



Manuel Soria Parra
Andreas Kabisch

Geistiges Eigentum vs. Digitaler Wandel

Grenzen und Möglichkeiten der Durchsetzung
von Immaterialgüterrechten bei digitalen
Gütern

Wissenschaftliche Beiträge aus dem Tectum Verlag

Reihe Rechtswissenschaften

Wissenschaftliche Beiträge aus dem Tectum Verlag

Reihe Rechtswissenschaften
Band 100

Manuel Soria Parra | Andreas Kabisch

Geistiges Eigentum vs. Digitaler Wandel

**Grenzen und Möglichkeiten der Durchsetzung
von Immaterialgüterrechten bei digitalen Gütern**

Tectum Verlag

Manuel Soria Parra | Andreas Kabisch
Geistiges Eigentum vs. Digitaler Wandel
Grenzen und Möglichkeiten der Durchsetzung von Immaterialgüterrechten
bei digitalen Gütern
Wissenschaftliche Beiträge aus dem Tectum Verlag
Reihe: Rechtswissenschaften; Bd. 100

© Tectum Verlag – ein Verlag in der Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden 2018
ePDF: 978-3-8288-6894-6
(Dieser Titel ist zugleich als gedrucktes Werk unter der ISBN 978-3-8288-4060-7
im Tectum Verlag erschienen.)
ISSN: 1861-7875

Umschlaggestaltung: Tectum Verlag, unter Verwendung des Bildes # 293706902
von Maxx-Studio | www.shutterstock.com

Alle Rechte vorbehalten

Besuchen Sie uns im Internet
www.tectum-verlag.de

Bibliografische Informationen der Deutschen Nationalbibliothek

Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation in der
Deutschen Nationalbibliografie; detaillierte bibliografische Angaben
sind im Internet über <http://dnb.d-nb.de> abrufbar.

Inhaltsverzeichnis

Abkürzungsverzeichnis	IX
Literaturverzeichnis	XI
Vorwort	1
Teil I Immaterialgüterrechtliche Probleme des 3D-Drucks	3
A. Einführung	5
I. Grundlagen des 3D-Drucks	5
1. Definition	5
2. Historische Entwicklung	5
II. Wirtschaftliche Bedeutung des 3D-Drucks	7
1. Industrielle Anwendung	7
2. Private Anwendung	8
3. Marktwachstum	9
III. Fertigungsprozess	9
1. Erstellung des 3D-Modells	10
2. Beschaffung des 3D-CAD-Modells	11
3. Fertigung des realen Objekts auf Basis des 3D-Modells	11
B. Einordnung des 3D-Drucks in den Gewerblichen Rechtsschutz	15
I. Privilegierung privaten Handelns	15
1. Private Handlungen zu nichtgewerblichen Zwecken	16
2. Private Handlungen im Kontext des 3D-Drucks	19
II. Technische Schutzrechte	20
1. Entstehung des Schutzes	20
2. Bedeutung der technischen Schutzrechte für den 3D-Druck	21

3.	Unmittelbare Verletzung des Patents oder Gebrauchsmusters	23
4.	Mittelbare Patentverletzung.....	29
5.	Ausblick und Lösungsmöglichkeiten.....	33
III.	Designrecht.....	38
1.	Entstehung des Schutzes	39
2.	Bedeutung des Designrechts für den 3D-Druck.....	42
3.	Voraussetzungen einer Designverletzung	43
4.	Verbreitung von 3D-Modellen als Verletzungshandlung	48
5.	Fazit und Ausblick.....	50
IV.	Markenrecht	52
1.	Entstehung des Schutzes	52
2.	Bedeutung des Markenrechts für den 3D-Druck.....	54
3.	Voraussetzungen einer Markenverletzung	55
4.	Fazit und Ausblick.....	62
C.	Urheberrechtliche Einordnung des 3D-Drucks	65
I.	Entstehung des Schutzes	65
II.	Urheberrechtsschutz für 3D-Modelle.....	67
1.	Werke der angewandten Kunst (§ 2 Abs. 1 Nr. 4 UrhG)	67
2.	Technische Darstellung (§ 2 Abs. 1 Nr. 7 UrhG)	68
3.	Computerprogramm (§ 2 Abs. 1 Nr. 1 UrhG)	69
4.	Lichtbildwerk (§ 2 Abs. 1 Nr. 5 UrhG).....	70
III.	Relevanz für die Verbreitung von 3D-Modellen.....	71
1.	Urheberpersönlichkeitsrechte	71
2.	Verwertungsrechte	72
IV.	Schranken des Urheberrechts	75
D.	Haftung für Rechtsverletzungen	79
I.	Haftung von Internetportalen.....	79
1.	Eigenständiger Anbieter von 3D-Modellen.....	79
2.	Plattformbetreiber für Filesharing.....	80
II.	Haftung von Druckdienstleistern	82
Zusammenfassung	85	

Teil II Die Reichweite des Erschöpfungsgrundsatzes bei digitalen Werken ...	87
A. Einleitung	89
B. Digitale Werke und ihre Vertriebsformen	91
I. Musik	91
1. Typen digitaler Musik	92
2. Vertriebsformen	93
II. Hörbücher	96
1. Typen digitaler Hörbücher	96
2. Vertriebsformen	98
III. Filme	98
1. Typen digitaler Filme	99
2. Vertriebsformen	100
IV. eBooks	101
1. eBook Typen	101
2. Vertriebsformen	103
C. Anwendbarkeit der Computerprogramm-RL und/oder der InfoSoc-RL auf digitale Werke	105
I. Grundsatz	105
II. „Hybride“ Werke	107
III. Zuordnung der digitalen Werke	108
1. Musikstücke	108
2. Hörbücher	109
3. Filme	110
4. eBooks	111
D. Der Erschöpfungsgrundsatz bei digitalen Werken	113
I. Erschöpfung nach der Computerprogramm-RL	113
II. Erschöpfung nach der InfoSoc-RL	116
1. Recht der öffentlichen Wiedergabe, Art. 3 InfoSoc-RL	117

2.	Verbreitungsrecht, Art. 4 InfoSoc-RL	121
E.	Reichweite der Erschöpfung	147
I.	Erstverkauf und Download	147
1.	Erstverkauf.....	147
2.	Download	148
II.	Zweitverkauf	149
1.	Weitergabe des Datenträgers.....	149
2.	Digitale Übermittlung	150
3.	Download vom Urheberrechtsinhaber.....	152
4.	Nutzungshandlungen des Zweiterwerbers	152
F.	Fazit	155

Abkürzungsverzeichnis

a.A.	<i>andere Ansicht</i>
BMW	<i>Bayerische Motoren Werke</i>
bspw.	<i>beispielsweise</i>
CAD	<i>Computer Aided Design</i>
CAM	<i>Computer Aided Manufacturing</i>
DRM	<i>Digital Rights Management</i>
EuGH	<i>Europäischer Gerichtshof</i>
FDM	<i>Fused Deposition Modelling</i>
FFF	<i>Fused Filament Fabrication</i>
Fn.	<i>Fußnote</i>
ggf.	<i>gegebenenfalls</i>
h.M.	<i>herrschende Meinung</i>
h.L.	<i>herrschende Lehre</i>
IPC	<i>International Patent Classification</i>
i.S.d.	<i>im Sinne des</i>
STL	<i>StereoLithography, Standard Tessellation Language</i>
UrhG	<i>Urheberrechtsgesetz</i>
vgl.	<i>vergleiche</i>
WCT	<i>WIPO Copyright Treaty</i>
z.B.	<i>zum Beispiel</i>

Literaturverzeichnis

- Ahlberg, Hartwig / Götting, Horst-Peter*, Beck'scher Onlinekommentar zum Urheberrecht, 18. Aufl. 2017
- Ammann, Thorsten*, Der Handel mit Second Hand-Software aus rechtlicher Sicht: Eine Betrachtung auf Grundlage des deutschen Rechts, OlWIR Verlag für Wirtschaft, Informatik und Recht, 1. Aufl. Edewecht 2011
- Bäcker, Kerstin / Höfinger, Frank Michael*, Online-Vertrieb digitaler Inhalte: Erstvertrieb, nachgelagerte Nutzungen und nachgelagerte Märkte, in: ZUM, 2013, S. 623–641
- Ballestrem, Johannes Graf*, Dreidimensionales Drucken – aus patentrechtlicher Sicht, in: Mitteilung der deutschen Patentanwälte, 2016, S. 358
- Bechtold, Stefan*, 3D Printing, Intellectual Property and Innovation Policy, in: International Review of Intellectual Property and Competition Law, 2016, S. 517–536
- Becker, Maximilian*, Zur Berechnung der zulässigen Zahl digitaler Privatkopien, in: ZUM, 2012, S. 643–652
- Becker, Stefanie*, Anwendung des ermäßigten Steuersatzes auf E-Books, in: Deutsches Steuerrecht, 2014, S. 462–466
- Benkard, Georg u. a.*, Patentgesetz: Gebrauchsmustergesetz, Patentkostengesetz (Kommentar), C.H.Beck, 11. Aufl. München 2015
- Biehler, Manuel / Apel, Simon*, Anmerkung zu OLG Hamm, Urteil vom 15. Mai 2014 – I-22 U 60/13 – Keine Erschöpfung des Verbreitungsrechts bei per Download vertriebenen Hörbüchern, in: ZUM, 2014, S. 727–729
- Bingener, Senta*, Markenrecht: Ein Leitfaden für die Praxis, C.H.Beck, 2. Aufl. München 2011
- Blanke-Roeser, Constantin*, 3D-Druck und das Patentrecht in Europa, in: Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht, 2017, S. 467–475
- Brunn, Inka Frederike / Nordmeyer, Arne*, Anmerkung zu EuGH, Urteil vom 23.01.2014 – Rs. C-355/12, in: Computer & Recht, 2014, S. 224
- Bullinger, Winfried*, Aktuelles aus dem Urheberrecht: 3D-Druck als urheberrechtliche Herausforderung, in: Mitteilung der deutschen Patentanwälte, 2016, S. 215
- Bundesverband Musikindustrie e.V.*, Musikindustrie in Zahlen 2013, Bundesverband Musikindustrie, 2014
- Bundesverband Musikindustrie e.V.*, Musikindustrie in Zahlen 2016, Bundesverband Musikindustrie, 2017

- Dreier, Thomas, Adjustment of Copyright Law to the Requirements of the Information Society, in: International Review of Intellectual Property and Competition Law, S. 623–640
- Dreier, Thomas / Schulze, Gernot / Specht, Louisa, Urheberrechtsgesetz (Kommentar), C.H.Beck, 5. Aufl. München 2015
- Eichmann, Helmut / Kühne, Marcus / Falckenstein, Roland Vogel von, Designgesetz: Gesetz über den rechtlichen Schutz von Design, C.H.Beck, 5. Aufl. München 2015
- Eichmann, Helmut / Kur, Annette, Designrecht: Praxishandbuch, Nomos, 2. Aufl. Baden-Baden 2015
- Eilmansberger, Thomas, Immaterialgüterrechtliche und kartellrechtliche Aspekte des Handels mit gebrauchter Software, in: Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht, S. 1123–1128
- Fezer, Karl-Heinz, Markenrecht: Kommentar zum Markengesetz, zur Pariser Verbandsübereinkunft und zum Madrider Markenabkommen, C.H.Beck, 4. Aufl. München 2009
- Friedrichs, Thomas / Hass, Berthold, Der Markt für Hörbücher – Eine Analyse klassischer und neuer Distributionsformen, in: MedienWirtschaft, 2006,
- Ganzhorn, Marco, Ist ein E-Book ein Buch? Das Verhältnis von Büchern und E-Books unter besonderer Berücksichtigung der UsedSoft-Rechtsprechung, in: Computer & Recht, 2014, S. 492
- Gebhardt, Andreas, 3D-Drucken: Grundlagen und Anwendungen des Additive Manufacturing, Carl Hanser Verlag GmbH & Co. KG, 1. Aufl. München 2014
- Grützmacher, Malte, Endlich angekommen im digitalen Zeitalter!?, in: Zeitschrift für Geistiges Eigentum / Intellectual Property Journal, 2013, S. 46
- Haberstumpf, Helmut, Der Handel mit gebrauchter Software im harmonisierten Urheberrecht – Warum der Ansatz des EuGH einen falschen Weg aufzeigt, in: Computer & Recht, 2012, S. 561
- Hacker, Friedrich, Markenrecht: Einführung in das deutsche Markensystem, Heymanns, Carl, 3. Aufl. Köln 2013
- Haedicke, Maximilian / Zech, Herbert, Technische Erfindungen in einer vernetzten Welt, in: Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht - Beilage, 2014, S. 52–57
- Hammerl, Michaela, Typen und Spezifika digitaler Bücher – Kriterien eines E-Book-Standards aus bibliothekarischer Perspektive, 95. Deutscher Bibliothekartag (Dresden, 2006), 2006
- Handig, Christian, Reform und Neuordnung der »öffentlichen Wiedergabe« – Die Folgen der Interpretation des urheberrechtlichen Begriffs durch den EuGH, in: ZUM, 2013, S. 273–278
- Hansen, Hauke, Hansen: Keine Erschöpfung beim Online-Vertrieb von eBooks, in: Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht, Praxis im Immaterialgüter und Wettbewerbsrecht, 2013, S. 207–207

- Hansen, Hauke / Libor, Christine*, EuGH-Urteil zu gebrauchter Software: Gibt es bald auch einen Zweitmarkt für ePaper, eBooks und MP3 s?, in: AfP - Zeitschrift für Medien- und Kommunikationsrecht, 2012, S. 447
- Hartmann, Thomas*, Weiterverkauf und „Verleih“ online vertriebener Inhalte – Zugeleich Anmerkung zu EuGH, Urteil vom 3. Juli 2012, Rs. C-128/11 – UsedSoft J. Oracle, in: Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht Internationaler Teil, 2012, S. 980–989
- Hasselblatt, Gordian N. u. a.*, Münchener Anwaltshandbuch Gewerblicher Rechtschutz, C.H.Beck, 4. Aufl. München 2012
- Hauck, Ronny*, Gebrauchthandel mit digitalen Gütern, in: Neue Juristische Wochenschrift, 2014, S. 3616–3619
- Hauck, Ronny*, Hauck: Keine Anwendung des Erschöpfungsgrundsatzes beim Download von Hörbüchern, in: Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht, Praxis im Immateriagüter und Wettbewerbsrecht, 2014, S. 309–309
- Hermes, Kai*, Schlussanträge zu technischen Schutzmaßnahmen bei Videospiele, in: Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht, Praxis im Immateriagüter und Wettbewerbsrecht, 2014, S. 37
- Hilgert, Felix*, Keys und Accounts beim Computerspielvertrieb – Probleme der Erschöpfung beim Vertrieb hybrider Werke mit Blick auf LG Berlin, Urt. v. 11.3.2014 – 16 O 73/13, in: Computer & Recht, 2014, S. 354
- Hilty, Reto M.*, Die Rechtsnatur des Softwarevertrages – Erkenntnisse aus der Entscheidung des EuGH UsedSoft vs. Oracle, in: Computer & Recht, 2012, S. 625
- Hoeren, Thomas / Försterling, Matthias*, Onlinevertrieb „gebrauchter“ Software – Hintergründe und Konsequenzen der EuGH-Entscheidung „UsedSoft“, in: Multimedia und Recht Zeitschrift für Informations-, Telekommunikations- und Medienrecht, 2012, S. 642–647
- Hoeren, Thomas / Jakopp, Sebastian*, Der Erschöpfungsgrundsatz im digitalen Umfeld – Notwendigkeit eines binnenmarktkonformen Verständnisses, in: Multimedia und Recht Zeitschrift für Informations-, Telekommunikations- und Medienrecht, 2014, S. 646–649
- Igel, Dominic*, Anmerkung zu OLG Frankfurt am Main, Urteil vom 18. Dezember 2012 – 11 U 68/11, in: ZUM, 2013, S. 300–303
- Ingerl, Reinhard / Rohnke, Christian*, Markengesetz: Gesetz über den Schutz von Marken und sonstigen Kennzeichen, C.H.Beck, 3. Aufl. München 2010
- Kitz, Volker*, Anwendbarkeit urheberrechtlicher Schranken auf das eBook, in: Multimedia und Recht Zeitschrift für Informations-, Telekommunikations- und Medienrecht, 2001, S. 727–730
- Kloth, Matthias*, Der digitale Zweitmarkt: Aktuelle Entwicklungen zum Weiterverkauf gebrauchter E-Books, Hörbücher und Musikdateien, in: Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht, Praxis im Immateriagüter und Wettbewerbsrecht, 2013, S. 239–242

- Knies, Bernhard*, Erschöpfung Online? – Die aktuelle Problematik beim On-Demand-Vertrieb von Tonträgern im Lichte der Richtlinie zur Informationsgesellschaft, in: Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht Internationaler Teil, 2002, S. 314–317
- Koch, Frank A.*, Grundlagen des Urheberrechtsschutz im Internet und in Online-Diensten, in: Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht, 1997, S. 417–430
- Koch, Frank A.*, Auswirkungen des EuGH-Urteils zum Gebrauchsoftwarehandel auf das Urheberrecht – Teil 2 – Zur Erschöpfung des Verbreitungsrechts bei OnlineÜberlassung von Software, in: Der IT-Rechts-Berater, 2013, S. 38
- Koch, Frank A.*, Auswirkungen des EuGH-Urteils zum Gebrauchsoftwarehandel auf das Urheberrecht – Teil 1 – Zur Erschöpfung des Verbreitungsrechts bei OnlineÜberlassung von Software, in: Der IT-Rechts-Berater, 2013, S. 9
- Koll, Sabine*, Freiheit mit Grenzen, in: medizin & technik, Ausgabe 6, 2014, S. 50–53
- König, Dominik / Beck, Benjamin*, Die immaterialgüterrechtliche Schutzfähigkeit von »Affen-Selfies«, in: ZUM, 2016, S. 34–38
- König, Peter*, So arbeiten 3D-Drucker, in: c't wissen Sonderausgabe 3D-Druck, 2014, S. 20–22
- König, Peter*, 3D-Modelle finden und kombinieren, in: c't wissen Sonderausgabe 3D-Druck, 2014, S. 64–69
- Kraßer, Rudolf / Ann, Christoph*, Patentrecht: Lehrbuch zum deutschen und europäischen Patentrecht und Gebrauchsmusterrecht, C.H.Beck, 7. Aufl. München 2016
- Kreutzer, Till*, Computerspiele im System des deutschen Urheberrechts – Eine Untersuchung des geltenden Rechts für Sicherungskopien und Schutz technischer Maßnahmen bei Computerspielen, in: Computer & Recht, 2007, S. 1
- Krüger, Stefan / Biehler, Manuel / Apel, Simon*, Keine „Used Games“ aus dem Netz – Unanwendbarkeit der „UsedSoft“-Entscheidung des EuGH auf Videospiele, in: Multimedia und Recht Zeitschrift für Informations-, Telekommunikations- und Medienrecht, 2013, S. 760–765
- Kubach, Laura*, Musik aus zweiter Hand – ein neuer digitaler Trödelmarkt? – Zur Zulässigkeit eines Weiterverkaufs digitaler Musik nach dem EuGH-Urteil „UsedSoft“, in: Computer & Recht, 2013, S. 279
- Kubach, Laura / Schuster, Fabian*, Anmerkung zu OLG Hamm, Urteil vom 15.05.2014 – 22 U 60/13, in: Computer & Recht, 2014, S. 498
- Leupold, Andreas*, Umgehung technischer Schutzvorkehrungen in Spielekonsolen, in: Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht, Praxis im Immateriagüter und Wettbewerbsrecht, 2014, S. 57
- Leupold, Andreas / Glossner, Silke*, 3D-Druck, Additive Fertigung und Rapid Manufacturing: Rechtlicher Rahmen und unternehmerische Herausforderung, Verlag Franz Vahlen, 1. Aufl. München 2016

- Lewinski, Silke von*, Die diplomatische Konferenz der WIPO 1996 zum Urheberrecht und zu verwandten Schutzrechten, in: Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht Internationaler Teil, 1997, S. 667–681
- Loewenheim, Ulrich u. a.*, Handbuch des Urheberrechts, C.H.Beck, 2. Aufl. München 2010
- Malevanny, Nikita*, Die UsedSoft-Kontroverse: Auslegung und Auswirkungen des EuGH-Urteils, in: Computer & Recht, 2013, S. 422
- Marly, Jochen*, Der Handel mit so genannter „Gebrauchtsoftware“, in: Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht, 2012, S. 654–657
- Marly, Jochen*, Der Handel mit Gebrauchtsoftware – Das Urteil fällt und alle Fragen offen zugleich eine Anmerkung zu BGH, Urt. v. 17.7.2013 – I ZR 129/08 – UsedSoft II, in: Computer & Recht, 2014, S. 145
- Mengden, Martin*, 3D-Druck – Droht eine „Urheberrechtskrise 2.0“? Schutzumfang und drohende Rechtsverletzungen auf dem Prüfstand, in: Multimedia und Recht Zeitschrift für Informations-, Telekommunikations- und Medienrecht, 2014, S. 79–85
- Mes, Peter*, Patentgesetz, Gebrauchsmustergesetz, C.H.Beck, 4. Aufl. München 2015
- Moritz, Hans-Werner*, Eingeschränkte Zulässigkeit der Weiterveräußerung gebrauchter Software, in: Kommunikation & Recht, 2012, S. 456
- Müller-Broich, Jan D.*, Telemediengesetz (Kommentar), Nomos Verlagsgesellschaft, 1. Aufl. Baden-Baden 2012
- Neuber, Michael*, Online-Erschöpfung doch nur für Software?, in: Wettbewerb in Recht und Praxis, 2014, S. 1274
- Nordemann, Jan Bernd*, Haftung von Providern im Urheberrecht - Der aktuelle Stand nach dem EuGH-Urteil v. 12. 7. 2011 – EUGH 12.07.2011 Aktenzeichen C-324/09 – L'Oréal/eBay, in: Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht, 2011, S. 977–981
- Nordemann, Jan Bernd / Rüberg, Michael / Schaefer, Martin*, 3D-Druck als Herausforderung für die Immaterialgüterrechte, in: Neue Juristische Wochenschrift, 2015, S. 1265–1271
- Ohly, Ansgar*, Urheberrecht in der digitalen Welt - Brauchen wir neue Regelungen zum Urheberrecht und zu dessen Durchsetzung?, in: Neue Juristische Wochenschrift - Beilage zu Heft 2/2014, 2014, S. 47–50
- Omsels, Hermann-Josef*, Erschöpfung ohne Veräußerung - Zum Schicksal des Verbreitungsrechts beim Eigentumserwerb kraft Gesetzes, in: Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht, 1994, S. 162–167
- Peifer, Karl-Nikolaus*, Vertrieb und Verleih von E-Books – Grenzen der Erschöpfungslehre, in: AfP - Zeitschrift für Medien- und Kommunikationsrecht, 2013, S. 89

- Redeker, Helmut*, Das Konzept der digitalen Erschöpfung – Urheberrecht für die digitale Welt – Was eigentlich übertragen wird und weitergegeben werden darf, in: Computer & Recht, 2014, S. 73
- Rinkler, Axel*, BGH-Vorlagebeschluss – Lizenz bis zur Erschöpfung – Installationsdateien gleich installiertes Programm?, in: Der IT-Rechts-Berater, 2011, S. 234
- Ruhl, Oliver*, Gemeinschaftsgeschmacksmuster: Kommentar, Heymanns, Carl, 2. Aufl. Köln 2009
- Sack, Rolf*, Der Erschöpfungsgrundsatz im deutschen Immaterialgüterrecht, in: Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht Internationaler Teil, 2000, S. 610–616
- Schack, Haimo*, Rechtsprobleme der Online-Übermittlung, in: Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht, 2007, S. 639–645
- Schippel, Robert*, Schippel: E-Books im Spiegel des Immaterialgüterrechts, in: Multimedia und Recht, 2016, S. 802–807
- Schmidt, Nike*, Rechteerwerb und Rechteinhaberschaft im digitalen Zeitalter – Diskussionsbericht zum gleichlautenden Symposium des Instituts für Urheber- und Medienrecht im Rahmen der Medientage München am 15. Oktober 2010, in: ZUM, 2011, S. 31–35
- Schmoll, Andrea u. a.*, Dreidimensionales Drucken und die vier Dimensionen des Immaterialgüterrechts, in: Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht, 2015, S. 1041–1050
- Schneider, Jochen*, Spätfolgen der UsedSoft-Entscheidung des EuGH – Wie sieht die Softwarelizenz 2020 aus? – Vorschläge zur Überlassung von Standardsoftware, in: Der IT-Rechts-Berater, 2014, S. 120
- Schneider, Jochen / Spindler, Gerald*, Der Kampf um die gebrauchte Software – Revolution im Urheberrecht? – Das Urteil des EuGH vom 3.7.2012 – Rs. C-128/11 – „UsedSoft“ Gebrauchtsoftware, in: Computer & Recht, 2012, S. 489
- Schneider, Jochen / Spindler, Gerald*, Der Erschöpfungsgrundsatz bei „gebrauchter“ Software im Praxistest – Der Umgang mit dem unabdingbaren Kern als Leitbild für Softwareüberlassungs-AGB und andere praxisrelevante Aspekte aus BGH, Urt. v. 17.7.2013 – I ZR 129/08 – UsedSoft II, in: Computer & Recht, 2014, S. 213
- Scholz, Jochen*, Nutzung und Weitergabe digitaler Werke nach der UsedSoft- Entscheidung des EuGH, in: Der IT-Rechts-Berater, 2013, S. 17
- Schramm, Carl*, Der Patentverletzungsprozess: Patent- und Prozessrecht, Heymanns, Carl, 7. Aufl. Köln 2012
- Schricker, Gerhard / Loewenheim, Ulrich*, Urheberrecht (Kommentar), C.H.Beck, 5. Aufl. München 2017
- Schulze, Gernot*, Aspekte zu Inhalt und Reichweite von § 19a UrhG, in: ZUM, 2011, S. 2–13
- Schulze, Gernot*, Werkgenuss und Werknutzung in Zeiten des Internets, in: Neue Juristische Wochenschrift, 2014, S. 721–726

- Senftleben, Martin*, Die Fortschreibung des urheberrechtlichen Erschöpfungsgrundsatzes im digitalen Umfeld, in: Neue Juristische Wochenschrift, 2012, S. 2924–2927
- Solmecke, Christian / Kocatepe, Sibel*, Der 3D-Druck – ein neuer juristischer Zankapfel?, in: Kommunikation & Recht, 2014, S. 778
- Sosnitza, Olaf*, Die urheberrechtliche Zulässigkeit des Handels mit „gebrauchter“ Software, in: Kommunikation & Recht, 2006, S. 206
- Sosnitza, Olaf*, Gemeinschaftsrechtliche Vorgaben und urheberrechtlicher Gestaltungsspielraum für den Handel mit gebrauchter Software, in: ZUM, 2009, S. 521–526
- Sosnitza, Olaf*, „Gebrauchte Software“: Licht und Schatten auf dem Weg von Karlsruhe nach Luxemburg, in: Kommunikation & Recht, 2011, S. 243
- Spindler, Gerald*, Der Handel mit Gebrauchtsoftware – Erschöpfungsgrundsatz quo vadis?, in: Computer & Recht, 2008, S. 69
- Spindler, Gerald*, Die Reform des Urheberrechts, in: Neue Juristische Wochenschrift, 2014, S. 2550–2554
- Steffan, Philip*, Das können 3D-Drucker wirklich, in: c't wissen Sonderausgabe 3D-Druck, 2014, S. 6–10
- Steiper, Malte*, Anmerkung zu EuGH, Urteil vom 3. Juli 2012 – EUGH Aktenzeichen C12811 C-128/11 – UsedSoft, in: ZUM, 2012, S. 668–670
- Ströbele, Paul / Hacker, Franz*, Markengesetz: Kommentar, Heymanns, Carl, 11. Aufl. Köln 2014
- Taeger, Jürgen*, Die Entwicklung des IT-Rechts im Jahr 2014, in: Neue Juristische Wochenschrift, 2014, S. 3759–3765
- Terhaag, Michael / Telle, Sebastian*, Immaterielle Erschöpfung – Gibt es den virtuellen Flohmarkt für gebrauchte Multimediadateien?, in: Kommunikation & Recht, 2013, S. 549
- Vianello, Mirko*, Handel mit gebrauchter Software für Schüler, Studenten und LehrkräfteDie aktuelle Rechtsprechung des BGH, in: Multimedia und Recht Zeitschrift für Informations-, Telekommunikations- und Medienrecht, 2012, S. 139–144
- Wandtke, Artur-Axel / Bullinger, Winfried*, Praxiskommentar zum Urheberrecht, C.H.Beck, 4. Aufl. München 2014
- Weisser, Ralf / Färber, Claus*, Weiterverkauf gebrauchter Software – UsedSoft-Rechtsprechung und ihre Folgen – Erschöpfungsgrundsatz und Schutz der Softwarehersteller, in: Multimedia und Recht Zeitschrift für Informations-, Telekommunikations- und Medienrecht, 2014, S. 364–367
- Wiebe, Andreas*, The Principle of Exhaustion in European Copyright Law and the Distinction Between Digital Goods and Digital Services, in: Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht Internationaler Teil, 2009, S. 114–118
- Wolf-Rojczyk, Oliver*, Erwerb und die Nutzung gebrauchter Software – UsedSoft II, in: Der IT-Rechts-Berater, 2014, S. 75

Zech, Herbert, Vom Buch zur Cloud – Die Verkehrsfähigkeit digitaler Güter, in:
Zeitschrift für Geistiges Eigentum / Intellectual Property Journal, 2013, S. 368

Zech, Herbert, Lizzenzen für die Benutzung von Musik, Film und E-Books in der
Cloud – Das Verhältnis von Urheber- und Vertragsrecht bei Verträgen über den
Werkkonsum per Cloud-Computing, in: ZUM, 2014, S. 3–10

Für unsere Familien.

Vorwort

Mit der Digitalisierung des Waren- und Dienstleistungsverkehrs und der Fahrt aufnehmenden digitalen Transformation der Industrie erleben wir eine der größten Veränderungen der modernen Gesellschaft. Die Art, wie Waren hergestellt, angeboten und von den Endkunden bezogen und konsumiert werden, ändert sich grundlegend und nachhaltig.

Um die Bedeutung dieses digitalen Umbruchs zu reflektieren, hat sich in der deutschen Industrie der Begriff der „Industrie 4.0“ bereits etabliert. Damit wird der digitale Wandel mit der Einführung der Dampfmaschine, des Fließbands und des Computers gleichgesetzt.¹

Dank der örtlich und zeitlich unbegrenzten Verfügbarkeit digitaler Daten eröffnen sich Wertschöpfungsketten, die noch vor wenigen Jahren undenkbar schienen. Die digitale Vernetzung ermöglicht insbesondere die direkte Kommunikation mit dem Kunden.

Für viele Produkte wie Bücher, Musik oder Filme entfallen mehrere Glieder der Verwertungskette. Der Kauf der Produkte direkt vom Rechteinhaber, etwa im Bereich Software, setzt sich durch. Vorbei sind die Zeiten, in denen eine physische Verkörperung des Werks, etwa ein Computerprogramm auf einer CD, im nächsten Laden erworben werden musste. In den kommenden Jahren wird sich dieser Trend fortsetzen.

Doch die Revolution endet nicht mit dem Genuss digitaler Werke. Durch den absehbaren Erfolg von 3D-Druckern wird es jedermann möglich sein, physische Produkte anhand online verfügbarer Druckvorlagen in den eigenen vier Wänden herzustellen.

Es liegt auf der Hand, dass diese digitale Revolution neue Herausforderungen mit sich bringt.

¹ Bundesministerium für Wirtschaft und Energie, <http://www.bmwi.de/Redaktion/DE/Dossier/industrie-40.html>, zuletzt abgerufen am 24.02.2018.

Neben den praktischen Hürden müssen auch rechtliche Herausforderungen gemeistert werden. Nicht nur die Industriestätten, sondern auch die Rechtsordnung müssen sich auf das digitale Zeitalter einstellen.

Dies gilt insbesondere für das Immaterialgüterrecht, dessen Aufgabe gerade darin besteht, dem Fortschritt zu dienen und Innovationen zu fördern. Geschaffen wurde es in einer Zeit, als Produkte physisch gehandelt wurden. In unserer neuen Welt, in der digitale Produkte nahezu unbegrenzt kopiert und verbreitet werden können, ergeben sich neue Fragestellungen für das Patent-, Marken-, Design- und Urheberrecht.

Nachfolgend soll das Licht auf zwei dieser Fragestellungen geworfen werden: Wie lässt sich der rechtliche Rahmen für Handlungen im Zusammenhang mit dem Fortschritt in der 3D-Drucktechnologie gestalten und welche Regeln gelten für die Erschöpfung digitaler Güter innerhalb der Europäischen Union?

Diese Fragen beschäftigten uns bereits im Rahmen unserer Masterarbeiten, die als Grundlage für dieses Buch dienen.

Wir wünschen uns, mit diesem Buch das Verständnis für diese besonderen rechtlichen Herausforderungen des digitalen Wandels fördern und einen Beitrag zu dieser lebhaften Diskussion leisten zu können.

Manuel Soria Parra und Andreas Kabisch
München, im Februar 2018

Teil I Immaterialgüterrechtliche Probleme des 3D-Drucks

A. Einführung

I. Grundlagen des 3D-Drucks

1. Definition

In Anlehnung an das reproduzierbare Erstellen von zweidimensionalen Darstellungen auf Papier, dem klassischen Druck, wird die Herstellung dreidimensionaler Objekte allein durch das Hinzufügen von Material als dreidimensionales Drucken bezeichnet. Der Begriff „3D-Druck“ steht im allgemeinen Sprachgebrauch als Synonym für alle additiven Fertigungsverfahren², bei welchen Bauteile schichtweise durch Zuführung von Material aufgebaut werden, ohne dass es dazu Werkzeugformen benötigt. Damit unterscheidet sich der 3D-Druck maßgeblich von den klassischen subtraktiven Fertigungsverfahren, bei welchen Bauteile aus einem massiven Rohling durch Materialabtragung, beispielsweise durch Fräsen, Drehen, Schneiden oder Bohren, geformt werden.³

2. Historische Entwicklung

Im Jahr 1984 hatte Charles W. Hull erstmalig ein Gerät zur Herstellung dreidimensionaler Objekte mittels Stereolithographie zum Patent angemeldet und damit den Grundstein für die Entwicklung der modernen 3D-Drucktechnologie gelegt.⁴ Innerhalb kurzer Zeit konnten mit Hulls Erfahrung beliebige Kunststoffbauteile hergestellt werden, ohne

² VDI-Richtlinie 3405, Additive Fertigungsverfahren.

³ Leupold/Glossner, 3D-Druck, Additive Fertigung und Rapid Manufacturing Kap. 2.1 S. 27 f.

⁴ Hull, US 4,575,330 A; Hull gründete später das Unternehmen 3D-Systems Inc., das eine führende Rolle in der 3D-Drucktechnologie einnimmt.

zuvor entsprechende Werkzeuge oder Gussformen bereitzustellen. Für diese Leistung wurde Hull 2014 mit dem europäischen Erfinderpreis ausgezeichnet.⁵

Die Weiterentwicklung der additiven Fertigungstechnologie wurde Ende des letzten Jahrhunderts von mehreren Unternehmen parallel vorangetrieben, womit eine Vielfalt unterschiedlicher Drucktechniken einherging. 1986 meldete Carl Deckard ein Verfahren zum Lasersintern zum Patent⁶ an und Scott Crump patentierte 1992 das FDM-Verfahren (Fused Deposition Modelling).⁷

Anfangs wurde die neue Technik insbesondere wegen der hohen Kosten, der langen Produktionszeiten und der unzureichenden Stabilität der erstellten 3D-Objekte zunächst fast ausschließlich für die Erstellung von Prototypen, dem sogenannten Rapid Prototyping, eingesetzt. Im Zuge der zunehmenden Digitalisierung industrieller Produktionsprozesse und mit Weiterentwicklung der Technologie wandelte sich Anfang der 2000er Jahre das Einsatzspektrum des 3D-Drucks und man begann, Werkzeuge, Gussformen und Produktbauteile in Kleinserie zu fertigen. Diese neuen Anwendungsfelder des 3D-Drucks werden als Rapid Tooling, Rapid Casting oder Rapid Manufacturing bezeichnet.⁸

Mit dem technologischen Fortschritt ging in den letzten Jahren eine erhöhte Marktdurchdringung der additiven Fertigungstechnologie einher, die von einem entsprechenden Preisverfall für 3D-Drucker und deren Verbrauchsmaterialien begleitet wird. Kostete ein 3D-Druck-System im Jahr 2007 noch etwa 10.000 US-Dollar, so liegen die Preise für moderne Geräte heute bereits unterhalb von 1.000 US-Dollar.⁹

Die sinkenden Investitionskosten machen die additive Fertigung somit massentauglich. Einen besonderen Beitrag hierzu leistete die

5 Europäisches Patentamt, https://www.epo.org/learning-events/european-inventor-finalists/2014/hull_de.html, zuletzt abgerufen am 24.02.2018.

6 Deckard, US 4,863,538 A; Deckard war Mitgründer des Unternehmens Desk Top Manufacturing Corp., das später von 3D-Systems Inc. übernommen wurde.

7 Crump, US 5,121,329 A; Crump ist Mitgründer des Unternehmens Stratasys, Ltd., das 3D-Drucker, insbesondere auf Grundlage der FDM-Technologie, herstellt.

8 <https://threedom.de/was-ist-3d-druck>, zuletzt abgerufen am 24.02.2018.

9 Hill, <http://www.computerwoche.de/a/das-potential-von-3d-druck,2531529.html>, zuletzt abgerufen am 24.02.2018.

Entwicklung des RepRap 3D-Druckers von Dr. Adrian Bowyer. Dieses Gerät ist in der Lage, alle seine Bauteile selbst herzustellen und lässt sich so beliebig oft reproduzieren. Analog zu der aus der Softwarebranche bekannten Open-Source-Bewegung veröffentlichte Bowyer die Baupläne für den Drucker unter Verweis auf die frei nutzbare General Public License und verhalf dem Privatanwendermarkt für 3D-Drucker zu einem entsprechenden Aufschwung.

II. Wirtschaftliche Bedeutung des 3D-Drucks

Dreidimensional gedruckte Bauteile stehen ihren subtraktiv gefertigten Zwillingen je nach verwendeter Drucktechnik hinsichtlich Stabilität, Belastbarkeit und Oberflächengüte kaum noch nach.¹⁰ Gefertigt werden die dreidimensionalen Objekte aus Kunststoff, Harz oder Metall. Neue Entwicklungen gehen dahin, auch biologische Materialien und Lebensmittel mittels additiver Fertigungstechnologie herzustellen.¹¹

1. Industrielle Anwendung

Wirtschaftlich bedeutsam ist der 3D-Druck im Automobilbau, der Medizintechnik und der Luft- und Raumfahrt. In diesen Bereichen hat die additive Fertigung bereits Serienreife erreicht.¹² So können Kfz-Stecker, In-Ohr-Hörgeräte oder aerodynamische Funktionskörper additiv hergestellt werden.¹³ Dreidimensional gedruckte Bauteile können unmittelbar vor Ort in der aktuell benötigten Stückzahl produziert und ggf. in kürzester Zeit umkonstruiert werden. Die additive Fertigung hat damit nicht nur Auswirkungen auf den Herstellungsprozess, sondern auch auf Liefer- und Vertriebsstrukturen.¹⁴ Aus der Just-in-

¹⁰ König, c't wissen 3D-Druck,? 2014, S. 20.

¹¹ Hill, <http://www.computerwoche.de/a/das-potential-von-3d-druck,2531529.html>, zuletzt abgerufen am 24.02.2018.

¹² <http://www.it-zoom.de/it-mittelstand/e/studie-additive-manufacturing-boomt-13633/>, zuletzt abgerufen am 24.02.2018.

¹³ VDI-Richtlinie 3405, o. Fn. 2, Tab. 2.

¹⁴ Bechtold, IIC 2016, 517.

Time-Lieferung wird eine Just-in-Time-Fertigung, bei der Transportrisiken, die bei der Just-In-Time-Lieferung die gesamte Lieferkette beeinträchtigen, entfallen.¹⁵

In der Medizintechnik spielt die additive Fertigung andere Vorteile aus. Mit Hilfe von 3D-Modellen können in kurzer Zeit individuell an den Patienten angepasste Orthesen, Prothesen und Implantate hergestellt werden. Diese Vorteile dürften auch in den Bereichen der Kunst, des Produktdesigns und der Fertigungstechnik zu einem erhöhten Interesse an 3D-Druck-Systemen führen.

Nicht zu vergessen ist die Chemiebranche, die von einer stärkeren Verbreitung der Technologie ebenfalls profitieren wird.¹⁶ Sie muss schließlich dafür Sorge tragen, dass die eingesetzten Verbrauchsmaterialien in ausreichender Qualität und Vielfalt vorhanden sind, um gute Druckergebnisse zu erzielen.

2. Private Anwendung

Die sinkenden Preise für 3D-Drucker werden die Technologie im verstärkten Maße für Heimanwender zugänglich machen und so neue Geschäftsmodelle etablieren. So können digitale Druckvorlagen bereits heute über das Internet gekauft, heruntergeladen und im heimischen Wohnzimmer mittels 3D-Druck in ein dreidimensionales Objekt überführt werden.¹⁷

Privatpersonen können so Teil der Lieferkette werden. Anstatt ein Produkt im Internet zu bestellen und auf die Lieferung zu warten, wird online eine 3D-Druckvorlage abgerufen und das gewünschte Objekt unmittelbar am heimischen 3D-Drucker erstellt.¹⁸

¹⁵ Leupold/Glossner, o. Fn. 3, Kap. 3.2 S. 45 ff.

¹⁶ http://www.finanzen.net/special/nachricht/Diese_Branchen_profitieren_vom_3D_Druck-2-2701806, zuletzt abgerufen am 24.02.2018.

¹⁷ Steffan, c't wissen 3D-Druck?, 2014, S. 6.

¹⁸ Leupold/Glossner, o. Fn. 3, Kap. 3.2 S. 45 ff.

3. Marktwachstum

Es ist nicht verwunderlich, dass der Preisverfall für 3D-Drucker zu einem deutlichen Wachstum des Marktes für die additive Fertigung führt. Seit 2004 zeigt sich ein jährliches Marktwachstum von etwa 20 Prozent.¹⁹ Für die kommenden Jahre bis 2020 werden ein weiterer Preisverfall bei 3D-Druckern und Zuwachsrate von mehr als 50 Prozent pro Jahr erwartet.²⁰

Entsprechend hoch ist die Innovationstätigkeit im Bereich der additiven Fertigungstechnologie. Dies anerkennend wurde in die internationale Patentklassifikation (IPC) eine eigene Unterklasse (IPC-Klasse B33Y) für den 3D-Druck aufgenommen.²¹

III. Fertigungsprozess

Die Herstellung additiv gefertigter Teile erfolgt automatisiert. Ausgehend von einem virtuellen Modell, das mithilfe von Computer Aided Design (CAD) erstellt wird, werden einsatzfähige dreidimensionale Bauteile unmittelbar aufgebaut. Fertigungstechnische Zwischenschritte, wie die Herstellung von Werkzeugen, die bei subtraktiven Fertigungsverfahren notwendig sind, entfallen.²²

Das virtuelle 3D-Modell enthält alle geometrischen Informationen des zu erstellenden Bauteils. Meist liegt das 3D-Modell im Datenformat „STL“ vor, das von Charles W. Hull entwickelt wurde und sich als Standardformat etabliert hat. Für den Aufbau des realen Objekts durch Addition mehrerer Materiallagen wird das in der STL-Datei enthaltenen 3D-Modell durch den Rechner zunächst in einzelne Schichten, sogenannte „slices“, zerlegt, aus welchen das reale Objekt schichtweise aufgebaut werden kann. So entsteht aus der 3D-Druckvorlage eine digitale Datenfolge einschließlich Steuerungsanweisungen für den 3D-

¹⁹ <http://www.it-zoom.de/it-mittelstand/e/studie-additive-manufacturing-boomt-13633/>, zuletzt abgerufen am 24.02.2018.

²⁰ Krämer, <https://www.3d-grenzenlos.de/magazin/marktforschung/marktentwicklung-3d-drucker-bis-2020-27159433.html>, zuletzt abgerufen am 24.02.2018.

²¹ Bechtold, IIC 2016, 517.

²² Leupold/Glossner, o. Fn. 3, Kap. 2.1 S. 27 f.

Drucker, die alle für den Produktionsvorgang erforderlichen Daten enthält.²³

1. Erstellung des 3D-Modells

Voraussetzung für die Herstellung eines Objekts mittels eines 3D-Druckverfahrens ist die Bereitstellung eines 3D-Modells als CAD-Datensatz. Im Wesentlichen sind zwei unterschiedliche Schaffensprozesse für das 3D-Modell zu unterscheiden.

a) Manuelle Konstruktion

Zur Erstellung eines 3D-Modells wird eine entsprechende Software benötigt. Mit ihrer Hilfe wird das herzustellende Objekt zunächst virtuell technisch konstruiert. Dies kann durch unmittelbare dreidimensionale Erstellung des Modells in der Software erfolgen. Meist ist Ausgangspunkt eine selbst zu erstellende zweidimensionale Zeichnung, die anschließend durch ein virtuelles Tiefziehen mit einer Dicke versehen wird. Durch Zusammensetzen mehrerer Tiefziehformen können geometrisch komplexe dreidimensionale Körper virtuell dargestellt werden.

Für die manuelle Konstruktion eines 3D-Modells steht eine Vielzahl von freien oder kommerziell erwerblichen Softwareprogrammen zur Verfügung. Dennoch erfordert die eigene CAD-Konstruktion Zeit – nicht nur für die Einarbeitung in die jeweilige Software, sondern auch für die Erstellung des Modells selbst.

b) 3D-Scanner

Eine vergleichsweise einfache Methode zur Erstellung eines CAD-Modells bietet das optische Abtasten einer körperlich vorhandenen Vorlage durch einen 3D-Scanner.²⁴ Damit wird die räumliche Oberflächenstruktur der realen „Kopiervorlage“ mittels eines Lasers abgetastet und

²³ Leupold/Glossner, o. Fn. 3, Kap. 2.1 S. 27 f.

²⁴ Mengden, MMR 2014, 79.

in eine digitale Punktdatenwolke überführt. Diese kann dann im CAD-Programm nachbearbeitet werden.

Diese Vereinfachung greift insbesondere bei Gegenständen, bei welchen es lediglich auf ihre äußere, nämlich optisch erfassbare, Kontur ankommt. Der 3D-Scan stößt an Grenzen, sobald speziell gestaltete Strukturen innerhalb eines Objekts nachgebildet werden sollen. Allerdings ist es auch hier denkbar, die reale Kopiervorlage zu zerlegen, die Einzelteile zu scannen und die daraus entstehenden virtuellen Einzelmodelle am Rechner zu einem Gesamtmodell zusammenzusetzen.

2. Beschaffung des 3D-CAD-Modells

Eine zunehmende Anzahl von Internetportalen bieten 3D-Druckvorlagen als digitale 3D-Modelle zum Download an.²⁵ Dieses Angebot können sowohl private, als auch gewerbliche Anwender nutzen. Insbesondere für Privatpersonen, die eigene 3D-Drucker für die Herstellung von Bauteilen nutzen möchten, ist diese Beschaffungsmöglichkeit von CAD-Daten besonders attraktiv, da auf diese Weise schnell und ohne eine detaillierte Einarbeitung in eine CAD-Software das gewünschte 3D-Objekt erstellt werden kann. Der Abruf der 3D-Modell-Dateien wird teils kostenfrei, teils kostenpflichtig angeboten. Insbesondere kostenfreie Daten sind oft noch mittels einer geeigneten CAD-Software nachbearbeitbar.²⁶

3. Fertigung des realen Objekts auf Basis des 3D-Modells

Der Fertigungsprozess beginnt mit der Herstellung einer ersten Schicht des 3D-Objekts anhand der Daten eines „slices“ des virtuellen, dreidimensionalen Modells durch die Fertigungsmaschine. Anschließend wird eine weitere Schicht erstellt und mit der vorhergehenden

²⁵ z.B. <http://www.turbosquid.com/>; <https://grabcad.com/>; <http://www.thingiverse.com/>; <https://viewshape.com/>; <http://www.blendswap.com/>; <https://3dwarehouse.sketchup.com/>; <http://www.123dapp.com/>; <http://www.yeggi.com/>; <https://www.3dpartsource.com/>; <http://www.traceparts.com/de/>

²⁶ König, c't wissen 3D-Druck,? 2014, S. 64.

Schicht verbunden. Dieser Vorgang wird für jede folgende Schicht wiederholt, bis das 3D-Objekt vollständig produziert ist.

