

3. Teil. Kompatibilität des EU-Rechts: Richtlinie 2009/24/EG als Prüfungsmaßstab

Im Folgenden wird die Kompatibilität des EU-Rechts mit den Ergebnissen des 1. und 2. Teils geprüft. Zentral ist dabei die Fragestellung, inwieweit das Recht zum einen Arten der Überlassung von Software wie einen Download und zum anderen Arten der Softwarenutzung wie Cloud Computing zu erfassen vermag.

Aufgrund der Normenhierarchie des EU-Rechts ist vorrangig mit dem Vertrag über die Arbeitsweise der Europäischen Union („AEUV“) das Primärrecht als Prüfungsmaßstab heranzuziehen. Dieser regelt allerdings weder Vertragsrecht noch sind Normen hinsichtlich Software enthalten. Allein die Verwirklichung des Binnenmarktes gemäß Art. 26 ff. AEUV stellt diesbezüglich ein übergeordnetes Ziel dar. Auf sekundärrechtlicher Ebene enthalten die Verbraucherrechte-Richtlinie 2011/83/EU, die Digitale-Inhalte-Richtlinie 2019/770/EU und die Warenkauf-Richtlinie 2019/771/EU verbraucherrechtliche, jedoch keine immaterialgüterrechtlichen, Regelungen zu Software.¹⁴⁷⁵ Die immaterialgüterrechtliche InfoSoc-Richtlinie 2001/29/EG lässt gemäß Art. 2 Abs. 2 lit. a) Regelungen über den rechtlichen Schutz von Computerprogrammen unberührt, nennt jedoch Rechtsbegriffe wie beispielsweise das Verbreitungsrecht und dessen Erschöpfung sowie die öffentliche Zugänglichmachung als weitere Verwertungshandlung. Die Software-Richtlinie 2009/24/EG als Nachfolgeregelung der Richtlinie 91/250/EWG normiert urheberrechtliche Aspekte in Bezug auf Software und Softwareverträge und stellt somit den zentralen Rechtstext der im 3. Teil erfolgenden Betrachtung dar. Die relevanten Begriffe sind in Art. 4 Abs. 2 Richtlinie 2009/24/EG der „Verkauf“ als Verbreitungshandlung und Tatbestand sowie die „Kopie“ als deren Gegenstand, welcher als Rechtsfolge die Erschöpfung des Verbreitungsrechts auslöst. Darüber hinaus ist auch Art. 5 Abs. 1 Richtlinie 2009/24/EG mit dem Begriff der „bestimmungsgemäßen Benutzung“ der Software, welche dem „rechtmäßigen Erwerber“ gestattet ist, von Bedeutung. Im Folgenden wird unterschieden zwischen der Überlassung von Software mittels eines Datenträgers und eines Downloads sowie der Softwarenutzung mittels Cloud Computing.

1475 Hierzu 2. Teil § 1 A II.

§ 1. Kopie als Vertragsgegenstand des Softwarevertrages,
Art. 4, 5 Richtlinie 2009/24/EG

In § 1 steht der Begriff der Kopie als Vertragsgegenstand bei Verträgen über die Nutzung von Software im Fokus. Der Terminus Kopie wurde nicht erst in der Richtlinie 91/250/EWG als Vorgängerrichtlinie der Richtlinie 2009/24/EG eingeführt, sondern ist in Form des Werkstücks¹⁴⁷⁶ einer der zentralen Begriffe des Urheberrechts. Das Werkstück stellt als Objekt eines „sachenrechtlichen Vorgangs“¹⁴⁷⁷ eine Verkörperung des urheberrechtlich geschützten Werks dar. Zudem dient es als Gegenstand einer urheberrechtlichen Verbreitung und somit als Anknüpfungspunkt für die mittelbare Erfassung des grundsätzlich freien Werkgenusses.¹⁴⁷⁸ Auch die Erschöpfung des Verbreitungsrechts bezieht sich stets auf ein Werkstück, gleiches gilt für das Vervielfältigungsrecht, welches die „Herstellung von körperlichen Festlegungen“ und somit von Werkstücken umfasst.¹⁴⁷⁹ Die Richtlinie 2009/24/EG nennt die Kopie in Art. 4 Abs. 1 als Objekt einer Verbreitung und rückt diese dabei als Vertragsgegenstand in den Fokus von Softwareüberlassungsverträgen. Art. 4 Abs. 2 Richtlinie 2009/24/EG beschreibt die Kopie im Zusammenhang mit einem Verkauf, als dessen Rechtsfolge sich das Verbreitungsrecht an dieser Kopie erschöpft. In ErwG 13 S. 3 Richtlinie 2009/24/EG wird die Kopie als Gegenstand des Erwerbs im Sinne des Art. 5 Abs. 1 Richtlinie 2009/24/EG genannt. Ein solcher Erwerb ist möglich zum einen vom Rechtsinhaber, zum anderen von einem Dritten, der sich auf Art. 4 Abs. 2 Richtlinie 2009/24/EG berufen kann.¹⁴⁸⁰ ErwG 15 Richtlinie 2009/24/EG nennt den Begriff der Kopie

1476 Ulmer/Hoppen, CR 2008, 681, 682 das Software-Urheberrecht, welches aufgrund der Richtlinie 91/250/EWG im deutschen Recht in den §§ 69a ff. UrhG implementiert wurde, als ein solches mit eigenständigen Begriffen wie beispielsweise dem Werkbegriff beschreibend. Es wird argumentiert, dass, wenn dieser mit dem des allgemeinen Urheberrechts (§ 17 UrhG) identisch wäre, keine Neuformulierung hätte erfolgen müssen. Tatsächlich wollte der Gesetzgeber entsprechend dem Regierungsentwurf mit den §§ 69a ff. UrhG einen Sonderabschnitt für Software schaffen, da Software mit „klassischen“ Werken nicht vergleichbar ist. Es sollte eine Abstrahlung der softwarespezifischen Normen ins allgemeine Urheberrecht vermieden werden, BRegE, Entwurf eines Zweiten Gesetzes zur Änderung des Urheberrechtsgesetzes, BT-Drs. 12/4022 v. 18. Dezember 1992, 7 f.

1477 Ulmer/Hoppen, CR 2008, 681, 682.

1478 Zum grundsätzlich freien Werkgenuss I. Teil § 3 C I.

1479 Blocher, in: Walter, Art. 4 Richtlinie 2009/24/EG, Rn. 7.

1480 EuGH, Urteil v. 03. Juli 2012 – C 128/11 („UsedSoft v. Oracle“), NJW 2012, 2565 ff., Rn. 80 ff. klarstellend. Hierzu auch I. Teil § 3 E I.

eines Programms hinsichtlich der Beschreibung des Umfangs möglicher Verwertungsrechte. In ErwG 16 Richtlinie 2009/24/EG findet der Terminus Kopie im Zusammenhang mit vertraglichen Regelungen zu Sicherungskopien Erwähnung, in Art. 5 Abs. 2 Richtlinie 2009/24/EG hinsichtlich der Erstellung einer Sicherungskopie. Art. 7 Richtlinie 2009/24/EG nennt die Kopie in Bezug auf besondere Schutzmaßnahmen der einzelnen Mitgliedstaaten.

A. Kopie bei der Softwarenutzung nach Überlassung der Software mittels eines Datenträgers

Wird Software verkörpert auf einem Datenträger wie einer CD-ROM, DVD oder einem USB-Stick, etc. überlassen, so unterscheidet sich die Software mit dem Datenträger aus urheberrechtlicher Sicht nicht wesentlich von einem gedruckten Buch bzw. einer Video-DVD oder anderen Gegenständen, welche unstreitig urheberrechtliche Werkstücke darstellen. Es wird eine spezifische körperliche Kopie mittels einer Verbreitung Gegenstand des Rechtsverkehrs. Urheberrechtliche Besonderheiten bestehen nicht.

B. Kopie bei der Softwarenutzung nach Überlassung der Software mittels eines Downloads

Wird Software mittels eines Downloads überlassen und somit kein herkömmliches körperliches Werkstück in Form eines Datenträgers in den Rechtsverkehr übergeben, ist fraglich, ob eine urheberrechtliche Kopie vorliegt.

I. Scheitern der Subsumtion unter traditionellen Begriff der Kopie

Bei einer Online-Überlassung wird die Software vom Softwareanbieter auf eine Website hochgeladen (Upload) und zum Herunterladen (Download) durch den Nutzer bereitgestellt. Tatsächlich erfolgt nicht vor jedem Download ein neuer Upload, denn ein Download stellt technisch ein „Ab-

schreiben“ und kein „Schicken“ dar.¹⁴⁸¹ Ein einziger Upload ist folglich ausreichend für unzählige Downloads. Die Kontrolle an einem Werkstück wird nicht abgegeben, denn es mangelt an der physischen Übergabe einer Kopie der Software¹⁴⁸² und somit *prima vista* an einer Verbreitungshandlung. Ein neues Werkstück wird durch den Download erst beim Nutzer von diesem auf dessen eigener Computerfestplatte erstellt.¹⁴⁸³ Aber auch dieses stellt kein zum Beispiel mit einem Buch vergleichbares Werkstück dar, denn, falls eine erneute Weitergabe der Software erfolgt, wird nicht das durch den Download auf der Festplatte erzeugte Werkstück weitergeben, sondern der Zweitnutzer wird wie bei einem Download eine neue Kopie erstellen oder es wird vom Erstnutzer eine weitere zur Weitergabe bestimmte Kopie auf einem Datenträger erstellt und an den Zweitnutzer übergeben. Im Ergebnis fehlt es somit an den tatbestandlichen Voraussetzungen einer traditionellen Kopie, welche in den Rechtsverkehr übergeben wird und in diesem zirkuliert, und eine Subsumtion unter das Verbreitungsrecht gemäß Art. 4 Abs. 1 lit. c), Abs. 2 Richtlinie 2009/24/EG wäre abzulehnen.¹⁴⁸⁴ In der Folge wäre die Richtlinie 2009/24/EG auf die Softwareüberlassung mittels eines Downloads nicht mehr anwendbar.¹⁴⁸⁵ Jedoch hätte bei einer solchen Auslegung die Richtlinie 2009/24/EG schon zu Beginn des aktuellen Jahrtausends mit dem Beginn des massenhaften Downloads von Software diese Art der Softwareüberlassung nicht mehr erfasst. Allein schon die Tatsache, dass die Richtlinie 2009/24/EG in ihrer jetzigen Form erst im Jahr 2009 erlassen wurde, spricht gegen eine solche enge Auslegung.

1481 Hilty, sic! 1997, 128, 134 noch mit einem solchen argumentierend, um im Schweizer Recht eine Gleichstellung mit der Verbreitung von körperlichen Softwarekopien herzustellen (Art. 10 Abs. 2 lit. b. Alt. 3 URG nennt neben dem Anbieten und Veräußern auch „sonst wie zu verbreiten“).

1482 Koch, ITRB 2013, 9, 14 zwar in anderem Sachzusammenhang, aber darauf hinweisend, dass es bei einem Download an der Überlassung einer Kopie mangelt.

1483 Hilty, in: Bruun/Dinwoodie/Levin/Ohly, 272, 277; Hilty, Urheberrecht, Rn. 314 in diese Richtung.

1484 Ohly, JZ 2013, 42 dies beschreibend und in der Folge ausführend, dass in diesem Fall auch keine Erschöpfung des Verbreitungsrechts eintreten kann.

1485 Hoeren, GRUR 2010, 665, 669 zur damaligen Zeit eine solche Unanwendbarkeit befürwortend.

II. Weiterentwicklung des Begriffs der Kopie in der „UsedSoft v. Oracle“-Entscheidung des EuGH

I. „UsedSoft v. Oracle“-Entscheidung des EuGH – Sachverhalt und Vorlagefragen

Im Juli 2012 erging das Urteil des EuGH in der Rechtssache „UsedSoft v. Oracle“. Der EuGH war vom BGH in einem seit dem Jahr 2005 in Deutschland anhängigen Rechtsstreit zwischen der UsedSoft GmbH, einem Anbieter von sogenannter „Gebrauchtsoftware“ und dem Softwareentwickler Oracle Corporation im Rahmen eines Vorabentscheidungsverfahrens angerufen worden. Dem Fall lag folgender Sachverhalt zu Grunde: Oracle entwickelte und vertrieb Software, größtenteils mittels Downloads (zu 85 %). Der potentielle Nutzer konnte die Software von der Oracle-Webseite herunterladen und diesem wurde mittels eines „Lizenzvertrages“ ein dauerhaftes und nicht-abtretbares Recht, diese Software auf seinem Server zu speichern und durch eine im Vertrag festgelegte Anzahl von Nutzern mit eigenen Arbeitsplätzen zu nutzen („Softwarelizenzen“), eingeräumt. Daneben bot Oracle im Rahmen eines Softwarepflegevertrages Updates sowie Patches an. Die Software konnte alternativ auf einem Datenträger wie einer CD-ROM oder DVD bezogen werden. UsedSoft handelte mit vorgenannten Softwarelizenzen und mit einer gewisse Nutzeranzahl umfassenden Teilen von diesen. Die Erwerber der Softwarelizenzen luden, soweit diese noch nicht über die Software verfügten, diese von der Oracle-Webseite herunter. Zudem erhielten die Erwerber Updates und Patches von Oracle. Die Echtheit der gehandelten Softwarelizenzen wurde notariell bestätigt.¹⁴⁸⁶ Der BGH wollte in seinen Vorlagefragen zum einen wissen, ob „derjenige, der sich auf eine Erschöpfung des Rechts zur Verbreitung der Kopie eines Computerprogramms berufen kann, „rechtmäßiger Erwerber“ im Sinne von Art. 5 Abs. 1“ Richtlinie 2009/24/EG ist. Zum anderen stellte er die Frage, ob „für den Fall, dass die erste Frage bejaht wird“, „sich das Recht zur Verbreitung der Kopie“ nach Art. 4 Abs. 2 1 Richtlinie 2009/24/EG erschöpft, „wenn der Erwerber die Kopie mit Zustimmung des Rechtsinhabers durch Herunterladen des Programms aus dem Internet auf einen Datenträger angefertigt hat.“ Würde zweite Frage bejaht werden, fragte das Gericht zudem, ob „sich auch derjenige, der eine „gebrauchte“ Softwarelizenz erworben hat, für

1486 EuGH, Urteil v. 03. Juli 2012 – C 128/11 („UsedSoft v. Oracle“), NJW 2012, 2565 ff., Rn. 21 ff.

das Erstellen einer „Kopie“ als „rechtmäßiger Erwerber“ nach Art. 5 Abs. 1, Art. 4 Abs. 2 Richtlinie 2009/24/EG „auf die Erschöpfung des Rechts zur Verbreitung der vom Erstnutzer mit Zustimmung des Rechtsinhabers durch Herunterladen des Programms aus dem Internet auf einen Datenträger angefertigten Kopie des Computerprogramms berufen“ kann, „wenn der Erstnutzer seine Kopie gelöscht hat oder nicht mehr verwendet.“¹⁴⁸⁷ Letztlich zielte die Vorlage an den EuGH darauf ab, ob die Online-Überlassung von Software aus urheberrechtlicher Perspektive mit der Überlassung von auf einem Datenträger verkörperter Software gleichgestellt werden kann.

2. „Erweiterter Begriff der Kopie“ im Sinne des EuGH

Der EuGH legte in dieser Entscheidung indirekt¹⁴⁸⁸ den Begriff der Kopie aus und beschrieb diesen in Bezug auf heruntergeladene Software als „körperlichen oder nichtkörperlichen Gegenstand“¹⁴⁸⁹ Weiter führte er aus, dass eine Beschränkung des Art. 4 Richtlinie 2009/24/EG auf Kopien, welche „sich auf einem materiellen Datenträger wie einer CD-ROM oder DVD befinden“, sich nicht aus der Richtlinie 2009/24/EG ergibt. Es spielt „keine Rolle, ob dem Kunden die Kopie des Computerprogramms vom Rechtsinhaber über das Herunterladen von dessen Internetseite oder auf einem materiellen Datenträger wie einer CD-ROM oder DVD zur Verfügung gestellt“ wird.¹⁴⁹⁰ Insbesondere die offene Formulierung „(Verkauf) einer Kopie“ in Art. 4 Abs. 2 Richtlinie 2009/24/EG umfasst demnach körperliche und unkörperliche und somit auch „heruntergeladene Kopien“,¹⁴⁹¹ welche dem Nutzer zur Verfügung gestellt und an diesen übertragen werden.¹⁴⁹²

1487 EuGH, Urteil v. 03. Juli 2012 – C 128/11 („UsedSoft v. Oracle“), NJW 2012, 2565 ff., Rn. 34.

1488 Die Ausführungen können als indirekt bezeichnet werden, da der EuGH entsprechend der zweiten Vorlagefrage vielmehr die Erschöpfung des Verbreitungsrechts rechtlich zu bewerten hatte. Als Gegenstand des Verbreitungsrechts ist die Kopie von Relevanz.

1489 EuGH, Urteil v. 03. Juli 2012 – C 128/11 („UsedSoft v. Oracle“), NJW 2012, 2565 ff., Rn. 42.

1490 EuGH, Urteil v. 03. Juli 2012 – C 128/11 („UsedSoft v. Oracle“), NJW 2012, 2565 ff., Rn. 47, 59.

1491 EuGH, Urteil v. 03. Juli 2012 – C 128/11 („UsedSoft v. Oracle“), NJW 2012, 2565 ff., Rn. 55, 59 klarstellend.

1492 EuGH, Urteil v. 03. Juli 2012 – C 128/11 („UsedSoft v. Oracle“), NJW 2012, 2565 ff., Rn. 47 f.

3. Argumente des EuGH für den „Erweiterten Begriff der Kopie“

Der EuGH nannte zahlreiche Argumente für den von ihm vertretenen „Erweiterten Begriff der Kopie“ in der Richtlinie 2009/24/EG und somit für eine Subsumtion der dauerhaften Überlassung von Standardsoftware mittels eines Downloads unter das urheberrechtliche Verbreitungsrecht.

a) Wortlaut der Richtlinie 2009/24/EG

Der EuGH zog Art.1 Abs.2 Richtlinie 2009/24/EG heran, welcher normiert, dass Computerprogrammen der „gemäß dieser Richtlinie gewährte Schutz (...) für alle Ausdrucksformen“ zukommt. Zudem regelt ErwG 7 Richtlinie 2009/24/EG, dass Computerprogramme, welche in den Schutzbereich der Richtlinie fallen, „Programme in jeder Form umfassen, auch solche, die in die Hardware integriert sind“. Dies zeigt für den EuGH die Intention des Gesetzgebers, körperliche und unkörperliche Kopien gleichzustellen.¹⁴⁹³

b) Richtlinie 2009/24/EG als Lex Specialis zur Richtlinie 2001/29/EG

Der EuGH führte aus, dass die Überlassung von Standardsoftware mittels eines Downloads eine Verbreitung im Sinne des Art.4 Richtlinie 2009/24/EG (damals noch die Richtlinie 91/250/EWG) darstellt und nicht allein eine öffentliche Wiedergabe in Form einer öffentlichen Zugänglichmachung gemäß Art.3 Abs.1 Richtlinie 2001/29/EG.¹⁴⁹⁴ Die Anwendbarkeit der Richtlinie 2009/24/EG wird in Art.1 Abs.1 lit. a) Richtlinie 2001/29/EG geregelt, demgemäß die Richtlinie 2001/29/EG die Richtlinie 2009/24/EG „unberührt“ lässt und „in keiner Weise“ „beeinträchtigt“. Hieraus ergibt sich eine Stellung der Richtlinie 2009/24/EG als Lex Specialis gegenüber der Richtlinie 2001/29/EG.¹⁴⁹⁵ Somit ist allein rele-

1493 EuGH, Urteil v. 03. Juli 2012 – C 128/11 („UsedSoft v. Oracle“), NJW 2012, 2565 ff., Rn. 57 f.

1494 EuGH, Urteil v. 03. Juli 2012 – C 128/11 („UsedSoft v. Oracle“), NJW 2012, 2565 ff., Rn. 50 ff.

1495 EuGH, Urteil v. 03. Juli 2012 – C 128/11 („UsedSoft v. Oracle“), NJW 2012, 2565 ff., Rn. 51, 56; später ausdrücklich bestätigt u.a. in EuGH, Urteil v. 19. Dezember 2019 – C 263/18 („Tom Kabinet“), NJW 2020, 827 ff., Rn. 55.

vant, ob eine Handlung unter den Verbreitungsbegriff aus Art. 4 Richtlinie 2009/24/EG zu subsumieren ist.¹⁴⁹⁶ Liegt in dieser Handlung auch eine öffentliche Zugänglichmachung im Sinne des Art. 3 Abs. 1 Richtlinie 2001/29/EG, so ist eine solche nicht von Relevanz.¹⁴⁹⁷

c) Verbreitung als öffentliche Wiedergabe zuzüglich einer Eigentumsübertragung

Zur Begründung, warum in der Überlassung von Software mittels eines Downloads eine Verbreitung zu sehen ist, verwies der EuGH insbesondere auf Art. 6 Abs. 1 WCT.¹⁴⁹⁸ Aus diesem ergibt sich, dass eine öffentliche Wiedergabe im Sinne des Art. 3 Richtlinie 2001/29/EG durch eine Eigentumsübertragung zu einer urheberrechtlichen Verbreitung wird. Auch Art. 4 Richtlinie 2001/29/EG, welcher im Gleichlauf zu Art. 4 Richtlinie 2009/24/EG das Verbreitungsrecht zum Gegenstand hat, zeigt dies,¹⁴⁹⁹ denn „das Herunterladen einer Kopie eines Computerprogramms und der Abschluss eines Lizenzvertrages über die Nutzung dieser Kopie (bilden) ein unteilbares Ganzes“, was zu einer Übertragung von „Eigentum“ an der Kopie führt.¹⁵⁰⁰ Bei einer Softwareüberlassung mittels eines Downloads und dem Abschluss eines Lizenzvertrages, welcher gegen eine Einmalzahlung ein unbefristetes Nutzungsrecht einräumt und somit eine „dauerhafte Nutzbarmachung“ der Kopie darstellt, wird das Eigentum an der Kopie an den Nutzer übertragen, wenn der Urheber eine dem „wirtschaftlichen Wert“ der Kopie entsprechende Vergütung erhält. Demnach kann ein Eigentums-

1496 EuGH, Urteil v. 03. Juli 2012 – C 128/11 („UsedSoft v. Oracle“), NJW 2012, 2565 ff., Rn. 60 dies offenlassend.

1497 EuGH, Urteil v. 03. Juli 2012 – C 128/11 („UsedSoft v. Oracle“), NJW 2012, 2565 ff., Rn. 51.

1498 2000/278/EG: Beschluß des Rates vom 16. März 2000 über die Zustimmung – im Namen der Europäischen Gemeinschaft – zum WIPO-Urheberrechtsvertrag und zum WIPO-Vertrag über Darbietungen und Tonträger“, ABl. L 89 v. 11. April 2000, S. 6–7.

1499 EuGH, Urteil v. 03. Juli 2012 – C 128/11 („UsedSoft v. Oracle“), NJW 2012, 2565 ff., Rn. 52 mit Verweis in Bezug auf die Auslegung der Art. 3 f. Richtlinie 2001/29/EG auf EuGH, Urteil v. 17. April 2008 – C 456/06 („Peek & Cloppenburg“), GRUR 2008, 604 ff.

1500 EuGH, Urteil v. 03. Juli 2012 – C 128/11 („UsedSoft v. Oracle“), NJW 2012, 2565 ff., Rn. 44, 46.

übergang sowohl bei einer körperlichen als auch bei einer unkörperlichen Kopie erfolgen.¹⁵⁰¹

d) Einheitlichkeit der Begriffe im Urheberrecht und Wille des EU-Gesetzgebers

Zudem ging der EuGH auf die Einheitlichkeit der Begriffe im Urheberrecht ein. „Grundsätzlich“ haben die Begriffe dieselbe Bedeutung,¹⁵⁰² aber ein eventueller Konflikt der Erweiterung des Begriffs der Kopie aus Art. 4 Richtlinie 2009/24/EG mit dem „WCT“ und dessen Umsetzungsnorm im EU-Recht,¹⁵⁰³ namentlich der Richtlinie 2001/29/EG, insbesondere deren ErwG 28 und 29, sind nicht relevant, denn „der Unionsgesetzgeber (hat) im konkreten Kontext dieser (Software-) Richtlinie einen anderen Willen zum Ausdruck gebracht.“¹⁵⁰⁴

e) Anwendung des Erschöpfungsgrundsatzes aufgrund des „Spezifischen Gegenstands“ des Urheberrechts

Auch unter Beachtung der Rechtsfolgen hat für den EuGH eine solche Gleichstellung von körperlichen und unkörperlichen Kopien zu erfolgen und auf letztere ist der Erschöpfungsgrundsatz ebenfalls anzuwenden. In der Folge kann durch den Rechtsinhaber eine Weiterverbreitung von unkörperlichen Kopien nicht verhindert werden und es muss keine erneute Zahlung eines Entgelts für eine jede solche Handlung erfolgen. Eine solche zusätzliche Vergütung für den Rechtsinhaberinge „über das zur Wahrung

1501 EuGH, Urteil v. 03. Juli 2012 – C 128/11 („UsedSoft v. Oracle“), NJW 2012, 2565 ff., Rn. Rn. 43–47, insbesondere 45 f.

1502 EuGH, Urteil v. 03. Juli 2012 – C 128/11 („UsedSoft v. Oracle“), NJW 2012, 2565 ff., Rn. 60 mit Verweis auf EuGH, Urteil v. 04. Oktober 2011 – C 403/08, C429/08 („Football Association Premier League Ltd.“), NJW 2012, 213 ff., Rn. 187 f.

1503 ErwG 15 Richtlinie 2001/29/EG; EuGH. Urteil v. 03. Juli 2012 – C 128/11 („UsedSoft v. Oracle“), NJW 2012, 2565 ff., Rn. 60.

1504 EuGH, Urteil v. 03. Juli 2012 – C 128/11 („UsedSoft v. Oracle“), NJW 2012, 2565 ff., Rn. 60.

des spezifischen Gegenstands des fraglichen geistigen Eigentums Erforderliche hinaus“.¹⁵⁰⁵

4. Bewertung der Rechtsprechung des EuGH

a) Wortlaut der Richtlinie 2009/24/EG

In Bezug auf den Wortlaut der Richtlinie 2009/24/EG erfolgen in der Literatur insbesondere Ausführungen, wenn der EuGH diesen überschritten haben soll. Es wird dabei nicht stets auf die Kopie Bezug genommen, sondern es werden der Begriff des Verkaufs und die mit diesem einhergehende Eigentumsübertragung in den Mittelpunkt gestellt. Allerdings ist die Kopie Gegenstand beider Begriffe. So wird festgehalten, dass bei einem Download kein Eigentum an einer Kopie übertragen wird und der EuGH den Wortlaut der Richtlinie überschritten hat,¹⁵⁰⁶ was inhaltlich aber befürwortet und als wirtschaftlich zutreffend, mit dem Binnenmarkt argumentierend¹⁵⁰⁷ bzw. als den Sachverhalt pragmatisch betrachtend¹⁵⁰⁸ beschrieben wird.

Die Richtlinie 2009/24/EG nennt in Art. 4 Abs. 1 lit. c) ein „originales Computerprogramm“ und „Kopien“ sowie in Abs. 2 den „Erstverkauf einer Kopie“. ErwG 7 stellt klar, dass die Richtlinie „Computerprogramme“ in jeder Form umfasst, auch solche „die in die Hardware integriert sind“. ErwG 13 erwähnt die „Benutzung einer Kopie“ im Zusammenhang mit dem „Laden und Ablaufen“, aber auch die „Verwendung des Programms“ und den „Erwerb einer Kopie“. Dabei kann eine Gleichstellung der Termini Programm bzw. Computerprogramm und Kopie erkannt werden. So scheinen sich die „Benutzung einer Kopie“ und die „Verwendung des Programms“ inhaltlich nicht zu unterscheiden und dem „Erweiterten Begriff der Kopie“ nicht entgegenzustehen. Weitere Argumente für die Existenz von allein körperlichen Kopien ergeben sich nicht. Der Wortlaut der Richtlinie 2009/24/EG spricht in der Folge nicht gegen die vom EuGH durchgeführte Erweiterung des Begriffs der Kopie.

1505 EuGH, Urteil v. 03. Juli 2012 – C 128/11 („UsedSoft v. Oracle“), NJW 2012, 2565 ff., Rn. 63 mit Verweis auf EuGH, Urteil v. 04. Oktober 2011 – C 403/08 und C 429/08 („Football Association Premier League Ltd.“), NJW 2012, 213 ff., Rn. 105 f.

1506 Grützmacher, ZGE 2013, 46, 53 f.; Vivant, in: Lamy Droit du Numérique 2023, Rn. 54 in diese Richtung; Witzel CRI 2012, 116, 121.

1507 Grützmacher, ZGE 2013, 46, 53 f.

1508 Vivant, in: Lamy Droit du Numérique 2023, Rn. 54 in diese Richtung; Witzel, CRI 2012, 116, 121.

b) Richtlinie 2009/24/EG als Lex Specialis zur Richtlinie 2001/29/EG

Die Einordnung der Richtlinie 2009/24/EG als Lex Specialis zur Richtlinie 2001/29/EG wird in der Literatur teils begrüßt,¹⁵⁰⁹ aber auch kritisiert. Dementsprechend wird ausgeführt, dass bei jeglichen urheberrechtlich geschützten Gütern eine Online-Überlassung rechtlich auf identische Weise zu erfassen ist.¹⁵¹⁰ Allerdings ist diesbezüglich der Regelungszusammenhang zu beachten. So erfolgte der Hinweis des EuGH auf die Stellung der Richtlinie 2009/24/EG als Lex Specialis bei der Abgrenzung zur öffentlichen Zugänglichmachung gemäß Art. 3 Richtlinie 2001/29/EG. Eine solche Verwertungshandlung ist in der Richtlinie 2009/24/EG nicht vorgesehen. Somit ist vom Gesetzgeber schon die Entscheidung ergangen, dass bei unterschiedlichen Werkarten grundsätzlich auch unterschiedliche Verwertungsstatbestände bestehen können.

Gegen eine Einordnung als Lex Specialis wird angemerkt, dass die Richtlinie 2001/29/EG erst nach der Richtlinie 91/250/EWG erlassen wurde und somit Lex Posterior ist.¹⁵¹¹ Hiermit ist ein Hinweis auf den Rechtsgrundsatz „Lex posterior derogat legi priori“ angedacht. Allerdings stellen ErwG 50 S.1 und Art.1 Abs.2 lit. a) Richtlinie 2001/29/EG ausdrücklich klar, dass der Regelungsbereich der Richtlinie 91/250/EWG unberührt bleibt.¹⁵¹² Zudem wurde die Richtlinie 91/250/EWG in Form der Richtlinie 2009/24/EG im Jahr 2009 unter voller Kenntnis der Richtlinie 2001/29/EG neu erlassen, folglich stellt vielmehr die Richtlinie 2009/24/EG das spätere Gesetz dar.

Überdies wird argumentiert, dass die Annahme einer Lex Specialis Stellung keine gesetzliche Stütze hat.¹⁵¹³ Auch hiergegen kann der Verweis der Richtlinie 2001/29/EG auf die Richtlinie 91/250/EWG angeführt werden. Zudem ist zu beachten, dass die Richtlinie 2009/24/EG im Unterschied

1509 Blocher/Walter, in: Walter/v. Lewinski, Art.4 Computer Program Directive, Rn. 5.4.41; Eilmannsberger, GRUR 2009, 1123, 1125; Grützmacher, ZGE 2013, 46, 56; Hilty, GRUR 2018, 865, 866 eine solche Stellung feststellend; Hilty, in: Calboli/Lee, 64; Malevanny, CR 2013, 422, 423; Ohta, The IPKat Blog v. 30. Januar 2015 in diese Richtung, jedoch kritisierend, dass sich der Trend verfestigt, den Erschöpfungsgrundsatz in beiden Richtlinien unterschiedlich auszulegen; Rauer/Ettig, EWS 2012, 322, 326; Senfleben, NJW 2012, 2924 f.; Walter, MR-Int 1–2/12, 41.

1510 Treppoz, RTDEur. 2012, 947 ff.

1511 Heydn, MMR 2012, 586, 592; Stieper, ZUM 2012, 668, 668 f.

1512 Janssens, in: Stamatuodi/Torremans, Rn. 5.04 hinweisend, dass diese Klarstellung in der Richtlinie 2001/29/EG erfolgte, um dem Lex Posterior-Einwand entgegenzutreten.

1513 Hansen/Wolf-Rojczyk, GRUR 2012, 904, 909.

zur Richtlinie 2001/29/EG einen rechtlichen Spezialbereich normiert. Denn das Urheberrecht in der Informationsgesellschaft würde auch das Softwareurheberrecht beinhalten. Letzteres ist aber spezialgesetzlich in der Richtlinie 2009/24/EG geregelt.

Inhaltlich wird gegen die Argumentation des EuGH vorgetragen, dass die Richtlinie 2001/29/EG mit dem Download Sachverhalte regelt, welche zur Zeit der Entstehung der Richtlinie 91/250/EWG im Jahr 1991 technisch noch nicht in vergleichbarer Weise erfolgt. Art. 1 Abs. 2 lit. a) Richtlinie 2001/29/EG, welcher besage, dass diese die Richtlinie 91/250/EWG „unberührt“ lasse, sei daher nicht von Relevanz, da letztere und die softwarerechtliche „Nachfolgerichtlinie“ 2009/24/EG den Sachverhalt des Downloads überhaupt nicht erfassen. In der Folge schließe die Richtlinie 2001/29/EG eine Regelungslücke und normiere auch den Sachverhalt des Downloads.¹⁵¹⁴ Zudem sei das Recht der öffentlichen Zugänglichmachung zu beachten,¹⁵¹⁵ auch wenn Art. 4 Abs. 1 lit. c) Richtlinie 2009/24/EG von „jeder Form der öffentlichen Verbreitung“ spreche, was allumfassend klinge. Denn die öffentliche Zugänglichmachung werde in der Richtlinie 2009/24/EG allein aus historischen Gründen nicht erwähnt. Zum Entstehungszeitpunkt der Vorgängerrichtlinie im Jahr 1991 sei eine Online-Übermittlung noch nicht denkbar gewesen und in der Folge auch nicht bedacht worden. Art. 8 WCT habe im Jahr 1996 das Recht der öffentlichen Zugänglichmachung als eigenständiges Verwertungsrecht erstmals definiert und dieses habe mit der Richtlinie 2001/29/EG Eingang ins EU-Recht erhalten.¹⁵¹⁶ Dies wird zum Teil auch anders gesehen und explizit auf Art. 1 Abs. 2 lit. a) Richtlinie 2001/29/EG verwiesen, gemäß dem die Richtlinie 2009/24/EG Vorrang hat.¹⁵¹⁷ Es wird allerdings auch ausgeführt, dass der Wille des Gesetzgebers, bei Software keine öffentliche Zugänglichmachung zu erkennen, nicht zu begründen ist,¹⁵¹⁸ denn eine solche liegt bei der Online-Überlassung von Software vor.¹⁵¹⁹ Andere merken an, dass die

1514 Heydn, MMR 2012, 586, 592.

1515 Peukert, § 21, Rn. 14 den EuGH dahingehend kritisierend, dass Art. 3 Abs. 3 Richtlinie 2001/29/EG, welcher eine Erschöpfung des Rechts der öffentliche Zugänglichmachung ausschließt, zur Anwendung hätte kommen müssen.

1516 Senftleben, NJW 2012, 2924 f.

1517 Blocher/Walter, in: Walter/v. Lewinski, Art. 4 Computer Program Directive, Rn. 5.4.39 f.

1518 Stieper, ZUM 2012, 668, 668 f.

1519 Cabay, AM 2013, 303, 310; Koch, ITRB 2013, 38, 39 selbst nach der „UsedSoft v. Oracle“-Entscheidung des EuGH; a.A. bspw. Grützmaker, ZGE 2013, 46, 58 f. ausdrücklich dagegen.

fehlende Normierung der öffentlichen Zugänglichmachung in der Richtlinie 2009/24/EG für eine Subsumtion der Online-Überlassung von Software unter das Verbreitungsrecht spricht.¹⁵²⁰ Letzterem ist zuzustimmen, denn die Software-Richtlinie gilt in Form der Richtlinie 2009/24/EG. Im Jahr 2009 war das Recht der öffentlichen Zugänglichmachung sehr wohl bekannt und der Gesetzgeber hat sich sehenden Auges gegen die Regelung einer öffentlichen Zugänglichmachung von Software entschieden. Im Ergebnis erfasst die Richtlinie 2009/24/EG mit den in dieser normierten Verwertungshandlungen den Download von Software und stellt eine *Lex Specialis* zur Richtlinie 2001/29/EWG dar. Heute ist diese *Lex Specialis* Stellung zudem gefestigte Rechtsprechung des EuGH.¹⁵²¹

Dieses *Lex Specialis*-Verständnis führt dazu, dass softwarespezifische Ausführungen, welche die Richtlinie 2009/24/EG und somit dem Rechtsschutz von Computerprogrammen zum Gegenstand haben, nicht ohne weiteres auf andere digitale Güter wie E-Books, Filme oder Musik und deren Nutzung mittels Downloads oder Streaming übertragen werden können.¹⁵²² Vielmehr ist deren digitale Nutzung allein unter die InfoSoc-Richtlinie 2001/29/EG zu subsumieren.¹⁵²³

c) Verbreitung als öffentliche Wiedergabe zuzüglich einer Eigentumsübertragung

Die nicht näher differenzierenden Ausführungen des EuGH, dass eine Handlung der öffentlichen Wiedergabe gemäß Art. 3 Abs. 1 Richtlinie 2001/29/EG durch eine Eigentumsübertragung zu einer Verbreitung im Sinne des Art. 4 Abs. 2 Richtlinie 2009/24/EG wird, erfährt in der Literatur teils Kritik und stattdessen wird eine Einzelfallbetrachtung befürwortet.¹⁵²⁴ Für andere kann eine Verwertungshandlung nicht sowohl körperlich als auch unkörperlich sein¹⁵²⁵ bzw. nicht zwei unterschiedliche Verwertungsstat-

1520 Rigamonti, GRUR Int. 2009, 22.

1521 EuGH, Urteil v. 19. Dezember 2019 – C 263/18 („Tom Kabinet“), NJW 2020, 827 ff., Rn. 55, 60.

1522 EuGH, Urteil v. 19. Dezember 2019 – C 263/18 („Tom Kabinet“), NJW 2020, 827 ff. Schneider, ITRB 2014, 120, 122 darauf hinweisend.

1523 Aufgrund der Schwerpunktsetzung dieser Arbeit auf Software erfolgen diesbezüglich keine weiteren Ausführungen. Bezüglich der digitalen Nutzung von Werkar-ten, welche nicht Software sind, siehe beispielhaft Hilty, in: Calboli/Lee, 64, 74 ff.

1524 Walter, MR Int 1–2/12, 43.

1525 Heydn, MMR 2012, 586, 591 f.; Stieper, ZUM 2012, 668, 668.

bestände erfüllen.¹⁵²⁶ Der EuGH schaffe durch die Einordnung als Verbreitung ein „mixtum compositum ohne klare Abgrenzungen“ und vermische dogmatisch inkorrekt körperliche und unkörperliche Verwertungen.¹⁵²⁷ Eine unkörperliche Verbreitung sei systemwidrig¹⁵²⁸ und daher gehe der EuGH fehl, indem er auf „Biegen und Brechen“ eine unkörperliche Verwertung in eine „körperliche Werkweitergabe“ umdeute.¹⁵²⁹ Allerdings ging der EuGH in der „UsedSoft v. Oracle“-Entscheidung von einer unkörperlichen Verbreitung aus. Er erweiterte somit allein den Begriff der Verbreitung und nahm keine Umdeutung vor. Ob zugleich eine öffentliche Zugänglichmachung im Sinne der Richtlinie 2001/29/EG vorliegt, bestimmte der EuGH nicht abschließend.

