

# Kurzbeiträge

## **EuGH-Urteil zu gebrauchter Software: Gibt es bald auch einen Zweitmarkt für ePaper, eBooks und MP3s?**

Die Fragen rund um das Thema „gebrauchte Software“ gehören zu den umstrittensten des deutschen und europäischen Urheberrechts. Die juristische Literatur hat ganze Bibliotheken gefüllt, dutzende Male haben sich vor allem deutsche Gerichte damit befasst. Zuletzt legte der Bundesgerichtshof (BGH) dem Europäischen Gerichtshof (EuGH) Fragen zum Vorabentscheid vor<sup>1</sup>; dies mit der überraschenden Konsequenz, dass die Luxemburger Richter jetzt den Handel mit gebrauchter Software, die der Ersterwerber über das Internet per Download erworben hat, weitgehend liberalisiert haben. Für die

1. BGH vom 03.02.2011 – I ZR 129/08, CR 2011 S. 228 mit Anm. *Wolff-Rojczyk/Hansen* = GRUR 2011 S. 418 mit Anm. *Scholz* = MMR 2011 S. 305 mit. Anm. *Heydn*.

Anbieter anderer digitaler Güter wie ePaper, eBooks, Hörbücher oder MP3s, die sich nach den rechteinhaberfreundlichen Entscheidungen deutscher Gerichte<sup>2</sup> noch in Sicherheit wiegen konnten, stellt sich die Frage, ob sich mit der Entscheidung des EuGH auch für ihre Vertriebsmodelle etwas ändert. Im Folgenden soll zunächst die Entscheidung des EuGH vorgestellt und dann erörtert werden, welche Auswirkungen sie auf andere digitale Güter hat.

### **I. Die Entscheidung des EuGH Oracle v. UsedSoft<sup>3</sup>**

In dem seit 2006 andauernden Streit zwischen dem Softwarehersteller Oracle und dem Gebrauchtssoftwarehändler UsedSoft über die Zuläs-

2. OLG Stuttgart vom 03.11.2011 – 2 U 49/11, AfP 2012 S. 469 f. (in diesem Heft) = GRUR-RR 2012 S. 243 (Weitergabeverbote in Hörbücher-AGB); LG Hamburg vom 20.09.2011 – 312 O 414/10 (Weitergabeverbote in eBook-AGB), LG Berlin vom 14.07.2009 – 16 O 67/08, GRUR-RR 2009 S. 329 (Weitergabeverbote in MP3-AGB).
3. EuGH vom 03.07.2012 – C-128/11, GRUR 2012 S. 904 mit Anm. *Hansen/Wolff-Rojczyk* = NJW 2012 S. 2565 = ZUM 2012 S. 661.

sigkeit des Handels mit gebrauchter Software hat der EuGH sein Urteil gesprochen. Die Kernaussage lautet: Das Verbreitungsrecht an einer Softwarekopie erschöpft sich nicht nur, wenn sie auf einem Datenträger vertrieben wird, sondern auch, wenn sie mittels eines Downloads in den Verkehr gelangt ist. Anders als der Generalanwalt beim EuGH in seinen Schlussanträgen<sup>4</sup> sprach der EuGH dem Zweiterwerber einer erschöpften Kopie auch ein gesetzliches Vervielfältigungsrecht zu. Nicht explizit beantwortet hat der EuGH die dritte Vorlagefrage des BGH, in der es darum geht, ob dem Zweiterwerber das gesetzliche Nutzungsrecht auch zusteht, wenn ihm keine Kopie übergeben, sondern nur ein bloßes Nutzungsrecht übertragen wird.