Diese grundlegenden Herstellungsschritte sind bei den unterschiedlichen Fertigungstechniken der additiven Fertigung im Wesentlichen gleich. Im Detail bestehen allerdings Unterschiede, die durch die Art und Weise der Herstellung der einzelnen Schichten, der Verbindung der Schichten miteinander und dem verwendeten Material für das Endprodukt gekennzeichnet sind.²⁷ Da die verschiedenen Fertigungstechniken einer stetigen Weiterentwicklung unterliegen, soll nachfolgend lediglich auf zwei besonders etablierte Verfahren eingegangen werden.²⁸

Industriell kommt in weiten Teilen das auf Hull zurückgehende und mittlerweile weiterentwickelte Laser-Stereolithographie-Verfahren zum Einsatz. Mit Hilfe eines Laserstrahls wird ein flüssiges Monomer, meist ein Harz, gezielt polymerisiert und so an der Auftreffstelle des Laserstrahls verfestigt. Damit wird in der Flüssigkeit eine feste Schicht nach den Vorgaben des CAD-Modells erstellt. Die verfestigte Schicht wird anschließend mit der Bauteilplattform um eine Schichtdicke abgesenkt und eine neue Schicht des Harzes aufgetragen. Dieser Vorgang wird wiederholt, bis das Bauteil vollständig erzeugt ist.²⁹

Bei 3D-Drucken im Heimanwenderbereich hat sich wegen der geringen Anschaffungskosten das Verfahren des Fused Deposition Modelling (FDM)³⁰ bzw. der Fused Filament Fabrication (FFF)³¹ verbreitet.³² Dabei werden schmelzfähige Materialien, oft ein Kunststoffdraht mit einer Stärke von wenigen Millimetern, erhitzt und durch eine Düse eines Druckkopfs gepresst. Die Düse wird anhand der Schnittmodell-Daten computergesteuert bewegt und erzeugt so eine Schicht des dreidimensionalen Objekts. Der Druckkopf wird anschlie-

²⁷ *Gebhardt*, 3D-Drucken, Kap. 2.1.

²⁸ *Leupold/Glossner*, o. Fn. 3, Kap. 2.2 S. 28 ff.; weitere gute Übersichten über derzeit verfügbare Techniken: *Gebhardt*, o. Fn. 27, Kap. 2; VDI-Richtlinie 3405, o. Fn. 2, Kap. 5.2.

²⁹ *Gebhardt*, o. Fn. 27, Kap. 2.1.1.1.

³⁰ eine eingetragene Marke der Stratsys Co., Eden Prairie, MN, USA; s. *Leupold/Glossner*, o. Fn. 3, Kap. 2.2.5 S. 35 f.; *Gebhardt*, o. Fn. 27, Kap. 2.3.1.

³¹ herstellerneutrale Bezeichnung, eingeführt durch RepRap-Projekt; s. *Leupold/Glossner*, o. Fn. 3, Kap. 2.2.5.

³² *König*, o. Fn. 10.

ßend um eine Schichtdicke angehoben und erzeugt die nächste Schicht. Dieser Vorgang wird solange fortgeführt, bis das Bauteil vollständig aufgebaut ist. Nach dem Erstarren des Materials liegt ein vergleichsweise stabiles und belastbares Kunststoffbauteil vor.³³

³³ Leupold/Glossner, o. Fn. 3, Kap. 2.2.5 S. 35 f.; Gebhardt, o. Fn. 27, Kap. 2.1.3.

B. Einordnung des 3D-Drucks in den Gewerblichen Rechtsschutz

Innerhalb des Immaterialgüterrechts unterscheidet man das Urheberrecht einerseits und den gewerblichen Rechtsschutz andererseits, wobei letzterer als Sammelbegriff für die unterschiedlichen gewerblichen Schutzrechte verwendet wird.

Zum gewerblichen Rechtsschutz gehören insbesondere das Patent- und Gebrauchsmusterrecht (Schutz technischer Erfindungen), das Designrecht (Schutz ästhetischer Erscheinungsformen) und das Markenrecht (Schutz von Warenzeichen). Ferner zählen das Halbleiterenschutzrecht, das Sortenschutzrecht und in Teilen das Wettbewerbsrecht zum gewerblichen Rechtsschutz, haben jedoch mit Bezug auf den 3D-Druck eher eine untergeordnete Rolle und werden im Folgenden daher nicht betrachtet.

Die gewerblichen Schutzrechte zeichnen sich dadurch aus, dass ihre Geltendmachung im Regelfall eine vorhergehende Registrierung verlangt. Einzelne Normen, die den Schutz allein durch Benutzung des zu schützenden Gegenstands begründen, bilden im Wesentlichen Aufangtatbestände und haben als Ausnahmen ein enges Anwendungsspektrum.³⁴

I. Privilegierung privaten Handelns

Dem Begriff des gewerblichen Rechtsschutzes ist immanent, dass sich der mit den verschiedenen gewerblichen Schutzrechten erlangte Schutz ausschließlich auf gewerbliche Handlungen beziehen soll. Ver-

34 so z.B. nicht-eingetragene Gemeinschaftsgeschmacksmuster, Art. 1 Abs. 2 lit. a) GGV; Benutzungsmarken, § 4 Nr. 2 MarkenG; Unternehmenskennzeichen und Werktitel, § 5 MarkenG.

letzungshandlungen können insoweit nur dann sanktioniert werden, wenn diese im gewerblichen Umfeld stattfinden. Private Handlungen sind damit ausgenommen.

Mittels wortgleicher Normen nehmen das Patentrecht, das Gebrauchsmusterrecht und das Designrecht explizit Handlungen aus der Schutzwirkung des jeweiligen Schutzrechts aus, die im privaten Bereich zu nichtgewerblichen Zwecken vorgenommen werden, § 11 Nr. 1 PatG, § 12 Nr. 1 GebrMG, § 40 Nr. 1 DesignG. Das Markenrecht weicht davon zwar im Wortlaut ab, § 14 Abs. 2 MarkenG; im Ergebnis besteht jedoch weitgehend materiell-rechtliche Übereinstimmung.³⁵

1. Private Handlungen zu nichtgewerblichen Zwecken

Die wörtlich identischen Schrankenregelungen im Patent-, Gebrauchsmuster- und Designgesetz gehen inhaltlich konform. Ausgenommen von den Wirkungen des jeweiligen Schutzrechts sind „Handlungen, die im privaten Bereich zu nichtgewerblichen Zwecken vorgenommen werden“, § 11 Nr. 1 PatG, § 12 Nr. 1 GebrMG, § 40 Nr. 1 DesignG.

Der Ausschlussstatbestand fordert, dass die von der Schutzwirkung ausgenommene Handlung im privaten Bereich einerseits und zu nichtgewerblichen Zwecken andererseits erfolgt. Beide Voraussetzungen müssen kumulativ vorliegen, um aus der Schutzwirkung des Patents, Gebrauchsmusters oder Designs herauszuführen.³⁶

a) Handlungen im privaten Bereich

Handlungen im privaten Bereich beziehen sich auf die reine Privatsphäre. Dies kann insoweit nur Handlungen erfassen, die durch natürliche Personen vorgenommen werden. Ein privates Handeln juristischer Personen ist ausgeschlossen.

Der private Bereich wird regelmäßig dann verlassen, wenn beispielsweise mit dem Liefern oder Anbieten eines geschützten Gegen-

³⁵ Nordemann/Rüberg/Schaefer, NJW 2015, 1265.

³⁶ Scharen in: Benkard u. a., Patentgesetz (Komm.), § 11 PatG Rn. 3; Mes, Patentgesetz (Komm.), § 11 PatG Rn. 2; Eichmann in: Eichmann/Kühne/Falckenstein, Designgesetz (Komm.), § 40 DesignG Rn. 3.

standes die Befriedigung fremder Bedürfnisse bezweckt wird.³⁷ Nutzer von Internettauschbörsen handeln, soweit es eine Upload-Tätigkeit betrifft, regelmäßig nicht im privaten Bereich. Vielmehr bezweckt die Handlung eine Befriedigung fremder Bedürfnisse.³⁸

Der einzelne Nutzer, der entweder 3D-Modelle für die Eigenherstellung am heimischen Drucker selbst konstruiert oder sich entsprechende Druckvorlagen von einer Internetplattform herunterlädt, wird in der Regel im privaten Bereich agieren. Nach den hier dargestellten Grundsätzen wird der private Bereich jedoch dann verlassen, wenn die selbst hergestellte oder heruntergeladene 3D-Druckvorlage auf eine Filesharing-Plattform hochgeladen wird und somit einer Befriedigung fremder Bedürfnisse dient.³⁹ Da die Voraussetzungen des Ausnahmetatbestands gemäß § 11 Nr. 1 PatG, § 12 Nr. 1 GebrMG, § 40 Nr. 1 DesignG kumulativ vorliegen müssen, kommt es in solchen Fällen auf das Vorliegen eines gewerblichen Zwecks nicht mehr an. Es reicht aus, wenn der private Bereich verlassen wird, zu dem allenfalls persönlich nahestehende Personen gehören.⁴⁰

b) Handlung zu nichtgewerblichen Zwecken

Außerhalb der Wirkungen eines Schutzrechts arbeitet, wer nicht zu Erwerbszwecken handelt. Der Begriff des Gewerbes ist nicht im handelsrechtlichen Sinn zu verstehen, sondern umfasst auch die freien Berufe.⁴¹ Ein gewerblicher Zweck wird grundsätzlich dann verfolgt, wenn die zugrunde liegende Handlung auf einen wirtschaftlichen Vorteil ausgerichtet ist und im geschäftlichen Verkehr stattfindet.⁴² Somit können auch Handlungen im privaten Bereich von der Wirkung des Schutzrechts erfasst sein, wenn sie einem Erwerbszweck dienen.⁴³

³⁷ Mes, o. Fn. 36, § 11 PatG Rn. 3; Eichmann in: *Eichmann/Kühne/Falckenstein*, o. Fn. 36, § 40 DesignG Rn. 3.

³⁸ Haedicke/Zech, GRUR-Beilage 2014, 52.

³⁹ Haedicke/Zech, GRUR-Beilage 2014, 52.

⁴⁰ Mengden, MMR 2014, 79; Haedicke/Zech, GRUR-Beilage 2014, 52.

⁴¹ Scharen in: Benkard u. a., o. Fn. 36, § 11 PatG Rn. 5.

⁴² Eichmann in: *Eichmann/Kühne/Falckenstein*, o. Fn. 36, § 40 DesignG Rn. 3.

⁴³ Ann in: Kraßer/Ann, Patentrecht, § 33 Rn. 239.

c) Handeln im geschäftlichen Verkehr

Das Markenrecht kennt keine explizite Ausnahmeverordnung für die Wirkung einer geschützten Marke bei Handlungen, die im privaten Bereich zu nichtgewerblichen Zwecken vorgenommen werden. Vielmehr stellt § 14 Abs. 2 MarkenG darauf ab, dass das Verbotsrecht, das mit der geschützten Marke entsteht, nur gegen denjenigen greift, der im geschäftlichen Verkehr tätig ist.

Sachlich besteht zwischen dem Handeln zu gewerblichen Zwecken und der Handlung im geschäftlichen Verkehr kein Unterschied.⁴⁴ Ein Handeln im geschäftlichen Verkehr schließt auch die Erwerbstätigkeit der freien Berufe ein und knüpft insoweit ebenfalls nicht an den handelsrechtlichen Gewerbebegriff an.⁴⁵ Vielmehr ist allgemein von einer Handlung im geschäftlichen Verkehr auszugehen, wenn die Benutzung der Marke „im Zusammenhang mit einer auf einen wirtschaftlichen Vorteil gerichteten kommerziellen Tätigkeit und nicht im privaten Bereich erfolgt“.⁴⁶ Mithin ist die Handlung im geschäftlichen Verkehr im markenrechtlichen Sinne der Handlung im privaten Bereich zu nichtgewerblichen Zwecken im Sinne des Patent-, Gebrauchsmuster- und Designrechts gleichgestellt.

Das Markenrecht, das historisch den Begriff des geschäftlichen Verkehrs aus dem unlauteren Wettbewerbsrecht übernommen hat⁴⁷, subsumiert unter dem von den anderen gewerblichen Schutzrechten abweichenden Wortlaut des § 14 MarkenG die beiden kumulativen Voraussetzungen des privaten Bereichs und des nichtgewerblichen Zwecks. Folglich wird der Schutzbereich eines gewerblichen Schutzrechts nur dann verlassen, wenn die zugrundeliegende Handlung nicht im geschäftlichen Verkehr erfolgt, d.h. sowohl im privaten Bereich liegt, als auch keinem Erwerbszweck dient.

⁴⁴ Eichmann in: *Eichmann/Kühne/Falckenstein*, o. Fn. 36, § 40 DesignG Rn. 3; Nordemann/Rüberg/Schaefer, NJW 2015, 1265.

⁴⁵ Fezer in: *Fezer, Markenrecht* (Komm.), § 14 Rn. 26.

⁴⁶ EuGH GRUR 2010, 445 – *Google France und Google*; BGH GRUR 2008, 702 – *Internet-Versteigerung III*; Ingerl/Rohrke, *Markengesetz* (Komm.), § 14 Rn. 70; Fezer in: *Fezer*, o. Fn. 45, § 14 Rn. 24.

⁴⁷ Fezer in: *Fezer*, o. Fn. 45, § 14 Rn. 23.

2. Private Handlungen im Kontext des 3D-Drucks

Am Fertigungsprozess eines 3D-Druckobjekts können mehrere Handelnde beteiligt sein, wobei jeder Handelnde ggfs. lediglich Teilakte des Fertigungsprozesses ausführt.⁴⁸ Der Heimanwender, der privat einen 3D-Drucker nutzt, um persönlich Objekte für den eigenen Bedarf zu fertigen, wird regelmäßig im privaten Bereich und nicht-gewerblich aktiv sein. Ihn schützen die Ausnahmetatbestände der gewerblichen Schutzrechte. Hingegen wird derjenige von den Wirkungen eines gewerblichen Schutzrechts getroffen, der zwar im privaten Bereich Objekte fertigt, diese jedoch zur Befriedigung der Bedürfnisse anderer beispielsweise über Online-Auktionshäuser in größeren Mengen zum Verkauf anbietet. Den privaten Bereich verlässt regelmäßig auch derjenige, der 3D-Modelle erstellt und diese Dritten online zur Verfügung stellt.⁴⁹ Inwiefern dies eine unmittelbare Schutzrechtsverletzung begründet, wird später näher untersucht.

Ein Handeln zu Erwerbszwecken und damit eine von der Wirkung eines Schutzrechts erfasste Handlung wird grundsätzlich bei Betreibern von Internetplattformen anzunehmen sein, über welche 3D-Modelle bereitgestellt werden.⁵⁰ Ebenso wenig kommt der zum Schutz privaten Handelns vorgesehene Ausnahmetatbestand der gewerblichen Schutzrechte uneingeschränkt zum Tragen, wenn die betreffenden Handlungen von einem kommerziellen Druckdienstleister vorgenommen werden.

Zusammenfassend wird wohl nur der Privatanwender privilegiert, der entweder 3D-Modelle bezieht oder das 3D-Modell selbst erzeugt und anschließend die Endfertigung des realen Objekts über den heimischen Drucker betreibt. Die Grenze zwischen dem privaten und dem geschäftlichen Bereich ist jedoch schnell überschritten, wenn die eigens erstellte, schutzrechtsverletzende Druckvorlage Dritten, nicht nahestehenden Personen zur Verfügung gestellt wird, beispielsweise über Filesharing-Plattformen.

⁴⁸ Haedicke/Zech, GRUR-Beilage 2014, 52.

⁴⁹ Haedicke/Zech, GRUR-Beilage 2014, 52.

⁵⁰ Nordemann/Rüberg/Schaefer, NJW 2015, 1265.

II. Technische Schutzrechte

1. Entstehung des Schutzes

Patente und Gebrauchsmuster schützen abstrakte Erfindungen, unabhängig von der äußeren, ästhetischen Gestaltung des Objekts, welches die Erfindung verwirklicht. Schutzfähig sind Erfindungen, sofern sie einem Gebiet der Technik zugeordnet werden können, neu sind, auf einer erfinderischen Tätigkeit beruhen und gewerblich angewendet werden können, § 1 Abs. 1 PatG.

Einen Bezug zu einem Gebiet der Technik nennt § 1 Abs. 1 GebrMG nicht explizit. Der Begriff der Erfindung setzt in Anlehnung an das Patentrecht jedoch implizit einen technischen Bezug voraus. Gebrauchsmusterschutzfähig sind Anweisungen, die eine technische Aufgabe mit technischen Mitteln lösen und so ein technisches Ergebnis erzielen.⁵¹ Dieser Grundsatz der Technizität gilt auch nach Wegfall des Raumformerfordernisses infolge der parlamentarischen Beratung zur Einführung des Produktpirateriegesetzes.⁵²

Neuheit einer Erfindung liegt vor, wenn ihre technische Lehre nicht bereits vor dem für den Zeitraum der Schutzrechtsanmeldung maßgeblichen Tag der Öffentlichkeit zugänglich gemacht wurde und somit zum Stand der Technik gehört, § 3 Abs. 1 PatG, § 3 Abs. 1 GebrMG. Der Neuheitsbegriff ist im Patentrecht absolut, d.h. es kommt weder auf die Art, noch den Ort der öffentlichen Zugänglichmachung an.⁵³

Für Gebrauchsmuster gilt hingegen ein eingeschränkter Stand der Technik. Mündliche Vorbeschreibungen und außerhalb Deutschlands erfolgte offenkundige Vorbenutzungen sind für die Schutzfähigkeit eines Gebrauchsmusters unschädlich.⁵⁴ Ferner gilt nach § 3 Abs. 1 S. 1 GebrMG eine Neuheitsschonfrist von sechs Monaten für jede Offenbarung der Erfindung, die auf den Anmelder oder seinen Rechtsnachfolger zurückzuführen ist.⁵⁵

⁵¹ BGH GRUR 1975, 549 – *Buchungsblatt*; BGH GRUR 1969, 184 – *Lotterielos*.

⁵² BGH GRUR 2004, 495 – *Signalfolge*; Mes, o. Fn. 36, § 1 GebrMG Rn. 4.

⁵³ Melullis in: *Benkard u. a.*, o. Fn. 36, § 3 PatG Rn. 8.

⁵⁴ Mes, o. Fn. 36, § 8 GebrMG Rn. 8 ff.

⁵⁵ Mes, o. Fn. 36, § 8 GebrMG Rn. 14.

Im Unterschied zum Patentschutz, der nur gewährt werden kann, wenn die technische Neuerung im Rahmen einer erfinderischen Tätigkeit geschaffen wurde, nennt § 1 Abs. 1 GebrMG den erfinderischen Schritt als Schutzvoraussetzung. Die Auffassung, dass der Gesetzgeber damit einen unterschiedlichen Maßstab für die Beurteilung der Erfindungshöhe bei gebrauchsmusterfähigen und patentfähigen Erfindungen zum Ausdruck bringen wollte, hält vor dem Hintergrund der gesunkenen Anforderungen an die erfinderische Tätigkeit nicht mehr stand.⁵⁶ Die gesetzgeberisch gewünschte Unterschiedlichkeit der technischen Schutzrechte ist vielmehr daran festzumachen, dass für das Gebrauchsmuster der Umfang des Stands der Technik reduziert und der Schutz für Verfahren ausgeschlossen ist.⁵⁷ Folgerichtig ist der zeitliche Umfang des Schutzes bei Gebrauchsmustern auf 10 Jahre begrenzt, wogegen ein Patent seinem Inhaber 20 Jahre Schutz gewährt.

Die gewerbliche Anwendbarkeit wird in der Regel anzunehmen sein und stellt in der Praxis keine maßgebende Hürde für die Schutzfähigkeit dar. Im Übrigen kann Patent- oder Gebrauchsmusterschutz nur erwirkt werden, wenn kein Schutzausschlussgrund nach § 1 a, 2, 2 a PatG, § 2 GebrMG vorliegt.

Wie aus den obigen Ausführungen deutlich wird, sind die materiell-rechtlichen Anforderungen für den Schutz einer Erfindung als Patent oder Gebrauchsmuster weitgehend deckungsgleich. Insofern wird zur besseren Übersicht im Folgenden auf das Patentgesetz verwiesen und nur bei Unterschieden auf das Gebrauchsmusterrecht hingewiesen.

2. Bedeutung der technischen Schutzrechte für den 3D-Druck

Der abstrakte Schutz von Erfindungen durch Patente bzw. Gebrauchsmuster legt die Annahme nahe, dass vorwiegend komplexe Erzeugnisse in den Genuss des staatlich verliehenen Monopols gelangen können. Die technischen Möglichkeiten der derzeit verfügbaren 3D-Drucksystemen reichen indes noch nicht so weit, komplexe, mehrteilige Pro-

⁵⁶ BGH GRUR 2006, 842 – *Demonstrationsschrank*, Rn. 18.

⁵⁷ BGH GRUR 2006, 842 – *Demonstrationsschrank*, Rn. 18; BGH GRUR 2004, 495 – *Signalfolge*; zu den zugrundeliegenden Überlegungen des Gesetzgebers hierzu Kilchert in: Schramm, Der Patentverletzungsprozess, Kap. 1 Rn. 24.

dukte nachzubilden. Vielmehr sei davon auszugehen, dass Einzelteile mittels des 3D-Drucks produziert werden.⁵⁸

Das führt bisweilen zu der trügerischen Schlussfolgerung, dass die technischen Schutzrechte für additiv gefertigte Reproduktionen in naher Zukunft eine eher untergeordnete Rolle spielen werden⁵⁹ und daher ein unmittelbarer Eingriff in den Schutzbereich eines Patents oder Gebrauchsmusters unwahrscheinlich ist.⁶⁰

Diese Auffassung begegnet Bedenken. Die 3D-Druck-Technologie ist dazu prädestiniert, geometrisch komplexe Objekte herzustellen. Die Grenzen des technisch Machbaren werden allenfalls im Hinblick auf die Bauteildimensionen und die nutzbaren Materialien festgelegt. Durch die besondere additive Technik des 3D-Drucks können komplexe Baugruppen in monolithischer Bauweise gefertigt werden, die bisher aus mehreren Komponenten zusammengefügt werden mussten.⁶¹

Die Abstraktheit der technischen Schutzrechte erlaubt es gleichzeitig, eine vollständige Baugruppe unabhängig von der Anzahl der zusammensetzenden Einzelteile unter Schutz zu stellen. Der patentrechtlich geschützte Aspekt kann beispielsweise im geometrischen Innenaufbau der Baugruppe liegen, den das additiv gefertigte Einzelteil identisch übernimmt.

Die geschützte Neuerung muss im Übrigen nicht zwingend technisch komplex sein. Vielmehr kann das Erfinderische gerade in der Vereinfachung liegen.⁶² Insbesondere im Bereich der Medizintechnik werden besondere technische Wirkungen oft aufgrund der geometrischen Form eines Produkts erreicht, die bereits heute durch die verfügbaren 3D-Drucktechnologien nachgebildet werden kann. Zu denken ist hier insbesondere an medizinische Implantate wie Stents oder Knochenhenschrauben.

58 Nordemann/Rüberg/Schaefer, NJW 2015, 1265.

59 Mengden, MMR 2014, 79.

60 Nordemann/Rüberg/Schaefer, NJW 2015, 1265.

61 Koll, medizin & technik,? 6/2014, S. 50.

62 Asendorf/Schmidt in: Benkard u. a., o. Fn. 36, § 4 PatG Rn. 97.

3. Unmittelbare Verletzung des Patents oder Gebrauchsmusters

Ein erteiltes Patent bzw. ein eingetragenes Gebrauchsmuster belohnt die Bereitschaft dessen Inhabers, die Erfahrung der Öffentlichkeit preiszugeben und damit den technischen Fortschritt zu fördern, mit einem zeitlich begrenzten Monopolrecht.⁶³ Mithin ist nur der Inhaber eines erteilten technischen Schutzrechts befugt, dessen Gegenstand zu benutzen (positives Benutzungsrecht), § 9 S. 1 PatG, § 11 Abs. 1 S. 1 GebrMG. Gleichzeitig wirkt das erteilte Schutzrecht als ein Verbotsrecht gegenüber Dritten, die ohne Zustimmung des Schutzrechtsinhabers nicht befugt sind, den Gegenstand des Patents oder Gebrauchsmusters zu benutzen, § 9 S. 2 PatG, § 11 Abs. 1 S. 2 GebrMG.

Die verbotenen Benutzungshandlungen sind in § 9 S. 2 Nr. 1 PatG abschließend⁶⁴ aufgezählt und erfassen das Herstellen, Anbieten, Inverkehrbringen, Gebrauchen sowie das Einführen und Besitzen zu diesen Zwecken. Die Regelung im Gebrauchsmustergesetz ist, soweit es um den Erzeugnisschutz geht, wortgleich, § 11 Abs. 1 S. 2 GebrMG.

Das Patentrecht geht wegen der Schutzmöglichkeit für Verfahren weiter und verleiht seinem Inhaber ferner ein Verbotsrecht für Handlungen, die sich auf das Anwenden des geschützten Verfahrens beziehen, § 9 S. 2 Nr. 2 PatG. Schließlich steht nach § 9 S. 2 Nr. 3 PatG auch ein unmittelbares Erzeugnis eines patentgeschützten Herstellungsverfahrens unter demselben Schutz, den ein patentgeschütztes Erzeugnis selbst genießt.

a) Gegenstand des Patent- oder Gebrauchsmusterschutzes

Der Schutz eines Patents erstreckt sich zunächst unmittelbar auf den patentgemäßen Gegenstand. Dies bezieht sich nicht auf ein Erzeugnis als körperlich, physikalisch oder chemisch fassbarer bzw. erfassbarer Gegenstand. Unter Schutz gestellt ist vielmehr die Lehre zum technischen Handeln, die das Erzeugnis betrifft.⁶⁵ Diese Lehre muss identifi-

⁶³ Mes, o. Fn. 36, § 1 PatG Rn. 2.

⁶⁴ Scharen in: Benkard u. a., o. Fn. 36, § 9 PatG Rn. 27; Mes, o. Fn. 36, § 9 PatG Rn. 24.

⁶⁵ Scharen in: Benkard u. a., o. Fn. 36, § 9 PatG Rn. 31.

zierbar sein, d.h. der Fachmann muss auf den ersten Blick erkennen können, welcher Gegenstand unter Schutz gestellt ist.⁶⁶

Regelmäßig verwirklichen körperliche Gegenstände die Lehre eines Erzeugnispatents. Insofern stehen additiv gefertigte Gegenstände den durch andere Verfahren hergestellten Objekten in nichts nach. Sie können unmittelbarer Gegenstand des Patent- oder Gebrauchsmusterschutzes sein bzw. eine geschützte Erfinlung verkörpern.⁶⁷

Fraglich ist jedoch, ob dieser Schutz den Interessen des Patentinhabers im Hinblick auf die dezentralen Fertigungsmöglichkeiten mittels 3D-Druckern noch gerecht wird. Da die Herstellung im privaten Bereich vorgenommen und damit nach § 11 PatG bzw. § 12 GebrMG vom Schutzrechtsinhaber nicht sanktioniert werden kann, liegt das Augenmerk auf der gewerblichen Verbreitung der Druckvorlagen. Die der eigentlichen Herstellung vorgelagerte Handlung rückt damit in den Fokus, denn diese wird oft gewerblich verwertet und könnte einen Angriffspunkt für Schutzrechtsinhaber bieten, um einem Kontrollverlust über ihr geistiges Eigentum entgegenzuwirken.

b) 3D-Modell als patentrechtlich geschützter Gegenstand

Gegenstand des Patents ist eine Lehre zum technischen Handeln. Unter dieser Prämisse könnte eine CAD-Datei, die die Merkmale einer Erfinlung virtuell verwirklicht, als eigenständiger, patentrechtlich geschützter Gegenstand betrachtet werden. Nicht selten liegt die Erfinlung in einer neuartigen Geometrie eines Erzeugnisses und könnte insofern bereits in einer graphischen Darstellung des 3D-Modells identifizierbar sein.

Schutzgegenstand eines Patents wird indes regelmäßig nicht die CAD-Datei, sondern das daraus herzustellende Erzeugnis sein. Dies ergibt sich bereits aus dem Patentierungsausschluss von Erfinldungen betreffend eine reine Informationswiedergabe (§ 1 Abs. 3 Nr. 4 PatG). Zwar können unkörperliche Signal- oder Datenfolgen mit nach definierten, technischen Regeln vorgegebener Struktur Gegenstand eines Erzeugnispatents sein.⁶⁸ Dies erfolgt meist mittelbar unter Anwendung

⁶⁶ *Mes*, o. Fn. 36, § 1 PatG Rn. 88.

⁶⁷ *Haedicke/Zech*, GRUR-Beilage 2014, 52.

⁶⁸ Bacher in: *Benkard u. a.*, o. Fn. 36, § 1 PatG Rn. 17.

von § 9 S. 2 Nr. 3 PatG, d.h. das Patent schützt ein Herstellungsverfahren, dessen unmittelbares Produkt eine Datenfolge ist. So hat der Bundesgerichtshof in der Entscheidung „*MPEG-2-Videosignalcodierung*“ einer Datenfolge Erzeugnisschutz zugesprochen, die eine Folge von Videobilddaten repräsentierte.⁶⁹

Nach der neuesten Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs ist allerdings eine weitere Vorbedingung zu berücksichtigen: Datenfolgen können nur dann als unmittelbares Verfahrenserzeugnis eigenständigen Erzeugnisschutz genießen, wenn die Datenfolge selbst sachlich-technische Eigenschaften aufweist, die ihr durch das Verfahren aufgeprägt worden sind, d.h. die Art der Datenfolge selbst muss geeignet sein, um auch als Sachpatent geschützt zu werden. Für medizinische Befunde, die im Unterschied zu Videosignaldaten, bei welchen das Datenformat als Erzeugnis wiederholt nutzbar ist, lediglich eine Wiedergabe von Informationen darstellen, ist ein solcher Erzeugnisschutz daher nicht zu gewähren.⁷⁰

3D-Druckvorlagen sind virtuelle Darstellungen eines Objekts und wirken bei entsprechender Darstellung mittels geeigneter Software primär auf die menschliche Vorstellung ein. Eine Signal- oder Datenfolge, die einen gezielten Programmablauf bewirkt, bilden CAD-Datensätze nicht ab. Die Informationswiedergabe steht hier ähnlich wie im Fall der medizinischen Befunde im Vordergrund, so dass auch mit der neuesten Rechtsprechung anzunehmen ist, dass ein eigenständiger Patentschutz für ein 3D-Modell ausgeschlossen ist.

c) Verletzungshandlungen

Die in § 9 S. 2 Nr. 1 PatG genannten Handlungen des Herstellens, Inverkehrbringens, Gebrauchens, Einführens und Besitzens beziehen sich unmittelbar auf den, meist körperlichen, Gegenstand des Patents.

Eine Sonderstellung nimmt insbesondere das Anbieten als verbotene Benutzungshandlung ein. Hier muss der Gegenstand des Patents nicht körperlich zugegen sein. Ein Anbieten kann vielmehr auch durch Verteilen eines Werbeprospekts erfolgen.⁷¹ Im Hinblick auf CAD-Mo-

⁶⁹ BGH GRUR 2012, 1230 – *MPEG-2-Videosignalcodierung*.

⁷⁰ BGH GRUR 2017, 261 – *Rezeptortyrosinkinase II*.

⁷¹ BGH GRUR 2003, 1031 – *Kupplung für optische Geräte*.

delle für den 3D-Druck ist eine gegenüberstellende Betrachtung des Herstellens und des Anbietens eines patentgemäßen Gegenstands angezeigt.

aa. Herstellen

CAD-Modelle als 3D-Druckvorlagen dienen dem Zweck, das virtuelle Objekt mittels eines 3D-Druckers in die reale Welt zu überführen, mithin das 3D-Objekt real herzustellen. Der Herstellungs begriff gemäß § 9 S. 2 Nr. 1 PatG ist indes nicht auf den letzten Akt beschränkt, mit welchem das Erzeugnis vollendet wird. Vielmehr umfasst das Herstellen den gesamten Schaffensprozess des Erzeugnisses von Anfang an.⁷² Insofern stellt die Bereitstellung der CAD-Daten eine Zwischenstufe des Herstellungsprozesses des realen 3D-Objekts dar.

Darin kann ein unmittelbarer Eingriff in ein Patent gesehen werden, wenn der Abnehmer der CAD-Daten nur eine für den Erfindungsgedanken nebен sächliche Anpassung vornehmen muss, um die patentgemäße Lehre zu verwirklichen. Eine derartige Ausnahme, die als solche stets eng auszulegen ist, setzt voraus, dass alle wesentlichen Merkmale des geschützten Erfindungsgedankens bereits im gelieferten Teil vorhanden sind und nur noch selbstverständliche, für die patentgeschützte Lehre an sich unbedeutende Zutaten erforderlich sind.⁷³ Dies mag in Erwägung zu ziehen sein, wenn sich die Erfundung in der Geometrie verwirklicht, die als solche durch das 3D-Modell vorgeben wird, und die noch zu treffende Auswahl des Produktionsgeräts und der Druckmaterialien darauf keinen Einfluss nimmt.

Ihre Grenze können solche Überlegungen zu Ausnahmefällen einer unmittelbaren Patentverletzung durch Lieferung eines Gegenstandes, der wesentliche Elemente der Erfundung enthält, indes haben, wenn die Herstellung von 3D-CAD-Daten als patentfreie Vorbereitungshandlung zu qualifizieren wäre. Auch wenn die vorbereitende Handlung auf die zukünftige Benutzung der geschützten Erfundung zielt, die patentrechtlich geschützten Benutzungshandlungen jedoch

⁷² OLG Düsseldorf BeckRS 2008, 3520 – *Loom-Möbel*.

⁷³ BGH GRUR 1977, 250 – *Kunststoffhohlprofil*; BGH GRUR 1982, 165 – *Rigg*; OLG Düsseldorf BeckRS 2011, 8375 – *Lungenfunktionsmessgerät*; OLG Düsseldorf GRUR-RR 2016, 97 – *Primäre Verschlüsselungslogik*.

noch nicht ausfüllt, so ist sie vom Patentschutz nicht erfasst. Hier ist eine Einzelfallbetrachtung angezeigt. Abzuwägen ist, wann die dem Patentinhaber vorbehaltene Handlung beginnt und bis wann Dritte patentfrei agieren können.⁷⁴

Obgleich der Begriff des Herstellens alle Tätigkeiten zur Erschaffung des patentgemäßen Erzeugnisses von Anfang an umfasst, gehören jedoch Handlungen, die auf den Schaffensprozess keinen unmittelbaren Einfluss haben, also nicht schon als Beginn des Schaffensprozesses gelten können, nicht dazu. Dies hat die Rechtsprechung insbesondere für die bloße Anfertigung von Entwürfen und Konstruktionszeichnungen selbst dann angenommen, wenn die Entwürfe oder Konstruktionszeichnungen für eine spätere Herstellung unumgänglich sind.⁷⁵ Gleichwohl stellte zumindest das OLG Düsseldorf in der Entscheidung „*Loom-Möbel*“ darauf ab, dass eine mit der Herstellung nur beginnende Handlung vom Verbotsrecht nach § 9 S. 2 PatG erfasst wird, wenn „als ihr dem Handelnden zurechenbares Ergebnis feststeht, dass tatsächlich ein Erzeugnis entsteht, das alle im Patentanspruch festgelegten erfindungsgemäßen Merkmale aufweist“.⁷⁶

Internetportalen, die Dritten für die tatsächliche Produktion des 3D-Objekts CAD-Daten zur Verfügung stellen, wird eine solche zurechenbare Beteiligung am Herstellungsprozess im Regelfall nicht unterstellt werden können.⁷⁷ Dies käme allenfalls in Betracht, wenn zwischen dem Erzeuger des 3D-Modells und demjenigen, der die physische Produktion des 3D-Objekts durchführt, eine enge Zusammenarbeit besteht, wie es beispielsweise bei konzernverbundenen Unternehmen oder Entwicklungskooperationen zwischen Zulieferern und ihren Auftraggebern anzutreffen ist.

In den meisten Fällen, insbesondere mit Blick auf die Fertigung des 3D-Objekts durch Privatanwender, wird die Schaffung des für den Druck erforderlichen 3D-Modells jedoch als patentfreie Vorbereitungshandlung zu qualifizieren sein.⁷⁸

⁷⁴ Scharen in: *Benkard u. a.*, o. Fn. 36, § 9 PatG Rn. 29.

⁷⁵ OLG Düsseldorf BeckRS 2008, 3520 – *Loom-Möbel*.

⁷⁶ OLG Düsseldorf BeckRS 2008, 3520 – *Loom-Möbel*.

⁷⁷ *Blanke-Roeser*, GRUR 2017, 467.

⁷⁸ so auch: *Mengden*, MMR 2014, 79; *Nordemann/Rüberg/Schaefer*, NJW 2015, 1265.

bb. Anbieten

Das Anbieten eines patentverletzenden Erzeugnisses ist keine reine Vorbereitungshandlung, sondern selbständige Benutzungsart. Dabei ist der Begriff des Angebots nicht juristisch, insbesondere nicht i.S.v. § 142 ff. BGB, auszulegen, sondern umfasst auch vorbereitende Tätigkeiten.⁷⁹ Dass Dritte durch eine Handlung des Anbietenden den Eindruck gewinnen, es wäre eine Veräußerung oder Gebrauchsüberlassung beabsichtigt, und zum Erwerb eines patentgeschützten Gegenstandes angeregt werden, reicht aus, um ein dem patentrechtlichen Verbotsrecht unterliegendes Anbieten anzunehmen. Dies trifft beispielsweise beim Verteilen von Werbeprospekten und bei Internetwerbung zu.⁸⁰ Eine *invitatio ad offerendum* ist damit ein Angebot i.S.v. § 9 S. 2 PatG.⁸¹

Es kommt zwar nicht darauf an, ob das angebotene Erzeugnis fertiggestellt, unmittelbar verkehrsfähig oder vorrätig ist.⁸² Dem Angebot muss jedoch nach dem Wortlaut des § 9 S. 2 Nr. 1 PatG ein Erzeugnis zu Grunde liegen, das die Lehre des Patents nutzt, wobei dies wort-sinngemäß oder unter Verwendung eines oder mehrerer abgewandelter Mittel erfolgen kann.⁸³ Demnach läge ein Angebot eines patentgemäßen Gegenstands nur dann vor, wenn dieser unmittelbar Bestandteil des Angebots ist. Das 3D-Modell erfüllt diese Anforderung nicht, denn zur Verwirklichung der Erfindung braucht es den körperlichen, d.h. ausgedruckten, Gegenstand.

cc. Anwendbarkeit auf CAD-Modelle

Im Ergebnis wird die von der Rechtsprechung etablierte Ausnahmeregelung zur unmittelbaren Patentverletzung ohne Durchführung des letzten Herstellungsakts bei 3D-Modellen meist nicht greifen. Einerseits wird es in vielen Fällen weiterer Bearbeitungsschritte durch den Abnehmer bedürfen, um die Druckvorlage für den jeweils verwende-

⁷⁹ Scharen in: *Benkard u. a.*, o. Fn. 36, § 9 PatG Rn. 40; Kaess in: *Schramm*, o. Fn. 57, Kap. 5 Rn. 39.

⁸⁰ OLG Düsseldorf, Urt. v. 20.12.2012 – I-2 U 89/07.

⁸¹ Kaess in: *Schramm*, o. Fn. 57, Kap. 5 Rn. 41.

⁸² Scharen in: *Benkard u. a.*, o. Fn. 36, § 9 PatG Rn. 40.

⁸³ Scharen in: *Benkard u. a.*, o. Fn. 36, § 9 PatG Rn. 42.

ten Drucker anzupassen und das entsprechende Druckmaterial auszuwählen, so dass sich das weitere Zutun des Abnehmers nicht auf selbstverständliche, unwesentliche Zutaten beschränkt. Andererseits lassen CAD-Modelle regelmäßig eine Nachbearbeitung durch den Abnehmer zu, so dass offen ist, ob tatsächlich ein patentgemäßes oder ein davon abweichendes Erzeugnis entsteht.

Vorstellbar ist eine Anwendung der Grundsätze für eine unmittelbare Patentverletzung nach der oben skizzierten Ausnahmeregelung allenfalls in speziellen Situationen, wenn 3D-Druckvorlagen bereits spezifische Steuerungsanweisungen für einen bestimmten Drucker enthalten. Zudem wäre wohl zu fordern, dass diese Druckvorlagen durch den Abnehmer nicht mehr veränderbar sind, um nicht als patentfreie Vorbereitungshandlung zu gelten. Es bleibt dann für den Abnehmer nur noch die Wahl des Druckmaterials, was sich ggf. selbstverständlich aus der Art des Objekts ergibt, für die Verwirklichung der Erfindung keine Rolle spielt oder sogar vom Anbieter des 3D-Modells vorgegeben wird. In einem solchen Fall wäre zu überlegen, eine unmittelbar patentrechtlich relevante Handlung des Anbieters zu sehen.

In einem ersten Schritt ist die Rechtsprechung aufgerufen, einen ausgewogenen Interessensaustausch zwischen Patentinhabern und Dritten zu schaffen und in besonderen Fällen auch eine unmittelbare Verletzung im Bereitstellen einer 3D-Druckvorlage zu sehen. Wünschenswert wäre mithin eine gesetzgeberische Klarstellung.

4. Mittelbare Patentverletzung

Der Patentschutz soll auch Handlungen umfassen, die einer unmittelbaren Benutzung des patentgemäßen Gegenstands vorausgehen.⁸⁴ Dieser an den Lieferanten adressierte Vorfeldschutz ist als Gefährdungstatbestand⁸⁵ in § 10 Abs. 1 PatG⁸⁶ normiert. Jedem Dritten ist demnach das Liefern oder Anbieten von Mitteln zur Benutzung der Erfindung untersagt, die sich auf ein wesentliches Element der Erfindung

⁸⁴ Kaess in: *Schramm*, o. Fn. 57, Kap. 5 Rn. 50.

⁸⁵ Scharen in: *Benkard u. a.*, o. Fn. 36, § 10 PatG Rn. 2; Mes, o. Fn. 36, § 10 PatG Rn. 1; Kaess in: *Schramm*, o. Fn. 57, Kap. 5 Rn. 50.

⁸⁶ wortgleich: § 11 Abs. 2 GebrMG.

beziehen, sofern der Dritte die Eignung und Bestimmung des Mittels für die Benutzung der Erfindung kennt oder dies offensichtlich ist. Dabei ist es unerheblich, ob der Abnehmer des Mittels die patentverletzende Handlung tatsächlich vornimmt.⁸⁷ Ebenso wenig kommt es darauf an, ob der Abnehmer des Mittels eine nach § 11 Nr. 1-3 PatG privilegierte Handlung vornimmt.⁸⁸ Selbst wenn die tatsächliche Benutzung des Patents im privaten Umfeld erfolgt, ist die Lieferung eines erfindungswesentlichen Mittels zu diesem Zweck vom patentrechtlichen Verbotsrecht erfasst.

Das Anbieten oder Liefern der 3D-CAD-Modelle zur Verwendung mit einem 3D-Drucker könnte einen solchen mittelbaren Verletzungstatbestand erfüllen.⁸⁹

a) Mitteleigenschaft von 3D-Modellen

Mittel i.S.v. § 10 Abs. 1 PatG ist ein Gegenstand, der von der Lehre des Patents selbst noch nicht Gebrauch macht, aber die Eignung aufweist, zur Benutzung der Erfindung verwendet zu werden.⁹⁰ Das Mittel muss sich auf ein wesentliches Element der Erfindung beziehen, was regelmäßig eine Einzelfallbetrachtung unter Berücksichtigung der patentgemäßen Erfindung erfordert. Mithin muss das Mittel objektiv geeignet sein, die Erfindung zu kompletieren.

Grundsätzlich sind alle im Patentanspruch genannten Merkmale maßgeblich und bilden wesentliche Elemente der Erfindung⁹¹, es sei denn, ein im Patentanspruch genanntes Merkmal trägt ausnahmsweise nichts zum Leistungsergebnis der Erfindung bei.⁹²

Nach diesen Maßstäben liegt es nahe, ein 3D-Modell, das virtuell die noch zu verkörpernden Merkmale eines patentgeschützten Gegenstandes aufzeigt, als Mittel i.S.v. § 10 Abs. 1 PatG anzusehen.

Von der bisherigen Entscheidungspraxis unterscheiden sich 3D-Modelle jedoch durch ihre virtuelle Gestaltungsform. Bislang war dies

⁸⁷ BGH GRUR 2006, 839 – Deckenheizung; BGH GRUR 2001, 228 – Luftheizgerät.

⁸⁸ *Mes*, o. Fn. 36, § 10 PatG Rn. 36.

⁸⁹ so im Ergebnis: *Haedicke/Zech*, GRUR-Beilage 2014, 52.

⁹⁰ Scharen in: *Benkard u. a.*, o. Fn. 36, § 9 PatG Rn. 4.

⁹¹ BGH GRUR 2007, 773 – Rohrschweißverfahren.

⁹² BGH GRUR 2007, 769 – Pipettensystem.

in der höchstrichterlichen Rechtsprechung kaum thematisiert worden, zumal das dreidimensionale Drucken durch die Verbreitung in der Masse erst seit wenigen Jahren in den Fokus rückt.

Nach bisheriger Auffassung, die sich überwiegend auf die Entscheidung „*Luftheizgerät*“⁹³ des Bundesgerichtshofs stützt, konnte ein erfindungswesentliches Mittel nur durch einen körperlichen Gegenstand gebildet sein, wobei der Aggregatzustand des Gegenstands nicht vorgegeben ist. Mit Blick auf CAD-Dateien für den 3D-Druck ist diese Einschränkung des Mittel-Begriffs indes nicht mehr zeitgemäß und wird zurecht kritisiert.⁹⁴ Die Instanzengerichte haben zwischenzeitlich anerkannt, dass auch unkörperliche Gegenstände Mittel i.S.v. § 10 Abs. 1 PatG sein können.⁹⁵ Abzugrenzen sind dagegen „geistige“ Mittel wie Belehrungen.⁹⁶

Eine allen Interessen gerecht werdende Abgrenzung von CAD-Modellen von „geistigen“ Mitteln fällt schwer. Ein 3D-Modell, dass vom Abnehmer noch weiter bearbeitet werden muss, bevor es mit der Druckvorrichtung zur Fertigung des patentgemäßen Gegenstands zusammenwirkt, könnte als reine Wiedergabe von Information gewertet werden, die sich an die menschliche Vorstellung richtet und demzufolge in Analogie zum Patentierungsausschluss gemäß § 1 Abs. 3 Nr. 4 PatG keine Mitteleigenschaft aufweisen kann. Hiervon sind sicherlich CAD-Daten zu unterscheiden, die vom Abnehmer nicht mehr veränderbar sind⁹⁷, ggf. auch Steuerungsanweisungen enthalten, so dass sie ohne weitere menschliche Einwirkung unmittelbar über den 3D-Drucker das patentgemäße Erzeugnis formen.

⁹³ BGH GRUR 2001, 228 – *Luftheizgerät*.

⁹⁴ *Haedicke/Zech*, GRUR-Beilage 2014, 52; *Schmoll u. a.*, GRUR 2015, 1041; *Nordemann/Rüberg/Schaefer*, NJW 2015, 1265; *Blanke-Roeser*, GRUR 2017, 467; Scharen in: *Benkard u. a.*, o. Fn. 36, § 10 PatG Rn. 4.

⁹⁵ LG Düsseldorf GRUR-RR 2001, 201 – *Cam Carpet*; LG Düsseldorf, Urt. v. 22.02.2007 – 4 b O 220/06, BeckRS 2007, 15904.

⁹⁶ *Haedicke/Zech*, GRUR-Beilage 2014, 52 mit Verweis auf LG Düsseldorf, Urt. v. 22.02.2007 – 4 b O 220/06, BeckRS 2007, 15904.