Die Literatur setzt sich auch mit dem vom EuGH hervorgebrachten Abgrenzungsmerkmal der Eigentumsübertragung auseinander. Allein schon die Bezugnahme auf eine solche wird kritisiert,¹⁵³⁰ denn Art. 345 AEUV schreibt vor, dass „die Verträge (...) die Eigentumsordnung in den verschiedenen Mitgliedstaaten unberührt“ lassen.¹⁵³¹ Daher habe der EuGH über den Bezugspunkt des Eigentumsrechts nicht zu entscheiden, denn dieser sei allein durch die nationalen Rechtsordnungen zu bestimmen.¹⁵³² Der BGH äußerte sich in der „UsedSoft II“-Entscheidung zur Kompetenz des EuGH und erkannte im „UsedSoft v. Oracle“-Urteil des EuGH keine Definition des sachenrechtlichen Eigentumsbegriffs. Der BGH stellte klar, dass die dauerhafte Einräumung eines Nutzungsrechts auch eine Eigentumsübertragung im Sinne des Unionsrechts darstellt.¹⁵³³ Diesbezüglich ist dem BGH zuzustimmen, denn der Begriff der Eigentumsübertragung, wie ihn der EuGH in Bezug auf die urheberrechtliche Einordnung der Überlassung von Software mittels eines Downloads in Rn. 52 der „UsedSoft v. Oracle“-Entscheidung verwendete,¹⁵³⁴ ist im Kontext des gesamten Urteils zu verste-

1526 Wiebe, in: Münchener Anwaltshandbuch IT-Recht, Teil 3, Rn. 94 (in früherer Auflage: 3. Auflage, 2013).

1527 Koch, ITRB 2013, 9, 16; Wiebe, in: Münchener Anwaltshandbuch IT-Recht, Teil 3, Rn. 93 in diese Richtung (in früherer Auflage: 3. Auflage, 2013).

1528 Heydn, MMR 2012, 586, 591 f.

1529 Dreier/Leistner, GRUR 2013, 881, 888; Zech, ZUM 2014, 3, 10 in diese Richtung.

1530 Haberstumpf, CR 2012, 561 f.

1531 Moritz, K&R 2012, 456, 459.

1532 Haberstumpf, CR 2012, 561 f. Beispielsweise in Deutschland §§ 903, 929 BGB.

1533 BGH, Urteil v. 17. Juli 2013 – I ZR 129/08 („UsedSoft II“), NJW-RR 2014, 360 ff., Rn. 36.

1534 EuGH, Urteil v. 03. Juli 2012 – C 128/11 („UsedSoft v. Oracle“), NJW 2012, 2565 ff., Rn. 52.

hen. So führte der EuGH in den Rn. 42 bis 47 aus, dass der Terminus Eigentumsübertragung Teil des Verkaufsbegriffs aus Art. 4 Abs. 2 Richtlinie 2009/24/EG ist. In den Rn. 44 bis 46 legte der EuGH zudem explizit dar, was der Bezugspunkt eines Eigentumsübergangs bei einer Softwareüberlassung mittels eines Downloads ist. Demnach sieht der EuGH, dass bei der Softwareüberlassung mittels eines Downloads und dem Abschluss eines Lizenzvertrages, welcher gegen eine Einmalzahlung ein unbefristetes Nutzungsrecht einräumt und somit eine „dauerhafte Nutzbarmachung“ der Kopie darstellt, das Eigentum an der Kopie übertragen wird, wenn der Urheber eine dem „wirtschaftlichen Wert“ der Kopie entsprechende Vergütung erhält.¹⁵³⁵ Folglich hat jede Diskussion um eine sachenrechtliche Subsumtion der Softwareüberlassung mittels eines Downloads unter nationale Rechtsordnungen auf dieser Ebene nicht weiter Beachtung zu finden, denn eine solche nimmt der EuGH nicht vor.¹⁵³⁶ Im Ergebnis bestehen diesbezüglich keine Bedenken im Zusammenhang mit Art. 345 AEUV.

Die konkrete Bezugnahme des EuGH auf den Terminus „Eigentum an der Kopie“ wird als unpräzise beschrieben, denn in der entscheidungsre-

1535 EuGH, Urteil v. 03. Juli 2012 – C 128/11 („UsedSoft v. Oracle“), NJW 2012, 2565 ff., Rn. 45.

1536 Haberstumpf, CR 2012, 563 f. bezüglich einer solchen sachenrechtlichen Subsumtion ausführend, dass, wenn in der Folge das deutsche Recht betrachtet wird, es bei einem Download an der Übereignung einer Sache fehlt. Denn an der Hardware des Nutzers, auf der eine Kopie der Software gespeichert werde, träten keine Veränderungen in Bezug auf Eigentum und Besitz auf. Es erfolge allein die „Herstellung einer Kopie“, dabei werde aber kein körperlicher Gegenstand (Sache) übergeben. Somit könne nach deutschem Recht diesbezüglich keine Eigentumsübertragung erfolgen. Auch eine Subsumtion unter eine Eigentumsübertragung an einem „sonstigen Gegenstand“ gemäß § 453 BGB scheitere. Bei dieser Norm könne eine faktische Position, ähnlich wie bei einem Stromlieferungsvertrag, übertragen werden, denn Strom stelle keine Sache dar, könne aber gekauft werden. Ähnlich wie der Stromlieferant die Verfügungsgewalt verliere und den Strom neu beschaffen müsse, könne dies an dem nichtkörperlichen Gegenstand, welcher bei der Softwareüberlassung übertragen werde, vorliegen. Diesem entspreche die in Deutschland teils vertretene „Datenbestandstheorie“. Haberstumpf sieht den EuGH in Rn. 55 diese Theorie bestätigen, denn der EuGH sprach von „der Kopie“, ohne auf die Körperlichkeit abzustellen. Dieser Datenbestand ist für Haberstumpf demnach der „Objektcode in hexadezimaler Schreibweise“, was zu einer Gleichstellung von Computerprogrammen mit anderen Sprachwerken führt. Problematisch sei, dass bei der Übertragung die Verfügungsgewalt nicht verloren gehe, denn eine solche könne nur an körperlichen Gegenständen bestehen. Zudem kritisiert Haberstumpf, dass durch den EuGH eine Vermischung von „physischen Gegenständen“ sowie „geistigen Gegenständen“ erfolgt. Beide Eigenschaften könne ein Gegenstand jedoch nicht parallel aufweisen.

levanten Vertragskonstellation sind weder das Eigentum am Datenträger der Software¹⁵³⁷ noch die Inhaberschaft am Urheberrecht relevant.¹⁵³⁸ Für manche erfolgt offensichtlich keine Eigentumsübertragung¹⁵³⁹ bzw. es geht „kein Eigentumsrecht an einem körperlichen oder unkörperlichen Gegenstand“ über.¹⁵⁴⁰ Da keine Übermittlung einer Kopie an den Nutzer erfolge, sondern dieser eine neue Kopie erstelle, könne an dieser kein Eigentum übertragen werden.¹⁵⁴¹ Überdies könne an Daten kein Eigentum erlangt werden¹⁵⁴² und die jeweilige Hardware sei bereits im Eigentum des Nutzers.¹⁵⁴³ Als Vergleich wird ein Gedicht genannt. Werde ein solches aus dem Internet heruntergeladen und ausgedruckt, so gehöre das Druckerpapier schon der Person, die den Download und Ausdruck vornehme. Folglich finde keine Eigentumsübertragung an dem Gedicht und auch kein Kauf von diesem statt.¹⁵⁴⁴ Teils wird der EuGH als vom Ergebnis her argumentierend dargestellt. Da sich am Ende beim Nutzer eine Kopie befinde, solle ein Eigentumsübergang stattgefunden haben.¹⁵⁴⁵

Tatsächlich ist jedoch festzuhalten, dass es an einem Eigentumsübergang – um in den Worten des EuGH zu sprechen – „nach allgemein anerkannter Definition“ fehlt. Es tritt kein Rechtssubjektwechsel in Bezug auf einen körperlichen Gegenstand ein, insbesondere erlangt der Softwarenutzer keine Hardware. An der Software kann mangels Sachqualität auch kein Eigentum bestehen.¹⁵⁴⁶ Auch in Bezug auf Urheberrechte tritt kein Rechtssubjektwechsel ein. Weder wird – soweit dies in den einzelnen Rechtsordnungen zulässig ist – die Inhaberschaft am Urheberrecht übertragen noch wird – was einem Rechtssubjektwechsel nahekäme – ein unbegrenztes und ausschließliches Nutzungsrecht eingeräumt. Gegenstand des Vertrages ist

1537 Gaudrat, RTDCom. 2013, 80 ff. Rn. 25; Ohly, JZ 2013, 43, 44.

1538 Ohly, JZ 2013, 42, 43 auch wenn dieser an dieser Stelle „Nachsicht“ mit dem EuGH üben möchte, um die „Interpretation“ des Terminus „Erstverkauf“ nicht überzustrapazieren.

1539 Haberstumpf, GRUR Int. 2013, 627, 635; Vivant, in: Lamy Droit du Numérique 2023, Rn. 54.

1540 Haberstumpf, CR 2012, 561.

1541 Hilty, CR 2012, 625, 630; Grützmacher, ZGE 2013, 46, 54 zustimmend; Koch, ITRB 2013, 9, 10 ff.; Stieper, ZUM 2012, 668, 668.

1542 Wiebe, in: Münchener Anwaltshandbuch IT-Recht, Teil 3, Rn. 93 (in früherer Auflage: 3. Auflage, 2013).

1543 Hilty, CR 2012, 625, 629; Wiebe, in: Münchener Anwaltshandbuch IT-Recht, Teil 3, Rn. 93 (in früherer Auflage: 3. Auflage, 2013).

1544 Gaudrat, RTDCom. 2013, 80 ff. Rn. 25; Hilty, CR 2012, 625, 629.

1545 Gaudrat, RTDCom. 2013, 80 ff. Rn. 26.

1546 Hierzu 2. Teil § 1 E I. 1. b).

allein ein dauerhaftes einfaches Nutzungsrecht für die Software in Form der vom Nutzer selbst erstellten Kopie.¹⁵⁴⁷ Ein solches Nutzungsrecht kann der Softwareanbieter beliebig oft Nutzern einräumen. Die einzige tatsächliche Veränderung ist die Verfügbarkeit der Software auf dem Computer des Softwarenutzers nach dem Download sowie der Bestand des vorgenannten Nutzungsrechts bei diesem. Im Gegenzug hat der Softwareanbieter ein Entgelt erhalten, welches dem wirtschaftlichen Wert der Kopie entspricht. Dieser wirtschaftliche Wert ist aber nicht allein die Kopie und die damit einhergehende Verfügbarkeit der Software, sondern vielmehr das Bestehen des eingeräumten Nutzungsrechts.

Überdies erfolgen auch Stellungnahmen hinsichtlich der Ausführungen des EuGH zur „dauerhaften Nutzbarmachung“ der Kopie bzw. dem „unbefristeten Nutzungsrecht“.¹⁵⁴⁸ Denn dieses Tatbestandsmerkmal solle umgangen werden können, indem beispielsweise ein Vertrag mit der Dauer von 99 Jahren abgeschlossen werde. Es wird auch darauf hingewiesen, dass Lizenzen nicht dauerhaft sind, sondern maximal für die Dauer des Schutzrechts eine Nutzung gestatten.¹⁵⁴⁹ Allerdings kann dabei de facto eine Dauerhaftigkeit angenommen werden, denn jedes dauerhafte Nutzungsrecht wird mit Ablauf der Schutzdauer obsolet. Zudem sind Computerprogramme unstreitig nicht so lange verwendbar, wie der urheberrechtliche Rechtsschutz besteht. Letztlich würde die vom EuGH genannte Dauerhaftigkeit kein Hindernis darstellen. Im Ergebnis ist festzuhalten, dass es an einem Eigentumsübergang fehlt, insbesondere ist der mögliche Bezugspunkt eines solchen unklar.

d) Einheitlichkeit der Begriffe im Urheberrecht und Wille des EU-Gesetzgebers

Es wird angemerkt, dass grundsätzlich alle Begriffe des Urheberrechts einheitlich auszulegen sind.¹⁵⁵⁰ Dies wird dahingehend verstanden, dass in allen Richtlinien bei einer Kopie bzw. einem Werkstück an die Körperlich-

1547 Koch, ITRB 2013, 9, 10 ff.

1548 EuGH, Urteil v. 03. Juli 2012 – C 128/11 („UsedSoft v. Oracle“), NJW 2012, 2565 ff., Rn. 45.

1549 Leriche/Ruelle, RLDI 2012, 86, 30, 34 beschreibend.

1550 Jani, ELR 2012, 21, 25; Prof. Dr. Matthias Leistner, Podiumsdiskussion zum Weiterverkauf von Softwarelizenzen am Max-Planck-Institut für Innovation und Wettbewerb in München, 13. November 2013, Transkription von Fabian Hafenbrädl.

keit angeknüpft werden muss, wie es sowohl in der Richtlinie 2001/29/EG als auch in der Richtlinie 96/9/EG¹⁵⁵¹ der Fall ist.¹⁵⁵² Andere sehen eine solche Einheitlichkeit nicht als geboten an und es ist demnach möglich, dass hinsichtlich Software bei einem Download eine Verbreitung, hinsichtlich anderer urheberrechtlich geschützter Werke jedoch eine öffentliche Zugänglichmachung vorliegt.¹⁵⁵³ Allerdings legte der EuGH in der „UsedSoft v. Oracle“-Entscheidung allein den Verbreitungsbegriff des Art. 4 Abs. 1 Richtlinie 2009/24/EG aus und bezog zu anderen digitalen Gütern keine Stellung.

Teils wird auf den EuGH selbst Bezug genommen, welcher in der „Infopaq“-Entscheidung¹⁵⁵⁴ den Werkbegriff der Richtlinie 2001/29/EG mit dem von zwei weiteren Richtlinien gleichstellte, obwohl eine einheitliche Definition im EU-Urheberrecht fehlt.¹⁵⁵⁵ Jedoch erfolgte dies nur klarstellend im Rahmen der Erschließung des Werkbegriffs aus der RBÜ über das harmonisierte europäische Urheberrecht hin zur Richtlinie 2001/29/EG. Die Aussage des EuGH erscheint daher nicht konstitutiv, sondern rein deklaratorisch.

Auch wird weitere Rechtsprechung des EuGH angeführt: Dieser stellt im „Peek & Cloppenburg“-Urteil¹⁵⁵⁶ klar, „dass es nicht Sache des Gerichtshofs (ist), zugunsten der Urheber neue Rechte zu schaffen“. Vielmehr sei es Aufgabe des Gesetzgebers, das Recht anzupassen.¹⁵⁵⁷ Gegenstand der Entscheidung mit der Vorlagefrage, ob gewisse Handlungen eine Verbreitung „in sonstiger Weise“ im Sinne des Art. 4 Abs. 1 Richtlinie 2001/29/EG darstellen, war der Umfang des Verbreitungsrechts. Der EuGH führte aus, dass für eine Verbreitung stets ein Eigentumsübergang erforderlich ist und, wenn ein solcher fehlt, dann ist es allein Sache des Gesetzgebers den

1551 Richtlinie 96/9/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 11. März 1996 über den rechtlichen Schutz von Datenbanken; ABl. L 77 v. 27. März 1996, 20–28.

1552 EuGH, Urteil v. 09. November 2004 – C 203/02 („British Horseracing“), GRUR 2005, 244 ff., Rn. 59. Der EuGH stellte fest, dass im Falle einer Online-Übermittlung der Datenbank keine Erschöpfungswirkung eintritt, auch nicht an einem „mit Zustimmung des Rechtsinhabers angefertigten physischen Vervielfältigungsstück“ der Datenbank.

1553 Bainbridge, Information technology and intellectual property law, Rn. 3.120 in diese Richtung.

1554 EuGH, Urteil v. 16. Juli 2009 – C 5/08 („Infopaq“), GRUR 2009, 1041 ff., Rn. 35, 38. 1555 Ohly, JZ 2013, 42, 43.

1556 Rauer/Ettig, EWS 2012, 322, 326 mit Verweis auf EuGH, Urteil v. 17. April 2008 – C 456/06 („Peek & Cloppenburg“), GRUR 2008, 604 ff.

1557 Koch, ITRB 2013, 38, 39 in diese Richtung; Rauer/Ettig, EWS 2012, 322, 326.

Verbreitungsbegriff auszuweiten.¹⁵⁵⁸ Für den EuGH war in diesem Fall das Tatbestandsmerkmal des Eigentumsübergangs nicht erfüllt und er lehnte eine Subsumtion unter den Begriff der Verbreitung ab. In der „UsedSoft v. Oracle“-Entscheidung hingegen soll der Begriff der Verbreitung – entsprechend dem EuGH – nicht um einen Lebenssachverhalt, den dieser tatbestandlich nicht umfasst, erweitert werden, sondern aus Sicht des EuGH stellt auch der Download von Software eine Verbreitung dar, soweit die weiteren Tatbestandsmerkmale des Verbreitungsbegriffs wie insbesondere ein Eigentumsübergang erfüllt sind. Einen solchen erkannte der EuGH und sah sich somit nicht in einer Situation wie in der „Peek & Cloppenburg“-Entscheidung, in welcher dieser eine Subsumtion ablehnte und de lege ferenda hätte handeln müssen.

Dem Grundsatz der Einheitlichkeit der Begriffe im Urheberrecht ist nicht immer Geltung zu verschaffen, denn es ist Vorsicht geboten, nicht beispielsweise über einen systemfremden technischen Sonderfall das System abzuändern.¹⁵⁵⁹ So ist Software als Sprachwerk gemäß der Richtlinie 2009/24/EG urheberrechtlichem Schutz zugänglich, hat mit anderen Sprachwerken wie zum Beispiel Romanen, etc. jedoch nicht viel gemein. Auch die urheberrechtliche Relevanz der Nutzung von Software steht im Widerspruch zur grundsätzlich geltenden Freiheit des Werkgenusses. Letztlich wird Software zwar unter den urheberrechtlichen Werkbegriff subsumiert, aber aufgrund zahlreicher insbesondere auch technischer Eigenschaften stellt diese kein „typisches“ urheberrechtliches Werk dar, sondern ist vielmehr systemfremd. Ähnliches gilt auch für Datenbanken. Es besteht die Gefahr, dass im Softwareurheberrecht Ausnahmen zum allgemeinen Urheberrecht geschaffen werden, um den Besonderheiten von Software gerecht zu werden, und dass diese Ausnahmen in der Folge aufgrund der „Einheitlichkeit der Begriffe“ im Urheberrecht auf das gesamte – und somit das allgemeine – Urheberrecht übertragen werden. So würde sich dieses aufgrund eines Umstandes, welcher im geschlossenen System des allgemeinen Urheberrechts keines Wandels bedürfte, trotzdem verändern. Folglich ist Vorsicht geboten, systemfremde Ausnahmen zu verallgemeinern und es hat stets eine Einzelfallbetrachtung zu erfolgen. Im Gegensatz zu diesen Ausführungen wurde teils aber auch das „UsedSoft v. Oracle“-Urteil

1558 EuGH, Urteil v. 17. April 2008 – C 456/06 („Peek & Cloppenburg“), GRUR 2008, 604 ff., Rn. 34, 39.

1559 Interview geführt mit Prof. Justine Pila, University of Oxford, März 2013, Transkription von Fabian Hafenbrädl. OLG Hamm, Urteil v. 15. Mai 2014 – 22 U 60/13, NJW 2014, 3659, 3665 in diese Richtung.

des EuGH in Bezug auf den Erschöpfungsgrundsatz als Präjudiz für das gesamte Urheberrecht angesehen, bis eine neue gesetzliche Regelung der urheberrechtlichen Erschöpfung erfolgen wird.¹⁵⁶⁰ Dies ist aus vorgenannten Gründen jedoch abzulehnen.

Zudem wird in der Literatur der vom EuGH beschriebene Wille des Unionsgesetzgebers, das Verbreitungsrecht auf nicht „materielle Güter“ auszuweiten, als inexistent beschrieben. Bei einer solchen Abweichung von urheberrechtlichen Grundsätzen sei eine ausdrückliche Anordnung vom Gesetzgeber zu erwarten bzw. erforderlich. Eine solche fehle aber in der Richtlinie 2009/24/EG,¹⁵⁶¹ auch wird eine solche Gestaltungsfreiheit teils grundsätzlich abgelehnt.¹⁵⁶² Andere hingegen stimmen dem EuGH in Bezug auf dessen Ausführungen zum gesetzgeberischen Willen des Unionsgesetzgebers zu.¹⁵⁶³ Tatsächlich fehlen eindeutige Stellungnahmen des Gesetzgebers zu seinem ursprünglichen Willen. Zusammenfassend kann festgehalten werden, dass aus der vom EuGH beschriebenen Einheitlichkeit der Begriffe im Urheberrecht bzw. dem beschriebenen Willen des EU-Gesetzgebers im Zusammenhang mit der Auslegung von Art. 4 Abs. 2 Richtlinie 2009/24/EG keine gesicherten Schlüsse gezogen werden können.

e) Anwendung des Erschöpfungsgrundsatzes aufgrund des „Spezifischen Gegenstands“ des Urheberrechts

In Bezug auf den „Spezifischen Gegenstand des Urheberrechts“ wird ausgeführt, dass der EuGH nicht weiter bedacht hat, dass eine solche Argumentation letztlich auf unkörperliche Kopien sämtlicher urheberrechtlich geschützter Werke übertragen werden kann.¹⁵⁶⁴ Teils wird dem EuGH inhaltlich zugestimmt, denn dieser hatte bereits in der „Football Association Premier League Ltd.“-Entscheidung mit dem „Spezifischen Gegenstand“ argumentiert,¹⁵⁶⁵ jedoch wird kritisiert, dass es an klaren Kriterien für eine Gleichstellung der „online“-Welt mit der „offline“-Welt fehlt.¹⁵⁶⁶ Es gehe über den „Spezifischen Gegenstand“ des Urheberrechts hinaus, wenn der

1560 Hartmann GRUR Int. 2012, 980, 982.

1561 Rauer/Ettig, EWS 2012, 322, 326.

1562 Koch, ITRB 2013, 38, 39.

1563 Stieper, GRUR 2014, 270, 271.

1564 Vivant, in: Lamy Droit du Numérique 2023, Rn. 54.

1565 Ohly, JZ 2013, 42, 44 f.

1566 Dreier/Leistner, GRUR 2013, 881, 888.

Softwareanbieter, allein weil die Software mittels eines Downloads überlassen werde, die Weitergabe von Kopien beschränken könne.¹⁵⁶⁷ Grundsätzlich ist einer Argumentation mit dem „Spezifischen Gegenstand“ des Urheberrechts zuzustimmen, denn das Urheberrecht erfüllt keinen Selbstzweck, vielmehr ist es als Mittel zu verstehen, welches zur Innovationsförderung geschaffen wurde. In der Folge ist stets dieser „Spezifische Gegenstand“ des Urheberrechts zu beachten, besonders auch bei einer Rechtsfortbildung, wie sie an dieser Stelle durch den EuGH erfolgte. Inwieweit der „Spezifische Gegenstand“ des Urheberrechts eine solche Ausweitung des Begriffs der Kopie verlangt, wird im Folgenden noch darzulegen sein.

f) Ausweitung des Erschöpfungsgrundsatzes im Spiegel der Grundfreiheiten

Die Anerkennung einer „digitalen Erschöpfung“ entgegen der Datenbank-Richtlinie 96/9/EG und der Richtlinie 2001/29/EG wird als wenig überraschend beschrieben, da das Urteil des EuGH unter dem Mantel der Grundfreiheit des freien Warenverkehrs gemäß Art. 34, 35 AEUV zu sehen ist. Schon im Jahr 1971 führte der EuGH den Erschöpfungsgrundsatz zur Durchsetzung des freien Warenverkehrs an,¹⁵⁶⁸ auch in dem Schlussantrag zur „UsedSoft v. Oracle“-Entscheidung wurden der Sinn und Zweck des Erschöpfungsgrundsatzes als ein Ausgleich zwischen dem Monopolrecht des Urhebers und dem freien Warenverkehr beschrieben.¹⁵⁶⁹ Unter diesem Blickwinkel stellten die genannten Richtlinien allein eine Ausnahme zur Warenverkehrsfreiheit dar.¹⁵⁷⁰ Es ist nicht ersichtlich, dass die Grundfreiheiten einer solchen Ausweitung des Begriffs der Kopie entgegenstehen.

1567 Hilty, in: Calboli/Lee, 64, 79 f.

1568 EuGH, Urteil v. 08. Juni 1971 – 78/70 („Deutsche Grammophon v. Metro SB“), NJW 1971, 1533 ff., Rn. 10 ff. Ulmer/Hoppen, ITRB 2012, 232, 233 darauf verweisend.

1569 EuGH, Schlussantrag v. 24. April 2012 – C 128/11 („UsedSoft v. Oracle“), BeckRS 2012, 81372, Rn. 43.

1570 Senfleben, NJW 2012, 2926.

g) Abgrenzung der Richtlinie 2009/24/EG von der Richtlinie 96/9/EG

Gegen eine Ausweitung des Begriffs der Kopie und in der Folge auch des Erschöpfungsgrundsatzes auf Download-Sachverhalte werden die ErwG 33 und 43 der Richtlinie 96/9/EG¹⁵⁷¹ sowie die „British Horseracing“-Entscheidung¹⁵⁷² des EuGH angeführt.¹⁵⁷³ Diese schließen für Online-Datenbanken eine Erschöpfung des Verbreitungsrechts aus, was verdeutlichen soll, dass der Erschöpfungsgrundsatz nur in Bezug auf Waren und nicht auf Dienstleistungen zur Anwendung kommt.¹⁵⁷⁴ Die Richtlinie 2001/29/EG wird gemäß ErwG 16 durch die Richtlinie 2000/31/EG¹⁵⁷⁵ in urheberrechtlicher Hinsicht ergänzt. Art. 1 Nr. 2 Richtlinie 2000/31/EG definiert einen „Dienst“ als jede „auf individuellen Abruf eines Empfängers erbrachte Dienstleistung“. Eine Datenbank stellt einen solchen Dienst dar,¹⁵⁷⁶ wie in folgenden Ausführungen der Literatur zutreffend dargelegt wird: Die Erbringung einer Dienstleistung erfolgt „on-demand“ und die Vergütung wird für jede einzelne Nutzung in Form eines Zugriffs auf die stets aktuelle Datenbank geleistet.¹⁵⁷⁷ Der Dienst wird schließlich im Moment der Generierung kon-

1571 Blocher, in: Walter, Art. 4 Richtlinie 2009/24/EG, Rn. 29; Blocher/Walter, in: Walter/v. Lewinski, Art. 4 Computer Program Directive, Rn. 5.4.38.

1572 EuGH, Urteil v. 09. November 2004, C 203/02 („British Horseracing“), GRUR 2005, 244 ff., insbesondere Rn. 58, 59 in welchen bei Datenbanken im Falle einer Online-Übermittlung für das vom Nutzer erstellte körperliche Exemplar sowie für die Datenbank an sich die Erschöpfung des Verbreitungsrechts abgelehnt wird.

1573 EuGH, Schlussantrag v. 24. April 2012 – C 128/11 („UsedSoft v. Oracle“), BeckRS 2012, 81372, Rn. 35 (Vorbringen von Oracle) darauf verweisend. Senftleben, NJW 2012, 2924 f. beschreibend.

1574 Blocher, in: Walter, Art. 4 Richtlinie 2009/24/EG, Rn. 29; Blocher/Walter, in: Walter/v. Lewinski, Art. 4 Computer Program Directive, Rn. 5.4.38.

1575 Richtlinie 2000/31/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 8. Juni 2000 über bestimmte rechtliche Aspekte der Dienste der Informationsgesellschaft, insbesondere des elektronischen Geschäftsverkehrs, im Binnenmarkt („Richtlinie über den elektronischen Geschäftsverkehr“), ABl. L 178 v. 17. Juli 2000, S. 1–16.

1576 Ohly, JZ 2013, 42, 43. Blocher, in: Walter, Art. 4 Richtlinie 2009/24/EG, Rn. 29; Blocher/Walter, in: Walter/v. Lewinski, Art. 4 Computer Program Directive, Rn. 5.4.41 jeweils darauf hinweisend, dass allein die Tatsache, dass Dienstleistungen in unbegrenzter Anzahl wiederholt werden können, nicht von Bedeutung ist, denn auch bei der Herstellung von beispielsweise einer CD-ROM mit Software besteht keine Mengenbegrenzung. Somit könne keine Abgrenzung allein anhand des „Transportmittels“ erfolgen.

1577 Blocher, in: Walter, Art. 4 Richtlinie 2009/24/EG, Rn. 29; Blocher/Walter, in: Walter/v. Lewinski, Art. 4 Computer Program Directive, Rn. 5.4.39 f.; Eilmannberger, GRUR 2009, 1123, 1125.

sumiert¹⁵⁷⁸ und das Partizipationsinteresse des Urhebers besteht an jedem einzelnen Zugriff.¹⁵⁷⁹

Rechtlich anders zu bewerten ist hingegen ein Szenario, in welchem eine spezifische zu einem Stichtag bestehende Version einer Datenbank zum Download überlassen wird. In diesem Fall sind vorstehende Kriterien nicht erfüllt, ähnlich wie beim Download einer Software. Zwar ist auch bei letzterer jede Nutzung urheberrechtlich relevant, jedoch wird vom Nutzer stets eine identische, ursprünglich vom Softwareanbieter heruntergeladene Software genutzt.¹⁵⁸⁰ Eine Nutzung erfolgt nicht im Moment des Downloads,¹⁵⁸¹ sondern zu einem späteren Zeitpunkt auch ohne Internetverbindung zum Softwareanbieter.¹⁵⁸² Daher ist die Software als Ware zu qualifizieren, welche mittels eines Downloads einmalig überlassen wird.¹⁵⁸³ Dies gilt auch für vorstehend beschriebene Version einer Datenbank zu einem Stichtag. Folglich ist es richtig, dass die Richtlinie 2009/24/EG eine gesetzliche Anordnung entsprechend der Datenbankrichtlinie, welche die Erschöpfung einer „Online-Verbreitung“ ausschließt, nicht enthält.¹⁵⁸⁴ Erwägungen der Richtlinie 96/9/EG sind im Ergebnis bei Software nicht heranzuziehen.

Zur Abgrenzung wird teils auch auf die als „ungenau“ beschriebene deutsche Umsetzung des ErwG 29 Richtlinie 2001/29/EG verwiesen. Im Englischen nennt dieser „services and online services in particular“, was im Deutschen als „Dienstleistungen allgemein (...) (und) Online Dienste im Besonderen“ übersetzt wurde. Für Hoeren hätte es im Deutschen besser „Dienstleistungen im Allgemeinen sowie Dienstleistungen, die online erbracht werden“ heißen sollen. Letztlich stelle Software keine „Dienstleistung, die online erbracht wird“ dar.¹⁵⁸⁵ Tatsächlich hätte die von Hoeren vorgeschlagene Formulierung den Wesensunterschied von Waren und Dienstleistungen unterstrichen. Zusammenfassend steht die Richtlinie 96/9/EG dem vom EuGH entwickelten „Erweiterten Begriff der Kopie“ nicht entgegen.

1578 Blocher/Walter, in: Walter/v. Lewinski, Art. 4 Computer Program Directive, Rn. 5.4.41.

1579 Blocher, in: Walter, Art. 4 Richtlinie 2009/24/EG, Rn. 29.

1580 Eilmannsberger, GRUR 2009, 1123, 1125; Hoeren, MMR 2010, 447, 448.

1581 Blocher/Walter, in: Walter/v. Lewinski, Art. 4 Computer Program Directive, Rn. 5.4.41; Grigoriadis, JICLT 2013, 198, 203.

1582 Blocher/Walter, in: Walter/v. Lewinski, Art. 4 Computer Program Directive, Rn. 5.4.41.

1583 Ohly, JZ 2013, 42, 43.

1584 Senftleben, NJW 2012, 2924 f.

1585 Hoeren, MMR 2010, 447, 448.

h) Gefahr von Raubkopien

Teils wird ohne näher zu differenzieren angeführt, dass der EuGH mit der „UsedSoft v. Oracle“-Entscheidung Raubkopien „alle Tore“ geöffnet hat.¹⁵⁸⁶ Schon früher wurde dazu erklärt, dass bei der Online-Überlassung die rechtliche Zuordnung von Software erschwert wird und diese Art der Softwareüberlassung anfälliger für Produktpiraterie ist. Insbesondere sei eine Weitergabe der Software an zwei verschiedene Zweitnutzer möglich.¹⁵⁸⁷ Zudem werde ein direkter Konkurrenzmarkt geschaffen, da „gebrauchte Software“ sich von „neuer“ qualitativ nicht unterscheide. Auch fehle es unter Umständen an äußeren Merkmalen wie einer Verpackung oder einem Echtheitszertifikat. Außerdem wird angeführt, es kann auch ein legaler Zweitmarkt verschwinden, denn es besteht für den Zweitnutzer stets das Risiko, eine Raubkopie zu erwerben.¹⁵⁸⁸ Dies spreche gegen eine analoge Anwendung des Erschöpfungsgrundsatzes bei der Online-Übermittlung.¹⁵⁸⁹ Dem wird entgegengehalten, dass es Zweck der Norm ist, das Urheberrecht mit dem freien Warenverkehr in Einklang zu bringen und nicht, Urheber vor Produktpiraterie zu schützen.¹⁵⁹⁰ Auch könne der Softwareanbieter auf die digitale Überlassung verzichten¹⁵⁹¹ bzw. sich durch beispielsweise „Digital-Rights-Management“ und Aktivierungsschlüssel schützen,¹⁵⁹² um eine Individualisierung der Nutzer vorzunehmen und somit das Risiko von Raubkopien zu senken.¹⁵⁹³ Zudem sei auch bei auf einem Datenträger überlassener Software die Möglichkeit von Mehrfachnutzung gegeben, denn auch bei einer Weitergabe des Datenträgers bestehe das Risiko, dass der Erstnutzer die Nutzung der bereits installierten Software fortsetze.¹⁵⁹⁴ Somit erhöhe sich bei online überlassener Software die Missbrauchsgefahr

1586 Hansen/Wolff-Rojczyk, GRUR 2012, 904, 909; Seitz, 165 in diese Richtung beschreibend.

1587 Seitz, 165 beschreibend; Spindler, CR 2008, 69, 72.

1588 Seitz, 165 f. beschreibend.

1589 Spindler, CR 2008, 69, 72.

1590 Rigamonti, GRUR Int. 2009, 20 f. zwar auf das Schweizer Recht bezogen, aber sinngemäß anwendbar.

1591 Seitz, 167 beschreibend.

1592 Hilty, in: Calboli/Lee, 64, 71, 76, 79 f. in diese Richtung; Larrieu/Le Stanc/Tréfigny, Recueil Dalloz 2012, 2343 ff., III. C.; Rauer/Ettig, EWS 2012, 322, 327.

1593 Grützmacher, ZGE 2013, 46, 68 f.

1594 Auch Feiler/Schuba, in: Taeger, 359; Ruffler, EIPR 2011, 375, 381; Seitz, 170 bei beiden Überlassungsarten schließlich vergleichbare Risiken erkennend.

nicht.¹⁵⁹⁵ Dem ist im Grundsatz zuzustimmen. Ohne in eine Argumentation auf tatsächlicher Ebene einzusteigen, ist generell festzustellen, dass die mögliche Gefahr von mehr Raubkopien nicht die Auslegung urheberrechtlicher Begriffe wie den der Kopie abschließend beeinflussen kann und darf. Eine etwaige Verhinderung von Raubkopien hat insbesondere über die Rechtsfolgenseite zu erfolgen. Im Ergebnis spricht auch eine teils identifizierte Gefahr von Raubkopien nicht gegen den vom EuGH entwickelten „Erweiterten Begriff der Kopie“.

i) Zusammenfassung

Dem „Erweiterten Begriff der Kopie“ im Sinne des EuGH steht insbesondere entgegen, dass es an der vom EuGH beschriebenen Eigentumsübertragung fehlt. Es ist unklar, was konkret Gegenstand einer Verbreitung sein soll.

5. Kongruenz des „Erweiterten Begriffs der Kopie“ mit internationalem Urheberrecht

Im Folgenden wird der vom EuGH entwickelte „Erweiterte Begriff der Kopie“ auf Kongruenz mit internationalem Urheberrecht geprüft.

a) TRIPS-Abkommen und Revidierte Berner Übereinkunft

Sowohl das TRIPS-Abkommen als auch die RBÜ regeln keine Details in Bezug auf eine Kopie bzw. ein Werkstück. Das TRIPS-Abkommen normiert in Verbindung mit der RBÜ Mindestregeln über den Schutz von Computerprogrammen als Sprachwerke¹⁵⁹⁶ und schreibt in Art. 10 Abs. 1 TRIPS-Abkommen vor, dass „Computerprogramme in Quellcode oder Programmcode (...) als Werke der Literatur nach der Berner Übereinkunft (1971) geschützt“ werden. Art. 9 Abs. 1 TRIPS-Abkommen verweist auf die RBÜ, welche in Art. 14 Abs. 1 Nr. 1 dem Urheber das Vervielfältigungs- und das Verbreitungsrecht zuschreibt. In der Folge sind diesbezüglich keine Konflikte ersichtlich.

¹⁵⁹⁵ Seitz, 168.

¹⁵⁹⁶ Grützmaker, in: Wandtke/Bullinger, Vor §§ 69a ff. UrhG, Rn. 8 f.

b) „Word Copyright Treaty“ bzw. Richtlinie 2001/29/EG als dessen EU-rechtliche Umsetzung

Der „WCT“ ist ein im Jahr 1996 unter dem Dach der „WIPO“ verabschiedetes Sonderabkommen im Sinne von Art. 20 S.1 RBÜ¹⁵⁹⁷ und sollte den internationalen Urheberrechtsschutz an das digitale Zeitalter anpassen. Art. 4 WCT legt dabei fest, dass Software im Sinne des Art. 2 RBÜ als Sprachwerk urheberrechtlich geschützt ist. Daneben ist der „WCT“ für die Auslegung der Richtlinie 2009/24/EG von Relevanz, auch wenn in dieser ein wie in ErwG 15 Richtlinie 2001/29/EG bestehender Verweis auf den „WCT“ fehlt.¹⁵⁹⁸ Die Richtlinie 2001/29/EG gilt unter anderem als Umsetzung des „WCT“ in das europäische Recht¹⁵⁹⁹ und ist gemäß dem EuGH daher auch im Lichte des „WCT“ auszulegen.¹⁶⁰⁰ Von Bedeutung für den Begriff der Kopie sind insbesondere Art. 6 WCT i.V.m. der Vereinbarten Erklärung zu Art. 6 und 7 WCT¹⁶⁰¹ sowie Art. 10 WCT i.V.m. mit der Vereinbarten Erklärung zu Art. 10 WCT. In der Richtlinie 2001/29/EG ist neben den ErwG 15, 20 ff., 28 f. und 33 auch Art. 4 mit Regelungen zum Verbreitungsrecht diesbezüglich von Relevanz.

(1) Art. 6 WCT i.V.m. den Vereinbarten Erklärungen zu Art. 6 und 7 WCT, Art. 4 Richtlinie 2001/29/EG

Art. 6 Abs. 1 WCT normiert das Verbreitungsrecht. Demnach haben Urheber „das ausschließliche Recht, zu erlauben, dass das Original und Vervielfältigungsstücke ihrer Werke durch Verkauf oder sonstige Eigentumsübertragung der Öffentlichkeit zugänglich gemacht werden.“ Allerdings gilt dieses Recht nicht unbegrenzt, denn nach Abs. 2 haben die unterzeichnenden Staaten als Vertragsparteien das Recht, festzulegen, „unter welchen Voraussetzungen sich das Recht gemäß Abs. 1 nach dem ersten mit Erlaubnis des

1597 v. Lewinski, in: Handbuch des Urheberrechts, § 63, Rn. 93, 95.