Die Entscheidung der Luxemburger Richter lässt sich wie folgt zusammenfassen:

Schließt der Urheber mit dem Kunden einen Lizenzvertrag ab, wonach dem Kunden gegen Zahlung eines Entgelts ein zeitlich unbefristetes Nutzungsrecht an der Software eingeräumt wird, überträgt der Urheber das Eigentum an der Kopie des betreffenden Computerprogramms. Sein ausschließliches Verbreitungsrecht an dieser Kopie erschöpft sich (Rdn. 44-72 des Urteils). Dies gilt unabhängig davon, ob dem Kunden die Kopie des Computerprogramms vom Urheber mittels eines physischen Datenträgers (CD-ROM oder DVD) oder mittels eines Downloads zur Verfügung gestellt wird (Rdn. 47, 72). Der Ersterwerber muss nach dem Weiterverkauf seiner Programmkopie seine eigene Kopie löschen (Rdn. 70). Der Urheber ist berechtigt, mit technischen Mitteln sicherzustellen, dass die beim Ersterwerber noch vorhandene Kopie unbrauchbar gemacht wird (Rdn. 87). Der zweite und jeder weitere Erwerber einer erschöpften Kopie ist „rechtmäßiger Erwerber“ derselben i.S. von Art. 5 Abs. 1 der RL 2009/24/EG (Software-RL). Somit kann der neue Erwerber die ihm vom Ersterwerber verkaufte Kopie auf seinen Computer installieren (Rdn. 80-84).

### 1. Erschöpfung auch bei Verbreitung via Download?

Nach Art. 4 Abs. 2 der RL 2009/24/EG (im Folgenden Software-RL), auf dem die deutsche Regelung des § 69c Nr. 3 Satz 2 UrhG mit leicht abweichendem Wortlaut beruht, erschöpft sich das Recht zur Verbreitung einer *Programmkopie* in der EU mit dem *Erstverkauf* dieser Kopie durch den Urheberrechtsinhaber.

Oracle war der Ansicht, sie verkaufe ihre Software nicht. Die ihren Kunden zur Verfügung gestellten Computerprogramme dürften die Kunden nur nutzen, wenn sie mit Oracle einen Lizenzvertrag geschlossen hätten, der sie zur unbefristeten Nutzung berechtige. Da an der Software kein Eigentum übertragen werde, handele es sich nicht um einen Erstverkauf i.S. der Software-RL, sondern um den Abschluss eines Lizenzvertrages.

Der EuGH ist dem nicht gefolgt und legte den Begriff *Erstverkauf* i.S. des Art. 4 Abs. 2 der Software-RL weit aus. Ein Verkauf liege vor, wenn der Urheber für die Einräumung einer zeitlich unbeschränkten Lizenz eine angemessene Vergütung erhalten habe. Ansonsten würde die praktische Wirksamkeit dieser Vorschrift beeinträchtigt (Rdn. 38-46). Dabei mache es keinen Unterschied, ob die Programmkopie mittels eines Downloads oder auf einem Datenträger vertrieben worden sei, da diese Vermarktungsformen wirtschaftlich vergleichbar seien und der Wortlaut der Software-RL („Programmkopie“) keine Beschränkung auf körperliche Vervielfältigungsstücke verlange. An diesem Punkt muss der EuGH nun zahlreiche Hürden überwinden, namentlich die RL 2001/29/EG (im Folgenden InfoSoc-RL), den neuen WIPO-Urheberrechtsvertrag (im Folgenden WCT) und entgegenstehende Stellungnahmen der EU-Kommission sowie der Länder Frankreich, Italien, Spanien und Irland:

– Bei einem Verkauf von Software, die per Download in den Verkehr gebracht werde, handele es sich nicht um eine *öffentliche Zugänglichmachung* i.S. von Art. 3 Abs. 1 der InfoSoc-RL, die gem. dessen Abs. 3 nicht die Erschöpfung des Rechts auf Verbreitung bewirken. Die

Bestimmungen der Software-RL seien zur InfoSoc-RL *leges speciales* und vorrangig anzuwenden.

– Nach Art. 6 des WCT würden Handlungen der öffentlichen Wiedergabe i.S. des Art. 3 der Info-Soc-RL, wenn sie mit einer Eigentumsübertragung einhergingen, zu Verbreitungshandlungen des Art. 4 Abs. 2 der Software-RL.

– Soweit sich aus Erwägungsgrund 29 zur InfoSoc-RL ergebe, dass sich die Frage der Erschöpfung „weder bei Dienstleistungen allgemein noch bei Online-Diensten im Besonderen“ stellten, sei dem entgegenzuhalten, dass in der Software-RL als *lex specialis* der deutliche Wille des Gesetzgebers zum Ausdruck gekommen sei, körperliche und nichtkörperliche Programmkopien gleichzustellen.