⁹⁷ Dafür stehen technische Maßnahmen, bspw. das Digital Rights Management (DRM), zur Verfügung, die bereits erfolgreich bei digitalen Musikdateien angewendet werden.

b) Bezugnahme auf ein erfindungswesentliches Element

Ungeklärt ist gleichwohl, ob sich 3D-Modelle auf wesentliche Elemente der Erfindung beziehen. Hier unterscheiden sich 3D-Modelle von den nichtkörperlichen Mitteln, die in den bisherigen Verfahren der Instanzengerichte diskutiert wurden. Dort wurden die Mittel, z.B. Software⁹⁸, Bestandteil des patentgemäßen Erzeugnisses. Auf CAD-Daten trifft das regelmäßig nicht zu. Sie bilden vielmehr einen Bauplan zur Erstellung des realen Gegenstands. Auch die Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs spricht dafür, nur Mittel als auf ein erfindungswesentliches Merkmal bezugnehmend anzuerkennen, die funktional mit dem (fertigen) Erzeugnis zusammenwirken.⁹⁹

Im Zuge der fortschreitenden Digitalisierung dürfte diese enge Auslegung der Erfindungswesentlichkeit nicht mehr zeitgemäß sein. Es liegt auf der Hand, dass CAD-Dateien, die die geometrische Form eines späteren 3D-Druckerzeugnisses vorgeben, wesentliche Elemente der Erfindung virtuell verkörpern. Obwohl diese Daten des 3D-Modells selbst nicht in das Objekt einfließen, so wird zumindest die in den Daten enthaltende Information über die Formgebung des Objekts zum wesentlichen Element des Erzeugnisses. Nach dem Wortlaut des § 10 Abs. 1 PatG kommt es ohnehin nicht darauf an, dass das Mittel im erfindungsgemäßen Erzeugnis aufgeht. Vielmehr reicht eine Bezugnahme auf ein wesentliches Element der Erfindung aus.¹⁰⁰

Sofern die geometrische Struktur einen wesentlichen Aspekt der Erfindung ausmacht, insbesondere sich im Patentanspruch wiederfindet¹⁰¹, wird auch anzunehmen sein, dass sich die virtuell verkörperte Formgebung des 3D-Modells auf ein wesentliches Element der Erfindung bezieht. Die uneingeschränkte Forderung, ein Mittel müsse integral im patentgemäßen Gegenstand aufgehen, führt, insbesondere im Hinblick auf CAD-Daten für den 3D-Druck, hingegen zu einer unsachgemäßen Einschränkung der patentrechtlichen Sanktionsmöglich-

⁹⁸ LG Düsseldorf, Urt. v. 22.02.2007 – 4 b O 220/06, BeckRS 2007, 15904.

⁹⁹ BGH GRUR 2004, 758 – Flügelradzähler.

¹⁰⁰ Ann in: Kraßer/Ann, o. Fn. 43, § 33 Rn. 353.

¹⁰¹ BGH GRUR 2007, 773 – Rohrschweißverfahren.

keiten und würde dem Gefährdungstatbestand des § 10 Abs. 1 PatG nicht gerecht.¹⁰²

Das Oberlandesgericht München hat die Mitteleigenschaft einer Software für das rechnergestützte Herstellen (CAM – Computer Aided Manufacturing) bei einem Verfahrenspatent bereits anerkannt.¹⁰³ Die Entscheidung zeigt eine Tendenz der Rechtsprechung hin zu einer Erweiterung der Definition eines „Mittels“ auf virtuelle Gegenstände, lässt aber weiterhin Fragen offen, ob CAD-Dateien, die im Unterschied zu einer CAM-Software üblicherweise keine unmittelbaren Steuerungsanweisungen für die Fertigungsmaschine enthalten, als Mittel mit Bezugnahme auf ein wesentliches Element eines ein Erzeugnis schützenden Patents angesehen werden können.¹⁰⁴ Schließlich wird die CAM-Software Bestandteil des beanspruchten Herstellungsverfahrens, die CAD-Datei selbst geht im Erzeugnis nicht vollständig auf.

Nach hier vertretener Auffassung wäre im Umfeld des dreidimensionalen Druckens eine analog zur Münchener Entscheidung erweiterte Auslegung der Mitteleigenschaft auch für Erzeugnispatente wünschenswert.¹⁰⁵ Schließlich könnte auf diese Weise an die Verbreitung, d.h. das Anbieten i.S.v. § 9 S. 2 PatG, als Verletzungshandlung angeknüpft werden.¹⁰⁶

5. Ausblick und Lösungsmöglichkeiten

Es ist erkennbar, dass das Patentrecht einerseits dem Interesse des Patentinhabers, gegen diejenigen vorgehen zu können, die im großen Maßstab mittelbar eine Vielzahl von Verletzungen des ihm verliehenen Ausschließlichkeitsrechts vorbereiten, und andererseits dem Interesse

¹⁰² Scharen in: *Benkard u. a.*, o. Fn. 36, § 10 PatG Rn. 6; *Haedicke/Zech*, GRUR-Beilage 2014, 52.

¹⁰³ OLG München, Urt. v. 19.05.2011 – 6 U 2347/05, BeckRS 2013, 9631; bestätigt durch BGH GRUR 2013, 713 – *Fräsvorfahren*.

¹⁰⁴ bejahend: *Leupold/Glossner*, o. Fn. 3, Kap. 4.6.2 S. 96 ff.; *Schmoll u. a.*, GRUR 2015, 1041.

¹⁰⁵ so auch *Ballestrem*, MittdtPatA 2016, 358; *Haedicke/Zech*, GRUR-Beilage 2014, 52; *Mengden*, MMR 2014, 79; *Nordemann/Rüberg/Schaefer*, NJW 2015, 1265; *Schmoll u. a.*, GRUR 2015, 1041; *Blanke-Roeser*, GRUR 2017, 467.

¹⁰⁶ so auch *Nordemann/Rüberg/Schaefer*, NJW 2015, 1265.

der Allgemeinheit, gewerbliche Tätigkeiten im Wesentlichen frei ausüben zu können, im Rahmen der bestehenden Möglichkeiten im Grunde gerecht wird.

Das Interesse des Patentinhabers wird in Fortführung der derzeitigen Überlegungen jedoch primär an der Frage der mittelbaren Patentverletzung hängen, einem Sanktionierungsinstrument, das in der Praxis mithin nicht alle relevanten Handlungen erfasst. Es ist zu erwarten, dass das 3D-Druckerzeugnis selbst in vielen Fällen erst ein Mittel zur Verwirklichung der geschützten Erfindung bildet. Dies betrifft insbesondere die Herstellung von Ersatzteilen für ein patentgeschütztes, vergleichsweise komplexes Erzeugnis. Eine CAD-Datei wäre damit lediglich Mittel zur Herstellung eines Mittels. Ob dieses „Mittel-Mittel“ sich noch auf ein wesentliches Element der patentgeschützten Erfindung bezieht, wird damit schwer zu beantworten sein.

Hier sind in erster Linie die Spruchkörper der Patentverletzungsgerichtsbarkeit aufgefordert, den rechtlich verfügbaren Rahmen in Abwägung der Interessen und bezogen auf den Einzelfall adäquat zu nutzen. Eine eindeutige Rechtsprechung hierzu wäre wünschenswert. Bisweilen sollte auch über eine gesetzgeberische Klarstellung nachgedacht werden, um Rechtssicherheit in Bezug auf patentrechtliche Fragestellungen im Umfeld des 3D-Drucks zu schaffen. Einige Lösungsansätze sollen nachfolgend dargestellt werden, wobei zunächst auf die Möglichkeiten der Rechtsprechung, anschließend auf vom Gesetzgeber in Betracht zu ziehende Klarstellungen eingegangen wird.

a) **3D-Modell als Mittel i.S.v. § 10 Abs. 1 PatG**

Im Hinblick auf die Ahndung der Verbreitung von CAD-Daten wird man nach der hier vertretenen Auffassung im Rahmen des Patent- und Gebrauchsmusterrechts wohl dazu übergehen müssen, CAD-Daten bereits als Mittel i.S.v. § 10 Abs. 1 PatG zu verstehen, sofern allein die abstrakte Eignung besteht, die CAD-Daten ohne weitere manuelle Veränderung an der Geometrie des 3D-Modells an einen Drucker zu übergeben, so dass daraus das geschützte, reale Objekt entstehen kann. Auf die Integration des Mittels in das Erzeugnis sollte es hingegen nicht ankommen. Insofern bietet es sich an, die Entscheidung des Oberlandesgerichts München zu CAM-Software bei einem Verfah-

renspatent auf CAD-Dateien für die Herstellung patentgeschützter Erzeugnisse zu übertragen.¹⁰⁷

Ein wirksamer Vorfeldschutz für den Patentinhaber kann sich überdies nur ergeben, wenn die Verbreitung solcher Daten unabhängig davon patentrechtlich sanktionierbar ist, ob die CAD-Daten einen besonderen Veränderungsschutz oder bereits (meist druckerspezifische) Steuerungsanweisungen enthalten.

b) 3D-Modell als eigenständiger Verletzungsgegenstand

CAD-Daten bilden ein Erzeugnis und oft auch die darin verkörperte (geometrisch bedingte) Erfahrung in der virtuellen Welt ab. Zwar kann das virtuelle Modell im Regelfall die Wirkungen der Erfahrung nicht hervorbringen. Dazu braucht es den Transfer der virtuellen Form in die reale Welt, beispielsweise mittels eines 3D-Druckverfahrens. Dennoch kann das CAD-Modell bereits eine Lehre zum technischen Handeln enthalten und diese so zum Vorschein bringen, dass ein Fachmann diese Lehre erfassen kann. Wenn es insoweit nicht mehr auf weitere Maßnahmen wie die Auswahl eines spezifischen Konstruktionsmaterials ankommt, um die Erfahrung mittels eines 3D-Druckers in die Realität zu überführen, so wäre es nach der hier vertretenen Auffassung durchaus gerechtfertigt, auch das virtuelle Modell bereits als eigenständigen Verletzungsgegenstand anzusehen.

Jedenfalls würde durch dieses Verständnis auch die Beantwortung der Frage erleichtert, inwiefern dem Patentinhaber ein Schutz für das Anbieten oder Liefern von CAD-Daten für die Erzeugung eines realen Objekts zuzubilligen ist, wenn das Objekt selbst nur ein Mittel bildet, das sich auf ein wesentliches Element einer komplexen Erfahrung bezieht.¹⁰⁸

c) Schutzhigkeit des 3D-Modells

Ein weiterer Ansatz bestünde darin, dem Erfinder die Möglichkeit zu eröffnen, bei geeigneten Erfundenen, die sich insbesondere in der

¹⁰⁷ so auch *Schmoll u. a.*, GRUR 2015, 1041; *Blanke-Roeser*, GRUR 2017, 467.

¹⁰⁸ vgl. die oben angesprochene Ersatzteilproblematik, Kapitel B.II.5 „Ausblick und Lösungsmöglichkeiten“.

Geometrie eines Objekts verkörpern, unmittelbaren Patentschutz für ein entsprechendes CAD-Modell zu erlangen. Hier stellen die Ausschlusskriterien nach § 1 Abs. 3 Nr. 3, 4 PatG eine Hürde dar.

Die reine Wiedergabe von Informationen wurde bislang dann als einschlägig angesehen, wenn sich der Gegenstand der Erfindung in der Informationswiedergabe zur Unterrichtung des Menschen erschöpft¹⁰⁹ – es fehlt hier an der Lehre zum technischen Handeln.¹¹⁰ Sobald die in Rede stehenden Informationen jedoch ein technisches Problem lösten, wurde der eng auszulegende Ausschlusstatbestand des § 1 Abs. 3 Nr. 4 PatG verlassen.¹¹¹

Grundlage für die Rechtsprechung in diesem Bereich waren stets Verfahrenspatente, die denklogisch das Ausschlusskriterium des § 1 Abs. 3 Nr. 3 PatG verlassen, da es sich bei Verfahrensanweisungen nicht um Programme für Datenverarbeitungsanlagen handeln kann. Die Daten als eigenständiges Erzeugnis lassen sich jedoch naheliegend als Wiedergabe von Informationen oder – insbesondere wenn sie Steuerungsanweisungen enthalten – als Programme für Datenverarbeitungsanlagen qualifizieren. Im Ergebnis wäre CAD-Daten ein eigenständiger Patentschutz verwehrt.

Dagegen spricht, dass 3D-Modelle zumindest in Fällen, in welchen sich der Kern der Erfindung in der geometrischen Form eines Bauteils niederschlägt, eine Lehre zum technischen Handeln verkörpern. Die Erfindung ist lediglich nicht real, sondern virtuell umgesetzt. Die bisherige Rechtsprechung zu Verfahrenspatenten, bei welchen einzelne oder alle Schritte mittels Software umgesetzt sind, könnte hier weitergeführt werden. Dazu wäre konsequent darauf abzustellen, ob sich in den Daten die Erfindung bereits (vollständig) virtuell widerspiegelt. Ist dies der Fall, so wäre es nach der hier vertretenen Auffassung gerechtfertigt, dem Patentanmelder einen solchen Schutz beispielsweise in Form eines Patentanspruchs zu gewähren, der sich auf einen CAD-Datensatz bezieht, der das eigenständig zu schützende Erzeugnis virtuell

¹⁰⁹ Bacher in: *Benkard u. a.*, o. Fn. 36, § 1 PatG Rn. 131.

¹¹⁰ *Mes*, o. Fn. 36, § 1 PatG Rn. 112.

¹¹¹ BGH GRUR 2005, 141 – *Anbieten interaktiver Hilfe*; BGH GRUR 2004, 667 – *Elektronischer Zahlungsverkehr*; BGH GRUR 2002, 143 – *Suche fehlerhafter Zeichenketten*.

nachbildet, ggf. zusätzlich Daten mit Steuerungsanweisungen zur additiven Fertigung des Erzeugnisses enthält.

Im Interesse der Allgemeinheit wäre es gleichwohl, einen solchen eigenständigen Schutz für CAD-Datensätze nur in enger Verbindung mit einem entsprechenden Erzeugnis und nur im Umfang der real am Erzeugnis verkörperten Merkmale zu gewähren. Eine Möglichkeit wäre es, im Rahmen eines Ausnahmetatbestands Patentansprüche mit dem Wortlaut „*CAD-Datensatz zur Herstellung eines Erzeugnisses mit den Merkmalen...*“ zulassen, gleichzeitig jedoch die Zweckangabe, die im Regelfall für die Bestimmung des Schutzumfangs unberücksichtigt bleibt¹¹², für diesen Ausnahmefall als streng schutzbeschränkend anzusehen.¹¹³

d) Erweiterung des Gebrauchsmusterschutzes

In der Diskussion um die Schutzhfähigkeit von computerimplementierten Erfindungen ist oft fraglich, ob Erfindungen, die maßgeblich von Software beeinflusst sind, den erforderlichen technischen Charakter aufweisen, d.h. das durch die Rechtsprechung entwickelte Kriterium der Technizität erfüllen. Soweit die Rechtsprechung Erzeugnissen (und nicht Verfahren) in diesem Umfeld die erforderliche Technizität zuerkannt hat, so beinhalteten diese Erzeugnisse meist auch ein körperlich-reales Element.¹¹⁴

Grundlage für die Forderung nach einem technischen Charakter der Erfindung bietet § 1 Abs. 1 PatG, wonach die Erfindung auf einem Gebiet der Technik beheimatet sein muss. Es sei nun dahingestellt, ob die Informatik im Zuge der fortschreitenden Digitalisierung weiterhin als nicht-technisches Gebiet angesehen werden kann. Im Rahmen des geltenden Rechtsrahmens könnte jedoch in Betracht gezogen werden, die vom Gesetzgeber vorgenommene Unterscheidung im Wortlaut von

¹¹² BGH GRUR 1991, 436 – *Befestigungsvorrichtung II*; BGH GRUR 1979, 149 – *Schießbolzen*.

¹¹³ zur Bedeutung von Zweckangaben im Patentanspruch bereits BGH GRUR 2006, 923 – *Luftabscheider für Milchsammelanlage*, Rn. 15.

¹¹⁴ bspw. BGH GRUR 2011, 125 – *Wiedergabe topographischer Informationen*; BGH GRUR 2000, 1007 – *Sprachanalyseinrichtung*; BGH GRUR 1980, 849 – *Antiblockiersystem*; EPA GRUR Int 2001, 167 – *Aufzeichnungsträger*.

§ 1 Abs. 1 PatG und § 1 Abs. 1 GebrMG näher zu betrachten.¹¹⁵ Eine Erfindung auf einem technischen Gebiet wird nämlich im Gebrauchsmusterrecht nicht explizit gefordert.

Es entspricht der Gewohnheit, eine Erfindung per se als technisch anzusehen und insofern denselben Maßstab an die Technizität anzulegen, der auch im Patentrecht gilt.¹¹⁶ Eine erste Abkehr von der Forderung, ein technischer Beitrag könne nur durch ein körperliches Substrat, beispielsweise einen Aufzeichnungsträger umfassend eine Datenfolge, gewährleistet sein, hat der Bundesgerichtshof in der Entscheidung „*Signalfolge*“¹¹⁷ vorgenommen.

Daran anknüpfend und mit der Überlegung, dass für ein Gebrauchsmuster im Hinblick auf den abweichenden Wortlaut des § 1 Abs. 1 GebrMG ein anderer Maßstab hinsichtlich der Technizität anzulegen wäre, könnte in Betracht gezogen werden, den Gebrauchsmusterschutz für CAD-Datensätze zu öffnen. Dies muss sicherlich der Einschränkung unterliegen, dass sich die Erfindung in den virtuellen Daten erkennen lässt. Insofern käme ein solcher Schutz nur für Erfindungen in Betracht, die sich im Kern mit der geometrischen Gestaltung eines Objekts befassen.

Eine solche Öffnung des Gebrauchsmusterschutzes hätte gleichwohl den Vorteil, dass mit dem Ausdruck des CAD-Modells als körperlichen Gegenstand erst entstehende Mittel, die sich auf ein wesentliches Element einer komplexeren Erfindung beziehen, vom Verbotsrecht des Gebrauchsmusterinhabers erfassbar wären. Den gegensätzlichen Interessen der Allgemeinheit käme mithin die gegenüber dem Patentschutz geringere Laufzeit des Gebrauchsmusters von lediglich 10 Jahren entgegen, § 23 Abs. 1 GebrMG.

III. Designrecht

Schutz für ein Design, also die äußere Gestaltungsform eines Erzeugnisses, kann in Deutschland einerseits auf Grundlage des Designgeset-

¹¹⁵ vgl. oben Kapitel B.II.1 „Entstehung des Schutzes“.

¹¹⁶ BPatG BeckRS 2007, 15224 – *Gehäuse einer Computermaus*; *Mes*, o. Fn. 36, § 1 GebrMG Rn. 4.

¹¹⁷ BGH GRUR 2004, 495 – *Signalfolge*.

zes, andererseits auf Grundlage der Gemeinschaftsgeschmacksmusterverordnung¹¹⁸ entstehen. Beide Normen sind weitgehend harmonisiert. Es bestehen jedoch punktuelle Unterschiede, die in der Praxis hohe Relevanz haben. Dies gilt beispielsweise für das nicht eingetragene Gemeinschaftsgeschmacksmuster, das ohne Registrierung unmittelbar in der gesamten Europäischen Union Schutz entfalten kann. Im Folgenden wird daher sowohl auf das deutsche Designgesetz als auch die entsprechenden Normen der Europäischen Gemeinschaftsgeschmacksmusterverordnung eingegangen.

1. Entstehung des Schutzes

Mit Hilfe des Designrechts können zweidimensionale oder dreidimensionale Erscheinungsformen eines ganzen Erzeugnisses oder eines Teils eines Erzeugnisses geschützt werden, wobei als Erzeugnis jeder industrielle oder handwerkliche Gegenstand einschließlich Verpackung, Ausstattung, grafischer Symbole, typografischer Schriftzeichen sowie von Einzelteilen verstanden wird, die zu einem komplexen Erzeugnis zusammengebaut werden sollen, § 1 DesignG, Art. 3 GGV. Computerprogramme gelten nicht als Erzeugnisse und können daher keinen Designschutz genießen, § 1 Nr. 2 DesignG, Art. 3 lit. b GGV.

Voraussetzung für den Schutz als eingetragenes Design ist die Neuheit des Designs und dessen Eigenart, § 2 Abs. 1 DesignG, Art. 4 Abs. 1 GGV. Die Begriffe der Neuheit und Eigenart sind im deutschen Designgesetz und der Gemeinschaftsgeschmacksmusterverordnung inhaltlich gleichlaufend geregelt. Demnach gilt ein Design als neu, wenn vor dem Anmeldetag bzw. Prioritätstag der Designanmeldung kein identisches Design offenbart worden ist; Unterschiede in unwesentlichen Einzelheiten des Designs werden dabei nicht berücksichtigt, § 2 Abs. 2 DesignG, Art. 5 GGV.

Beim Identitätsvergleich im Rahmen der Neuheitsprüfung kommt es insoweit zwar nur auf wesentliche Merkmale eines zu beurteilenden Designs an. In der Praxis spielt dies jedoch eine untergeordnete Rolle,

¹¹⁸ Verordnung (EG) Nr. 6/2002 des Rates vom 12. Dezember 2001 über das Gemeinschaftsgeschmacksmuster (GGV)

da es einen gewissen Überschneidungsbereich hinsichtlich der Voraussetzungen der Neuheit und der Eigenart gibt und bei Zweifeln an der Unwesentlichkeit von Unterschieden üblicherweise die Eigenart verneint wird.¹¹⁹

Ein Design weist Eigenart auf, wenn es beim informierten Benutzer einen Gesamteindruck hervorruft, der sich von demjenigen unterscheidet, den derselbe Benutzer im Einzelvergleich mit einem anderen, älteren Design gewinnt, § 2 Abs. 3 DesignG, Art. 6 GGV. Da bei der Beurteilung der Eigenart auf den Gesamteindruck abgestellt wird, erfolgt implizit eine Gewichtung der Gestaltungsmerkmale eines Designs. Insoweit haben die das zu prüfende Design von einem älteren Design unterscheidenden Merkmale bei der Prüfung der Eigenart eine höhere Bedeutung.¹²⁰

Ein Designrecht entsteht üblicherweise durch Eintragung des Designs in das amtlich geführte Register. Dies gilt gleichermaßen für das deutsche Design und das europäische Gemeinschaftsgeschmacksmuster. Die Gemeinschaftsgeschmacksmusterverordnung sieht jedoch einen Sonderfall vor, der in der Praxis eine hohe Relevanz hat. Nach Art. 1 Abs. 2 lit. a GGV kann ein Design bzw. Geschmacksmuster durch ein „nicht eingetragenes Gemeinschaftsgeschmacksmuster“ geschützt werden.

Das nicht eingetragene Gemeinschaftsgeschmacksmuster entsteht ohne Registereintragung nur durch Zugänglichmachung in der Öffentlichkeit innerhalb der Europäischen Union, Art. 11 Abs. 1 GGV, und hat im Vergleich zum maximal 25-jährigen Schutz durch ein eingetragenes Design bzw. Gemeinschaftsgeschmacksmuster (§ 27 Abs. 2 DesignG; Art. 12 GGV) eine verkürzte Schutzdauer von 3 Jahren, Art. 11 Abs. 1 GGV. Der Schutz beginnt an dem Tag, an dem das Geschmacksmuster der Öffentlichkeit so zugänglich gemacht wurde, dass „dies den in der Gemeinschaft tätigen Fachkreisen des betreffenden Wirtschaftszweigs im normalen Geschäftsverlauf bekannt sein konnte“, Art. 11 Abs. 2 GGV. Das nicht eingetragene Gemeinschaftsgeschmacksmuster hat in der Praxis deshalb hohe Bedeutung, weil es oh-

¹¹⁹ Eichmann in: *Eichmann/Kühne/Falckenstein*, o. Fn. 36, § 2 Rn. 11; *Ruhl*, GGV (Komm.), Art. 5 Rn. 12.

¹²⁰ Eichmann in: *Eichmann/Kühne/Falckenstein*, o. Fn. 36, § 2 Rn. 15; *Ruhl*, o. Fn. 119, Art. 6 Rn. 37.

ne ein formelles Verfahren unmittelbar Schutz in der gesamten Europäischen Union begründet.

Vom Schutz als Design bzw. Gemeinschaftsgeschmacksmuster sind gemäß § 3 Abs. 1 Nr. 1 DesignG und Art. 7 Abs. 1 GGV ausschließlich eine technische Funktion bedingte Erscheinungsmerkmale von Erzeugnissen ausgeschlossen. Dieses Kriterium ist als Ausschlusskriterium per se eng auszulegen und bildet eine Grenze zwischen dem Designrecht und den technischen Schutzrechten. Ziel ist es, die Monopolisierung von technisch bedingten Merkmalen auszuschließen, insbesondere die Schutzdauer technischer Schutzrechte nicht künstlich durch die Gewährung eines Designschutzes zu verlängern.¹²¹ Ein ausschließlich technisch funktional bedingtes Erscheinungsmerkmal liegt dann nicht vor, wenn eine gangbare Designalternative besteht, mit der das Erzeugnis dieselbe technische Funktion erfüllt.¹²²

Außerdem sind Erscheinungsmerkmale eines Erzeugnisses vom Designschutz ausgeschlossen, deren Form und Dimensionen vorgegeben sind, um funktional mit einem anderen Erzeugnis zusammenzuwirken, § 3 Abs. 1 Nr. 2 DesignG, Art. 8 Abs. 2 GGV. Dieses Ausschlusskriterium bezweckt eine Freihaltung von Ersatz- oder Zubehörteilen vom Designschutz, die mit der Hauptware zusammenwirken, und soll so eine Konkurrenzsituation auf dem Ersatzteilmarkt gewährleisten („Must-Fit-Klausel“).¹²³ Die Must-Fit-Klausel wird gemäß § 3 Abs. 2 DesignG und Art. 8 Abs. 3 GGV insoweit beschränkt, als Erscheinungsmerkmale Designschutz genießen können, wenn sie die Verbindung mehrerer verschiedener untereinander austauschbarer Teile eines Bauteilesystems bezeichnen. Dies trifft beispielsweise auf Erscheinungsmerkmale von Legosteinen zu, die zur Verbindung unterschiedlicher Bausteine vorgesehen sind. Die Sonderregelung wird daher auch als „Legoklausel“ bezeichnet.

Eine weitere Einschränkung für die Schutzentstehung durch ein Design enthalten § 4 DesignG und Art. 4 Abs. 2 GGV. Demnach kann für ein Bauelement eines komplexen Erzeugnisses nur dann ein Designschutz erreicht werden, wenn das Bauelement innerhalb des kom-

¹²¹ Eichmann in: *Eichmann/Kühne/Falckenstein*, o. Fn. 36, § 3 Rn. 4; Ruhl, o. Fn. 119, Art. 8 Rn. 20.

¹²² OLG Düsseldorf GRUR-RR 2012, 200 – *Tablet PC*.

¹²³ Eichmann in: *Eichmann/Kühne/Falckenstein*, o. Fn. 36, § 3 Rn. 12, 14.

plexen Erzeugnisses bei dessen bestimmungsgemäßer Verwendung sichtbar bleibt. Die sichtbaren Merkmale des Bauelements müssen ihrerseits Neuheit und Eigenart aufweisen. Die in der Literatur kritisierte Regelung zielt ebenfalls darauf ab, das Ersatzteilgeschäft, insbesondere im Bereich der Kfz-Ersatzteile, nicht durch Designrechte zu beschränken.¹²⁴ Das Sichtbarkeitskriterium für Bauteile komplexer Erzeugnisse ist nach Literaturmeinung zu Recht äußerst eng anhand des Regelungszwecks auszulegen.¹²⁵

2. Bedeutung des Designrechts für den 3D-Druck

Das Potential des 3D-Drucks besteht darin, schnell vergleichsweise komplex gestaltete Objekte zu erzeugen. Insbesondere für den Privatanwender, der einen eigenen 3D-Drucker verwendet, ist die Nachbildung bestehender Bauteile interessant – beispielsweise zur Erzeugung von Ersatzteilen. In vielen Fällen wird es nach diesseitiger Einschätzung nicht darum gehen, die technische Funktionalität eines Ersatzteils nachzubilden, sondern insbesondere die Gestaltung eines Bauteils zu imitieren. Der Ersatz von abgenutzten, optisch nicht mehr ansprechenden Gehäuseteilen dürfte durch die Möglichkeiten des 3D-Drucks erheblich erleichtert werden und insofern eine hohe Bedeutung für die Anwendung additiver Fertigungsverfahren im privaten Umfeld sein.¹²⁶

Die Nachproduktion von Bauteilen, die die äußere Erscheinungsform eines Produkts wiedergeben, orientiert sich einerseits an einem hohen Interesse, das ursprüngliche Aussehen des Produkts nach einer Beschädigung wiederherzustellen. Andererseits besteht insbesondere darin eine hohe Gefahr für Originalhersteller des Produkts. Die Gestaltung eines Produkts hat meist eine Hinweisfunktion auf dessen Hersteller. Diese Hinweisfunktion wird von Produktpiraten gerne ausgenutzt, um ihre technisch oft minderwertigen Produkte in den Markt

¹²⁴ Eichmann in: *Eichmann/Kühne/Falckenstein*, o. Fn. 36, § 4 Rn. 3, 7; *Ruhl*, o. Fn. 119, Art. 4 Rn. 9, 10.

¹²⁵ Eichmann in: *Eichmann/Kühne/Falckenstein*, o. Fn. 36, § 4 Rn. 3; *Ruhl*, o. Fn. 119, Art. 4 Rn. 11.

¹²⁶ so auch *Mengden*, MMR 2014, 79.

zu bringen. Die Preisträger des von der Aktion Plagiarius initiierten Wettbewerbs der letzten Jahre sind dafür ein gutes Beispiel.¹²⁷

Ein großes Potential hat der Einzug additiver Fertigungstechniken in der Ersatzteilproduktion. Anstelle einer aufwändigen Lagerhaltung für Ersatzteile über einen längeren Zeitraum, wie es in der Automobilindustrie derzeit üblich ist und zu erheblichen Lagerhaltungskosten führt, könnten zukünftig Ersatzteile bedarfswise bei entsprechenden Lieferanten hergestellt werden.¹²⁸ Im Internet präsentieren sich die ersten Anbieter, die eine vollständige Auslagerung der Ersatzteilproduktion mittels 3D-Druck ermöglichen.¹²⁹

In Kombination mit einem 3D-Laserscanner könnte sich die Ersatzteiffertigung auch für kommerzielle 3D-Druckdienstleister zu einem erfolgversprechenden Geschäftsmodell erheben.¹³⁰ Für Geschäftsmodelle einiger Branchen, die im Wesentlichen auf den Verkauf von Ersatzteilen zu günstig angebotenen Grundprodukten ausgerichtet sind, stellt dies eine Gefahr dar.

3. Voraussetzungen einer Designverletzung

Das eingetragene Design gewährt seinem Inhaber ein positives Benutzungsrecht und ein Ausschließlichkeitsrecht gegenüber jedermann. Insbesondere kann der Designinhaber Dritten die Benutzung des Designs verbieten, § 38 Abs. 1 DesignG. Der Begriff der Benutzung erfasst alle darunter subsumierbaren Handlungen wie das Herstellen, Anbieten, Inverkehrbringen, Einführen und das Gebrauchen sowie Besitzen eines Erzeugnisses, welches das Design beinhaltet. Die genannten Benutzungshandlungen sind nicht abschließend, sondern lediglich als beispielhafte Aufzählung zu verstehen.¹³¹ Im Unterschied zur abschließenden Aufzählung der verbotenen Benutzungshandlungen im Patentgesetz (§ 9 PatG), nennt der nicht abschließende Katalog gemäß

¹²⁷ <http://www.plagiarius.de/>, zuletzt abgerufen am 24.02.2018.

¹²⁸ Leupold/Glossner, o. Fn. 3, Kap. 3.6 S. 51 f.

¹²⁹ bspw. <http://kazzata.com/>, zuletzt abgerufen am 24.02.2018.

¹³⁰ bspw. <http://yop3.d.de/3d-scan/>, zuletzt abgerufen am 24.02.2018.

¹³¹ BGH GRUR 2011, 1117 (Rn. 30) – ICE; Eichmann in: Eichmann/Kühne/Falckenstein, o. Fn. 36, § 38 Rn. 48.

§ 38 Abs. 1 DesignG explizit auch die Ausfuhr eines geschützten Designs als verbotene Benutzungshandlung.

Die aus dem eingetragenen Gemeinschaftsgeschmacksmuster entstehenden Rechte sind inhaltsgleich in Art. 19 Abs. 1 GGV geregelt.

Das nicht eingetragene Gemeinschaftsgeschmacksmuster gewährt seinem Inhaber im Wesentlichen dieselben Rechte, beschränkt diese jedoch auf einen engeren Nachahmungsschutz, Art. 19 Abs. 2 GGV. Hier kommt es ergänzend auf eine Kenntnis des verletzten Musters durch den potentiellen Verletzer an. Die Beweislast für den Nachahmungstatbestand liegt zunächst beim Rechteinhaber, geht gemäß Art. 19 Abs. 2 S. 2 GGV jedoch auf den Verletzer über, wenn eine Nachahmung berechtigterweise angenommen werden kann.¹³² Dies kann nicht allein durch übereinstimmende Merkmale der zu vergleichenden Muster begründet werden, sondern sollte Übereinstimmung in besonderen, über den Gesamteindruck hinausgehenden Gestaltungsmerkmalen voraussetzen.¹³³

a) Schranken des Designschutzes

aa. Private Handlungen

Handlungen im privaten Bereich und zu nichtgewerblichen Zwecken sind sowohl nach dem deutschen Designrecht, als auch nach dem europäischen Geschmacksmusterrecht frei.¹³⁴ Sie werden von den Wirkungen eines Designrechts bzw. Gemeinschaftsgeschmacksmusterrechts nicht erfasst. Im Gemeinschaftsgeschmacksmusterrecht gilt dies gemäß Art. 20 Abs. 1 lit. a) GGV sowohl für das eingetragene, als auch für das nicht eingetragene Gemeinschaftsgeschmacksmuster.¹³⁵

bb. Reparaturklausel gemäß Art. 110 Abs. 1 GGV

Eine Besonderheit des Gemeinschaftsgeschmacksmusterrechts stellt die sogenannte „must-match“-Klausel bzw. „Reparaturklausel“ gemäß

¹³² Ruhl, o. Fn. 119, Art. 19 Rn. 72.

¹³³ Ruhl, o. Fn. 119, Art. 19 Rn. 75.

¹³⁴ s. hierzu oben Kapitel B.I „Privilegierung privaten Handelns“.

¹³⁵ Ruhl, o. Fn. 119, Art. 20 Rn. 1.

Art. 110 Abs. 1 GGV dar. Diese nimmt Bezug auf die Wirkungen des Gemeinschaftsgeschmackmusters und knüpft daran an, in welcher Art und Weise der Verletzungsgegenstand einsetzt wird. Sofern dessen Verwendung darauf ausgelegt ist, ein Teil eines komplexen Erzeugnisses so zu ersetzen, dass das Erscheinungsbild des komplexen Erzeugnisses in den Ursprungszustand zurückgeführt wird, so ist dies durch ein Gemeinschaftsgeschmacksmuster nicht sanktionierbar. Der Schutzrechtsinhaber muss eine solche Ersatzteilverwendung vielmehr tolerieren.

Insoweit ergänzt die weitgehend von wirtschaftspolitischen Erwägungen geprägte „must-match“-Regelung die die Schutzfähigkeit von Ersatzteilen einschränkende „must-fit“-Norm gemäß Art. 4 Abs. 2 GGV. Bauteile eines komplexen Erzeugnisses können für ihre im Einbauzustand sichtbaren Elemente insoweit Schutz als Gemeinschaftsgeschmacksmuster genießen, als sie nicht als Ersatzteile mit dem Ziel der optischen Wiederherstellung des komplexen Erzeugnisses eingesetzt werden. Der europäische Gesetzgeber zielt mit diesen speziellen, dem gewerblichen Rechtsschutz an sich fremden¹³⁶ Ausnahmeregelungen darauf ab, den Ersatzteilmarkt zu liberalisieren. Die „must-match“-Regelung ist im europäischen Rat und in der Literatur gleichwohl umstritten, was sich in ihrer Einordnung als Übergangsbestimmung in der Gemeinschaftsgeschmacksmusterverordnung zeigt.¹³⁷

In die für den nationalen Gesetzgeber bindend umzusetzende EG-Musterschutz-Richtlinie ist eine dem Art. 110 Abs. 1 GGV entsprechende Regelung bislang nicht eingeflossen.¹³⁸ Die „Reparaturklausel“ des Art. 110 GGV ist auf Designs nach dem deutschen Designgesetz daher weder unmittelbar noch analog anwendbar.¹³⁹

¹³⁶ Ruhl, o. Fn. 119, Art. 110 Rn. 8.

¹³⁷ Ruhl, o. Fn. 119, Art. 110 Rn. 4, 6.

¹³⁸ Richtlinie 98/71/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 13. Oktober 1998 über den rechtlichen Schutz von Mustern und Modellen (ABl. EG Nr. L 289 S. 28).

¹³⁹ LG Düsseldorf, Urt. v. 28.11.2013 – 14cO 304/12 U.

b) 3D-Modell als designrechtlicher Verletzungsgegenstand

Schutz als Design genießt die zwei- oder dreidimensionale Erscheinungsform eines Erzeugnisses. Dabei kommt es nicht auf das tatsächlich realisierbare Erzeugnis an – der Schutz entsteht vielmehr für die in der Wiedergabe des Musters ersichtliche immaterielle plastische oder flächige Form.¹⁴⁰ Der Geschmacksmusterschutz ist mithin erzeugnisbezogen¹⁴¹, bietet jedoch keinen Produktschutz an sich.¹⁴²

aa. Erzeugniseigenschaft des 3D-Modells

Grundsätzlich kann jedes Objekt mit einer zweidimensionalen oder dreidimensionalen Erscheinungsform Gegenstand und insofern nach der Legaldefinition des § 1 Nr. 2 DesignG ein Erzeugnis sein.¹⁴³ Die Körperlichkeit des Erzeugnisses wird nicht vorausgesetzt.¹⁴⁴ Im Einklang mit der Einbettung des Designrechts in den gewerblichen Rechtsschutz ist als Erzeugnis mangels weiterer gesetzgeberisch vorgegebener Einschränkungen jede handelbare Ware anzusehen, die auf eine Gestaltungstätigkeit eines Entwerfers zurückzuführen ist.¹⁴⁵ Für das Gemeinschaftsgeschmacksmusterrecht dürfte wegen der im Wesentlichen gleichlautenden Normen nichts anderes gelten.

Nach dieser sehr weiten Definition des Erzeugnisbegriffs können auch virtuelle Gegenstände wie 3D-CAD-Dateien Designsenschutz genießen. Der Ausschluss für Computerprogramme steht dem nicht entgegen. Zwar gilt ein Computerprogramm gemäß § 1 Nr. 2 2. Hs. DesignG nicht als Erzeugnis. Dies hat jedoch keinen Einfluss auf Erscheinungsformen, die mit Hilfe von Computerprogrammen erzeugt werden.¹⁴⁶ So liegt der Fall bei CAD-Dateien. Diese werden lediglich durch ein Computerprogramm erzeugt, verkörpern dieses allerdings nicht selbst.¹⁴⁷

¹⁴⁰ BGH GRUR 2011, 1112 (Rn. 49) – *Schreibgeräte*.

¹⁴¹ Ruhl, o. Fn. 119, Art. 3 Rn. 5.

¹⁴² Eichmann in: *Eichmann/Kur*, Designrecht, § 2 Rn. 10.

¹⁴³ Eichmann in: *Eichmann/Kühne/Falckenstein*, o. Fn. 36, § 1 Rn. 15.

¹⁴⁴ Leupold/Glossner, o. Fn. 3, Kap. 4.6.3 Nr. 3 S. 106 ff.

¹⁴⁵ Eichmann in: *Eichmann/Kühne/Falckenstein*, o. Fn. 36, § 1 Rn. 15.

¹⁴⁶ Eichmann in: *Eichmann/Kur*, o. Fn. 142, § 2 Rn. 22.

¹⁴⁷ so auch Nordemann/Rüberg/Schaefer, NJW 2015, 1265.

3D-Modelle bilden eine selbständige handelbare Ware, die insbesondere in Form von Dateien Gegenstand dinglicher Verträge sein kann. Das 3D-Modell ist zweifelsohne Ergebnis einer gestalterischen Tätigkeit eines Entwerfers und insoweit Erzeugnis im designrechtlichen Sinne.

bb. Erscheinungsform des 3D-Modells

Da Schutz nur an Erscheinungsformen eines Erzeugnisses entstehen kann, stellt sich die Frage, welche Erscheinungsform ein 3D-Modell aufweist.

Bei rein technischer Betrachtung ist eine 3D-CAD-Datei eine Ansammlung von Daten. Zwar haben diese Daten einen spezifischen Informationsgehalt. Zur Anzeige der in den Daten verkörperten Information bedarf es allerdings Hilfsmittel. Dazu gehören nicht nur ein Computer mit einer Bildschirmanzeige, sondern auch eine Software, die geeignet ist, die Daten bestimmungsgemäß anzuzeigen.

Es wäre allerdings kaum zu rechtfertigen, die CAD-Daten nur deshalb nicht als Erzeugnis mit einer Erscheinungsform anzusehen, weil für die Darstellung der Erscheinungsformen erst weitere (technische) Mittel benötigt werden. Ausschlaggebend sollte in diesen Fällen sein, dass die Daten gezielt kombiniert und dazu bestimmt sind, eine Wiedergabe des realen dreidimensionalen Objektes zu erzeugen.

Hier erscheint eine Vereinheitlichung der Rechtsprechung mit Blick auf die urheberrechtlich relevante Verbreitung von Musikdateien angebracht. Denn Musikdateien sind in erster Linie vergleichbare Datenbündel, die zwar Musikinformationen beinhalten. Zur Wahrnehmung dieser Informationen sind jedoch Hilfsmittel, hier ein Computer und eine Tonausgabeeinrichtung, erforderlich. Darauf kommt es schlussendlich nicht an, denn die Daten sind nicht anders sinnvoll zu nutzen als durch das Abspielen mittels der vorgenannten Hilfsmittel.

Im Ergebnis ist die tatsächlich technische Erscheinungsform von 3D-Modellen als Datenbündel nicht entscheidend. Es kommt auf den Informationsgehalt der CAD-Datei und ihre bestimmungsgemäße

Darstellung an.¹⁴⁸ Die Darstellung erfolgt auf einem Bildschirm grundsätzlich zweidimensional. Dass das dargestellte, virtuelle Objekt gedreht und so von allen Seiten in einer virtuellen 3D-Darstellung angezeigt werden kann, ist an dieser Stelle nicht mehr relevant, da nach höchstrichterlicher Rechtsprechung auch eine zweidimensionale Darstellung eines dreidimensionalen Designs bereits eine designrechtlich geschützte Benutzung darstellt.¹⁴⁹

cc. Einfluss eingebetteter Steuerungsanweisungen

Sofern eine 3D-Modell-Datei zusätzlich Steuerungsanweisungen enthält – was nach hier vertretender Auffassung nicht zwingend ist, da solche Anweisungen ggf. erst bei Umwandlung des 3D-Modells in eine maschinenlesbare Datenfolge eingebettet werden¹⁵⁰ – ist dies für die Qualifikation der Datei als designrechtlicher Verletzungsgegenstand unerheblich. Der Ausschluss rein technisch bedingter Erscheinungsmerkmale nach § 3 Abs. 1 Nr. 1 DesignG bzw. Art. 8 Abs. 1 GGV setzt nämlich eine Ausschließlichkeit voraus, die bei bloßer Anwesenheit technisch bedingter Merkmale nicht greift.¹⁵¹ Ob Steuerungsanweisungen innerhalb eines Datenbündels für sich genommen überhaupt wahrnehmbare Erscheinungsmerkmale bilden können, kann insofern dahingestellt bleiben.

4. Verbreitung von 3D-Modellen als Verletzungshandlung

a) Benutzung im Allgemeinen

Bedingt durch die weite Begriffsdefinition des designrechtlichen Erzeugnisses im deutschen Designrecht und europäischen Geschmackmusterrecht zeigt sich ein deutlicher Unterschied zwischen den patentrechtlichen und den designrechtlichen Voraussetzungen einer Schutz-

¹⁴⁸ im Ergebnis auch *Schmoll u. a.*, GRUR 2015, 1041; *Nordemann/Rüberg/Schaefer*, NJW 2015, 1265.

¹⁴⁹ BGH GRUR 2011, 1117 (Rn. 30) – ICE.

¹⁵⁰ s. hierzu oben Kapitel A.III.3 „Fertigung des realen Objekts auf Basis des 3D-Modells“.

¹⁵¹ *Nordemann/Rüberg/Schaefer*, NJW 2015, 1265.

rechtsverletzung. Da das Designrecht keine Körperlichkeit des Schutzgegenstands erfordert, genießen 3D-Modelle als Dateien selbständigen und unmittelbaren Designschutz.

Die Benutzung der (unkörperlichen) CAD-Datei begründet bereits einen Eingriff in den Schutzbereich eines eingetragenen Designs bzw. Gemeinschaftsgeschmacksmusters. Sofern eine Nachahmung vorliegt, gilt dies ebenso für das nicht eingetragene Gemeinschaftsgeschmacksmuster.

Die Bereitstellung von 3D-Modellen auf einer Internetplattform stellt insofern eine Benutzungshandlung im designrechtlichen Sinne dar. Dies gilt insbesondere, wenn auf der Website der Internetplattform das geschützte Design abgebildet ist, um dem Nutzer die Auswahl des gewünschten, herunterladbaren 3D-Modells zu erleichtern. Eine solche zweidimensionale Wiedergabe des geschützten Designs ist als Benutzungshandlung i.S.v. § 38 Abs. 1 DesignG zu werten.¹⁵²

b) Anbieten des 3D-Modells

Explizit ist in der beispielhaften Aufzählung von § 38 Abs. 1 DesignG bzw. Art. 19 Abs. 1 GGV das Anbieten als verbotene Benutzungshandlung genannt. Anbieten im diesem Sinne betrifft nicht das Angebot nach der juristischen Terminologie des Vertragsangebots gemäß § 145 BGB, sondern ist in seiner wirtschaftlichen Bedeutung zu verstehen.¹⁵³ Zum Anbieten gehören Werbemaßnahmen, sofern eine tatsächliche Bereitschaft erkennbar ist, das Erzeugnis in Verkehr zu bringen.¹⁵⁴ Folglich kommt es auf den Empfängerhorizont an.¹⁵⁵

Das Bereitstellen einer CAD-Datei auf einer Internetplattform ist im Regelfall wohl als Bereitschaft zum Inverkehrbringen des 3D-Modells zu bewerten, unabhängig davon, ob die Daten entgeltlich oder unentgeltlich zum Herunterladen verfügbar sind. Unerheblich ist für die Benutzungshandlung des Anbieters auch, ob der Inhalt der CAD-Datei graphisch bereits auf der Website der Internetplattform abgebil-

¹⁵² BGH GRUR 2011, 1117 (Rn. 30) – ICE.

¹⁵³ BGH GRUR 2007, 871 (Rn. 27) – Wagenfeld-Leuchte.

¹⁵⁴ OLG Düsseldorf, 31.07.2000 – 20 W 52/00, GRUR-RR 2001, 25; Eichmann in: Eichmann/Kühne/Falckenstein, o. Fn. 36, § 38 Rn. 53.

¹⁵⁵ BGH GRUR 2005, 665 – Radschützer.

det ist. Vielmehr ist der Tatbestand des Anbieters erfüllt, wenn es in Worten beschrieben ist.¹⁵⁶ Eine Bereitstellung der CAD-Datei auf einer Internetplattform ohne eine Abbildung des darin enthaltenen 3D-Modells, jedoch mit einer unmissverständlichen Beschreibung (z.B. „Außenschale für Außenspiegel BMW M3 Bj. 2009“), stellt damit bereits eine sanktionierbare Benutzungshandlung dar. Dies ist sachgerecht, da mit der Aufnahme des Anbieters als neben den weiteren Benutzungshandlungen stehende eigene Verbreitungshandlung ein wirkamer Vorfeldschutz greifen soll.¹⁵⁷

Auf eine Mittelbarkeit in Analogie zu § 10 PatG kommt es nach hier vertretener Auffassung nicht mehr an, da die Verbreitung der CAD-Datei bereits unmittelbar in den Schutzbereich eines Designrechts eingreift. Insoweit käme eine mittelbare Designverletzung nur dann in Betracht, wenn sowohl das 3D-Modell, als auch das daraus hergestellte Objekt nicht alle, aber die wesentlichen Erscheinungsmerkmale eines geschützten Designs aufweist. Die ältere Rechtsprechung hat eine solche mittelbare Designverletzung bisweilen anerkannt.¹⁵⁸ Ob Designrechtsinhabern ein solcher Schutz einzelner Elemente nach der neueren Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs noch zugebilligt wird, ist jedoch zweifelhaft.¹⁵⁹

5. Fazit und Ausblick

Das Designrecht bietet in seiner jetzigen Form, insbesondere im Vergleich zu den Möglichkeiten der technischen Schutzrechte, eine gute Basis, um auch bei Weiterentwicklung und Ausweitung des 3D-Drucks die Interessen von Schutzrechtsinhabern zu wahren, ohne den freizuhaltenden privaten Nutzungsbereich zu beeinträchtigen. Dazu trägt insbesondere die Qualifizierung der Verbreitung von 3D-Modellen als unmittelbare Benutzungshandlung bei.

¹⁵⁶ BGH GRUR 1991, 316 – *Einzelangebot*.

¹⁵⁷ BGH GRUR 2007, 871 (Rn. 29) – *Wagenfeld-Leuchte*.

¹⁵⁸ BGH GRUR 1975, 383 – *Möbelprogramm*; BGH GRUR 1974, 406 – *Elektroschalter*.