1598 Jani, ELR 2012, 21, 25.

1599 ErwG 15 Richtlinie 2001/29/EG. EuGH, Urteil v. 03. Juli 2012 – C 128/11 („UsedSoft v. Oracle“), NJW 2012, 2565 ff., Rn. 60; EuGH, Urteil v. 19. Dezember 2019 – C 263/18 („Tom Kabinet“), NJW 2020, 827 ff., Rn. 15, 39. Marly, Rn. 197.

1600 EuGH, Urteil v. 17. April 2008 – C 456/06 („Peek & Cloppenburg“), GRUR 2008, 604 ff., Rn. 31.

1601 In Abgrenzung zu Art. 6 normiert Art. 8 WCT auch die öffentliche Wiedergabe als Verwertungstatbestand. In den ErwG 23–25 und in Art. 3 Richtlinie 2001/29/EG wird die öffentliche Wiedergabe ins EU-Recht umgesetzt, Reinbothe/v. Lewinski, Art. 6 WCT, Rn. 15.

Urhebers erfolgten Verkauf des Originals oder eines Vervielfältigungsstücks oder der ersten sonstigen Eigentumsübertragung erschöpft.“ Zu Art. 6 WCT normieren die Vereinbarten Erklärungen zu Art. 6 und 7 WCT, dass die Begriffe Original und Vervielfältigungsstücke „sich ausschließlich auf Vervielfältigungsstücke, die als körperliche Gegenstände in Verkehr gebracht werden können“, beziehen.

In Art. 6 WCT wird großteils hineingelesen, dass der „WCT“ den urheberrechtlichen Begriff der Verbreitung auf eine solche in körperlicher Form¹⁶⁰² („physical“ bzw. „tangible objects“¹⁶⁰³) beschränkt, was durch die Vereinbarten Erklärungen zu Art. 6 und Art. 7 WCT klargestellt wird.¹⁶⁰⁴ Mit diesen werde von einem Download abgegrenzt¹⁶⁰⁵ und in der Folge sei auf einem Datenträger verkörperte Software von der Norm erfasst,¹⁶⁰⁶ eine „unkörperliche Verbreitung“¹⁶⁰⁷, „online-Kommunikation“,¹⁶⁰⁸ „elektronische Vervielfältigung oder Kopie“,¹⁶⁰⁹ ein „unkörperlicher Gegenstand“ oder „trägerloses Vervielfältigungsstück“ wie eine „digitale Kopie“¹⁶¹⁰ hingegen nicht. Zur Begründung für die Begrenzung auf eine Verbreitung in körperlicher Form wird teils die Entstehungsgeschichte des „WCT“ herangezogen. So habe bei dessen Ausarbeitung die Absicht bestanden, die traditionelle Bedeutung des körperlichen Werkstücks als Objekt des Verbreitungsrechts beizubehalten¹⁶¹¹ und einen Download hingegen unter Art. 8 WCT zu subsumieren.¹⁶¹² Es sei eine Klarstellung in diesem Sinne im

1602 Heydn, MMR 2012, 586, 591 f.; Hilty, CR 2012, 625, 630; Koch, ITRB 2013, 38, 39; Rauer/Bibi, GRUR-Prax 2020, 55, 57; Stieper, ZUM 2012, 668; Vinje/Marsland/Gärtner, CRI 2012, 97, 100.

1603 Reinbothe/v. Lewinski, Art. 8 WCT, Rn. II, 16.

1604 Hilty, sic! 1997, 128, 135 ausführend, dass Art. 6 WCT selbst auf einen Download anwendbar wäre, dem aber die Vereinbarten Erklärungen entgegenstehen; Heydn, MMR 2010, 309, 310; Koch, ITRB 2013, 38, 39; Ohly, JZ 2011, 32, 43; v. Lewinski, GRUR Int. 1997, 667, 674; Reinbothe/v. Lewinski, Art. 6 WCT, Rn. II f. EuGH, Urteil v. 19. Dezember 2019 – C 263/18 („Tom Kabinet“), NJW 2020, 827 ff., Rn. 38 f., insbesondere 40 in diese Richtung.

1605 Heydn, MMR. 2011, 309, 310; v. Lewinski, GRUR Int. 1997, 667, 674.

1606 Reinbothe/v. Lewinski, Art. 6 WCT, Rn. II.

1607 Dreier, IIC 1998, 622, 623; Heydn, MMR 2012, 591, 592; Krüger/Biehler/Apel, MMR 2013, 760, 764; Stieper, ZUM 2012, 668.

1608 Leriche/Ruelle, RLDI 2012, 86, 30, 31; Reinbothe/v. Lewinski, Art. 8 WCT, Rn. 16.

1609 v. Lewinski, GRUR Int. 1997, 667, 674.

1610 EuGH, Urteil v. 10. November 2016 – C 174/15 („Vereniging Openbare Bibliotheken“), NJW 2017, 461 ff., Rn. 34, 39.

1611 Cabay, AM 2013, 303, 310; Krüger/Biehler/Apel, MMR 2013, 760, 764; v. Lewinski, GRUR Int 1997, 667, 674.

1612 Cabay, AM 2013, 303, 310.

„WCT“ bzw. der Vereinbarten Erklärung erfolgt, da über eine Erweiterung des Begriffs der Verbreitung auf digitale Übertragungen explizit diskutiert und diese letztlich durch das „Committee of Experts“ abgelehnt worden sei.¹⁶¹³

Andere hingegen sehen in der Vereinbarten Erklärung allein das Erfordernis normiert, dass die Originale oder Vervielfältigungsstücke als verkörperte Kopien in Verkehr gebracht werden „können“. Dies sei bei Software der Fall, auch wenn diese tatsächlich online übermittelt werde.¹⁶¹⁴ Zudem sei Software – sobald nach dem Download eine Fixierung erfolge – auch im Sinne eines „tangible object“ verkörpert.¹⁶¹⁵ Daher solle auch ein Download eine Verbreitung im Sinne des Art. 6 WCT darstellen,¹⁶¹⁶ auch stehe die Anwendung der Norm auf digitale Werke im Einklang mit der gefestigten US-amerikanischen Rechtsansicht,¹⁶¹⁷ welche von Bedeutung sei, da der Inhalt des „WCT“ maßgeblich von der Mitwirkung der USA beeinflusst worden sei. Auch werde in den USA zum einen der Terminus „tangible object“ nicht allein auf Datenträger reduziert,¹⁶¹⁸ zum anderen sei der Regelungszusammenhang der Vereinbarten Erklärung zu berücksichtigen. Der Terminus „transfer of ownership“ in Art. 6 Abs. 2 WCT stehe nicht für einen sachenrechtlichen Eigentumsübergang,¹⁶¹⁹ sondern sei dem amerikanischen Recht nachempfunden worden, in welchem die Übertragung von Urheberrechten oder die Einräumung von „exklusiven Lizenzen“ darunter verstanden würden.¹⁶²⁰ Somit habe die Norm eine rein urheberrechtliche Bedeutung.¹⁶²¹ Der Bezug auf die Verkörperung in der Vereinbarten Erklärung sei nur erfolgt, um klarzustellen, dass eine rein vorübergehend bestehende Vervielfältigung nicht Gegenstand eines „transfer of ownership“ sein

1613 Leriche/Ruelle, RLDI 2012, 86, 30, 31; Reinbothe/v. Lewinski, Art. 8 WCT, Rn. 16.

1614 Malevanny, CR 2013, 422, 424; Redeker, CR 2014, 73, 77; Ruffler, EIPR 2011, 375, 381.

1615 Rigamonti, GRUR Int. 2009, 21.

1616 Ruffler, EIPR 2011, 375, 381.

1617 Rigamonti, GRUR Int. 2009, 21, Fn. 97 ff.

1618 Malevanny, CR 2013, 422, 424 mit Verweis auf das „United States Copyright Office“ (<http://www.copyright.gov/help/faq/faq-digital.html>; in vormaliger Fassung, verfügbar am 01. Oktober 2019) erklärend, dass dieses unter einer solchen auch eine Datei versteht und von einer Reduktion auf die Körperlichkeit keine Rede sein kann. Allerdings sprach das „United States Copyright Office“ allein von der Speicherung auf einem Datenträger.

1619 Malevanny, CR 2013, 422; Rigamonti, GRUR Int. 2009, 21.

1620 Rigamonti, GRUR Int. 2009, 21.

1621 Malevanny, CR 2013, 422.

könne.¹⁶²² Dem wird entgegengehalten, dass schon die Abstellung auf den Eigentumsübergang fehlerhaft sei, denn in der Vereinbarten Erklärung werde allein von „Körperlichkeit“ gesprochen. Zudem wird teils auf das deutsche Recht verwiesen, in welchem ein Eigentumsübergang allein an Sachen und nicht an Immaterialgütern erfolgen kann.¹⁶²³ Andere hingegen argumentieren dahingehend, dass Art. 6 Abs. 2 WCT nur den territorialen Umfang der Erschöpfungswirkung regelt und es den Vertragsstaaten insbesondere freisteht, eine Erschöpfung des Verbreitungsrechts zu normieren. Eine Aussage bezüglich einer notwendigen „Körperlichkeit“ der Übertragung sei hingegen nicht Regelungsgegenstand.¹⁶²⁴ Teils wird auch die Bindungswirkung der Vereinbarten Erklärung in Frage gestellt.¹⁶²⁵ Da diese aus dem Jahr 1996 stamme und damals der Sachverhalt des Gebrauchtssoftwarehandels bzw. des Downloads noch nicht Gegenstand der Betrachtungen war, bestehe eine ungewollte Regelungslücke.¹⁶²⁶ Andere sehen hingegen auch die unkörperliche Verbreitung von Art. 6 Abs. 1 WCT umfasst, allerdings ist demnach eine Erschöpfung ausgeschlossen.¹⁶²⁷ Teils wird auf den Neuerlass der Richtlinie 91/250/EWG mit der Richtlinie 2009/24/EG im Jahr 2009 verwiesen, welcher nicht im Widerspruch zum „WCT“ erfolgt sein kann.¹⁶²⁸ Der BGH sah in Art. 6 WCT nur Mindestrechte, welche um die unkörperliche Verbreitung erweitert werden können.¹⁶²⁹

Zusammenfassend ist festzuhalten, dass Art. 6 WCT i.V.m. den Vereinbarten Erklärungen zu Art. 6 und 7 WCT dem Wortlaut nach von „tangible fixed copies that can be put into circulation as tangible objects“ spricht. Eine Softwarekopie, welche Gegenstand eines Downloads ist stellt keine „greifbare, feste Kopie dar, welche als greifbares Objekt Gegenstand des Rechtsverkehrs werden kann“. Erst die Verkörperung beim Nutzer selbst, also dessen Festplatte, könnte als ein solches Objekt Gegenstand des Rechtsverkehrs werden. Die fehlende Körperlichkeit stellt somit vielmehr die Qualität dar, welche Software bei einem Download zukommen soll.

1622 Rigamonti, GRUR Int. 2009, 21; Reinbothe/v. Lewinski, Art. 6 WCT, Rn. 12 auch auf eine solche Dauerhaftigkeit einer Verbreitung im Sinne des Art. 6 WCT verweisend; Rosati, JIPLP, 2012, 7, 11, 786, 787; Ruffler, EIPR 2011, 375, 381.

1623 Heydn, MMR 2012, 586, 591, 592.

1624 Lutz, 70.

1625 Hartmann, GRUR Int. 2012, 980, 982 wohl in diese Richtung.

1626 Hilty, in: Calboli/Lee, 64, 69 f. beschreibend; Malevanny, CR 2013, 422, 423; Sosnitzer, K&R 2011, 243, 244.

1627 Heydn, MMR 2012, 586, 591.

1628 Vinje/Marsland/Gärtner, CRi 2012, 97, 100.

1629 BGH, Urteil v. 17. Juli 2013 – I ZR 129/08 („UsedSoft II“), NJW-RR 2014, 360 ff., Rn. 40.

Weitere Argumente – insbesondere in Bezug auf die Entstehungsgeschichte des „WCT“ – ließen möglicherweise andere Schlussfolgerungen zu, allerdings steht eine solche Auslegung stets im Widerspruch zum Wortlaut. Zudem gibt es widersprüchliche Angaben, welche nicht ohne Weiteres aufgeklärt werden können. Im Ergebnis ist demnach der Download von Art 6 WCT als nicht umfasst anzusehen.

Eine ähnliche Formulierung wie Art. 6 WCT nehmen ErwG 28 Richtlinie 2001/29/EG sowie Art. 4 Richtlinie 2001/29/EG auf, die in Bezug auf das Verbreitungsrecht normieren, dass dieses das Recht umfasst, „die Verbreitung eines in einem Gegenstand verkörperten Werks zu kontrollieren.“ In der Folge wird vom „Original“, von „Vervielfältigungsstücken“ und von dem „Wiederverkauf dieses Gegenstands“ gesprochen. Vorstehende Ausführungen zu Art. 6 WCT i.V.m. den Vereinbarten Erklärungen zu Art. 6 und 7 WCT gelten entsprechend.

In ErwG 29 Richtlinie 2001/29/EG wird abgegrenzt von „Dienstleistungen allgemein“ und „Online-Diensten“, bei welchen sich die Frage der Erschöpfung nicht stellt, selbst wenn der Nutzer bei der Nutzung eines solchen Dienstes mit Zustimmung des Rechtsinhabers ein materielles Vervielfältigungsstück erstellt. Grund hierfür sei, dass das „Geistige Eigentum“ in diesem Fall nicht in einem materiellen Träger verkörpert werde, sondern vielmehr eine jede „Bereitstellung eines Online-Dienstes“ eine zustimmungsbedürftige Handlung darstelle. Da der „Online-Verkehr“ früher als Dienstleistung verstanden worden sei, werde ErwG 29 Richtlinie 2001/29/EG restriktiv ausgelegt und entfalte nur bei Dienstleistungen Wirkung.¹⁶³⁰ Eine solche liege bei Software aber nicht vor.¹⁶³¹ Tatsächlich ist jedoch auch die Bindungswirkung der ErwG umstritten. Der EuGH ließ diese im „UsedSoft v. Oracle“-Urteil offen,¹⁶³² gemäß Leitfäden der Europäischen Union werden Erwägungsgründe „im Gegensatz zum verfügbaren Teil so formuliert, dass ihre Unverbindlichkeit deutlich wird“.¹⁶³³ Erwägungsgründe, welche im Widerspruch zum Gesetzestext stünden, sei-

1630 Lehmann, GRUR Int. 2015, 677, 678.

1631 Feiler/Schuba, in: Taeger, 358 f.; zu der Abgrenzung von einer Dienstleistung 3. Teil § 1 B II. 4. g).

1632 EuGH, Urteil v. 03. Juli 2012 – C 128/11 („UsedSoft v. Oracle“), NJW 2012, 2565 ff., Rn. 53 ff.

1633 Hartmann, GRUR Int. 2012, 980, 982 verweisend auf Gemeinsamer Leitfaden des Europäischen Parlaments, des Rates und der Kommission für Personen, die an der Abfassung von Rechtstexten der Europäischen Union mitwirken, 2015, Ziff. 10.1.

en nicht zu beachten.¹⁶³⁴ Teils wird auch ausgeführt, dass die Erwägungsgründe auf der noch in der Richtlinie 2001/29/EG bestehenden Trennung zwischen Dienstleistungen und Waren basierten, welche in den 1990er Jahren die Rechtssetzung der Europäischen Union dominiert habe. Allerdings stehe dahinter keine urheberrechtliche Wertung und auch die Übertragbarkeit auf digitale Güter sei mehr als fraglich.¹⁶³⁵ Vielmehr sei die in der „UsedSoft v. Oracle“-Entscheidung erstmals durchbrochene Trennung von körperlicher Verbreitung und unkörperlicher öffentlicher Zugänglichmachung der richtige Weg, um den technischen Rahmenbedingungen gerecht zu werden.¹⁶³⁶ Jedenfalls stellt die Übermittlung von Software mittels eines Downloads keinen „Online-Dienst“ dar, denn, um vorgenannte Terminologie aufzugreifen, bei mittels eines Downloads übermittelter Software ist das „Geistige Eigentum“ in der beim Nutzer heruntergeladenen Kopie verkörpert. Für die anschließende Nutzung der Software ist auch keine weitere technische Verbindung zwischen dem Softwareanbieter und dem Nutzer erforderlich. Hingegen von einem Dienst kann gesprochen werden, wenn bei jeder tatsächlichen Softwarenutzung eine Dienstleistung des Anbieters erfolgen würde. Dies ist wie beschrieben in dieser Konstellation jedoch nicht der Fall.¹⁶³⁷

(2) Art. 10 WCT

Art. 10 WCT erlaubt es den Vertragsparteien in Gesetzen „Beschränkungen oder Ausnahmen in bestimmten Sonderfällen vor(zu)sehen, die weder die normale Verwertung der Werke beeinträchtigen noch die berechtigten Interessen der Urheber unzumutbar verletzen“. Zudem ist Folgendes zu beachten: „Bei der Anwendung der Berner Übereinkunft begrenzen die Vertragsparteien in Bezug auf die darin vorgesehenen Rechte Beschränkungen oder Ausnahmen auf bestimmte Sonderfälle, die weder die normale Verwertung der Werke beeinträchtigen noch die berechtigten Interessen der Urheber unzumutbar verletzen.“ Wird Art. 6 WCT als nur bei körperlichen Werkstücken anwendbar angesehen, so könnte über diesen in Art. 10 WCT normierten Drei-Stufen-Test eine Ausnahme erfolgen. Art. 10 WCT sei sehr weit auszulegen, allerdings stünde eine Ausweitung der Erschöpfung des

1634 Hartmann, GRUR Int. 2012, 980, 982 mit Verweis auf weitere Quellen.

1635 Hartmann, GRUR Int. 2012, 980, 982 f.

1636 Hartmann, GRUR Int. 2012, 980, 983 wohl in diese Richtung.

1637 Hierzu 3. Teil § 1 B II. 4. g).

Verbreitungsrechts nicht im Einklang mit dem Drei-Stufen-Test.¹⁶³⁸ Es fehle schon an dem notwendigen „bestimmten Sonderfall“,¹⁶³⁹ denn die „Online-Erschöpfung“ betreffe den gesamten Vertrieb von Computerprogrammen.¹⁶⁴⁰ Andere sehen eine solche Erweiterung als möglich an – beispielsweise wie in Art. 4 Abs. 2 Richtlinie 2009/24/EG i.V.m. der Rechtsprechung des EuGH geschehen.¹⁶⁴¹ Wiederum andere vertreten die Ansicht, aufgrund von Art. 6 Abs. 2 WCT kann Art. 10 WCT Art. 6 WCT nicht begrenzen,¹⁶⁴² denn gemäß Art. 6 Abs. 2 WCT haben die Vertragsparteien das Recht, festzulegen, „unter welchen Voraussetzungen sich das Recht gemäß Abs. 1 nach dem ersten mit Erlaubnis des Urhebers erfolgten Verkauf des Originals oder eines Vervielfältigungsstücks oder der ersten sonstigen Eigentumsübertragung erschöpft.“ Auch wird ausgeführt, dass eine Erweiterung des Erschöpfungsgrundsatzes auf die unkörperliche Überlassung von Software sowohl dem Softwarenutzer als auch dem Softwareanbieter und somit allen Beteiligten dient. Insbesondere sei der Rechtsinhaber durch Unterlassungs- und Schadensersatz-, aber auch durch den in § 98 UrhG normierten Vernichtungsanspruch geschützt. Zudem diene die Anwendung des Drei-Stufen-Tests der Erweiterung der Allgemeinheit und wäre auf „einige“ und „gewisse“ Nutzungshandlungen beschränkt.¹⁶⁴³ Demnach wäre eine Erlaubnis nach dem Drei-Stufen-Test möglich. Gewarnt wird aber dahingehend, dass bei einer Erweiterung einzelner Rechte stets zu beachten ist, dass hierdurch der gesamte Regelungskomplex unterlaufen werden kann. Daher, aber auch insgesamt in Bezug auf den „WCT“, wird die „UsedSoft v. Oracle“-Entscheidung teils als „fragwürdig“ angesehen.¹⁶⁴⁴ Zusammenfassend ist festzuhalten, dass eine solche Ausnahme nach dem Drei-Stufen-Test zumindest möglich erscheint.

(3) Zusammenfassung

Art. 6 WCT i.V.m. den Vereinbarten Erklärungen zu Art. 6 und 7 WCT steht im Widerspruch zum „Erweiterten Begriff der Kopie“ des EuGH. Allerdings ist dies allein ein rechtliches Hindernis auf der Ebene des

1638 Cabay, AM 2013, 303, 315.

1639 Koch, ITRB 2013, 38, 39.

1640 Krüger/Biehler/Apel, MMR 2013, 760, 765.

1641 Lutz, 70.

1642 Reinbothe/v. Lewinski, Art. 6 WCT, Rn. 114.

1643 Lutz, 75 ff., 78.

1644 Krüger/Biehler/Apel, MMR 2013, 760, 764 f.

internationalen Rechts. Die Europäische Union und ihre Mitgliedstaaten sind zwar zur Umsetzung des „WCT“ verpflichtet, aber es ist zu beachten, dass dieser aus dem Jahr 1996 datiert und somit nicht mehr „up to date“ ist. Letztlich spricht ein Verstoß gegen den „WCT“ dem Grundsatz nach gegen einen „Erweiterten Begriff der Kopie“. Ein systematischer und vertieft urheberrechtlicher Widerspruch ist – wie die bisherigen Ausführungen zum 3. Teil dieser Arbeit zeigen – nicht ersichtlich. Unter Umständen wäre überdies der in Art. 10 WCT normierte Drei-Stufen-Test anwendbar und erfüllt.

6. Zusammenfassung

Als Zwischenergebnis steht dem „Erweiterten Begriff der Kopie“ im Sinne des EuGH insbesondere entgegen, dass es an der vom EuGH beschriebenen Eigentumsübertragung fehlt, da schon der Gegenstand der Verbreitung unklar ist. Zudem liegt ein Widerspruch zu Art. 6 WCT i.V.m. den Vereinbarten Erklärungen zu Art. 6 und 7 WCT zumindest nahe.

III. Alternativvorschläge für eine Weiterentwicklung des Begriffs der Kopie

Motiviert durch den „UsedSoft v. Oracle“-Fall und die EuGH-Entscheidung erfolgte in der Rechtsliteratur eine Welle an Veröffentlichungen zu den in diesem Urteil aufgeworfenen Rechtsfragen, einschließlich zahlreicher Vorschläge für eine Weiterentwicklung des Begriffs der Kopie im Zeitalter des Downloads.

1. Zum Download bereitgestellte Kopie

Ein solcher Vorschlag knüpft an die vom Softwareanbieter auf den Server hochgeladene Kopie und somit an den Upload an. Auch der EuGH gab dieser Ansicht eine Argumentationsgrundlage, indem dieser im „UsedSoft v. Oracle“-Urteil ausführte, dass der Softwarenutzer vom Urheberrechtsinhaber eine Kopie erwirbt, die sich „auf dessen Internetseite“ befindet.¹⁶⁴⁵ In

¹⁶⁴⁵ EuGH, Urteil v. 03. Juli 2012 – C 128/11 („UsedSoft v. Oracle“), NJW 2012, 2565 ff., Rn. 75.

dieser vom Rechtsinhaber durch den Upload „in Verkehr gebrachten“¹⁶⁴⁶ Kopie wird der Vertragsgegenstand erkannt. Allerdings fehlen Erklärungen, ob und in welcher Form nach der Überlassung beim Softwarenutzer diese Kopie fortbesteht. Würde durch einen Upload eine Kopie erstellt werden, so wäre nach dem einmaligen Download das Verbreitungsrecht an dieser erschöpft. Allerdings tritt mit einem Download beim Softwareanbieter sowohl rechtlich als auch tatsächlich kein Verlust auf¹⁶⁴⁷ und es wird keine spezifische Kopie Gegenstand des Rechtsverkehrs. Auch mangelt es zum Zeitpunkt des Uploads an einer Individualisierung. Diese Rechtsansicht ist im Ergebnis abzulehnen.

2. Bit-Strom/Datenbestand als Kopie

Eine andere Ansicht stellt die Online-Übermittlung der Kopie in den Mittelpunkt. Die vom Softwareanbieter hochgeladenen und bei einem Download mittels eines Bit-Stroms übertragenen Daten sind demnach als ein Vervielfältigungsstück zu qualifizieren,¹⁶⁴⁸ teils wird auch von einem Datenbestand gesprochen.¹⁶⁴⁹ Allerdings fehlt es auf technischer Ebene an einem solchen „Versenden“, denn ein Download stellt ein „Abschreiben“ dar.¹⁶⁵⁰ Zudem wird der Betrachtung eines Bit-Stroms oder Datenbestands entgegengebracht, dass ein solcher stets einer Verkörperung auf der Hardware bedarf und diese in den Mittelpunkt zu stellen ist.¹⁶⁵¹ Insbesondere aus den genannten technischen Gründen ist diese Rechtsansicht abzulehnen.

1646 Feiler/Schuba, in: Taeger, 351, 357.

1647 Haberstumpf, NJOZ 2015, 793, 799.

1648 Bröckers, MMR 2011, 18, 19 beschreibend; Ulmer/Hoppen, CR 2008, 681 ff.

1649 Grützmacher, in: Wandtke/Bullinger, § 69c UrhG, Rn. 48 f. in diese Richtung, aber das Vervielfältigungsrecht selbst in den Mittelpunkt stellend. LG Düsseldorf, Urteil v. 26. November 2008 – 12 O 431/08, CR 2009, 221, 222 in diese Richtung, allerdings auch wegen diesen Ausführungen aufgehoben von OLG Düsseldorf, Urteil v. 29. Juni 2009 – 20 U 247/08, GRUR-RR 2010, 4 ff., welches den Fokus auf den Datenbestand als nicht zutreffend beschreibt.

1650 Hierzu 3. Teil § 1 B I.

1651 Bröckers, MMR 2011, 18, 19.

3. Beim Softwarenutzer erstellte Kopie

Der Fokus könnte auf die bei einem Download auf dem Computer des Nutzers erstellte Kopie gelegt werden. Auch diesbezüglich werden Ausführungen des EuGH in der „UsedSoft v. Oracle“-Entscheidung hinsichtlich der „von der Internetseite des Urhebers heruntergeladene(n) Kopie“ herangezogen.¹⁶⁵² Sowohl bei der Überlassung von Software mittels eines Datenträgers als auch mittels eines Downloads sei eine permanente Speicherung und somit eine Kopie der Software auf der Festplatte des Nutzers vorhanden. Dies entspreche wirtschaftlich und rechtlich einem „körperlichen Werkexemplar“.¹⁶⁵³ Tatsächlich besteht beim Nutzer in beiden Fällen eine solche Kopie. Allerdings wird nicht erklärt, wie diese Kopie Gegenstand des Rechtsverkehrs wurde. Auch ist zu beachten, dass bei der Überlassung von Software mittels eines Datenträgers nicht die beim Nutzer gespeicherte Kopie die verbreitete Kopie darstellt, sondern vielmehr der vom Nutzer erworbene Datenträger (CD-ROM, DVD, etc.) samt der Software. Die Installation ist eine zusätzliche Vervielfältigung der Software, die bei einem Erwerb von Software auf einem Datenträger erforderlich ist. Auch eine heruntergeladene Kopie wird bei einer Weitergabe zu einem späteren Zeitpunkt nicht Gegenstand des Rechtsverkehrs, denn in diesem Fall wird nicht die Festplatte des Computers des Erstnutzers ausgebaut und weitergegeben, sondern eine erneute Abschrift erstellt. Somit ist das Abstellen auf die beim Nutzer erstellte Kopie nicht vorzugswürdig.

4. Verkürzung der Verbreitungshandlung des Softwareanbieters

Diese Rechtsansicht stellt die Verbreitungshandlung in den Mittelpunkt und sieht diese bei der Überlassung von Software mittels eines Downloads als verkürzt an. Die Verbreitung sei mit dem Upload beendet, denn mit diesem verlasse die Kopie den Machtbereich des Erstellers. Mit dem Download durch den Softwarenutzer werde die Verkörperung der Kopie von diesem selbst vorgenommen.¹⁶⁵⁴ Diese Kopie schließe die Installation der

1652 Wolff-Rojczyk, ITRB 2014, 75, 77 bei einem erneuten Download durch den Zweitnutzer einen Widerspruch im Urteil des EuGH erkennend, da dieser davon spricht, dass diese Kopie auch an einen Zweitnutzer weitergegeben wird.

1653 Rigamonti, GRUR Int. 2009, 14, 17.

1654 Malevanny, CR 2013, 422, 423 mit Verweis auf Rigamonti, GRUR Int. 2009, 14, 18 den Upload des Softwareerstellers auf seine Homepage mit dem zur Verfügung

Software auf der Hardware des Nutzers mit ein. Da eine solche Installation durch den Nutzer auch bei Überlassung von Software mittels eines Datenträgers erfolge, entfalle bei einem Download allein der Zwischenschritt der Erstellung einer Softwarekopie auf einem Datenträger durch den Softwareanbieter. Die bei dem Download erfolgende Vervielfältigung bzw. die bei Überlassung eines Datenträgers erfolgende „erste Installation“ seien einer Verbreitung immanent. Das Vervielfältigungsrecht, welches für die Speicherung der Software erforderlich sei, folge aus dem Verbreitungsrecht.¹⁶⁵⁵ Diese Rechtsansicht kann jedoch die Trennung von Verbreitung und Kopie nicht erklären. Während die Verbreitungshandlung mit dem Upload beendet sein soll, fehlt es noch an Kopien, welche erst mit einem Download erstellt werden können. Allerdings ist jeweils eine spezifische Kopie Gegenstand einer Verbreitungshandlung und in der Folge sind Verbreitung und Kopie keine voneinander unabhängigen Begriffe. Daher stellt auch dies keinen gangbaren Alternativvorschlag für den Begriff der Kopie dar.

5. Virtuelles Vervielfältigungsstück

Ein anderer Ansatz ist von abstrakter Natur und fokussiert auf ein virtuelles Vervielfältigungsstück. Redeker stützt dies vorrangig auf die BGH-Rechtsprechung zur Sachqualität von Software. Da online übermittelte Software in schuldrechtlichen Entscheidungen als Sache angesehen worden sei, habe auf urheberrechtlicher Ebene auch eine Einordnung als Werkstück zu erfolgen und es müsse ein von einem Datenträger unabhängiges Rechtsgut „Information“, welches zwischen einer Sache und einem Recht stehe, Anerkennung finden.¹⁶⁵⁶ Somit könne im Datenstrom ein urheberrechtliches Werkstück gesehen werden und es werde die Tür geöffnet für ein „Informationsexemplar“ als Kopie. Zudem schlägt Redeker vor, möglicherweise auf den Datenstrom zu verzichten¹⁶⁵⁷ und ein sogenanntes virtuelles Vervielfältigungsstück zu erkennen. Nicht die tatsächlich gespeicherte und genutzte Kopie stehe im Fokus, sondern das dahinterstehende virtuelle Exemplar, welches beispielsweise bei der Weitergabe von Software auch vom

stellen einer Druckerpresse vergleichend. Ähnlich auch Witte, ITRB 2005, 86, 89 einen Vergleich ziehend zum Holzkauf im Wald verbunden mit einer Abtransporterlaubnis.

1655 Malevanny, CR 2013, 422, 423 in diese Richtung, 424 f.

1656 Redeker, CR 2011, 634, 635 dies beschreibend.

1657 Redeker, CR 2011, 634, 638 f.

Erstnutzer an einen Zweitnutzer übertragen werde. Es habe eine Entkopplung vom „physikalischen Substrat“ zu erfolgen und der Erstnutzer erhalte etwas, was nach einer Weiterübertragung allein noch beim Zweitnutzer bestehe.¹⁶⁵⁸ Eine solche abstrakte Betrachtung hat den Vorteil, dass diese von jeglichen tatsächlichen Gegebenheiten gelöst werden kann, allerdings fällt es schwer, ein virtuelles Vervielfältigungsstück inhaltlich zu begreifen, denn es fehlt an Anknüpfungspunkten. Rechtlich bleibt der Inhalt eines virtuellen Vervielfältigungsstücks und somit der Gegenstand einer Verbreitung offen, vielmehr scheint es, dass nach der Entkopplung von allem Physischen allein das Nutzungsrecht als Gegenstand verbleibt. Im Ergebnis ist ein virtuelles Vervielfältigungsstück in der von Redeker vorgeschlagenen Ausgestaltung abzulehnen.

6. Konkreter Datensatz

Ein weiterer Vorschlag für eine Weiterentwicklung des Begriffs der Kopie liegt im „konkreten Datensatz“ als Bezugspunkt.¹⁶⁵⁹ Ohly beschreibt diesen im Zusammenhang mit der Erschöpfung des Verbreitungsrechts. Ein solcher Datensatz sei als eine gespeicherte „Version“ des Programms zu verstehen. Lösche nach einer Übertragung von Software vom Erst- an einen Zweitnutzer der Erstnutzer die Software bei sich, so bestehe der Datensatz allein beim Zweitnutzer fort.¹⁶⁶⁰ Allerdings ist ein solcher Datensatz nicht Gegenstand des Rechtsverkehrs¹⁶⁶¹ und wird nicht vom Erstnutzer an den Zweitnutzer weiterübertragen. So haben nach einer „Weitergabe“ der Software von einem Erst- an einen Zweitnutzer nach dem Kopiervorgang sowohl der Erst- als auch der Zweitnutzer eine Kopie der Software. Erst

1658 Redeker, CR 2014, 73, 75.

1659 Dreier/Leistner, GRUR 2013, 881, 887 von einem „Datensatz“ sprechend, aber allein die Rechtsprechung des EuGH beschreibend und keinen neuen Anknüpfungspunkt für die Kopie hervorbringend; Ohly, JZ 2013, 42, 44 auch auf die „UsedSoft v. Oracle“-Entscheidung des EuGH beziehend; Spindler, CR 2008, 69, 73 den Datensatz bei der online-Übermittlung als neuen Anknüpfungspunkt ansehend, allerdings hierbei einen Widerspruch zum allgemeinen Urheberrecht erkennend.

1660 Ohly, JZ 2013, 42 in diese Richtung mit Verweis auf EuGH, Urteil v. 03. Juli 2012 – C 128/11 („UsedSoft v. Oracle“), NJW 2012, 2565 ff., Rn. 70.

1661 Bei einem Download erfolgt keine bildliche Übertragung, sondern allein ein Abschreiben; auch ein Erstnutzer, der das Programm an einen Zweitnutzer weitergibt, gibt nicht die ursprünglich bei ihm entstandene Verkörperung, also seine Computerfestplatte, weiter.

durch die Löschung beim Erstnutzer erfolgt wieder eine Reduktion auf einen einzigen Datensatz. Im Ergebnis ist somit auch dieser vorgeblich technische Alternativvorschlag abzulehnen.

7. Zusammenfassung

Auch die in der Literatur hervorgebrachten Vorschläge¹⁶⁶² für eine Bestimmung des Begriffs der Kopie bei einem Download sind in gleicher Weise wie der des EuGH nicht mehr mit dem traditionellen Begriff der Kopie bzw. des Werkstücks vereinbar. Es fehlt jeweils ein vom Rechtsinhaber in den Rechts- und Wirtschaftsverkehr eingebrachtes körperliches Werkstück, welches zum Nutzer gelangt. Die zum Download bereitgestellte Kopie, ein Bit-Strom bzw. Datensatz und die bei dem Softwarenutzer erstellte Kopie eignen sich nicht als neuer Bezugspunkt des urheberrechtlichen Begriffs der Kopie. Auch eine Verkürzung der Verbreitungshandlung auf den Upload kann eine solche nicht erklären. Ein konkreter Datensatz wird nicht Gegenstand des Rechtsverkehrs. Ein virtuelles Vervielfältigungsstück erscheint *prima vista* sinnvoll, da es sich von tatsächlichen technischen Einzelheiten löst. Allerdings ist offen, was es konkret darstellen soll.

IV. Zusammenfassung

Dem traditionellen Begriff der Kopie, welcher einem urheberrechtlichen Werkstück entspricht, werden im Falle der Softwareüberlassung mittels eines Downloads Grenzen aufgezeigt. Der EuGH hat in der Richtlinie 2009/24/EG keinen Hinweis auf das Kriterium der Körperlichkeit gesehen und daher bei der Softwareüberlassung mittels eines Downloads die Verbreitung einer Kopie befürwortet. Allerdings ist unklar, was Gegenstand der vom EuGH bei einer Verbreitung erkannten Eigentumsübertragung

1662 Überdies wird auch erklärt, dass „unkörperliche Objekte innerhalb der für einen Menschen erschließbaren Realität weitgehend auf der gleichen Existenzebene wie körperliche Dinge“ stehen und folglich auch „unkörperliche Kopien“ als Gegenstand eines Kaufvertrages in Frage kommen. Daten würden zu Vervielfältigungsstücken und seien unabhängig von einem Datenträger, Malevanny, CR 2013, 422, 423. Fraglich ist allerdings, ob dies einer juristischen Prüfung standhält, denn „die gleiche Existenzebene“ und auch „unkörperliche Objekte“ stellen keine juristischen Termini dar. Die daraus gezogene Schlussfolgerungen hingegen sind juristischer Natur. In der Folge überzeugt auch diese Rechtsansicht nicht.

sein soll. Darüber hinaus steht dieser vom EuGH vorgeschlagene neue Begriff der Kopie möglicherweise im Widerspruch zum „WCT“. Die Literatur hat keine überzeugenden Alternativvorschläge für den Begriff der Kopie hervorgebracht.

C. Kopie bei der Softwarenutzung mittels Cloud Computing

Der Download von Software stellt für die Nutzung dieser nicht mehr den Status quo dar, sondern dieser liegt in Cloud Computing. Es ist allein die Rechtsprechung des EuGH, die erst bei dem technischen Schritt des Downloads angekommen ist. Der Sachverhalt der im Jahr 2012 ergangenen „UsedSoft v. Oracle“-Entscheidung geht schließlich auf einen Rechtsstreit zurück, der im Jahr 2005 in Deutschland anhängig wurde. Wird Software mittels Cloud Computing genutzt, so mangelt es an einer dauerhaften Installation der Software beim Nutzer.¹⁶⁶³ Allenfalls befindet sich eine separate Client-Software bei diesem. Allein für einzelne Nutzungen greift der Nutzer auf die Software, welche sich auf Servern des Softwareanbieters in der Cloud befindet, zu. In der Folge wird keine Kopie Gegenstand des Rechtsverkehrs. Eine Verbreitung einer solchen kann nicht erkannt werden, denn es fehlt stets an einer Verkörperung der Software beim Nutzer. Es findet eine sogenannte „Entkörperlichung“ statt¹⁶⁶⁴ und ein „Gleichlauf“ zur Überlassung von Software mittels eines Datenträgers besteht nicht. Allein eine Softwarenutzung erfolgt – dies ist allen drei Überlassungs- bzw. Nutzungsarten von Software (Übergabe eines Datenträgers, Download bzw. Nutzung mittels Cloud Computing) gemein.