Dieses Ergebnis kann als durchaus überraschend bezeichnet werden<sup>5</sup>, da zumindest die deutsche obergerichtliche Rechtsprechung<sup>6</sup> ausnahmslos der Ansicht war, dass die urheberrechtliche Erschöpfung nur das Verbreitungsrecht von Vervielfältigungsstücken, nicht aber online in den Verkehr gelangte Werke umfasst.

### 2. Umfang der Nutzungsmöglichkeiten des Zweiterwerbers

An die Frage der Erschöpfung des Verbreitungsrechts schließt sich die Frage an, ob und in welcher Form der Zweiterwerber die Software nutzen darf. Eine Erschöpfung auch des Vervielfältigungsrechts hat der EuGH nicht angenommen, in seiner Presseerklärung sogar ausdrücklich abgelehnt. Damit schloss sich der EuGH der Auffassung des BGH an, wonach die ursprünglich eingeräumte vertragliche Lizenz nicht auf den Zweiterwerber übergehe. In Ermangelung einer vertraglichen Lizenz soll sich der Zweiterwerber einer erschöpften Kopie bei der Nutzung derselben aber auf Art. 5 Abs. 1 der Software-RL berufen dürfen. Danach bedürfe die Vervielfältigung eines Computerprogramms in Ermangelung spezifischer vertraglicher Bestimmungen nicht der Zustimmung des Rechtsinhabers, wenn sie für eine bestimmungsgemäße Benutzung des Computerprogramms durch den rechtmäßigen Erwerber notwendig ist.

Nach der Auffassung des EuGH soll jeder Erwerber einer erschöpften Kopie „rechtmäßiger Erwerber“ i.S. von Art. 5 Abs. 1 der Software-RL sein und deshalb die ihm vom Ersterwerber verkaufte Kopie auf seinem Computer installieren dürfen. Denn die durch den Eintritt der Erschöpfung bewirkte Verkehrsfähigkeit des Vervielfältigungsstücks wäre weitgehend sinnlos, wenn der Erwerber die Software nicht nutzen könnte. Jede andere Auslegung nähme Art. 5 Abs. 1 der Software-RL die praktische Wirksamkeit (Rdn. 80-83).

### 3. Erschöpfung sogar ohne Übergabe einer Kopie?

In der dritten Vorlagefrage geht es darum, ob Art. 5 Abs. 1 der Software-RL dem Zweiterwerber auch ein Recht zur Nutzung der Software gewährt, wenn der Zweiterwerber weder die vertragliche Lizenz noch eine erschöpfte Werkkopie erhält. Der EuGH verneint diese Frage nicht explizit, macht aber an mehreren Stellen deutlich, dass Art. 5 Abs. 1 der Software-RL nur eingreift, „wenn der Weiterverkauf dieser Lizenz mit dem Weiterverkauf einer von der Internetseite des Urheberrechtsinhabers heruntergeladenen *Programmkopie* verbunden ist“ (Ls. 2, Rdn. 88, ähnlich Rdn. 77, 80 f.). Daraus folgt: ohne Übergabe einer erschöpften Kopie kein gesetzliches Nutzungsrecht aus Art. 5 der Software-RL. Das in Rdn. 85 erwähnte Recht des Zweiterwerbers, sich eine Kopie der Software von der Homepage des Herstellers herunterzuladen, bezieht sich lediglich auf „verbesserte und aktualisierte“ Versionen des Programms, die ja nach den Ausführungen des EuGH in Rdn. 67 auch von der Erschöpfung erfasst sind. Denn auch in Rdn. 85 ist – wie in den Rdn. 77, 80 f. und 88 – von dem Erwerber der *Kopie* die Rede.

5. Siehe zur Kritik an der EuGH-Entscheidung *Stieper*, ZUM 2012 S. 668; *Moritz*, K&R 2012 S. 456 (458); *Hansen/Wolff-Rojczyk*, GRUR 2012 S. 908.