¹⁵⁹ BGH GRUR 2012, 1139 – *Weinkaraffe*.

Eine hohe Bedeutung der additiven Fertigungsverfahren ist für die Herstellung von Ersatzteilen zu erwarten. Dies dürfte insbesondere für Ersatzteile gelten, die zur Wiederherstellung des äußeren Erscheinungsbilds eines komplexen Erzeugnisses dienen.¹⁶⁰ Mangels einer dem Gemeinschaftsgeschmacksmusterrecht entsprechenden „Reparaturklausel“ sind Inhaber eines deutschen Designrechts gegenüber Inhabern eines eingetragenen oder nicht eingetragenen Gemeinschaftsgeschmacksmusters im Vorteil.¹⁶¹ Insofern ist die „must-match“-Regelung gemäß Art. 110 Abs. 1 GGV zu kritisieren, zumal sie in ihrer bisherigen Absolutheit unverhältnismäßig erscheint. Dem Inhaber des Gemeinschaftsgeschmacksmusters wird nämlich nicht nur die Freihaltung des Ersatzteilmarktes verwehrt – was an sich tolerierbar wäre –, sondern im Widerspruch zu den Grundsätzen des gewerblichen Rechtsschutzes außerdem eine Belohnung für die Bereicherung des Formenschatzes mit einer neuen Produktgestaltung vorenthalten.¹⁶²

Die Unterschiede zwischen Designgesetz und Gemeinschaftsgeschmacksmusterverordnung hinsichtlich der „Reparaturklausel“ haben freilich Auswirkungen auf die Anmeldestrategien designaffiner Unternehmen. Insbesondere für das Produktdesign von Bauteilen, die sich mit den derzeitigen und sich ankündigenden 3D-Druckverfahren einfach nachbilden lassen und die als Ersatzteile zur Wiederherstellung des optischen Erscheinungsbilds eines komplexen Produkts handelbar sind, wird der nationale Schutz auf Grundlage des Designgesetzes Vorrang haben. Da ein nationales Design und ein Gemeinschaftsgeschmacksmuster nebeneinander existieren können, ist zu erwarten, dass für solche Produkte eine parallele Schutzrechtsstrategie verfolgt werden wird.

¹⁶⁰ s. hierzu oben Kapitel B.III.2 „Bedeutung des Designrechts für den 3D-Druck“.

¹⁶¹ s. hierzu oben Kapitel B.III.3.a).bb „Reparaturklausel gemäß Art. 110 Abs. 1 GGV“.

¹⁶² Ruhl, o. Fn. 119, Art. 110 Rn. 12; kritisch Schmoll u. a., GRUR 2015, 1041.

IV. Markenrecht

Eine Marke ist ein Kennzeichen, das die Herkunft eines Produkts oder einer Dienstleistung kennzeichnet (Herkunftsfunction).¹⁶³ Freilich dient die Marke damit auch der Unterscheidung von Produkten verschiedener Unternehmen (Unterscheidungsfunktion) und steht darüber hinaus oft für eine besondere Qualität eines Produkts (Qualitätsfunktion).¹⁶⁴ Markenschutz in Deutschland kann auf Grundlage des deutschen Markengesetzes oder der europäischen Unionsmarkenverordnung¹⁶⁵ entstehen. Das materielle Markenrecht ist durch die europäische Markenrichtlinie¹⁶⁶ weitgehend harmonisiert, so dass nachfolgend nur dann auf das Unionsmarkenrecht verwiesen wird, sofern es Abweichungen zum deutschen Markenrecht gibt.

1. Entstehung des Schutzes

Als Marke schutzfähig sind alle Zeichen, die Waren oder Dienstleistungen eines Unternehmens von Waren oder Dienstleistungen anderer Unternehmen unterscheiden können, § 3 Abs. 1 MarkenG, Art. 4 UMV. Das Unionsmarkenrecht schränkt dies bislang weiter ein und gewährt nur solchen Marken Schutz, die sich im Unionsmarkenregister so darstellen lassen, dass der Umfang des Markenschutzes für Dritte klar und eindeutig bestimmbar ist, Art. 4 UMV.¹⁶⁷

¹⁶³ Hacker, Markenrecht, Rn. 56.

¹⁶⁴ Hacker, o. Fn. 163, Rn. 57.

¹⁶⁵ früher „Gemeinschaftsmarkenverordnung“, nun: Verordnung (EG) Nr. 207/2009 des Rates vom 26. Februar 2009 über die Unionsmarke; geändert durch: Verordnung (EU) 2015/2424 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 16. Dezember 2015 zur Änderung der Gemeinschaftsmarkenverordnung.

¹⁶⁶ Richtlinie 2008/95/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 22. Oktober 2008 zur Angleichung der Rechtsvorschriften der Mitgliedstaaten über die Marken.

¹⁶⁷ am 1. Oktober 2017 entfiel das Erfordernis der graphischen Darstellbarkeit; irgendeine, jedoch klare und eindeutige, Darstellbarkeit im Register ist ausreichend: Verordnung (EU) 2015/2424 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 16. Dezember 2015 zur Änderung der Gemeinschaftsmarkenverordnung, Art. 1 Nr. 8 i.V.m. Art. 4.

Das nationale Markenrecht sieht in der graphischen Darstellbarkeit nur einen Hinderungsgrund für die Markeneintragung beim Amt, § 8 Abs. 1 MarkenG. Das ist insoweit konsequent, weil das nationale Markenrecht auch den Schutz von Marken anerkennt, die nur durch ihre Benutzung ohne amtliche Registrierung Verkehrsgeltung (§ 4 Abs. 2 Nr. 2 MarkenG) erlangt haben oder notorisch bekannt sind (§ 4 Abs. 2 Nr. 3 MarkenG). Eine besondere Attraktivität des Markenschutzes besteht darin, dass er im Unterschied zu den anderen gewerblichen Schutzrechten zeitlich keine Begrenzung hat.

Im Grundsatz ist der Zugang zum Markenschutz von der Markenform unabhängig. Neben den klassischen Wortmarken, Bildmarken und kombinierten Wort-/Bildmarken treten u.a. Hörmarken, Tastmarken, Positionsmarken, Geruchsmarken und Farbmarken auf.¹⁶⁸ Ausdrücklich ist nach § 3 Abs. 1 MarkenG auch die Form einer Ware oder ihrer Verpackung markenschutzfähig (Formmarke oder dreidimensionale Marke). Bekannte Beispiele für dreidimensionale Formen, welchen eine markenrechtlich relevante Herkunftsfunktion und damit die Markenfähigkeit zuerkannt wurden, sind die BMW-Niere¹⁶⁹ und die Silhouette des Porsche Boxster.¹⁷⁰ Bei dreidimensionalen Warenformen besteht freilich eine Überschneidung des Markenrechts mit dem Designschutz, der jedoch nur zeitlich begrenzt für eine überdurchschnittliche, wettbewerbliche Leistung gewährt wird.¹⁷¹

Eine Abgrenzung markenfähiger Zeichen von technisch oder ästhetisch bedingten Formen, für welche ein Patent- oder Designschutz zuvorderst infrage kommt, versucht zumindest teilweise § 3 Abs. 2 MarkenG zu erreichen, der Zeichen vom Markenschutz ausschließt, die nur aus einer Form bestehen, die durch die Art der Ware selbst bedingt ist (Nr. 1), die erforderlich ist, um eine technische Wirkung zu erzielen (Nr. 2), oder die der Ware einen wesentlichen Wert verleiht (Nr. 3). Der Ausschlussgrund nach § 3 Abs. 2 Nr. 1 greift insbesondere, wenn Schutz für eine Grundform einer Warengattung begehrt wird.¹⁷²

¹⁶⁸ Bingener, Markenrecht, Teil 2 Rn. 17.

¹⁶⁹ BGH GRUR 1985, 383 – BMW-Niere.

¹⁷⁰ BGH GRUR 2006, 679 – Porsche Boxster.

¹⁷¹ Hacker, o. Fn. 163, Rn. 99.

¹⁷² BGH GRUR 2008, 510 (Rn. 16) – Milchschnitte.

Formen, die im Sinne des § 3 Abs. 2 Nr. 2 MarkenG eine technische Wirkung erfüllen, sind vom Markenschutz ausgeschlossen, wenn sich die technische Funktion in den wesentlichen Merkmalen der beanspruchten Form zeigt, wobei es nicht auf das Vorhandensein von alternativen Gestaltungen ankommt, mit welchen dieselbe technische Wirkung erzielt wird.¹⁷³

Um zu verhindern, dass Zeichen als Marke geschützt werden, die für die Allgemeinheit freihaltebedürftig sind oder grundsätzlich einer Markeneintragung entgegenstehen, sieht das Markengesetz weitere, sogenannte absolute, Schutzhindernisse vor, § 8 Abs. 2 MarkenG. Einige dieser Schutzhindernisse können überwunden werden, wenn die Allgemeinheit dem an sich freihaltebedürftigen Zeichen eine Herkunftsfunction zubilligt und das beanspruchte Zeichen insofern Verkehrsgeltung erlangt hat, § 8 Abs. § MarkenG.

2. Bedeutung des Markenrechts für den 3D-Druck

Im Umfeld des 3D-Drucks ist eine Berührung mit Markenrechten auf verschiedenen Ebenen zu erwarten. Die Fertigung von Objekten durch den Privatanwender ist meist von dem Gedanken getrieben, ein Originalbauteil möglichst detailgetreu nachzubilden. Dazu gehört nicht selten die Marke des Originalherstellers.

Mit dem Interesse an der Herstellung einer originalgetreuen Nachbildung durch additive Fertigung gewinnen Marken für dreidimensionale Formen an Bedeutung. In Kombination mit einem 3D-Scanner ist es zukünftig ein leichtes, solche herkunftshinweisenden Zeichen nachzubilden und den Eindruck zu erwecken, das reproduzierte Produkt weise die Eigenschaften auf, die der Verkehr den Produkten des Originalherstellers zuschreibt.¹⁷⁴

Für Betreiber von Internetplattformen, die CAD-Dateien für den 3D-Druck zum Herunterladen anbieten, könnten sich markenrechtliche Problemstellungen ergeben, wenn beispielsweise CAD-Daten für ein schutzrechtsfreies Ersatzteil angeboten werden, für die Zuordnung

¹⁷³ EuGH GRUR 2002, 804 (Rn. 84) – *Philips*.

¹⁷⁴ s. auch oben Kapitel B.III.2 „Bedeutung des Designrechts für den 3D-Druck“.

jedoch unter Nennung der Marke des Originalherstellers darauf hingewiesen wird, für welches Produkt sich mit dem CAD-Daten ein passendes Bauteil fertigen lässt. Ob kenntlich gemacht ist, dass die CAD-Daten nicht vom Originalhersteller stammen, kommt es nicht an.¹⁷⁵

3. Voraussetzungen einer Markenverletzung

Der Schutz einer Marke begründet ein Ausschließlichkeitsrecht (§ 14 Abs. 1 MarkenG), d.h. Dritte dürfen die Marke nur mit Zustimmung des Markeninhabers benutzen, § 14 Abs. 2 MarkenG. Auf den Schutz berufen kann sich nur derjenige, der entweder aufgrund einer Registrierung oder aufgrund von Verkehrsgeltung ein gültiges Markenrecht besitzt.¹⁷⁶

Voraussetzung einer markenrechtlich relevanten Verletzungshandlung ist ferner eine markenmäßige Benutzung des geschützten Zeichens. In das Ausschließlichkeitsrecht des Markeninhabers greifen mithin nur Handlungen ein, die einen Bezug zwischen dem geschützten Zeichen und konkreten Waren oder Dienstleistungen herstellen.¹⁷⁷

Sind diese Voraussetzungen erfüllt, so liegt eine Markenrechtsverletzung jedenfalls vor, wenn zwischen der benutzten und der geschützten Marke Doppelidentität besteht, d.h. sowohl die Zeichen, als auch die Waren und Dienstleistungen, für welche das Zeichen eingesetzt wird, identisch sind, § 14 Abs. 2 Nr. 1 MarkenG. Damit sind 1:1-Nachahmungen erfasst, nicht jedoch leichte Abweichungen, die weiterhin eine Nähe zum Markeninhaber suggerieren.

Der Markenschutz erfasst daher ergänzend Benutzungshandlungen, bei welchen das benutzte Zeichen und/oder die mit dem benutzten Zeichen verknüpften Waren und Dienstleistungen eine Ähnlichkeit zur geschützten Marke aufweisen und insoweit eine Verwechslungsgefahr besteht, § 14 Abs. 2 Nr. 2 MarkenG. Ob die Verwechslung konkurrierender Zeichen zu befürchten ist, ist Ausfluss der Frage, welche Reichweite einer geschützten Marke zugebilligt wird, d.h. welchen Ab-

¹⁷⁵ BGH GRUR 2008, 702 (Rn. 60) – *Internet-Versteigerung III*.

¹⁷⁶ Hacker, o. Fn. 163, Rn. 370.

¹⁷⁷ Ströbele/Hacker, Markengesetz (Komm.), § 14 Rn. 74; Fezer, o. Fn. 45, § 14 Rn. 56; Ingerl/Rohrke, o. Fn. 46, § 14 Rn. 132.

stand andere Zeichen von der geschützten Marke einhalten sollen.¹⁷⁸ Dies ist im Rahmen einer Gesamtwertung aller relevanten Umstände des jeweiligen Einzelfalls zu ermitteln,¹⁷⁹ wobei ausdrücklich zu berücksichtigen ist, ob das Publikum das benutzte Zeichen und die geschützte Marke gedanklich in Verbindung bringt.

a) 3D-Modell als Zeichen im markenrechtlichen Sinn

Das 3D-Modell selbst ist lediglich ein Datenbündel und selbständig für den Durchschnittsverbraucher nicht als Zeichen sichtbar. Der Endanwender, der 3D-Modelle auf einer Internetplattform sucht, kann sich allenfalls an zweidimensionalen Abbildungen des Inhalts der CAD-Datei oder an Wortbezeichnungen orientieren, die den Inhalt der CAD-Datei beschreiben. Darüber hinaus ist vorstellbar, dass Internetportale die 3D-Modelle als dreidimensionale Animation online einsehbar in die Website einbetten.

Insofern ist bereits fraglich, ob ein 3D-Modell per se ein Zeichen im markenrechtlichen Sinne bildet. Für die dreidimensionale Darstellung ist eine entsprechende Software notwendig, die der Endanwender auf seinem Rechner installiert hat. Die Anzeige des Inhalts der CAD-Datei erfolgt damit im privaten Umfeld des Endanwenders und somit nicht im Geschäftsverkehr.

Um den Interessen der Markeninhaber gerecht zu werden, wird man daher davon ausgehen müssen, dass allein die Verfügbarkeit der CAD-Daten und deren Bestimmung, mittels einer entsprechenden Software das darin enthaltene Zeichen zur Anzeige zu bringen, als Verkörperung des Zeichens selbst anzusehen ist.

Eine Analogie zur physischen Welt lässt sich ziehen, wenn man die CAD-Datei nur als Verpackung des markenrechtlich geschützten Zeichens bewertet. In dieser Konstellation ist markenmäßige Benutzung anerkannt, selbst wenn der Verbraucher das Zeichen erst bei Verwendung erkennen kann.¹⁸⁰

Eine weitere Analogie ergibt sich – zumindest im Hinblick auf Formmarken – aus dem Interesse der Vereinheitlichung der Maßstäbe

¹⁷⁸ Hacker, o. Fn. 163, Rn. 410.

¹⁷⁹ Ingerl/Rohnke, o. Fn. 46, § 14 Rn. 415; Fezer, o. Fn. 45, § 14 Rn. 265.

¹⁸⁰ BGH NJW-RR 2007, 1637 (Rn. 25) – Pralinenform.

zwischen dem Markenrecht, dem Designrecht und weiterführenden urheberrechtlichen Überlegungen zur Verbreitung von Musikdateien.¹⁸¹

b) Markenmäßige Benutzung bei 3D-Modellen

Grundsätzlich können 3D-Modelle markengeschützte Zeichen beinhalten oder selbst ein solches darstellen. Mit Blick auf das große Potential des 3D-Drucks für die heimische Fertigung von Ersatzteilen ist es insbesondere denkbar, dass dreidimensionale Logos als 3D-Modell zur Verfügung gestellt werden. Außerdem kann das 3D-Modell eine Wiedergabe einer Form darstellen, die als dreidimensionale Formmarke geschützt ist. Insofern bestehen deutliche Berührungspunkte mit dem Markenrecht.

Eine Verletzung von Markenrechten kommt allerdings nur in Betracht, wenn das Zeichen markenmäßig benutzt wird, also eine (falsche) Herkunftsfunktion für die geschützten Waren und Dienstleistungen erfüllt. Es kommt mithin darauf an, ob das Zeichen im Rahmen des Produktabsatzes zum Zwecke der Unterscheidung der Waren eines Unternehmens von denen anderer eingesetzt wird.¹⁸² Der Schutz des Markeninhabers reicht nur soweit die herkunftshinweisende Hauptfunktion der Marke beeinträchtigt wird.¹⁸³

Das 3D-Modell ist ein digitales Abbild einer Ware und freilich nicht mit der Ware identisch. Im Regelfall wird sich der Markenschutz jedoch auf die Ware, nicht hingegen auf eine digitale Verkörperung derselben beziehen. Eine Benutzung einer Marke durch das 3D-Modell hätte somit in vielen Fällen keinen unmittelbaren Bezug zu den markenrechtlich relevanten Waren und Dienstleistungen.

Eine solche Auffassung kann freilich nicht überzeugen, da die in § 14 Abs. 3 MarkenG genannten Benutzungsformen nicht abschließend aufgezählt sind und auch dem Umstand Rechnung zu tragen ist, dass bei der Abfassung des Markengesetzes die Entwicklung des elektronischen Geschäftsverkehrs noch nicht berücksichtigt werden konn-

¹⁸¹ s. hierzu oben Kapitel B.III.3.b)bb „Erscheinungsform des 3D-Modells“.

¹⁸² BGH GRUR 2003, 963 – *AntiVir/AntiVirus*; BGH GRUR 2002, 812 – *Frühstückss-Drink II*.

¹⁸³ BGH GRUR 2008, 793 (Rn. 15) – *Rillenkoffer*.

te.¹⁸⁴ Wenn mit dem 3D-Modell eine geschützte Formmarke abgebildet wird oder die CAD-Datei mit dem Hinweis bereitgestellt wird, dass es sich um einen Konstruktionsplan für das Produkt einer bestimmten Marke (z.B. „CAD-Daten für Außenspiegel BMW M3“) handelt, liegt darin gleichwohl nur dann ein Verstoß gegen die Rechte des Markeninhabers, wenn die Marke herkunftshinweisend und nicht als bloße Beschreibung verwendet wird. Dies kann der verständige Durchschnittsverbraucher unterscheiden.¹⁸⁵

Im Ergebnis wird es von den Umständen im Einzelfall abhängen, ob eine Verschleierung oder gar Fehlinformation über die Herkunft des Inhalts der CAD-Datei anzunehmen ist oder ob die Abnehmer in der Benutzung des geschützten Zeichens lediglich eine beschreibende Angabe sehen. Dass die Benutzung eines Zeichens durch oder in mittelbarem Zusammenhang mit einem 3D-Modell, welches die geschützten Waren und Dienstleistungen digital abbildet, als eine markenmäßige Benutzung zu werten ist, wird nicht als Regelfall gelten können.¹⁸⁶ Im Folgenden sollen einige Fallkonstellationen beispielhaft untersucht werden.

aa. 3D-Modell als Vorlage für ein Spielzeugmodell

Ein großes Potential dürfte die additive Fertigung für den Modellbau haben, der gleichwohl davon lebt, Originalprodukte maßstabsgerecht verkleinert nachzubilden. Dazu gehören nicht selten markengeschützte Zeichen wie Markenlogos oder die charakteristische Form der Ware. Diese Art der miniaturisierten Nachbildung wird üblicherweise die Herkunftsfunction der Marke nicht beeinträchtigen und vom Markeninhaber somit zu tolerieren sein.¹⁸⁷

Im Hinblick auf 3D-Modelle ist indes zu berücksichtigen, dass diese nicht zwingend eine besondere Dimension des zu fertigenden Objekts vorsehen. Vielmehr sind 3D-Modelle im Regelfall beliebig skalierbar, so dass zumindest nicht ausgeschlossen werden kann, dass eine

¹⁸⁴ EuGH GRUR 2010, 445 (Rn. 65, 66) – *Google France und Google*.

¹⁸⁵ Solmecke/Kocatepe, K&R 2014, 778.

¹⁸⁶ anders Nordemann/Rüberg/Schaefer, NJW 2015, 1265.

¹⁸⁷ BGH GRUR 2010, 726 (Rn. 24) – *Opel-Blitz II*.

markenmäßige Benutzung vorliegt. Hier wird es auf die äußereren Umstände ankommen.

Sofern sich beispielsweise eine Internetplattform, die die CAD-Daten für Markenlogos zum Herunterladen bereitstellt, an Modellbauer richtet, wird eine markenmäßige Benutzung wohl zu verneinen sein. Wird hingegen der Anschein erweckt, hier könne man von den Originalherstellern bereitgestellte Daten zur eigenen Nachproduktion von Markenlogos im Sinne einer Ersatzteilbeschaffung erhalten, so ließe dies eine rechtsverletzende Benutzung erkennen.

bb. 3D-Modell für eine Markenplakette

Verlockend ist sicherlich die Nachfertigung von Markenplaketten als Ersatzteile mittels 3D-Druck, beispielweise um den Originalzustand eines komplexen Produkts wiederherzustellen. Insbesondere ist dabei an die Reparatur von Kraftfahrzeugen zu denken. Die Plaketten der Fahrzeughersteller haben insoweit auch einen ästhetischen Einfluss auf den Gesamteindruck des Fahrzeugs.

Die Markenplakette verkörpert meist gleichzeitig das markenschützte Zeichen und die dem Zeichen zugeordnete Ware. Diese Konstellation könnte zu der Annahme führen, es läge keine markenmäßige Benutzung vor, denn diese setze voraus, dass das Zeichen für die Ware und nicht als Ware benutzt wird. Dieser Auffassung hat der Bundesgerichtshof zumindest mit Bezug auf bekannte Marken eine Absage erteilt.¹⁸⁸

Die Besonderheit bei der Bereitstellung von 3D-Modellen liegt darin, dass hier keine Warenidentität vorliegt. Zwar kann aus dem in der CAD-Datei enthaltenen Konstruktionsplan eine Plakette entstehen, die CAD-Datei selbst ist deshalb dennoch einer anderen Warenklasse zuzuordnen. Insoweit wird eine markenmäßige Benutzung der CAD-Daten ohne weitere, die Herkunftsfunktion der Marke beeinträchtigende, Umstände im Regelfall nicht in Betracht kommen.

188 BGH GRUR 2015, 1009 – *BMW-Emblem*.

cc. 3D-Modell als Wiedergabe einer Formmarke

Das hohe Interesse an einer Nachahmung bestehender Produkte verleitet freilich dazu, die Technologie der additiven Fertigung auch zur Reproduktion von Formmarken einzusetzen. Insofern ist zu erwarten, dass zukünftig vermehrt CAD-Dateien kursieren werden, die ein digitales Abbild einer markengeschützten Form darstellen.

Bei der Frage, ob mit einer solchen CAD-Datei ein dreidimensionales, geschütztes Zeichen markenmäßig benutzt wird, ist es angebracht, produktabhängige und produktunabhängige Formmarken zu unterscheiden. Produktabhängige Formmarken betreffen die Form der geschützten Ware oder ihrer Verpackung und unterscheiden sich insofern von produktunabhängigen Formmarken, die keinen Bezug zur den Waren und Dienstleistungen aufweisen, für welche der Schutz beansprucht wird.

Beispiele für produktabhängige Formmarken sind die „BMW-Niere“¹⁸⁹, der „Porsche Boxster“¹⁹⁰ und der „Rillenkoffer“¹⁹¹. Eine klassische produktunabhängige 3D-Marke ist das „Michelin-Männchen“.¹⁹² Die neuere Rechtsprechung hat der quadratischen Form einer Verpackung für Schokolade Markenschutz zuerkannt.¹⁹³

Bei produktabhängigen Formmarken wird in vielen Fällen von einer markenmäßigen Benutzung durch das 3D-Modell auszugehen sein. Denn hier fallen Ware und Marke zusammen.¹⁹⁴

Hingegen trifft dies bei produktunabhängigen Formmarken nicht zu. Die CAD-Datei kann insoweit keinen herkunftshinweisenden Bezug zu den tatsächlichen Waren und Dienstleistungen vermitteln, für welche die Formmarke eingesetzt wird.

Anders ist dies freilich zu sehen, wenn äußere Umstände hinzutreten, die eine bestimmte Verwendung des CAD-Modells nahelegen oder auf andere Art und Weise dem Durchschnittsverbraucher suggerieren, die CAD-Datei stamme vom Markeninhaber. Die CAD-Datei stellt insoweit ein Vorprodukt für ein Endprodukt dar, bei welchem das

¹⁸⁹ BGH GRUR 1985, 383 – *BMW-Niere*.

¹⁹⁰ BGH GRUR 2006, 679 – *Porsche Boxster*.

¹⁹¹ BGH GRUR 2008, 793 – *Rillenkoffer*.

¹⁹² Hasselblatt in: *Hasselblatt u. a.*, MAH Gewerblicher Rechtsschutz, § 38 Rn. 40.

¹⁹³ BGH BeckRS 2017, 141173 – *Quadratische Tafelschokoladenverpackung*.

¹⁹⁴ BGH GRUR 2015, 1009 – *BMW-Emblem*.

Publikum von einer einheitlichen Kontrollverantwortung des Markeninhabers ausgehen kann.¹⁹⁵ Dies können Markeninhaber fördern, indem sie selbst CAD-Modelle für ihre formmarkengeschützten Produkte anbieten.¹⁹⁶

c) Doppelidentität bei 3D-Modellen

Eine Markenverletzung nach § 14 Abs. 2 Nr. 1 MarkenG kommt nur dann in Betracht, wenn neben der Zeichenidentität auch eine Identität der Waren und Dienstleistungen besteht (Doppelidentität). Dies wird bei 3D-Modellen selten zutreffen, es sei denn, die in Rede stehende Marke genießt Schutz für aufgezeichnete Daten, d.h. für Waren der Nizza-Klasse 9.

d) Verwechslungsgefahr bei 3D-Modellen

Eine Verwechslungsgefahr gemäß § 14 Abs. 2 Nr. 2 MarkenG setzt neben der im Einzelfall zu beurteilenden Kennzeichnungskraft der geschützten Marke voraus, dass eine Ähnlichkeit der Zeichen und/oder eine Ähnlichkeit der Waren und Dienstleistungen vorliegen. Dabei besteht eine Wechselwirkung insoweit, als eine geringe Warenähnlichkeit eine hohe Zeichenähnlichkeit ausgleicht. Das Bedürfnis nach einer möglichst exakten Nachproduktion des Originals bedingt, dass im Regefall eine hohe Zeichenähnlichkeit, wenn nicht sogar Zeichenidentität, zwischen der geschützten Marke und dem hergestellten Objekt bestehen wird. Das 3D-Modell verkörpert das herzustellende Objekt, so dass gleichsam zumindest eine Zeichenähnlichkeit vorliegen sollte.¹⁹⁷

Zweifelsohne wird das mittels der CAD-Datei hergestellte Objekt in der Regel mit der geschützten Ware übereinstimmen. Das wirkt sich auch auf das 3D-Modell aus, das lediglich eine Vorstufe im Fertigungsprozess abbildet. In einer solchen Konstellation ist meist ein gedankliches Inverbindungbringen naheliegend, weil der Durchschnittsver-

¹⁹⁵ *Ingerl/Rohnke*, o. Fn. 46, § 14 Rn. 764.

¹⁹⁶ *Leupold/Glossner*, o. Fn. 3, Kap. 4.6.2 Nr. 3 S. 100 f.

¹⁹⁷ s. oben Kapitel B.IV.3.a) „3D-Modell als Zeichen im markenrechtlichen Sinn“.

braucher damit rechnet, dass Vorprodukt und Endprodukt in den Verantwortungsbereich des Markeninhabers fallen.¹⁹⁸

Allerdings können weitere Umstände hinzutreten, die eine abweichende Beurteilung erfordern. Dies betrifft insbesondere die Bestimmung von CAD-Dateien für die Herstellung von detailgetreuen Minaturmodellen, bei welchen eine Nachbildung der Markenzeichen des Originals erforderlich ist.¹⁹⁹ Es kommt daher darauf an, ob es im Einzelfall üblich und dem Durchschnittsverbraucher bekannt ist, dass bestimmte Waren von Dritten stammen, die mit dem Markeninhaber nicht verbunden sind.²⁰⁰

4. Fazit und Ausblick

Bei der Rechtsverfolgung von Markenverletzungen im Bereich des 3D-Drucks, insbesondere im Hinblick auf die Produktion markenverletzender Produkte im privilegierten privaten Umfeld, ist insbesondere die Frage der Warenidentität problematisch.

Dem Interesse von Markeninhabern, die Verbreitung von 3D-Modellen zu untersagen, die im Ergebnis eine massenhafte, rechtlich nicht greifbare Nachproduktion von Markenprodukten durch die Endanwender nach sich ziehen kann, kann die Rechtsprechung auf Basis der bisherigen Gesetzeslage durchaus gerecht werden.

Insbesondere könnte die CAD-Datei per se als Verkörperung des mit der geschützten Ware zu vergleichenden Zeichens und damit als warenähnlich qualifiziert werden, so dass schlussendlich über den Tatbestand der Verwechslungsgefahr im Sinne von § 14 Abs. 2 Nr. 2 MarkenG entschieden wird. Begründbar ist dies damit, dass das 3D-Modell als Vorprodukt in einem hinreichenden Zusammenhang mit dem physischen Endprodukt verbunden ist.

Ferner bietet es sich an, das Bereitstellen einer CAD-Datei über eine Internetplattform nach § 14 Abs. 3 Nr. 1 MarkenG als Aufmachung oder Verpackung der eigentlichen Ware, d.h. des physisch noch

¹⁹⁸ Ingerl/Rohnke, o. Fn. 46, § 14 Rn. 764; Leupold/Glossner, o. Fn. 3, Kap. 4.6.2 Nr. 3 S. 100 f.

¹⁹⁹ BGH GRUR 2010, 726 – Opel-Blitz II.

²⁰⁰ Solmecke/Kocatepe, K&R 2014, 778.

herzustellenden Objekts, zu berücksichtigen.²⁰¹ Insofern kommt eine mittelbare Verwechslungsgefahr in Betracht, wenn eine Originalware unter Beibehaltung der ursprünglichen Kennzeichnung umgestaltet wird.²⁰² Die Umgestaltung kann bei produktabhängigen Formmarken darin gesehen werden, dass der Hersteller des 3D-Modells die Marke lediglich in ein digitales Format überführt, ansonsten jedoch unverändert gelassen hat.

²⁰¹ so auch Nordemann/Rüberg/Schaefer, NJW 2015, 1265.

²⁰² OLG Hamburg GRUR 2001, 749 – based on STEINWAY; Hacker in: Ströbele/Hacker, o. Fn. 177, § 14 Rn. 157.

C. Urheberrechtliche Einordnung des 3D-Drucks

Das Urheberrecht als Teil des Immaterialgüterrechts setzt im Vergleich zu den gewerblichen Schutzrechten den Schwerpunkt auf den Schutz der persönlichen geistigen Leistung unabhängig von einer wirtschaftlichen Nutzung. Vorangestellt ist der Schutz des Urhebers; ein Handel mit dem Urheberrecht im Sinne einer rechtsgeschäftlichen Übertragung ist daher konsequent ausgeschlossen, §§ 1, 11, 29 Abs. 1 UrhG.

CAD-Dateien für die additive Fertigung sind wie alle digitalen Inhalte online leicht zugänglich zu machen. Parallelen zur urheberrechtlichen Diskussion zu Internettauschbörsen für Musik-, Bild- und Videodateien sind offensichtlich. Eine differenzierte Betrachtung der urheberrechtlichen Rechtsfragen ist daher angezeigt.

I. Entstehung des Schutzes

Die Bedeutung des Urheberrechts ist schon deshalb beachtlich, weil es zur Erlangung des Rechts keiner formalen Voraussetzungen bedarf. Der Schutz entsteht allein durch Schaffung des Werkes, sofern es der Literatur, Wissenschaft oder Kunst zuzurechnen (§ 2 Abs. 1 UrhG) und eine persönliche geistige Schöpfung ist, § 2 Abs. 2 UrhG.

Aus dem Erfordernis der persönlichen, geistigen Schöpfung ergibt sich viererlei. Zum einen können sich nur natürliche Personen auf einen Urheberrechtsschutz berufen, die das Werk bewusst geschaffen haben. Nicht durch Menschen geschaffene Werke sind nicht schutzfähig.²⁰³ Zum anderen muss das Werk Ausfluss einer geistigen Leistung sein. Rein zufällig Geschaffenes kann keinen Urheberrechtsschutz begründen.²⁰⁴ Schließlich muss die geistige Schöpfung eine wahrnehm-

²⁰³ König/Beck, ZUM 2016, 34.

²⁰⁴ Bullinger in: Wandtke/Bullinger, Praxiskommentar Urheberrecht, § 2 Rn. 15.

bare Gestalt angenommen haben und sich darin auch die Individualität des Schöpfers widerspiegeln.²⁰⁵

Eine Veröffentlichung oder Erscheinung des Werkes ist ebenso wenig schutzbegründend erforderlich²⁰⁶ wie die Vollendung des Werkes. Die Erkennbarkeit der geistigen Schöpfung reicht aus. Das Urheberrecht entsteht daher auch an Entwürfen oder Skizzen.²⁰⁷

Die Individualität des Erschaffenen setzt Neuheit sowie eine gewisse Gestaltungshöhe voraus. Abweichend von den gewerblichen Schutzrechten ist die Neuheit nicht absolut, sondern rein subjektiv aus dem Blickwinkel des Urhebers, mithin „relativ“, zu werten. Gefordert ist jedoch ein Schöpfungsprozess, der über die Wiederholung vorhandener Werke oder Werkfragmente hinausgeht.²⁰⁸

Das zur Gewährung eines Urheberrechtsschutzes notwendige Maß an Gestaltungshöhe ist umstritten und wird für verschiedene Werkarten unterschiedlich beurteilt. Auf europäischer Ebene ist allerdings eine Tendenz zur Vereinheitlichung hin zu einem niedrigen Maßstab der Gestaltungshöhe erkennbar, die auch in der nationalen Rechtsprechung zu berücksichtigen ist.²⁰⁹

Dies hat der Bundesgerichtshof aufgegriffen und die notwendige Gestaltungshöhe für Werke der angewandten Kunst dem Niveau anderer Werkarten angeglichen. Zur Beurteilung der Gestaltungshöhe von Werken der angewandten Kunst ist demnach im Einklang mit der ständigen Rechtsprechung zu anderen Werkarten an die „Auffassung der für Kunst empfänglichen und mit Kunstschatzungen einigermaßen vertrauten Kreise“ anzuknüpfen und eine ausreichende Gestaltungshöhe zu befähigen, wenn die vorgenannten Kreise eine künstlerische Leistung erkennen.²¹⁰

²⁰⁵ Loewenheim in: *Loewenheim u. a.*, Handbuch des Urheberrechts, § 6 Rn. 5.

²⁰⁶ Loewenheim in: *Loewenheim u. a.*, o. Fn. 205, § 6 Rn. 7.

²⁰⁷ Loewenheim in: *Loewenheim u. a.*, o. Fn. 205, § 6 Rn. 11.

²⁰⁸ Bullinger in: *Wandtke/Bullinger*, o. Fn. 204, § 2 Rn. 22.

²⁰⁹ Loewenheim in: *Loewenheim u. a.*, o. Fn. 205, § 6 Rn. 19, 20.

²¹⁰ BGH GRUR 2014, 175 (Rn. 26) – Geburtstagszug.

II. Urheberrechtsschutz für 3D-Modelle

Schutzgegenstand des Urheberrechts ist das Werk, d.h. die persönliche geistige Schöpfung, unabhängig von ihrer Verkörperung.

Mittels 3D-Druck erzeugte Nachbildungen urheberrechtlich geschützter Erzeugnisse greifen freilich in das Urheberrecht ein. Aber auch die Verbreitung des 3D-Modells als Druckvorlage unabhängig von der Art und Weise ihrer Erstellung kann eine urheberrechtlich sanktionierbare Handlung darstellen. Bei Verwendung eines 3D-Scanners zum „Kopieren“ des realen Produkts in ein virtuelles Abbild liegt dies auf der Hand. Aber auch im manuellen, virtuellen Nachbau des Originals kann eine urheberrechtlich relevante Handlung liegen.²¹¹

Zunächst stellt sich allerdings die Frage, inwiefern 3D-Modelle überhaupt einem Urheberrechtsschutz zugänglich sind, wobei es wesentlich darauf ankommt, welcher urheberrechtlich relevanten Werkart das jeweilige 3D-Modell zugeordnet werden kann. Offensichtlich unzutreffend ist eine Einordnung der 3D-Modelle als Werke der Musik (§ 2 Abs. 1 Nr. 2 UrhG), der Bewegungskunst (§ 2 Abs. 1 Nr. 3 UrhG) und des Films (§ 2 Abs. 1 Nr. 6 UrhG). Die weiteren verfügbaren Werkarten sollen nachfolgend analysiert werden.

1. Werke der angewandten Kunst (§ 2 Abs. 1 Nr. 4 UrhG)

Als Werke der angewandten Kunst können Gegenstände urheberrechtlich geschützt sein, die einen Gebrauchs Zweck haben. Dies trifft insbesondere auf Gebrauchsgegenstände zu, die im Rahmen des Industriedesigns eine formschöne Gestaltung erfahren haben.²¹² Damit ergibt sich eine Überschneidung mit dem Designschutz. Die aus diesem Grunde frühere Ansicht, Werke der angewandten Kunst müssten gegenüber anderen Werken eine besondere Gestaltungshöhe aufweisen, ist allerdings überholt.²¹³

²¹¹ Bullinger, MittdtPatA 2016, 215; Mengden, MMR 2014, 79.

²¹² Schulze in: Loewenheim u. a., o. Fn. 205, § 9 Rn. 106.

²¹³ BGH GRUR 2014, 175 – Geburtstagszug.

3D-Modelle stellen mithin Entwürfe für zu erstellende dreidimensionale Objekte dar. Diese sind vom Urheberrechtsschutz nach dem Wortlaut des § 2 Abs. 1 Nr. 4 UrhG ausdrücklich erfasst. Vor diesem Hintergrund erscheint es angebracht, der Verkörperung einer geistigen Schöpfung in Form eines CAD-Modells Schutz als ein Werk der angewandten Kunst zu gewähren.²¹⁴

2. Technische Darstellung (§ 2 Abs. 1 Nr. 7 UrhG)

Naheliegend erscheint es auch, 3D-Modelle, die im Wesentlichen Konstruktionspläne darstellen, als technische Darstellungen gemäß § 2 Abs. 1 Nr. 7 UrhG zu qualifizieren. Ausdrücklich erfasst diese Wertkarte nicht nur zweidimensionale Zeichnungen und Pläne, sondern auch plastische Darstellungen. Dazu gehören insbesondere dreidimensionale Modelle.²¹⁵

Jedoch reicht der Schutz nicht über die reine Darstellung hinaus und erstreckt sich insbesondere nicht auf die Verwertung des Dargestellten.²¹⁶ Insofern kann einem durch die CAD-Vorlage geschaffenen Objekt kein Urheberrechtsschutz als technische Darstellung zukommen.

Gleichwohl ist der umgekehrte Fall urheberrechtlich relevant, wenn ausgehend von einem dreidimensionalen Objekt mittels 3D-Scan ein 3D-Modell geschaffen wird. Ein so erstelltes 3D-Modell kann als technische Darstellung per se geschützt sein.

Auf einen solchen Schutz kann sich allerdings in erster Linie der Schöpfer des 3D-Modells berufen. Ob dies auch auf den Urheber der dreidimensionalen Objektvorlage ausstrahlt, ist bislang nicht geklärt. Zwar stellt die Bearbeitung eines Werkes eine selbständig urheberrechtsfähige Schöpfung dar, § 3 S. 1 UrhG. Voraussetzung dafür ist jedoch eine eigene schöpferische Leistung.²¹⁷ Insofern verwundert es

²¹⁴ so auch Bullinger, *MittdtPatA* 2016, 215; Nordemann/Rüberg/Schaefer, *NJW* 2015, 1265; Schmoll u. a., *GRUR* 2015, 1041.

²¹⁵ Schulze in: *Loewenheim* u. a., o. Fn. 205, § 9 Rn. 193.

²¹⁶ BGH *GRUR* 2014, 175 (Rn. 12) – Geburtstagszug.

²¹⁷ Bullinger in: *Wandtke/Bullinger*, o. Fn. 204, § 3 Rn. 1; Loewenheim in: *Loewenheim* u. a., o. Fn. 205, § 8 Rn. 4.

nicht, dass eine reine Digitalisierung von Werken nicht als Bearbeitung mit eigenem schöpferischem Beitrag gesehen wird. Damit geht allenfalls eine Änderung der Verkörperung des Werkes, nicht jedoch eine Änderung des Werkes selbst einher.²¹⁸ Eine digitale Retusche ist hingegen eine Bearbeitung mit werkschaffendem Charakter.²¹⁹

Ob eine Bearbeitung nach § 3 S. 1 UrhG vorliegt, wird in vielen Fällen dahingestellt bleiben können, da auch eine selbständig urheberrechtlich geschützte Bearbeitung das Urheberrecht des Schöpfers des Ursprungswerks nicht beeinträchtigt. Wegen des Strebens nach möglichst detailgetreuer Nachbildung des ursprünglichen Gegenstands wird im Regelfall selbst bei einer Nachbearbeitung des mittels 3D-Scan erstellten CAD-Datensatzes das ursprüngliche Werk mit seiner charakterisierenden Gestaltung erhalten bleiben. Das Ursprungswerk wird lediglich einem neuen Verwendungszweck zugeführt.²²⁰ Im Ergebnis ist dies wohl auch für ein manuell erstelltes CAD-Modell anzunehmen, sofern es wesentliche, Urheberrechtsschutz begründende Bestandteile des physischen Originals wiedergibt.

3. Computerprogramm (§ 2 Abs. 1 Nr. 1 UrhG)

3D-Modelle könnten auch i.S.v. § 2 Abs. 1 Nr. 1 UrhG als Computerprogramme einzuordnen sein. Dazu gehören Programme in jeder Gestalt sowie ihr Entwurfsmaterial, § 69 a Abs. 1 UrhG. Reine Daten genießen keinen Urheberrechtsschutz, da sie im Unterschied zu Computerprogrammen keine Befehlsfolgen zur Steuerung eines Programmablaufs beinhalten.²²¹

3D-Modelle sind virtuelle Abbilder dreidimensionaler Objekte. Ihr Inhalt erschöpft sich weitgehend in reinen Informationen über das virtuelle Modell. Ein Programmablauf wird damit im Regelfall nicht beeinflusst, so dass eine Qualifikation als reine Daten naheliegt.

Gleichwohl ist nicht auszuschließen, dass CAD-Dateien auch Steuerungsanweisungen für den anschließenden Objektdruck umfas-

²¹⁸ Loewenheim in: *Loewenheim u. a.*, o. Fn. 205, § 8 Rn. 3.

²¹⁹ Bullinger in: *Wandtke/Bullinger*, o. Fn. 204, § 3 Rn. 28.

²²⁰ Bullinger in: *Wandtke/Bullinger*, o. Fn. 204, § 3 Rn. 9.

²²¹ Grützmacher in: *Wandtke/Bullinger*, o. Fn. 204, § 69 a Rn. 17.

sen.²²² Das Vorhandensein von Steuerungsbefehlen, die den Ablauf eines Computerprogramms beeinflussen, macht eine Datei indes nicht zu einem Computerprogramm.²²³ Vielmehr wird wohl zu verlangen sein, dass das Programm selbständig lauffähig ist. Dies ist bei 3D-Modell-Dateien ersichtlich nicht gegeben, so dass sie keine Werke im Sinne des § 2 Abs. 1 Nr. 1 UrhG sein können.

4. Lichtbildwerk (§ 2 Abs. 1 Nr. 5 UrhG)

3D-Modelle werden elektronisch am Computer oder durch Abtasten eines physischen Objekts mit einem 3D-Scanner erstellt. Darin könnte ein Schaffensprozess gesehen werden, der der Erzeugung eines Lichtbilds ähnlich ist, so dass dem 3D-Modell der Schutz eines Werkes nach § 2 Abs. 1 Nr. 5 UrhG zuzubilligen wäre.

Reine Fotokopien zweidimensionaler Gegenstände, die eine eigene schöpferische Leistung vermissen lassen, sind jedoch keine Lichtbildwerke.²²⁴ Indes ist die Reproduktion dreidimensionaler Objekte, insbesondere bei individueller Nachbearbeitung, häufig als Lichtbildwerk zu qualifizieren.²²⁵

Zu beachten ist allerdings, dass bei einem 3D-Scan eine Abtastung der Objektvorlage von mehreren Seiten einschließlich der Erfassung von Daten über deren Dimensionen und Proportionen erfolgt. Ein bloßes Abbild wird damit nicht geschaffen. Die manuelle Erzeugung von CAD-Modellen hat mit dem Schaffensprozess von Lichtbildwerken ebenso wenig gemein, sondern zeigt vielmehr eine Verwandtschaft zur Erstellung von Zeichnungen, die einem eigenen Lichtbildschutz nicht zugänglich sind.²²⁶

Die bisweilen vertretene Auffassung, es wäre gerecht, CAD-Dateien denselben urheberrechtlichen Schutz als Lichtbildwerke zuzubilligen,

²²² davon gehen jedenfalls Nordemann/Rüberg/Schaefer, NJW 2015, 1265 aus.

²²³ Grützmacher in: Wandtke/Bullinger, o. Fn. 204, § 69 a Rn. 17; eine andere (wohl überholte) Auffassung vertrat noch OLG Hamburg, Urt. v. 12.03.1998 – 3 U 228/97, ZUM-RD 1999, 130.

²²⁴ Bullinger in: Wandtke/Bullinger, o. Fn. 204, § 2 Rn. 115.

²²⁵ Bullinger in: Wandtke/Bullinger, o. Fn. 204, § 2 Rn. 119.

²²⁶ Nordemann in: Loewenheim u. a., o. Fn. 205, § 9 Rn. 128.

gen wie einfachen Schnappschüssen einer Digitalkamera, für welche ein solcher Schutz anerkannt ist,²²⁷ übersieht nach der hier vertretenen Auffassung, dass 3D-Modelle als andere Werkarten geschützt sein können. Ein zusätzlicher Schutz als Lichtbildwerk erscheint weder notwendig noch angesichts der oben dargestellten Unterschiede im Schafensprozess systematisch korrekt.

III. Relevanz für die Verbreitung von 3D-Modellen

Zusammenfassend können 3D-Modelle selbständig urheberrechtlich geschützt sein, insbesondere als Werke der angewandten Kunst, ggf. auch als technische Darstellung. Der Urheber solcher Werke ist nach § 11 UrhG geschützt. Insbesondere kann er sich auf Urheberpersönlichkeitsrechte gemäß §§ 12 - 14 UrhG und auf Verwertungsrechte gemäß §§ 15 ff. UrhG berufen.

1. Urheberpersönlichkeitsrechte

Grundsätzlich steht dem Urheber eines Werkes die Entscheidung zu, ob und wie er sein Werk der Öffentlichkeit zugänglich machen möchte. Das Veröffentlichungsrecht ist prominent an erster Stelle der Urheberpersönlichkeitsrechte genannt (§ 12 UrhG). Mit der Erstveröffentlichung des Werkes durch den Urheber oder durch einen vom Urheber Berechtigten ist das Recht erschöpft.²²⁸ Die Berechtigung zur Erstveröffentlichung kann der Urheber beispielsweise an seinen Auftraggeber übertragen.

Hinsichtlich der Verbreitung von 3D-Modellen für den 3D-Druck kommt dem Erstveröffentlichungsrecht des Urhebers wohl hauptsächlich Bedeutung zu, sofern der Urheber das 3D-Modell selbst erstellt hat. Ein Szenario, in welchem das Werk in einer anderen Verkörperung noch nicht vom Urheber oder einem Berechtigten erstmalig ver-

²²⁷ so *Leupold/Glossner*, o. Fn. 3, Kap. 4.6.2 Nr. 3 S. 86 f.

²²⁸ Bullinger in: *Wandtke/Bullinger*, o. Fn. 204, § 12 Rn. 9; zur Erschöpfung im Zusammenhang mit digitalen Werken näher in Teil III.

öffentlicht wurde und dennoch als Vorlage für eine virtuelle Nachbildung dient, ist eher unwahrscheinlich.