In Bezug auf den Begriff der Kopie des EuGH in der „UsedSoft v. Oracle“-Entscheidung ist festzuhalten, dass bei einer Softwarenutzung mittels Cloud Computing eine Einhaltung des Rechtsrahmens des „WCT“ unter keinen Umständen befürwortet werden kann. Es fehlt in diesem Szenario unstreitig an einer Verbreitungshandlung. Somit erscheint das Urheberrecht an dieser Stelle „endgültig überfordert“¹⁶⁶⁵ und das Vorliegen einer Kopie ist zu verneinen.¹⁶⁶⁶

1663 Hilty, CR 2012, 625, 629 f.; Hilty, in: Bruun/Dinwoodie/Levin/Ohly, 272, 277.

1664 Zech, MMR 2013, 3, 4 f. auch hierzu.

1665 Ohly, in: Dreier/Hilty, 379, 393.

1666 Hilty, CR 2012, 625, 630 klarstellend.

D. Zusammenfassung

Der Begriff der Kopie erscheint als tauglicher Anknüpfungspunkt, soweit Software auf einem Datenträger überlassen wird. In diesem Fall liegt ein Werkstück in der Form vor, wie das Urheberrecht traditionell ein solches vorsieht. Ein körperlicher Gegenstand wird verbreitet und geht dadurch in den Rechtsverkehr über. Sobald Software mittels eines Downloads überlassen wird, werden dem traditionellen Verständnis des Werkbegriffs Grenzen aufgezeigt. Der EuGH begründete in der „UsedSoft v. Oracle“-Entscheidung mittels einer wertenden Betrachtung eine Kopie und auch eine Eigentumsübertragung an einer solchen. Dem stehen allerdings gewichtige Bedenken entgegen. Erfolgt die Softwarenutzung mittels Cloud Computing, fehlt es an jedem Anknüpfungspunkt für eine Kopie, denn eine solche verbleibt beim Softwareersteller bzw. -anbieter. Die Kopie aus Art. 4 Abs. 1, Abs. 2 Richtlinie 2009/24/EG stellt somit bei Software keinen möglichen Vertragsgegenstand mehr da, denn die Online-Nutzung mittels Cloud Computing – wie sie dem technischen Status quo entspricht – wird von dieser Norm nicht mehr erfasst.

§ 2. Lösungsansatz: Nutzungsrecht anstatt der Kopie als Vertragsgegenstand

Als Ergebnis des 1. Teils dieser Arbeit ist die Nutzung von Software als urheberrechtlich relevante Vervielfältigung zu qualifizieren. Folglich muss der Nutzer stets ein Nutzungsrecht in Form eines Vervielfältigungsrechts innehaben, unabhängig davon, ob diesem die Software mittels eines Datenträgers oder eines Downloads überlassen wurde oder ob dieser die Software mittels Cloud Computing nutzt. Dieses Nutzungsrecht wurde im 2. Teil dieser Arbeit als Gegenstand des Softwarevertrages in Form einer Lizenz identifiziert. Plakativ ausgedrückt stellt sich nun im 3. Teil die Frage, ob das Nutzungsrecht bzw. die Lizenz als die „neue“ Kopie gelten kann.¹⁶⁶⁷ Dies hätte allerdings weitreichende Folgen, denn der Begriff der Kopie ist in Art. 4 Abs. 1, 2 Richtlinie 2009/24/EG als Bezugspunkt des Verkaufs und somit als Gegenstand der urheberrechtlichen Verbreitung von Relevanz, auch kann sich das Verbreitungsrecht an der Kopie erschöpfen.

1667 LG Hamburg, Urteil v. 29. Juni 2006 – 315 O 343/06, CR 2006, 812, 813 und LG München, Urteil v. 28. Oktober 2007 – 30 O 8684/07, MMR 2008, 563, 565 in Bezug auf Volumenlizenzen dies so beschreibend. Berger, GRUR 2002, 198, 201 in diese Richtung; Huppertz, CR 2008, 417, 418; Ohly, JZ 2013, 42 beschreibend.

A. Von der Kopie zum Nutzungsrecht

Ein Schwenk des Fokus weg von der Kopie hin zum Nutzungsrecht erfolgt teils auch in der Literatur.¹⁶⁶⁸ Es wird angeführt, dass der Download lediglich eine „faktische“ Ermöglichung der Nutzung ist,¹⁶⁶⁹ selbst in physischen Kopien werden keine urheberrechtlichen Begriffe wie Vervielfältigungsstücke oder Kopien gesehen, sondern nur Mittel, um das Nutzungsrecht ausüben zu können.¹⁶⁷⁰ Geschäftsmodelle entwickelten sich weg von der Eigentumsverschaffung an einer Kopie und hin zum Verschaffen von Zugang zu dem Werk bzw. dem Schutzgegenstand.¹⁶⁷¹ Der EuGH wolle die „abstrakte Nutzungsmöglichkeit“ zum Gegenstand von Rechtsgeschäften machen.¹⁶⁷² Andere merken an, dass aufgrund der durch die Installation von Software auftretenden fehlenden Bindung der Software mit einem spezifischen Datenträger als Werkstück die „Position des zur Verwendung eines Vervielfältigungsstücks (bzw. zur Benutzung) Berechtigten“ als weiterer Übertragungsgegenstand angesehen werden kann. Allein dieses Recht werde übertragen.¹⁶⁷³ Wie der EuGH darlegte, folgt „die Lizenz (...) dem Schicksal der Kopie und die Kopie dem Schicksal der Lizenz“.¹⁶⁷⁴ Somit werde wie die Kopie auch die Lizenz verkehrsfähig.¹⁶⁷⁵ Die „UsedSoft v. Oracle“-Entscheidung des EuGH zeige, dass die Lizenzen (Nutzungsrechte) Vertragsgegenstand seien und nicht mehr die Kopie.¹⁶⁷⁶ Jedoch wird auch angemerkt, dass der BGH in der „UsedSoft I“-Entscheidung¹⁶⁷⁷ das Nutzungsrecht als Vertragsgegenstand nicht einmal erwähnte, und somit

1668 Hilty, GRUR 2018, 865, 869 den Fokus des EuGH auf das „Gebrauchsrecht“ beschreibend; Ohly, in: Dreier/Hilty, 379, 393 dies als neuen Ansatz darstellend; Spindler CR 2008, 69.

1669 Haberstumpf, CR 2012, 561, 566.

1670 Weisser/Färber, MMR 2014, 364, 365.

1671 Hilty, in: Bruun/Dinwoodie/Levin/Ohly, 272, 275 vom Zugang zum Schutzgegenstand sprechend („depend on access to the subject matter of the protection“); Hilty, GRUR 2018, 865, 866.

1672 Senfleben, NJW 2012, 2924, 2926 neutral beschreibend; Zech, ZUM 2014, 3, 9.

1673 Blocher, in: Walter, Art. 4 Richtlinie 2009/24/EG, Rn. 29; Blocher/Walter, in: Walter/v. Lewinski, Art. 4 Computer Program Directive, Rn. 5.4.44 f.

1674 EuGH, Urteil v. 03. Juli 2012 – C 128/11 („UsedSoft v. Oracle“), NJW 2012, 2565 ff., Rn. 84.

1675 Malevanny, CR 2013, 422, 423.

1676 Gaudrat, RTDCom. 2013, 790 ff., Rn. 8; Wiebe, in: Münchener Anwaltshandbuch IT-Recht, Teil 3, Rn. 94 in diese Richtung (in früherer Auflage: 3. Auflage, 2013).

1677 BGH, Urteil v. 03. Februar 2011 – I ZR 129/08 („UsedSoft I“), GRUR 2011, 418, Rn. 32.

ein solches wohl für „absurd“ gehalten hat.¹⁶⁷⁸ In der „UsedSoft II“-Entscheidung des BGH sprach dieser jedoch mehrmals von „Lizenzen“ als Vertragsgegenstand des Geschäftsmodells des Unternehmens UsedSoft.¹⁶⁷⁹

Aber auch systematisch sprechen Argumente für ein Verschieben des Blickwinkels von der Kopie hin zum Nutzungsrecht. Das urheberrechtliche Werkstück wies traditionell Eigenschaften auf, welche bei digitalen Gütern wie Software in dieser Art nicht vorliegen. Zum einen war es im Gegensatz zu Software nicht ohne jede Mühe möglich, ein Vervielfältigungsstück herzustellen. In der Folge war eine rivale Nutzung eines Werkstücks kaum möglich. Zum anderen gab es eine Abnutzung des Werkstücks durch den wiederholten Werkgenuss wie beispielsweise Kratzer auf einer CD oder aus einem Buch herausgerissene Seiten.¹⁶⁸⁰ Diese Eigenschaften des Werkstücks standen dem freien Werkgenuss gegenüber. Der Urheber konnte überblicken, in welchem Umfang ein freier Werkgenuss bei einem Werkstück möglich ist und daran seine Preiskalkulation orientieren, um eine angemessene Vergütung beim Erstverkauf sicherzustellen. Das körperliche Werkstück stellte dabei den Anknüpfungspunkt für die Absicherung der Vergütung dar. Rechtlich wurden diese Wertungen im „System der Verwertungsrechte“ umgesetzt, indem insbesondere das Verbreitungs- und das Vervielfältigungsrecht an den Begriff des Werkstücks anknüpfen. Im digitalen Zeitalter haben sich die Rahmenbedingungen jedoch geändert. Eine Kopie kann in Sekundenschnelle vervielfältigt werden und eine wiederholte und auch rivale Nutzung ist in fast unbegrenztem Maße ohne Qualitätsverlust möglich. Beispielsweise für eine rivale Nutzung in einem Netzwerk ist nur eine Kopie auf einem zentralen Server erforderlich. Zudem ist auch die Nutzung von Software urheberrechtlich relevant und der freie Werkgenuss ist nicht mittelbar über das „System der Verwertungsrechte“ zu erfassen. Überdies liegt ein körperliches Werkstück nicht immer vor. Folglich ist es fraglich, ob die Kopie noch als „Mittel zum Zweck“ heranzuziehen ist, oder, ob der Fokus unmittelbar auf das Nutzungsrecht gelegt werden kann. Aus wirtschaftlicher Perspektive ist allein das Nutzungsrecht von Bedeutung, denn an dessen Ausgestaltung orientiert sich regelmäßig die vom Nutzer

1678 Ohly, JZ 2013, 42; Spindler CR 2008, 69, 73 f. sich noch vor jeder „UsedSoft-Diskussion“ aufgrund von Sinn und Zweck des Erschöpfungsgrundsatzes gegen ein von ihm genanntes „unbundling“ von Werkstück und Nutzungsrecht aussprechend.

1679 BGH, Urteil v. 17. Juli 2013 – I ZR 129/08 („UsedSoft II“), NJW-RR 2014, 360 ff., Rn. 22, 26, 42, 57 etc.

1680 Kerber, ZGE 2016, 149, 161 auf die gleichbleibende Qualität im Falle einer Datenübertragung verweisend.

zu zahlende Vergütung des Rechtsinhabers. Im Falle eines Downloads oder der Softwarenutzung mittels Cloud Computing wird dem Nutzer kein körperlicher Gegenstand übertragen, an welchem dieser Eigentum erwerben kann. Es verbleibt allein das Nutzungsrecht an der Software, welches dem Nutzer eingeräumt werden kann, neben der tatsächlichen Zugriffsmöglichkeit auf die Software.

Dem steht auch die „Allposters“-Entscheidung des EuGH¹⁶⁸¹ nicht entgegen. Diese könnte prima vista als eine Rückbesinnung auf das körperliche

1681 EuGH, Urteil v. 22. Januar 2015 – C 419/13 („Allposters“), GRUR Int. 2015, 284 ff. In dieser Entscheidung befasste sich der EuGH insbesondere mit Rechtsfragen hinsichtlich des Erschöpfungsgrundsatzes (auch in Bezug auf die Richtlinie 2001/29/EG). Der Sachverhalt betrifft die Erstellung von Bildern auf Leinwänden durch das Unternehmen Allposters. Dieses verwendete Poster von urheberrechtlich geschützten Werken und transferiert mittels eines mechanisch-chemischen Verfahrens die Abbildung auf dem Poster physisch auf eine Leinwand, welche sie rahmt und veräußert. Nach dem Übertragungsvorgang ist die Abbildung auf dem Papierposter physisch nicht mehr existent, denn diese wurde „abgelöst“ und auf die Leinwand „übertragen“, auf welcher sie fortbesteht. Als Vorlagefrage war zu entscheiden, ob das Verbreitungsrecht des Urhebers an der Abbildung durch das Inverkehrbringen des Posters in der Weise erschöpft war, dass sich der Urheber auch in Bezug auf die Weiterverbreitung der Abbildung, wie diese nach Übertragung auf der Leinwand fortbesteht, nicht mehr auf sein Verbreitungsrecht berufen kann. Der EuGH entschied wie folgt: Das Verbreitungsrecht knüpft nicht an der Tinte, welche übertragen wird, an, sondern am körperlichen Träger der Tinte. Dieser ist in einem Fall das Papierposter, im anderen die Leinwand, also „insgesamt gesehen materiell (nicht) der Gegenstand“, der ursprünglich in Verkehr gebracht wurde (Rn. 45) (Im Englischen: The „object itself, taken as a whole“ has to be „physically“ the „object, that was placed onto the market“). In der Folge stellt die Abbildung auf der Leinwand eine Reproduktion, also ein weiteres Vervielfältigungsstück des Werkes, dar. In Bezug auf dieses neue Vervielfältigungsstück ist auch durch Inverkehrbringen des Papierposters keine Erschöpfung des Verbreitungsrechts eingetreten (Rn. 49). Schließlich handelt es sich um unterschiedliche Vervielfältigungsstücke. Argumentativ bezog sich der EuGH auf die Richtlinie 2001/29/EG, insbesondere die ErwG 9 und 10, nach welchen ein hohes Schutzniveau für den Urheber zu gewährleisten ist, um diesem eine angemessene Vergütung für die Werknutzung zu sichern (Rn. 47). Da die Abbildung auf Leinwand werthaltiger ist als eine Abbildung auf einem Papierposter, hat eine angemessene Vergütung des Urhebers für die Verwertung der Abbildung auf der Leinwand zu erfolgen (Rn. 48). Die „Allposters“-Entscheidung kann als eine wichtige Entscheidung des EuGH zum Verbreitungsrecht in der „analogen Welt“ angesehen werden (ähnliche Entscheidungen auch in Kanada („Théberge v. Galerie d'Art du Petit Champlain Inc“, 2002 SCC 34) und den USA („CM Paula Company v. Logan“, 355 F Supp. 189), in welchen entschieden wurde, dass keine Vervielfältigung vorliegt, wenn die Abbildung ohne Veränderung übertragen wird. Folglich wurde dort eher die Abbildung an sich in den Mittelpunkt gestellt.). Allerdings ist die Entscheidung des

Werkstück und als Abkehr von abstrakten Betrachtungen wie einer solchen des Nutzungsrechts verstanden werden, denn der EuGH legte den Fokus auf den Träger des urheberrechtlichen Werkes und nicht auf das Werk selbst. So ist gemäß dem EuGH das physische Trägermedium Anknüpfungspunkt sowohl des Vervielfältigungs- als auch des Verbreitungsrechts, auch wenn das Werk selbst von diesem Trägermedium faktisch abgelöst wurde. Jedoch handelt es sich um eine Entscheidung aus der „analogen Welt“ und digitale Aspekte standen nicht im Vordergrund. Darüber hinaus ist zu beachten, dass diese Entscheidung über das Verbreitungsrecht und insbesondere die Qualität des Werkstücks allein die Richtlinie 2001/29/EG betrifft, zu welcher die Richtlinie 2009/24/EG in einem als *Lex Specialis* Verhältnis steht. Somit hat dieses Urteil trotz des Fokus auf die Körperlichkeit keine entscheidende Relevanz für die vom EuGH in der „UsedSoft v. Oracle“-Entscheidung aufgestellten Grundsätze.¹⁶⁸²

B. Mögliche rechtliche Hindernisse für ein Nutzungsrecht als Vertragsgegenstand

Wird das Nutzungsrecht in den Mittelpunkt gestellt und anstatt der Kopie als Vertragsgegenstand einer Handlung ähnlich einer urheberrechtlichen Verbreitung angesehen, so stehen diesem möglicherweise rechtliche Hindernisse entgegen.

I. Bezug des Nutzungsrechts auf konkretes Vervielfältigungsstück

Es wird angemerkt, dass ein Nutzungsrecht sich stets auf ein konkretes Vervielfältigungsstück bezieht.¹⁶⁸³ Als Argumentationsstütze wird die „UsedSoft

EuGH kritikwürdig. Entgegengehalten werden kann diesem, dass die Veränderung der Abbildung ohne Zutun des Urhebers erfolgt und mit einer neuen Rahmung bzw. Einfassung in ein (hochwertiges) Passepartout vergleichbar ist. In einem solchen Fall erhält der Urheber auch keine erneute Vergütung. Zudem wird durch den EuGH der Fokus auf den Träger des Bildnisses gelegt. Allerdings stellt die Essenz des urheberrechtlichen Schutzes die geistige Schöpfung, also das Bildnis selbst dar. Dies bleibt bei der Übertragung unverändert. Der Käufer möchte schließlich keine Bearbeitung bzw. Annäherung an das berühmte Werk erhalten, sondern die originale Abbildung, welche abgelöst und übertragen wurde.

¹⁶⁸² Hansen, GRUR-Prax 2015, 62 klarstellend.

¹⁶⁸³ Spindler, CR 2008, 69, 73 f.

v. Oracle“-Entscheidung des EuGH angeführt, in welcher dieser ausführte, dass die heruntergeladene Kopie und der Abschluss eines Lizenzvertrages ein „unteilbares Ganzes“ darstellen.¹⁶⁸⁴ Allerdings soll keine Trennung von Kopie und Nutzungsrecht erfolgen. Vielmehr stellt sich die Frage, ob – wenn eine Kopie im traditionellen Sinne und auch gemäß der Definition des EuGH aus der „UsedSoft v. Oracle“-Entscheidung nicht mehr vorliegt – das vom EuGH beschriebene „unteilbare Ganze“ allein auf das Nutzungsrecht reduziert werden kann. Eine solche Reduktion zeigt sich insbesondere bei Sachverhalten, bei welchen Volumenlizenzen bzw. Client-Server-Modelle eine Rolle spielen. Bei einer Erweiterung der Anzahl von „Lizenzen“, also von Nutzungsrechten, erwirbt der Nutzer keine weiteren Kopien, da er schon über eine Masterkopie verfügt oder sich eine solche in der Cloud befindet. In diesem Fall beschränkt sich der Erwerb allein auf einzelne Nutzungsrechte. Darüber hinaus beziehen sich Verwertungsrechte im Allgemeinen nicht auf ein spezifisches Werkstück, sondern auf das Werk und gemäß § 11 UrhG steht stets die „Nutzung des Werkes“ im Mittelpunkt. Allein das Verbreitungsrecht kann sich hinsichtlich eines einzelnen Werkstücks erschöpfen, es besteht aber in Bezug auf das Werk an sich beim Urheber fort. Im Ergebnis erscheint der Bezug eines Nutzungsrechts auf ein konkretes Vervielfältigungsstück grundsätzlich nicht zwingend.

II. Gesetzeswortlaut

Manche führen gegen eine Fokussierung auf das Nutzungsrecht an, dass der Gesetzeswortlaut von einer Kopie und nicht von einem Recht spricht.¹⁶⁸⁵ Jedoch ist zu beachten, dass eine Kopie insbesondere bei der Softwarenutzung mittels Cloud Computing nicht mehr Gegenstand des Vertrages über die Nutzung von Software ist. Daher soll mit dem Fokus auf das Nutzungsrecht eine Rechtsfortbildung einhergehen. Eine solche geht regelmäßig über das de lege lata bestehende Recht und somit den Gesetzeswortlaut hinaus.

1684 Heydn, MMR 2012, 586, 592 den EuGH dahingehend kritisierend, dass dieser in Rn. 71 den isolierten „Zuerwerb von Lizenzen“ bei Volumenlizenzen erlaubt, obwohl in einem solchen Fall diese konkrete Verbindung fehlt. Hierzu auch 3. Teil § 3 C II. 4. c).

1685 Bröckers, MMR 2006. 18, 19.

III. Nutzungsrecht allein als Beschreibung des Umfangs der erlaubten Nutzung

Teils wird ein Nutzungsrecht nur als den Umfang der erlaubten Nutzung beschreibend angesehen.¹⁶⁸⁶ Dem kann entgegengestellt werden, dass ein Nutzungsrecht nicht allein die Ausgestaltung einer erlaubten Nutzung konkretisiert, sondern vorrangig die Erlaubnis selbst einräumt.¹⁶⁸⁷ Folglich verfährt dieses Argument nicht.

IV. Vertragliche Beschränkung der Übertragung eines Nutzungsrechts

Haberstumpf sieht es als möglich an, dass die Übertragbarkeit des Nutzungsrechts vertraglich ausgeschlossen wird. Daher scheitert letztlich auch die Substitutionstheorie des EuGH und ein Nutzungsrecht könne die Kopie nicht ersetzen.¹⁶⁸⁸ Jedoch ist zu beachten, dass, soweit die Voraussetzungen der Erschöpfung des Verbreitungsrechts bei einer physischen Kopie vorliegen, diese eintritt und eine dem zwingenden Gesetzesrecht entgegenstehende vertragliche Ausgestaltung unwirksam ist.¹⁶⁸⁹ Eine dementsprechende Regelung könnte auf das Nutzungsrecht als neue Kopie angewandt werden. Folglich wäre auch bei diesem eine vertragliche Ausgestaltung, welche die Übertragung des Nutzungsrechts einschränkt, unwirksam.

V. Verkehrsfähigkeit und gutgläubiger Erwerb von Rechten

Teils wird vorgebracht, dass einem Nutzungsrecht im Gegensatz zu einer körperlichen Kopie ein Anknüpfungspunkt für einen Rechtsschein fehlt und somit ein gutgläubiger Erwerb von Nutzungsrechten nicht möglich ist.¹⁶⁹⁰ Bei einem körperlichen Gegenstand begründen im deutschen Sa-

1686 Bröckers, MMR 2006, 18, 19.

1687 Schulze, in: Dreier/Schulze, § 15 UrhG, Rn. 5 ff. Hierzu auch I. Teil § 3 E.

1688 Haberstumpf, CR 2012, 561, 569 f.; Heckmann, juris Praxis Report IT-Recht, 5/2014 Anm. 3.; Moritz, juris Praxis Report IT-Recht, 5/2014, Anm. 3.

1689 Hoeren/Pinelli, 59 f. für vertragliche Beschränkungen mit dinglicher Wirkung auf § 137 Abs. 1 BGB verweisend, welcher eine solche Einschränkung der Erschöpfungswirkung ausschließt; auch seien solche Klauseln AGB-rechtlich unwirksam, 64 f.

1690 Dreier/Vogel, 122 in diese Richtung; Loewenheim/J. B. Nordemann/Ohly, in: Handbuch des Urheberrechts, § 26, Rn. 1, 9; Ohly, JZ 2013, 42; Pahlow, 205;

chenrecht der Besitz und die damit einhergehende Fähigkeit, dem Erwerber Besitz einzuräumen, einen solchen Rechtsscheintatbestand und erfüllen den sachenrechtlichen Publizitätsgrundsatz.¹⁶⁹¹ Von Hilty wird festgehalten, dass die Anerkennung eines solchen Rechtsscheintatbestands bei Rechten einen Verstoß gegen den Rechtsgrundsatz „*nemo plus iuris transferre potest, quam ipse habet*“¹⁶⁹² darstellen würde, da der Erwerber im Ergebnis Rechte eines größeren Umfangs erwerben könnte, als dem Abgebenden zustanden.¹⁶⁹³ Teils wird auch ein Vergleich zum Forderungserwerb gezogen, bei welchem sich im deutschen Recht der Zessionär nicht auf einen Gutgläubensschutz berufen kann.¹⁶⁹⁴ Es wird ausgeführt, dass der EuGH in der „*UsedSoft v. Oracle*“-Entscheidung im Ergebnis die Verkehrsfähigkeit von Rechten anerkannt und damit einen „Systembruch“ begangen hat, dessen Folgen er sich wohl nicht bewusst gewesen war.¹⁶⁹⁵ Teils wird auch auf § 33 UrhG verwiesen, welcher die Weiterwirkung von Nutzungsrechten gegenüber später eingeräumten Nutzungsrechten regelt, sowie eine solche Wirkung auch für den Fall normiert, dass der Inhaber des Rechts, welcher das Nutzungsrecht eingeräumt hat, wechselt oder auf sein Recht verzichtet. § 33 UrhG beschreibe einen Bestandsschutz, welcher einem gutgläubigen Erwerb von Rechten zuwiderlaufe.¹⁶⁹⁶

Vorgenanntem ist grundsätzlich zuzustimmen. Allerdings handelt es sich hierbei um eine vertrags- bzw. sachenrechtliche Rechtsfolge und nicht um eine urheberrechtliche Fragestellung. Folglich sind vertrags- bzw. sachenrechtliche Lösungen zu finden, auch ist es offen, ob ein Gutgläubensschutz erforderlich ist. Beispielsweise könnten zum einen Echtheitszertifikate Abhilfe schaffen, zum anderen könnte der gutgläubige Erwerber eines Nutzungsrechts schutzlos sein. Im Ergebnis stellt dies kein überzeugendes urheberrechtliches Hindernis für ein Nutzungsrecht als Vertragsgegenstand dar.

Schneider/Spindler, CR 2012, 489, 493; Spindler, CR 2008, 69, 73 f.; Wandtke/Gruner, in: Wandtke/Bullinger, Vor §§ 31 ff. UrhG, Rn. 45.

1691 Kindl, in: BeckOK BGB, § 932 BGB, Rn. 1.

1692 BGH, Urteil v. 21. November 1958 – I ZR 98/57, GRUR 1959, 200 ff. auf diesen Rechtsgrundsatz verweisend. Hierzu auch I. Teil § 3 E III. 1.

1693 Hilty, Urheberrecht, Rn. 566.

1694 Wandtke/Grunert, in: Wandtke/Bullinger, Vor §§ 31 ff. UrhG, Rn. 46.

1695 Schneider/Spindler, CR 2012, 489, 493.

1696 Pahlow, 204.

VI. § 34 UrhG: Zustimmungspflicht des Urhebers zur Rechtsübertragung

In § 34 UrhG wird ein rechtliches Hindernis für das Nutzungsrecht als Vertragsgegenstand gesehen.¹⁶⁹⁷ Dieser normiert in Abs.1 S.1, dass „ein Nutzungsrecht (...) nur mit Zustimmung des Urhebers übertragen werden“ kann. Gemäß Abs.1 S.2 darf der Urheber „die Zustimmung nicht wider Treu und Glauben verweigern“.¹⁶⁹⁸ Allerdings ist die Regelung des Abs.1 UrhG gemäß Abs.5 S.2 UrhG abdingbar. Prima vista erscheint es so, dass die Übertragung eines Nutzungsrechts für Software nur mit Zustimmung des Urhebers erfolgen kann.

1. Anwendbarkeit von § 34 Abs.1 UrhG auf Software

Die grundsätzliche Anwendbarkeit des § 34 UrhG bei Software folgt aus § 69a Abs.4 UrhG, welcher regelt, dass „auf Computerprogramme (...), die für Sprachwerke geltenden Bestimmungen Anwendung“ finden, soweit die §§ 69a ff. UrhG nichts anderes bestimmen. Dieser Verweis wird als eingeschränkte Rechtsgrundverweisung qualifiziert.¹⁶⁹⁹

Umstritten ist, ob § 34 UrhG bei Softwareverträgen tatbestandlich zur Anwendung kommt. Dies wird teils abgelehnt, denn der Norm wird ein alleinig¹⁷⁰⁰ oder vorwiegend¹⁷⁰¹ urheberpersönlichkeitsrechtlicher Charakter zugeschrieben. Die Norm manifestiert demnach die Bindung des Urhebers zu seinem Werk und ermöglicht dem Urheber die Steuerung der Übertragung von Nutzungsrechten. Allerdings fehlten dem Sprachwerk Software jegliche persönlichkeitsrechtlichen Aspekte bzw. seien nur sehr eingeschränkt vorhanden.¹⁷⁰² Daher wird teils vorgetragen, dass die An-

1697 Bröckers, MMR 2006, 18, 19; Schulze, in: Dreier/Schulze, § 34 UrhG, Rn.10 ausführend, dass § 34 UrhG allein bei der Rechtsübertragung und somit bei dem dinglichen Rechtsgeschäft zur Anwendung kommt, nicht jedoch bei dem zugrundeliegenden Kausalgeschäft.

1698 Der Begriff des „Rechtsinhabers“ in den §§ 69a ff. UrhG entspricht wegen § 69a Abs.4 UrhG dem Begriff des Urhebers in § 34 UrhG, denn diese Termini sind in den §§ 69a ff. UrhG in entsprechender Verwendung, Lutz, 130; Seitz, 239.

1699 Seitz, 239.

1700 Bröckers, MMR 2011, 18, 22; Grützmaker, CR 2007, 549, 554 dies als h.M. darstellend; Lutz, 130; Seitz, 247 ff.

1701 Seitz, 235.

1702 Grützmaker, in: Wandtke/Bullinger, § 69a UrhG, Rn. 70; Grützmaker, CR 2007, 549, 554 f.; Hantschel, 317, Seitz, 235.

wendbarkeit von § 34 UrhG auf Computerprogramme im Rahmen einer teleologischen Reduktion abzulehnen ist.¹⁷⁰³ Andere wiederum nehmen trotz der persönlichkeitsrechtlichen Wertungen der Norm eine direkte Anwendbarkeit von § 34 UrhG auch bei Software an¹⁷⁰⁴ und verlangen die Zustimmung des Urhebers bei der Übertragung von Lizenzen.¹⁷⁰⁵ Daneben wird § 34 Abs.1 UrhG teils auch ein verwertungsrechtlicher und somit wirtschaftlicher Charakter zugeschrieben: Dem Urheber soll die Möglichkeit gegeben werden, die Verwertung seines Werkes zu steuern.¹⁷⁰⁶ Solche wirtschaftlichen Interessen bestehen bei Softwareverträgen grundsätzlich.

2. Zustimmungspflicht des Urhebers zu Rechtsübertragungen gemäß § 34 Abs. 1 S. 2 UrhG

In der Rechtsliteratur wird auch die Zustimmungspflicht des Urhebers gemäß § 34 Abs.1 S.2 UrhG diskutiert. Demnach darf der Urheber die Zustimmung zur Übertragung von Nutzungsrechten nicht wider Treu und Glauben verweigern. Es habe eine umfassende Interessensabwägung zu erfolgen.¹⁷⁰⁷ Teils wird argumentiert, dass aufgrund der bei Software fehlenden urheberpersönlichkeitsrechtlichen Bindung des Urhebers zu seinem Werk stets Zustimmungspflicht besteht,¹⁷⁰⁸ oder es muss bei Werken von geringer Schöpfungshöhe wie Massengütern (zum Beispiel auch bei Standardsoftware) zumindest jedwede Abwägung stets zugunsten der Übertragbarkeit ausfallen.¹⁷⁰⁹ Andere hingegen bringen vor, auch bei Software sind Gründe, welche im Erstnutzer, aber auch in der Branchenüblichkeit bestehen, bei einer Abwägung zu berücksichtigen.¹⁷¹⁰ Entsprechend dem BGH stellen Geschäftsmodelle oder Preisdifferenzierungen keinen besonderen

1703 Ohly, in: Dreier/Hilty, 379, 393 im Sinne einer Einschränkung bei „massenhaft geschlossene(n) Endnutzerverträgen“; Seitz, 247 ff.

1704 Scholz, GRUR 2015, 142.

1705 Hoeren/Pinelli, 108; Loewenheim/J. B. Nordemann/Ohly, in: Handbuch des Urheberrechts, § 28, Rn. 1; Wandtke/Grunert, in: Wandtke/Bullinger, § 34 UrhG, Rn. 7, jedoch auf die Erschöpfung des Verbreitungsrechts verweisend. Das Nutzungsrecht ergebe sich schließlich aus § 69d UrhG.

1706 Haberstumpf, CR 2009, 345, 348; Loewenheim/J. B. Nordemann/Ohly, in: Handbuch des Urheberrechts, § 28, Rn. 6; Nordemann, CR 1996, 5, 8.

1707 Loewenheim/J. B. Nordemann/Ohly, in: Handbuch des Urheberrechts, § 28, Rn. 10.

1708 Grützmaker, CR 2007, 549, 554 f.

1709 Hantschel, 316.

1710 Grützmaker, CR 2007, 549, 554 f.

Grund für eine Zustimmungspflicht dar.¹⁷¹¹ Teils erfolgt auch ein Vorschlag zur Gesetzesänderung. So sollen bei Massengeschäften¹⁷¹² oder bei „kaufweiser“ Überlassung¹⁷¹³ etwaige eingeräumte einfache Nutzungsrechte stets übertragbar sein. Abstrakt wird angemerkt, ein Lizenzgeber soll den Wechsel eines Lizenznehmers nur bei Vorliegen eines berechtigten Interesses verhindern können. Ein solches fehle, wenn die Pflichten des Lizenznehmers durch einen Dritten in nicht „relevant abweichender Qualität“ erfüllt werden könnten.¹⁷¹⁴ Dies wäre bei der Überlassung von Standardsoftware wohl der Fall, insbesondere wenn die Lizenzgebühr schon entrichtet wurde.

3. Art. 4 Abs. 2, 5 Abs. 1 Richtlinie 2009/24/EG als *Leges Speciales* zu § 34 UrhG

Insbesondere nach der „UsedSoft v. Oracle“-Entscheidung des EuGH wurde das Verhältnis von § 34 Abs. 1 UrhG zu Art. 4 Abs. 2 Richtlinie 2009/24/EG (§ 69c Nr. 3 S. 2 UrhG) und Art. 5 Abs. 1 Richtlinie 2009/24/EG (§ 69d UrhG) diskutiert. Dabei wurden Art. 4 Abs. 2,¹⁷¹⁵ 5 Abs. 1 Richtlinie 2009/24/EG¹⁷¹⁶ bzw. die deutschen Umsetzungsnormen als *Leges Speciales* zu § 34 UrhG angesehen,¹⁷¹⁷ denn Art. 4 Abs. 2 Richtlinie 2009/24/EG wäre wirkungslos, wenn eine Weiterverbreitung der Software aufgrund des Erschöpfungsgrundsatzes möglich ist, jedoch § 34 UrhG einer Nutzung der Software entgegensteht.¹⁷¹⁸ Haberstumpf sieht durch die „UsedSoft v. Oracle“-Entscheidung des EuGH § 34 UrhG nicht berührt,

1711 Grützmaker CR 2007, 549, 555 mit Verweis auf BGH, Urteil v. 06. Juli 2000 – I ZR 244/97 („OEM“), NJW 2000, 3571 ff., Rn. 31 klarstellend: „Ihr Interesse, gegenüber zwei verschiedenen Käufergruppen unterschiedliche Preise für dieselbe Ware zu fordern und dies mit Hilfe des Urheberrechts durchzusetzen, erscheint nicht ohne weiteres schützenswert“; Hilty, in: Calboli/Lee, 64, 71 f. in diese Richtung.

1712 Zech, ZUM 2014, 3, 10.

1713 Koch, ITRB 2013, 38, 41.

1714 Hilty, Lizenzvertragsrecht, 756.

1715 Bröckers, MMR 2011, 18; Grützmaker, in: Wandtke/Bullinger, § 69a UrhG, Rn. 77 § 69c UrhG im Ergebnis Vorrang einräumend; Hoeren, CR 2006, 573, 575; Hoeren, GRUR 2010, 665, 668 mit weiteren Verweisen; Koch, 859.

1716 Grützmaker, in: Wandtke/Bullinger, § 69a UrhG, Rn. 77 § 69d UrhG im Ergebnis Vorrang einräumend; Lutz, 131; Seitz, 240 f. in diese Richtung.

1717 Lutz, 132 f. ausführend, dass, wenn es an deren Anwendbarkeit fehlt, § 34 Abs. 1 UrhG fortgelten soll.

1718 Hoeren, GRUR 2010, 665, 668; Koch, 859; Lutz, 131 f.

denn eine Auslegung dieser Norm liegt nicht in der Kompetenz des EuGH. Somit komme § 34 UrhG zur Anwendung.¹⁷¹⁹

4. Bewertung

§ 34 UrhG soll vorrangig persönlichkeitsrechtlichen, aber auch wirtschaftlichen Interessen des Urhebers zur Geltung verhelfen. Urheberpersönlichkeitsrechtliche Aspekte sind in Bezug auf Software als Werkkategorie von sehr untergeordneter Bedeutung. Software ist zwar als Sprachwerk geschützt, allerdings spiegelt sich in dem in Programmiersprache verfassten Text keine Persönlichkeit des Urhebers wider. In der Folge können allein wirtschaftliche Aspekte von Relevanz sein. Dabei ist die Sonderstellung von Software im Urheberrecht zu beachten. So ist der Werkgenuss nicht frei und für die Nutzung ist ein Nutzungsrecht in Form eines Vervielfältigungsrechts erforderlich. § 34 UrhG regelt hinsichtlich Software nicht nur Verwertungshandlungen, welche den Werkgenuss mittelbar erfassen, sondern die Werknutzung selbst. Kommt § 34 UrhG zur vollen Anwendung, so wäre es dem Urheber möglich, die Softwarenutzung weitreichend zu kontrollieren, mehr als er bspw. das Lesen eines von ihm verfassten Buches kontrollieren kann. Überdies ist zu beachten, dass mit Art. 5 Abs. 1 Richtlinie 2009/24/EG eine Norm geschaffen wurde, welche dem rechtmäßigen Erwerber insbesondere bestimmte Vervielfältigungen gestattet. Diese Norm wäre zweckfrei, wenn der Urheberrechtsinhaber einer Softwarenutzung gemäß § 34 UrhG regelmäßig widersprechen könnte. Zudem werden durch die Wertungen, welche hinter dem Erschöpfungsgrundsatz stehen, die wirtschaftlichen Interessen des Urhebers gewahrt. Außerdem ist § 69a Abs. 4 UrhG zu beachten, welcher § 69d UrhG als Umsetzungsnorm von Art. 5 Abs. 1 Richtlinie 2009/24/EG Vorrang vor dem allgemeinen Urheberrecht, also auch vor § 34 UrhG, zuschreibt. Auch ist § 34 Abs. 1 UrhG gemäß § 34 Abs. 5 S. 2 UrhG abdingbar. Die Norm stellt somit keinen fundamentalen Rechtsgrundsatz dar. In der Folge steht § 34 UrhG einem Nutzungsrecht als Vertragsgegenstand nicht im Weg.

1719 Haberstumpf, CR 2012, 561, 566 f. auch mit Verweis auf BGH, Urteil v. 06. Juli 2000 – I ZR 244/97 („OEM“), NJW 2000, 3571, 3572.

5. Zusammenfassung

§ 34 UrhG steht einem Nutzungsrecht als Vertragsgegenstand nicht entgegen.

VII. Zusammenfassung

Wird das Nutzungsrecht anstatt der Kopie als Vertragsgegenstand angesehen, so sind keine Rechtsgrundsätze erkennbar, welche mit einem solchen Ansatz im Konflikt stehen.

C. Änderungsvorschlag: Art. 4 Abs. 1 Richtlinie 2009/24/EG

Als praktische Umsetzung der Ersetzung des Terminus Kopie durch ein Nutzungsrecht kommt de lege ferenda eine Änderung des Wortlauts von Art. 4 Richtlinie 2009/24/EG in Betracht. Die Worte Kopie bzw. Programmkopie sind durch Nutzungsrecht zu ersetzen. Art. 4 Abs. 1 Richtlinie 2009/24/EG könnte somit zum einen für die Sachverhalte, welche keine Kopie mehr enthalten, eine Ergänzung erhalten. Art. 4 Abs. 1 lit. c) Richtlinie 2009/24/EG würde in diesem Fall wie folgt lauten:

„jede Form der öffentlichen Verbreitung des originalen Computerprogramms oder einer Kopie davon, einschließlich der Vermietung, *und jede Form der Einräumung eines Nutzungsrechts für das Computerprogramm, einschließlich einer mietähnlichen Einräumung oder einer Übertragung eines solchen Nutzungsrechts.*“

Alternativ könnte auch der Fokus allein auf das Nutzungsrecht gelegt werden. In diesem Fall würde eine Änderung des Wortlauts in folgender Weise erfolgen:

„jede Form der *Einräumung eines Nutzungsrechts für das Computerprogramm, einschließlich einer mietähnlichen Einräumung oder einer Übertragung eines solchen Nutzungsrechts.*“

Änderungsvorschläge bezüglich Art. 4 Abs. 2 Richtlinie 2009/24/EG werden in den §§ 4 ff. des 3. Teils der Arbeit besprochen.

D. Zusammenfassung

Das Nutzungsrecht für die Software in Form eines Vervielfältigungsrechts erscheint als tauglicher Gegenstand des Softwareüberlassungsvertrages. Grundsätzliche urheberrechtliche Bedenken bestehen nicht.