6. OLG München, MMR 2008 S. 601; OLG Frankfurt, MMR 2010 S. 681; OLG Hamburg, BeckRS 2010, 18231; OLG Düsseldorf, GRUR-RR 2010 S. 4; OLG Zweibrücken, MMR 2011 S. 679 und OLG Karlsruhe, GRUR-RR 2012 S. 98. Eine Zusammenfassung der Urteile findet sich bei *Wolff-Rojczyk*, MMR 2010 S. 466.

4. Vgl. dazu *Wolff-Rojczyk/Hansen*, MMR-Aktuell 2012, 331746.

#### 4. Einschränkungen

Der EuGH hat in seinem Urteil aber auch Einschränkungen formuliert. So greift die Erschöpfung des Verbreitungsrechts nur, wenn der Urheber dem Ersterwerber für ein angemessenes Entgelt ein zeitlich unbeschränktes Nutzungsrecht erteilt. Für Software-Mietmodelle, wie sie im Rahmen des Cloud-Computing üblich sind, hat das Urteil also keine Auswirkungen. Zudem hat der EuGH dem Urheberrechtsinhaber zugestanden, beim Weiterverkauf der Software mit allen ihm zur Verfügung stehenden technischen Mitteln sicherzustellen, dass die beim Verkäufer noch vorhandene Kopie unbrauchbar gemacht wird<sup>7</sup>. Schließlich erklärt das Gericht die Aufspaltung von Volumenlizenzen für unzulässig (Rdn. 69-71, 86).

## II. Die Auswirkungen auf andere digitale Güter

Der EuGH hat damit für Software entschieden, dass das Prinzip der Erschöpfung auch dann gilt, wenn Software vom Hersteller im Wege des Downloads vertrieben wird. Für die Hersteller anderer digitaler Güter wie ePaper, eBooks, Hörbücher oder MP3s stellt sich daher die Frage, ob das Urteil des EuGH auch auf ihre Produkte Anwendung findet. Dies hätte zur Folge, dass ihnen ein Second-Hand-Markt droht, wie dies bei MP3s mit dem Angebot unter [www.redigi.com](http://www.redigi.com) bereits geschehen ist. Zunächst soll dazu der aktuelle Stand der Meinungen in Literatur und Rechtsprechung in Deutschland vorgestellt werden. Anschließend werden die Auswirkungen des EuGH-Urteils erörtert.

### 1. Die Entscheidungen des OLG Stuttgart und des LG Hamburg

Kurz nach dem Vorlagebeschluss des BGH, aber vor dem Urteil des EuGH in Sachen Oracle v. UsedSoft haben sich zwei deutsche Gerichte mit der Erschöpfung der Verwertungsrechte an E-Book- und Audio-dateien befasst<sup>8</sup>.

Die Beklagten in den vom OLG Stuttgart bzw. LG Hamburg entschiedenen Fällen betreiben entgeltpflichtige Downloadportale für Hörbücher bzw. eBooks. In ihren AGB untersagten sie die Weitergabe der Dateien an Dritte. Ein Verbraucherverband sah in diesen Klauseln eine unangemessene Benachteiligung der Kunden. Die Regelung widerspreche grundsätzlich den Wertungen des Kaufrechts, zu denen die uneingeschränkte Verfügungsmacht und Verwendungsfreiheit über den Kaufgegenstand gehöre. Auch verstoße die Klausel gegen den nicht abdingbaren Grundsatz der Erschöpfung gem. § 17 Abs. 2 UrhG. Sowohl das OLG Stuttgart als auch das LG Hamburg sind dieser Auffassung nicht gefolgt. Sie verneinten die Anwendbarkeit des Prinzips der Erschöpfung auf per Download vertriebene Werkexemplare und betonten, dass die AGB-Klauseln mit ihren Weitergabeverboten dem gesetzlichen Leitbild des Urheberrechts entsprächen<sup>9</sup>.