Der Anwendungsbereich des Verbotsrechts gemäß § 12 Abs. 1 UrhG ist insoweit eng gefasst und dürfte für den häufig zu erwartenden Fall, nämlich das Kopieren eines physischen Objekts als virtuelles 3D-Modell, kaum eine Rolle spielen.

2. Verwertungsrechte

In der Praxis bedeutsamer ist das dem Urheber allein zustehende Recht, sein Werk in körperlicher Form zu verwerten, § 15 Abs. 1 UrhG. Das ausschließliche Verwertungsrecht umfasst insbesondere das Recht zur Vervielfältigung, zur Verbreitung und zur Ausstellung des Werks. Dieser Rechtekatalog ist nicht abschließend, so dass sich weitere Verwertungsrechte aus den Umständen des Einzelfalls ergeben können.²²⁹ Darüber hinaus ist der Urheber vor einer öffentlichen Wiedergabe seines Werks in unkörperlicher Form durch unberechtigte Dritte geschützt, § 15 Abs. 2 UrhG.

a) Körperliche Verwertung des 3D-Modells

Das nach § 15 Abs. 1 Nr. 1 UrhG allein dem Urheber zustehende Vervielfältigungsrecht berechtigt den Urheber Vervielfältigungsstücke seines Werkes herzustellen, wobei es auf die Art, Anzahl und die Dauerhaftigkeit der Vervielfältigungsstücke nicht ankommt, § 16 Abs. 1 UrhG.

Als Vervielfältigung gilt gemäß § 16 Abs. 2 UrhG auch die Speicherung des Werkes zur wiederholten Wiedergabe. Dies ist bei CAD-Daten regelmäßig der Fall. Insofern ist bereits die Speicherung einer CAD-Datei auf einem Speichermedium, beispielsweise einem Internetserver, als urheberrechtlich geschützte Handlung zu sehen. Ohne seine Zustimmung unterliegt dies dem Ausschließlichkeitsrecht des Urhebers und ist insoweit unzulässig.

²²⁹ Kroitzsch/Götting in: *Ahlberg/Götting*, Beck-OK UrhG, § 15 Rn. 14; Heerma in: *Wandtke/Bullinger*, o. Fn. 204, § 15 Rn. 2.

Der voraussichtlich häufigere Fall, dass ein physisches Objekt vorliegt und als Vorlage für die Erstellung eines 3D-Modells dient, ist vor diesem Hintergrund nicht minder problematisch. Mit der Erstellung des CAD-Modells geht unausweichlich auch eine Speicherung auf einem Datenträger einher, die eine wiederholte Wiedergabe des 3D-Modells ermöglicht. Dass die Verkörperungsform von „physisch“ zu „virtuell“ wechselt, ist nicht von Belang.²³⁰ Insbesondere ist eine verändernde Übertragung als Vervielfältigung im Sinne des § 16 UrhG zu qualifizieren.²³¹ Deutlich wird dies insbesondere, wenn das 3D-Modell mittels eines dreidimensionalen Scans eines urheberrechtlich geschützten Elements erzeugt wird, auch wenn sich daraus kein einem Lichtbildwerk ähnlicher Schaffensprozess ergibt.²³²

Die Bereitstellung von 3D-Modellen auf einer Internetplattform stellt mithin eine Verbreitung von Vervielfältigungsstücken des Werks und somit eine urheberrechtlich relevante Verletzung gemäß § 15 Abs. 1 Nr. 2 i.V.m. § 17 Abs. 1 UrhG dar. Nach hier vertretener Auffassung ist das Verbreitungsrecht nicht nur körperlichen Werkstücken vorbehalten, sondern ebenfalls auf Nachbildungen physischer Objekte in der virtuellen Welt anwendbar. Dennoch wird das Vervielfältigungsrecht nach § 16 UrhG dominieren, so dass eine weitergehende juristische Auseinandersetzung mit dem Verbreitungsrecht nicht geboten erscheint.

Dies gilt umso mehr für das Ausstellungsrecht. Zwar können auch virtuelle Nachbildungen physischer Werke ausgestellt werden, z.B. in virtuellen Spielewelten. Damit einher geht jedoch grundsätzlich eine Speicherung des Werkes zur wiederholten Wiedergabe, so dass auch hier das Vervielfältigungsrecht nach § 16 UrhG einschlägig ist.

b) Unkörperliche Verwertung des 3D-Modells

Neben den zuvor genannten Verwertungsrechten steht dem Urheber ferner das Recht zu, das Werk der Öffentlichkeit zugänglich zu machen. Die Rechtsprechung hatte dies schon seit längerem als eines der dem Urheber generell zustehenden Verwertungsrechte gesehen, zumal diese

²³⁰ Mengden, MMR 2014, 79.

²³¹ BGH GRUR 2010, 628 – *Vorschaubilder*.

²³² s. oben Kapitel C.II.4 „Lichtbildwerk (§ 2 Abs. 1 Nr. 5 UrhG).

im Urhebergesetz nicht abschließend aufgezählt sind. Im Zuge der Digitalisierung sah sich der Gesetzgeber jedoch aufgrund europäischer Vorgaben veranlasst, das Recht der öffentlichen Zugänglichmachung explizit in dem im Jahr 2003 neu aufgenommen § 19 a UrhG zu kodifizieren.²³³

Die Vorschrift zielt auf die Verwertung von Werken in digitalen Netzwerken, insbesondere die Veröffentlichung von Werken im Internet.²³⁴ Die öffentliche Zugänglichmachung besteht nach dem Duktus der Norm bereits durch das Bereitstellen des Werkes in einer Form, die es Mitgliedern der Öffentlichkeit erlaubt, das Werk von überall zu jedem beliebigen Zeitpunkt zur Kenntnis zu nehmen.

Im Umfeld des 3D-Drucks ist dieses spezielle Verwertungsrecht des Urhebers deshalb besonders relevant, weil die dem Urheber vorbehaltene Verwertungshandlung bereits mit der Bereitstellung durch den Anbieter erfolgt. Ob es tatsächlich zu einem Abruf des Werkes kommt, ist unerheblich.²³⁵ Als Verletzer qualifiziert sich vielmehr derjenige, der die Bereithaltung des Werks kontrolliert und somit den Zugriff durch die Öffentlichkeit ermöglicht.²³⁶

Vor allem für Anbieter von Internetplattformen, über welche 3D-Modelle zum Abruf angeboten werden oder die den Austausch von 3D-Modellen zwischen einzelnen Nutzern („Filesharing“) ermöglichen, ist das Recht der öffentlichen Zugänglichmachung beachtlich. Aus technischer Notwendigkeit geht mit der öffentlichen Zugänglichmachung nach § 19 a UrhG auch eine Vervielfältigung im Sinne von § 16 Abs. 1 UrhG einher.²³⁷

Ist der Zweck der Vervielfältigung, beispielsweise des Speicherns einer Kopie des Werkes auf einem Internetserver, lediglich darauf beschränkt, auf diese Weise das Werk öffentlich zugänglich zu machen, so ist die Vervielfältigung zwar eine eigenständige Verwertungshandlung, hat nach Literaturmeinung jedoch keine wirtschaftliche Bedeutung.²³⁸ Vielmehr ist die Vervielfältigung in diesen Fällen eine notwen-

²³³ Götting in: Ahlberg/Götting, o. Fn. 229, § 19 a Rn. 1.

²³⁴ Bullinger in: Wandtke/Bullinger, o. Fn. 204, § 19 a Rn. 1, 2.

²³⁵ Bullinger in: Wandtke/Bullinger, o. Fn. 204, § 19 a Rn. 10.

²³⁶ BGH GRUR 2010, 628 (Rn. 20) – Vorschaubilder.

²³⁷ Götting in: Ahlberg/Götting, o. Fn. 229, § 19 a Rn. 1.

²³⁸ Bullinger in: Wandtke/Bullinger, o. Fn. 204, § 19 a Rn. 12.

dige Vorbereitungshandlung, was zwar für die Vergabe von Lizenzen zu berücksichtigen ist, da eine Lizenz für die öffentliche Zugänglichmachung auch ohne explizite Nennung auch die Lizenz zur Vervielfältigung zu diesem Zweck umfassen muss. Verwertungsrechtlich ist diese Unterscheidung jedoch ohne Relevanz.²³⁹

Das im weiteren Verlauf üblicherweise stattfindende Herunterladen eines 3D-Modells von der Internetplattform durch einen Nutzer stellt hingegen eine erneute Vervielfältigung dar, die ohne weiteres als Handlung im Sinne von § 16 Abs. 1 UrhG der Zustimmung des Urhebers bedarf. Dies gilt umso mehr, wenn das Werk anschließend ausgedruckt wird.²⁴⁰

Anders mag sich dies darstellen, wenn der Abruf des 3D-Modells nicht als Datei, sondern mittels „Streaming“ erfolgt. Entsprechende Geschäftsmodelle zielen darauf, den Urheberrechtsschutz zu umgehen, indem die Daten nicht zum vollständigen Herunterladen, sondern lediglich als Datenstrom angeboten werden, der unmittelbar an den heimischen 3D-Drucker geleitet wird.²⁴¹

Eine Vervielfältigung des Werkes erfolgt dabei nicht durch Kopieren der Daten, jedoch durch die Erstellung des physischen Objektes, und ist insoweit ebenfalls ohne Zustimmung des Urhebers wegen § 16 Abs. 1 UrhG unzulässig. Sollte darin im Einzelfall eine Umgestaltung des Werkes gesehen werden, weil es von der virtuellen Welt in die reale Welt überführt wird, wobei der herstellende Endnutzer zumindest auf die Materialauswahl einen eigenen Einfluss ausüben kann, so wird dies wohl in den meisten Fällen nach § 23 S. 2 UrhG ebenfalls einer Einwilligung des Urhebers bedürfen.²⁴²

IV. Schranken des Urheberrechts

Das Urhebergesetz sieht eine Vielzahl von Schranken vor, von welchen im Kontext des 3D-Drucks insbesondere die Vervielfältigung zum pri-

²³⁹ Bullinger in: *Wandtke/Bullinger*, o. Fn. 204, § 19 a Rn. 12.

²⁴⁰ Bullinger in: *Wandtke/Bullinger*, o. Fn. 204, § 19 a Rn. 12.

²⁴¹ Bechtold, IIC 2016, 517; <http://www.heise.de/tr/artikel/Diese-Daten-kriegt-ihre-nicht-1948571.html>, zuletzt abgerufen am 24.02.2018.

²⁴² so auch Nordemann/Rüberg/Schaefer, NJW 2015, 1265.

vaten Gebrauch nach § 53 UrhG relevant ist. Demnach sind Vervielfältigungen eines Werkes zulässig, sofern diese durch eine natürliche Person für private Zwecke erfolgen. Der private Gebrauch erstreckt sich lediglich auf die Nutzung in der Privatsphäre, womit in der Regel Familienangehörige und enge Freunde eingeschlossen sind.²⁴³

Es dürfen allerdings nur einzelne Vervielfältigungen vorgenommen werden. Wann die Grenze zu mehreren Vervielfältigungen erreicht ist, hat der Gesetzgeber nicht bestimmt. Der Bundesgerichtshof fordert folgerichtig eine Einzelfallbewertung und hat in einer älteren Entscheidung das Erreichen dieser Grenze bei einer Anzahl von mehr als sieben Vervielfältigungen eines Werkes gesehen, ohne sich jedoch allgemeingültig festzulegen.²⁴⁴ Im Zuge der Digitalisierung kann eine bestimmte Anzahl von Vervielfältigungen gleichwohl schwerlich ausschlaggebend sein, zumal der technische Fortschritt neue Möglichkeiten zur Zugänglichmachung von Werken an Personen außerhalb der Privatsphäre eröffnet hat.²⁴⁵ Insofern kommt ein Verlassen des Privatgebrauchs bereits bei einer zweifachen bis zehnfachen Vervielfältigung in Betracht.²⁴⁶

Unzulässig ist eine Vervielfältigung jedenfalls, wenn sie Erwerbszwecken dient oder ausgehend von einer offensichtlich rechtswidrig hergestellten bzw. öffentlich zugänglich gemachten Vorlage erfolgt, § 53 Abs. 1 S. 1 UrhG. Die in der Novelle von 2003 aufgenommene Einschränkung, dass ein zulässiger privater Gebrauch ausgeschlossen ist, wenn eine offensichtlich rechtswidrig öffentlich zugänglich gemachte Vorlage verwendet wird, soll das Filesharing über Internetplattformen erfassen und ist daher für den 3D-Druck relevant. Der Nutzer, der eine offensichtlich rechtswidrig veröffentlichte 3D-Modell-Datei über eine Filesharing-Plattform bzw. ein Peer-to-Peer-Netzwerk herunterlädt, kann sich daher nicht auf die Privilegierung des privaten Gebrauchs berufen. Die Rechtswidrigkeit muss allerdings aus Sicht des Nutzers erkennbar sein. Insofern existiert ein Gutgläubensschutz.²⁴⁷

²⁴³ Lüft in: *Wandtke/Bullinger*, o. Fn. 204, § 53 Rn. 23.

²⁴⁴ BGH GRUR 1978, 474 – *Vervielfältigungsstücke*.

²⁴⁵ Becker, ZUM 2012, 643.

²⁴⁶ Lüft in: *Wandtke/Bullinger*, o. Fn. 204, § 53 Rn. 13 m.w.N.

²⁴⁷ Lüft in: *Wandtke/Bullinger*, o. Fn. 204, § 53 Rn. 17.

Beachtlich ist außerdem, dass sich die Privatnutzungsschranke nur auf Vervielfältigungshandlungen bezieht. Vervielfältigungen sind in dieser Hinsicht solche, die von § 16 UrhG erfasst sind. Für die in der Praxis wichtige öffentliche Zugänglichmachung nach § 19 a UrhG besteht kein Privileg des Privatgebrauchs.²⁴⁸

²⁴⁸ Mengden, MMR 2014, 79.

D. Haftung für Rechtsverletzungen

Im Umfeld der additiven Fertigung sind mehrere Akteure mit unterschiedlichen Handlungen zugegen. Soweit es um die private Nutzung von 3D-Druckern geht, werfen zwei Gruppen von Akteuren aus juristischer Sicht besondere rechtliche Fragen auf. Zum einen sind hier Internetportale zu betrachten, die entweder selbst 3D-Modell-Dateien zum Abruf bereithalten oder eine Plattform für den Austausch solcher Daten bieten. Zum anderen stehen Druckdienstleister vor rechtlichen Herausforderungen, wenn sie auf Grundlage von 3D-Modellen, die ihnen von Dritten, insbesondere von Privatpersonen, zur Verfügung gestellt werden, dreidimensionale Objekte fertigen.

I. Haftung von Internetportalen

1. Eigenständiger Anbieter von 3D-Modellen

Internetportale, die 3D-Modelle als eigene Inhalte anbieten oder sich diese zu eigen machen, haften gemäß § 7 Abs. 1 TMG nach den allgemeingesetzlichen Grundsätzen unmittelbar für Rechtsverstöße.²⁴⁹

Ein gewerblicher Zweck des Onlineangebots solcher Internetportale ist wohl anzunehmen. Insofern kommt eine Privilegierung privaten Handels weder in urheberrechtlicher Hinsicht noch nach den entsprechenden Normen der gewerblichen Schutzrechte in Betracht. Betreiber von Internetportalen, die eigene oder sich zu eigen gemachte 3D-Modell-Dateien als Vorlagen für den 3D-Druck zum Abruf bereitstellen, sind daher angehalten, sich mit den Rechten von Schutzrechtsinhabern und Urhebern auseinanderzusetzen. Mithin wird das Anbieten der Dateien eine Einwilligung der Rechteinhaber erfordern.

²⁴⁹ BGH GRUR 2010, 616 – *marions-kochbuch.de*; Müller-Broich, TMG (Komm.), § 7 Rn. 2.

2. Plattformbetreiber für Filesharing

Betreiber von Filesharing-Plattformen treten nicht als Dienstanbieter nach § 7 Abs. 1 TMG auf. Sie bieten weder eigene Inhalte an, noch machen sie sich die über ihr Online-Portal ausgetauschten Daten zu eigen. Vielmehr stellen sie einen „Online-Marktplatz“ bereit, der nach Art eines Flohmarktes von einzelnen Personen genutzt werden kann, um 3D-Modelle für andere zugänglich zu machen.²⁵⁰

Nach der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs und des Bundesgerichtshofs kommt eine Haftung als Täter oder Teilnehmer nicht in Betracht, wenn der Betreiber des Internetportals eine markenverletzende Ware weder selbst anbietet, noch in Verkehr bringt oder zu Werbezwecken einsetzt.²⁵¹ Die Entscheidung ist auf andere gewerbliche Schutzrechte und das Urheberrecht übertragbar.²⁵²

Der Portalbetreiber hat in der Regel keine Kenntnis über die auf seiner Internetplattform eingestellten CAD-Dateien. Die Bereitstellung und der Abruf der Daten erfolgen automatisiert und werden lediglich durch die Nutzer des Portals bewusst gesteuert. Eine Haftung als Gehilfe, die einen „bedingten Vorsatz, der das Bewusstsein der Rechtswidrigkeit einschließen muss“ voraussetzt, scheidet daher ebenfalls aus.²⁵³

Dies gilt allerdings nur, solange der Portalbetreiber von der Rechtsverletzung keine Kenntnis hat. Wird der Portalbetreiber über eine Rechtsverletzung informiert, ist er zur Handlung verpflichtet, muss das Angebot sperren und auch Maßnahmen ergreifen, um weitere Rechtsverstöße zu vermeiden.²⁵⁴ Insofern haften Plattformbetreiber mittelbar für Schutzrechtsverletzungen ihrer Nutzer, wenn sie an der verletzenden Handlung „willentlich und adäquat-kausal“ oder zur Aufrechterhaltung der Verletzung mitgewirkt haben.²⁵⁵ Diese Störerhaftung ergibt sich aus analoger Anwendung von § 1004 BGB und er-

²⁵⁰ Leupold/Glossner, o. Fn. 3, Kap. 4.6.4 Nr. 2 S. 113 ff.

²⁵¹ EuGH GRUR 2011, 1025 – L'Oréal/eBay; BGH GRUR 2004, 860 – Internet-Versteigerung I.

²⁵² Nordemann, GRUR 2011, 977; Leupold/Glossner, o. Fn. 3, Kap. 4.6.4 Nr. 2 S. 114 f.

²⁵³ BGH GRUR 2007, 890 (Rn. 21) – Jugendgefährdende Medien bei eBay.

²⁵⁴ BGH GRUR 2007, 890 (Rn. 42 f.) – Jugendgefährdende Medien bei eBay.

²⁵⁵ BGH GRUR 2011, 152 (Rn. 49) – Kinderhochstühle im Internet III.

streckt sich daher nur auf Unterlassungsansprüche; Schadensersatz kann gegen den Störer nicht geltend gemacht werden.²⁵⁶

Voraussetzung für die Haftung als Störer ist eine Verletzung von Prüf- und Überwachungspflichten.²⁵⁷ Bei einer automatisierten Bereitstellung von Daten durch die Nutzer einer Internetplattform ist es allerdings praxisfern, jeden Datenaustausch über das Onlineportal auf Rechtsverstöße zu prüfen und zu überwachen.

Die Prüf- und Überwachungspflichten müssen daher für den Plattformbetreiber zumutbar sein. Dies ist erfüllt, wenn der Plattformbetreiber auf eine Rechtsverletzung hingewiesen wurde. Dann muss er das konkrete Angebot sperren und Vorsorge treffen, dass weitere Rechtsverletzungen derselben Art vermieden werden.²⁵⁸ Dies wird in der Praxis als „Notice-and-Take Down“-Verfahren bezeichnet und lehnt sich an die Regelung gemäß § 10 Nr. 2 TMG an. Einige Betreiber von Internetplattformen zum Austausch von CAD-Dateien für den 3D-Druck wurden im Ausland bereits mit diesem Verfahren konfrontiert.²⁵⁹

Sofern der Plattformbetreiber unmittelbar nach Kenntniserlangung über die Rechtsverletzung handelt, ist er als Störer nicht haftbar. Erfolgt jedoch ein weiterer Verstoß, ohne dass der Plattformbetreiber entsprechende technische Maßnahmen ergriffen hat, um weitere Rechtsverletzungen zu vermeiden, lebt die Haftung wieder auf. Als geeignete technische Maßnahme wird beispielsweise eine Filtersoftware angesehen, mit der verdächtige Angebote ermittelt werden können, um sie anschließend einer detaillierten Überprüfung zu unterziehen.²⁶⁰

Eine Besonderheit besteht freilich bei Internetportalen, die ihr Geschäftsmodell darauf ausgelegt haben, Rechtsverletzungen zu fördern oder ihnen zumindest bewusst Vorschub zu leisten. Betreibern solcher Online-Plattformen sind weitergehende Prüfungspflichten zuzumuten. Sie müssen die Verlinkungen zu Dateien, die von ihren Nutzern bereit-

²⁵⁶ Nordemann, GRUR 2011, 977.

²⁵⁷ BGH GRUR 1999, 418 – Möbelklassiker.

²⁵⁸ BGH GRUR 2004, 860 – Internet-Versteigerung I; BGH GRUR 2007, 890 (Rn. 43) – *Jugendgefährdende Medien bei eBay*.

²⁵⁹ Bechtold, IIC 2016, 517.

²⁶⁰ BGH GRUR 2011, 152 – *Kinderhochstühle im Internet*.

gestellt werden, regelmäßig auf Rechtsverstöße überprüfen.²⁶¹ Dies gilt für alle Werke, die Anlass für einen Hinweis eines Rechtsverstoßes an den Plattformbetreiber gegeben hatten. Eine hohe Anzahl an Hinweisen verringert die Prüfpflichten des Störers nicht.²⁶²

Die Grundsätze der täterschaftlichen Haftung und der Störerhaftung von Plattformbetreibern gelten im Wesentlichen sowohl für urheberrechtlich relevante Verstöße, als auch für den Eingriff in gewerbliche Schutzrechte, da die Plattformbetreiber üblicherweise gewerblich handeln und sich nicht auf das Privatnutzungsprivileg berufen können.

Die Privilegierung könnte allenfalls greifen, wenn die Reichweite der Verbreitung eines 3D-Modells beispielsweise durch entsprechende Zugriffskontrollen auf einen engen Kreis von persönlich bekannten Nutzern beschränkt wird. Ein solcher Fall könnte beispielsweise vorliegen, wenn derjenige, der die CAD-Datei auf der Internetplattform bereitstellt, einer kleinen Anzahl von nahestehenden Personen einen sonst nicht öffentlichen Link zusendet, so dass ein Abruf der CAD-Datei nur durch diesen begrenzten Personenkreis möglich ist.

II. Haftung von Druckdienstleistern

Für den privaten Endanwender besteht nicht nur die Möglichkeit, ein 3D-Modell an den heimischen 3D-Drucker zur eigenen Fertigung des dreidimensionalen Objekts zu senden. Vielmehr existieren Anbieter, die ähnlich wie ein „Copy Shop“ den Druck auf Basis der vom Endanwender bereitgestellten 3D-Vorlage entgeltlich ausführen. Insofern stellt sich die Frage, inwiefern solche Druckdienstleister eine eigene, rechtlich relevante Herstellungshandlung vornehmen.

Hier sind unterschiedliche Dienstleistungsmodelle zu unterscheiden. Einerseits existieren Geschäftsmodelle, in welchen die Druckdienstleister die 3D-Druckmaschinen lediglich kostenpflichtig zugänglich machen, so dass der Endanwender selbst den Druckvorgang steuert. Andererseits führen Druckdienstleister den 3D-Druck eigenhändig

²⁶¹ BGH GRUR 2013, 1030 – *File-Hosting-Dienst*.

²⁶² BGH GRUR 2013, 1030 – *File-Hosting-Dienst*.

auf Basis von Druckvorlagen aus, die ihnen bspw. von ihren Kunden bereitgestellt werden.

Im ersten Fall wird den Druckdienstleister eine Haftung nur treffen können, wenn ihm Kenntnis oder grob fahrlässige Unkenntnis der Rechtsverletzung vorgeworfen werden kann. Eine allgemeine Kontrollpflicht des Druckdienstleisters existiert nicht, so dass verschiedentlich vorgeschlagen wird, mittels allgemeiner Geschäftsbedingungen die Erklärung des Kunden einzuholen, dass der Druck auf Grundlage der vom Kunden gelieferten 3D-Druckdaten keine Immaterialgüterrechte Dritter berührt.²⁶³

Im zweiten Fall führt der Druckdienstleister bei objektiver Be trachtung den entscheidenden Herstellungsschritt, nämlich die Umsetzung der virtuellen Druckvorlage in das rechtsverletzende Produkt, aus. Insofern könnte eine Verletzungshandlung durch den Druckdienstleister gesehen werden.²⁶⁴ Insbesondere eine Haftung als Mittäter kann im Einzelfall in Betracht kommen.²⁶⁵

Es erscheint jedoch unangemessen, von einer solchen Mittäterschaft pauschal auszugehen. Dies würde in der Praxis erfordern, dass der Druckdienstleister bei jeder Auftragsfertigung sicherstellen müsste, dass der Auftraggeber rechtmäßig im Besitz der CAD-Datei und das erstellte Produkt damit rechtsmängelfrei sind.²⁶⁶ Insbesondere bei nicht-gewerblichen Kunden dürfte es in diesen Fällen wegen der Inhaltskontrolle nach §§ 309 Nr. 8 i.V.m. § 310 Abs. 3 BGB für den Druckdienstleister kaum möglich sein, eine Haftung allein mittels allgemeiner Geschäftsbedingungen auszuschließen.

Zu berücksichtigen ist dennoch die Art und Weise der Beziehung zwischen dem eigenhändig herstellenden Druckdienstleister und dem die dafür erforderlichen Druckdaten bereitstellenden Kunden. Der Druckdienstleister handelt ausschließlich auf Anweisungen des Kunden der, unabhängig davon, ob er als Unternehmer oder Privatperson auftritt, weitgehend die Hoheit über das ob, wie und wann der Ferti-

²⁶³ so bspw. *Blanke-Roeser*, GRUR 2017, 467.

²⁶⁴ so *Ballestrem*, MittdtPata 2016, 358.

²⁶⁵ *Blanke-Roeser*, GRUR 2017, 467.

²⁶⁶ *Leupold/Glossner*, o. Fn. 3, Kap. 4.6.4 Nr. 1 S. 111.

gung innehat.²⁶⁷ Insofern der Auftraggeber das Haftungsprivileg als privat Handelnder geltend machen kann, so sollte sich dies auch auf den eigenhändig herstellenden Druckdienstleister ausweiten, sofern das 3D-Modell nicht für den Druckdienstleister offensichtlich erkennbar rechtswidrig beschafft oder hergestellt wurde.²⁶⁸

Somit kommt für Druckdienstleister höchstens eine Haftung als Störer in Betracht, wobei hier ebenfalls eine grob fahrlässige Verletzung von Kontrollpflichten vorauszusetzen ist. Die Zumutbarkeit der Kontrollpflichten bemisst sich nach den allgemeinen Grundsätzen der Störerhaftung, so dass es im Ergebnis analog zur Herangehensweise bei Internetportalen zu einer Anwendung des „Notice-and-Take Down“-Verfahrens kommen muss.²⁶⁹

²⁶⁷ OLG Düsseldorf BeckRS 2008, 3520 – *Loom-Möbel*; Heerma in: *Wandtke/Bullinger*, o. Fn. 204, § 16 Rn. 9.

²⁶⁸ Mengden, MMR 2014, 79; Leupold/Glossner, o. Fn. 3, Kap. 4.6.4 Nr. 1 S. 111.

²⁶⁹ s. oben Kapitel D.I.2 „Plattformbetreiber für Filesharing“.

Zusammenfassung

Der gewerbliche Rechtsschutz und das Urheberrecht sind insgesamt gut für die neue Technologie der additiven Fertigung, insbesondere ihrer Verbreitung im privaten Umfeld, gerüstet. Die Parallelen zum Filesharing von Musik- und Videodateien zeigen, dass Rechteinhaber einerseits weitgehend geschützt sind und die Allgemeinheit andererseits ausreichende Handlungsfreiheit hat. Insbesondere das Urheberrecht steht den Rechteinhabern zur Seite, zumal hier die private Nutzung nicht vollumfänglich freigestellt ist. Im gewerblichen Rechtsschutz sind insbesondere Marken- und Designrechte gut zu verteidigen.

Lediglich mit Blick auf technische Entwicklungen ist in der Praxis mit einer Verschiebung des Interessensaustauschs zum Nachteil der Rechteinhaber zu rechnen.

Hier wäre es wünschenswert, die Rechtsunsicherheit, die durch die bisher stark mit Blick auf körperliche Verletzungsgegenstände geprägten Entscheidungen der Gerichte aufgeworfen wurde, zu beseitigen und insoweit an die neuen rechtlichen Herausforderungen, die sich durch die Digitalisierung der Produktionsprozesse insgesamt ergeben (Stichwort „Industrie 4.0“) anzupassen. Die Entscheidung „Fräsvorfahren“ des Oberlandesgerichts München²⁷⁰ bietet dafür einen guten Ausgangspunkt.

Auch wäre in Betracht zu ziehen, die Verbreitung von 3D-Modellen, die lediglich die physische Herstellung von Objekten ermöglichen, die ihrerseits ein wesentliches Mittel zu Verwirklichung eines patentgeschützten Erzeugnisses bilden, als patentrechtlich relevante Handlung zu etablieren.

²⁷⁰ OLG München, Urt. v. 19.05.2011 – 6 U 2347/05, BeckRS 2013, 9631.

Teil II Die Reichweite des Erschöpfungsgrundsatzes bei digitalen Werken

A. Einleitung

Während das Internet in der Anfangszeit nicht darauf ausgelegt war, große Dateien an den Nutzer zu übermitteln, änderte sich dies spätestens mit dem Ausbau des Breitbandnetzes. Der Online-Vertrieb digitaler Werke wurde zu einer vielfach genutzten Alternative zum Vertrieb der Werke auf körperlichen Datenträgern.

Heute lassen sich praktisch alle analogen Werke auch als digitale Version im Wege des Downloads erwerben. Statt Bücher werden eBooks gelesen, CD Spieler wurden durch MP3 Spieler ersetzt und Filme lassen sich über jedes Smartphone wiedergeben, ohne dass der Nutzer auf eine DVD angewiesen ist.

Aufgrund der drastischen Entwicklung der Mobilfunkstandards²⁷¹ und der umfangreichen Möglichkeiten der sich stetig weiterentwickelnden Smartphones und Tablet-Computer sind die Werkübertragung und der Werkgenuss zudem nicht mehr auf den häuslichen Bereich beschränkt. Schnelles, überall verfügbares Internet ist ebenso selbstverständlich geworden wie dessen Nutzung auf mobilen Endgeräten zu jeder gewünschten Zeit und an jedem gewünschten Ort. Digitale Werke lassen sich zu jeder Zeit innerhalb von wenigen Minuten online erwerben und auf ein Endgerät übertragen. Selbst hochauflösende Filme lassen sich praktisch ohne Wartezeit On-Demand auf das mobile Wiedergabegerät des Nutzers streamen.

Mit dem zunehmenden Vertrieb digitaler Werke über das Internet kam allerdings auch die Frage auf, ob man ein erworbene digitales Werk weiterveräußern darf.

Der EuGH hat diese Frage mit seinem Urteil „UsedSoft“²⁷² für Computerprogramme in Teilbereichen entschieden. Aufgrund des Er-schöpfungsgrundsatzes ist es einem Nutzer unter bestimmten Bedin-

²⁷¹ vgl. zum aktuellen Mobilfunkstandard LTE http://de.wikipedia.org/wiki/Long_Term_Evolution, zuletzt abgerufen am 25.02.2018.

²⁷² EuGH MMR 2012, 586 – *UsedSoft*.

gungen gestattet, „gebrauchte“ Computerprogramme an einen Zweiterwerber weiterzugeben.

Der EuGH unterstrich in seiner Entscheidung insbesondere die wirtschaftliche Vergleichbarkeit des Vertriebs körperlicher und unkörperlicher Werke.

Da der EuGH den Umfang seiner Entscheidung auf den Vertrieb von Software beschränkte, stellt sich die Frage, ob ein digitaler Gebrauchtmarkt auch für andere digitale Werke wie eBooks oder Musikdateien möglich sein muss.

Die Beantwortung dieser Frage stellt die juristische Welt vor erhebliche Probleme, wie nachfolgend dargestellt werden soll.

B. Digitale Werke und ihre Vertriebsformen

Die Digitalisierung hat für den Endverbraucher eine Vielzahl von Vorteilen mit sich gebracht. Neben der Möglichkeit, digitale Werke an jedem beliebigen Ort abrufen und genießen zu können, muss auch die Anpassbarkeit digitaler Werke an die Erwartungen und Wünsche des Endkunden sowie die Flexibilität der Vertriebsformen besonders hervorgehoben werden.²⁷³ Urheber sind in der Lage, den Inhalt digitaler Werke auf die Bedürfnisse der Endkunden maßzuschneidern und diese Werke anschließend auf die unterschiedlichsten Arten zur Verfügung zu stellen. Der Musikverband der Musikindustrie fasste die heutigen Möglichkeiten bereits 2013 kurz und treffend wie folgt zusammen:

„Das digitale Angebot holt den Nutzer dort ab, wo, wann und wie er seine digitalen Werke genießen möchte.“²⁷⁴

I. Musik

Die physischen Musikmedien wie CD-Alben, Vinyl-Alben und Musik-DVDs waren im Jahr 2016 zwar immer noch für fast zwei Drittel aller Musikumsätze in Deutschland verantwortlich, doch wurden im Jahr 2016 bereits 37,9 Prozent aller in Deutschland generierten Umsätze durch den digitalen Vertrieb erwirtschaftet.²⁷⁵

Der Nutzer konnte 2016 aus einer Vielzahl digitaler Vertriebsplattformen wählen, die sich auf zwei Vertriebsmodelle spezialisiert haben: Zum einen stellen Anbieter Musik als Download zur Verfügung, zum anderen bieten Anbieter Musikstücke in Form des Streamings²⁷⁶ an.

²⁷³ so bereits *Bundesverband Musikindustrie e.V.*, Musikindustrie in Zahlen 2013, S. 2.

²⁷⁴ *Bundesverband Musikindustrie e.V.*, o. Fn. 273, S. 2.

²⁷⁵ *Bundesverband Musikindustrie e.V.*, Musikindustrie in Zahlen 2016, S. 5.

²⁷⁶ *Bundesverband Musikindustrie e.V.*, o. Fn. 275, S. 9.

1. Typen digitaler Musik

Musikstücke werden überwiegend als Audiodateien ohne Zusatzinhalte vertrieben.²⁷⁷ Diese Audiodateien weisen, je nach Anbieter, verschiedene Formate auf. Das bekannteste Format ist das MP3 Format, das beispielsweise von Amazon Music verwendet wird.²⁷⁸ Darüber hinaus haben sich allerdings auch andere Formate auf dem Markt etabliert, etwa das MP4 Format, das auf dem Apple-Quick-Time-Format basiert²⁷⁹, oder das Ogg Vorbis Format.²⁸⁰

Im Jahr 2009 führte Apple das so genannte „iTunes LP“ Format ein, mit dem der Nutzer beim Kauf eines kompletten Musikalbuns neben den bloßen Audiodateien auch Zusatzinhalte, z.B. Fotos, Videos und Liedtexte samt Auswahlmenü, erwirbt.²⁸¹ Wird ein Album im iTunes LP Format in der Abspielsoftware iTunes ausgewählt, öffnet sich ein Auswahlmenü, vergleichbar mit dem Menü einer Film-DVD. Über das Menü kann der Nutzer einzelne Lieder des Albums oder das Zusatzmaterial gezielt auswählen.²⁸²

In technischer Hinsicht wird auf das Endgerät des Nutzers neben den separat auswählbaren Audiodateien eine ITLP-Datei geladen, die alle Informationen zum Menü sowie die Zusatzinhalte der iTunes LP, z.B. Bilder oder Videos, enthält.²⁸³

Aufgrund der rasanten Verbreitung von Smartphones und Tablet-Computern sind Künstler zudem vereinzelt dazu übergegangen, Musikalben über die entsprechenden Vertriebsplattformen (nachfolgend „App Stores“) als eigenständige Software-Applikationen (nach-

²⁷⁷ etwa von Amazon (www.amazon.de) oder Apple (www.apple.de), zuletzt abgerufen am 25.02.2018.

²⁷⁸ <https://www.amazon.de/gp/help/customer/display.html?nodeId=201379550>, zuletzt abgerufen am 25.02.2018.

²⁷⁹ <https://de.wikipedia.org/wiki/MP4>, zuletzt abgerufen am 25.02.2018.

²⁸⁰ <https://de.wikipedia.org/wiki/Vorbis>, zuletzt abgerufen am 25.02.2018.

²⁸¹ [http://www.faz.net/aktuell/technik-motor/audio-video/ipod-modele-aufgefriest-apples-einzigste-ueberraschung-heisst-steve-jobs-1859178-p2.html](http://www.faz.net/aktuell/technik-motor/audio-video/ipod-modele-aufgefrischt-apples-einzigste-ueberraschung-heisst-steve-jobs-1859178-p2.html), zuletzt abgerufen am 25.02.2018.

²⁸² Beispielbilder finden sich unter: <https://www.apple.com/itunes/working-itunes/enhance/lps/>, zuletzt abgerufen am 25.02.2018.

²⁸³ Die technische Dokumentation findet sich unter: https://www.apple.com/euro/itunes/lp-and-extras/docs/Template_How-To.pdf, zuletzt abgerufen am 25.02.2018.

folgend „Apps“) für Smartphones und Tablet-Computer anzubieten.²⁸⁴ Durch den Vertrieb als App ist eine zusätzliche Software zum Abspielen nicht mehr notwendig. Musikstücke und Abspielsoftware bilden eine Einheit in Form der App.

Wie bei der iTunes LP bieten diese „Musik-Album-Apps“ neben den Musikstücken außerdem weitere Zusatzinhalte, die über ein Menü abgerufen werden können.²⁸⁵

Um die Lieder nicht ausschließlich über die Musik-Album-App abspielen zu müssen, verfügen die Apps zum Teil über die Funktion, Lieder separat speichern zu können, um sie mit einer anderen Abspielsoftware öffnen zu können.²⁸⁶ Diese Option ist jedoch nicht zwingend.

2. Vertriebsformen

Die zuvor genannten Typen digitaler Musik werden entweder als Download oder als Stream angeboten.

a) Download-Dienste

Die Form des digitalen Vertriebs, die dem klassischen Kauf einer CD am nächsten kommt, ist die Form des Kaufs eines digitalen Musikstücks mit anschließendem Download. Bekannte Unterstützer dieser Vertriebsform sind etwa Amazon (Amazon Music)²⁸⁷, Google (Google Play)²⁸⁸ und Apple (iTunes)²⁸⁹.

In technischer Hinsicht ist diese Vertriebsform dadurch gekennzeichnet, dass die Musikdatei vor dem Genuss vollständig auf einen Datenträger, etwa die Festplatte in einem PC oder den Speicher in

²⁸⁴ bspw. Paul McCartney: <https://www.rollingstone.de/band-on-the-run-ram-und-mehr-paul-mccartney-enterst-den-app-store-367636/>, zuletzt abgerufen am 25.02.2018.

²⁸⁵ Ein Beispiel findet sich unter Fn. 284.

²⁸⁶ <https://www.heise.de/mac-and-i/meldung/Paul-McCartney-legt-Alben-als-iPad-Apps-neu-auf-2261629.html>, zuletzt abgerufen am 25.02.2018.

²⁸⁷ <https://www.amazon.de/Amazon-com-Amazon-Music/dp/Boo4FRXoMY>, zuletzt abgerufen am 25.02.2018.

²⁸⁸ <https://play.google.com/store/music>, zuletzt abgerufen am 25.02.2018.

²⁸⁹ <http://www.apple.com/itunes/>, zuletzt abgerufen am 25.02.2018.

einem Smartphone, heruntergeladen wird.²⁹⁰ Von dort aus kann das Musikstück durch eine entsprechende Abspielsoftware wiedergegeben werden.

b) Streaming-Dienste

Im Gegensatz zum Download werden Musikdateien beim Streaming nicht lokal auf dem Wiedergabegerät gespeichert. Stattdessen wird ein Audio-Daten-Stream an das Endgerät gesendet, das diesen Stream während des Empfangs abgespielt.²⁹¹ Um den Musik-Stream wiedergeben zu können, muss der Nutzer eine Verbindung zum Server des Anbieters, auf dem das Musikstück bereitgehalten wird, herstellen und aufrechterhalten. Bricht die Verbindung ab, wird auch die Wiedergabe des Musikstücks unterbrochen.²⁹²

Bei den Streaming-Diensten sind im Wesentlichen drei Stufen an Interaktivität zu unterscheiden:

Online-Radios, z.B. vom Bayerischen Rundfunk (Bayern 3)²⁹³, stellen die linearste Form des Streamings dar. Bei diesen Diensten kann der Nutzer das ausgestrahlte Musikprogramm nicht beeinflussen. Das Musikprogramm wird somit ausschließlich vom Anbieter vorgegeben. Trotz dieser eingeschränkten Beeinflussbarkeit erfreut sich das Online-Radio nach wie vor großer Beliebtheit. Im Jahr 2016 nahm das Online-Radio einen Anteil von 6,3% an der Gesamtzeit des Musikhörens ein.²⁹⁴

Bei On-Demand-Streaming-Diensten hat der Nutzer die Wahl, welche Musikstücke zu welchem Zeitpunkt in welcher Reihenfolge abgespielt werden sollen. Bekannte Anbieter dieser On-Demand-Streaming-Dienste sind etwa Spotify (Spotify)²⁹⁵, Apple (Apple Music)²⁹⁶

²⁹⁰ *Hilty*, CR 2012, 625 (628); OLG Hamm, Urt. v. 15.05.2014 – I-22 U 60/13, ZUM 2014, 715.

²⁹¹ *Bäcker/Höfinger*, ZUM 2013, 623 (624); *Redeker*, CR 2014, 73; *Schack*, GRUR 2007, 639 (641); *Schulze*, NJW 2014, 721 (722).

²⁹² *Bäcker/Höfinger*, ZUM 2013, 623 (624).

²⁹³ <https://www.bayern3.de>, zuletzt abgerufen am 25.02.2018.

²⁹⁴ *Bundesverband Musikindustrie e.V.*, o. Fn. 275, S. 25.

²⁹⁵ <https://www.spotify.com/de/>, zuletzt abgerufen am 25.02.2018.

²⁹⁶ <https://www.apple.com/de/>, zuletzt abgerufen am 25.02.2018.

und Napster (Napster)²⁹⁷. Aufgrund der Nachteile des Streaming-Verfahrens, d.h. der Erforderlichkeit einer steten Internetverbindung, räumen Anbieter von On-Demand-Streaming-Diensten den Nutzern gegen einen Aufpreis zumeist die Möglichkeit ein, Musikstücke herunterzuladen, um sie offline wiedergeben zu können.²⁹⁸ Nach Ablauf des Abonnements lassen sich die offline gespeicherten Musikstücke nicht mehr wiedergeben.

Einen Mittelweg zwischen den linearen und den On-Demand-Streaming-Diensten gehen bestimmte Anbieter von Online-Radios. Bei diesen Diensten bestimmt der Nutzer das Musik-Genre, eine bestimmte Musikrichtung oder auch nur eine bestimmte Stimmung. Die Online-Radios spielen im Anschluss an die Erstauswahl durch den Nutzer solche Musikstücke, die dieser ersten Auswahl entsprechen, ohne dass der Nutzer die nachfolgenden Stücke auswählen oder zusammenstellen darf. Je nach Anbieter darf der Nutzer allerdings eine bestimmte Anzahl von Liedern pro Stunde oder pro Tag überspringen. Anbieter dieser Dienste sind etwa last.fm²⁹⁹ und Apple (iTunes Radio)³⁰⁰.

c) Online/Offline Mischformen

Im Rahmen des so genannten „AutoRip“ Angebots, das seit dem 25. Juni 2013 auch in Deutschland verfügbar ist³⁰¹, stellt Amazon³⁰² jedem Nutzer, der ein am Angebot teilnehmendes CD- oder Vinyl-Album kauft, das gleiche Album als MP3 Version unentgeltlich zur Verfügung. Der Nutzer kann die MP3 Version des Albums über den Amazon Cloud Player streamen oder als Download auf das Endgerät herunterladen.³⁰³

²⁹⁷ <https://de.napster.com/>, zuletzt abgerufen am 25.02.2018.

²⁹⁸ z.B. Spotify Premium: <https://www.spotify.com/de/premium/>, zuletzt abgerufen am 25.02.2018.

²⁹⁹ <https://www.last.fm/de/>, zuletzt abgerufen am 25.02.2018.

³⁰⁰ <https://www.apple.com/de/apple-music/>, zuletzt abgerufen am 25.02.2018 – noch nicht in Deutschland verfügbar.

³⁰¹ <http://www.chip.de/news/Amazon-AutoRip-CD-kaufen-MP3s-gratis-dazu-59819807.html>, zuletzt abgerufen am 25.02.2018.

³⁰² <https://www.amazon.de/>, zuletzt abgerufen am 25.02.2018.

³⁰³ <https://www.amazon.de/b?node=2624847031>, zuletzt abgerufen am 25.02.2018.

II. Hörbücher

Im Unterschied zum digitalen Musikmarkt muss sich der Markt für digitale Hörbücher noch beim Kunden durchsetzen. Gerade einmal 13% vom Gesamtumsatz für Hörbücher wurden im Jahr 2013 durch Downloads erzielt.³⁰⁴

1. Typen digitaler Hörbücher

Digitale Hörbücher, welche der analogen Fassung auf einer CD am nächsten kommen, sind Hörbücher in Form von Audiodateien ohne zusätzlichen Inhalt.

Digitale Hörbücher und digitale Musikstücke werden oftmals technisch identisch behandelt³⁰⁵, da beide Werkarten häufig als MP3 Dateien vertrieben werden. Allerdings gibt es beachtenswerte Unterschiede.

Während Musikstücke eine durchschnittliche Laufzeit von 3-5 Minuten besitzen und am Stück konsumiert werden können, haben Hörbücher üblicherweise eine Abspielzeit von mehreren Stunden³⁰⁶.

Da das für Musikstücke entwickelte MP3 Format nicht die Möglichkeit bietet, das enthaltene digitale Werk in verschiedene Kapitel zu unterteilen oder Lesezeichen zu setzen, sind Anbieter von Hörbüchern im MP3 Format auf eine Aufteilung des Hörbuchs in eine Vielzahl von MP3 Dateien angewiesen. So kann eine MP3 Datei etwa einen bestimmten Zeitabschnitt oder ein einzelnes Kapitel des Buchs darstellen.

In der Konsequenz enthält der Kunde nicht „das Hörbuch“ im MP3 Format, sondern eine Vielzahl von MP3 Dateien. Beispielsweise wurde das Hörbuch „Perry Rhodan 2500: Projekt Saturn“³⁰⁷, trotz einer

³⁰⁴ Bundesverband Musikindustrie e.V., o. Fn. 273, S. 12.

³⁰⁵ vgl. nur OLG Hamm, Urt. v. 15.05.2014 – I-22 U 60/13, ZUM 2014, 715.

³⁰⁶ bspw. dauert das Hörbuch von Hape Kerkeling, „Der Junge muss an die frische Luft: Meine Kindheit und ich“ 7 Stunden 44 Minuten. Ken Follets „Kinder der Freiheit“ hat als Hörbuch eine Laufzeit von 42 Stunden 10 Minuten.

³⁰⁷ kostenlos herunterladbar über <https://www.ebook.de/de/>, zuletzt abgerufen am 25.02.2018.

Laufzeit von gerade einmal siebzehn Minuten, in 77 MP3 Dateien unterteilt.

Aufgrund dieser Nachteile des MP3 Formats verwenden diverse Anbieter proprietäre Formate. Durch die Verwendung dieser eigenen Formate wird es dem Nutzer ermöglicht, Fußnoten im Hörbuch direkt anzusteuern oder Kapitel zu überspringen. Auch das Setzen von Lesezeichen ist möglich, um die Wiedergabe des Hörbuchs an der Stelle wiederaufnehmen zu können, an der man sie zuvor beendet hatte.³⁰⁸ Ein weiterer Vorteil liegt darin begründet, dass ein Hörbuch dieser Anbieter tatsächlich aus nur einer einzigen Datei besteht, die mit einem Kopierschutz versehen werden kann.³⁰⁹

Neben den vorgenannten Audiodateien finden auch neue Typen von Hörbüchern, insbesondere in Form von Apps, zunehmend Verbreitung.

Wie bei Musik-Album-Apps wird bei den Hörbuch-Apps durch den einheitlichen Vertrieb von Hörbuch und Abspielsoftware in einer App eine zusätzliche Software für die Wiedergabe überflüssig.