§ 3. Erstverkauf gemäß Art. 4 Abs. 2 Richtlinie 2009/24/EG als Voraussetzung der Erschöpfung des Verbreitungsrechts

Der Fokus von § 3 liegt in der Erschöpfung des Verbreitungsrechts, welche gemäß Art. 4 Abs. 2 Richtlinie 2009/24/EG einen „Erstverkauf“ als Erstverbreitung durch den Urheberrechtsinhaber voraussetzt.

A. Erschöpfung des Verbreitungsrechts

Der Erschöpfungsgrundsatz ist eine international und allgemein anerkannte Regel des Immaterialgüterrechts,¹⁷²⁰ welche ihren Ursprung im Patent- und im Markenrecht hat.¹⁷²¹ Im EU-Recht kann dieser als eine Ausprägung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes, welcher in Art. 36 S. 2 AEUV verankert ist, angesehen werden.¹⁷²² Im Bereich des Urheberrechts wurde die Erschöpfung des Verbreitungsrechts in der deutschen Rechtsprechung erstmals im Jahr 1906 vom Reichsgericht¹⁷²³ anerkannt.¹⁷²⁴ Normiert ist dieser Grundsatz in § 17 Abs. 2 UrhG, mit der europarechtlichen Grundlage in Art. 9 Abs. 2 Richtlinie 92/100/EWG sowie in Art. 4 Abs. 3 Richtlinie 2001/29/EG.¹⁷²⁵ Für Computerprogramme ist der Erschöpfungsgrundsatz in Art. 4 Abs. 2 Richtlinie 2009/24/EG bzw. im deutschen Recht in der Umsetzungsnorm § 69c Nr. 3 S. 2 UrhG gesondert geregelt. Der Erschöpfungsgrundsatz besagt, dass, sobald eine Ware, in welcher ein Immaterialgüterrecht, hier das Urheberrecht, verwirklicht ist (Werkstück), mit

1720 Ohly, JZ 2013, 42; Schack, Rn. 448; Seitz, 140 f.

1721 Huet, Recueil Dalloz 1992, 221 ff., 8.

1722 Enchelmaier, GPR 2013, 224, 227.

1723 RG v. 16. Juni 1906 – Rep. I, 5/06 („Koenigs Kursbuch“), RGZ 63, 394, 399.

1724 Schack, Rn. 448, 452; Seitz, 141.

1725 Aufgrund der Territorialität des Urheberrechts hat die Erschöpfung nur Wirkung im jeweiligen Geltungsbereich des Rechts. Für § 17 Abs. 2 UrhG gilt die „gemeinschaftsweite Erschöpfung“ im Gebiet der Europäischen Union bzw. des Europäischen Wirtschaftsraums.

Zustimmung des Berechtigten durch Veräußerung im Gebiet der Europäischen Union bzw. des Europäischen Wirtschaftsraums in Verkehr gebracht wurde, der Berechtigte einer weiteren Verbreitung des Werkstücks nicht widersprechen kann.¹⁷²⁶ Eine solche ist nicht mehr vom Schutzrecht umfasst,¹⁷²⁷ dem Urheber steht allein ein Recht auf Erstverbreitung zu.¹⁷²⁸

Der Erschöpfungsgrundsatz findet nur in Bezug auf das Verbreitungsrecht Anwendung und stellt keine allgemein auf Verwertungsrechte anwendbare Regel dar.¹⁷²⁹ Gegenstand der Erschöpfung ist im Gleichlauf zum Verbreitungsrecht ein einzelnes Vervielfältigungsstück,¹⁷³⁰ denn nur an diesem hat der Urheber durch die Erstverbreitung seine Herrschaft aufgegeben¹⁷³¹ und allein dessen Verkehrsfähigkeit soll sichergestellt werden. Da ein einzelnes Werkexemplar grundsätzlich nur einmal genutzt werden kann, ist dem Urheber kein weitergehender Schutz an diesem Werkstück mehr zu gewähren¹⁷³² und die Erschöpfung tritt abstrakt von der in dem Werkstück verkörpert Information ein.¹⁷³³ Auf den Erschöpfungsgrundsatz kann sich berufen, wer eine weitere Verbreitung vornimmt bzw. vornehmen möchte.¹⁷³⁴ Rechtlich ist der Erschöpfungsgrundsatz als Schrankenre-

1726 EuGH, Urteil v. 31. Oktober 1974 – 15/74 („Centrafarm“), NJW 1975, 516 ff.; BGH, Urteil v. 14. Dezember 1999 – X ZR 61/98 („Karate“), NJW-RR 2000, 569 f., Rn. 9, 15. Blocher, in: Walter, Richtlinie 2009/24/EG, Art. 4, Rn. 27; Dogan, 59; Heerma, in: Wandtke/Bullinger, § 17 UrhG, Rn. 28 ff.; Janssens, in: Stamatuodi/Torremans, Rn. 5.76; Lettl, § 4, Rn. 47 ff.; Loewenheim, in: Schricker/Loewenheim, § 69c UrhG, Rn. 32; Ohly, JZ 2013, 42; Redeker, Rn. 55; Schack, Rn. 448 ff., insbesondere 450; Schulze, in: Dreier/Schulze, § 15 UrhG, Rn. 18, § 17 UrhG, Rn. 4, 24.

1727 Schulze, in: Dreier/Schulze, § 15 UrhG, Rn. 18.

1728 Lettl § 4, Rn. 47; Schulze, in: Dreier/Schulze, § 15 UrhG, Rn. 18; Schulze, in: Dreier/Schulze, § 17 UrhG, Rn. 24.

1729 BGH, Urteil v. 04. Mai 2000 – I ZR 256/97 („Parfumflakon“), NJW 2000, 3783 ff. Loewenheim, in: Handbuch des Urheberrechts, § 20, Rn. 40. Das Vervielfältigungsrecht kann sich demnach nicht erschöpfen, Jani, ELR 2012, 21, 27 mit Verweis auf EuGH, Urteil v. 09. November 2004, C 203/02 („British Horseracing“), GRUR 2005, 244 ff., Rn. 61.

1730 Bericht der Kommission an den Rat, das Europäische Parlament und den Wirtschafts- und Sozialausschuss über die Umsetzung und die Auswirkungen der Richtlinie 91/250/EWG über den Rechtsschutz von Computerprogrammen, KOM (2000) 199 endg., 10. April 2000. Heerma, in: Wandtke/Bullinger, § 17 UrhG, Rn. 30; Hoeren, GRUR 2010, 665; Schulze, in: Dreier/Schulze, § 17 UrhG, Rn. 25; Schricker, in: Ganeva/Heath/Schricker, 447, 453.

1731 Schulze, in: Dreier/Schulze, § 17 UrhG, Rn. 25.

1732 Ohly, JZ 2013, 42.

1733 Redeker, CR 2011, 634.

1734 Heerma, in: Wandtke/Bullinger, § 17 UrhG, Rn. 37.

gelung des Verbreitungsrechts zu qualifizieren.¹⁷³⁵ Die im deutschen Recht teils angenommene dingliche Wirkung von Nutzungsbeschränkungen tritt grundsätzlich hinter der Erschöpfung und der Verkehrsfähigkeit zurück,¹⁷³⁶ allenfalls, „wenn es sich um übliche, technisch und wirtschaftlich eigenständige und damit klar abgrenzbare Nutzungsformen handelt“, welche von der Nutzungsrechtseinräumung nicht umfasst werden, kann dies zu einem Vorrang der Nutzungsbeschränkung führen.¹⁷³⁷

Auch im Softwareurheberrecht kommt hinsichtlich des Tatbestandsmerkmals der Veräußerung der allgemeine Verbreitungsbegriff des § 17 Abs. 1 UrhG,¹⁷³⁸ welcher das Anbieten und das Inverkehrbringen umfasst,¹⁷³⁹ zur Anwendung. Ein Inverkehrbringen verlangt ein Zuführen des Werkstücks „aus der Sphäre des Schöpfers in den allgemeinen Handelsverkehr“.¹⁷⁴⁰ Der konkrete Inhalt ist streitig. So wird vorgeschlagen, den Verbreitungsbegriff eher weit auszulegen.¹⁷⁴¹ Wesensbeschreibend sei eine „endgültige Aufgabe der Verfügungsmöglichkeit“¹⁷⁴² oder der Herrschaft über das Werkstück¹⁷⁴³ bzw. der Wille, die „Kontrolle über den Verbleib des Werkstücks“ aufzugeben.¹⁷⁴⁴ Teils erfolgt jedoch eine formale Abstellung auf einen Kaufvertrag oder auf eine rechtsgeschäftliche Eigentumsübertragung am Werkstück.¹⁷⁴⁵ Wirtschaftlich müsse ein endgültiger Austausch

1735 Schack, Rn. 448.

1736 BGH, Urteil v. 06. Juli 2000 – I ZR 244/97 („OEM“), NJW 2000, 3571 ff., Rn. 27. Heerma, in: Wandtke/Bullinger, § 17 UrhG, Rn. 40.

1737 BGH, Urteil v. 06. Juli 2000 – I ZR 244/97 („OEM“), NJW 2000, 3571 ff., Rn. 27.

1738 Dreier, in: Dreier/Schulze, § 69c UrhG, Rn. 20 mit Verweis auf BRegE, Entwurf eines Zweiten Gesetzes zur Änderung des Urheberrechtsgesetzes, BT-Drs. 12/4022 v. 18. Dezember 1992, S. 11.

1739 Zum Begriff des Inverkehrbringens I. Teil § 3 C III.

1740 Lettl, § 4, Rn. 46; Loewenheim, in: Handbuch des Urheberrechts, § 20, Rn. 29; Schulze, in: Dreier/Schulze, § 17 UrhG, Rn. 15.

1741 Dreier, in: Dreier/Schulze, § 69c UrhG, Rn. 20; Lettl, § 4, Rn. 46 ausführend, nach richtlinienkonformer Auslegung (Art. 4 Richtlinie 2001/29/EG) ist ein Eigentumsübergang erforderlich. Diese „Eigentumsübertragung“ basiere auf Art. 6 Abs. 1 WCT/Art. 8, 12 WPPT; Schack, Rn. 446 aber schon einschränkend aufgrund der geforderten Eigentumsübertragung; Schulze, in: Dreier/Schulze, § 17 UrhG, Rn. 4a. Nach der deutschen Rechtsprechung ist eine Besitzüberlassung von körperlichen Werkexemplaren grundsätzlich ausreichend, BGH, Urteil v. 05. Oktober 2006 – I ZR 247/03 („Le Corbusier Möbel“), GRUR 2007, 50, 51, Rn. 14.

1742 Heerma, in: Wandtke/Bullinger, § 17 UrhG, Rn. 29; Pahlow, 239.

1743 Wiebe, in: Münchener Anwaltshandbuch IT-Recht, Teil 2.1, Rn. 41.

1744 Marly, Rn. 186; Schulze, in: Dreier/Schulze, § 17 UrhG, Rn. 15 in diese Richtung.

1745 Eine solche Eigentumsübertragung jedoch fordernd: BGH, Urteil v. 23. Februar 1995 – I ZR 68/93 („Mauerbilder“), NJW 1995, 1556 ff., Rn. 11, 26; BGH, Urteil

der Leistung stattfinden. Dabei sei auch die Lebensdauer des Werkstücks – hier des Computerprogramms – von Relevanz und es könne auch bei zeitlich befristeten Verträgen eine Endgültigkeit erkannt werden.¹⁷⁴⁶ Andere hingegen erkennen bei einer Überlassung der Software auf Zeit keinen Erstverkauf im Sinne der Richtlinie 2009/24/EG, wenn nach Beendigung des Lizenzvertrages eine Rückgabe oder eine Vernichtung intendiert ist.¹⁷⁴⁷

Die hinter dem Erschöpfungsgrundsatz stehenden Wertungen stellen eine Balance zwischen sich widerstreitenden Interessen dar. Es bestehen mehrere Theorien zur Begründung der urheberrechtlichen Erschöpfung.¹⁷⁴⁸ Auf der einen Seite steht das Verwertungsinteresse des Urhebers an dem einzelnen Werkstück. Dieser möchte von der Verwertung seines Werkes profitieren und den wirtschaftlichen Wert von diesem erhalten (Belohnungstheorie¹⁷⁴⁹).¹⁷⁵⁰ Anknüpfungspunkt der Verwertungsrechte ist jeweils das Werk.¹⁷⁵¹ So wird in der Erschöpfung und der damit einhergehenden Einschränkung des Verbreitungsrechts ein tiefgreifender Einschnitt in Art. 14 GG gesehen.¹⁷⁵² Das Interesse des Urhebers wird jedoch mit dem Entgelt bei der ersten Veräußerung befriedigt,¹⁷⁵³ eine weitere Verbreitung ist in der Folge eine freie Werknutzung.¹⁷⁵⁴ Im Sinne der Eigentumstheorie überlagert das Eigentumsrecht am Werkstück das Verbreitungsrecht und gestattet eine Weiterveräußerung.¹⁷⁵⁵ Allerdings kann das Eigentum an der Kopie auch begrenzt werden. Das Urheberrecht ist folglich ein Recht Dritter, welches gemäß § 903 BGB dem Eigentumsrecht Grenzen setzt.¹⁷⁵⁶ Da-

v. 03. März 2005 – I ZR 133/02 („Atlanta“), NJW 2005, 1581 ff., Rn. 21; EuGH, Urteil v. 17. April 2008 – C 456/06 („Le Corbusier“), GRUR 2008, 604 ff., Rn. 33 klarstellend. Heydn, CR 2010, 765, 771.

1746 Marly, Rn. 186.

1747 Dreier, in: Dreier/Schulze, § 69c UrhG, Rn. 22.

1748 Seitz, 142 ff. sehr ausführlich.

1749 Kulpe, 31; Marly, Rn. 181; Senftleben, NJW 2012, 2924.

1750 Blocher, in: Walter, Richtlinie 2009/24/EG, Art. 4, Rn. 27; Hoeren, GRUR 2010, 665; Huppertz, CR 2006, 145, 146; Kulpe, 31; Loewenheim, in: Handbuch des Urheberrechts, § 1, Rn. 6, § 19, Rn. 1; Marly, Rn. 181; Schack, Rn. 450; Schuppert/Greissinger, CR 2005, 81, 86.

1751 Loewenheim, in: Handbuch des Urheberrechts, § 19, Rn. 5.

1752 Schricker, in: Ganea/Heath/Schricker, 447, 449.

1753 BGH, Urteil v. 23. Februar 1995 – I ZR 68/93 („Mauerbilder“), NJW 1995, 1556, 1557. Heerma, in: Wandtke/Bullinger, § 17 UrhG, Rn. 23; Joos, 55; Kulpe, 31; Loewenheim, in: Handbuch des Urheberrechts, § 20, Rn. 48 in diese Richtung.

1754 Blocher, in: Walter, Richtlinie 2009/24/EG, Art. 4, Rn. 27; Joos, 53 in diese Richtung; Kulpe, 31.

1755 Kulpe, 31 f. in diese Richtung.

1756 Joos, 51 f.

rüber hinaus besteht ein Interesse der Allgemeinheit, im Rechtsverkehr klare und übersichtliche Verhältnisse zu schaffen. Werkstücke sollen verkehrsfähig¹⁷⁵⁷ und somit im Sinne des freien Warenverkehrs handelbar werden, ohne einer Zustimmungsbedürftigkeit des Urhebers zu unterliegen¹⁷⁵⁸ (Verkehrstheorie¹⁷⁵⁹ bzw. Verkehrssicherungstheorie¹⁷⁶⁰). Bei weiteren Verbreitungen überwiegt das Interesse des Rechts- und Handelsverkehrs.¹⁷⁶¹ Teils werden auch Kombinationen der Theorien wie die Verkehrssicherungs-Belohnungstheorie genannt, welche unterschiedliche Interessen einem Ausgleich zuführen.¹⁷⁶²

B. Erstverkauf bei der Softwarenutzung nach Überlassung der Software mittels eines Datenträgers

Wird Software verkörpert auf einem Datenträger wie beispielsweise einer CD-ROM oder DVD dauerhaft überlassen, so unterscheidet sich Software nicht wesentlich von einem gedruckten Buch oder anderen Gegenständen, die unstreitig urheberrechtliche Werkstücke darstellen. Es wird durch eine Verbreitung eine spezifische körperliche Kopie Gegenstand des Rechtsverkehrs. Der Datenträger mit der auf diesem gespeicherten Software kann dabei Gegenstand eines Kaufvertrages sein und übereignet werden. In dieser Konstellation ist ein Erstverkauf im Sinne des Art. 4 Abs. 2 Richtlinie 2009/24/EG zu befürworten.

1757 BGH, Urteil v. 23. Februar 1995 – I ZR 68/93 („Mauerbilder“), NJW 1995, 1556, 1557. Kulpe, 33; Loewenheim, in: Handbuch des Urheberrechts, § 20, Rn. 39; Marly, Rn. 181.

1758 Blocher, in: Walter, Richtlinie 2009/24/EG, Art. 4, Rn. 27; Hoeren, GRUR 2010, 665; Huppertz, CR 2006, 145, 146; Kulpe, 33; Lettl, § 4, Rn. 47 in diese Richtung; Loewenheim, in: Handbuch des Urheberrechts, § 20, Rn. 39; Marly, Rn. 181; Schack, Rn. 448, 450; Schuppert/Greissinger, CR 2005, 81, 86.

1759 Senfleben, NJW 2012, 9424.

1760 Kulpe, 33; Marly, Rn. 181.

1761 Peukert, § 21, Rn. 9; Seitz, 141.

1762 Kulpe, 34; 31 ff. vertiefend zu den Theorien.

C. Erstverkauf bei der Softwarenutzung nach Überlassung der Software mittels eines Downloads

I. Scheitern der Subsumtion unter traditionellen Begriff des Erstverkaufs

Wie oben¹⁷⁶³ dargestellt fehlt es im Falle der Softwareüberlassung mittels eines Downloads an der Verbreitung einer im traditionellen Sinn verstandenen körperlichen Kopie. Eine physische Übergabe eines Werkstücks findet nicht statt. Aufgrund des Fehlens einer körperlichen Kopie würde in der Folge bei einem Download von Software weder eine Verbreitung eines körperlichen Werkstücks noch ein Erstverkauf erfolgen. Würde somit an diesem Verständnis der körperlichen Kopie festgehalten werden, so wäre die Softwareüberlassung mittels eines Downloads von Art. 4 Abs. 1 lit. c) und Abs. 2 Richtlinie 2009/24/EG nicht mehr erfasst und es könnte auch kein Erstverkauf und folglich keine Erschöpfung des Verbreitungsrechts eintreten.

II. Weiterentwicklung des Begriffs des Erstverkaufs in der „UsedSoft v. Oracle“-Entscheidung des EuGH

1. „Erweiterter Begriff des Erstverkaufs“ im Sinne des EuGH

Der EuGH legte in der „UsedSoft v. Oracle“-Entscheidung den Begriff des Erstverkaufs gemäß Art. 4 Abs. 2 Richtlinie 2009/24/EG aus. Insbesondere äußerte sich der EuGH zur Vertragsbeziehung zwischen einem Softwareanbieter und einem Softwarenutzer, welchem Software mittels eines Downloads überlassen wird.¹⁷⁶⁴ Der EuGH definierte einen Verkauf im Sinne einer „allgemein anerkannten Definition“ 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.“¹⁷⁶⁵ Für den EuGH war eine Kopie ein „körperlicher

1763 3. Teil § 1 B.

1764 EuGH, Urteil v. 03. Juli 2012 – C 128/11 („UsedSoft v. Oracle“), NJW 2012, 2565 ff., Rn. 38 ff.

1765 EuGH, Urteil v. 03. Juli 2012 – C 128/11 („UsedSoft v. Oracle“), NJW 2012, 2565 ff., Rn. 42.

oder nichtkörperlicher Gegenstand“,¹⁷⁶⁶ an welchem eine „Eigentumsübertragung“¹⁷⁶⁷ erfolgen kann. Durch das Entgelt muss dem Urheber ermöglicht werden, mit dem Erstverkauf und der damit verbundenen dauerhaften Nutzbarmachung den „wirtschaftlichen Wert“ der Kopie zu erzielen und somit eine „angemessene Vergütung“ zu erlangen.¹⁷⁶⁸

2. Argumente des EuGH für den „Erweiterten Begriff des Erstverkaufs“

a) Einheitlichkeit und Autonomie der Begriffe im Unionsrecht sowie Gleichbehandlungsgrundsatz

Einleitend führte der EuGH in der „UsedSoft v. Oracle“-Entscheidung aus, dass nach seiner ständigen Rechtsprechung sowohl aus dem „Gebot der einheitlichen Anwendung des Rechts“ als auch aus dem Gleichbehandlungsgrundsatz¹⁷⁶⁹ folgt, dass unionsrechtliche Begriffe, welche ihren Ursprung nicht im nationalen Recht haben, in der gesamten Europäischen Union autonom und einheitlich auszulegen sind.¹⁷⁷⁰ Die Einheitlichkeit ist erforderlich, um Unterschiede in den Rechtsordnungen der Mitgliedstaaten nicht zur Anwendung kommen zu lassen.¹⁷⁷¹ In Bezug auf die Richtlinie 2009/24/EG wurde festgestellt, dass der Begriff des Erstverkaufs nicht ein nationaler, sondern ein autonomer Begriff des Unionsrechts ist¹⁷⁷² und dies folglich eine einheitliche Auslegung gebietet. Dabei steht der Terminus

1766 EuGH, Urteil v. 03. Juli 2012 – C 128/11 („UsedSoft v. Oracle“), NJW 2012, 2565 ff., Rn. 42. Hierzu 3. Teil § 1 B II.

1767 Zur Eigentumsübertragung 3. Teil § 1 B II., insbes. 3. c).

1768 EuGH, Urteil v. 03. Juli 2012 – C 128/11 („UsedSoft v. Oracle“), NJW 2012, 2565 ff., Rn. 45, 63.

1769 EuGH, Urteil v. 03. Juli 2012 – C 128/11 („UsedSoft v. Oracle“), NJW 2012, 2565 ff., Rn. 39, 61.

1770 EuGH, Urteil v. 03. Juli 2012 – C 128/11 („UsedSoft v. Oracle“), NJW 2012, 2565 ff., Rn. 39 mit Verweis auf weitere Urteile des EuGH, welche die ständige Rechtsprechung begründen.

1771 EuGH, Urteil v. 03. Juli 2012 – C 128/11 („UsedSoft v. Oracle“), NJW 2012, 2565 ff., Rn. 41 ff.

1772 EuGH, Urteil v. 03. Juli 2012 – C 128/11 („UsedSoft v. Oracle“), NJW 2012, 2565 ff., Rn. 40 zur Untermauerung zudem auf die ErwG 4 und 5 Richtlinie 2009/24/EG verweisend, welche sich allerdings nur auf den Rechtsschutz und nicht auf Vertragsrecht beziehen. Solch ein autonomer Begriff des Unionsrechts wurde auch schon früher beschrieben in der Entscheidung EuGH, Urteil v. 26. April 2012 – C 510/10, („TV2 Danmark A/S v. NCB – Nordisk Copyright Bureau“), Rn. 34. Dort handelte es sich mit dem Terminus „mit eigenen Mitteln“ in Art. 5 Abs. 2

des Verkaufs in engem Zusammenhang mit dem in der „UsedSoft v. Oracle“-Entscheidung auch weiterentwickelten Begriff der Kopie.¹⁷⁷³ Zudem stellte der EuGH fest, dass der Begriff des Verkaufs, insbesondere zur Vermeidung von Umgehungsversuchen durch eine andere Bezeichnung des Vertrages wie beispielsweise als Lizenzvertrag weit auszulegen ist.¹⁷⁷⁴ Auch der Gleichbehandlungsgrundsatz gebietet eine solche weite Auslegung des Verkaufsbegriffs des Art. 4 Abs. 2 Richtlinie 2009/24/EG.¹⁷⁷⁵

b) Wirtschaftliche Vergleichbarkeit und funktionelle Entsprechung

Weiter erklärte der EuGH, dass der Begriff des Verkaufs einer funktionalen Auslegung zugänglich ist und die Überlassung von Software mittels eines Downloads wirtschaftlich einer Überlassung mittels eines Datenträgers gleichsteht bzw. dieser funktionell entspricht. Beide Fälle sind unter Art. 4 Richtlinie 2009/24/EG zu subsumieren.¹⁷⁷⁶

c) Vertrag als unteilbares Ganzes (Gesamtbetrachtung)

Die Softwareüberlassung mittels eines Downloads erfolgt in mehreren Schritten. Es kann beispielsweise die Software kostenlos heruntergeladen und daneben ein Lizenzvertrag über deren Nutzung abgeschlossen werden. Oracle war in der „UsedSoft v. Oracle“-Entscheidung der Ansicht, dass die frei zugängliche Zurverfügungstellung der Software zum Download kein Teil des Vertrages ist und allein der für die Nutzung relevante Lizenzvertrag unter den Verkaufsbegriff der Richtlinie 2009/24/EG zu subsumieren ist.¹⁷⁷⁷ Der EuGH hingegen sah das Herunterladen einer Kopie des Computerprogramms und den „Abschluss eines Lizenzvertrags über die Nutzung dieser

lit. d) Richtlinie 2001/29 um einen engeren Begriff als den allein schon nach dem Wortlaut in das Schuldrecht abstrahlenden Terminus Verkauf.

1773 Zum Begriff der Kopie in der „UsedSoft v. Oracle“-Entscheidung 3. Teil § 1 B II.

1774 EuGH, Urteil v. 03. Juli 2012 – C 128/11 („UsedSoft v. Oracle“), NJW 2012, 2565 ff., Rn. 49.

1775 EuGH, Urteil v. 03. Juli 2012 – C 128/11 („UsedSoft v. Oracle“), NJW 2012, 2565 ff., Rn. 61.

1776 EuGH, Urteil v. 03. Juli 2012 – C 128/11 („UsedSoft v. Oracle“), NJW 2012, 2565 ff., Rn. 61.

1777 EuGH, Urteil v. 03. Juli 2012 – C 128/11 („UsedSoft v. Oracle“), NJW 2012, 2565 ff., Rn. 43.

Kopie“ als ein unteilbares Ganzes an. „Das Herunterladen (...) wäre nämlich sinnlos, wenn diese Kopie nicht genutzt werden dürfte“. Beide Teile sind „im Hinblick auf die rechtliche Einordnung“ in ihrer Gesamtheit zu prüfen“. Verwiesen wird hierzu auf frühere Rechtsprechung.¹⁷⁷⁸

3. Bewertung der Rechtsprechung des EuGH

a) Generelle Bewertung der Rechtsprechung

Teils wird die Weiterentwicklung des Begriffs des Verkaufs ohne näher zu differenzieren befürwortet¹⁷⁷⁹ oder auch die Rechtsprechung des EuGH als „dogmatisch fehl(gehend)“¹⁷⁸⁰ oder juristisch wenig überzeugend¹⁷⁸¹ beschrieben. Andere kritisieren, dass eine Subsumtion unter das Verbreitungsrecht gemäß Art. 4 Abs. 2 Richtlinie 2009/24/EG erfolgte, ohne dass die Tatbestandsmerkmale erfüllt sind.¹⁷⁸² Hätte der EuGH einen Kauf im Sinne des Art. 4 Abs. 2 Richtlinie 2009/24/EG verneint, wäre mangels einer urheberrechtlichen Verbreitung auch die Überlassung der Software durch den Erstnutzer an den Zweitnutzer urheberrechtlich nicht relevant und genuin urheberrechtliche Einschränkungen bestünden nicht. In der Folge hätten auf vertragsrechtlicher Ebene Weitergabebeschränkungen „intuitu personae“ oder aufgrund eines Verstoßes gegen den „ordre public“ für unwirksam erklärt werden können.¹⁷⁸³ Selbstredend wäre ein solcher

1778 EuGH, Urteil v. 03. Juli 2012 – C 128/11 („UsedSoft v. Oracle“), NJW 2012, 2565 ff., Rn. 44 mit Verweis auf EuGH, Urteil v. 06. Mai 2010 – C 45/08 und C 09/08 („Club Hotel Loutraki AE“), Rn. 48 f. in welchem der EuGH Folgendes ausführte: Sobald ein gemischter Vertrag vorliegt, dessen einzelne Teile aber „untrennbar miteinander verbunden (sind) und somit ein unteilbares Ganzes“ bilden, ist der Vertrag hinsichtlich seiner Rechtsnatur „einheitlich zu prüfen“ und die Regelungen, die den „Hauptgegenstand oder vorherrschenden Bestandteil des Vertrages“ darstellen, sind als Prüfungsmaßstab anzusehen. Der EuGH verwies zudem auf zahlreiche frühere Urteile, welche in diese Richtung ergingen.

1779 Blocher, in: Walter, Art. 4 Richtlinie 2009/24/EG, Rn. 28; Blocher/Walter, in: Walter/v. Lewinski, Art. 4 Computer Program Directive, Rn. 5.4.37 jeweils in diese Richtung; Grützmaker, ZGE 2013, 46, 52 f. vertiefend zu dem Verkaufsbegriff des EuGH; Senftleben, NJW 2012, 2927 in diese Richtung; Treppoz, RTDEur. 2012, 947 ff.

1780 Schack, Rn. 490.

1781 Sirinelli, Reçuil Dalloz 2012, 2836 ff.

1782 Leriche/Ruelle, RLDI 2012, 86, 30, 35 darauf verweisend, dass der Tatbestand der Verbreitung nicht mehr erfüllt ist.

1783 Gaudrat, RTDCom. 2013, 80 ff. Rn. 17b, 21.

Weg über das Vertragsrecht möglich gewesen, allerdings muss auch in diesem stets eine Abwägung der widerstreitenden Interessen des Urheberrechtsinhabers sowie des Erst- und des Zweitnutzers erfolgen. Im Ergebnis sollte vielmehr versucht werden, das Urheberrecht mit dem technischen Fortschritt in Einklang zu bringen, anstatt eine Subsumtion unter dieses abzulehnen und mittels anderer Rechtsbereiche ein teils künstliches neues Regulatorium zu schaffen.

Wiederum andere sehen in der „UsedSoft v. Oracle“-Entscheidung des EuGH eine Stellungnahme zur Rechtsnatur von Softwareüberlassungsverträgen. Die Überlassung von Standardsoftware sei nach dem Urteil endgültig im Sinne des BGH als Kaufvertrag einzuordnen¹⁷⁸⁴ und den lizenzvertraglichen Vorschlägen¹⁷⁸⁵ sowie dem Ausweichen vor dem Gewährleistungs- sowie dem Haftungsrecht des Kaufrechts sei abermals eine Absage erteilt worden.¹⁷⁸⁶ Dies erscheint jedoch zweifelhaft, denn der EuGH hatte mit der „UsedSoft v. Oracle“-Entscheidung kaum die Intention, einen in diesem Maße nur in Deutschland bestehenden schuldrechtlichen Streit zu lösen. Vielmehr legte der EuGH im Rahmen des Vorabentscheidungsverfahrens allein die Richtlinie 2009/24/EG aus.

b) Einheitlichkeit und Autonomie der Begriffe im Unionsrecht sowie Gleichbehandlungsgrundsatz

Die Definition des Verkaufsbegriffs als autonom wird teils als plausibel befürwortet, denn dieser ist unabhängig von einer schuldrechtlichen Vertragstypologie zu bestimmen.¹⁷⁸⁷ Eine Bewertung von Sachverhalten müsse „nach dem wirtschaftlichen Zweck“ erfolgen, um die Umgehung von gesetzlichen Wertungen auszuschließen.¹⁷⁸⁸ Rigamonti zieht einen Vergleich zum Begriff der Veräußerung im Schweizer Art. 12 Abs. 2 URG: Dieser ist urheberrechtlich auszulegen und verlangt weder eine „faktische Übergabe“ noch eine „sachenrechtliche Eigentumsübertragung“,¹⁷⁸⁹ allein die „dauer-

1784 Prof. Dr. Thomas Hoeren auf dem Seminar „Aktuelle Entwicklungen im IT-Vertrags- und Datenschutzrecht“ in Münster, 31. März 2017, Transkription von Fabian Hafenbrädl; Koch, ITRB 2013, 9, 10; Schneider/Spindler, CR 2012, 489, 492.

1785 Hoeren/Försterling, MMR 2012, 642, 645; Schneider/Spindler, CR 2012, 489, 494.

1786 Hoeren/Försterling, MMR 2012, 642, 645.

1787 Malevanny, CR 2013, 422; Ulmer/Hoppen, ITRB 2012, 232, 233 f.

1788 Ulmer/Hoppen, ITRB 2012, 232, 233 f.

1789 Stieper, in: Staudinger, § 90 BGB, Rn. 13.

hafte Verschaffung der Verfügungsgewalt“ spielt eine Rolle. Daher ist nicht „auf Biegen und Brechen“ an dem körperlichen Exemplar festzuhalten¹⁷⁹⁰ und Art. 4 Abs. 2 Richtlinie 2009/24/EG weit auszulegen. Dies schließt „jede Form der Verbreitung“ und folglich auch eine unkörperliche mit ein. Rigamonti verweist zudem auf einen Bericht der Europäischen Kommission aus dem Jahr 2000,¹⁷⁹¹ demgemäß die Verbreitung explizit nicht auf „materielle Vervielfältigungsstücke“ beschränkt ist. Zudem besteht für Rigamonti auch eine wirtschaftliche und rechtliche Vergleichbarkeit der Online-Übermittlung mit der analogen Übergabe eines Datenträgers.¹⁷⁹² Kritisiert wird von anderen, dass der EuGH trotz Berufung auf eine allgemein anerkannte unionsrechtliche Definition jegliche Quellenangabe, insbesondere eine Bezugnahme auf die Richtlinie 1999/44/EG bzw. den EU-Verordnungsvorschlag zum Gemeinsamen Europäischen Kaufrecht, vermissen ließ.¹⁷⁹³

Der EuGH legte in der „UsedSoft v. Oracle“-Entscheidung mit Art. 4 Abs. 2 Richtlinie 2009/24/EG eine urheberrechtliche Norm aus, welche die Erschöpfung des Verbreitungsrechts regelt. Somit erscheint es konsequent, die in dieser Norm verwendeten Begriffe auch autonom und folglich urheberrechtlich zu definieren. Dieser urheberrechtliche Verkaufsbegriff kann enger oder weiter als ein schuldrechtlicher Verkaufsbegriff sein. Tatsächlich ist von einem weitergehenden Begriff auszugehen, da gewisse bei einem Kaufvertrag erforderliche gesetzliche Merkmale wie eine Übergabe der Kaufsache oder eine Eigentumsübertragung im Urheberrecht nicht zwingend sind. Letztlich muss ein Lebenssachverhalt vorliegen, welcher aus urheberrechtlichen Gesichtspunkten die Erschöpfung des Verbreitungsrechts rechtfertigt. Die Nähe des Terminus Verkauf zum schuldrechtlichen Begriff des Kaufvertrages begründet in der Folge keine andere Auslegung der urheberrechtlichen Norm, daher erscheint eine Bezugnahme auf Verbraucherschutz- bzw. schuldrechtliche Definitionen des Begriffs Verkauf nicht zielführend. Im Ergebnis ist dem EuGH zuzustimmen.

Ein Gleichbehandlungsgrundsatz kann nur vorschreiben, Gleiches gleich bzw. Ungleiches ungleich zu behandeln. Inwieweit an dieser Stelle Gleichheit oder Ungleichheit gegeben ist, soll in diesem 3. Teil der Arbeit un-

1790 Rigamonti, GRUR Int. 2009, 18 f.

1791 Bericht der Kommission an den Rat, das Europäische Parlament und den Wirtschafts- und Sozialausschuss über die Umsetzung und die Auswirkungen der Richtlinie 91/250/EWG über den Rechtsschutz von Computerprogrammen, KOM (2000) 199 endg. v. 10. April 2000, S. 18.

1792 Rigamonti, GRUR Int. 2009, 18 f.

1793 Ohly, JZ 2013, 42, 43.

tersucht werden. Daher dient der Gleichbehandlungsgrundsatz nicht als Argumentationsstütze.

c) Wirtschaftliche Vergleichbarkeit und funktionelle Entsprechung

Die Ausführungen des EuGH bezüglich der wirtschaftlichen Vergleichbarkeit und der funktionellen Entsprechung werden in der Literatur ausführlich kommentiert. So wird teils eine funktionelle Entsprechung von der Softwareüberlassung mittels eines Datenträgers mit der Überlassung mittels eines Downloads befürwortet.¹⁷⁹⁴ Schließlich sei in beiden Fällen am Ende die Software auf einem Datenträger beim Nutzer gespeichert.¹⁷⁹⁵ Softwareanbieter, welche die Überlassung mittels eines Downloads anböten, sollten keine weitergehenden Rechte haben als solche, die allein eine Überlassung mittels eines Datenträgers offerierten.¹⁷⁹⁶ Dazu bestehe auch eine technische Vergleichbarkeit, da sich für eine unterschiedliche rechtliche Betrachtung keine Anhaltspunkte fänden.¹⁷⁹⁷ Es liege allein eine technische Veränderung in der Übermittlung vor, das Computerprogramm sei aber identisch.¹⁷⁹⁸ Tatsächliche Unterschiede im Lebenssachverhalt der Überlassung seien allein dem „technischen Wandel“ geschuldet.¹⁷⁹⁹ Nicht alle urheberrechtlichen Werke könnten so schnell, kostengünstig sowie ohne Qualitätsverlust übertragen werden. Der Nutzer befinde sich faktisch jedoch in der gleichen Position wie nach der Überlassung der Software mittels eines Datenträgers.¹⁸⁰⁰ Auch aus ökonomischen Gesichtspunkten

1794 Blocher, in: Walter, Richtlinie 2009/24/EG, Art. 4, Rn. 28 sowie Blocher/Walter, in: Computer Program Directive, Art. 4, Rn. 5.4.37 schon vor der „UsedSoft v. Oracle“-Entscheidung des EuGH; Cassagnabère, RJEP 2013–6, 709, chron. 3, Rn. 24; Castets-Renard, RLDI 2012, 86, 87 ff.; Dreier, IIC 1998, 623, 630 f. in diese Richtung schon sehr früh und auch explizit auf die wirtschaftliche Vergleichbarkeit bezugnehmend, letztlich aber eine Subsumtion unter das Verbreitungsrecht ablehnend; Huet, Recueil Dalloz 2012, 2102 ff.; Ohly, JZ 2013, 42, 44; Orthmann/Kuß, K&R 2012, 2262, 2264; Rauer/Ettig, EWS 2012, 322, 326; Sosnitz, K&R 2011, 243, 244 ausführend, dem Softwareanbieter ist es „völlig egal“, ob er die Software online oder auf einem Datenträger vertreibt; Stieper, ZUM 2012, 668, 669.