Beide Gerichte weisen darauf hin, dass die rechtlich unterschiedliche Bewertung des Vertriebs körperlicher Werkstücke (Bücher, CDs) einerseits und Dateien andererseits sich zwingend daraus ergäbe, dass dem Erwerber einer Datei kein Eigentum an einer Sache übertragen werde. Sowohl der Erschöpfungsgrundsatz als auch der Begriff der Verbreitung seien durch die InfoSoc-RL vollharmonisiert worden und müssten deshalb im Lichte des Gemeinschaftsrechts ausgelegt werden. § 17 Abs. 2 UrhG sei auf der Grundlage von Art. 4 Abs. 1 der InfoSoc-RL so auszulegen, dass das Prinzip der Erschöpfung auf digi-

tal vertriebene Produkte keine Anwendung finde. Werde die Kopie mit Zustimmung des Rechteinhabers durch den Erwerber selbst erzeugt, liege nämlich keine dingliche Eigentumsübertragung eines bereits existierenden Vervielfältigungsstücks vor<sup>10</sup>.

### 2. Meinungsstand in der Literatur

In der Literatur wurde zudem die Frage aufgeworfen, ob Lizenzbestimmungen in Verträgen über den Erwerb von digitalen Werken, die dem Erwerber eine Weitergabe der Datei an Dritte untersagen, aufgrund der Vorgaben des AGB-Rechts unwirksam seien<sup>11</sup>. Dies wird verneint: Zweck des Vertrags zwischen dem Anbieter von eBooks und seinem Kunden sei es, den Kunden im Wege des Downloads Dateien aus dem jeweiligen Angebot zum persönlichen Gebrauch, d.h. zum Anhören, Lesen und Abspielen, zu verschaffen. Die Beschränkung der vertragsgegenständlichen Lizenzen auf ein einfaches, nicht übertragbares Nutzungsrecht für den persönlichen Gebrauch und die Untersagung der Weitergabe der Dateien gefährde diesen Vertragszweck nicht. Auch würden die Erwerber nicht erwarten, dass es sich bei dem Erwerb um einen Kauf handele und dass sie wie bei dem Kauf eines physischen Produkts umfassende Rechte an der Datei erwürben. Insofern führe es auch nicht zu einer unbilligen Enttäuschung von Verbrauchererwartungen. Die eingeschränkte Verkehrsfähigkeit des erworbenen digitalen Produktes sei dem Durchschnittsverbraucher durchaus geläufig. Auch wer ein Buch kaufe, entwickle zumindest Bedenken, ob er es kopieren und die Kopien beliebig einsetzen dürfe. In besonderem Maße gelte dies für heruntergeladene Werkstücke<sup>12</sup>.

### 3. Auswirkungen der EuGH-Entscheidung

Die deutsche Rechtsprechung und Literatur hielten also bislang Weitergabebeschränkungen für per Download vertriebene Werkstücke für zulässig. Dies galt unabhängig davon, ob es sich um Software<sup>13</sup>, für die der auf Art. 4 der Software-RL beruhende § 69c UrhG einschlägig ist, oder um andere digitale Werke<sup>14</sup> handelte, deren Erschöpfung in § 17 UrhG geregelt ist, mit dem Art. 4 der InfoSoc-RL in deutsches Recht umgesetzt wurde.

Da die zur Software ergangene Rechtsprechung nach der EuGH-Entscheidung nun nur noch mit Einschränkungen Gültigkeit beanspruchen kann, werden erste Forderungen laut, dass dies zukünftig auch für alle digitalen Produkte gelten müsse<sup>15</sup>. Es stellt sich daher die Frage, ob der EuGH-Entscheidung diesbezügliche Hinweise zu entnehmen sind.

Für eine solche Auslegung könnte zunächst einmal die die urheberrechtlichen Prämissen vernachlässigende, wirtschaftliche Betrachtungsweise der Luxemburger Richter sprechen. Sie hält beide Vertriebsarten, d.h. den Vertrieb von körperlichen Werkstücken und per Download, für „wirtschaftlich vergleichbar“ (Rdn. 61 des Urteils). Eine auf körperliche Datenträger beschränkte Auslegung würde den Rechteinhabern die Möglichkeit geben, den Weitervertrieb zu kontrollieren, obwohl sie bereits ein Entgelt für die Lizenz einräumung erhalten hätten. Dies würde zu einer ungewünschten Abschottung der Märkte führen (Rdn. 62 f.). Diesen Gedanken könnte man durchaus auf alle digitalen Werke übertragen.