Schließlich lassen sich in den App Stores auch illustrierte Hörbücher finden, die neben dem Sprachwerk auch Bildelemente aufweisen, anhand derer das gesprochene Werk nachvollzogen werden kann.³¹⁰ Auch für diese Hörbücher wird, aufgrund des App-Formats, eine zusätzliche Abspielsoftware nicht benötigt.

³⁰⁸ Friedrichs/Hass, MedienWirtschaft 3/2006, (33); Der Anbieter Audible (www.audible.com) verwendet etwa die Audible Formate AA bzw AAX, die diese Vorteile bieten: <https://de.wikipedia.org/wiki/Audible>, zuletzt abgerufen am 25.02.2018.

³⁰⁹ zum Kopierschutz: <http://www.pc-magazin.de/ratgeber/ebook-kopierschutz-drm-umgehen-umwandeln-epub-mobi-2435124.html>, zuletzt abgerufen am 25.02.2018.

³¹⁰ bspw. "Count Dracula. Illustrated Audiobook", ein Hörbuch zu Bram Stokers „Dracula“, das zusätzlich 700 Illustrationen enthält: <https://count-dracula-illustrated-audiobook-ios.soft112.com/>, zuletzt abgerufen am 25.02.2018.

2. Vertriebsformen

Hörbücher werden als Download³¹¹ oder als Stream³¹² angeboten, wobei die Vertriebsform des Streamens (11%) gegenüber Downloads (2%) beliebter ist.³¹³

Marktführer³¹⁴ auf dem Gebiet des digitalen Hörbücher-Downloads ist die Amazon-Tochter³¹⁵ Audible³¹⁶. Weitere Marktteilnehmer sind etwa Thalia³¹⁷ und Apple³¹⁸.

III. Filme

Betrachtet man die Kaufstatistiken für Filme, so fällt auf, dass die Käufer physischer Produkte, d.h. DVD und Blu-ray, weiterhin dominieren.³¹⁹ Lediglich 3% der gekauften Videos sind digital. Auf den zweiten Blick fällt auf, dass sich im digitalen Filmbereich vor allem das Abonnementmodel großer Beliebtheit erfreut. In Deutschland führt Amazon (Prime Video³²⁰) diesen Bereich vor Netflix (Netflix³²¹) an.³²²

³¹¹ Etwa von Audible (www.audible.com), Apple (<https://itunes.apple.com/de/genre/horbucher/id50000024>) oder Napster (www.napster.de), zuletzt abgerufen am 25.02.2018.

³¹² Etwa von Vorleser.net (www.vorleser.net), vom bayerischen Rundfunk (<http://www.br.de/>) oder von Spotify (www.spotify.com), zuletzt abgerufen am 25.02.2018.

³¹³ Bundesverband Musikindustrie e.V., o. Fn. 275, S. 12.

³¹⁴ <https://www.buchreport.de/2014/12/04/die-naechste-angriffswelle-auf-amazon/>, zuletzt abgerufen am 25.02.2018.

³¹⁵ <http://de.wikipedia.org/wiki/Audible>, zuletzt abgerufen am 25.02.2018.

³¹⁶ www.audible.de, zuletzt abgerufen am 25.02.2018.

³¹⁷ www.thalia.de, zuletzt abgerufen am 25.02.2018.

³¹⁸ www.apple.de, zuletzt abgerufen am 25.02.2018.

³¹⁹ BVV Businessreport 2016: https://www.bvv-medien.org/fileadmin/user_upload/businessreports/JWB2016.pdf, zuletzt abgerufen am 25.02.2018.

³²⁰ https://www.amazon.de/Prime-Video/b/?node=3279204031&ref=atv_surl_piv, zuletzt abgerufen am 25.02.2018.

³²¹ <http://www.netflix.com>, zuletzt abgerufen am 25.02.2018.

³²² <https://www.kino.de/serie/house-of-cards/news/amazon-oder-netflix-studie-offenbart-deutschen-marktfuehrer-bei-streaming-portalen/>, zuletzt abgerufen am 25.02.2018.

1. Typen digitaler Filme

Eine DVD enthält neben dem eigentlichen Film auch ein DVD Menü, in dem verschiedene Einstellungen vorgenommen werden können. So lässt sich etwa eine bestimmte Sprachfassung des Films wählen oder es lassen sich Untertitel einstellen. Ferner ist neben dem eigentlichen Hauptfilm üblicherweise auch das so genannte „Bonusmaterial“ auswählbar, etwa Hintergründe zur Entstehung des Films („Making Of“) oder interaktive Spiele, die mit der Fernbedienung gesteuert werden.

Im Gegensatz hierzu vertreiben die meisten On-Demand-Dienste üblicherweise nur die den Hauptfilm enthaltende Filmdatei mit einer Sprachfassung ohne Bonusinhalte.³²³ Der Nutzer erhält, ähnlich wie beim Kauf eines digitalen Musikstücks, eine einzige Datei, die das Werk enthält und die mit einer separaten Abspielsoftware wiedergegeben werden muss.

Neben diesen reinen Videodateien gibt es Dateien, die neben dem Hauptfilm auch zusätzliches Bonusmaterial enthalten. Über ein eigenes Navigationsmenü, das ähnlich zu den DVD Menüs aufgebaut ist, lassen sich diese zusätzlichen Inhalte auswählen. Ein Anbieter dieser Filmtypen ist Apple, in dessen iTunes Store entsprechende Filme mit dem „iTunes Extras“ Logo gekennzeichnet sind.³²⁴

Einen Schritt weiter gehen Film-Apps, bei denen der Film, das Bonusmaterial und die Abspielsoftware in einer App zusammengeführt werden.³²⁵ Eine separate Abspielsoftware ist somit nicht notwendig, so dass der Film oder die zusätzlichen Inhalte direkt über die App auf dem Smartphone oder dem Tablet-Computer wiedergegeben werden können.

Um das Erlebnis einer DVD digital abzubilden, wurde schließlich das fluxDVD Format entwickelt, das eine gesamte DVD, einschließlich Menüs, Tonspuren, Untertitel und Digital Rights Management Systeme

³²³ Insbesondere Google über den „Google Play“ Dienst.

³²⁴ Ein Beispiel zu einem „iTunes Extras“ Film findet sich unter: <https://www.apple.com/de/itunes/working-itunes/enhance/extras/>; Die technische Dokumentation findet sich unter: <https://help.apple.com/itc/videoextras/>, zuletzt abgerufen am 25.02.2018.

³²⁵ <https://www.heise.de/mac-and-i/meldung/Warner-packt-Filme-in-Apps-1191541.html>, zuletzt abgerufen am 25.02.2018.

men in eine einzige Datei verpackt.³²⁶ Je nach Anbieter können diese Dateien entweder mit einer geeigneten Abspielsonderware wiedergegeben werden³²⁷ oder müssen vor dem Genuss auf eine körperliche DVD gebrannt werden³²⁸.

2. Vertriebsformen

Bei digitalen Filmen stehen die On-Demand-Dienste, bei denen der gewünschte Film entweder auf das Endgerät des Nutzers heruntergeladen³²⁹ oder gestreamt wird, im Mittelpunkt.

Neben diesen beliebten Vertriebsformen finden sich vereinzelt auch Near-On-Demand-Dienste. Während bei den On-Demand-Diensten der Film auf Wunsch des Nutzers sofort abgespielt wird, wird bei den Near-On-Demand-Diensten der gleiche Film in kurzen Zeitabständen (parallel) gesendet. Der Nutzer muss somit zwar auf den Filmbeginn warten. Allerdings wird bei den Near-On-Demand-Diensten üblicherweise der Film in derart kurzen Zeitabständen gespielt, dass der Nutzer den Eindruck gewinnen kann, der Film werde auf seinen Wunsch hin abgespielt.³³⁰

In jüngerer Zeit werden Offline- und Online-Vertrieb digitaler Filmwerke zunehmend vermischt. So findet sich bei vielen neuen Filmen, die auf DVDs oder Blu-Rays vertrieben werden, in der Verpackung ein zusätzlicher Code, mit dem sich eine digitale Kopie des gleichen Films freischalten lässt.

Erwirbt der Nutzer beispielsweise einen Film von Sony Pictures, kann der Nutzer mit dem beiliegenden Code eine digitale Kopie des Films in seine Online-Ultraviolet-Bibliothek legen. Hierzu ist lediglich

³²⁶ <http://winfuture.de/news,32345.html>, zuletzt abgerufen am 25.02.2018; <https://en.wikipedia.org/wiki/RatDVD>, zuletzt abgerufen am 25.02.2018.

³²⁷ ehemals bei Maxdome verfügbar: <https://www.macwelt.de/produkte/iTunes-Store-im-Vergleich-zu-Maxdome-und-Co-Der-iTunes-Store-wird-zur-Videothek-3143643.html>, zuletzt abgerufen am 25.02.2018.

³²⁸ ehemals bei T-Online Video on Demand: *online*, <https://www.heise.de/newsticker/meldung/T-Online-bietet-Filme-zum-Download-und-Brennen-auf-DVD-an-139684.html>, zuletzt abgerufen am 25.02.2018.

³²⁹ Bäcker/Höfinger, ZUM 2013, 623 (625).

³³⁰ Schack, GRUR 2007, 639 (641 f.).

notwendig, dass der Nutzer sich beim Online-Dienst „Ultraviolet“ registriert und den Code eingibt. Aus der Online-Ultraviolet-Bibliothek heraus lässt sich der Film auf die Endgeräte des Nutzers streamen.³³¹

Andere Anbieter, wie 20th Century Fox, Lions Gate oder die Walt Disney Company legen ihren DVDs und Blu-Rays im Rahmen des „Digital Copy“ Programms Codes bei, mit denen der Nutzer eine digitale Kopie für Apples iTunes Plattform freischalten kann.³³²

IV. eBooks

Der Markt für eBooks entwickelt sich nur langsam. Im Jahr 2016 konnten eBooks lediglich 4,6% zum Umsatz des Publikumsbuchmarktes (privater Bedarf, ohne Schul- und Fachbücher) in Deutschland bei steuern.³³³

Unter einem eBook wird üblicherweise der in digitalisierter Form vorliegende Inhalt eines Buches verstanden, der mithilfe von spezialisierten Lesegeräten, den eBook Readern, oder mithilfe von spezieller Software auf Personal Computern, Tablet-Computern oder Smartphones gelesen werden kann.³³⁴

1. eBook Typen

Im einfachsten Fall handelt es sich bei einem eBook um eine Textdatei oder ein PDF, die das Erscheinungsbild einer gedruckten Seite nachahmen und die auf einem elektronischen Gerät oder durch eine bestimmte Software für den Benutzer sichtbar gemacht werden.³³⁵

³³¹ <https://www.uvvu.com/>, zuletzt abgerufen am 25.02.2018.

³³² <http://www.netzwelt.de/news/85785-digital-copy-film-dvds-ueber-apple-itunes-importieren.html>, zuletzt abgerufen am 19.02.2018].

³³³ https://www.buchmesse.de/images/fbm/dokumente-ua-pdfs/2017/buchmarkt_deutschland_2016_63426.pdf, zuletzt abgerufen am 25.02.2018.

³³⁴ Becker, DStR 2014, 462; OLG Hamm, Urt. v. 15.05.2014 – I-22 U 60/13, ZUM 2014, 715 (720); vgl. auch die Definitionen von Wikipedia <http://de.wikipedia.org/wiki/E-Book> und im Duden https://www.duden.de/rechtschreibung/Electronic_Book, zuletzt abgerufen am 25.02.2018.

³³⁵ Becker, DStR 2014, 462; ähnlich Peifer, AfP 2013, 89.

Der Leser kann sich eine Seite anzeigen oder bestimmte Bereiche dieser Seite vergrößert darstellen lassen. Dadurch ist die Darstellung auf einem kleinen eBook Reader jedoch entweder schwer lesbar, insbesondere bei der Darstellung einer ganzen Seite, oder die Darstellung zeigt nur einzelne, vergrößerte Ausschnitte der Seite, so dass der Nutzer beim Lesen ständig mitscrollen muss.³³⁶ Sucht der Leser eine spezifische Stelle im Buch, muss er so lange durch den Text scrollen, bis er die gewünschte Passage gefunden hat.

Gängig sind heute daher eBooks, die über die bloße Anzeige einer festgelegten Seite hinausgehen. So ist es bei der überwiegenden Anzahl der erhältlichen eBooks möglich, in einem Inhaltsverzeichnis ein gewünschtes Kapitel auszuwählen, so dass das Kapitel direkt angezeigt wird.³³⁷ Ferner besteht die Möglichkeit, die Schriftart und die Textgröße des eBooks zu ändern, um eine dynamische Anpassung des Textes an die Bildschirmgröße des verwendeten Geräts zu ermöglichen.³³⁸ Auch wenn die Änderung der Textgröße die Seitenanzahl zwangsläufig beeinflusst, wie dies bspw. in Word-Dokumenten bei einer Vergrößerung der Schrift ebenso der Fall ist, ist das Inhaltsverzeichnis eines eBooks derart mit dem Text verknüpft, dass der Anfang des Kapitels unabhängig von einer spezifischen Schriftengröße oder Seitenanzahl gefunden werden kann.

Möglich ist dies durch die technische Gestaltung von eBooks. Die beiden gängigsten Formate sind das Electronic Publication Format („EPUB“³³⁹), ein offener Standard des International Digital Publishing Forum (nachfolgend „IDPF“), sowie das proprietäre Amazon Format („AZW“), das wiederum auf dem Mobipocket Format („MOBI“) basiert.

Das EPUB Format³⁴⁰ wird durch das IDPF plastisch als ZIP Archiv beschrieben, das eine Webseite enthält, einschließlich der HTML Da-

³³⁶ zur Textdarstellung bei PDFs: <http://www.ebooknet.de/know-how/ebook-formate>, zuletzt abgerufen am 25.02.2018.

³³⁷ etwa bei eBooks, die über Amazon.de vertrieben werden sowie generell bei eBooks im EPUB Format.

³³⁸ <https://www.amazon.de/gp/help/customer/display.html?nodeId=201730230>, zuletzt abgerufen am 25.02.2018.

³³⁹ EBUB wird etwa von Google, Apple sowie Hugendubel unterstützt.

³⁴⁰ Die aktuelle Version des EPUB Formats ist EPUB 3.1: <http://idpf.org/epub>, zuletzt abgerufen am 25.02.2018.

teien, aller notwendigen Bilder, einer zusätzlichen Gliederung sowie Metadaten.³⁴¹

Durch diesen weit verbreiteten Aufbau sind eBooks den Strukturen einer Datenbank nicht unähnlich.³⁴² Darüber hinaus lässt das EPUB ein Digitales Rechtemanagement und damit einen Kopierschutz zu.³⁴³

Neben den eBooks, die ausschließlich aus Textwerken bestehen, nimmt der Anteil an eBooks zu, die neben dem Text auch Sprachwerke, Bilder oder Filmbestandteile aufweisen.³⁴⁴ Insbesondere bei Kinderbüchern halten interaktive Bestandteile Einzug, so dass neben dem Text etwa Bilder angezeigt werden, auf denen verschiedene Elemente angeklickt werden können, um eine Reaktion hervorzurufen. Diese Multimediestandteile sind zwingend im eBook enthalten, nicht in der Darstellungssoftware.³⁴⁵

2. Vertriebsformen

Die Vertriebsformen von eBooks sind äußerst vielfältig.³⁴⁶ Am verbreitetsten ist der Kauf mit anschließendem Download, wie er von Amazon³⁴⁷, Apple³⁴⁸, Hugendubel³⁴⁹ oder Weltbild³⁵⁰ angeboten wird.

³⁴¹ Offizielle Webseite des IDPF <http://epubzone.org/epub-3-overview/understanding-epub-3>, zuletzt abgerufen am 25.02.2018, unter dem Punkt „EPUB 3 in a Nutshell“.

³⁴² Hammerl, Typen und Spezifika digitaler Bücher – Kriterien eines E-Book-Standards aus bibliothekarischer Perspektive, S. 1; Hartmann, GRUR-Int 2012, 980 (983).

³⁴³ Peifer, AfP 2013, 89.

³⁴⁴ Ganzhorn, CR 2014, 492; Peifer, AfP 2013, 89; ein imposantes Beispiel ist das eBook von Al Gore, „Our Choice: A Plan to Solve the Climate Crisis Support“, das zahlreiche Filme und interaktive Grafiken enthält <https://itunes.apple.com/de/app/al-gore-our-choice-a-plan-to-solve-the-climate-crisis/id432753658?l=en&mkt=8>, zuletzt abgerufen am 25.02.2018.

³⁴⁵ <http://epubzone.org/epub-3-overview/understanding-epub-3>, zuletzt abgerufen am 25.02.2018; a.A. Becker, DStR 2014, 462 (464).

³⁴⁶ Peifer, AfP 2013, 89.

³⁴⁷ www.amazon.de, zuletzt abgerufen am 25.02.2018.

³⁴⁸ www.apple.de, zuletzt abgerufen am 25.02.2018.

³⁴⁹ www.hugendubel.de, zuletzt abgerufen am 25.02.2018.

³⁵⁰ www.weltbild.de, zuletzt abgerufen am 25.02.2018.

Anbieter wie Safari Books Online³⁵¹ oder der Verlag C.H. Beck³⁵² setzen auf einen Online-Zugriff auf die Bücher über eine entsprechende Webseite. Sobald die Internetverbindung unterbrochen wird, wird der Zugriff auf die Bücher ebenfalls unterbrochen. Als Ausgleich für diese technische Limitierung erlauben die Anbieter daher einen Download des gesamten Buches oder einzelner Abschnitte, um das Buch auch „offline“ lesen zu können.³⁵³

Zwischen dem Kauf der Bücher mit anschließenden Download auf der einen Seite und dem bloßen Online-Zugriff auf der anderen Seite sind die Vertriebsformen fließend.

Skoobe³⁵⁴ erlaubt im kleinsten Tarif das Lesen von zehn verschiedenen eBooks auf insgesamt zwei Geräten. Die Bücher lassen sich bis zu 24 Stunden „offline“ lesen, bevor die Skoobe App die Verbindung zum Internet herstellen muss. Kann keine Verbindung hergestellt werden, wird der Zugriff auf das eBook gesperrt. Die Frist lässt sich durch teurere Tarife auf bis zu 30 Tage verlängern³⁵⁵.

Onleihe³⁵⁶ ahmt mit seinem Dienst das analoge Ausleihen eines Buchs aus einer Bibliothek nach.³⁵⁷ Auf der Onleihe Plattform, die von der Firma divibib betrieben wird, können registrierte Nutzer bei ihrer lokalen Bibliothek³⁵⁸ eBooks, Hörbücher und Musikdateien ausleihen und herunterladen. Von jedem Exemplar steht, wie bei der analogen Bibliothek, nur eine begrenzte Anzahl von Exemplaren zur Verfügung. Sind alle eBook Exemplare „verliehen“, muss der interessierte Nutzer warten, bis ein anderer Entleiher sein digitales Exemplar zurückgibt. Die Rückgabe erfolgt dabei automatisch nach Zeitablauf, indem sich die Datei beim Ausleiher nicht mehr öffnen lässt.³⁵⁹

351 www.safaribooksonline.com, zuletzt abgerufen am 25.02.2018.

352 www.beck-online.de, zuletzt abgerufen am 25.02.2018.

353 Für Safari Books Online vgl. <https://www.safaribooksonline.com/public/support/offline-reading/#link1>, zuletzt abgerufen am 25.02.2018.

354 www.skoobe.de, zuletzt abgerufen am 25.02.2018.

355 <https://www.skoobe.de/help>, zuletzt abgerufen am 25.02.2018.

356 www.onleihe.de, zuletzt abgerufen am 25.02.2018.

357 Bäcker/Höfinger, ZUM 2013, 623 (626).

358 Dies gilt natürlich nur, wenn sich die lokale Bibliothek für den Service registriert hat.

359 Weitere Informationen zu diesem „Lizenzmodell M“ unter <http://www.onleihe.net/fuer-bibliotheken/lizenzmodelle.html>, zuletzt abgerufen am 25.02.2018.

C. Anwendbarkeit der Computerprogramm-RL und/oder der InfoSoc-RL auf digitale Werke

Für die rechtliche Beurteilung digitaler Werke und deren Erschöpfung muss zunächst die Frage geklärt werden, welchen Normen das jeweilige digitale Werk unterliegt. Auf europäischer Ebene kommen hierfür insbesondere zwei Richtlinien in Betracht.

Zum einen ist die Richtlinie 2009/24/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 23. April 2009 über den Rechtsschutz von Computerprogrammen (kodifizierte Fassung nachfolgend „Computerprogramm-RL“).

Zum anderen ist die Richtlinie 2001/29/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 22. Mai 2001 zur Harmonisierung bestimmter Aspekte des Urheberrechts und der verwandten Schutzrechte in der Informationsgesellschaft (nachfolgend „InfoSoc-RL“) von wesentlicher Bedeutung.

I. Grundsatz

Nach der Rechtsprechung des EuGHs stehen die Computerprogramm-RL und die InfoSoc-RL in einem Spezialitätsverhältnis zueinander. Für Computerprogramme findet daher grundsätzlich die Computerprogramm-RL als *lex specialis*³⁶⁰ Anwendung, während alle anderen digitalen Werke³⁶¹ der InfoSoc-RL unterliegen.

Um digitale Werke wie Musikstücke, Hörbücher, Filme und eBooks einer Richtlinie zuordnen zu können, ist das konkrete Werk in

³⁶⁰ EuGH MMR 2012, 586 (Rn. 56) – *UsedSoft*; ebenso: Hartmann, GRUR-Int 2012, 980 (984); Kubach, CR 2013, 279 (282); Scholz, ITRB 2013, 17 (20); Kloth, GRUR-Prax 2013, 239 (241); Stieper, ZUM 2012, 668 (670); Marly, EuZW 2012, 654 (657); Schneider/Spindler, CR 2012, 489 (497).

³⁶¹ Mit Ausnahme von Datenbanken, die in diesem Beitrag ausgenommen werden.

einem ersten Schritt dahingehend zu untersuchen, ob das jeweilige digitale Werk als Computerprogramm zu qualifizieren ist und der spezielleren Computerprogramm-RL unterliegt. Falls dies nicht der Fall sein sollte, ist die InfoSoc-RL für die weitere rechtliche Beurteilung eröffnet.

Obwohl dem Begriff des „Computerprogramms“ somit maßgebliche Bedeutung zukommt, ist der Begriff in der Computerprogramm-RL nicht legal definiert.

Erwägungsgrund 7 der Computer-RL gibt lediglich an, dass der Begriff „Computerprogramm“ Programme in jeder Form umfasst. Unter den Anwendungsbereich sollen dabei das vorbereitende Entwurfsmaterial für Computerprogramme, soweit es die spätere Entstehung des Computerprogramms zulässt, und auch solche Computerprogramme fallen, die in die Hardware integriert sind. Aus Erwägungsgrund 7 der Computerprogramm-RL lässt sich somit zumindest ableiten, dass der europäische Gesetzgeber den Begriff des „Computerprogramms“ weit verstanden wissen möchte.³⁶²

Die h.M. in Deutschland versteht unter „Computerprogramm“ jede Abfolge von sprachlichen Anweisungen, die, wenn sie in maschinenlesbare Form gebracht wird, eine informationsverarbeitende Maschine zur Durchführung einer bestimmten Funktion oder Aufgabe oder zur Ausgabe eines bestimmten Ergebnisses bewegt.³⁶³ Die Definition ist somit denkbar weit und soll eine Abgrenzung zu reinen Daten ermöglichen.³⁶⁴

Aufgrund dieser weiten Begriffsdefinitionen ist eine strikte Unterscheidung von Computerprogramm auf der einen Seite oder sonstigem urheberrechtlich geschützten Werk auf der anderen Seite sowohl juristisch als auch praktisch kaum mehr möglich.³⁶⁵ Misst man die heutigen digitalen Werke an der vorgenannten Definition eines Computerprogramms, muss man zu dem Schluss kommen, dass die neuen Formen digitaler Werke allesamt zumindest auch ein Computerprogramm aufweisen.

³⁶² ebenso Krüger/Biebler/Apel, MMR 2013, 760 (762).

³⁶³ Dreier in: Dreier/Schulze/Specht, Urheberrechtsgesetz (Komm.), § 69 a Rn. 12 ff. m.w.N.; Grützmacher in: Wandtke/Bullinger, o. Fn. 204, § 69 a Rn. 3 m.w.N.

³⁶⁴ so Grützmacher in: Wandtke/Bullinger, o. Fn. 204, § 69 a Rn. 3 m.w.N.

³⁶⁵ so zu Recht Neuber, WRP 2014, 1274.

II. „Hybride“ Werke

Digitale Werke sind oftmals aus verschiedenen Werkarten zusammengesetzt³⁶⁶.

Vereint ein Werk Elemente eines Computerprogramms mit anderen urheberrechtlich geschützten Elementen, bspw. Bilder oder Filmen, wird es als „hybrides Werk“³⁶⁷ oder auch Multimediarwerk³⁶⁸ bezeichnet.

Da diese hybriden Werke verschiedene Elemente, die für sich genommen entweder der Computerprogramm-RL oder der InfoSoc-RL unterliegen, in einem Werk zusammenführen, stellt sich die Frage, welche Normen für das Gesamtwerk Anwendung finden sollen.

In der Rechtsprechung und Literatur werden hierzu unterschiedliche Auffassungen vertreten, die sich zu drei Ansichten zusammenfassen lassen.³⁶⁹

Eine Ansicht befürwortet die ausschließliche Anwendbarkeit der Computerprogramm-RL, da sie *lex specialis* zur InfoSoc-RL ist.³⁷⁰ Stellt das Computerprogramm jedoch nur einen kleinen Teil des hybriden Werks dar, hat diese Ansicht zur Folge, dass das gesamte Werk Regelungen unterliegt, die auf den Großteil des Werks nicht abgestimmt sind.³⁷¹

Eine weitere Ansicht bestimmt die anwendbare Richtlinie nach dem Schwerpunkt des Inhaltes.³⁷² Auch diese Ansicht führt zu dem zuvor genannten Problem, dass, je nach Schwerpunkt, entweder Computerprogramme nach der InfoSoc-RL oder sonstige digitalen Werke nach der Computerprogramm-RL zu bewerten sind. In der Praxis dürfte diese Ansicht ferner zu kaum lösbareren Abgrenzungsproblemen für die Gerichte führen, die auf Gutachtermeinungen zur Bestimmung des Schwerpunkts angewiesen wären.

³⁶⁶ vgl. Ausführungen unter Kapitel B „Digitale Werke und ihre Vertriebsformen“.

³⁶⁷ Kreutzer, CR 2007, 1 (2).

³⁶⁸ Bullinger in: Wandke/Bullinger, o. Fn. 204, § 2 Rn. 151.

³⁶⁹ ausführlich dargestellt bei BGH CR 2013, 695 – *Videospiel-Konsolen* m.w.N.

³⁷⁰ Götting in: Schricker/Loewenheim, Urheberrecht (Komm.), § 95 a Rn. 4.

³⁷¹ Hilgert, CR 2014, 354 (356).

³⁷² Kreutzer, CR 2007, 1 (4); weitere Nachweise bei BGH CR 2013, 695 – *Videospiel-Konsolen*.

Nach einer dritten Ansicht, der sich zu Recht auch der BGH in einem Vorlagebeschluss an den EuGH explizit angeschlossen hat³⁷³, finden beide Richtlinien Anwendung. Eine parallele Anwendung ist auch interessensgerecht, da nur so eine systemgerechte Lösung für den jeweiligen Werkteil gefunden werden kann. Es ist nicht ersichtlich, weshalb ein digitales Werk dem Anwendungsbereich einer günstigeren Regelung entzogen werden soll, nur weil es auch einen Werkteil enthält, der einer anderen Richtlinie zuzuordnen ist.³⁷⁴

Noch bevor eine Entscheidung des EuGHs zum Vorlagenbeschluss des BGH ergangen war, hatte der EuGH das Ergebnis in einem anderen Verfahren, das ebenfalls hybride Werke zum Gegenstand hatte, vorweggenommen.³⁷⁵ Der EuGH ist in der Entscheidung „*Nintendo vs. PC Box*“ der Ansicht des BGH gefolgt und hat die parallele Anwendung der InfoSoc-RL und Computerprogramm-RL auf hybride Werke befürwortet.³⁷⁶ Der BGH hatte daraufhin sein Vorlageersuchen zurückgenommen.³⁷⁷

Enthält ein digitales Werk sowohl ein Computerprogramm wie auch weitere, urheberrechtliche geschützte Werke, z.B. Bilder, Musikstücke oder Videos, ist neben der Computerprogramm-RL somit auch die InfoSoc-RL anwendbar.³⁷⁸

III. Zuordnung der digitalen Werke

1. Musikstücke

Bei Musikdateien, die ausschließlich Audiodaten enthalten, insbesondere Musikdateien im MP3 Format³⁷⁹, ist eine ausschließliche Zuord-

³⁷³ BGH CR 2013, 695 (Rn. 24) – *Videospiel-Konsolen* m.w.N.

³⁷⁴ ebenso *Schneider*, ITRB 2014, 120 (122).

³⁷⁵ EuGH CR 2014, 224 – *Nintendo vs. PC Box*; Brunn/Nordmeyer, CR 2014, 224 (227): "Damit hat der EuGH die noch ausstehende Entscheidung zu einer sachverwandten Vorlage des BGH [...] bereits beantwortet.“.

³⁷⁶ EuGH CR 2014, 224 – *Nintendo vs. PC Box*; ebenso *Hilgert*, CR 2014, 354 (356); *Leupold*, GRUR-Prax 2014, 57.

³⁷⁷ vgl. EuGH, Beschl. v. 07.05.2014 – C-458/13, BeckRS 2014, 80944.

³⁷⁸ *Biehler/Apel*, ZUM 2014, 727 (728); *Leupold*, GRUR-Prax 2014, 57.

³⁷⁹ <http://de.wikipedia.org/wiki/MP3>, zuletzt abgerufen am 25.02.2018.

nung zur InfoSoc-RL möglich. Diese Dateien enthalten ausschließlich Informationen zum Musikstück und verfügen über keine zusätzlichen Informationen, die als Computerprogramm zu qualifizieren sind.

Allerdings muss die Zuordnung bereits einer anderen Beurteilung unterliegen, wenn die digitalen Alben über Extras wie Bildergalerien oder Songtexte verfügen, die über ein interaktives Menü ausgewählt werden können. Das Auswahlmenü stellt ein Computerprogramm dar, das zumindest einen Teil des Musikalbums ausmacht.³⁸⁰ Wird ein bestimmter Menüpunkt ausgewählt, veranlassen die sprachlichen Anweisungen in der Datei, die das Menü enthält, die Wiedergabesoftware dazu, die ausgewählten Extras oder Musikstücke abzuspielen. Dieser Vorgang erfüllt die Definition eines Computerprogramms.³⁸¹ Auf diese Form der Musikalben findet daher sowohl die Computerprogramm-RL wie auch die InfoSoc-RL Anwendung.

Das Gesagte gilt erst recht, wenn die Musikalben direkt als allein lauffähige App für Smartphones und Tablet-Computer vertrieben werden. Eine App stellt in technischer Hinsicht ein Computerprogramm dar, das darauf ausgelegt ist, auf mobilen Endgeräten selbstständig ausgeführt zu werden.³⁸² Wird ein Musikalbum als App vertrieben, befinden sich die Musikstücke und die notwendige Abspielsoftware folglich in der gleichen Datei, so dass die Zuordnung der App zu einer bestimmten Richtlinie nicht möglich ist. Es finden daher sowohl die Computerprogramm-RL wie auch die InfoSoc-RL Anwendung.

2. Hörbücher

Hörbücher werden in rechtlicher Hinsicht üblicherweise pauschal Musikstücken gleichgesetzt.³⁸³

³⁸⁰ zum Aufbau und zur Programmierung dieses Menüs vgl. bspw. https://www.apple.com/itunes/lp-and-extras/docs/Development_Guide.pdf, zuletzt abgerufen am 25.02.2018.

³⁸¹ vgl. Definition unter Kapitel C.I „Grundsatz“.

³⁸² http://en.wikipedia.org/wiki/Mobile_app, zuletzt abgerufen am 25.02.2018.

³⁸³ so bspw. auch OLG Hamm, Urt. v. 15.05.2014 – I-22 U 60/13, ZUM 2014, 715 (LS. 1-3); Biehler/Apel, ZUM 2014, 727 (728).

Diese Gleichsetzung mag für die Hörbücher, die aus einer Vielzahl von Audiodateien³⁸⁴ bestehen, auf die einzelnen Audiodateien zutreffen. Als Hörbücher „im engeren Sinn“ unterfallen diese digitalen Werke ausschließlich dem Anwendungsbereich der InfoSoc-RL.

Wird ein *einzelnes* Hörbuch als App, z.B. für Smartphones oder Tablet-Computer, vertrieben, vereint die selbstständig lauffähige App sowohl die Audiodatei(en) für das Hörbuch wie auch die Abspielsoftware. Ein separates Computerprogramm zum Abspielen des Hörbuchs wird nicht benötigt.

In diesen Fällen bilden Computerprogramm und Audiodatei(en) eine untrennbare Einheit. In der Gesamtbetrachtung besteht das Hörbuch daher (zumindest auch, wenn nicht sogar überwiegend³⁸⁵) aus einem Computerprogramm. Es handelt sich somit um ein „hybrides“ Werk, das sowohl der Computerprogramm-RL wie auch der InfoSoc-RL unterfällt.

3. Filme

Die klassischen Filmdateien, die ausschließlich den Hauptfilm enthalten und die mittels einer separaten Abspielsoftware abgespielt werden müssen, sind der InfoSoc-RL zuzuordnen. Sie enthalten ausschließlich Informationen den Film betreffend und besitzen nicht die zusätzlichen Elemente eines Computerprogramms.

Diese einfache Zuordnung ist bei neueren Filmen, die samt Auswahlmenü in einer Datei vertrieben werden, schon nicht mehr möglich. Zwar benötigen diese Filme ebenfalls eine Abspielsoftware, da sie aus sich selbst heraus nicht lauffähig sind.³⁸⁶ Allerdings setzt die Definition eines Computerprogramms nicht voraus, dass diese aus sich heraus lauffähig sein müssen. Standardsoftware wie Microsoft Office oder Apple iTunes benötigen ebenfalls eine höher geordnete Abspielsoftware, nämlich das Betriebssystem, um genutzt werden zu kön-

³⁸⁴ etwa im MP3 Format.

³⁸⁵ http://en.wikipedia.org/wiki/Mobile_app, zuletzt abgerufen am 25.02.2018.

³⁸⁶ bspw. benötigen Filme mit „iTunes Extras“ nach wie vor die Abspielsoftware iTunes.

nen.³⁸⁷ Dennoch würde man diesen Programmen kaum die Eigenschaft als Computerprogramm absprechen.

Das Auswahlmenü muss aber gerade in der Filmdatei enthalten sein und hierfür programmiert werden.³⁸⁸ Die Datei enthält daher zumindest teilweise ein Computerprogramm, so dass im Ergebnis sowohl die Computerprogramm-RL wie auch die InfoSoc-RL Anwendung finden.

Gleiches gilt für Filme, die als Apps vertrieben werden.³⁸⁹

4. eBooks

Im Hinblick auf eBooks liegt wird oftmals vertreten, dass es sich um faksimilierten Text handele, der von elektronischen Geräten wiedergegeben werde³⁹⁰. Insoweit ist die Aussage richtig, Text werde durch die bloße Übertragung ins digitale Format nicht automatisch zum Computerprogramm.³⁹¹ Für diese Form der eBooks, die lediglich das Sprachwerk enthalten, ist die InfoSoc-RL anwendbar.

Jedoch gehen die heutigen eBooks über die bloße eins-zu-eins Kopie eines Buches weit hinaus, indem sie auch Bilder, Filme oder interaktive Elemente integrieren sowie Kapitelmarkierungen und Suchfunktionen erlauben. All diese Elemente gehen auf Sprachanweisungen oder zusätzliche Elemente im eBook zurück, so dass diese Formen von eBooks selbst zum Teil ein Computerprogramm darstellen.³⁹²

Die hybride Qualität eines eBooks ist erst Recht anzunehmen, wenn der Nutzer bestimmte Elemente des eBooks durch Anklicken

³⁸⁷ vgl. Definition in Kapitel C.1 „Grundsatz“.

³⁸⁸ Dies lässt sich der Anleitung für Programmierer auf der Apple Webseite entnehmen: <https://help.apple.com/itc/videoextras/>, zuletzt abgerufen am 25.02.2018.

³⁸⁹ Siehe hierzu schon die vergleichbaren Ausführungen zu Musik-Alben-Apps und Hörbuch-Apps.

³⁹⁰ OLG Hamm, Urt. v. 15.05.2014 – I-22 U 60/13, ZUM 2014, 715 (720); Kitz, MMR 2001, 727 (729) versteht unter einem eBook im Wesentlichen eine Textdatei; Schippel, MMR 2016, 802.

³⁹¹ Kitz, MMR 2001, 727 (729); im Ergebnis auch Ganzhorn, CR 2014, 492 (493 f.).

³⁹² ebenso Ganzhorn, CR 2014, 492 (496); Hoeren/Jakopp, MMR 2014, 646 (648); a.A. wohl Becker, DStR 2014, 462 (464), der aber noch davon ausgeht, dass sich eBooks weder inhaltlich noch funktionell von Büchern unterscheiden und die übrigen Funktionen durch die Darstellungssoftware bereitgestellt werden.

vergrößern oder anderweitig digital manipulieren kann. In diesen Fällen wird durch die eBook Datei zumindest in maschinenlesbarer Schrift festgelegt, welche Elemente durch den Nutzer manipulierbar sind. Nur so kann die eBook Reader Software eine Manipulation des jeweiligen Elements ermöglichen.

Es finden daher sowohl die Computerprogramm-RL wie auch die InfoSoc-RL Anwendung.

eBooks, die als eigenständige App vertrieben werden, sind ebenfalls als hybride Werke einzustufen. Bei diesen eBooks bilden das Programm, das zur Anzeige des eBooks verwendet wird und das Sprachwerk eine Einheit in Form einer ausführbaren Datei, nämlich der App wie sie sich dem Nutzer bspw. auf seinem Smartphone oder Tablet-Computer präsentiert.³⁹³

Auch für diese Form der eBooks ist der Schutzbereich sowohl der Computerprogramm-RL wie auch der InfoSoc-RL eröffnet.

393 http://en.wikipedia.org/wiki/Mobile_app, zuletzt abgerufen am 25.02.2018.

D. Der Erschöpfungsgrundsatz bei digitalen Werken

Der Grundsatz der Erschöpfung besagt, dass ein Rechtsinhaber durch eigene Benutzungshandlungen das ihm vom Gesetz eingeräumte ausschließliche Verbreitungsrecht ausgenutzt und damit verbraucht hat.³⁹⁴ Hat der Rechtsinhaber alle in seinem Recht liegenden Vorteile wahrgenommen, so ist sein Schutzbedürfnis entfallen. Die weitere Verwertung ist dann grundsätzlich frei geworden und kann vom Rechteinhaber nicht mehr verboten werden.³⁹⁵

Die vorliegend relevante Frage der Reichweite der Erschöpfung digitaler Werke hängt für die meisten digitalen Werke aufgrund ihres hybriden Charakters sowohl von der Computerprogramm-RL wie auch von der InfoSoc-RL ab.

Nur wenn beide Richtlinien eine Erschöpfung zulassen, kann das jeweilige digitale Werk einer Erschöpfung unterliegen. Ansonsten kann sich der Urheberrechtsinhaber zum Schutz seiner geistigen Schöpfung auf die Richtlinie berufen, die ihn den meisten Schutz bietet, d.h. eine Erschöpfung seines digitalen Werkes ausschließt.

Vor diesem Hintergrund ist zunächst zu prüfen, ob die Computerprogramm-RL und die InfoSoc-RL eine Erschöpfung digitaler Werke überhaupt zulassen.

I. Erschöpfung nach der Computerprogramm-RL

In der deutschen Rechtsprechung war eine Erschöpfung des Verbreitungsrechts an digitalen Programmkopien in der Vergangenheit ver-

394 BGH GRUR 1986, 736 – *Schallplattenvermietung*.

395 BGH GRUR 2001, 51 – *Parfümflakon*.

neint worden.³⁹⁶ Zur Begründung wurde wesentlich darauf abgestellt, dass Erschöpfungswirkung nur bei körperlichen Werkstücken eintreten könne und eine Erschöpfung für digitale Werke daher ausgeschlossen ist.³⁹⁷

Der EuGH erteilte dieser Auffassung mit der wegweisenden³⁹⁸ und viel diskutierten „UsedSoft“-Entscheidung³⁹⁹ eine deutliche Absage. Mit seiner Entscheidung nahm der EuGH den Vorlagenbeschluss des BGH vom 3. Februar 2011⁴⁰⁰ zum Anlass, den Erschöpfungsgrundsatz überraschend⁴⁰¹ auf unkörperlich vertriebene Computerprogramme gem. Art. 4 Abs. 2 Computerprogramm-RL unter bestimmten Voraussetzungen auszuweiten.

Zusammenfassend hängt aus Sicht des EuGH eine Erschöpfung des Verbreitungsrechts bei Computerprogrammen von vier Voraussetzungen ab⁴⁰²:

1. Der Urheberrechtsinhaber hat seine Zustimmung zur Verbreitung des Computerprogramms gegen Zahlung eines Entgelts erteilt, das es ihm ermöglichen soll, eine dem wirtschaftlichen Wert der Kopie seines Werks entsprechende Vergütung zu erzielen;
2. Der Urheberrechtsinhaber hat dem Ersterwerber ein Recht eingeräumt, die Kopie ohne zeitliche Begrenzung zu nutzen;
3. Verbesserungen und Aktualisierungen, die das vom Nacherwerber heruntergeladene Computerprogramm ggü. dem vom Ersterwerber heruntergeladenen Computerprogramm aufweist, sind von einem zwischen dem Urheberrechtsinhaber und dem Ersterwerber abgeschlossenen Wartungsvertrag gedeckt;
4. Bei einer Weiterveräußerung des Computerprogramms hat der Ersterwerber seine Kopie unbrauchbar gemacht.

³⁹⁶ statt vieler: OLG Stuttgart, Urt. v. 03.11.2011 – 2 U 49/11, ZUM 2012, 811.

³⁹⁷ BGH GRUR 2011, 418 – *UsedSoft* m.w.N.

³⁹⁸ so *Hilgert*, CR 2014, 354; *Zech*, ZGE/IPJ 2013, 368.

³⁹⁹ EuGH MMR 2012, 586 – *UsedSoft*.

⁴⁰⁰ BGH GRUR 2011, 418 (Rn. 27 ff.) – *UsedSoft* m.w.N.; zu den Ausgangsverfahren vor dem LG München und OLG München: *Schneider/Spindler*, CR 2012, 489 (490 ff.).

⁴⁰¹ *Redeker*, CR 2014, 73 (74).

⁴⁰² BGH MMR 2014, 232 – *UsedSoft II*; *Wolf-Rojczyk*, ITRB 2014, 75 (76).

Im Ergebnis stellt der EuGH den Vertrieb von digitalen Computerprogrammen unter den genannten Voraussetzungen mit dem Vertrieb von Computerprogrammen auf körperlichen Datenträgern gleich.

Die Voraussetzungen werden vor allem von solchen Computerprogrammen erfüllt, die gegen Zahlung eines einmaligen Entgelts als Download vertrieben werden. Dieser Vertriebsform liegt üblicherweise ein Kaufvertrag oder ein Lizenzvertrag mit unbeschränkter Nutzungs-dauer zugrunde.

Neben der grundsätzlichen Feststellung, dass eine Erschöpfung auch bei Computerprogrammen eintreten kann, die in nichtkörperlicher Form vertrieben werden, hat der EuGH im Wege der Begriffsbestimmung und Auslegung weitere beachtliche Feststellungen im Hinblick auf digitale Werke getroffen.

Hervorzuheben ist insbesondere das Verständnis des Begriffs „Programmkopie“, den der EuGH funktional und somit weder formal-technisch noch formal-juristisch auslegt.⁴⁰³

Im Ergebnis erwirbt der Käufer nach der Auffassung des EuGH mit dem Kauf einer „Programmkopie“ das Recht, Abbilder des gekauften Computerprogramms im Rahmen der erworbenen Lizenz, mit der das Computerprogramm eine Einheit bildet, nutzen zu dürfen.⁴⁰⁴

Den Kern des Rechtsbegriffs „Programmkopie“ bildet somit die Lizenz, d.h. das Nutzungsrecht. Die Abbilder des gekauften Computerprogramms werden nur noch auf ein Mittel reduziert, um das Nutzungsrecht auszuüben.⁴⁰⁵

So liegt aus Sicht des EuGH trotz der technisch bedingten Vervielfältigung des erworbenen Computerprogramms, z.B. im Wege des Downloads oder des Kopierens⁴⁰⁶, immer ein und dieselbe „Programmkopie“ vor. Eine „Programmkopie“ kann nach der Ansicht des EuGH daher auch unterschiedliche digitale Abbilder des erworbenen Computerprogramms umfassen.⁴⁰⁷ Der EuGH abstrahiert also den Be-

⁴⁰³ Hilgert, CR 2014, 354; Kloth, GRUR-Prax 2013, 239 (240).

⁴⁰⁴ Weisser/Färber, MMR 2014, 364 (365); Zech, ZGE/IPJ 2013, 368 (379).

⁴⁰⁵ Redeker, CR 2014, 73 (75); Senftleben, NJW 2012, 2924 (2926); Weisser/Färber, MMR 2014, 364 (365); Zech, ZGE/IPJ 2013, 368 (379).

⁴⁰⁶ zu den Unterschieden der Vervielfältigung einer eigenständig lauffähigen .exe Datei und einem Paket von Installationsdateien: Rinkler, ITRB 2011, 234 (235).

⁴⁰⁷ Kloth, GRUR-Prax 2013, 239 (240); Weisser/Färber, MMR 2014, 364 (365).

griff der Programmkopie in einer Weise, dass es nicht mehr auf den konkret erworbenen Datensatz ankommt, sondern letztlich nur noch auf die Nutzungsberechtigung für ein bestimmtes Computerprogramm.

II. Erschöpfung nach der InfoSoc-RL

Ob eine Erschöpfung für digitale Werke über die speziellere Computerprogramm-RL hinaus auch auf digitale Werke nach der InfoSoc-RL eintreten kann, hat der EuGH im „UsedSoft“-Urteil ausdrücklich offen gelassen.⁴⁰⁸

Während die Rechtsprechung in den ersten Urteilen nach der „UsedSoft“-Entscheidung eine Ausweitung des Erschöpfungsgrundsatzes auf Musikstücke, Hörbücher, Filme und eBooks im Ergebnis ablehnt⁴⁰⁹, gehen die Literaturmeinungen in dieser Frage weit auseinander⁴¹⁰.

Die h.L. verneint eine Ausweitung des Erschöpfungsgrundsatzes auf andere digitale Werke als Computerprogramme. Andere Ansichten in der Literatur befürworten die Anwendbarkeit des Erschöpfungsgrundsatzes auf digitale Werke nach der InfoSoc-RL entweder aufgrund einer direkten oder analogen Anwendung des Art. 4 Abs. 2 InfoSoc-RL.

408 EuGH MMR 2012, 586 (Rn. 60) – *UsedSoft*; Scholz, ITRB 2013, 17 (20); Zech, ZGE/IPJ 2013, 368 (376).

409 OLG Hamm, Urt. v. 15.05.2014 – I-22 U 60/13, ZUM 2014, 715; LG Bielefeld, Urt. v. 05.03.2013 – 4 O 191/11, ZUM 2013, 688; LG Berlin, Urt. v. 11.03.2014 – 16 O 73/13, ZUM-RD 2014, 438; vor der UsedSoft Entscheidung bereits LG Stuttgart, Urt. v. 14.04.2011 – 17 O 513/10, K&R 2011, 529; OLG Stuttgart, Urt. v. 03.11.2011 – 2 U 49/11, ZUM 2012, 811; LG Hamburg, Urt. v. 20.09.2011 – 312 O 414/10, K&R 2012, 297.

410 Gegen eine Erschöpfung nach der InfoSoc-RL: Stieper, ZUM 2012, 668 (670); Schulze in: Dreier/Schulze/Specht, o. Fn. 363, § 17 Rn. 30; Zech, ZUM 2014, 3 (10); Biehler/Apel, ZUM 2014, 727; Hilgert, CR 2014, 354 (356); Krüger/Biehler/Apel, MMR 2013, 760 (761); für eine Erschöpfung nach der InfoSoc-RL: Hartmann, GRUR-Int 2012, 980; Hoeren/Försterling, MMR 2012, 642 (647); Peifer, AfP 2013, 89 (91); Kubach, CR 2013, 279 (283); Redeker, CR 2014, 73 (77); offengelassen durch Ohly, NJW-Beil. 2014, 47 (48); Marly, EuZW 2012, 654 (657); vgl. auch Diskussionsbericht von Schmidt, ZUM 2011, 31 (33).