1795 Hoeren, CR 2006, 573, 574.

1796 Ohly, JZ 2013, 42, 44.

1797 Rauer/Ettig, EWS 2012, 322, 326.

1798 Blocher/Walter, in: Walter/v. Lewinski, Art. 4 Computer Program Directive, Rn. 5.4.41.

1799 Feiler/Schuba, in: Taeger, 354 f.

1800 Blocher, in: Walter, Richtlinie 2009/24/EG, Art. 4, Rn. 29.

liege Vergleichbarkeit vor.¹⁸⁰¹ Zudem wird im Gleichlauf mit dem EuGH auf Art. 1 Abs. 2 Richtlinie 2009/24/EG verwiesen, demgemäß Software in jeder Form geschützt ist. Darin wird die Aussage gesehen, dass eine Unterscheidung nach verkörperter und nicht verkörperter Software nicht erfolgen darf.¹⁸⁰² Der Urheber habe bei beiden Überlassungsarten die Möglichkeit, abschließend wirtschaftlich zu profitieren.¹⁸⁰³ In Frankreich wird in die gleiche Richtung argumentiert, auch Verträge über einen Tonträger („phonogramme“) waren unabhängig von dem Trägermedium betrachtet worden.¹⁸⁰⁴ Des Weiteren wird teils kritisiert,¹⁸⁰⁵ dass mit dieser Gleichstellung das Recht letztlich als Regulator der Wirtschaft herabgesetzt und nicht mehr als eigenständige Disziplin angesehen wird. Zudem fehle jeglicher wissenschaftliche Ansatz, der diese Gleichstellung rechtfertige.¹⁸⁰⁶ Auch mangle es durch die Bezugnahme auf die wirtschaftliche Vergleichbarkeit an allgemeingültigen Regeln, wann eine „digitale Erschöpfung“ mit der „analogen Erschöpfung“ gleichgestellt werden könne.¹⁸⁰⁷ Weiter stelle ein solcher Vergleich eine rein pragmatische Betrachtung dar und es werde sich vom Wortlaut des Art. 4 Abs. 2 Richtlinie 2009/24/EG gelöst.¹⁸⁰⁸ Auch würden durch den Gesetzgeber und die Rechtsprechung geschaffene Nuancen der Verwertungsrechte außer Kraft gesetzt.¹⁸⁰⁹

Eine funktionelle Betrachtung folgt nicht streng dem Gesetzestext, sondern erfasst vielmehr die Wertungen und Rechtsgedanken einer Norm. Tatsächlich scheint eine solche funktionelle Entsprechung zu bestehen. Ein Download und der Erwerb eines Datenträgers samt Installation stellen

1801 Dreier, IIC 1998, 623, 630 ff. beschreibend.

1802 Castets-Renard, RLDI 2012, 86, 87 ff.

1803 Vortrag von UsedSoft im Verfahren vor dem EuGH im „UsedSoft v. Oracle“-Fall, zusammengefasst im EuGH Schlussantrag v. 24. April 2012 – C 128/11 („UsedSoft v. Oracle“), BeckRS 2012, 81372, Rn. 31.

1804 Cass. Ire civ., 11. September 2013, Nr. 12–17, 794, Juris-Data 2013–018957, JCP G, 42, 14. Oktober 2013, 1071 f. mit Anmerkung Binctin; TGI Paris, 15. Januar 2010, Comm. Com. Electr. 2010–6, chron. 4 mit Anmerkung X. Daverat.

1805 Teils wird dies aber auch neutral bewertet. So stellt Vivant fest, dass mit dieser „wirtschaftlichen Betrachtung“ juristisch unterschiedliche Sachverhalte undifferenziert betrachtet werden und schreibt „Pourquoi pas?“ („Warum nicht?“), Vivant, in: Lamy Droit du Numérique 2023, Rn. 54.

1806 Gaudrat, RTDCom. 2013, 80 ff., Rn. 31.

1807 Dreier/Leistner, GRUR 2013, 881, 888.

1808 Vivant, in: Lamy Droit du Numérique 2023, Rn. 54 in diese Richtung; Witzel CRI 2012, 116, 121.

1809 Pollaud-Dulian, RTDCom. 2012, 542 ff. A 2 ausführend, in der Folge kann auch der Musikdownload einem CD-Kauf entsprechen.

zwar unterschiedliche Wege dar, wie Software auf die Festplatte des Nutzers gelangen kann, die Software kann bei diesen beiden Installationsarten jedoch nahezu identisch sein. Vorsicht ist stets geboten bei Aussagen mit wirtschaftlichem Bezug. Offensichtlich treten bei beiden Absatzarten unterschiedliche Intermediäre auf. Auch ist bei der Überlassung mittels eines Datenträgers ein solcher samt Verpackung herzustellen und bei der Überlassung mittels eines Downloads eine Internetseite mit Downloadmöglichkeit einzurichten und zu unterhalten. Es sind somit tatsächliche Unterschiede vorhanden, welche wirtschaftliche Auswirkungen haben können. Teils werden Kosten für die Herstellung von CDs etc. ebenso wie die der Downloadmöglichkeit als marginal beschrieben, wobei letztere nochmals geringer sind. Es wird auch darauf hingewiesen, dass die Weitergabe digitaler Kopien wesentlich kostengünstiger ist, als jene von körperlichen Gegenständen.¹⁸¹⁰ Eine wirtschaftswissenschaftliche Analyse kann an dieser Stelle jedoch nicht erfolgen.¹⁸¹¹ Somit kann dieses Argument nicht abschließend bewertet werden.

d) Vertrag als unteilbares Ganzes (Gesamtbetrachtung)

Teils wird die Bezeichnung des Vertrages als unteilbares Ganzes und die Bezugnahme des EuGH auf frühere Rechtsprechung als rein „apodiktisch“ bezeichnet, denn es fehlt jede Begründung.¹⁸¹² Andere sehen die Gesamtbetrachtung des EuGH, welche ohne näher zu differenzieren erfolgte, als nicht zutreffend an.¹⁸¹³ Es wird angemerkt, dass durch die Einordnung als ein unteilbares Ganzes eine Subsumtion unter die Richtlinie 2009/24/EG möglich wird.¹⁸¹⁴ Letztlich ist zu beachten, dass eine Überlassung der Software ohne Nutzungsrechtseinräumung sowie eine Nutzungsrechtseinräumung ohne Überlassung jeweils keinen Sinn ergeben. In keinem dieser beiden

1810 Kerber, ZGE 2016, 148, 161

1811 Kerber, ZGE 2016, 148, 159 ff. eine solche im Ansatz versuchend und Pro- und Contra-Argumente für eine digitale Erschöpfung und somit mittelbar für eine wirtschaftliche Vergleichbarkeit und eine funktionelle Entsprechung von der Softwareüberlassung mittels eines Datenträgers und mittels eines Downloads beschreibend. Jedoch stellt der Wirtschaftswissenschaftler Kerber auch klar, dass diese Ausführungen nur sehr vorläufiger Natur sind. Vielmehr sei empirische Forschung geboten, 166.

1812 Moritz, K&R 2012, 456.

1813 Weisser/Färber, MMR 2014, 364, 366.

1814 Senftleben, NJW 2012, 2925.

Szenarien wäre eine Nutzung der Software gestattet bzw. faktisch möglich. Somit kann folgerichtig nur eine Gesamtbetrachtung erfolgen. Der Softwareüberlassungsvertrag hat mit der Überlassung und der Nutzungsrechtseinräumung zwei Hauptleistungspflichten, wie dies beispielsweise bei einem Kaufvertrag mit der Übergabe und der Übereignung auch der Fall ist.

- e) Tatbestandsmerkmale des Verkaufsbegriffs im Sinne des EuGH: Kopie, Eigentumsübertragung und Entgelt in Höhe des wirtschaftlichen Werts

In Bezug auf die Kopie und die Eigentumsübertragung als Tatbestandsmerkmale des Verkaufsbegriffs wird nach oben verwiesen.¹⁸¹⁵ Zu den Ausführungen des EuGH zum Entgelt in Höhe des wirtschaftlichen Werts der Kopie erfolgten in der Literatur zahlreiche Anmerkungen. Es wurde festgestellt, dass bis zum „UsedSoft v. Oracle“-Urteil des EuGH Softwareanbieter bei ihrer Preiskalkulation nicht mit der Existenz eines Zweitmarktes von Software kalkulieren mussten.¹⁸¹⁶ Eine solche Berücksichtigung hätte zu höheren Verkaufspreisen geführt und in der Folge den Gebrauchthandel eingeschränkt.¹⁸¹⁷ Im Ergebnis gäbe es weniger Käufer, denn diese würden von höheren Preisen „abgeschreckt“.¹⁸¹⁸

Die Tatsache, dass Preise unter Verkennung beispielsweise eines Gebrauchtmrktes kalkuliert wurden, stellt ein allgemeines unternehmerisches Risiko dar, solange Geschäftstätigkeiten, die sich in noch bestehenden rechtlichen Grauzonen bewegen, sich noch neu entwickeln. Grundsätzlich ist die Entstehung von Geschäftsmodellen, welche auf fremden Produkten basieren, einer freien Marktwirtschaft jedoch immanent. Auch kann sich die Preiskalkulation als Reaktion auf die Rechtslage ändern. Zudem verwies der BGH in der „UsedSoft II“-Entscheidung richtigerweise darauf, dass gemäß dem EuGH allein die Möglichkeit der Erlangung einer angemessenen Vergütung erforderlich ist. Der BGH stellte klar, dass Oracle die Möglichkeit gehabt hat, jeden tatsächlichen Download von der Zahlung eines

1815 Hierzu 3. Teil § 1 II. 3., 4.

1816 Heckmann, juris Praxis Report IT-Recht, 5/2014, Anm. 3, Moritz, K&R 2012, 456, 458 f.

1817 Moritz, K&R 2012, 456, 458 f.; Schulze, NJW 2014, 721, 724.

1818 Schulze, NJW 2014, 721, 724.

Entgelts abhängig zu machen.¹⁸¹⁹ Marly merkt an, dass es zudem nicht Aufgabe der Gerichte sein kann, die „Wirtschaftlichkeit der Preispolitik“ von Softwareanbietern zu prüfen und möglicherweise zu korrigieren.¹⁸²⁰ Es ist zuzustimmen, dass schlechtes betriebswirtschaftliches Handeln nicht ausreichend ist, um urheberrechtliche Rechtsfolgen herbeizuführen. Der These, dass höhere Preise einen Gebrauchtmärkte verhindern, kann ohne näher zu differenzieren nicht zugestimmt werden. Jedoch erscheint dies unter Betrachtung der Existenz von Gebrauchtmärkten für andere hochpreisige Güter auf den ersten Blick eher überraschend. Gleiches gilt für die Aussage, aufgrund steigender Preise würden Käufer „abgeschreckt“. Es könnte auch Gegenteiliges der Fall sein, da sich aufgrund des Gebrauchtmärktes eine Perspektive für einen Weiterverkauf ergibt, was die tatsächlichen Kosten für die vorübergehende Nutzung der Software reduziert. Allerdings wären hierfür wirtschaftswissenschaftliche Betrachtungen anzuführen, aufgrund der juristischen Schwerpunktsetzung dieser Arbeit soll dies an dieser Stelle jedoch nicht erfolgen.¹⁸²¹

Auch wird angemerkt, dass bei der Erstveräußerung eines körperlichen Werkstücks ein Preis gefunden wird, welcher eine weitere Vergütung des Urhebers bei potentiellen Weiterverkäufen mittelbar berücksichtigt. Auch habe eine potentielle qualitative Verschlechterung des Werkstücks bzw. dessen Untergang Beachtung zu finden. Aufgrund der Digitalisierung fehle nun ein solcher Qualitätsverlust und eine ex-ante Abschätzung in Bezug auf den Lebenszyklus des Werkstücks sei kaum mehr möglich. Dieser fehlende Qualitätsverlust spreche gegen eine Vergleichbarkeit von Gebrauchtmärkten von digitalen und analogen Gütern.¹⁸²² Allerdings erscheint unklar,

1819 BGH, Urteil v. 17. Juli 2013 – I ZR 129/08 („UsedSoft II“), NJW-RR 2014, 360 ff., Rn. 62.

1820 Marly, GRUR 2013, 283, 284 richtigerweise klarstellend, dass es allein auf eine Möglichkeit zur Realisierung einer angemessenen Vergütung ankommt.

1821 Kerber, ZGE 2016, 149, 161 darauf hinweisend, dass bei Befürwortung der Erschöpfung den Rechtsinhabern Mittel der Preisdifferenzierung wegfallen würden, welche ihnen eine höhere Vergütung ermöglichen könnten. So weist der Wirtschaftswissenschaftler Kerber darauf hin, dass es die digitale Wirtschaft den Rechtsinhabern ermöglicht, mittels „Big Data“ und personalisiertem „Pricing“ in Echtzeit weit höhere Margen zu erzielen, als dies beim Absatz von körperlichen Gegenständen noch der Fall gewesen war.

1822 Nicholsen, SCRIPTed 2013, 389, 399; Ohly, in: Dreier/Hilty, 379, 393 auch in diese Richtung argumentierend und feststellend, dass durch einen Gebrauchthandel der Primärmarkt für die Softwareanbieter „untergraben“ wird. Dies wird gegen eine „digitale Erschöpfung“ angeführt, weiter aber nicht begründet; Schulze, NJW 2014, 721, 724.

was einer solchen ex-ante Abschätzung im Weg steht, denn der Markt für digitale Güter sollte ausreichend belastbare Zahlen für die hier relevanten Fragestellungen liefern können. Auch wenn sich digitale Software qualitativ nicht verschlechtert, so ist diese aufgrund des technischen Fortschritts stets nur eine begrenzte Zeit einsetzbar.

Teils wird auch auf die sich weiterentwickelnden Geschäftsmodelle abgestellt: So erfolgt heute nicht mehr eine Einmalzahlung beim Erstverkauf, sondern vielmehr wird über Abonnement-Modelle bzw. der Streaming-Nutzung eine monatliche Gebühr für die Nutzung bezahlt. Der Nutzer könne somit keinen Restwert erzielen, wenn er seine Nutzung aufgeben möchte.¹⁸²³ Dieser tatsächlichen Entwicklung ist zuzustimmen, denn je kürzer eine Nutzung noch möglich ist, desto geringer wird der monetarisierbare Restwert sein. Die Höhe der Vergütung kann somit besser dem Marktwert des sich aus der Nutzung der Software ergebenden wirtschaftlichen Vorteil anpassen. Im Ergebnis führt dies zu einer sinkenden Relevanz dieser rechtlichen Fragestellung.

André Lucas kritisiert die Bezugnahme auf den wirtschaftlichen Wert, welcher weder ein Begriff des Urheber- noch des Vertragsrechts ist.¹⁸²⁴ Hinsichtlich der angemessenen Vergütung wird angemerkt, dass eine solche nicht durch eine einzelne Handlung erfolgen kann, sondern das Ergebnis einer allumfassenden Verwertung ist. Überdies sei der Begriff der angemessenen Vergütung in diesem Zusammenhang dem Recht fremd und gehe fehl.¹⁸²⁵ Jedoch stellt der Begriff des wirtschaftlichen Werts der Kopie die Kehrseite der angemessenen Vergütung des Urhebers dar. Eine angemessene Vergütung kann der Urheber durch ein Entgelt in Höhe des wirtschaftlichen Werts der Kopie bzw. des Nutzungsrechts erhalten. In Deutschland findet die angemessene Vergütung unter anderem in § 32 Abs. 2 S. 2 UrhG Erwähnung. Demnach ist die Vergütung „im Übrigen (...) angemessen, wenn sie im Zeitpunkt des Vertragsschlusses dem entspricht, was im Geschäftsverkehr nach Art und Umfang der eingeräumten Nutzungsmöglichkeit, insbesondere nach Dauer und Zeitpunkt der Nutzung, unter Berücksichtigung aller Umstände üblicher- und redlicherweise zu leisten ist.“ Die Voraussetzung der „Erforderlichkeit“, „um das Ziel des Schutzes des fraglichen geistigen Eigentums zu erreichen“ wurde vom EuGH auch schon in

1823 Hilty, in: Bruun/Dinwoodie/Levin/Ohly, 272, 279; Hilty, GRUR 2018, 865, 873

1824 Lucas, Pi 2012, 14, 333, 336 f.

1825 Binctin, Rn. 1415.

der „Football Association Premier League“-Entscheidung erarbeitet,¹⁸²⁶ ist auch aus dem Markenrecht bekannt¹⁸²⁷ und spiegelt schließlich auch den Beteiligungsgrundsatz gemäß § 11 S. 2 UrhG wider. Aufgrund der Erschöpfung des Verbreitungsrechts müsse die angemessene Vergütung allein mit dem Erstverkauf erzielt werden können.¹⁸²⁸ Somit kann eine angemessene Vergütung als Tatbestandsmerkmal des Begriffs des Verkaufs befürwortet werden.

f) Zusammenfassung und Konkretisierung durch die „Ranks“-Entscheidung des EuGH

Der EuGH legte in der „UsedSoft v. Oracle“-Entscheidung den Begriff des Erstverkaufs gemäß Art. 4 Abs. 2 Richtlinie 2009/24/EG aus und erweiterte diesen. Das Gericht stellte fest, dass ein Verkauf im Sinne einer allgemein anerkannten Definition und einer weiten Auslegung eine Vereinbarung darstellt, bei welcher aufgrund einer Gesamtbetrachtung (unteilbares Ganzes) eine Person ihre Eigentumsrechte an einem ihr gehörenden körperlichen oder nichtkörperlichen Gegenstand (Kopie) gegen Zahlung eines Entgelts an eine andere Person abtritt (dauerhafte Nutzbarmachung). Das Entgelt muss dem Urheber ermöglichen, mit dem Erstverkauf den wirtschaftlichen Wert der Kopie und somit eine angemessene Vergütung zu erlangen.

In dem vom EuGH entwickelten „Erweiterten Begriff der Programmkopie“ ist keine Aussage bezüglich der Rechtsnatur von Softwareverträgen nach nationalen Vertragsrechtsregimes zu erkennen. Der vom EuGH festgestellten Einheitlichkeit und Autonomie der Begriffe im Unionsrecht ist zuzustimmen. Auch ist in der Überlassung der Software mittels eines Downloads und der Einräumung von Nutzungsrechten ein unteilbares Ganzes zu erkennen und es hat eine Gesamtbetrachtung zu erfolgen. Die wirtschaftliche Vergleichbarkeit der Überlassung von Software mittels eines Datenträgers mit der mittels eines Downloads kann nicht abschließend bewertet werden. Der Rechtsinhaber kann ein Entgelt in Höhe des wirtschaftlichen Werts des Nutzungsrechts erhalten. Hingegen ermangelt es bei der

1826 EuGH, Urteil v. 04. Oktober 2011 – C 03/08 und C 429/08 („Football Association Premier League Ltd.“), NJW 2012, 213 ff., Rn. 105.

1827 EuGH, Urteil v. 18. Juni 2009 – C 487/07 („L’Oréal/Bellure“), GRUR 2009, 756 ff. in der von der „Benutzung der Marke, die die Funktion der Marke beeinträchtigen könnte“ die Rede ist. Senftleben, NJW 2012, 2924, 2926 mit weiteren Verweisen bezüglich des Marken- und Patentrechts.

1828 Hartmann, GRUR Int. 2012, 980, 980.

Überlassung von Software mittels eines Downloads an einer Kopie, folglich kann auch kein Eigentumsübergang an einer solchen erkannt werden.

Der EuGH konkretisierte in der „Ranks“-Entscheidung im Jahr 2016 seine Definition des Verkaufsbegriffs aus Art. 4 Richtlinie 2009/24/EG und führte aus, dass der „weit auszulegende Begriff“ „sämtliche Formen der Vermarktung der Kopie eines Computerprogramms umfasst, die dadurch gekennzeichnet seien, dass gegen Zahlung eines Entgelts, das dem Inhaber des Urheberrechts ermöglichen soll, eine dem wirtschaftlichen Wert der Kopie angemessene Vergütung zu erzielen,“ dem Nutzer „ein Recht zur (...) unbefristeten Nutzung eingeräumt wird.“¹⁸²⁹

4. Weitere Voraussetzungen und Besonderheiten gemäß der „UsedSoft v. Oracle“-Entscheidung des EuGH

Zudem erfolgten vom EuGH in der „UsedSoft v. Oracle“-Entscheidung weitere Ausführungen bezüglich der Erschöpfung des Verbreitungsrechts bei der Softwareüberlassung mittels eines Downloads.

a) Aktualisierte Programmversion als Gegenstand der Erschöpfung

Software wird auch nach Überlassung regelmäßig durch Updates und Patches aktualisiert und es gibt somit üblicherweise keine statische Programmversion. Dies ist meist schon der Tatsache geschuldet, dass Software Bugs enthält und keine fehlerfreien Softwareprodukte vertrieben werden. Eine Weiterentwicklung – auch anhand von Erfahrungen aus der Praxis – ist üblich. So entspricht die ursprünglich mittels eines Downloads oder eines Datenträgers überlassene Programmversion nicht der, die regelmäßig beim Nutzer gespeichert ist, genutzt und auch möglicherweise an einen Zweitnutzer überlassen wird. Fraglich ist, ob sich die Erschöpfung des Verbreitungsrechts auch auf diese aktualisierte Version bezieht. Insbesondere ist dabei zu beachten, dass bezüglich der Updates ein eigener Wartungsvertrag zwischen dem Nutzer und dem Ersteller der Software bestehen kann. In diesem Zusammenhang führte der EuGH aus, dass ein Wartungsvertrag zu einer Reparatur bzw. Aktualisierung der ursprünglich überlassenen Ko-

1829 EuGH, Urteil v. 12. Oktober 2016 – C 166/15 („Ranks“), GRUR 2016, 1271 ff., Rn. 28.

pie führt und verbesserte, veränderte und ergänzte Funktionen Bestandteil der ursprünglich überlassenen Kopie werden. Dies gelte auch bei einem von der Überlassung separaten, zeitlich befristeten Wartungsvertrag, unabhängig davon, ob dieser erst nach erstmaliger Überlassung der Software abgeschlossen werde. In der Folge erstrecke sich die Erschöpfung des Verbreitungsrechts auch auf eine aktualisierte Kopie und gestatte deren Weitergabe.¹⁸³⁰ In der Literatur wird angemerkt, dass auch bei auf einem Datenträger überlassener Software aufgrund von Patches und Updates diese selten noch in ihrer ursprünglichen Form besteht.¹⁸³¹ Daher wird die Ausweitung der Erschöpfungswirkung auf die aktuellste beim Nutzer bestehende Version befürwortet und als zwingend angesehen, um dem Erschöpfungsgrundsatz bei Software überhaupt Wirkung verleihen zu können.¹⁸³² Teils wird diese Erweiterung der Erschöpfung des Verbreitungsrechts auch als das bahnbrechende Element dieser EuGH-Entscheidung angesehen.¹⁸³³ In der „UsedSoft II“-Entscheidung des BGH wird die früher ergangene Rechtsprechung dahingehend verstanden, dass auch Updates oder Patches, welche ohne einen separaten Wartungsvertrag zur Verfügung gestellt wurden, umfasst sind.¹⁸³⁴

Im Ergebnis ist dem EuGH zuzustimmen. Eine Begrenzung der Wirkung des Erschöpfungsgrundsatzes auf die ursprünglich überlassene Version des Programmes würde den Eigenheiten von Software nicht gerecht werden und zu einer faktischen Aushebelung des Erschöpfungsgrundsatzes und somit von zentralen urheberrechtlichen Wertungen bei Software führen.

Überdies sieht Art. 8 Abs. 2 lit. b) Richtlinie (EU) 2019/770 für Verbraucherverträge über die Bereitstellung digitaler Inhalte zudem eine Aktualisierungspflicht für Anbieter vor. In ErwG 47 wird konkretisiert, dass eine solche Pflicht für einen Zeitraum gilt, „den der Verbraucher vernünftigerweise erwarten würde“. Dies umfasse bei zeitlich beschränkter Überlassung den gesamten Überlassungszeitraum und bei dauerhafter Überlassung könne für eine Bestimmung beispielsweise der Gewährleistungszeitraum herange-

1830 EuGH, Urteil v. 03. Juli 2012 – C 128/11 („UsedSoft v. Oracle“), NJW 2012, 2565 ff., Rn. 68 f.

1831 Spindler, CR 2008, 69.

1832 Schneider/Spindler CR 2012, 489, 493 bezugnehmend auf das Szenario, dass ein von der Überlassung unabhängiger Wartungsvertrag besteht.

1833 Witzel CRi 2012, 116, 122.

1834 Schneider, ITRB 2014, 120.

zogen werden. Der Zeitraum für die Bereitstellung von Sicherheitsupdates könne über diesen jedoch noch hinausgehen.¹⁸³⁵

b) Pflicht zur Löschung bestehender Kopien nach Weitergabe

Ein weiterer Aspekt betrifft die Anzahl bestehender körperlicher Kopien. Wird eine Kopie, welche mittels eines Downloads oder auch mittels eines Datenträgers überlassen wurde, aufgrund der Erschöpfung des Verbreitungsrechts legal weitergegeben, war offen, wie mit Kopien, welche sich bei dem abgebenden Nutzer befinden, zu verfahren ist. Gemäß dem EuGH ist, wenn eine Verbreitung unter Berufung auf die Erschöpfung des Verbreitungsrechts erfolgt, sicherzustellen, dass im Zeitpunkt der Weitergabe sämtliche beim abgebenden Nutzer bestehenden Kopien der Software „unbrauchbar“ gemacht werden.¹⁸³⁶ Andernfalls liege ein Verstoß gegen das allein dem Urheber zustehende Vervielfältigungsrecht vor.¹⁸³⁷ Regelmäßig bestehen sowohl für den Zweitnutzer als auch für den Softwareanbieter Probleme, eine etwaige Unbrauchbarmachung nachzuprüfen. Der EuGH verweist darauf, dass es dem Softwareanbieter freisteht, technische Schutzmaßnahmen wie Produktschlüssel anzuwenden.¹⁸³⁸

In der Literatur wird dem EuGH grundsätzlich zugestimmt.¹⁸³⁹ Bei dem Erstnutzer dürfe nach der Weitergabe keine Kopie verbleiben.¹⁸⁴⁰ Teils wird auch die vom EuGH geforderte Unbrauchbarmachung der Kopie im Detail betrachtet. Dabei wird kritisiert, dass während der Übertragung der Software vom Erst- zum Zweitnutzer zumindest kurzzeitig bei beiden eine Kopie besteht, was zu einem rechtswidrigen Zustand führt. Eine Heilung durch das nachträgliche Unbrauchbarmachen wird als rechtlich problematisch bzw. nicht ausreichend angesehen.¹⁸⁴¹ Auch wird vorgeschlagen, dass der Erstnutzer, wenn er die in Nutzung befindliche Kopie durch eine neue,

1835 Martens, Rn. 258 ff.; Sattler, NJW 2020, 3623, Rn. 16.

1836 EuGH, Urteil v. 03. Juli 2012 – C 128/11 („UsedSoft v. Oracle“), NJW 2012, 2565 ff., Rn. 78.

1837 EuGH, Urteil v. 03. Juli 2012 – C 128/11 („UsedSoft v. Oracle“), NJW 2012, 2565 ff., Rn. 70.

1838 EuGH, Urteil v. 03. Juli 2012 – C 128/11 („UsedSoft v. Oracle“), NJW 2012, 2565 ff., Rn. 79.

1839 Grützmacher, ZGE 2013, 46, 66 mit weiteren Verweisen; Senftleben, NJW 2012, 2925 f.

1840 Hilty, Lizenzvertragsrecht, 769.

1841 Stieper, ZUM 2012, 668, 669.

an den Zweitnutzer zu übertragende Kopie substituiert, dafür sorgen muss, dass die ursprüngliche Kopie unbrauchbar gemacht wird. Dies sei Voraussetzung für das Eintreten der Erschöpfung. Somit könne der Erschöpfungsgrundsatz aufrechterhalten bleiben, auch wenn es an einer körperlichen Kopie als Gegenstand des Rechtsverkehrs fehle.¹⁸⁴² Auch der BGH ging davon aus, dass die Berechtigung des Zweitnutzers aus Art. 5 Abs. 1 Richtlinie 2009/24/EG die Unbrauchbarmachung der Kopien des Erstnutzers zum Zeitpunkt der Weitergabe verlangt. Die Möglichkeit der Verwendung technischer Schutzmaßnahmen durch den Softwareanbieter ist für den BGH irrelevant.¹⁸⁴³ Die Prüfungsmechanismen hinsichtlich des geforderten tatsächlichen Löschsens der Kopie des Erstnutzers¹⁸⁴⁴ bzw. die Erbringung eines dementsprechenden Beweises¹⁸⁴⁵ werden als großes Hindernis für den Gebrauchtssoftwarehandel angesehen. Als Beweismittel bezüglich der Löschung werden Echtheitszertifikate sowie digitale Signaturen vorgeschlagen, auf rechtlicher Ebene insbesondere eine Beweislastumkehr.¹⁸⁴⁶ Der BGH stellte in der „UsedSoft II“-Entscheidung klar, dass der Zweitnutzer die Unbrauchbarmachung nachzuweisen hat¹⁸⁴⁷ bzw. derjenige, der sich auf Art. 5 Abs. 1 Richtlinie 2009/24/EG beruft.¹⁸⁴⁸ Daraus wird gefolgt, dass der Zweitnutzer stets bezüglich der Tatbestandsmerkmale des Art. 4 Abs. 2, Art. 5 Abs. 1 Richtlinie 2009/24/EG beweisbelastet ist.¹⁸⁴⁹ Im Detail sah der BGH eine notarielle Erklärung des Erstnutzers darüber, dass „er rechtmäßiger Inhaber der Lizenzen gewesen sei, diese nicht mehr benutze und den Kaufpreis vollständig bezahlt habe“¹⁸⁵⁰ bzw. eine Vernichtungserklärung¹⁸⁵¹ nicht als ausreichend an. Das OLG München¹⁸⁵² führte im Jahr 2015 in

1842 Haberstumpf, CR 2012, 561, 569.

1843 BGH, Urteil v. 19. März 2015 – I ZR 4/14 („Green-IT“), MMR 2015, 735 ff., Rn. 51 f.

1844 Moritz, K&R 2012, 456, 458.

1845 Ohly, in: Dreier/Hilty, 379, 392.

1846 Ohly, JZ 2013, 42, 44 noch vor der „UsedSoft II“-Entscheidung des BGH.

1847 BGH, Urteil v. 17. Juli 2013 – I ZR 129/08 („UsedSoft II“), NJW-RR 2014, 360 ff., Rn. 64.

1848 BGH, Urteil v. 19. März 2015 – I ZR 4/14 („Green-IT“), MMR 2015, 735 ff., Rn. 50.

1849 BGH, Urteil v. 17. Juli 2013 – I ZR 129/08 („UsedSoft II“), NJW-RR 2014, 360 ff., Rn. 64; BGH, Urteil v. 11. Dezember 2014 – I ZR 8/13 („UsedSoft III“), GRUR 2015, 772 ff.; Rn. 46. Heydn, MMR 2014, 239, 240.

1850 BGH, Urteil v. 17. Juli 2013 – I ZR 129/08 („UsedSoft II“), NJW-RR 2014, 360 ff., Rn. 64.

1851 BGH, Urteil v. 17. Juli 2013 – I ZR 129/08 („UsedSoft II“), NJW-RR 2014, 360 ff., Rn. 64; BGH, Urteil v. 11. Dezember 2014 – I ZR 8/13 („UsedSoft III“), GRUR 2015, 772 ff., Rn. 46.

1852 OLG München, Beschluss v. 02. März 2015 – 6 U 2759/07, MMR 2015, 397, 400.

Bezug auf das Geschäftsmodell von UsedSoft aus, dass der Zweitnutzer „im Einzelnen vortragen (muss), dass

- der Rechtsinhaber seine Zustimmung zum Download der betreffenden Softwarelizenzen gegen Zahlung eines Entgelts erteilt hat,¹⁸⁵³
- der Rechtsinhaber seinen Erwerbern ein Recht zur zeitlich unbegrenzten Nutzung der jeweiligen Kopie eingeräumt hat,¹⁸⁵⁴
- die Nutzung von Updates der Software im jeweiligen konkreten Einzelfall von einem zwischen dem Rechtsinhaber und dem ursprünglichen Erwerber abgeschlossenen Wartungsvertrag gedeckt ist,¹⁸⁵⁵
- der Ersterwerber seine eigene Kopie zum Zeitpunkt des Weiterverkaufs unbrauchbar macht, auf seinem Server mithin keine Vervielfältigung mehr erhalten bleibt,¹⁸⁵⁶ sodass eine unzulässige Aufspaltung der Lizenzen ausgeschlossen ist, und
- im jeweiligen Einzelfall sichergestellt ist, dass der Nacherwerber die Kopie nur in dem Ersterwerber vertraglich gestatteten – bestimmungsgemäßen – Umfang nutzt.“¹⁸⁵⁷

Nur mit einer Löschung der beim Erstnutzer bestehenden Kopie kann sichergestellt werden, dass bei diesem keine fortdauernde rechtswidrige Nutzung der Software erfolgt. Die Tatsache, dass während des und im zeitlichen Zusammenhang zum Übertragungsvorgang möglicherweise kurzzeitig zwei Kopien fortbestehen, ist hingegen nicht entscheidend. Zum einen kann sich diese technische Gegebenheit bei der Übertragung von Software ändern. Zum anderen soll das Recht, wie in Bezug auf den „Technischen Ansatz“ bei der Softwarenutzung dargelegt, nicht von technischen Einzelheiten abhängen, sondern vielmehr technologieneutral sein.¹⁸⁵⁸ Jedoch sind technische Prüfungsmechanismen für die Löschung einzuführen. Beweis-anforderungen müssen allgemeinen Anforderungen des Zivilrechts entsprechen, denn es ist nicht erkennbar, warum an den Gebrauchtmärkte von

1853 BGH, Urteil v. 17. Juli 2013 – I ZR 129/08 („UsedSoft II“), NJW-RR 2014, 360 ff., Rn. 64.

1854 BGH, Urteil v. 17. Juli 2013 – I ZR 129/08 („UsedSoft II“), NJW-RR 2014, 360 ff., Rn. 61.

1855 BGH, Urteil v. 17. Juli 2013 – I ZR 129/08 („UsedSoft II“), NJW-RR 2014, 360 ff., Rn. 62.

1856 BGH, Urteil v. 17. Juli 2013 – I ZR 129/08 („UsedSoft II“), NJW-RR 2014, 360 ff., Rn. 63–65.

1857 BGH, Urteil v. 17. Juli 2013 – I ZR 129/08 („UsedSoft II“), NJW-RR 2014, 360 ff., Rn. 68.

1858 Hierzu I. Teil § 3 D.

Software besonders hohe Beweisanforderungen zu stellen sind. Die vom BGH aufgestellten Hürden erscheinen allein aufgrund ihres Detailgrades eher hoch zu sein.

c) Keine Aufspaltung von Volumenlizenzen

Typischerweise werden einzelne Teile von Volumenlizenzen in Unternehmen nicht mehr benötigt bzw. sollen hinzuerworben werden. Fraglich ist, ob diese Gegenstand des Gebrauchtssoftwarehandels sein können. Gemäß dem EuGH ist eine Aufspaltung von Volumenlizenzen unzulässig,¹⁸⁵⁹ denn in diesem Fall macht der abgebende Nutzer die bei ihm noch bestehende Kopie nicht unbrauchbar. Der EuGH unterschied somit zwischen der tatsächlich bestehenden Kopie und den einzelnen Nutzungsrechten und sah die Kopie als Bezugspunkt an.¹⁸⁶⁰ Das Aufspaltungsverbot von Volumenlizenzen wird teils als ständige Rechtsprechung sowie als herrschende Meinung beschrieben.¹⁸⁶¹ Allerdings wird auch festgestellt, dass ein Verbot des reinen Zuerwerbs von einzelnen Lizenzen, ohne tatsächlich eine Kopie erlangen zu wollen, eine starke Begrenzung des Gebrauchtssoftwaremarktes darstellt.¹⁸⁶² Andere lehnen ein urheberrechtliches Aufspaltungsverbot ab und sehen allenfalls eine Vertragsverletzung bzw. eine Treuwidrigkeit des Weiterverkäufers als möglich an.¹⁸⁶³ Teils wird ausgeführt, der EuGH hat sich nicht allgemein gegen eine Aufspaltung von Volumenlizenzen ausgesprochen, sondern gegen die im Fall vorliegenden Client-Server-Lizenzen, denn ein Löschen – wie es der EuGH nach der Weitergabe fordert – erfolgt bei Client-Server-Lizenzen nicht und die auf dem Server vorgehaltene Kopie wird mit einer verringerten Anzahl von Clients bzw. Nutzungsrechten weitergenutzt.¹⁸⁶⁴ Letztlich dürfe es zu keiner Zunahme von Vervielfältigungsstücken auf den Servern des Erst- und des Zweitnutzers

1859 EuGH, Urteil v. 03. Juli 2012 – C 128/11 („UsedSoft v. Oracle“), NJW 2012, 2565 ff., Rn. 69.

1860 EuGH, Urteil v. 03. Juli 2012 – C 128/11 („UsedSoft v. Oracle“), NJW 2012, 2565 ff., Rn. 70, 71 in diese Richtung.

1861 Heydn, MMR 2012, 686, 692 zustimmend mit weiteren Verweisen; Rauer/Ettig, EWS 2012, 322, 327; Walter, MR-Int 1–2/12, 41.

1862 Moritz, K&R 2012, 456, 458.

1863 Haberstumpf, NJOZ 2015, 793, 804.

1864 Hilty/Köklü/Hafenbrädl, IIC 2013, 263, 283; Hoeren/Försterling, MMR 2012, 642, 645; Ohly, JZ 2013, 42, 44; Redeker, CR 2014, 73, 76.

kommen.¹⁸⁶⁵ Für andere ist eine Aufspaltung von Volumenlizenzen generell unzulässig,¹⁸⁶⁶ teils wird auch eine weitere Entscheidung des EuGH für erforderlich gehalten.¹⁸⁶⁷ Der BGH führte in der „UsedSoft III“-Entscheidung aus, dass eine Aufspaltung von Volumenlizenzen – im Gegensatz zu Client-Server-Lizenzen – im Einklang mit dem „UsedSoft v. Oracle“-Urteil des EuGH rechtmäßig ist, soweit eine tatsächliche Aufspaltung der im Volumen erworbenen Kopien erfolgt (in der Regel bei eigenständigen Installationen auf mehreren Arbeitsplätzen).¹⁸⁶⁸

In Bezug auf die Sicherstellung der „angemessenen Vergütung“ des Urhebers hat keine Unterscheidung zwischen den einzelnen technischen Ausgestaltungen von Volumenlizenzen zu erfolgen. Es ist irrelevant, ob viele Einzelplatzlizenzen oder eine Client-Server-Lizenz mit einer zentralen Kopie, auf welche über Clients zugegriffen wird, Gegenstand des Softwareüberlassungsvertrages sind. Zudem können sich technische Gegebenheiten bei der Nutzung von Software ändern. Auch soll das Recht, wie in Bezug auf den „Technischen Ansatz“ bei der Softwarenutzung dargelegt, nicht von technischen Einzelheiten abhängen, sondern ein technologieneutraler Ansatz ist zu bevorzugen.¹⁸⁶⁹ In der Folge ist eine allein auf die „angemessene Vergütung“ abstellende Betrachtung zu befürworten. Grundsätzlich ist bei Volumenlizenzen und damit einhergehenden Preisnachlässen zu beachten, dass es einem Softwareanbieter freisteht, solche anzubieten¹⁸⁷⁰ und es nicht Zweck des Urheberrechts ist, schlechtes betriebswirtschaftliches Handeln des Softwareanbieters zu korrigieren.¹⁸⁷¹ Letztlich ist es dem Rechtsinhaber möglich, mittels seiner Preispolitik eine angemessene Vergütung zu erzielen. Im Ergebnis ist eine mögliche Aufspaltung von Volumenlizenzen zu befürworten.

1865 BGH, Urteil v. 17. Juli 2013 – I ZR 129/08 („UsedSoft II“), NJW-RR 2014, 360 ff., Rn. 63, 65.

1866 Heydn, MMR 2012, 586, 592; Rössl, ITRB 2013, 28, 29

1867 Redeker, CR 2014, 73, 76.

1868 BGH, Urteil v. 11. Dezember 2014 – I ZR 8/13 („UsedSoft III“), GRUR 2015, 772 ff., Rn. 45. Schon früher OLG Frankfurt am Main, Urteil v. 18. Dezember 2012 – 11/U 68/11, GRUR 2013, 279, 282 B. I. 2. b).

1869 Hierzu I. Teil § 3 D.

1870 Grützmaker CR 2010, 141, 142 hierzu ausführlicher; Hilty/Köklü/Hafenbrädl, IIC 2013, 263, 283; Marly, GRUR 2013, 283, 284.

