, 539 U.S. 23, 33-34 (2003).

4) H.R. Rep. No. 1494 52d Cong., 1st Sess., 2 (1891). Siehe außerdem H.R. Rep. No. 2222, 60th Cong., 2d Sess., 7 (1909).

5) Siehe hierzu beispielsweise *Ginsburg*, A Tale of Two Copyrights: Literary Property in Revolutionary France and America, 64 Tulane L. Rev. 991 (1990).