Einigkeit besteht lediglich darin, dass das „UsedSoft“-Urteil nicht unmittelbar auf die InfoSoc-RL anwendbar ist, da sich die Ausführungen des EuGH größtenteils auf die Computerprogramm-RL beschränken, die zur InfoSoc-RL *lex specialis* ist.⁴¹¹ Die Anwendbarkeit des Erschöpfungsgrundsatzes ist daher für andere digitale Werke als Computerprogramme neu zu bewerten.⁴¹²

1. Recht der öffentlichen Wiedergabe, Art. 3 InfoSoc-RL

Gegen eine Anwendung des Erschöpfungsgrundsatzes auf andere digitale Werke als Computerprogramme wird vorgebracht, dass auf die Übermittlung digitaler Werke ausschließlich Art. 3 der InfoSoc-RL Anwendung finde, der eine Erschöpfung gewollt nicht kenne.⁴¹³

Art. 3 InfoSoc-RL regelt das Recht der öffentlichen Wiedergabe und das Recht der öffentlichen Zugänglichmachung. In der deutschen Fassung weist Art. 3 InfoSoc-RL den folgenden Wortlaut auf:

- ,Recht der öffentlichen Wiedergabe von Werken und Recht der öffentlichen Zugänglichmachung sonstiger Schutzgegenstände*
 - (1) *Die Mitgliedsstaaten sehen vor, dass den Urhebern das ausschließliche Recht zusteht, die drahtgebundene oder drahtlose öffentliche Wiedergabe ihrer Werke einschließlich der öffentlichen Zugänglichmachung der Werke in der Weise, dass sie Mitgliedern der Öffentlichkeit von Orten oder zu Zeiten ihrer Wahl zugänglich sind, zu erlauben oder zu verbieten.*
 - (2) [...]
 - (3) *Die in den Absätzen 1 und 2 bezeichneten Rechte erschöpfen sich nicht mit den in diesem Artikel genannten Handlungen der öffentlichen Wiedergabe oder der Zugänglichmachung für die Öffentlichkeit.“*
- (Hervorhebung hinzugefügt)

Das OLG Hamm, das als erstes deutsches Oberlandesgericht zu entscheiden hatte, ob sich die Gedanken der „UsedSoft“-Entscheidung auf andere digitale Werke übertragen lassen, hat eine Ausweitung des Er-

⁴¹¹ Hartmann, GRUR-Int 2012, 980 (984); Kubach, CR 2013, 279 (282); Scholz, ITRB 2013, 17 (20); Kloth, GRUR-Prax 2013, 239 (241); Stieper, ZUM 2012, 668 (670); Malevanny, CR 2013, 422 (425); Marly, EuZW 2012, 654 (657); OLG Hamm, Urt. v. 15.05.2014 – I-22 U 60/13, ZUM 2014, 715.

⁴¹² Grützmacher, ZGE/IPJ 2013, 46 (81).

⁴¹³ OLG Hamm, Urt. v. 15.05.2014 – I-22 U 60/13, ZUM 2014, 715.

schöpfungsgrundsatzes auf andere digitale Werke als Computerprogramme mit der vorgenannten Ansicht verneint.⁴¹⁴

Unabhängig davon, ob der Nutzer auf das digitale Werk über eine Webseite online Zugriff nehmen muss, das digitale Werk auf das Endgerät des Nutzers gestreamt wird oder der Nutzer das digitale Werk erworben hat und per Download das Eigentum am digitalen Werk übertragen bekommen soll, sei ausschließlich Art. 3 InfoSoc-RL bzw. 19 a UrhG anwendbar. Eine Erschöpfung der Rechte des Urheberrechtsinhabers an dem digitalen Werk sei mit Art. 3 Abs. 3 InfoSoc-RL daher ausgeschlossen.⁴¹⁵

Dieses Ergebnis werde auch durch die Erwägungsgründe 28 und 29 der InfoSoc-RL sowie der Gesetzgebungshistorie gestützt, denen sich entnehmen lasse, dass sich die Frage der Erschöpfung bei der Online-Übertragung von Daten und Dateien per se nicht stelle.⁴¹⁶

In der Literatur wurde die Entscheidung des OLG Hamm zu Recht kritisiert.⁴¹⁷ Insbesondere wird dem OLG Hamm vorgeworfen, sämtliche Online-Handlungen gleich zu behandeln und sich nicht differenziert mit dem Begriff der öffentlichen Zugänglichmachung und dem bloßen Download als Substitut für die Aushändigung eines Datenträgers auseinandersetzt zu haben.⁴¹⁸

Damit widerspricht das OLG Hamm, das für sämtliche Online-Handlungen ausschließlich Art. 3 InfoSoc-RL anwenden möchte, der ausdrücklichen Auffassung des EuGH. Der EuGH hat im Hinblick auf die Anwendbarkeit der Art. 3 und 4 InfoSoc-RL bei Online-Handlungen festgehalten, dass neben dem Recht der öffentlichen Zugänglichmachung nach Art. 3 InfoSoc-RL auch das Verbreitungsrecht tangiert

⁴¹⁴ OLG Hamm, Urt. v. 15.05.2014 – I-22 U 60/13, ZUM 2014, 715 (720); ebenso OLG Hamburg, Hinweisbeschluss vom 4.12.2014 und Beschluss vom 24.3.2015 – 10 U 5/11, MMR 2015, 740.

⁴¹⁵ OLG Hamm, Urt. v. 15.05.2014 – I-22 U 60/13, ZUM 2014, 715 (720); ebenso OLG Hamburg, Hinweisbeschluss vom 4.12.2014 und Beschluss vom 24.3.2015 – 10 U 5/11, MMR 2015, 740 (742).

⁴¹⁶ OLG Hamm, Urt. v. 15.05.2014 – I-22 U 60/13, ZUM 2014, 715 (723).

⁴¹⁷ vgl. Taeger, NJW 2014, 3759 (3761); Neuber, WRP 2014, 1274 (1275); Hoeren/Jakopp, MMR 2014, 646; zustimmend allerdings Biehler/Apel, ZUM 2014, 727.

⁴¹⁸ Gerade diesen Punkt hatte der EuGH besonders hervorgehoben: EuGH MMR 2012, 586 (Rn. 47) – *UsedSoft*; Neuber, WRP 2014, 1274 (1275).

sein kann. Wörtlich heißt es in der „UsedSoft“-Entscheidung unter Rn. 52⁴¹⁹:

„Außerdem ergibt sich aus Rdnr. 46 des vorliegenden Urteils, dass der Inhaber des Urheberrechts in einer Situation wie der des Ausgangsverfahrens das Eigentum an einer Programmkopie auf seinen Kunden überträgt. Wie der Generalanwalt in Nr. 73 seiner Schlussanträge ausführt, geht aus Art. 6 Abs. 1 des Urheberrechtsvertrags, in dessen Licht die Art. 3 und 4 der RL 2001/29 nach Möglichkeit auszulegen sind (vgl. in diesem Sinne U. v. 17.4.2008 – C-456/06, Slg. 2008, I-2731, Rdnr. 30 – Peek & Cloppenburg), hervor, dass eine „[Handlung] der öffentlichen Wiedergabe“ i.S.v. Art. 3 der RL 2001/29 durch eine Eigentumsübertragung zu einer Handlung der Verbreitung i.S.v. Art. 4 dieser RL wird, die, wenn die Voraussetzungen von Abs. 2 dieses Artikels erfüllt sind, ebenso wie der „Erstverkauf einer Programmkopie“ i.S.v. Art. 4 Abs. 2 der RL 2009/24 zu einer Erschöpfung des Verbreitungsrechts führen kann.“

(Hervorhebung hinzugefügt)

Folglich sind die einzelnen Handlungen streng zu differenzieren und einer gesonderten Betrachtung zuzuführen.

Dem OLG Hamm ist dahingehend zuzustimmen, dass die Bereitstellung eines digitalen Werks auf einem Server eine öffentliche Zugänglichmachung darstellt.⁴²⁰ Weiterhin ist richtig, dass das Recht der öffentlichen Zugänglichmachung nach der h.M. einen Download des bereitgestellten Werks einschließt.⁴²¹ So ist es etwa dem Nutzer gestattet, ein digitales Werk, dass mit der Zustimmung des Urheberrechteinhabers auf einem Server öffentlich zugänglich gemacht wurde, herunterzuladen oder zu streamen.

Allerdings darf daraus nicht der Umkehrschluss gezogen werden, dass jeder Download ausschließlich dem Recht der öffentlichen Zugänglichmachung unterfallen muss.

Richtigerweise unterfällt zwar das Bereitstellen des digitalen Werks auf dem Server des Verkäufers Art. 3 InfoSoc-RL, der Download zu Erwerbszwecken ist aber an Art. 4 InfoSoc-RL zu messen, so dass eine

⁴¹⁹ EuGH MMR 2012, 586 – *UsedSoft*.

⁴²⁰ OLG Hamm, Urt. v. 15.05.2014 – I-22 U 60/13, ZUM 2014, 715 (720); Schack, GRUR 2007, 639 (640); Sosnitza, ZUM 2009, 521 (523).

⁴²¹ Dreier in: Dreier/Schulze/Specht, o. Fn. 363, § 19 a Rn. 1; Hoeren/Jakopp, MMR 2014, 646 (648); Schack, GRUR 2007, 639 (640).

Erschöpfung am erworbenen digitalen Werk durchaus in Betracht kommt.

Denn dem EuGH ist dahingehend zuzustimmen, dass der Download zu Erwerbszwecken in wirtschaftlicher Hinsicht lediglich die Übergabe des digitalen Werkes auf einem Datenträger substituiert.⁴²²

Damit stellt der Download aber keine Handlung der öffentlichen Zugänglichmachung im Sinne des Art. 3 InfoSoc-RL dar, sondern tangiert das Verbreitungsrecht des Art. 5 InfoSoc-RL.⁴²³ Mit dem Einleiten des Downloads wird die Handlung der öffentlichen Zugänglichmachung, d.h. das Bereitstellen zum Download, zu einer Handlung der Verbreitung.⁴²⁴

Ferner liegt bei einem Download zu Erwerbszwecken lediglich eine Punkt-zu-Punkt Übertragung des erworbenen digitalen Werks vom Server des Verkäufers auf den Datenträger des Käufers vor. Dritten wird der Zugriff auf das digitale Werk während dem Downloadvorgang gerade nicht eröffnet.⁴²⁵

Als Zwischenergebnis ist somit festzuhalten, dass der Download zu Erwerbszwecken nach Art. 4 InfoSoc-RL zu beurteilen ist.

Das gefundene Ergebnis beeinträchtigt die Interessen des Urhebers an einer angemessenen Vergütung für sein Werk auch nicht unverhältnismäßig.

Ein Nutzer, dem ein digitales Werk aufgrund der öffentlichen Wiedergabe oder öffentlichen Zugänglichmachung durch den Urheberrechtsinhaber der Zugriff eröffnet wird, soll über den Grundsatz der Erschöpfung nicht in die Lage versetzt werden, dieses digitale Werk weiteren Dritten öffentlich zugänglich machen zu dürfen, die das digitale Werk aufgrund der eingetretenen Erschöpfung weiteren Dritten öffentlich zugänglich machen dürfen. Wäre dies der Fall,

⁴²² EuGH MMR 2012, 586 (Rn. 47) – *UsedSoft*; ebenso *Hoeren/Jakopp*, MMR 2014, 646 (648); *Redeker*, CR 2014, 73 (76); *Grützmacher*, ZGE/IPJ 2013, 46 (57).

⁴²³ *Redeker*, CR 2014, 73 (76); *Schneider/Spindler*, CR 2014, 213 (222 f.); a.A. *Biebler/Apel*, ZUM 2014, 727 (728).

⁴²⁴ *Malevanny*, CR 2013, 422 (426); *Schack*, GRUR 2007, 639 (641); *Schneider/Spindler*, CR 2014, 213 (222 f.); *Schulze*, NJW 2014, 721 (722).

⁴²⁵ *Hoeren/Jakopp*, MMR 2014, 646 (648); *Grützmacher*, ZGE/IPJ 2013, 46 (57); technisch abweichend verhält es sich bei den sogenannten Tauschbörsen, bei denen jeder Herunterladende das Werk gleichzeitig anderen öffentlich zugänglich macht.

würde der Urheber nach der erstmaligen öffentlichen Wiedergabe bzw. öffentlichen Zugänglichmachung die Kontrolle über sein Werk verlieren. Die Erzielung einer angemessenen Vergütung nur anhand der ursprünglichen Zugänglichmachung des Werks wäre somit praktisch unmöglich.⁴²⁶ Um dies zu verhindern, schließt Art. 3 Abs. 3 InfoSoc-RL eine Erschöpfung des Rechts an der öffentlichen Wiedergabe bzw. öffentlichen Zugänglichmachung aus.

Diese Gefahr des Kontrollverlustes stellt sich bei einer Anwendung des Art. 4 Abs. 2 InfoSoc-RL auf einen Download zu Erwerbszwecken allerdings nicht. Art. 4 Abs. 2 InfoSoc-RL sieht lediglich eine Erschöpfung des Verbreitungsrechts für das *spezifische* digitale Werk vor, das Gegenstand des Erstverkaufs oder der anderen erstmaligen Eigentumsübertragung war. Im Hinblick auf dieses konkretisierte digitale Werk tritt somit die Erschöpfungswirkung ein. Aufgrund der eingetretenen Erschöpfung darf der Ersterwerber das digitale Werk zwar weiterverbreiten. Eine öffentliche Wiedergabe bzw. öffentliche Zugänglichmachung des digitalen Werks durch den Ersterwerber ist nach Art. 3 Abs. 3 InfoSoc-RL jedoch weiterhin ausgeschlossen.

Im Hinblick auf ein spezifisches Werk ist es dem Urheber jedoch möglich, eine angemessene Vergütung zu erzielen, auch wenn das Verbreitungsrecht an dem digitalen Werk mit dem Erstverkauf erschöpft. Insofern macht es keinen Unterschied, ob sein Werk auf einem körperlichen Datenträger oder als digitales Werk vertrieben wird.

Der sich an einen Erstverkauf oder an eine andere erstmalige Eigentumsübertragung anschließende Download ist somit im Lichte des Art. 4 InfoSoc-RL zu prüfen, da insoweit das Verbreitungsrecht des Urhebers berührt ist.

2. Verbreitungsrecht, Art. 4 InfoSoc-RL

Ausweislich Art. 4 Abs. 1 InfoSoc-RL haben die Mitgliedstaaten den Urhebern für Originale ihrer Werke oder Vervielfältigungsstücken hiervon das ausschließliche Recht einzuräumen, die Verbreitung an

⁴²⁶ Hoeren/Jakopp, MMR 2014, 646 (648).

die Öffentlichkeit in beliebiger Form durch Verkauf oder auf sonstige Weise erlauben oder verbieten zu können.

Dieser Grundsatz wird durch die Ausnahme in Art. 4 Abs. 2 InfoSoc-RL eingeschränkt, der den Erschöpfungsgrundsatz enthält. Gem. Art. 4 Abs. 2 InfoSoc-RL erschöpft sich in der Europäischen Union in Bezug auf das Original oder auf Vervielfältigungsstücke eines Werks das Verbreitungsrecht, wenn der Erstverkauf dieses Gegenstands oder eine andere erstmalige Eigentumsübertragung in der Gemeinschaft durch den Rechteinhaber oder mit dessen Zustimmung erfolgt.

Ob diese Regelungen eine Erschöpfung des Verbreitungsrechts nur für körperliche Werkstücke vorsehen oder, wie Art. 3 Abs. 3 InfoSoc-RL, eine Erschöpfung für digitale Werke grundsätzlich ausschließen, ist stark umstritten.

Wie im Folgenden dargelegt wird, ist der Erschöpfungsgrundsatz gem. Art. 4 Abs. 2 InfoSoc-RL nicht auf körperliche Werke beschränkt, sondern findet auch auf digitale Werke Anwendung.

a) Wortlaut des Art. 4 Abs. 2 InfoSoc-RL

Ausgangspunkt für die Betrachtung ist der Wortlaut des Art. 4 Abs. 2 InfoSoc-RL, der eine Erschöpfung des Verbreitungsrechts auch für digitale Werke zulässt.

Art. 4 Abs. 2 InfoSoc-RL lautet in der deutschen Fassung:

„Das Verbreitungsrecht erschöpft sich in der Gemeinschaft in Bezug auf das Original oder auf Vervielfältigungsstücke des Werks nur, wenn der Erstverkauf dieses Gegenstands oder eine andere erstmalige Eigentumsübertragung in der Gemeinschaft durch den Rechteinhaber oder mit dessen Zustimmung erfolgt.“

(Hervorhebung hinzugefügt)

Die h.M. lehnt eine direkte Anwendung des Art. 4 Abs. 2 InfoSoc-RL auf digitale Werke insbesondere mit dem Argument ab, dass die Begriffe „Original“ und „Vervielfältigungsstücke“ zwingend die Verkörperung des Werks auf einem körperlichen Datenträger voraussetzen würden.⁴²⁷

⁴²⁷ z.B. Hauck, NJW 2014, 3616 (3617); Kries, GRUR-Int 2002, 314; Koch, ITRB 2013, 38 (39); Hansen, GRUR-Prax 2013, 207; Hilgert, CR 2014, 354 (355); Hoen/Jakopp, MMR 2014, 646 (467).

Zwar ist der h.M. zuzugestehen, dass die Begriffe „Original“ und „Vervielfältigungsstück“, würde man sie ausschließlich im Lichte des deutschen Rechts betrachten, eine Verkörperung nahelegen. Allerdings ist zu beachten, dass Art. 4 Abs. 2 InfoSoc-RL zur Bestimmung der Begriffe „Original“ und „Vervielfältigungsstück“ gerade nicht auf das nationale Recht verweist.

Da die InfoSoc-RL keine unionsweit gültige Legaldefinition für die Begriffe „Original“ und „Vervielfältigungsstück“ vorgibt, sind die Begriffe nach dem Gebot der einheitlichen Anwendung des Rechts der Union wie auch nach dem Gleichheitssatz unionsrechtlich auszulegen.⁴²⁸ Dabei ist der Grundsatz zu beachten, dass sämtliche in den Richtlinien verwendeten Begriffe dieselbe Bedeutung haben müssen, es sei denn, dass der Unionsgesetzgeber in einem konkreten gesetzgeberischen Kontext einen anderen Willen zum Ausdruck gebracht hat.⁴²⁹

In der Literatur zu Recht darauf hingewiesen, dass sich die Begriffe „Original“ und „Vervielfältigungsstück“ gem. Art. 4 Abs. 2 InfoSoc-RL mit den Begriffen der „Programmkopie“ bzw. der „Kopie“ gem. Art. 4 Abs. 2 Computerprogramm-RL in Bedeutung und Funktion derart ähnlich sind, dass es naheliegt, den Begriffen bereits aufgrund dieser Ähnlichkeit den gleichen Inhalt zuzumessen.⁴³⁰

Betrachtet man die verschiedenen Sprachfassungen der Computerprogramm-RL sowie der InfoSoc-RL, so wird schnell ersichtlich, dass den Begriffen grundsätzlich die gleiche Bedeutung zukommen muss. Denn in der englischen und französischen Fassung verwenden die Computerprogramm-RL und die InfoSoc-RL identische Begriffe.

⁴²⁸ st. Rspr. des EuGH, vgl. EuGH MMR 2012, 586 (Rn. 39) – *UsedSoft*; EuGH GRUR 2009, 1041 (Rn. 27) – *Infoqaq International*; EuGH GRUR 2011, 1104 (Rn. 25) – *Brüstle vs. Greenpeace*; EuGH GRUR 2012, 810 (Rn. 33) – *DR und TV2 Danmark; Handig*, ZUM 2013, 273.

⁴²⁹ EuGH ZUM 2011, 803 (Rn. 188) – *Football Association Premier League; Handig*, ZUM 2013, 273.

⁴³⁰ Kubach, CR 2013, 279 (282); Neuber, WRP 2014, 1274 (1276); Hartmann, GRUR-Int 2012, 980 (982).

In der englischen Fassung ist Art. 4 Abs. 2 der Computerprogramm-RL wie folgt gefasst:

„*The first sale in the Community of a copy of a program by the rightholder or with his consent shall exhaust the distribution right within the Community of that copy, with the exception of the right to control further rental of the program or a copy thereof.*“

(Art. 4 Abs. 2 Computerprogramm-RL, Hervorhebung hinzugefügt)

Art. 4 Abs. 2 der englischen InfoSoc-RL lautet im direkten Vergleich:

„*The distribution rights shall not be exhausted within the Community in respect of the original or copies of the work, except where the first sale other transfer of ownership in the Community of that object is made by the rightholder or with his consent.*“

(Art. 4 Abs. 2 InfoSoc-RL, Hervorhebung hinzugefügt)

Gleiches gilt für die französischen Fassungen:

„*La première vente d'une copie d'un programme d'ordinateur dans la Communauté par le titulaire du droit ou avec son consentement épouse le droit de distribution de cette copie dans la Communauté, à l'exception du droit de contrôler des locations ultérieures du programme d'ordinateur ou d'une copie de celui-ci.*“

(Art. 4 Abs. 2 Computerprogramm-RL, Hervorhebung hinzugefügt)

„*Le droit de distribution dans la Communauté relativ à l'original ou à des copies d'une œuvre n'est épousé qu'en cas de première vente ou premier autre transfert de propriété dans la Communauté de cet objet par le titulaire du droit ou avec son consentement.*“

(Art. 4 Abs. 2 InfoSoc-RL, Hervorhebung hinzugefügt)

Der EuGH geht ebenfalls grundsätzlich von einem identischen Bedeutungsgehalt der Begriffe in Art. 4 Abs. 2 Computerprogramm-RL und Art. 4 Abs. 2 InfoSoc-RL aus. In der „UsedSoft“-Entscheidung führt der EuGH wie selbstverständlich aus, dass die in Art. 4 Abs. 2 der InfoSoc-RL verwendeten Begriffe grundsätzlich die gleiche Bedeutung haben müssen, wie die in Art. 4 Abs. 2 der Computerprogramm-RL verwendeten Begriffe.⁴³¹

Für die Begriffe „Programmkopie“ bzw. „Kopie“ hat der EuGH mit der „UsedSoft“-Urteil entschieden, dass diese eine Verkörperung nicht voraussetzen. Der maßgebliche Art. 4 Abs. 2 Computerprogramm-

⁴³¹ EuGH MMR 2012, 586 (Rn. 60) – *UsedSoft*; der EuGH verweist insoweit auch auf EuGH ZUM 2011, 803 (Rn. 188) – *Football Association Premier League*.

RL verwendet den Begriff der „Programmkopie“, ohne näher darzulegen, ob die in Bezug genommene „Programmkopie“ in körperlicher oder unkörperlicher Form vorliegen müsse.⁴³² Für sich genommen setzt der Begriff „Programmkopie“ keine Körperlichkeit voraus und umfasste daher sowohl die Variante der unkörperlichen Programmkopie, wie auch die Variante der körperlichen Programmkopie.

Die Argumentation des EuGH lässt sich auch auf Art. 4 Abs. 2 InfoSoc-RL übertragen. In der englischen und französischen Sprachfassung werden ohnehin Begriffe verwendet, die identisch zu den Begriffen des Art. 4 Abs. 2 Computerprogramm-RL sind. Grundsätzlich muss diesen Begriffen daher die gleiche Bedeutung zugemessen werden.

Dieses Ergebnis kann nicht deswegen anders ausfallen, weil die deutsche Fassung des Art. 4 Abs. 2 InfoSoc-RL andere Begriffe verwendet als die deutsche Fassung von Art. 4 Abs. 2 Computerprogramm-RL. Vor diesem Hintergrund fallen auch solche Werke unter die Begriffe „Original“ und „Vervielfältigungsstück“, die nicht in einem körperlichen Gegenstand fixiert sind, sondern in einer unkörperlichen Form übermittelt werden.

Auch wenn der Wortlaut des Art. 4 Abs. 2 InfoSoc-RL somit dem reinen Wortlaut nach auch auf digitale Werke Anwendung findet, wird der Anwendungsbereich der Norm nicht ausschließlich durch seinen Wortlaut bestimmt. Eine Auslegung des Art. 4 Abs. 2 InfoSoc-RL im Lichte der Erwägungsgründe 28 und 29 der Richtlinie sowie der WIPO Copyright Treaty (nachfolgend „WCT“), der durch die InfoSoc-RL umgesetzt werden soll, könnte eine abweichende Bedeutung zulassen.⁴³³

b) Erwägungsgründe

Die Vertreter, die den Erschöpfungsgrundsatz des Art. 4 Abs. 2 InfoSoc-RL für digitale Werke ablehnen, berufen sich maßgeblich auf die Erwägungsgründe 28 und 29 der InfoSoc-RL. Werden die Begriffe „Original“ und „Vervielfältigungsstück“ in deren Lichte ausgelegt, müs-

⁴³² EuGH MMR 2012, 586 (Rn. 55) – *UsedSoft*.

⁴³³ EuGH MMR 2012, 586 (Rn. 60) – *UsedSoft*.

se man zu dem Auslegungsergebnis gelangen, dass ein „Original“ bzw. ein „Vervielfältigungsstück“ eine Verkörperung voraussetze.⁴³⁴

Der Auffassung ist schon grundsätzlich entgegenzuhalten, dass den Erwägungsgründen auf europäischer Ebene keine Bindungswirkung zukommt.⁴³⁵ Es ist zwar richtig, dass sie im Rahmen der teleologischen Auslegung zu beachten sind.⁴³⁶ Allerdings können sie einem gefundenen Auslegungsergebnis nicht im Wege stehen.⁴³⁷

Auch muss man die faktischen Grenzen der Erwägungsgründe in Betracht ziehen. So wurden die Erwägungsgründe der InfoSoc-RL in den 90er Jahren angestellt, also zu einer Zeit, in denen die Möglichkeiten und Grenzen des Internets und der damit verbundenen Nutzungs-handlungen deutlich enger waren, als dies heute der Fall ist. Bei näherer Betrachtung lässt sich festhalten, dass die Erwägungsgründe der InfoSoc-RL ein veraltetes Technologieverständnis widerspiegeln, das der technischen Realität der heutigen Zeit nicht mehr gerecht wird.⁴³⁸

Dies vorausgeschickt sind die Erwägungsgründe 28 und 29 der InfoSoc-RL aber auch nicht geeignet, den Wortlaut des Art. 4 Abs. 2 InfoSoc-RL in einem anderen Licht auszulegen.

aa. Erwägungsgrund 28

Erwägungsgrund 28 lautet:

„Der unter diese Richtlinie fallende Urheberrechtsschutz schließt auch das ausschließliche Recht ein, die Verbreitung eines in einem Gegenstand verkörperten Werks zu kontrollieren. Mit dem Erstverkauf des Originals oder dem Erstverkauf von Vervielfältigungsstücken des Originals in der Gemeinschaft durch den Rechtsinhaber oder mit dessen Zustimmung erschöpft sich

⁴³⁴ Hauck, GRUR-Prax 2014, 309; Senftleben, NJW 2012, 2924 (2925); Hansen/Libor, AfP 2012, 447 (450); OLG Hamm, Urt. v. 15.05.2014 – I-22 U 60/13, ZUM 2014, 715 (724).

⁴³⁵ Malevanny, CR 2013, 422 (426).

⁴³⁶ Hilgert, CR 2014, 354 (355).

⁴³⁷ Kries, GRUR-Int 2002, 314 (316); Kubach, CR 2013, 279 (282); Hartmann, GRUR-Int 2012, 980.

⁴³⁸ Hilty, CR 2012, 625 (626); Hoeren/Jakopp, MMR 2014, 646 (649); Hartmann, GRUR-Int 2012, 980 (983); Sosnitza, K&R 2006, 206 (208); zweifelnd Redeker, CR 2014, 73 (76).

das Recht, den Wiederverkauf dieses Gegenstands innerhalb der Gemeinschaft zu kontrollieren.“

(Hervorhebung hinzugefügt)

Bereits aus diesem Erwägungsgrund leiten viele Stimmen in der Literatur ab, dass nichtkörperliche Werke keiner Erschöpfung unterliegen können. Erwägungsgrund 28 stelle ausdrücklich klar, dass die InfoSoc-RL eine Erschöpfung nur für solche Werke regele, die „*in einem Gegenstand verkörpert*“ sind.⁴³⁹

Der Erwägungsgrund lege ausdrücklich den Willen des europäischen Gesetzgebers dar, den Vertrieb von körperlichen und unkörperlichen nach der InfoSoc-RL ungleich zu behandeln und die Erschöpfung für digitale Werke auszuschließen.⁴⁴⁰

Mit dieser Klarheit lässt sich die Aussage dem Erwägungsgrund 28 allerdings nicht entnehmen.

Satz 1 weist zunächst lediglich darauf hin, dass der Urheberrechtschutz nach der InfoSoc-RL „*auch*“ das ausschließliche Recht umfasst, die Verbreitung eines in einem Gegenstand verkörperten Werks zu kontrollieren. Insoweit ist die Anwendbarkeit des Art. 4 InfoSoc-RL aber unstreitig.

Erwägungsgrund 28 lässt sich darüber hinaus jedoch nicht ausdrücklich entnehmen, dass der Urheberrechtsschutz gerade auf verkörperte Werke *beschränkt* ist.⁴⁴¹

Satz 2 des Erwägungsgrunds 28 nimmt ferner nicht auf Satz 1 Bezug. Insbesondere wird der Begriff des „*in einem Gegenstand verkörperten Werks*“, der in Satz 1 noch herausgestellt wurde, nicht wiederholt. Vielmehr verwendet Satz 2 nur noch die Begriffe „*Original*“ und „*Vervielfältigungsstück*“, die nach richtiger Ansicht des EuGH grundsätzlich keine Verkörperung voraussetzen.⁴⁴²

Der neutrale Begriff des „*Vervielfältigungsstücks*“ wurde durch den europäischen Gesetzgeber schließlich in Art. 4 Abs. 2 InfoSoc-

⁴³⁹ Krüger/Biehler/Apel, MMR 2013, 760 m.w.N.

⁴⁴⁰ Krüger/Biehler/Apel, MMR 2013, 760 (762).

⁴⁴¹ Generalanwalt Bot zieht aus dem Wortlaut gerade den Schluss, dass auch andere Formen der Verbreitung umfasst sein sollen: EuGH, Schlussanträge des Generalanwalts v. 24.04.2012 – C-128/11, BeckRS 2012, 81372 (75); Malevanny, CR 2013, 422 (426).

⁴⁴² EuGH MMR 2012, 586 (Rn. 55) – *UsedSoft*.

RL übernommen. Eine Beschränkung des Erschöpfungsgrundsatzes auf ein „in einem Gegenstand verkörpertes Werk“ wie Erwägungsgrund 28 im ersten Satz angibt, sieht Art. 4 Abs. 2 InfoSoc-RL gerade nicht vor.⁴⁴³

Im Ergebnis wird der Anwendungsbereich des Art. 4 Abs. 2 InfoSoc-RL nicht durch Erwägungsgrund 28 auf verkörperte Werke beschränkt.

Etwas anderes ergibt sich auch nicht aus der englischen Fassung des Erwägungsgrundsatzes 28. Dieser lautet:

„Copyright protection under this Directive includes the exclusive right to control distribution of the work incorporated in a tangible article. The first sale in the Community of the original of a work or copies thereof by the rightholder or with his consent exhaust the right to control resale of that object in the Community.“

(Hervorhebung hinzugefügt)

bb. Erwägungsgrund 29

Darüber hinaus steht Erwägungsgrund 29 der Anwendung des Erschöpfungsgrundsatzes auf digitale Werke nicht entgegen.⁴⁴⁴ Dieser lautet:

„Die Frage der Erschöpfung stellt sich weder bei Dienstleistungen allgemein noch bei Online-Diensten im Besonderen. Dies gilt auch für materielle Vervielfältigungsstücke eines Werks oder eines sonstigen Schutzgegenstands, die durch den Nutzer eines solchen Dienstes mit Zustimmung des Rechtsinhabers hergestellt worden sind.“

(Hervorhebung hinzugefügt)

Ausweislich seines Wortlautes nimmt Erwägungsgrund 29 lediglich zur Erschöpfung im Rahmen von „Dienstleistungen im Allgemeinen“ bzw. „Online-Diensten im Besonderen“ Stellung.

Damit nimmt Erwägungsgrund 29 wie auch Art. 3 Abs. 3 InfoSoc-RL auf das Recht der öffentlichen Zugänglichmachung Bezug.⁴⁴⁵

Diese Dienste betreffen jedoch den Fall der Herstellung einer Verbindung zum Server des Urhebers, auf dem die Dateien bereitliegen,

443 Redeker, CR 2014, 73 (77); Schneider/Spindler, CR 2014, 213 (222).

444 a.A. Ganzhorn, CR 2014, 492 (495); Hansen/Libor, AfP 2012, 447 (450).

445 Ungern-Sternberg in: Schriker/Loewenheim, o. Fn. 370, § 19 a Rn. 5 f.; Haberstumpf, CR 2012, 561 (564); Scholz, ITRB 2013, 17 (20).

und anschließender begrenzter Nutzung On-Demand, etwa im Wege des Streamings des Werkes⁴⁴⁶, des Bereithaltens eines Webdienstes⁴⁴⁷ oder für einen zeitlich begrenzten Zugriff auf den Server zur Nutzung des Werks, etwa beim Cloud-Computing.

In Abgrenzung hierzu beschreibt Erwägungsgrund 29 jedoch nicht den Fall der technischen Übermittlung eines Werkstücks zu Erwerbszwecken.⁴⁴⁸ Denn nach Ansicht des EuGHs stellt weder ein Verkauf noch die Einräumung einer zeitlich unbefristeten Nutzungsbefugnis gegen einmalige Zahlung eines Entgelts einen Dienstvertrag dar, sondern ist als Kaufvertrag zu qualifizieren.⁴⁴⁹

Die Übermittlung des Werkes stellt ebenfalls keine gesondert zu beurteilende Dienstleistung dar, sondern ersetzt lediglich die Übergabe eines körperlichen Datenträgers zur Erfüllung des Austauschgeschäfts.⁴⁵⁰

Bei einer näheren Betrachtung des Erwägungsgrunds 29 fällt zudem auf, dass Erwägungsgrund 29 in der deutschen Fassung explizit den Begriff „**materielles** Vervielfältigungsstück“ für ein körperliches Werkstück verwendet. In Abgrenzung hierzu findet sich in Art. 4 Abs. 2 der InfoSoc-RL hingegen nur noch der Begriff des „Vervielfältigungsstücks“. Art. 4 Abs. 2 InfoSoc-RL lässt somit gerade offen, ob das genannte Vervielfältigungsstück „materiell“ oder unkörperlich vorliegen muss, so dass beide Varianten vom Wortlaut umfasst sind.

Diese Auslegung wird auch durch andere Sprachfassungen unterstützt. In der englischen Sprachfassung des Erwägungsgrunds 29 wird der Begriff „**material copy**“ verwendet, in der französischen „**copie physique**“. Art. 4 Abs. 2 der InfoSoc-RL verwendet hingegen den nicht eingeschränkten Begriff „copy“ (englische Fassung) bzw. „copie“ (französische Fassung). Eine Verkörperung („material“, „physique“) wird in Art. 4 Abs. 2 der InfoSoc-RL somit auch in anderen Sprachfassungen gerade nicht gefordert. Es ist auch nicht selbstverständlich, dass die

⁴⁴⁶ Eilmansberger, GRUR 1123 (1124) m.w.N.

⁴⁴⁷ Neuber, WRP 2014, 1274 (1275).

⁴⁴⁸ ebenso Grützmacher in: Wandtke/Bullinger, o. Fn. 204, § 69 c Rn. 31 m.w.N.; Grützmacher, ZGE/IPJ 2013, 46 (81); Scholz, ITRB 2013, 17 (20); Schneider/Spindler, CR 2014, 213 (223); Sosnitza, ZUM 2009, 521; Neuber, WRP 2014, 1274 (1275).

⁴⁴⁹ Hierzu näher unter Kapitel E.I „Erstverkauf und Download“.

⁴⁵⁰ Redeker, CR 2014, 73 (76); Sosnitza, ZUM 2009, 521 (524) m.w.N.

Begriffe „Vervielfältigungsstück“, „copy“ bzw. „copie“ Körperlichkeit voraussetzen. Dies legt Erwägungsgrund 29 dar, indem zur Klarstellung der Aussage *expressis verbis* die Zusätze „material“ und „physique“ hinzugefügt werden mussten.

Durch die vorgenannte Auslegung verliert Erwägungsgrund 29 auch nicht an Bedeutung. Er hat immer noch für bestimmte Formen des Vertriebs digitaler Werke einen Anwendungsbereich, den er treffend beschreibt.

Im Bereich der eBooks⁴⁵¹ beispielsweise stellen die Angebote von beck-online und Skoobe zeitlich begrenzte Dienstleistungen dar. Während des laufenden Abonnements kann der Nutzer eBooks aus der jeweiligen Online-Bibliothek des Anbieters auswählen und diese online lesen. Zudem gestattet es der jeweilige Anbieter, das eBook oder Ausschnitte des eBooks herunterzuladen, um diese offline lesen zu können. Mit der Speicherung erstellt der Nutzer ein materielles Vervielfältigungsstück des Werkes auf einem Datenträger. Für dieses Vervielfältigungsstück stellt sich tatsächlich nicht die Frage der Erschöpfung, da der Nutzer lediglich die Möglichkeit erhalten soll, dass eBook ohne eine Internetverbindung lesen zu können, aber nicht die Befugnis erhält, das Buch zu verbreiten.⁴⁵²

c) Gesetzgebungsverfahren

Auch die Gesetzgebungsgeschichte zur InfoSoc-RL steht einer Erschöpfung unkörperlicher Werke nicht im Weg.⁴⁵³

aa. Grünbuch

Die Gegenauffassung macht ferner geltend, die Kommission habe im Grünbuch „Urheberrecht und verwandte Schutzrechte in der Informa-

⁴⁵¹ Hierzu oben Kapitel B.IV.2 „Vertriebsformen“.

⁴⁵² so auch *Malevanny*, CR 2013, 422 (426) mit anderen Beispielen.

⁴⁵³ *Knies*, GRUR-Int 2002, 314 (316); *Neuber*, WRP 2014, 1274 (1275); a.A. *Krüger/Biehler/Apel*, MMR 2013, 760 (763).

tionsgesellschaft“⁴⁵⁴ eine Erschöpfung für digitale Werke für die Info-Soc-RL ausgeschlossen.⁴⁵⁵

Eine derartige Aussage lässt sich dem Grünbuch allerdings nicht entnehmen.

Auf Seite 47 f. des Grünbuchs führt die Kommission lediglich aus, dass der Erschöpfungsgrundsatz auf Werke, die „*Bestandteil einer Dienstleistung*“ sind, „*angesichts der Tatsache, dass Dienstleistungen im Prinzip unendlich oft wiederholt werden können*“, keine Anwendung finden kann.⁴⁵⁶

Diese kurze Beschreibung einer Internet-Dienstleistung reflektiert das Internet-Verständnis zur damaligen Zeit. Alle Handlungen, die „online“, d.h. mit Hilfe einer Internetverbindung, vorgenommen wurden, wurden unter den Begriff der „Online-Dienstleistung“ pauschal zusammengefasst.⁴⁵⁷

Im Lichte dieses Verständnisses präzisiert die Kommission auf Seite 48 des Grünbuchs den Begriff der „Dienstleistung“ wie folgt:

„Die Kommission könnte diese Auffassung in Bezug auf Dienstleistungen, die die Informationsgesellschaft charakterisieren, teilen. Im Gegensatz zum Verbreitungsrecht an materiellen Trägern können die verschiedenen Rechte, die an elektronisch übermittelte Dienste gebunden sind, nur schwerlich erschöpfen. In der Tat ist jede Leistungserbringung (z.B. Rundfunkverbreitung, Verleih, Vermietung) ein Akt, der an sich genehmigt werden muss, ohne dass künftige Verwertungen dadurch beeinträchtigt werden.“

(Hervorhebung hinzugefügt)

Es ist daher festzuhalten, dass Dienstleistungen nach dem Verständnis der Kommission somit solche Leistungen sind, die unendlich oft wiederholt werden können und bei denen jede einzelne Leistungserbringung grundsätzlich vergütungspflichtig ist. Als charakterisierende Dienstleistungen hebt die Kommission die Rundfunkverbreitung, den Verleih und die Vermietung hervor.

Legt man diese Begriffsbestimmung zugrunde, umfasst der Begriff der „Dienstleistung“ allerdings nicht den bloßen Download eines er-

⁴⁵⁴ KOM(95) 382, Grünbuch – Urheberrecht und verwandte Schutzrechte in der Informationsgesellschaft, insbesondere S. 47 f.

⁴⁵⁵ Knies, GRUR-Int 2002, 314 (316); Krüger/Biehler/Apel, MMR 2013, 760 (763); a.A. Dreier, IIC 623 (632).

⁴⁵⁶ KOM(95) 382, o. Fn. 454, insbesondere S. 47, letzter Absatz.

⁴⁵⁷ Neuber, WRP 2014, 1274; Kubach/Schuster, CR 2014, 498 (505).

worbenen, digitalen Werks als Substitut für die Übergabe eines Datenträgers.

In diesem Zusammenhang sind mehrere Aspekte zu beachten:

Zum einen stellt ein Download des digitalen Werks auf das Endgerät des Käufers zur Erfüllung des Austauschvertrags keine Dienstleistung dar, die beliebig oft wiederholbar ist. Wie bereits ausgeführt wurde, ist die Übermittlung eines Werks zur Erfüllung eines Kaufvertrags schon nicht als separate Dienstleistung zu qualifizieren. Nach der ersten Übertragung ist der Käufer im Besitz des digitalen Werks, so dass die Übertragung der Eigentumsrechte abgeschlossen ist.

Zum anderen lägen, selbst wenn der Download als Dienstleistung zu qualifizieren wäre, keine erneut vergütungspflichtigen Leistungen vor. Mit der einmaligen Zahlung eines Entgelts für das digitale Werk bzw. für eine zeitlich unbeschränkte Lizenz steht es dem Käufer frei, das Werk beliebig oft zu genießen. Zwar mögen weitere Nutzungshandlungen beim Käufer, z.B. die Vervielfältigung oder öffentliche Zugänglichmachung, erneute Vergütungen auslösen; die Nutzung des Werks steht ihm allerdings unentgeltlich offen.

In den vorgenannten Punkten unterscheidet sich der Download zu Erwerbszwecken signifikant von den Fällen, welche die Kommission als charakteristisch für eine Dienstleistung angibt, d.h. Rundfunkverbreitung, Verleih, Vermietung.

Unter Abschnitt V. des Grünbuchs⁴⁵⁸ beschreibt die Kommission ein mögliches Recht der digitalen Verbreitung/Übertragung. Aus dem Gesamtzusammenhang dieses Abschnitts lässt sich ebenfalls entnehmen, dass die Kommission zum Zeitpunkt des Grünbuchs nur zeitlich begrenzte Nutzungen eines digitalen Werks durch die Online-Übertragung vor Augen hat, so dass der Nutzer die Leistung immer wieder neu abrufen muss. Abschnitt V. endet daher mit der bezeichneten Frage 1):

„Das Vermiet- und Verleihrecht der Richtlinie 91/250/EWG über Computerprogramme und der Richtlinie 92/100/EWG zum Vermietrecht und Verleihrecht könnte durch erweiternde Auslegung auf die elektronische Übertragung Punkt-zu-Punkt anwendbar sein. Sind Sie der Auffassung, daß es vor diesem Hintergrund wünschenswert wäre, bestimmte Elemente zu ändern? Falls ja, welche?“

⁴⁵⁸ KOM(95) 382, o. Fn. 454, insbesondere S. 56 ff.

Die Frage des Erwerbs digitaler Güter und des damit verbundenen Bedürfnisses eines Weiterverkaufs dieser Güter stellte sich zu dem Zeitpunkt des Grünbuchs aufgrund der damals vorhandenen Internetökonomie noch gar nicht.⁴⁵⁹

bb. Folgedokument zum Grünbuch

Schließlich ist der herrschenden Meinung auch nicht dahingehend zu folgen, dass die Kommission in einem Folgedokument des Grünbuchs eine Erschöpfung digitaler Werke ausdrücklich durch Verweis auf Erwägungsgrund 33 der Datenbanken-RL ausschließe.

In dieser Hinsicht wird vorgebracht, dass Erwägungsgrund 33 der Datenbanken-RL die Erschöpfung für nicht körperliche Gegenstände ausdrücklich ausschließe, die Kommission sich aber für Erwägungsgrund 29 an Erwägungsgrund 33 der Datenbanken-RL orientieren wollte.⁴⁶⁰ Die Kommission führt diesbezüglich im Folgedokument aus:

“They provide the relevant rightholders with an exclusive right with respect to the distribution, including rental, of the original work or other subject matter or copies thereof, whereas this right (not the rental right, however) will be exhausted in relation to copies of the protected work or the related subject matter which have been put on the market within the Community by the rightholder or with his consent (“Community exhaustion”). A recital (Cf. Recital 33 of the Database Directive) of the Database Directive, in addition, stipulates that the question of exhaustion does' not arise in the case of the exploitation of on-line databases which come within the field of provision of services (and thus there is no need for reconciling the material property in a tangible good with the intellectual property contained therein).

All Community Directives therefore provide for mandatory Community exhaustion of the distribution right, [...]”

(Hervorhebung hinzugefügt)

Wichtig ist zunächst, dass die Kommission das Verbreitungsrecht von „copies“, d.h. Vervielfältigungsstücken, die in der Union vertrieben werden, grundsätzlich mit der Verbreitung als erschöpft erachtet.

Ferner lässt sich dem Zitat entnehmen, dass die Kommission eine Angleichung der Erschöpfungsregelungen für Werkstücke, die in ver-

⁴⁵⁹ Neuber, WRP 2014, 1274 (1275); Kubach/Schuster, CR 2014, 498 (505).

⁴⁶⁰ Konkret wird Bezug genommen auf: COM(96) 586 final, Follow-up to the Green Paper on copyright and related rights in the Information Society, S. 18.

körperter Fassung vertrieben werden, und Werken, die online verwertet werden, nur deshalb als nicht notwendig erachtet („*no need for reconciling*“), da die Online-Verwertung zu den Dienstleistungen gehöre.

Der Kommission liegt allerdings ein Verständnis von Online-Dienstleistungen zugrunde, das nicht den Download zu Erwerbszwecken einschließt, wie sie in diesem Zusammenhang ebenfalls noch einmal darlegt:

„As regards exceptions, a large consensus exists that no exhaustion of rights occurs in respect of works and other subject matter exploited on-line, as this qualifies as a service. Parties confirmed that given that services can in principle be repeated an unlimited number of times the exhaustion rule cannot apply. A large number of interested parties took the view that any legislative initiative should spell out explicitly that the right applicable to the provision of online services may not be subject to exhaustion.“

(Hervorhebung hinzugefügt)

Bei der Substitution der Übergabe eines Datenträgers, auf dem das digitale Werk enthalten ist, mit der Übermittlung des digitalen Werks über das Internet, handelt es sich jedoch nicht um eine solche Online-Dienstleistung.⁴⁶¹ Diese Vertriebsvariante wurde von der Kommission zum damaligen Zeitpunkt schlicht nicht berücksichtigt und daher nicht geregelt.⁴⁶²

Da der EuGH den Begriff der „copy“ bzw. des Vervielfältigungsstücks weit versteht und auch digitale Werke unter den Begriff subsumiert, ließe das Dokument sogar eine Erschöpfung zu, da die Kommission beim Vertrieb von „copies“ eine Erschöpfung ausdrücklich wünscht. Eine Erschöpfung soll nur für den Fall nicht gelten, in dem die digitalen Werke online im Rahmen von Dienstleistungen verwertet werden.

Eine Erschöpfung für digitale Werke wurde durch die Kommission im Gesetzgebungsverfahren somit nicht ausgeschlossen.

⁴⁶¹ Generalanwältin Kokott geht in ihren Schlussanträgen vom 03.02.2011 – EuGH BeckRS 2011, 80110 (Rn. 185) – *Football Association Premier League* so wie Karen Murphy wohl davon aus, dass eine Dienstleistung vorliegt, allerdings würden diese „Dienstleistungen [...] sich dagegen nicht erheblich von Waren [unterscheiden]“, so dass sie ebenfalls für eine Anwendbarkeit der Erschöpfung nach Art. 4 Abs. 2 InfoSoc-RL für digitale Werke plädiert.

⁴⁶² Kries, GRUR-Int 2002, 314 (316).

d) Umsetzung des WCT

Einer Erschöpfung des Verbreitungsrechts steht ferner nicht entgegen, dass Art. 4 InfoSoc-RL auch der Umsetzung des Art. 6 Abs. 2 WCT dient⁴⁶³.