1871 Hilty/Köklü/Hafenbrädl, IIC 2013, 263, 283 in diese Richtung.

III. Zusammenfassung

Dem traditionellen Begriff des Erstverkaufs der Kopie werden im Fall der Softwareüberlassung mittels eines Downloads Grenzen aufgezeigt. Der EuGH hat diesen Sachverhalt noch unter die Richtlinie 2009/24/EG subsumiert, allerdings sind die Tatbestandsmerkmale der Norm nicht erfüllt. Es fehlt sowohl an einer Kopie als auch an einer Eigentumsübertragung. Zutreffend ist allein, dass das Entgelt den wirtschaftlichen Wert der Kopie bzw. des Nutzungsrechts widerspiegeln muss, um somit eine angemessene Vergütung des Urhebers sicherzustellen. Rechtspolitisch ist dem EuGH zu der Erweiterung des Begriffs des Erstverkaufs jedoch zuzustimmen. Es sollte eine Gesamtbetrachtung des Überlassungsvertrages erfolgen sowie der Begriff des Verkaufs urheber- und nicht schuldrechtlich und folglich weit ausgelegt werden. Somit können die urheberrechtlichen Wertungen, welche hinter dem Verbreitungsrecht und seiner Erschöpfung stehen, zur Geltung kommen. Überdies ist dem EuGH insoweit zuzustimmen, als stets die aktuellste beim Nutzer bestehende Programmversion Gegenstand der Erschöpfung ist. Auch ist eine Pflicht zur Löschung bestehender Kopien nach der Weitergabe zwingend. Fehl geht der EuGH hingegen mit seinen Ausführungen zum Verbot der möglichen Aufspaltung von Volumenlizenzen. Eine solche Möglichkeit der Aufspaltung ist vielmehr zu befürworten.

D. Erstverkauf bei der Softwarenutzung mittels Cloud Computing

Zu beachten ist, dass der Download von Software nicht mehr den Status quo der Softwarenutzung darstellt, denn dieser liegt im Cloud Computing.¹⁸⁷² Allerdings besteht bei der Softwarenutzung mittels Cloud Computing allein beim Softwareersteller bzw. Anbieter des Cloudservices eine Kopie gemäß Art. 4 Abs. 2 Richtlinie 2009/24/EG. Eine Subsumtion einer solchen unter das Verbreitungsrecht kann nicht mehr erfolgen.¹⁸⁷³ Auch kann die Kopie nicht Gegenstand einer Eigentumsübertragung an den Nutzer sein. In der Folge fehlt es an den wesentlichen Tatbestandsmerkmalen des Verkaufsbegriffs. Allein die Zahlung einer angemessenen Vergütung ist möglich. Diese erfolgt aber nicht für das Eigentum an einer Kopie

1872 Hierzu 3. Teil § 1 C.

1873 Lehmann, GRUR Int. 2015, 677, 678 in diese Richtung; Leriche/Ruelle, RLDI 2012, 86, 30, 35 darauf verweisend, dass eine solche nicht Gegenstand eines Verkaufs sein kann.

bzw. für die Überlassung einer solchen, sondern für die Verschaffung der Möglichkeit, die Software mittels Cloud Computing nutzen zu können, welche insbesondere mit der Einräumung eines Nutzungsrechts einhergeht. Im Ergebnis mangelt es bei der Softwarenutzung mittels Cloud Computing an einem Erstverkauf im Sinne des Art. 4 Abs. 2 Richtlinie 2009/24/EG.

E. Zusammenfassung

Der Erstverkauf stellt die zentrale tatbestandliche Voraussetzung der Erschöpfung des Verbreitungsrechts dar. Soweit Software auf einem Datenträger überlassen wird und dieser regelmäßig Gegenstand eines Kaufvertrages ist, erschöpft sich mit diesem Kauf das Verbreitungsrecht an dem vertragsgegenständlichen Werkstück. Im Fall der Nutzung von Software nach deren Überlassung mittels eines Downloads erweiterte der EuGH den Begriff des Erstverkaufs in der „UsedSoft v. Oracle“-Entscheidung und stellte fest, dass ein Kaufvertrag „eine Vereinbarung (ist,) nach der eine Person an eine andere Person ihre Eigentumsrechte an einem ihr gehörenden körperlichen oder nichtkörperlichen Gegenstand abtritt“. Dies erfolge gegen Zahlung eines Entgelts in Höhe des „wirtschaftlichen Werts“ der Kopie, um eine „angemessene Vergütung“ des Urhebers sicherzustellen. Allerdings fehlt es entgegen den Ausführungen des EuGH bei der Softwareüberlassung mittels eines Downloads an einer Kopie und in der Folge scheitert auch eine Eigentumsübertragung an einer solchen. Allein das Tatbestandsmerkmal der angemessenen Vergütung kann erfüllt werden. Wird Software mittels Cloud Computing genutzt, so mangelt es zudem an jedem Anknüpfungspunkt für eine Kopie und einer Eigentumsübertragung – auch die Grenzen der EuGH-Rechtsprechung sind überschritten. Die Richtlinie 2009/24/EG würde de lege lata diese Lebenssachverhalte nicht mehr erfassen.

§ 4. Lösungsansatz: Urheberrechtlicher Verkaufsbegriff als Tatbestandsmerkmal der Erschöpfung des Verbreitungsrechts

Die Analyse des „Erweiterten Begriff des Erstverkaufs“ im Sinne des EuGH ergab, dass dieses Tatbestandsmerkmal der urheberrechtlichen Erschöpfung bei der Subsumtion der Softwareüberlassung mittels eines Downloads unter Art. 4 Abs. 2 Richtlinie 2009/24/EG an Grenzen stößt, auch wenn der EuGH eine solche Subsumtion noch befürwortete. Wie der EuGH

in der „UsedSoft v. Oracle“-Entscheidung darlegte, kann in diesem Fall jedoch nicht mehr mit dem schuldrechtlichen Verkaufsbegriff argumentiert werden. Dies führte letztlich auch zur „UsedSoft v. Oracle“-Entscheidung in einem Vorabentscheidungsverfahren, denn vom Vorlagegericht war erkannt worden, dass eine Subsumtion eines Downloads von Software unter Art. 4 Richtlinie 2009/24/EG nicht mehr ohne Bedenken möglich ist. Allerdings ist die Realität der Nutzung von Software weiter als die Vorlagefragen an den EuGH. Software wird heute regelmäßig mittels Cloud Computing genutzt. In diesem Fall fehlt es, auch unter Zugrundelegung des „Erweiterten Begriff des Erstverkaufs“ im Sinne des EuGH, zum einen an einer einem Nutzer überlassenen Kopie und zum anderen an einer Eigentumsübertragung an einer solchen.

Demgegenüber könnten der Begriff des Erstverkaufs gemäß Art. 4 Abs. 2 Richtlinie 2009/24/EG und dessen Tatbestandsmerkmale Kopie, Eigentumsübertragung sowie die Vergütung als Gegenleistung einer anderen Auslegung zugänglich sein, um auch die Softwarenutzung mittels Cloud Computing noch zu erfassen. Dafür müsste der Begriff des Erstverkaufs jedoch in seinen urheberrechtlichen Regelungskontext gestellt werden. In der Folge könnte die Verwendung eines dem schuldrechtlichen Kaufvertrag nahestehenden Begriffs des Erstverkaufs, welcher allein die Nutzung der Software nach Überlassung auf einem Datenträger erfasst, als ein überholter und allein der Vergangenheit geschuldeter Fehlgriff bezeichnet werden. Denn nur bei körperlichen Werkstücken entspricht der urheberrechtliche auch dem schuldrechtlichen Verkaufsbegriff und erlaubt eine quasi-identische Verwendung, wie sie vor der „UsedSoft v. Oracle“-Entscheidung des EuGH stets erfolgt war.

A. Historischer Anknüpfungspunkt für urheberrechtlichen Verkaufsbegriff

Für eine solche neue urheberrechtliche Definition des Begriffs des Erstverkaufs gibt es auch historische Anhaltspunkte. Zwar erfolgten sowohl in der Richtlinie 2009/24/EG als auch in der Vorgängerrichtlinie 91/250/EWG keine Erläuterungen des Terminus Verkauf, jedoch lassen sich aus dem Richtlinienvorschlag der Kommission aus dem Jahr 1988¹⁸⁷⁴ Rückschlüs-

1874 Vorschlag der Kommission für eine Richtlinie des Rates über den Rechtsschutz von Computerprogrammen, ABl. EG C 91/4 v. 12. April 1989; Geänderter Vorschlag für eine Richtlinie des Rates über den Rechtsschutz von Computerprogrammen, ABl. EG C 320 v. 20. Dezember 1990, S. 22–30.

se ziehen. In diesem wurde ausgeführt, dass Softwareprodukte meist Lizenzvereinbarungen unterliegen, allein Standardsoftwareprogrammpakete und Spiele wurden davon ausgenommen.¹⁸⁷⁵ „Shrink-wrap licences“ (Verpackungslizenzen) wurden derart beschrieben, dass bei solchen die „Anwendungsbedingungen“ mit dem „Produkt“ derart verbunden sind, dass dieses „praktisch verkauft“ wird. Allerdings sei der Gesamtvertrag eine „Lizenz“.¹⁸⁷⁶ Ein „Verkauf“ bedeutet demnach, dass eine „körperliche Kopie des Programms“ verbunden mit „Rechten zur Anwendung“ an den Nutzer übergeht. Im Gegensatz dazu wurden Lizenzverträge „im konventionellen Sinne“ beschrieben. Bei individuell ausgehandelten Lizenzbedingungen sprach der Richtlinienentwurf von einer „Lizenzerteilung im konventionellen Sinn“ und bei der Überlassung von Standardsoftware von einem „Verkauf“ – allerdings in Anführungszeichen. Nach den Erklärungen der Begriffe wurden schließlich die Termini „Lizenzvereinbarung“ bzw. „Kauf“ dementsprechend verwendet.¹⁸⁷⁷ Es erscheint so, dass der Terminus „Lizenzvereinbarung“/„Lizenz“ benutzt wurde, soweit allein Lizenzbedingungen den Vertragsgegenstand ausmachen und die Art und Weise, wie die Software vom Nutzer erlangt wird, offenbleiben kann. Sobald hingegen ein körperlicher Datenträger, auf welchem die Software gespeichert ist, Gegenstand des Vertrages ist und auch im schuldrechtlichen Sinn verkauft wird, wurde trotz der daneben bestehenden Lizenz, wohl der Vereinfachung halber, von einem „Kauf“ gesprochen. In einem Arbeitsdokument des Wirtschafts- und Sozialausschusses der Europäischen Gemeinschaft aus dem Jahr 1989 wird angemerkt, dass nur die wenigsten Computerprogramme „verkauft“ werden. Vielmehr würden diese lizenziert und der Urheberrechtsinhaber behalte alle Immaterialgüterrechte.¹⁸⁷⁸ Die in dieser Arbeit behandelte Überlassung von Standardsoftware entspricht demnach einer solchen Lizenz, denn es wird allenfalls ein einfaches, nicht-ausschließliches Nutzungsrecht eingeräumt. In gleiche Richtung ging der deutsche Regie-

1875 Geänderter Vorschlag für eine Richtlinie des Rates über den Rechtsschutz von Computerprogrammen, ABl. EG C 320 v. 20. Dezember 1990, S. 22–30, Erster Teil, Allgemeines, 3.3.

1876 Geänderter Vorschlag für eine Richtlinie des Rates über den Rechtsschutz von Computerprogrammen, ABl. EG C 320 v. 20. Dezember 1990, S. 22–30, Erster Teil, Allgemeines, 3.4.

1877 Geänderter Vorschlag für eine Richtlinie des Rates über den Rechtsschutz von Computerprogrammen, ABl. EG C 320 v. 20. Dezember 1990, S. 22–30, Erster Teil, Allgemeines, 3.5. und dann im weiteren Richtlinienentwurf.

1878 Arbeitsdokument des Wirtschafts- und Sozialausschusses v. 03. April 1989 IND/360, S. 4.

rungsentwurf aus dem Jahr 1992 zur Umsetzung der Richtlinie 91/250/EWG. Dieser umfasste als „Erwerber“ den Begriff des Lizenznehmers¹⁸⁷⁹ sowie den des Käufers.¹⁸⁸⁰ Als Bezugspunkt des Kaufs kam der Datenträger in Betracht¹⁸⁸¹ oder unter Verwendung der urheberrechtlichen Terminologie die Kopie.¹⁸⁸²

Wird somit wie bei einem Download keine körperliche Kopie von der Software übergeben, so erscheint es möglich, sich wieder von dem Begriff des Kaufs zu lösen und diese „Fehlverwendung“ aus dem Jahr 1988 rückgängig zu machen. Denn bei der Betrachtung der Entstehungsgeschichte des Terminus Verkauf aus Art. 4 Abs. 2 Richtlinie 91/250/EWG sowie Richtlinie 2009/24/EG zeigt sich, dass keineswegs ein schuldrechtlicher Kaufvertrag über die Software bestehen sollte. Es wurde vielmehr der Fokus auf den immaterialgüterrechtlichen Lizenzvertrag gelegt und ein etwaiger Kauf bezog sich allein auf einen Datenträger.¹⁸⁸³ Eine solche immaterialgüterrechtliche Betrachtung des Verkaufsbegriffs wird teils in der Literatur befürwortet,¹⁸⁸⁴ aber auch abgelehnt.¹⁸⁸⁵ Auch wird teils die Subsumtion von einem Download unter einen Kaufvertrag begrüßt. Bei einem Kaufvertrag müsse schließlich keine Übergabe eines Werkstücks erfolgen, es sei auch eine Online-Übermittlung möglich.¹⁸⁸⁶ Es ist festzuhalten, dass durch das „UsedSoft v. Oracle“-Urteil des EuGH keine Festlegung auf die schuldrechtliche Rechtsnatur des Vertrages erfolgte und vorgeblich schuldrechtliche Ausführungen des EuGH nicht überzubewerten sind. Dieser war in seinen Ausführungen schließlich an den Wortlaut der Richtlinie und den dort verwendeten Begriff des Verkaufs gebunden.¹⁸⁸⁷ Darüber hinaus ist zu beachten, dass allein bei einem urheberrechtlichen Verständnis des Kaufbe-

1879 Blocher, in: Walter, Art. 5 Richtlinie 2009/24/EG, Rn. 10.

1880 BRegE, Entwurf eines Zweiten Gesetzes zur Änderung des Urheberrechtsgesetzes, BT-Drs. 12/4022 v. 18. Dezember 1992, 12.

1881 Bröckers, MMR 2011, 18, 18.

1882 Geänderter Vorschlag für eine Richtlinie des Rates über den Rechtsschutz von Computerprogrammen, ABl. EG C 320 v. 20. Dezember 1990, S. 6.

1883 Beispielsweise wird auch hinsichtlich des Terminus des „Vermietens“ im Urheberrecht erkannt, dass dies kein schuldrechtlicher Begriff ist, Bartsch, CR 2012, 141, 145.

1884 Hilty, GRUR 2018, 856, 867 in Bezug auf den Verkaufsbegriff des § 17 Abs. 2 UrhG von einem urheberrechtlichen und nicht kaufrechtlichen Begriff sprechend; Joos, 74 f.; Moritz, K&R 2012, 456 f. wohl in diese Richtung.

1885 Marly, Rn. 662 und 707 ff. die „UsedSoft v. Oracle“-Entscheidung des EuGH vertragsrechtlich interpretierend.

1886 Hierzu 3. Teil § 3 C II. 3.

1887 Hilty/Köklü/Hafenbrädl, IIC 2013, 263, 274 in diese Richtung; Ohly, JZ 2013, 43.

griffs auf eine Übergabe der Kaufsache als wesensbeschreibendes Element eines Kaufvertrages im Sinne des § 433 BGB verzichtet werden kann. Bei der Softwarenutzung mittels Cloud Computing ermangelt es schließlich unstreitig an einer Sache, welche übergeben wird. Vielmehr greift der Softwarenutzer bei jeder Nutzung auf die in der Cloud liegende Software zu. Aus urheberrechtlicher Perspektive müsse jedoch auch in diesem Fall, im Gleichlauf zur Überlassung mittels eines Datenträgers oder mittels eines Downloads, das Nutzungsrecht des Softwarenutzers begründet werden. Bei letztgenannten Überlassungs- bzw. Nutzungsarten regele dies der Erschöpfungsgrundsatz.¹⁸⁸⁸

B. Urheberrechtlicher Verkaufsbegriff und Erschöpfungsgrundsatz

Der EuGH stellte fest, dass ein Kaufvertrag im Sinne des Art. 4 Abs. 2 Richtlinie 2009/24/EG eine Vereinbarung ist, nach der eine Person an eine andere Person ihre Eigentumsrechte an einem ihr gehörenden körperlichen oder nichtkörperlichen Gegenstand abtritt und dies gegen Zahlung eines Entgelts in Höhe des wirtschaftlichen Werts der Kopie, um eine angemessene Vergütung des Urhebers sicherzustellen. Übertragen auf die analoge Welt beschreibt dies den Verkauf eines Werkstücks wie beispielsweise eines Buches. Ein solcher Verkauf entspricht einer urheberrechtlichen Verbreitung. Es tritt unstreitig eine Erschöpfung des Verbreitungsrechts an diesem Buch als Werkstück ein.

I. Tatbestand eines urheberrechtlichen Verkaufsbegriff

Wird bei der Softwareüberlassung der Terminus der Kopie durch den des Nutzungsrechts ersetzt,¹⁸⁸⁹ so kann an diesem Recht keine Eigentumsübertragung erfolgen. Nutzungsrechte werden im deutschen Urheberrecht eingeräumt. Einer Übertragung von Eigentum kommt allerdings die Einräumung eines dauerhaften Nutzungsrechts nahe, denn ein solches berechtigt zur dauerhaften Nutzung der Software, ähnlich wie das Eigentumsrecht grundsätzlich dazu berechtigt, mit der Sache dauerhaft nach Belieben zu verfahren, beispielsweise im deutschen Recht gemäß § 903 BGB. Auch

1888 Hilty, GRUR 2018, 865, 867.

1889 Hierzu 3. Teil § 2.

die Zahlung eines Entgelts – bei der Softwareüberlassung zum Beispiel eine Einmalzahlung – entspricht dem beschriebenen Lebenssachverhalt des Buchkaufs. Ein sogenannter „urheberrechtlicher Erstverkauf“ könnte beschrieben werden als die Verschaffung der Möglichkeit der tatsächlichen Nutzung der Software sowie die Einräumung eines dauerhaften Nutzungsrechts gegen eine Einmalzahlung als angemessene Vergütung. Der Bezugspunkt des urheberrechtlichen Verkaufsbegriffs wäre in diesem Fall nicht mehr etwas Körperliches wie ein physischer Datenträger, sondern „die Kopie des Computerprogramms selbst und die mit ihr verbundene Nutzungslizenz.“¹⁸⁹⁰ Fehlt es an der Kopie, so würde allein die Nutzungslizenz, also das Nutzungsrecht, als Bezugspunkt sowohl des Verkaufs als auch in der Folge des Erschöpfungsgrundsatzes dienen.

II. Bewertung der Ausweitung des Erschöpfungsgrundsatzes

Ein Lösen des Erschöpfungsgrundsatzes von dem Vorliegen eines körperlichen Werkstücks wird kontrovers diskutiert. Teils wird angemerkt, der Erschöpfungsgrundsatz sei dem Urheberrecht immanent und solle nicht am mangelnden körperlichen Werkstück bei einem Download scheitern.¹⁸⁹¹ Auch wird eine Übertragung des Rechtsgedankens der Erschöpfung auf online-überlassene Software begrüßt, wenn ein dauerhaftes Nutzungsrecht gegen Entgelt eingeräumt wird.¹⁸⁹² André Lucas führt aus, dass es künstlich erscheint, die Wirkungen des Erschöpfungsgrundsatzes von der Existenz eines Kaufvertrages über einen Datenträger abhängig zu machen, insbesondere ist auch der Wert des Datenträgers vernachlässigbar. Vielmehr solle die Vertragsrealität und somit die Software unabhängig von ihrem Träger betrachtet werden.¹⁸⁹³ Insbesondere, wenn es auch an einem Download ermangelt, handelt es sich tatsächlich nicht mehr um eine Ausweitung des Erschöpfungsgrundsatzes, sondern vielmehr um die Schaffung einer Rechtsfigur, welche Wertungen des Erschöpfungsgrundsatzes übernimmt.

Andere sehen in diesem Szenario eine Grenze überschritten und weisen bezüglich des Rechts zur Weiterveräußerung darauf hin, dass der Erschöpfungsgrundsatz das rechtlich schwerer zu erklärende Modell der stillschwei-

1890 EuGH, Urteil v. 12. Oktober 2016 – C 166/15 („Ranks“), GRUR 2016, 1271 ff., Rn. 34.

1891 Hoeren, CR 2006, 573, 574.

1892 Sosnitza, ZUM 2009, 521.

1893 Lucas, Pi 2009, 31, 268, 269.

genden Lizenz verdrängt hatte,¹⁸⁹⁴ diese Verdrängung aber unter Umständen zu voreilig erfolgte. Sobald ein körperliches Werkexemplar fehle, komme der Erschöpfungsgrundsatz tatbestandlich nicht mehr zur Anwendung,¹⁸⁹⁵ und der Bezugspunkt verschiebe sich weg vom Vervielfältigungsstück hin zum Vervielfältigungsrecht, was dem Erschöpfungsgrundsatz widerspreche.¹⁸⁹⁶ Es wird erkannt, dass sich das Nutzungsrecht scheinbar selbst erschöpfe und nicht mehr das Verbreitungsrecht in Bezug auf eine Kopie. Im Ergebnis sei allenfalls eine analoge Anwendung des Erschöpfungsgrundsatzes möglich.¹⁸⁹⁷ Eine solche Übertragung des Erschöpfungsgrundsatzes auf digitale Sachverhalte hätte jedoch nicht mehr viel gemein mit dem ursprünglich im Patentrecht entwickelten immaterialgüterrechtlichen Rechtsgrundsatz.¹⁸⁹⁸ Hilty versucht einen Vergleich der Interessenslagen zwischen der Überlassung von Software mittels eines Datenträgers und der Nutzung von Software mittels Cloud Computing, bezweifelt letztlich jedoch eine vergleichbare Interessenslage,¹⁸⁹⁹ denn die Rechtsinhaber haben mittels technischer Schutzmaßnahmen und vertraglicher Gestaltungsmöglichkeiten ausreichend Mittel zur Hand, um insbesondere auch bei Cloud Computing-Lösungen ihre Interessen zu schützen.¹⁹⁰⁰ Diese erlaubten es Anbietern mehr und mehr, jede einzelne Nutzung zu kontrollieren und damit dem Urheberrecht zu entziehen.¹⁹⁰¹ Letztlich „werde es irrelevant, ob die Nutzung selbst urheberrechtlich relevant“ sei.¹⁹⁰² Immaterialgüterrechtliche Rechtsfiguren wie beispielsweise die der „implied licence“ würden mittels technischer Schutzmaßnahmen und entsprechenden Vertragsbedingungen bei Cloud-Modellen verhindert.¹⁹⁰³

1894 Hilty, in: Harrer/Portmann/Zäch, 61, 78 mit weiteren Verweisen u.a. auf Kohler, Josef, Handbuch des deutschen Patentrechts, 1890, 452 ff.

1895 Hilty, in: Harrer/Portmann/Zäch, 61, 78

1896 Senftleben, NJW 2012, 2925 f.

1897 Wiebe, in: Münchener Anwaltshandbuch IT-Recht, Teil 3, Rn. 94 (in früherer Auflage: 3. Auflage, 2013).

1898 Hilty, in: Bruun/Dinwoodie/Levin/Ohly, 272, 283 davon sprechend, dass außerhalb des Bereichs physischer Güter der Anwendungsbereich des Erschöpfungsgrundsatzes „erschöpft“ ist bzw. mit dem Titel der Veröffentlichung die Frage stellend, ob sich das Rechtsinstitut der Erschöpfung „erschöpft“ hat.

1899 Hilty, Urheberrecht, Rn. 315,

1900 Hilty, Urheberrecht, Rn. 318; Hilty, in: Bruun/Dinwoodie/Levin/Ohly, 272, 278;

1901 Hilty, in: Bruun/Dinwoodie/Levin/Ohly, 272, 278, 281; Hilty, Urheberrecht, Rn. 317.

1902 Hilty, in: Bruun/Dinwoodie/Levin/Ohly, 272, 278.

1903 Hilty, in: Bruun/Dinwoodie/Levin/Ohly, 272, 281.

Bei Ablehnung einer „Online-Erschöpfung“ könnten Rechtsinhaber vertraglich eine Weitergabe ausschließen und somit Schutz erfahren.¹⁹⁰⁴ Auch seien etwaige technische Schutzmaßnahmen nicht per se schlecht, denn der Schutz von Geschäftsmodellen könne legitim sein. Jedoch seien solche technischen Schutzmaßnahmen nur schutzwürdig, soweit diese sich im bestehenden Rechtsrahmens bewegen. Der Gesetzgeber müsse eine Richtungsentscheidung für die nun bestehenden neuen technischen Rahmenbedingungen treffen und festlegen, wie mit diesen umzugehen sei.¹⁹⁰⁵ Auch Ohly verlangt eine Intervention des Gesetzgebers und stellt fest, dass der Erschöpfungsgrundsatz auf nicht-rivalen Nutzungen von Werkstücken basiert, bei digitalen Gütern ist hingegen eine rivale Nutzung möglich. Die Anerkennung des Erschöpfungsgrundsatzes bei der Einräumung von Nutzungsrechten würde schließlich zur Verkehrsfähigkeit von Nutzungsrechten führen.¹⁹⁰⁶ Zuzustimmen ist in jedem Fall, dass der Gesetzgeber eine Entscheidung treffen muss, ob und welche neuen Regelungen erforderlich sind, um insbesondere die digitale Werknutzung abzubilden. Wie oben beschrieben stellt sich die Frage der Einordnung der Online-Nutzung nicht nur in Bezug auf die Erschöpfung des Verbreitungsrechts, sondern schon bei der Subsumtion der Nutzung von Software mittels Cloud Computing unter die Software-Richtlinie 2009/24/EG. Jedoch birgt dies stets die Gefahr, dass der Gesetzgeber und in der Folge die das Gesetz konkretisierenden Gerichtsentscheidungen einem Wettlauf gegen die Entwicklung von Geschäftsmodellen nicht standhalten. Insbesondere ist zu beachten, dass Geschäftsmodelle maßgeblich auch von technischen Entwicklungen abhängen, welche nicht vorausgesagt werden können. Tatsächlich ist festzustellen, dass derzeit das Vertragsrecht bzw. rechtmäßige technische Schutzmaßnahmen ein opportunes Mittel darstellen, um die Interessen der Urheber zu schützen. Jedoch ist auch hier auf nachgelagerter Ebene stets eine Abwägung erforderlich, ob bei der Bestimmung des Rechtsrahmens für technische Schutzmaßnahmen oder insbesondere bei der AGB-Kontrolle von Vertragsbedingungen. Es erscheint fraglich, ob es möglich sein wird, hier einen klaren Rechtsrahmen und somit auch Rechtssicherheit zu schaffen, wie es der „Schwarz-Weiß-Ansatz“ des Erschöpfungsgrundsatzes bisher schaffen konnte und an diesen angelehnte Modelle es unter Umständen in der Zukunft schaffen könnten.

1904 Hilty, GRUR 2018, 865, 879.

1905 Hilty, in: Calboli/Lee, 64, 78 f.; Hilty, in: Bruun/Dinwoodie/Levin/Ohly, 272, 280, 281.

1906 Ohly, JZ 2013, 44.

Auch wird angemerkt, dass es bei der Nutzung von digitalen Werken über Cloud-Modelle in der Regel an einer Einmalzahlung fehlt, sondern es erfolgen fortlaufende Zahlungen für die jeweiligen Nutzungszeiträume. Dies führe dazu, dass kein Restwert beim Erstnutzer verbleibe, welchen dieser zu monetarisieren beabsichtige.¹⁹⁰⁷ Daher sinke auch die praktische Relevanz dieser Fragestellungen.¹⁹⁰⁸ Auch sei zu beachten, dass ein Beharren auf dem Erschöpfungsgrundsatz Rechtsinhaber motiviere, weiter auf Cloud-Nutzungsmodelle zu setzen.¹⁹⁰⁹ Es ist zuzustimmen, dass durch Zeitverträge mit einer kurzen Vertragsdauer bzw. per-per-use Modellen die faktische Relevanz dieser Fragestellungen sinkt. Jedoch stellt dies keinen Nachteil dar. Solche Vertragsmodelle haben das Potential, den wirtschaftlichen Wert einer Nutzung noch präziser zu bestimmen und die Vergütung daran anzupassen. Das „Preis-Leistungs-Verhältnis“ kann somit sowohl auf Anbieter- als auch auf Nutzerseite optimiert werden. Insbesondere für Nutzer bieten Modelle, bei welchen eine große Auswahl an verschiedenartigen Softwares angeboten werden, jedoch keine hohen Anschaffungskosten anfallen, einen Vorteil. Im Ergebnis kann sich das Lizenzverträgen anhaftende Risiko der unklaren tatsächlichen späteren Nutzung der Lizenz bzw. des Lizenzgegenstands hierdurch maßgeblich reduzieren.

Auch aus vertragsrechtlicher Perspektive wird gegen eine im Widerspruch zum Willen des Urhebers stehende Übertragung der Nutzungsrechte argumentiert. So stehe der Ausschluss eines Parteiwechsels im Einklang mit der „allgemeinen lizenzvertraglichen Dogmatik“, welche „zentral auf Vertragsfreiheit beruht.“¹⁹¹⁰ Bei den hier in Frage stehenden Massenverträgen komme es dem Urheber jedoch in der Regel nicht darauf an, wer sein Werk nutze und eine Übertragung des Nutzungsrecht erscheine gerechtfertigt.¹⁹¹¹ Auch Art. 5 Abs. 1 Richtlinie 2009/24/EG unterstreiche diese Ansicht, in dem dieser von der „Ermangelung spezifischer vertraglicher Bestimmungen“ spreche. Auch wenn der Norm ein „zwingender Kern“ zugeschrieben werde, enthielte dieser kaum, „dass eine Nutzungsberechtigung übertragbar sein muss.“¹⁹¹² Dem ist grundsätzlich zuzustimmen, jedoch ist das Interesse des Lizenzgebers an einem spezifischen Nutzer bei Massenverträgen wie Software wohl vernachlässigbar. Auch bei körperlichen Werk-

1907 Hilty, in: Bruun/Dinwoodie/Levin/Ohly, 272, 279.

1908 Hilty, in: Calboli/Lee, 64, 81 f.

1909 Hilty, Urheberrecht, Rn. 317.

1910 Hilty, GRUR 2018, 865, 873 f.

1911 Hilty, in: Calboli/Lee, 64, 79 f.

1912 Hilty, GRUR 2018, 865, 874.

stücken von Software konnte der Rechtsinhaber die Nutzung eines Werkstücks nicht steuern, sobald sein Verbreitungsrecht an diesem erschöpft war.

Letztlich wird vorgeschlagen, Lösungen über andere Rechtsbereiche herbeizuführen. So sei beispielsweise das Kartellrecht ein besseres rechtliches Mittel, um missbräuchliches Verhalten von Rechtsinhabern einzuschränken.¹⁹¹³ Auch könnte das Verbraucherschutzrecht zielgerichteter sein.¹⁹¹⁴ Jedoch sei zu beachten, dass bestehender Wettbewerb letztlich am effektivsten den Verbraucherschutz sicherstelle.¹⁹¹⁵ Insbesondere das Verbraucherschutzrecht kann ein Mittel darstellen, um verbraucherpezifischen Interessen Schutz zukommen zu lassen. Mit der Richtlinie (EU) 2019/770 ist für digitale Inhalte ein Schritt in diese Richtung erfolgt. Jedoch stellen Verbraucherverträge bei Software nur einen Teil des Marktsegments dar und der Handel mit Gebrauchtssoftware wird eher von Unternehmerverträgen geprägt.

Im Ergebnis wird daran festgehalten, eine immaterialgüterrechtliche Lösung zu suchen. Auch wenn es an Erfüllung der Tatbestandsmerkmale der Erschöpfung fehlt, sollen die hinter diesen stehenden Wertungen übertragen werden und nicht das Urheberrecht und seine Rechtsinstitute nicht mehr zur Anwendung kommen. Immaterialgüterrechtliche Fragestellungen wie der Umfang der Ausschließlichkeitsrechte des Urhebers sollen urheberrechtlich gelöst werden, mittels eines urheberrechtlichen Verkaufsbegriffs gemäß Art. 4 Abs. 2 Richtlinie 2009/24/EG. Daher wird an dieser Stelle vorgeschlagen, eine dem Erschöpfungsgrundsatz entsprechende Rechtsfigur zu schaffen, welche jedoch Nutzungsrechte anstelle von Kopien zum Gegenstand hat. Liegt in der Folge ein urheberrechtlicher Verkauf vor, so stellt dies eine dem Erstverkauf als Tatbestandsmerkmal des Erschöpfungsgrundsatzes entsprechende Handlung dar. Im Ergebnis kann sich der Rechtsinhaber bezüglich dieses spezifischen Nutzungsrechts, welches dieser eingeräumt hat, nicht mehr auf sein Quasi-Verbreitungsrecht berufen und eine weitere Übertragung dieses Nutzungsrecht bedarf demnach nicht mehr der Zustimmung des Rechtsinhabers. Diese Entscheidung mag zu überdenken sein, insbesondere wenn absehbar ist, dass ein neuer gesetzlicher Rahmen greifbar erscheint, welcher unabhängig von einzelnen „Trends“ bei Geschäftsmodellen und in der technischen Entwicklung Antworten auf die bei der Nutzung von Software mittels Cloud Computing

1913 Hilty, in: Calboli/Lee, 64, 81 f.

1914 Hilty, in: Calboli/Lee, 64, 82.

1915 Hilty, Urheberrecht, Rn. 317.

auftretenden vorwiegend immaterialgüterrechtlichen Rechtsfragen geben kann.

C. Änderungsvorschlag: Art. 4 Abs. 2 Richtlinie 2009/24/EG

Als praktische Umsetzung kommt de lege ferenda eine Änderung des Wortlauts von Art. 4 Abs. 2 Richtlinie 2009/24/EG in Betracht. Der in Bezug auf die Kopie beschriebene Erschöpfungsgrundsatz müsste an den urheberrechtlichen Verkaufsbegriff angepasst werden, da es Sachverhalte wie die Softwareüberlassung mittels eines Downloads bzw. die Softwarenutzung mittels Cloud Computing gibt, welche einen Erstverkauf einer Kopie nicht mehr enthalten. Art. 4 Abs. 2 Richtlinie 2009/24/EG könnte somit zum einen für diese Sachverhalte eine Ergänzung erhalten und würde wie folgt lauten:

„Mit dem Erstverkauf einer Programmkopie oder der einem solchen entsprechenden Einräumung eines Nutzungsrechts an dem Computerprogramm in der Gemeinschaft durch den Rechtsinhaber oder mit seiner Zustimmung erschöpft sich in der Gemeinschaft das Recht auf die Verbreitung dieser Kopie bzw. kann der Rechtsinhaber einer Weiterübertragung dieses vorstehend beschriebenen Nutzungsrechts nicht mehr widersprechen; ausgenommen hiervon ist jedoch das Recht auf Kontrolle der Weitervermietung des Programms oder einer Kopie davon bzw. der mietähnlichen Einräumung oder Übertragung dieses in Halbsatz 1 beschriebenen Nutzungsrechts.“

Alternativ könnte auch der Fokus allein auf das Nutzungsrecht gelegt werden. In diesem Fall würde eine Änderung des Wortlauts in folgender Weise erfolgen:

„Mit der einem Erstverkauf einer Programmkopie entsprechenden Einräumung eines Nutzungsrechts an dem Computerprogramm in der Gemeinschaft durch den Rechtsinhaber oder mit seiner Zustimmung in der Gemeinschaft kann der Rechtsinhaber einer Weiterübertragung dieses Nutzungsrechts nicht mehr widersprechen; ausgenommen hiervon ist jedoch das Recht auf Kontrolle einer mietähnlichen Einräumung oder Übertragung dieses in Halbsatz 1 beschriebenen Nutzungsrechts.“

D. Exkurs: Übertragung eines zeitlich beschränkten Nutzungsrechts

Fraglich ist, ob eine Übertragung der Rechtsfigur der Erschöpfung des Verbreitungsrechts auf die Einräumung eines zeitlich beschränkten Nutzungsrechts möglich ist. Denn in diesem Fall liegt grundsätzlich allein eine Vermietung im Sinne des Art. 4 Abs. 1 lit. c) Richtlinie 2009/24/EG vor. Die Einordnung einer solchen Vermietung als Erstverkauf im Sinne des Art. 4 Abs. 2 Richtlinie 2009/24/EG wird teils abgelehnt,¹⁹¹⁶ denn bei einer zeitlich befristeten Softwareüberlassung bzw. Nutzung fehle es an der Aufgabe der Verfügungsmöglichkeit durch den Softwareanbieter.¹⁹¹⁷ In der „Green-IT“-Entscheidung des BGH übertrug dieser die Wertungen der Erschöpfung auch auf die Softwareüberlassung auf Zeit. In dem streitgegenständlichen Sachverhalt wurde Software überlassen und ein in der Regel einjähriges Nutzungsrecht eingeräumt. Nach Ablauf dieses Jahres war die Software aus technischen Gründen nicht mehr nutzbar. Der BGH subsumierte diesen Sachverhalt unter Art. 4 Abs. 2 Richtlinie 2009/24/EG, da dem Nutzer ein Recht „für die gesamte Zeit der Funktionsfähigkeit“ eingeräumt wurde.¹⁹¹⁸ In diesem Sinne wird auch in der Literatur teils bei zeitlich begrenzter Softwareüberlassung die Möglichkeit einer für den Zeitraum der Überlassung eintretenden Erschöpfung angesprochen.¹⁹¹⁹ Kämen allein die oben genannten urheberrechtlichen Ausführungen zur Anwendung,¹⁹²⁰ würde Folgendes gelten: Wenn der Softwareanbieter gegen Einräumung eines Nutzungsrechts für eine bestimmte Dauer eine dem wirtschaftliche Wert des Nutzungsrechts entsprechende angemessene Vergütung erhalten hat, ist es für diesen nicht von Relevanz, wer die Software im Einzelfall nutzt, denn er konnte für in Frage stehendes Nutzungsrecht abschließend profitieren. Insbesondere ein legitimes Interesse des Softwareanbieters an der Verhinderung einer Weitergabe des Nutzungsrechts ist nicht ersichtlich.¹⁹²¹

1916 Haberstumpf, CR 2012, 561, 568.

1917 Marly, Rn. 185 f.

1918 BGH, Urteil v. 19. Mai 2015 – I ZR 4/14 („Green-IT“), MMR 2015, 735 ff., Rn. 37.

1919 Bainbridge, Information technology and intellectual property law, Rn. 3.130 beschreibend, jedoch mit der Eingrenzung, dass dies wohl zu weit geht.

1920 3. Teil § 4 A, B.

1921 Hilty/Köklü/Hafenbrädl, IIC 2013, 263, 280 f. Eine abschließende Antwort auf diese Rechtsfrage kann an dieser Stelle aufgrund der anderen Schwerpunktsetzung der Arbeit nicht gegeben werden.

Die Softwareüberlassung auf Zeit wurde als „Allheilmittel“ angesehen und eine Änderung von Geschäftsmodellen der Softwareanbieter vorausgesetzt, denn damit könne der Erschöpfungsgrundsatz noch umgangen werden.¹⁹²² Folglich habe die „UsedSoft v. Oracle“-Entscheidung des EuGH am Ende viel Lärm um nichts gemacht,¹⁹²³ auch würden Zeitverträge die Verwaltungskosten und somit auch den Preis für Software erhöhen. Ein Verschwinden des Gebrauchtsoftwaremarktes wurde prophezeit.¹⁹²⁴ Teils wurden auch Cloud Computing¹⁹²⁵ wie „Saas“¹⁹²⁶ als Lösung für die Softwareindustrie angesehen, denn unter Beibehaltung der Kriterien des EuGH in der „UsedSoft v. Oracle“-Entscheidung wäre die Richtlinie 2009/24/EG nicht anwendbar und der Erschöpfungsgrundsatz käme nicht zur Geltung.¹⁹²⁷

Tatsächlich gibt es auch heute noch einen Markt für Gebrauchtsoftware, allerdings haben sich auch Cloud Computing Lösungen etabliert, welche die Nutzung der Software auf Zeit gestatten. Microsoft 365 kann diesbezüglich als eines der prominentesten Beispiele genannt werden. Im Ergebnis lässt sich keine pauschale Antwort geben, denn auch beispielsweise die datenschutzrechtlichen Rahmenbedingungen entwickeln sich fortlaufend weiter und insbesondere die Nutzung von Cloud Computing mit der Speicherung von personenbezogenen Daten auf Servern von Cloud Anbietern in den USA werfen für Unternehmen im EWR als Nutzer neue rechtliche Fragestellungen auf. Somit kann keineswegs von Cloud Computing Lösungen bzw. Zeitverträgen als „Allheilmittel“ gesprochen werden und auch die dauerhafte Überlassung von Standardsoftware ist als Geschäftsmodell noch omnipräsent, insbesondere bei von Unternehmen massenhaft genutzten Standardsoftwareprodukten.

1922 Coulaud, RLDI 2012, 85, 129 f.; Göbel, ELR 2012, 226, 231; Hartmann, GRUR Int. 2012, 980, 986 f.; Marly, Rn. 236; Mendoza-Caminade, Recueil Dalloz 2012, 2142 ff.; Moritz, K&R 2012, 456, 458; Redeker, CR 2014, 73, 78; Roth, ZUM 2015, 981, 983 auch darauf hinweisend, dass noch keine im selben Sachzusammenhang ergangene Rechtsprechung besteht; Schack, Rn. 453; Stothers, EIPR 2012, 787, 791; Vinje/Marsland/Gärtner, CRi 2012, 97, 100.

1923 Vivant, in: Lamy Droit du Numérique 2023, Rn. 54.

1924 Vinje/Marsland/Gärtner, CRi 2012, 97, 100.

1925 Marly, Rn. 236; Moritz, K&R 2012, 456, 458; Stothers, EIPR 2012, 787, 791.

1926 Grigoriadis, JICLT 2013, 198, 204 f.; Redeker, CR 2014, 73, 78.

1927 Hoeren/Pinelli, 64 in diese Richtung; Janssens, in: Stamatuodi/Torremans, Rn. 5.91; Marly, Rn. 184; Redeker, CR 2014, 73, 78; Senftleben, NJW 2012, 2927 auch mit Verweis auf weitere Literatur.

E. Zusammenfassung

Der traditionelle Erschöpfungsgrundsatz kann in der digitalen Welt nicht mehr zur Anwendung kommen, insbesondere ermangelt es an einem körperlichen Werkstück, welches Gegenstand eines Erstverkaufs wird. Wird allerdings der Verkaufsbegriff urheberrechtlich ausgelegt und werden allein die hinter diesem stehenden rechtlichen Wertungen betrachtet, so kann dies in der Folge auch für die Rechtsfigur des Erschöpfungsgrundsatzes gelten. Liegt demnach ein urheberrechtlicher Verkauf vor, so kann dies einem Erstverkauf im Sinne des Erschöpfungsgrundsatzes gleichgestellt werden und die Rechtsfolgen der Erschöpfung des Verbreitungsrechts können eintreten. Eine weitere Übertragung des Nutzungsrechts bedarf somit nicht der Zustimmung des Softwareerstellers bzw. -anbieters als Urheberrechtsinhaber. Im Ergebnis erscheint es möglich, eine neue Rechtsfigur parallel zum urheberrechtlichen Erschöpfungsgrundsatz zu entwickeln.

§ 5. Nutzungsberechtigung des Zweitnutzers: Rechtmäßiger Erwerber und dessen bestimmungsgemäße Benutzung der Software gemäß Art. 5 Abs. 1 Richtlinie 2009/24/EG

Gegenstand dieses § 5 ist die Berechtigung des Zweiterwerbers bzw. Zweitnutzers zur Nutzung der Software sowie der Umfang der bestimmungsgemäßen Benutzung gemäß Art. 5 Abs. 1 Richtlinie 2009/24/EG. Streitig war lange Zeit, ob ein Zweitnutzer als Erwerber im Sinne des Art. 5 Abs. 1 Richtlinie 2009/24/EG angesehen werden kann; wie dargelegt¹⁹²⁸ wird dies heute befürwortet. Jedoch ist zu prüfen, ob die Überlassung von Software mittels eines Downloads den Erwerbsstatbestbestand des Art. 5 Abs. 1 Richtlinie 2009/24/EG erfüllt. Falls dies befürwortet werden kann, ist zu bestimmen, ob ein Download der Software zur Erlangung von dieser unter die bestimmungsgemäße Benutzung im Sinne der Norm zu subsumieren ist.

1928 1. Teil § 3 E I.

A. Rechtmäßiger Erwerber und dessen bestimmungsgemäße Benutzung der Software nach Überlassung der Software mittels eines Datenträgers

Wird Software verkörpert auf einem Datenträger wie beispielsweise einer CD-ROM oder DVD dauerhaft überlassen, so wird eine spezifische körperliche Kopie durch einen Verbreitungsgegenstand des Rechtsverkehrs. Der Datenträger mit der auf diesem gespeicherten Software kann dabei Gegenstand eines Erstverkaufs gemäß Art. 4 Abs. 2 Richtlinie 2009/24/EG sein. In der Folge ist das Verbreitungsrecht an dieser Kopie erschöpft. Der Erwerb der Kopie, an welcher das Verbreitungsrecht erschöpft ist, stellt einen rechtmäßigen Erwerb im Sinne des Art. 5 Abs. 1 Richtlinie 2009/24/EG dar.¹⁹²⁹ Der Umfang der bestimmungsgemäßen Benutzung, welche dem rechtmäßigen Erwerber gestattet ist, ergibt sich aus dem zwischen dem Rechtsinhaber und dem Ersterwerber abgeschlossenen Vertrag. Die Installation der Software ergibt sich jedenfalls aus dem zwingenden Kern des Art. 5 Abs. 1 Richtlinie 2009/24/EG, falls es diesbezüglich an vertraglichen Bestimmungen mangelt.¹⁹³⁰

B. Rechtmäßiger Erwerber und dessen bestimmungsgemäße Benutzung der Software nach Überlassung der Software mittels eines Downloads

I. Scheitern der Subsumtion unter traditionellen Begriff des rechtmäßigen Erwerbs

Im Falle der Softwareüberlassung mittels eines Downloads fehlt es an der Verbreitung einer im traditionellen Sinn verstandenen körperlichen Kopie und folglich an einem Erwerb im Sinne des Art. 5 Abs. 1 Richtlinie 2009/24/EG. Eine solche Überlassung kann auch nicht unter den Begriff des Erstverkaufs gemäß Art. 4 Abs. 2 Richtlinie 2009/24/EG subsumiert werden, auf welchen sich ein Zweitnutzer als rechtmäßiger Erwerber berufen müsste.¹⁹³¹ Zusammenfassend würde Art. 5 Abs. 1 Richtlinie 2009/24/EG die Überlassung von Software mittels eines Downloads nicht mehr erfassen.

1929 1. Teil § 3 E I.

1930 1. Teil § 3 E II. 1.

1931 Hierzu 3. Teil § 3 B, C.

II. Weite Auslegung der Begriffe Erwerb und bestimmungsgemäße Benutzung: „UsedSoft v. Oracle“- und „Ranks“-Entscheidungen des EuGH

Der EuGH nahm in der „UsedSoft v. Oracle“-Entscheidung jedoch eine weite Auslegung des Art. 5 Abs. 1 Richtlinie 2009/24/EG vor. Zum einen stellte der EuGH fest, dass neben dem Ersterwerber auch ein Zweiterwerber rechtmäßiger Erwerber im Sinne des Art. 5 Abs. 1 Richtlinie 2009/24/EG sein kann.¹⁹³² Zudem subsumierte der EuGH auch die Überlassung der Software mittels eines Downloads sowohl unter den Begriff des Erwerbs gemäß Art. 5 Abs. 1 Richtlinie 2009/24/EG durch den Ersterwerber¹⁹³³ als auch unter den Begriff des Verkaufs gemäß Art. 4 Abs. 2 Richtlinie 2009/24/EG und befürwortete in diesem Szenario die Einordnung als Verbreitung einer Kopie.¹⁹³⁴ Darüber hinaus führte der EuGH aus, dass der Download der Kopie von der Internetseite des Softwareanbieters eine „Vervielfältigung (darstellt), die erforderlich ist, damit der rechtmäßige Erwerber das Computerprogramm bestimmungsgemäß nutzen kann.“¹⁹³⁵ Daher kann derjenige, der sich rechtmäßig auf Art. 5 Abs. 1 Richtlinie 2009/24/EG beruft, die Kopie von der Webseite des Softwareanbieters herunterladen.¹⁹³⁶ In der „Ranks“-Entscheidung ergänzte der EuGH, dass „der Erwerb und das Herunterladen einer auf der Webseite des Rechtsinhabers befindlichen Kopie eines Computerprogramms“ von Art. 5 Abs. 1 Richtlinie 2009/24/EG mitumfasst sind, denn „ein solcher Download ist notwendig, um die Software bestimmungsgemäß benutzen zu können.“¹⁹³⁷

1932 Hierzu 1. Teil § 3 E I.

1933 EuGH, Urteil v. 03. Juli 2012 – C 128/11 („UsedSoft v. Oracle“), NJW 2012, 2565 ff., Rn. 75.

1934 Hierzu 3. Teil § 1 B II., § 3 C II.

1935 EuGH, Urteil v. 03. Juli 2012 – C 128/11 („UsedSoft v. Oracle“), NJW 2012, 2565 ff., Rn. 75 für den Ersterwerber, 81 für den Zweiterwerber.

1936 EuGH, Urteil v. 03. Juli 2012 – C 128/11 („UsedSoft v. Oracle“), NJW 2012, 2565 ff., Rn. 81.

1937 EuGH, Urteil v. 12. Oktober 2016 – C 166/15 („Ranks“), GRUR 2016, 1271 ff., Rn. 49 f.

III. Argumente des EuGH für eine weite Auslegung der Begriffe Erwerb und bestimmungsgemäße Benutzung

Für eine Subsumtion der Überlassung von Software unter den Begriff des Erwerbs erfolgten keine weiteren Ausführungen des EuGH. In Bezug auf die Subsumtion des Downloads für die Erstinstallation unter den Terminus der bestimmungsgemäßen Benutzung gemäß Art. 5 Abs. 1 Richtlinie 2009/24/EG führte der EuGH hingegen ErwG 13 Richtlinie 2009/24/EG an, nach welchem das Laden der Kopie gestattet ist, soweit dieses für die Benutzung der Kopie erforderlich ist.¹⁹³⁸

IV. Bewertung der Rechtsprechung des EuGH

1. Download von Software als Erwerb

In der Literatur erfolgt keine Bewertung der Subsumtion der Überlassung von Software mittels eines Downloads unter den Begriff des Erwerbs durch den Erstnutzer. Hingegen die Qualifikation der Überlassung der Software vom Erstnutzer an den Zweitnutzer, bei welchem der Zweitnutzer die Software mittels eines Downloads vom Rechtsinhaber faktisch erlangt, ist Gegenstand von Ausführungen in der Literatur. So wird der EuGH dahingehend interpretiert, dass sich aus der „UsedSoft v. Oracle“-Entscheidung nicht ergibt, ob der Zweitnutzer aus Art. 5 Abs. 1 Richtlinie 2009/24/EG ein Nutzungsrecht ableiten kann, da der EuGH in dem Urteil *prima vista* von der Weitergabe der Kopie verbunden mit der Lizenz spricht. Darin wird erkannt, dass ohne Übergabe einer solchen Kopie Art. 5 Abs. 1 Richtlinie 2009/24/EG kein Nutzungsrecht einräumt.¹⁹³⁹ Allerdings ergibt

1938 EuGH, Urteil v. 03. Juli 2012 – C 128/11 („UsedSoft v. Oracle“), NJW 2012, 2565 ff., Rn. 76.

1939 Hansen/Wolff-Rojczyk, GRUR 2012, 904, 910 ausführend, dass der EuGH regelmäßig von der Weitergabe der Lizenz verbunden mit der Weitergabe der Kopie spricht. Darin wird erkannt, dass ohne Übergabe einer solchen Kopie Art. 5 Abs. 1 Richtlinie 2009/24/EG kein Nutzungsrecht einräumt. Das Recht zur originären Erstellung einer Kopie aus Art. 5 Abs. 1 Richtlinie 2009/24/EG bezieht sich hiernach gemäß Rn. 85 des Urteils nur auf den Download einer „verbesserten und aktualisierten (Version des) Computerprogramms“. Diese Interpretation wird als zwingend angesehen, da nur so der Fokus auf die Verkehrsfähigkeit der Kopie – also des Vervielfältigungsstücks – und nicht auf die Verkehrsfähigkeit des Vervielfältigungsrechts gelegt werden kann. Dem kann allerdings entgegengehalten

eine Gesamtschau des Urteils, dass der EuGH wohl das Nutzungsrecht in den Mittelpunkt stellen wollte und nicht stets die Übergabe einer Kopie erfolgen muss,¹⁹⁴⁰ schließlich basiert die Entscheidung unstreitig auf einem Sachverhalt, in dem es an der Übergabe einer körperlichen Kopie fehlte.

Bei der Softwareüberlassung mittels eines Downloads, insbesondere wenn auch der Zweitnutzer die Kopie mittels eines Downloads vom Softwareanbieter erhält, mangelt es an dem Erwerb einer Kopie durch den Zweit- vom Erstnutzer.¹⁹⁴¹ Jedoch hat der EuGH nach Anerkennung einer Kopie und eines Erstverkaufs gemäß Art. 4 Richtlinie 2009/24/EG in Konsequenz auch den Tatbestand des Erwerbs gemäß Art. 5 Abs. 1 Richtlinie 2009/24/EG bejaht, auch wenn im der „UsedSoft v. Oracle“-Entscheidung zu Grunde liegenden Sachverhalt keine Übergabe eines physischen Gegenstands an den Zweitnutzer erfolgte, denn dieser hatte die vertragsgegenständliche Software selbst von der Oracle-Webseite heruntergeladen. Eine Kopie der Software hatte der Zweitnutzer damit nicht vom Erstnutzer erhalten und eine solche folglich nicht von diesem erworben.¹⁹⁴² Wie oben dargelegt fehlt es zudem an einer tatbestandlichen Erfüllung des Art. 4 Richtlinie 2009/24/EG und folglich auch an dem Erstverkauf gemäß Art. 4 Abs. 2 Richtlinie 2009/24/EG, welcher für den Zweitnutzer als Bezugspunkt des Erwerbs gemäß Art. 5 Abs. 1 Richtlinie 2009/24/EG dient. Wird jedoch das Nutzungsrecht in den Mittelpunkt gestellt und ein urhe-

werden, dass der EuGH erkennt, dass die Lizenz, also das Nutzungsrecht, der Vertragsgegenstand ist. Dies ergibt sich aus den Rn. 22, 23, 24, 26, 28 und 33 bei der Sachverhaltsbeschreibung. Dazu führt der EuGH in Rn. 44 aus, dass das Herunterladen der Kopie sowie der Abschluss eines Lizenzvertrages ein unteilbares Ganzes bilden. In Rn. 69 wird zum Ende hin klar („Das Recht zur Nutzung (...) weiterzuverkaufen“), dass das Recht der Gegenstand des Vertrages ist. Im darauffolgenden Satz in Rn. 70 ist zwar vom Verkauf der Kopie die Rede, allerdings wird explizit auf Art 4 Abs. 2 Richtlinie 2009/24/EG verwiesen. Somit war der EuGH an dieser Stelle an den Wortlaut der Norm gebunden. Auch in den von Hansen/Wolff-Rojczyk zitierten Rn. 77, 80, 81 und 88 ist jeweils eine Referenz zum Wortlaut der Richtlinie gegeben. Zudem verweist die von den Autoren genannte Rn. 85 auf Rn. 81, in welcher das Herunterladen der aktuellen Version als Handlung, die von Art. 5 Abs. 1 Richtlinie 2009/24/EG gedeckt ist, beschrieben wird. Rn. 85 hat folglich wohl nur klarstellende Wirkung in der Hinsicht, dass die aktualisierte Version Bezugspunkt ist. Im Ergebnis ist festzuhalten, dass die Interpretation von Hansen/Wolff-Rojczyk zwar prima vista schlüssig erscheint, eine Gesamtschau des Urteils jedoch eine andere Interpretation nahelegt. Allerdings ist es nicht abschließend möglich, den tatsächlichen Willen des EuGH zu ergründen.

1940 Hoeren, CR 2006, 573, 575 in diese Richtung.

1941 Hierzu 3. Teil § 1 B I., II., § 3 C I., II.

1942 Hilty, GRUR 2018, 865, 869 darauf hinweisend.

berrechtlicher Verkaufsbegriff des Art. 4 Abs. 2 Richtlinie 2009/24/EG angenommen,¹⁹⁴³ so kann auch in diesem Szenario gemäß Art. 5 Abs. 1 Richtlinie 2009/24/EG zutreffend ein Erwerb eines Nutzungsrechts erkannt werden.

2. Erstinstallation der Software als bestimmungsgemäße Benutzung

Die Subsumtion der Erstinstallation der Software unter den Begriff der bestimmungsgemäßen Benutzung wird in der Literatur umfassend bewertet. Teils wird die Speicherung der vom Softwareanbieter online bereitgestellten Software als von der bestimmungsgemäßen Benutzung umfasst angesehen. Diese Vervielfältigung könne durch den Zweitnutzer und somit einem Erwerber gemäß Art. 5 Abs. 1 Richtlinie 2009/24/EG erfolgen.¹⁹⁴⁴ Mit der Einräumung des Rechts zum Download der Software werde die Kopie substituiert.¹⁹⁴⁵ Dem EuGH ist zuzustimmen, denn der Download der Software substituiert neben der Kopie im Allgemeinen auch die Installation der Software, welche beispielsweise bei der Überlassung der Software auf einem Datenträger erforderlich ist. Unstreitig ist in letzterem Szenario die Installation der Software von der bestimmungsgemäßen Benutzung der Kopie umfasst.¹⁹⁴⁶ Der Weg, auf welchem der Zweitnutzer die Kopie erlangt, ob durch Übertragung vom Erstnutzer, durch Übergabe eines Datenträgers oder durch Download vom Softwareanbieter ist gemäß dem BGH in der „UsedSoft II“-Entscheidung nicht von Relevanz.¹⁹⁴⁷

Es wird angemerkt, dass Art. 5 Abs. 1 Richtlinie 2009/24/EG entsprechend ErwG 13 Richtlinie 2009/24/EG das Laden und Ablaufen miteinschließt, nicht genannt ist jedoch die Erlangung der Software.¹⁹⁴⁸ Allerdings ist eine solche Begrenzung des Anwendungsbereichs den genannten Normen nicht ausdrücklich zu entnehmen, vielmehr wird „jede andere Handlung“ gestattet, „wenn sie für die bestimmungsgemäße Benutzung der Ko-

1943 Hierzu 3. Teil § 1, 3.

1944 Feiler/Schuba, in: Taeger, 362; Janssens, in: Stamatuodi/Torremans, Rn. 5.106; Seitz, 137 die Installation als von der bestimmungsgemäßen Benutzung umfasst einordnend.

1945 Walter, MR Int 1–2/12, 42 f.

1946 Zur bestimmungsgemäßen Benutzung I. Teil § 3 E II.

1947 BGH, Urteil v. 17. Juli 2013 – I ZR 129/08 („UsedSoft II“), NJW-RR 2014, 360 ff., Rn. 44 ff.

1948 Walter, MR Int 1–2/12, 42 f. letztlich aber eine wie durch den EuGH erfolgte teleologische Betrachtung als justiziabel ansehend.

pie notwendig ist“. Wird die Installation als für die Nutzung von Software notwendig angesehen, dann kann dieser Kritikpunkt nicht überzeugen.

Zudem wird bei Anerkennung eines Erwerbs im Fall der Überlassung von Software mittels eines Downloads angemerkt, dass der Zweitnutzer keine Möglichkeit hat, die Software zu erlangen, wenn der Softwareanbieter keine permanente Downloadmöglichkeit zur Verfügung stellt.¹⁹⁴⁹ Darüber hinaus sei die Erstellung einer Kopie zur Weitergabe durch den Erstnutzer regelmäßig nicht möglich, denn dieser könne sich diesbezüglich nicht auf Art. 5 Abs. 1 Richtlinie 2009/24/EG berufen, da eine solche Vervielfältigung allein der Weitergabe der Software diene und nicht deren Nutzung durch den Erstnutzer.¹⁹⁵⁰ Jedoch erfolge der Download allein als Vorstufe für die spätere Nutzung der Software und sei somit eine Art „Vorbereitungshandlung“. ¹⁹⁵¹ Tatsächlich wurde in dem der „UsedSoft v. Oracle“-Entscheidung des EuGH zu Grunde liegenden Sachverhalt die Software nicht vom Erst- an den Zweitnutzer übertragen, sondern es erfolgte ein Download durch den Zweitnutzer von der Webseite des Softwareanbieters. Im Ergebnis ist nach der „UsedSoft v. Oracle“-Entscheidung unklar, wie zu verfahren ist, wenn es an einer solchen Downloadmöglichkeit fehlt. Jedoch stellte der EuGH in der „Ranks“-Entscheidung klar, dass, wenn die ursprüngliche erworbene körperliche Kopie beschädigt oder zerstört ist, der Zweitnutzer stets die Möglichkeit haben muss, eine Kopie von der Webseite des Softwareanbieters herunterzuladen. Andernfalls wäre der Erschöpfungsgrundsatz unbillig eingeschränkt. Eine früher rechtmäßig erstellte Sicherungskopie könne jedoch nicht an den Zweitnutzer weitergegeben werden, denn an dieser sei keine Erschöpfung eingetreten.¹⁹⁵² Allerdings ist zu beachten, dass bei anderen körperlichen Werkstücken eine solche Pflicht des Urhebers nicht besteht. Ist ein Papierbuch beschädigt oder geht es verloren, so kann der Erstnutzer ein solches nur noch schwer bzw. nicht mehr weiterveräußern. In diesem Fall hat ein Zweitnutzer gegen den Urheber keinen Anspruch auf ein neues Exemplar. Ein Erklärungsansatz könnte – zumindest mittelbar – in der Funktionalität der Software liegen. Der Werkgenuss eines Buches ist urheberrechtlich frei, das Risiko des Untergangs des Buches ist eingepreist. Bei Software hingegen ist die Nutzung urheberrechtlich

1949 Koch, ITRB 2013, 9, 14 f.

1950 Rauer/Ettig, EWS 2012, 322, 327; Seitz, 137 f.; Spindler, CR 2008, 69, 75 f.

1951 Hilty, MMR 2003, 3, 12.

1952 EuGH, Urteil v. 12. Oktober 2016 – C 166/15 („Ranks“), GRUR 2016, 1271 ff., Rn. 51 ff.; Janssens, in: Stamatuodi/Torremans, Rn. 5.85 bezüglich der Weitergabe der Sicherungskopie.

relevant. Es steht somit nicht mehr das Werkstück, sondern vielmehr das Nutzungsrecht im Mittelpunkt. Dessen Umfang ist ausschlaggebend für die Preisgestaltung. Das Risiko des Untergangs einer Kopie ist dabei regelmäßig nicht eingepreist, teils wird sogar eine dauerhafte Downloadmöglichkeit vorgesehen. Bei Cloud Computing etwa erfolgt keine Übermittlung der Software an den Nutzer und diese verbleibt stets im Herrschaftsbereich des Softwareanbieters bzw. Cloudanbieters. Ein Untergang beim Softwarenutzer ist folglich nicht möglich. Der Preis richtet sich nicht nach der Lebensdauer eines physischen Datenträgers, sondern nach dem Wert der Möglichkeit der Softwarenutzung. Folglich könnte es als unbillig angesehen werden, im Falle des Untergangs einer physischen Kopie den Nutzer ersatzlos zu lassen und den wirtschaftlichen Wert des Nutzungsrechts in diesem Fall auf null zu reduzieren. Allerdings lag diese Frage in der „UsedSoft v. Oracle“-Entscheidung dem EuGH nicht zur Entscheidung vor und der EuGH äußerte sich diesbezüglich nicht.

Teils wird die für die Erstinstallation notwendige Vervielfältigung auch als vom Verbreitungsrecht mitumfasst angesehen. Diese vom Zweitnutzer beim Download vorgenommene Vervielfältigung werde ein Teil der Verbreitung und sei dieser immanent. Eine Trennung zwischen Verbreitung und Vervielfältigung sei nicht vorzunehmen.¹⁹⁵³ Allerdings erfolgt auch bei einer Überlassung der Software auf einem Datenträger eine Erstinstallation durch den Nutzer, welche für den Übergang der Nutzungsmöglichkeit der Software zwingend ist. Daher ist fraglich, ob die Installation als der Verbreitung immanent angesehen werden kann und diese ein Vervielfältigungsrecht des Zweitnutzers begründet. Letztlich ist die Installation nicht der Verbreitung inhärent, sondern allein für eine Nutzung der Software zwingend.

Kritisiert wird teils auch die urheberrechtliche Begründung des EuGH. So wende dieser den Erschöpfungsgrundsatz auf das Vervielfältigungsrecht an,¹⁹⁵⁴ obwohl dieses der Erschöpfung nicht zugänglich sei.¹⁹⁵⁵ Jedoch ist diesbezüglich eine Differenzierung erforderlich, denn eine Erschöpfung des Vervielfältigungsrechts ist nicht intendiert. Allein wenn sich das Verbreitungsrecht in Bezug auf eine Kopie erschöpft hat, soll das Vervielfältigungsrecht des Urhebers insoweit eingeschränkt werden, als Vervielfältigungsrechte

1953 Malevanny, CR 2013, 422, 424 f.

1954 Gaudrat, RTDCom. 2012, 80 ff. Rn. 36 dies kritisierend; Rauer/Ettig, EWS 2012, 322, 327.

1955 Spindler, CR 2008, 69, 75.

fältigungen für die bestimmungsgemäße Benutzung der Software gemäß Art. 5 Abs. 1 Richtlinie 2009/24/EG erfolgen. Im Ergebnis beschrieb der EuGH allein die Rechtsfolgen der Erschöpfung des Verbreitungsrechts, denn die Erlaubnis Software zu erwerben, verbunden mit einem Verbot, diese zu nutzen, entspricht selbstredend nicht der Ratio Legis. Zu beachten sei überdies, dass letztlich nicht eine größere Anzahl von Kopien im Rechtsverkehr bestehe bzw. in Benutzung sei, als ursprünglich vom Rechteinhaber verbreitet worden sei.¹⁹⁵⁶ Im Ergebnis sprechen keine gewichtigen Gründe gegen eine Subsumtion der Erstinstallation unter die bestimmungsgemäße Benutzung durch einen Zweitnutzer.

3. Zusammenfassung

Bei der Softwareüberlassung mittels eines Downloads mangelt es an einem Erwerb einer Kopie durch den Erst- vom Zweitnutzer, auch wenn der EuGH in der „UsedSoft v. Oracle“-Entscheidung in Fortsetzung seiner Rechtsprechung zu Art. 4 Richtlinie 2009/24/EG einen solchen Erwerb erkannte. Die Erstinstallation ist unter den Begriff der bestimmungsgemäßen Benutzung gemäß Art. 5 Abs. 1 Richtlinie 2009/24/EG zu subsumieren.

V. Zusammenfassung

Bei der Softwareüberlassung mittels eines Downloads mangelt es an einem Erwerb einer Kopie durch den Erst- vom Zweitnutzer, auch wenn der EuGH in der „UsedSoft v. Oracle“-Entscheidung in Fortsetzung seiner Rechtsprechung zu Art. 4 Richtlinie 2009/24/EG einen solchen Erwerb erkannte. Wird jedoch das Nutzungsrecht in den Mittelpunkt gestellt und auch ein urheberrechtlicher Verkaufsbegriff des Art. 4 Abs. 2 Richtlinie 2009/24/EG angenommen, so kann bei Art. 5 Abs. 1 Richtlinie 2009/24/EG zutreffend der Erwerb eines Nutzungsrechts erkannt werden. Im Ergebnis ist dem EuGH und der „UsedSoft v. Oracle“-Entscheidung zumindest aus rechtspolitischen Gründen zuzustimmen. Zudem ist es zutreffend, die Erstinstallation unter den Begriff der bestimmungsgemäßen Benutzung der Software zu subsumieren.

1956 Rigamonti, GRUR Int. 2009, 25.

C. Rechtmäßiger Erwerber bei der Softwarenutzung mittels Cloud Computing

Zu beachten ist, dass der Download für die Nutzung von Software nicht mehr den Status quo der Softwarenutzung darstellt. Vielmehr liegt dieser im Cloud Computing.¹⁹⁵⁷ Allerdings besteht bei der Softwarenutzung mittels Cloud Computing allein beim Softwareanbieter eine Kopie und es mangelt an einem Erwerb einer solchen durch den Nutzer. Cloud Computing ist somit von Art. 5 Abs. 1 Richtlinie 2009/24/EG nicht mehr umfasst.¹⁹⁵⁸ Allerdings könnte bei Cloud Computing ein Erwerb eines Nutzungsrechts sowohl durch den Erst- als auch durch den Zweitnutzer erkannt werden. Hierfür müsste dieses als Vertragsgegenstand angesehen werden.¹⁹⁵⁹

D. Zusammenfassung

Soweit Software auf einem Datenträger überlassen wird, kann ein Erwerb einer Programmkopie, insbesondere in Form eines Verkaufs gemäß Art. 4 Abs. 2 Richtlinie 2009/24/EG erfolgen. Bei der Softwareüberlassung mittels eines Downloads, insbesondere wenn der Zweitnutzer die Kopie vom Softwareanbieter erhält, kann jedoch kein Erwerbsgeschäft in Hinsicht auf eine Kopie erkannt werden, weder im Verhältnis zwischen dem Softwareanbieter und dem Erstnutzer noch zwischen dem Erst- und dem Zweitnutzer. Im Falle eines eigenständigen Downloads der Software durch den Zweitnutzer vom Rechtsinhaber erwirbt der Zweitnutzer vom Erstnutzer allein ein Nutzungsrecht. Sobald Software mittels Cloud Computing genutzt wird, mangelt es stets an einem Erwerb im Sinne des Art. 5 Abs. 1 Richtlinie 2009/24/EG. In der Folge ist Cloud Computing von Art. 5 Abs. 1 Richtlinie 2009/24/EG nicht mehr umfasst, außer es wird das Nutzungsrecht als Vertragsgegenstand angesehen.

1957 Hierzu 3. Teil § 1 C, § 3 D.

1958 Hilty, sic! 1997, 128, 138; Hilty/Köklü/Hafenbrädl, IIC 2013, 263, 277.

1959 Hierzu 3. Teil § 2.

§ 6. Lösungsansatz: Rechtmäßiger Nutzer anstatt rechtmäßiger Erwerber,
Art. 5 Abs. 1 Richtlinie 2009/24/EG

Um Art. 5 Abs. 1 Richtlinie 2009/24/EG bzw. die in dieser Norm verkörperten Wertungen auch für die Softwarenutzung mittels Cloud Computing aufrechtzuerhalten, sind mehrere Wege möglich. Grundsätzlich sind die Erkenntnisse aus § 2 und § 4 des 3. Teils dieser Arbeit anzuwenden. So ist zum einen das Nutzungsrecht als Vertragsgegenstand anzusehen, zum anderen ist der Begriff des Verkaufs aus Art. 4 Abs. 2 Richtlinie 2009/24/EG urheberrechtlich auszulegen. In der Folge kann auch eine Einschränkung des Verbreitungsrechts parallel zur Erschöpfung angenommen werden.

De lege lata könnte Art. 5 Abs. 1 Richtlinie 2009/24/EG als Verkörperung des Rechtsgedankens der „implied licence“ angesehen werden.¹⁹⁶⁰ In diesem Fall kann diese Rechtsfigur zur Anwendung kommen, wenn Art. 5 Abs. 1 Richtlinie 2009/24/EG auf tatbestandlicher Ebene nicht mehr einschlägig ist.¹⁹⁶¹ So wird teils angemerkt, beim Abschluss eines Softwarevertrages erfolgt eine Zustimmung im Sinne von Art. 5 Abs. 1 Richtlinie 2009/24/EG¹⁹⁶² bzw. im Falle eines Erwerbs im Sinne des Art. 5 Abs. 1 liegt zumindest eine „implied licence“ vor. Deren Inhalt bestimme sich in Ermangelung expliziter Regelungen nach Art. 5 Abs. 1 Richtlinie 2009/24/EG.¹⁹⁶³ Letztlich ist die bestimmungsgemäße Benutzung gemäß Art. 5 Abs. 1 Richtlinie 2009/24/EG gestattet.¹⁹⁶⁴

De lege ferenda könnte der Wortlaut von Art. 5 Abs. 1 Richtlinie 2009/24/EG abgeändert werden. So könnten anstatt des „Erwerber(s)“ wie im deutschen Urheberrecht in § 69d UrhG die Termini „Nutzer“, „rechtmäßiger Nutzer“¹⁹⁶⁵ (englisch: „lawful user“¹⁹⁶⁶) oder „Nutzungsberechtigter“¹⁹⁶⁷ verwendet werden. Der Begriff Nutzer wurde teils auch schon früher als passend angesehen und der Begriff Erwerber allein als

1960 Zur „implied licence“ 1. Teil § 3 E III. 2., 3.; 3. Teil § 6.

1961 Hilty, Lizenzvertragsrecht, 261; Hilty, in: Calboli/Lee, 64, 67, 73 in diese Richtung.

1962 Marly, Rn. 243 ff. in diese Richtung.

1963 Hilty, sic! 1997, 128, 138 ff.

1964 Hierzu 1. Teil § 3 E II., 3. Teil § 5 B IV. 2.

1965 Hilty, GRUR 2018, 865, 875; Pollaud-Dulian, RTDCom. 2012, 542 ff., B.

1966 Hilty/Köklü/Hafenbrädl, IIC 2013, 263, 278; Janssens, in: Stamatuodi/Torremans, Rn. 5.100 ff. auf eine solche Umsetzung der Richtlinie 91/250/EWG in anderen Mitgliedstaaten verweisend.

1967 Rehbinder/Peukert, § 29, Rn. 6.

ein Redaktionsversehen in der Richtlinie beschrieben.¹⁹⁶⁸ Durch diese Änderung könnte die Norm an die Lizenzberechtigung anknüpfen¹⁹⁶⁹ und sich von der Terminologie des Verkaufs lösen.

Art. 5 Abs. 1 Richtlinie 2009/24/EG würde wie folgt lauten:

In Ermangelung spezifischer vertraglicher Bestimmungen bedürfen die in Artikel 4 Absatz 1 Buchstaben a und b genannten Handlungen nicht der Zustimmung des Rechtsinhabers, wenn sie für eine bestimmungsgemäße Benutzung des Computerprogramms einschließlich der Fehlerberichtigung durch den rechtmäßigen *Nutzer* notwendig sind.

§ 7. Gesamtergebnis einschließlich Ergebnis des 3. Teils

Wie im 1. Teil dargestellt, ist die Nutzung von Software als urheberrechtliche Vervielfältigung und folglich als urheberrechtlich relevante Handlung einzuordnen. Eine dementsprechende Subsumtion unter den die Nutzung von Software regelnden Art. 4 Abs. 1 lit. c) Richtlinie 2009/24/EG erfolgt in Literatur und Rechtsprechung anhand des sogenannten „Technischen Ansatzes“, welcher insbesondere zwischen den einzelnen technischen Vorgängen des Ladens und Ablaufens differenziert. Jedoch ist dieser „Technische Ansatz“ nicht mehr zielführend, sobald eine Nutzung von Software mittels Cloud Computing – dem heutigen Status quo der Softwarenutzung – erfolgt. Als Lösung dieses Dilemmas wird ein „Funktionaler Ansatz“ vorgeschlagen, welcher die Eigenart von Software als urheberrechtlich geschütztes Werk widerspiegelt, auf die Funktionalität von Software abstellt und unabhängig von der Art der Softwarenutzung diese zu erfassen vermag. Das für die Nutzung von Software gemäß Art. 4 Abs. 1 lit. c) Richtlinie 2009/24/EG zwingende urheberrechtliche Vervielfältigungsrecht ist dem Nutzer vertraglich einzuräumen. Denn auch Art. 5 Abs. 1 Richtlinie 2009/24/EG ist vertragsrechtlicher Natur und normiert kein gesetzliches Nutzungsrecht bzw. stellt keine Schrankenbestimmung dar.

Der 2. Teil rückt die schuldrechtliche Rechtsnatur von Softwareverträgen in den Fokus. Dabei werden unterschiedliche vertragliche Konstellationen der Softwareüberlassung und -nutzung betrachtet, konkret die dauerhaf-

1968 BRegE, Entwurf eines Zweiten Gesetzes zur Änderung des Urheberrechtsgesetzes, BT-Drs. 12/4022 v. 18. Dezember 1992, S. 12; Blocher, in: Walter, Art. 5 Richtlinie 2009/24/EG, Rn. 42

1969 Hilty, CR 2012, 625, 629 f.

te Überlassung von Standardsoftware, die Nutzung von Software mittels Cloud Computing und die Erstellung und Überlassung von Individualsoftware. Diese werden unter das deutsche, französische und englische nationale Vertragsrecht sowie den ehemals vorliegenden EU-Verordnungsvorschlag für ein Gemeinsames Europäisches Kaufrecht sowie die schließlich angenommene Richtlinie (EU) 2019/770 subsumiert. Dabei wurde erkannt, dass die jeweiligen Verträge mehrere Leistungspflichten enthalten. Vertragsgegenstand ist zum einen die Übermittlung der Software selbst, die Ausgestaltung des Zugangs zu dieser (soweit die Software in einer Cloud gespeichert ist) oder die Erstellung der Software. Der Hauptteil des Vertrages und die wesensbeschreibende Eigenschaft ist allerdings stets die lizenzvertragliche Einräumung eines urheberrechtlichen Nutzungsrechts (im Sinne des Art. 4 Abs. 1 lit. c) Richtlinie 2009/24/EG). Auch können, soweit dies von den Vertragsparteien intendiert und gemäß der Rechtsordnung zulässig ist, Immaterialgüterrechte übertragen werden

Das EU-Recht, namentlich die Richtlinie 2009/24/EG als urheberrechtlicher Rechtsrahmen für Software, ist jedoch nur bedingt kompatibel mit den vorstehend genannten Ergebnissen des 1. und 2. Teils. Die Richtlinie 2009/24/EG kann Lebenssachverhalte wie die Überlassung von Software mittels eines Downloads nur noch eingeschränkt erfassen, auch wenn der EuGH in der „UsedSoft v. Oracle“-Entscheidung dies noch befürwortete. Erfolgt die Nutzung von Software jedoch mittels Cloud Computing, so kann eine solche nicht mehr unter den bestehenden Wortlaut der Richtlinie 2009/24/EG subsumiert werden. Ein Lösungsansatz stellt – unter Berücksichtigung der Ergebnisse des 2. Teils, insbesondere der lizenzvertraglichen Elemente der Softwareverträge – ein Abrücken von der sogenannten Kopie als Vertragsgegenstand dar. Denn es ist vielmehr das Nutzungsrecht, welches auch Gegenstand des in Frage stehenden Lizenzvertrages ist, in den Mittelpunkt zu stellen. Durch eine solche Veränderung des Blickwinkels bestehen sowohl *de lege lata* als auch *de lege ferenda* Lösungsansätze. So wäre *de lege ferenda* der Wortlaut von Art. 4 Abs. 1 Richtlinie 2009/24/EG und Art. 4 Abs. 2 Richtlinie 2009/24/EG zu ändern, um auch die unkörperliche Überlassung und Nutzung von Software zu erfassen. Bezüglich Art. 5 Abs. 1 Richtlinie 2009/24/EG kommt zum einen eine Änderung *de lege ferenda* in Betracht. Andererseits kann aber auch *de lege lata* die Anwendung der Rechtsfigur der „implied licence“ eine Lösung bringen.