Das Verbreitungsrecht ist in Art. 6 WCT wie folgt geregelt:

„(1) Die Urheber von Werken der Literatur und Kunst haben das ausschließliche Recht zu erlauben, daß das Original und Vervielfältigungsstücke ihrer Werke durch Verkauf oder sonstige Eigentumsübertragung der Öffentlichkeit zugänglich gemacht werden.“

(2) Dieser Vertrag berührt nicht die Freiheit der Vertragsparteien, gegebenenfalls zu bestimmen, unter welchen Voraussetzungen sich das Recht nach Absatz 1 nach dem ersten mit Erlaubnis des Urhebers erfolgten Verkaufs des Originals oder eines Vervielfältigungsstücks oder der ersten sonstigen Eigentumsübertragung erschöpft.“

Parallel zu Art. 4 Abs. 2 InfoSoc-RL stellt sich somit die Frage, ob der Begriff des „Vervielfältigungsstücks“ auch digitale Werke umfasst oder sich ausschließlich auf körperliche Werke bezieht.

Aufschluss über die Reichweite des Begriffs gibt eine gemeinsame Erklärung zu Art. 6 WCT⁴⁶⁴, die von den Vertragsstaaten des WCT zur Klarstellung verfasst wurde. Die gemeinsame Erklärung lautet:

„As used in these Articles, the expression „copies“ and „original and copies“ being subject to the right of distribution and the right of rental under the said Articles refer exclusively to fixed copies that can be put into circulation as tangible objects.“

Mit der gemeinsamen Erklärung sollte eine Trübung des Begriffs „Vervielfältigungsstück“ bzw. „Original“ verhindert und eine klare Abgrenzung zwischen der körperlichen und der unkörperlichen Verwertung durch etwaige „elektronische Kopien“ beibehalten werden.⁴⁶⁵

⁴⁶³ Zur Umsetzung vgl. Erwägungsgründe 15 und 16 der InfoSoc-RL.

⁴⁶⁴ Amtsblatt der Europäischen Gemeinschaften, 11.04.2000, L 89/8, [http://eur-lex.europa.eu/legal-content/DE/TXT/PDF/?uri=CELEX:22000A0411\(01\)&from=DE](http://eur-lex.europa.eu/legal-content/DE/TXT/PDF/?uri=CELEX:22000A0411(01)&from=DE), zuletzt abgerufen am 26.02.2018.

⁴⁶⁵ Lewinski, von, GRUR-Int 1997, 667 (674) [Hinweis: Frau von Lewinski beriet die Europäische Kommission und war Mitglied der Delegation der Europäischen Gemeinschaften bei der Diplomatischen Konferenz]; Kloth, GRUR-Prax 2013, 239 (241); BGH MMR 2014, 232 (S. 236) – *UsedSoft II*; Krüger/Biehler/Apel, MMR 2013, 760 (764); Koch, ITRB 2013, 38 (39); Biehler/Apel, ZUM 2014, 727 (729).

Aus Art. 6 Abs. 1 WCT in Verbindung mit der gemeinsamen Stellungnahme leitet die herrschende Meinung daher ab, dass digitale Werke nicht der Erschöpfung unterliegen können.⁴⁶⁶ Eine Erschöpfung sei ausnahmsweise nur dann möglich, wenn der Nutzer das digitale Werk auf einem körperlichen Datenträger manifestiert und der Urheber ausdrücklich der Verbreitung des körperlichen Werks zugestimmt hat.⁴⁶⁷

Eine weitergehende Erschöpfung, insbesondere für digitale Werke, ließe auch Art. 6 Abs. 2 WCT nicht zu, da auch diese Befugnis ausschließlich auf körperliche Vervielfältigungsstücke beschränkt sei.⁴⁶⁸

Dem Wortlaut des Art. 6 WCT in Verbindung mit der gemeinsamen Erklärung lässt sich diese Forderung jedoch nicht eindeutig entnehmen.

Insbesondere legt die gemeinsame Erklärung nicht *expressis verbis* fest, dass sich Art. 6 WCT nur auf körperliche Vervielfältigungsstücke bezieht. Dem englischen Wortlaut der gemeinsamen Erklärung zufolge umfasst Art. 6 WCT stattdessen solche, nicht näher spezifizierten, Vervielfältigungsstücke, die als „*tangible objects*“ in den Verkehr gebracht werden können.

Der Begriff des „*tangible objects*“ ist nicht zwingend auf einen körperlichen Gegenstand beschränkt. In den USA, ebenfalls ein Vertragsstaat des WCT, ist es durch das United States Copyright Office anerkannt, dass von dem Begriff des „*tangible objects*“ auch digitale Verkörperungen umfasst sind, die der Erschöpfung unterliegen können.⁴⁶⁹

In gleicher Weise hat der EuGH den Begriff der „copy“ gem. Art. 4 Abs. 2 InfoSoc-RL mit Verweis auf Art. 6 Abs. 1 WCT und die gemeinsame Erklärung der Vertragsstaaten dahingehend ausgelegt, dass die Vertragsstaaten zumindest nicht die persönliche geistige Schöpfung des Urhebers, die dem Vervielfältigungsstück zugrunde liegt, als erschöpft ansehen wollten. Erschöpft sei hingegen nur das konkrete, ver-

⁴⁶⁶ Biehler/Apel, ZUM 2014, 727 (728); Hansen, GRUR-Prax 2013, 207; Hilgert, CR 2014, 354 (355).

⁴⁶⁷ Krüger/Biehler/Apel, MMR 2013, 760 (764).

⁴⁶⁸ Krüger/Biehler/Apel, MMR 2013, 760 (764); a.A. Ganzhorn, CR 2014, 492 (494).

⁴⁶⁹ <https://www.copyright.gov/help/faq/faq-digital.html>, zuletzt abgerufen am 26.02.2018 „[...] any original work of authorship fixed in a tangible medium (including a computer file) [...]“; Malevanny, CR 2013, 422 (422).

breitete Vervielfältigungsstück.⁴⁷⁰ Ob dieses Vervielfältigungsstück zwingend auch körperlich oder auch digital sein kann, musste nicht entschieden werden. Mit dem EuGH kann die gemeinsame Erklärung somit auch dahingehend verstanden werden, dass die Vertragsstaaten zumindest nicht die persönliche geistige Schöpfung des Urhebers der Erschöpfung unterwerfen wollten.

Ferner ist zu beachten, dass der Wortlaut der Erklärung explizit nur auf Vervielfältigungsstücke abstellt, die als körperliche Gegenstände in den Verkehr gebracht werden „können“. Digitale Werke können nach dem Download allerdings zusammen mit dem Datenträger in den Verkehr gebracht werden.⁴⁷¹

Konkrete Schlüsse für den vorliegend erheblichen Fall des Download-Vertriebs lassen sich aus der Erklärung somit nicht ziehen.⁴⁷²

Unabhängig davon ist zwar richtig, dass die Vertragsstaaten den Urhebern nach Art. 6 Abs. 1 WCT das ausschließliche Recht erlauben müssten, ihre Werke durch Verkauf oder sonstige Eigentumsübertragung der Öffentlichkeit zugänglich zu machen. Nimmt man allerdings an, dass Art. 6 Abs. 1 WCT nur eine körperliche Verbreitung regelt, dann sind diese Rechte als Mindestrechte zu gewährleisten.

Über Art. 6 Abs. 1 WCT hinaus steht es dem EuGH frei, das Verbreitungsrecht für Urheber auch auf digitale Werke zu erstrecken und in diesem Rahmen die Erschöpfung festzulegen.⁴⁷³ Im Hinblick auf die Erschöpfung lässt Art. 10 Abs. 1 WCT im Rahmen des Dreistufentests weitergehende Schrankenregelungen gerade zu.⁴⁷⁴

Der Dreistufentest nach Art. 10 WCT erfordert, dass die Schranken auf bestimmte Sonderfälle beschränkt sind, die weder die normale Auswertung des Werkes beeinträchtigen noch die berechtigten Interessen des Rechtsinhabers unzumutbar verletzen.

Geht man davon aus, dass der Wortlaut des Art. 4 Abs. 2 Computerprogramm-RL nicht die Erschöpfung für digitale Werke regelt, so

⁴⁷⁰ EuGH GRUR 2015, 256 – *Allposters/Pictoright*.

⁴⁷¹ *Malevanny*, CR 2013, 422 (424).

⁴⁷² im Ergebnis auch *Sosnitza*, K&R 2011, 243 (244).

⁴⁷³ BGH MMR 2014, 232 – *UsedSoft II*.

⁴⁷⁴ *Grützmacher*, ZGE/IPJ 2013, 46 (59); a.A. *Koch*, ITRB 2013, 38 (40).

hat der EuGH von dieser Möglichkeit Gebrauch gemacht.⁴⁷⁵ So wurden für die Begriffe „Programmkopie“ und „Kopie“⁴⁷⁶ festgestellt, dass diese neben der unstreitigen Anwendung auf körperliche Werke auch auf unkörperliche Kopien Anwendung finden. Eben diese Begriffe der „Programmkopie“ und „Kopie“ sind jedoch ebenfalls im Lichte des Art. 6 WCT und der gemeinsamen Erklärung der Mitgliedsstaaten auszulegen.⁴⁷⁷

Da der EuGH in ständiger Rechtsprechung die Notwendigkeit einer einheitlichen Begriffssauslegung postuliert⁴⁷⁸, ist nicht ersichtlich, weshalb die Begriffe in Art. 4 Abs. 2 InfoSoc-RL verschiedenartig im Lichte des Art. 6 WCT ausgelegt werden sollten, zudem Art. 4 Abs. 2 InfoSoc-RL und Art. 4 Abs. 2 InfoSoc-RL in vielen Sprachfassungen identisch sind.

Daher muss für Art. 4 Abs. 2 InfoSoc-RL eine Ausweitung der Erschöpfung auf digitale Werke ebenso anzunehmen sein.

e) Ratio

Einer Anwendung des Erschöpfungsgrundsatzes gem. Art. 4 Abs. 2 Computerprogramm-RL und Art. 4 Abs. 2 InfoSoc-RL stehen auch keine sonstigen Erwägungen entgegen. Im Gegenteil: Um eine Abschottung der Märkte zu verhindern und den Erschöpfungsgrundsatz nach Art. 4 Abs. 2 Computerprogramm-RL nicht faktisch leerlaufen zu lassen, muss der Erschöpfungsgrundsatz auch für andere digitale Werke als Computerprogramme gelten.

⁴⁷⁵ zweifelnd, ob der EuGH hierzu berechtigt war und die Voraussetzungen vorlagen Koch, ITRB 2013, 38 (39 f.); Vianello, MMR 2012, 139 (143).

⁴⁷⁶ in der englischen Fassung: „copy of a program“ und „copy“; in der französischen Fassung: „copie d'un programme“ und „copie“.

⁴⁷⁷ Vianello, MMR 2012, 139 (143).

⁴⁷⁸ EuGH ZUM 2011, 803 (Rn. 188) – Football Association Premier League; Handig, ZUM 2013, 273; Schneider/Spindler, CR 2012, 489 (492).

aa. Abschottung der Märkte

Die Anwendung des Erschöpfungsgrundsatzes auf digitale Werke nach Art. 4 Abs. 2 InfoSoc-RL ist zur Sicherstellung eines gemeinsamen europäischen Binnenmarktes geboten.⁴⁷⁹

Wird ein Werk auf einem körperlichen Datenträger innerhalb der Europäischen Union erstmalig in den Verkehr gebracht, kann der Urheber die Weiterveräußerung dieses Werks in der Europäischen Union aufgrund des Erschöpfungsgrundsatzes grundsätzlich nicht verhindern.

Der Erschöpfungsgrundsatz hat das Ziel, einen klaren Rechtsverkehr sicherzustellen.⁴⁸⁰ Jeder Zweiterwerber darf davon ausgehen, dass die Veräußerung des Werks innerhalb der Europäischen Union durch den Urheber nicht untersagt werden kann. Als Ausgleich für den Kontrollverlust über sein Werk erhält der Urheber die Möglichkeit, mit dem Erstverkauf des Werkstücks eine angemessene Vergütung zu erzielen.

Diese Vorstellung des Erschöpfungsgrundsatzes liegt auch dem EuGH zugrunde und entspricht seiner ständigen Rechtsprechung, die der Senat auch in der „UsedSoft“-Entscheidung noch einmal herausstellt⁴⁸¹:

„der Zweck des Grundsatzes der Erschöpfung des Rechts auf Verbreitung urheberrechtlich geschützter Werke darin besteht, die Einschränkungen der Verbreitung dieser Werke auf das zum Schutz des spezifischen Gegenstands des betreffenden geistigen Eigentums Erforderliche zu begrenzen, um so eine Abschottung der Märkte zu vermeiden (vgl. in diesem Sinne Urteile vom 28. April 1998, Metronome Musik, C-200/96, Slg. 1998, I-1953, Randnr. 14, vom 22. September 1998, FDV, C-61/97, Slg. 1998, I-5171, Randnr. 13, sowie Urteil Football Association Premier League u. a., Randnr. 106).“

⁴⁷⁹ Scholz, ITRB 2013, 17 (20).

⁴⁸⁰ Marly, CR 2014, 145 (149); Omsels, GRUR 1994, 162 (165 f.); Loewenheim in: Schricker/Loewenheim, o. Fn. 370, § 17 Rn. 43 f.; Terhaag/Telle, K&R 2013, 549 (552); Vianello, MMR 2012, 139 (140).

⁴⁸¹ EuGH MMR 2012, 586 (Rn. 62) – *UsedSoft*.

Diese zentralen Gedanken des EuGHs im „UsedSoft“-Urteil sind auf andere digitale Werke als Computerprogramme übertragbar.⁴⁸²

Würde man den Erschöpfungsgrundsatz im Rahmen des Art. 4 Abs. 2 InfoSoc-RL ablehnen, könnte der Urheber durch die Wahl des Vertriebswegs, Download statt Verbreitung körperlicher Werkstücke, nachgelagerte Verkäufe verbieten und eine Abschottung der Märkte forcieren.⁴⁸³ Gewichtige Gründe, die eine derartige Einschränkung des Erschöpfungsgrundsatzes für digitale Werke rechtfertigen würden, liegen nicht vor.

Zur Verwirklichung eines einheitlichen Binnenmarktes ist die Ausweitung des Erschöpfungsgrundsatzes daher auf alle digitalen Werke geboten.⁴⁸⁴

bb. Vergütung des Urhebers

Ein Urheber ist grundsätzlich an jeder Nutzung seiner persönlich geistigen Schöpfung wirtschaftlich zu beteiligen.⁴⁸⁵ Dieses Recht erwächst dem Urheber aus der Eigentumsgarantie des Art. 14 GG, die dem Urheber eine angemessene Vergütung für die Schöpfung seines Werkes zuerkennt.⁴⁸⁶

Um das Interesse der Allgemeinheit an der Klarheit des Rechtsverkehrs zu berücksichtigen, soll der Urheber allerdings nach dem Erstverkauf keinen weiteren Einfluss mehr auf die Weitergabe des Werkes nehmen können, insbesondere keine zusätzliche Vergütung verlangen dürfen. Vertreibt der Urheber sein Werk auf einem körperlichen Datenträger, wie einer CD oder DVD, gilt dieses konkret in den Verkehr gebrachte körperliche Werkstück mit dem Erstverkauf daher als erschöpft.⁴⁸⁷

482 *Biehler/Apel*, ZUM 2014, 727; *Grützmacher*, ZGE/IPJ 2013, 46 (60); *Malevanny*, CR 2013, 422 (426); *Senftleben*, NJW 2012, 2924 (2926 f.); *Stieper*, ZUM 2012, 668 (669).

483 *Igel*, ZUM 2013, 300 (302); *Knies*, GRUR-Int 2002, 314 (316); *Sosnitza*, K&R 2006, 206 (207).

484 *Hoeren/Försterling*, MMR 2012, 642 (647).

485 *Schulze*, NJW 2014, 721 (723).

486 *Omsels*, GRUR 1994, 162; *Schulze*, ZUM 2011, 2 (5).

487 vgl. Art. 4 Abs. 2 InfoSoc-RL, 17 Abs. 2 UrhG.

Der Urheber muss also seine angemessene Vergütung für sein körperlich vertriebenes Werk mit dem Erstverkauf realisieren.

Eine Beschränkung des Erschöpfungsgrundsatzes auf körperliche Werke und Computerprogramme hat zur Folge, dass diese Balance zwischen den Interessen des Urhebers an einer angemessenen Vergütung und den Interessen der Allgemeinheit an einem klaren Rechtsverkehr einseitig zu Gunsten des Urhebers entschieden wird. Durch einen bloßen Wechsel des Vertriebsmediums, d.h. Download statt Vertrieb eines körperlichen Werkstücks, soll es dem Urheber freistehen, über ein angemessenes Entgelt für den Erstverkauf hinaus für jede Weiterveräußerung des digitalen Werks ein erneutes Entgelt zu verlangen.⁴⁸⁸

Eine derartige Beschränkung des Wiederverkaufs digitaler Güter geht über das zur Sicherung einer angemessenen Vergütung des Urhebers Erforderliche hinaus.⁴⁸⁹

Ob ein Nutzer ein Werk als Download aus dem Internet herunterlädt oder hierfür einen materiellen Datenträger erwerben muss, macht wirtschaftlich keinen Unterschied.⁴⁹⁰ Der Urheber hat in beiden Fällen die Gelegenheit, mit dem Erstverkauf eine angemessene Vergütung für die Schöpfung seines Werkes zu realisieren.

Natürlich darf es nach dem Erstverkauf nicht zu einer Vervielfältigung der Nutzungsmöglichkeiten für dieses digitale Werk kommen. Ist Gegenstand des Erstverkaufs ein einziges digitales Werkstück, für das der Urheber durch den Verkauf eine angemessene Vergütung erhalten hat, so muss sichergestellt werden, dass ausschließlich dieses eine digitale Werkstück in der Vertriebskette weitergegeben wird. Bei einer unerlaubten Vervielfältigung des digitalen Werkes in der Vertriebskette würde der Urheber um seine Entlohnung für die weiteren digitalen Werkstücke gebracht werden.

⁴⁸⁸ ebenso gegen eine unterschiedliche Behandlung der Vertriebswege *Redeker*, CR 2014, 73 (74).

⁴⁸⁹ EuGH MMR 2012, 586 (Rn. 63) – *UsedSoft*; EuGH ZUM 2011, 803 (Rn. 105 f.) – *Football Association Premier League*; *Hilty*, CR 2012, 625 (631).

⁴⁹⁰ *Neuber*, WRP 2014, 1274; *Koch*, GRUR 1997, 417 (426); *Terhaag/Telle*, K&R 2013, 549 (552).

Um dieses berechtigte Interesse abzusichern, ist jeder Nacherwerber in der Vertriebskette verpflichtet, das bei ihm vorhandene Werkstück bei einer Weiterveräußerung unbrauchbar zu machen.⁴⁹¹

cc. Unterschiede zwischen Computerprogrammen und sonstigen digitalen Werken

Eine Einschränkung der Waren- und Dienstleistungsverkehrsfreiheit für digitale Werke wäre im Gegensatz zu körperlichen Werken dann gerechtfertigt, wenn gewichtige Gründe für eine Ungleichbehandlung dieser Vertriebsarten gegeben wären.⁴⁹²

Derartige Gründe, mit denen sich eine Einschränkung der Waren oder Dienstleistungsfreiheit rechtfertigen ließe, sind jedoch nicht ersichtlich.

Eine Ungleichbehandlung von Computerprogrammen und digitalen Werkstücken ist nicht der Natur der digitalen Werke geschuldet. Alle digitalen Werke verfügen über eine einheitliche Repräsentationsbasis und liegen letztlich als spezifisch kodierte Hardware vor.⁴⁹³ Ob diese Werke nun direkt auf einem Datenträger wie einer CD oder DVD vertrieben werden oder zunächst über das Internet heruntergeladen werden und sich anschließend auf einem Datenträger manifestieren, ist insoweit ohne Belang.

Auch in wirtschaftlicher Hinsicht ist ein Unterschied nicht zu erkennen.⁴⁹⁴

Um Rechtssicherheit im Hinblick auf die Erschöpfung digitaler Werke zu erlangen, ist es geboten, Computerprogramme und sonstige digitale Werke rechtlich gleich zu behandeln. So wie heutige digitale Werke zum Teil auch Computerprogramme nutzen, weisen gängige Computerprogramme eine Vielzahl von Grafiken, Tönen oder Videos auf. Die Grenzen zwischen Computerprogrammen und digitalen Werken verschwimmen somit zunehmend, insbesondere da sich praktisch

⁴⁹¹ Sosnitza, K&R 2006, 206 (210); Grütmacher, ZGE/IPJ 2013, 46 (66).

⁴⁹² vgl. hierzu Spindler, CR 2008, 69 (72) m.w.N.

⁴⁹³ Ammann, Der Handel mit Second Hand-Software aus rechtlicher Sicht, S. 53; Knies, GRUR-Int 2002, 314 (316); Koch, GRUR 1997, 417; Neuber, WRP 2014, 1274 (1276); Redeker, CR 2014, 73 (74).

⁴⁹⁴ Terhaag/Telle, K&R 2013, 549 (553).

jedes digitale Werk als eigenständige App für Smartphones und Tablet-Computer vertreiben lässt.

Bei einer ungleichen Behandlung des Erschöpfungsgrundsatzes nach der InfoSoc-RL und der Computerprogramm-RL obliege die Beurteilung, ob ein hybrides Werk weiterveräußert darf, beim Nutzer. Dieser müsste entscheiden und ggf. nachweisen⁴⁹⁵, ob ein konkretes Werk ausschließlich als Computerprogramm zu beurteilen ist und somit weiterveräußert werden darf oder ob das Werk auch urheberrechtliche geschützte Werkstücke enthält, die eine Erschöpfung des Werkes verhindern.

Für die Urheberrechtsinhaber auf der anderen Seite wäre es leicht möglich, den Erschöpfungsgrundsatz nach der Computerprogramm-RL durch die Einbindung von urheberrechtlich geschützten Grafiken, Tönen und Videos zu umgehen. Da nach Auffassung des EuGHs bei hybriden Werken sowohl die Computerprogramm-RL wie auch die InfoSoc-RL anwendbar sind, genügt grundsätzlich eine urheberrechtlich geschützte Grafik, um die Erschöpfung des gesamten Computerprogramms zu verhindern.

Dieser Umstand steht dem Zweck des Erschöpfungsgrundsatzes nach der Computerprogramm-RL, nämlich der Erleichterung des Rechtsverkehrs, gerade diametral entgegen.

dd. Piraterie

Weit verbreitet aber wenig substantiiert erläutert ist das Argument, der Erschöpfungsgrundsatz dürfe aufgrund des höheren Piraterierisikos bei digitalen Werken nicht auf solche Werke ausgeweitet werden.⁴⁹⁶ Den Urhebern wäre die Kontrolle darüber genommen, nachvollziehen zu können, wie viele Vervielfältigungen von einem bestimmten digitalen Werk angefertigt werden, nachdem das Werk in den Verkehr gelangt ist.⁴⁹⁷

⁴⁹⁵ Die Beweislast für den Erschöpfungsgrundsatz liegt, da sie eine Ausnahme darstellt, beim Nutzer – *Marly*, CR 2014, 145 (147); *Wolf-Rojczyk*, ITRB 2014, 75 (77).

⁴⁹⁶ z.B. *Spindler*, CR 2008, 69 (72).

⁴⁹⁷ *Hilgert*, CR 2014, 354 (355); *Schack*, GRUR 2007, 639 (644); *Spindler*, CR 2008, 69 (77); *Wiebe*, GRUR-Int 2009, 114 (117); *Zech*, ZGE/IPJ 2013, 368 (393) m.w.N.

Das Argument kann aus mehreren Gründen nicht verfangen:

Zum einen ist es nicht der Zweck des Erschöpfungsgrundsatzes, Urheberrechtsverletzungen zu verhindern.⁴⁹⁸ Der Erschöpfungsgrundsatz hat stattdessen das Ziel⁴⁹⁹, einen klaren Rechtsverkehr sicherzustellen.⁵⁰⁰

Zum anderen ist die Gefahr der unberechtigten Vervielfältigung allen digitalen Werken gleichsam immanent, unabhängig davon, ob diese nach dem Erstverkauf als erschöpft anzusehen sind oder nicht. Die Gefahr der Produktpiraterie bei digitalen Werken liegt in der einfachen, schnellen und verlustfreien Vervielfältigungsmöglichkeit der Werke begründet, nicht in der Gefahr, dass die Werke nach dem Erstverkauf auf einem Gebrauchtmärkt weiterverbreitet werden dürfen.

Dem Urheber steht es ferner offen, zum Schutz seiner digitalen Werke und zur Nachvollziehbarkeit des Vertriebswegs angemessene Maßnahmen vorzunehmen.

So kann der Urheber bspw. die unberechtigte Vervielfältigung seines Werkes mit technischen Schutzmaßnahmen verhindern. Technische Maßnahmen können auch dafür verwendet werden, eine Nachvollziehbarkeit des Vertriebswegs zu ermöglichen, die bei analogen Medien gerade nicht möglich ist.⁵⁰¹ Der Einsatz dieser technischen Mittel ist zulässig, solange die Mittel verhältnismäßig sind.⁵⁰²

Darüber hinaus steht es dem Urheber offen, die digitalen Werke zeitlich begrenzt nutzbar zu machen⁵⁰³, wie dies nach der „UsedSoft“-Entscheidung für Software üblich ist. Für diese Art des Vertriebs stellt sich das Problem der Erschöpfung nicht.

Selbst wenn der Urheber von diesen Möglichkeiten keinen Gebrauch machen sollte, liegt die Beweislast für die berechtigte Nutzung des Werkes beim Nacherwerber, da sich diese mit dem Erschöpfungs-

⁴⁹⁸ Sack, GRUR-Int 2000, 610 (611); Terhaag/Telle, K&R 2013, 549 (552); Omsels, GRUR 1994, 162 (165).

⁴⁹⁹ Sosnitza, K&R 2006, 206 (209).

⁵⁰⁰ Marly, CR 2014, 145 (149); Omsels, GRUR 1994, 162 (165 f.); Loewenheim in: Schricker/Loewenheim, o. Fn. 370, § 17 Rn. 43 f.; Terhaag/Telle, K&R 2013, 549 (552); Vianello, MMR 2012, 139 (140).

⁵⁰¹ hierzu näher Terhaag/Telle, K&R 2013, 549 (552); einschränkend wohl Hilgert, CR 2014, 354 (359).

⁵⁰² Hermes, GRUR-Prax 2014, 37 (38).

⁵⁰³ Sosnitza, K&R 2006, 206 (209).

grundsatz auf einen Ausnahmetatbestand berufen müssen, für dessen Vorliegen sie beweispflichtig sind.⁵⁰⁴

Ein höheres Piraterierisiko ist bei einer Ausweitung des Erschöpfungsgrundsatzes auf alle digitalen Werke daher nicht ersichtlich.

ee. Abnutzung

Gegen eine Gleichstellung körperlicher Werke und digitaler Werke wird vorgebracht, dass digitale Werke, im Gegensatz zu ihren analogen Pendants, keinen Abnutzungserscheinungen unterliegen.⁵⁰⁵

Nutzt sich ein körperliches Werk jedoch im Laufe der Zeit ab, weil es so oft genutzt wurde oder weil es an mehrere Personen weitergegeben wurde, wird es ggf. unbrauchbar und muss durch ein neues Werk ersetzt werden. Der Ersatzkauf sichert dem Urheber eine neue Vergütung zu. Da sich digitale Werke nicht abnutzen und folglich nicht ersetzt werden müssen, würde der Urheber um diese Vergütung gebracht werden.

Diese Tatsache ist nicht von der Hand zu weisen.⁵⁰⁶ Es wird zwar vereinzelt vertreten, dass auch digitale Güter „veralten“ können, indem sich die Abspielsoftware weiterentwickelt und irgendwann zu Inkompatibilitäten mit den digitalen Werken führt.⁵⁰⁷ Derartige Alterserscheinungen sind aber kaum ersichtlich.⁵⁰⁸

Allerdings ist fraglich, ob diesem Faktor im Kontext der Erschöpfung eine Bedeutung zukommen kann. Wer eine CD oder DVD halbwegs pfleglich behandelt, wird den Inhalt ebenso unbeschränkt oft genießen können wie jemand, der die Musikstücke oder den Film über einen Download erworben hat. Auch Bücher lassen sich mehrfach lesen, ohne dass man sie anschließend ersetzen muss.

⁵⁰⁴ Hilgert, CR 2014, 354 (358); Marly, CR 2014, 145 (147); Wolf-Rojczyk, ITRB 2014, 75 (77).

⁵⁰⁵ Moritz, K&R 2012, 456 (459); Neuber, WRP 2014, 1274 (1277); Schulze, NJW 2014, 721 (724); Zech, ZGE/IPJ 2013, 368 (379).

⁵⁰⁶ Redeker, CR 2014, 73 (74); hierzu auch Sosnitza, K&R 2006, 206 (209).

⁵⁰⁷ z.B. Neuber, WRP 2014, 1274 (1277).

⁵⁰⁸ Apples iTunes Music Store bspw. verkauft Musikdownloads seit April 2003 und spielt noch heute alle damals gekauften Stücke – https://en.wikipedia.org/wiki/ITunes_Store, zuletzt abgerufen am 26.02.2018; Zech, ZGE/IPJ 2013, 368 (394).

Es obliegt dem Urheber einen angemessenen Preis für sein Werk zu bestimmen, der diese Faktoren berücksichtigt. Auf das Rechtsgebilde der Erschöpfung kann der Abnutzungsfaktor eines Werks jedoch keine Auswirkungen haben.

f) Ergebnis

Eine Erschöpfung ist auch im Rahmen des Art. 4 Abs. 2 InfoSoc-RL für solche digitalen Werke anzunehmen, die über einen Download und nicht auf einem körperlichen Datenträger vertrieben werden.

Die Auslegung des EuGH zu den Begriffen „Programmkopie“ bzw. „Kopie“ i.S.d. Art. 4 Abs. 2 Computerprogramm-RL lässt die Anwendung des Erschöpfungsgrundsatzes nach Art. 4 Abs. 2 InfoSoc-RL auf digitale Werke zu. Eine anderweitige Auslegung ist weder unter Einbeziehung der Erwägungsgründe 28 und 29 der InfoSoc-RL, des Gesetzegebungsverfahrens oder der Vorgaben des WCT zwingend.

Da die zuletzt genannten Auslegungsmittel keine Aussagen zum konkreten Fall des Vertriebs per Download treffen, wäre auch eine analoge Anwendung des Erschöpfungsgrundsatzes für digitale Werke nach Art. 4 Abs. 2 InfoSoc-RL möglich.

Allerdings liegt eine direkte Anwendung des Erschöpfungsgrundsatzes für Art. 4 Abs. 2 InfoSoc-RL näher, da der EuGH bereits die Notwendigkeit einer identischen Auslegung gleicher Begriffe auf europäischer Ebene im Rahmen der Art. 4 Abs. 2 InfoSoc-RL und Art. 4 Abs. 2 Computerprogramm-RL bekräftigt hat.

Die Ratio des Erschöpfungsgrundsatzes für digitale Werke lässt sich ebenfalls unmittelbar auf Art. 4 Abs. 2 InfoSoc-RL übertragen.

E. Reichweite der Erschöpfung

Eine Erschöpfung des Verbreitungsrechts ist grundsätzlich auch für solche digitale Werke nach Art. 4 Abs. 2 InfoSoc-RL anzunehmen, die als Download vertrieben werden.

Die Voraussetzungen und die Reichweite der Erschöpfung sollen nachfolgend näher erörtert werden.

I. Erstverkauf und Download

1. Erstverkauf

Art. 4 Abs. 2 InfoSoc-RL sieht eine Erschöpfung des Verbreitungsrechts in den Fällen vor, in denen der Erstverkauf des digitalen Werks oder eine andere erstmalige Eigentumsübertragung in der Europäischen Union durch den Rechteinhaber oder mit dessen Zustimmung erfolgte.

In der „UsedSoft“-Entscheidung legte der EuGH den Begriff des „Erstverkaufs“ für Art. 4 Abs. 2 Computerprogramm-RL europarechtskonform aus⁵⁰⁹, als

„eine Vereinbarung, nach der eine Person ihre Eigentumsrechte an einem ihr gehörenden körperlichen oder nichtkörperlichen Gegenstand gegen Zahlung eines Entgelts an eine andere Person abtritt.“⁵¹⁰

Ein Verkauf liegt nach der Auffassung des EuGHs bereits dann vor, wenn der Ersterwerber eine Lizenz zur Nutzung eines Werkes ohne zeitliche Begrenzung gegen einmalige Zahlung eines Entgelts erhält.⁵¹¹ Das Her-

⁵⁰⁹ EuGH MMR 2012, 586 (Rn. 40) – *UsedSoft*; Grützmacher, ZGE/IPJ 2013, 46 (53).

⁵¹⁰ EuGH MMR 2012, 586 (Rn. 42) – *UsedSoft*.

⁵¹¹ EuGH MMR 2012, 586 – *UsedSoft*; nun auch BGH MMR 2014, 232 – *UsedSoft II; Schneider/Spindler, CR 2014, 213 (215); Moritz, K&R 2012, 456 (457); Neuber, WRP 2014, 1274 (1276).*

unterladen des digitalen Werks soll nach Auffassung des EuGHs dabei mit dem Abschluss eines Lizenzvertrags ein untrennbares Ganzes bilden.⁵¹²

Es ist davon auszugehen, dass der EuGH dem Begriff des „Erstverkaufs“ in Art. 4 Abs. 2 Computerprogramm-RL und in Art. 4 Abs. 2 InfoSoc-RL aufgrund des identischen Wortlautes auch eine identische Bedeutung zumessen wird.⁵¹³ Entgegenstehende Aspekte sind nicht ersichtlich.

Eine Erschöpfung des Verbreitungsrechts ist somit auch in den Fällen anzunehmen, in denen der Urheberrechtsinhaber den Vertrag zur zeitlich unbefristeten Überlassung eines digitalen Werks per Download nicht als „Kaufvertrag“ bezeichnet, sondern als „Lizenzvertrag“ oder „Nutzungsvereinbarung“.

2. Download

In technischer Hinsicht stellt ein Download eine Vervielfältigung dar.⁵¹⁴

Das Vervielfältigungsrecht ist eine eigenständige Nutzungshandlung, deren Rechtmäßigkeit von der Zustimmung des Urheberrechtsinhabers abhängig ist. Im Gegensatz zum Verbreitungsrecht unterliegt das Vervielfältigungsrecht nach Art. 2 InfoSoc-RL nicht der Erschöpfung.

Die durch den Download des Ersterwerbers ausgelöste Vervielfältigung wird durch die Lizenz gestattet. Andernfalls könnte der Urheberrechtsinhaber seiner Verpflichtung aus dem Kaufvertrag nicht nachkommen, dem Ersterwerber die Eigentumsrechte an dem digitalen Werk abzutreten.

⁵¹² EuGH MMR 2012, 586 – *UsedSoft*; zu den Konsequenzen für die Vertragsgestaltung *Hilty*, CR 2012, 625 (625 f.).

⁵¹³ *Malevanny*, CR 2013, 422 (426).

⁵¹⁴ vgl. z.B. *Koch*, ITRB 2013, 9 (12).

II. Zweitverkauf

1. Weitergabe des Datenträgers

Wurde das digitale Werk mit dem Erstverkauf auf einen Datenträger, z.B. einen eBook Reader, MP3 Spieler oder ein Smartphone geladen, ist die Weitergabe dieses Datenträgers samt digitalen Werks durch den Ersterwerber an den Zweiterwerber möglich.⁵¹⁵ Die Weitergabe ist, je nach Werktyp, entweder durch Art. 4 Abs. 2 Computerprogramm-RL, § 69 c Nr. 3 Satz 2 UrhG oder Art. 4 Abs. 2 InfoSoc-RL, 17 Abs. 2 InfoSoc-RL erfasst. Bei hybriden Werken kommt eine parallele Anwendung der Bestimmungen in Betracht.

Das Verbreitungsrecht des Urheberrechtsinhabers ist mit dem Erstverkauf im Hinblick auf das konkrete digitale Werk erschöpft. Durch die Weitergabe des Datenträgers, auf den das Werk heruntergeladen wurde, wird bei einem Verkauf des digitalen Werks an den Zweiterwerber keine weitere vergütungspflichtige Handlung vorgenommen.

So wird das Vervielfältigungsrecht des Urhebers nicht tangiert, da das heruntergeladene digitale Werk ohne weitere Vervielfältigungen auf dem Datenträger weitergegeben werden kann.⁵¹⁶

Auch besteht nicht die Gefahr einer Verdoppelung der Nutzungsrechte. Da der Ersterwerber die einzige vorhandene Kopie mit dem Datenträger weitergibt, entledigt er sich aller Nutzungsmöglichkeiten. Sollte das digitale Werk zusätzlich an ein personalisiertes Benutzerkonto gebunden sein, in dessen Rahmen der Ersterwerber zu einem erneuten Download des digitalen Werks berechtigt wäre, ist diese Nutzungsmöglichkeit zu sperren.

Stellt das Werkstück auf dem Datenträger lediglich eine Vervielfältigung des heruntergeladenen digitalen Werks im Sinne des Art. 5 Abs. 2 b InfoSoc-RL, § 53 Abs. 1 UrhG dar⁵¹⁷, ist eine Weitergabe des Datenträgers nach § 53 Abs. 6 UrhG ausgeschlossen, da ein Vervielfältigungsstück beim Ersterwerber verbleibt.

⁵¹⁵ Hilty, CR 2012, 625 (634 f.); Schack, GRUR 2007, 639 (644).

⁵¹⁶ für Computerprogramme Sosnitza, K&R 2006, 206 (210); OLG Hamm, Urt. v. 15.05.2014 – I-22 U 60/13, ZUM 2014, 715 (721).

⁵¹⁷ Scholz, ITRB 2013, 17 (18).

Im Lichte der funktionalen Auslegung des EuGHs zum Begriff „Vervielfältigungsstück“ wird die Weitergabe des auf dem Datenträger verkörperten digitalen Werks jedoch erlaubt sein, wenn der Ersterwerber alle weiteren bei ihm befindlichen Werkstücke des digitalen Werks unbrauchbar macht. Dann stellt das auf dem Datenträger befindliche Werkstück kein weiteres Werkstück im Sinne des § 53 Abs. 6 UrhG dar, sondern *das Vervielfältigungsstück* im Sinne des Art. 4 Abs. 2 InfoSoc-RL, das er vom Ersterwerber erhalten hat. Eine Verdoppelung der Nutzungsrechte wäre durch das Unbrauchbarmachen der übrigen Werkstücke ebenfalls nicht mehr gegeben.

2. Digitale Übermittlung

Möchte der Ersterwerber ein digitales Werk durch Datenübertragung an einen Zweiterwerber weitergeben, z.B. per E-Mail, Messaging Programme⁵¹⁸ oder aber durch Hinterlegung auf einem einen Online-Datenspeicher⁵¹⁹, findet auf technischer Ebene eine Vervielfältigung statt.⁵²⁰

Die Zulässigkeit dieser Vervielfältigungshandlungen steht unter dem Zustimmungserfordernis des Urheberrechtsinhabers.⁵²¹

Bei Computerprogrammen ist diese Nutzungshandlung von Art. 5 Abs. 1 i.V.m. Art. 4 Abs. 1 a) Computerprogramm-RL gedeckt, der dem rechtmäßigen Erwerber dauerhafte Vervielfältigungen eines Computerprogramms gestattet, wenn diese für eine bestimmungsgemäße Benutzung des Computerprogramms notwendig sind.⁵²²

Eine vergleichbare Regelung fehlt in der InfoSoc-RL allerdings.

Lädt eine Privatperson das digitale Werk vom Server des Urheberrechtsinhabers herunter, ist die Vervielfältigungshandlung durch die Privatkopieschranke des Art. 5 Abs. 2 b) InfoSoc-RL, § 53 UrhG ge-

⁵¹⁸ z.B. über Skype: www.skype.com, zuletzt abgerufen am 19. Februar 2018.

⁵¹⁹ z.B. über Dropbox: www.dropbox.com, zuletzt abgerufen am 19. Februar 2018.

⁵²⁰ Grützmacher in: *Wandtke/Bullinger*, o. Fn. 204, § 69 c Rn. 36; *Scholz*, ITRB 2013, 17 (18).

⁵²¹ Insbesondere Art. 2 InfoSoc-RL.

⁵²² EuGH MMR 2012, 586 (Rn. 75) – *UsedSoft*; EuGH GRUR 2016, 1271 (Rn. 39 ff.) – *Aleksandrs Ranks u.a.; Taeger, NJW* 2014, 3759 (3760); *Neuber, WRP* 2014, 1274 (1278).

deckt und somit zulässig. Da der Ersterwerber zur Nutzung und Verbreitung des Werks berechtigt ist, handelt es sich auch nicht um eine offensichtlich rechtswidrig hergestellte oder öffentlich zugänglich gemachte Vorlage, die der Zweiterwerber vom Ersterwerber erhält.

Allerdings hat diese Schrankenregelung zwei Nachteile:

Zunächst ist zu beachten, dass die Privatkopieschranke nach Art. 5 Abs. 2 b) InfoSoc-RL bereits nach dem Wortlaut der Norm nicht zwingend in nationales Recht umgesetzt werden muss.⁵²³ Dieser Umstand würde innerhalb der europäischen Union zu einer ungleichen Anwendung und Durchsetzung des Erschöpfungsgrundsatzes führen.

Zum anderen ist umstritten, ob die Schranke des § 53 Abs. 1 UrhG aufgrund § 53 Abs. 4 b UrhG auch auf eBooks Anwendung finden kann.⁵²⁴

Letztlich könnten gewerblich Handelnde nicht von der Erschöpfungswirkung profitieren, da sie von der Schrankenregelung des Art. 5 Abs. 2 b) InfoSoc-RL, § 53 UrhG ausgenommen sind.

Dieses Zwischenergebnis ist jedoch unbefriedigend. Die Übertragung und Nutzung eines digitalen Werks ließe sich trotz der vom EuGH geforderten Gleichbehandlung von körperlichen und unkörperlichen Werken und trotz eingetretener Erschöpfung des digitalen Werks lediglich aufgrund von technisch bedingten Vervielfältigungen nicht realisieren.

Tatsächlich besteht bei der Verbreitung eines körperlichen Datenträgers und der Verbreitung eines digitalen Werks der signifikante Unterschied, dass mit der digitalen Verbreitung eine Vervielfältigung zwingend erforderlich ist. Ohne eine Vervielfältigung ist eine Verbreitung des digitalen Werks nicht möglich. Das Verbreitungsrecht muss zur Sicherung des Erschöpfungsgrundsatzes über Art. 4 Abs. 2 InfoSoc-RL daher insoweit ebenfalls als erschöpft angesehen werden, so weit der Ersterwerber und die Folgeerwerber eine Vervielfältigung zur Verbreitung des Werks vornehmen müssen. Die Vervielfältigung stellt in diesem Zusammenhang eine bestimmungsgemäße Nutzung des di-

⁵²³ „Die Mitgliedsstaaten können in den folgenden Fällen Ausnahmen oder Beschränkungen in Bezug auf das in Artikel 2 vorgesehene Vervielfältigungsrecht vorsehen.“ (Hervorhebung hinzugefügt)

⁵²⁴ dagegen: Kitz, MMR 2001, 727 (729 f.); Neuber, WRP 2014, 1274 (1278); Scholz, ITRB 2013, 17 (18); dafür: Ganzhorn, CR 2014, 492 (497).

gitalen Werks dar.⁵²⁵ Ansonsten würde ein gesetzliches Recht aus technischen Gründen leerlaufen.⁵²⁶

Zwingend ist allerdings, dass der Ersterwerber seine Kopie des digitalen Werks mit dem Verkauf unbrauchbar macht, da es ansonsten zu einer unzulässigen Verdoppelung der Nutzungsmöglichkeiten kommen würde.⁵²⁷

Eine Weiterverbreitung im Wege der digitalen Übermittlung ist somit zulässig.⁵²⁸

3. Download vom Urheberrechtsinhaber

Der Zweiterwerber darf das digitale Werk nach dem Kauf vom Server des Erstverkäufers herunterladen.

Diesbezüglich gelten die Ausführungen zur digitalen Übermittlung entsprechend.⁵²⁹

4. Nutzungshandlungen des Zweiterwerbers

Die Nutzung digitaler Werke ist, ungleich zu ihren analogen Pendants, zumeist nicht ohne weitere Zwischenschritte möglich. Um in den Genuss eines digitalen Werks zu kommen, muss das digitale Werk üblicherweise durch die Verwendung eines passenden Computerprogramms in eine wahrnehmbare Form gebracht werden, etwa indem das eBook auf dem Display angezeigt wird oder die Musik über die Lautsprecher eines Tablet-Computers wiedergegeben wird.⁵³⁰

⁵²⁵ vgl. EuGH GRUR 2016, 1271 (Rn. 54) – *Aleksandrs Ranks u.a.*

⁵²⁶ Grütmacher in: *Wandke/Bullinger*, o. Fn. 204, § 69 c Rn. 36; *Malevanny*, CR 2013, 422 (426).

⁵²⁷ EuGH MMR 2012, 586 (Rn. 70, 78) – *UsedSoft*; BGH MMR 2014, 232 (Rn. 63) – *UsedSoft II*; EuGH GRUR 2016, 1271 (Rn. 55) – *Aleksandrs Ranks u.a.*

⁵²⁸ *Malevanny*, CR 2013, 422 (426); *Ganzhorn*, CR 2014, 492 (497); *Kubach*, CR 2013, 279 (283); *Scholz*, ITRB 2013, 17 (21); *Neuber*, WRP 2014, 1274 (1278).

⁵²⁹ s. oben Kapitel E.II.2 “Digitale Übermittlung”; BGH GRUR 2015, 1108 – *Green-IT*.

⁵³⁰ *Hilty*, CR 2012, 625 (635).

Die dabei zwingend erforderlichen flüchtigen Vervielfältigungen des digitalen Werks, z.B. im Arbeitsspeicher der Wiedergabegeräte, sind nach Art. 5 Abs. 1 b InfoSoc-RL, § 44 a UrhG erlaubt.⁵³¹

⁵³¹ Scholz, ITRB 2013, 17 (18).

F. Fazit

Die Auswirkungen der „UsedSoft“-Entscheidung wirken über die Grenzen der Computerprogramm-RL hinaus auch auf digitale Werke nach der InfoSoc-RL, die als Download vertrieben werden. Das Verbreitungsrecht für diese digitalen Werke unterliegt nach der hier vertretenen Auffassung ebenfalls der Erschöpfung.

Maßgeblicher Ansatzpunkt für dieses Ergebnis ist die Auslegung des Begriffs „Programmkopie“ durch den EuGH. Das Verständnis des EuGHs, eine „Programmkopie“ setze keine Körperlichkeit voraus, lässt sich gleichsam auf den Begriff des „Vervielfältigungsstücks“ übertragen, für die der EuGH bereits *obiter dictum* festgestellt hat, dass er grundsätzlich die gleiche Bedeutung haben müsse wie der Begriff „Programmkopie“.

Die Reichweite und Grenzen des Erschöpfungsgrundsatzes lassen sich derzeit allerdings noch nicht konkret feststecken. Während Vervielfältigungshandlungen von Privatpersonen überwiegend durch die Privatkopieschranke gedeckt sind⁵³², steht gewerblich handelnden Personen keine vergleichbare Schranke zur Verfügung. Da jedoch überwiegend die Ansicht vertreten wird, das „UsedSoft“-Urteil habe mehr Fragen aufgeworfen als beantwortet⁵³³, ist aber abzusehen, dass die nächsten Vorlagefragen bald folgen werden.

Vor dem Hintergrund der zunehmenden Verschmelzung von Computerprogrammen mit anderen digitalen Werken wäre allerdings wünschenswert, dass der europäische Gesetzgeber die bestehenden Urheberrechtsrichtlinien zu einer einheitlichen Richtlinie zusammenführt und auf diese Weise Rechtssicherheit schafft.⁵³⁴

⁵³² s. hierzu auch Teil I, Kapitel C.IV. „Schranken des Urheberrechts“.

⁵³³ z.B. Schneider/Spindler, CR 2012, 489 (498).

⁵³⁴ Spindler, NJW 2014, 2550.

Die Folgen einer möglichen Ausweitung des Erschöpfungsgrund-
satzes auf alle digitalen Werke eilen möglichen Entscheidungen auf eu-
ropäischer Ebene bereits jetzt voraus.

So sind die großen Betreiber digitaler Plattformen derzeit damit
beschäftigt, geeignete technische Konzepte zu entwickeln, um einen
Gebrauchtmarkt zur Verfügung stellen zu können. Amazon⁵³⁵ und
Apple⁵³⁶ haben sich Plattformen für gebrauchte digitale Werke bereits
durch Patente absichern lassen.

In technischer Hinsicht stünde einem Gebrauchtmarkt für digitale
Werke somit nichts im Wege.

535 Ringwald, US 8,364,595 B1.

536 Block/Van, US 2013/060616 A1.