Ausführungen des EuGH an anderer Stelle sprechen aber dafür, dass sich die Ausdehnung der Erschöpfungswirkung auch auf unkörperlich

7. Der BGH (MMR 2010 S. 771 – Half-Life 2) hat es sogar für zulässig erachtet, dass ein Computerspielhersteller in seinen AGB zwar nicht den Weiterverkauf des Datenträgers, aber die Weiterübertragung des für den Spielbetrieb erforderlichen Online-Accounts untersagte.

8. OLG Stuttgart vom 03.11.2011 – 2 U 49/11, AfP 2012 S. 469 f. (in diesem Heft) = K&R 2012 S. 294 = GRUR-RR 2012 S. 243 (Vorinstanz LG Stuttgart vom 14.04.2011 – 17 O 513/10, K&R 2011 S. 529); LG Hamburg vom 20.09.2012 – 312 O 414/10 (n.v.), vgl. dazu auch *Jani*, K&R 2012 S. 297; *Kuß*, K&R 2012 S. 76. Für das OLG Stuttgart war die Rechtslage in Bezug auf die Anwendbarkeit des Erschöpfungsgrundsatzes sogar so eindeutig, dass der Senat die Revision zum BGH nicht zugelassen hat.

9. Ebenso erachtete schon das LG Berlin (14.07.2009 – 16 O 67/08, GRUR-RR 2009 S. 329) die Weitergabebeschränkungen in den AGB von Apple für den iTunes-Store für rechtmäßig.

10. Diesen Gesichtspunkt betont auch *Stieper* (ZUM 2012 S. 668) in seiner Kritik an der EuGH-Entscheidung Oracle vs. UsedSoft.

11. *Jani*, K&R 2012 S. 297 (298); *Kuß*, K&R 2012 S. 76 (80), Fn. 34.

12. OLG Stuttgart vom 03.11.2011 – 2 U 49/11, AfP 2012 S. 469 f. (in diesem Heft) = GRUR-RR 2012 S. 243 (245); *Jani*, K&R 2012 S. 297 (299).

13. OLG München, MMR 2008 S. 601; OLG Frankfurt, MMR 2010 S. 681; OLG Hamburg, BeckRS 2010, 18231; OLG Düsseldorf, GRUR-RR 2010 S. 4; OLG Zweibrücken, MMR 2011 S. 679; OLG Karlsruhe, GRUR-RR 2012 S. 98.

14. OLG Stuttgart vom 03.11.2011 – 2 U 49/11, AfP 2012 S. 469 f. (in diesem Heft) = K&R 2012 S. 294 = GRUR-RR 2012 S. 243 (Vorinstanz LG Stuttgart vom 14.04.1011 – 17 O 513/10, K&R 2011 S. 529); LG Hamburg vom 20.09.2012 – 312 O 414/10 (n.v.); LG Berlin vom 14.07.2009 – 16 O 67/08, GRUR-RR 2009 S. 329.

15. *Kreutzer*, [www.irights.info](http://www.irights.info), 16.07.2012, EuGH-Entscheidung zu Gebrauchtssoftware: Eine revolutionäre Entscheidung für die Informationsgesellschaft.

vertriebene Werkkopien nur aus der Software-RL, nicht aber aus der InfoSoc-RL ergibt:

Oracle, die Länderregierungen, die Erklärungen beim Gerichtshof eingereicht haben, und die EU-Kommission hatten geltend gemacht, die Erschöpfung des Verbreitungsrechts i.S. des Art. 4 der Software-RL erfasse nur körperliche Güter. Hierfür wurde auf die Erwägungsgründe 28 und 29 der InfoSoc-RL<sup>16</sup> sowie die Gemeinsame Erklärung zu den Art. 6 und 7 des WCT<sup>17</sup>, deren Umsetzung eines der Ziele der InfoSoc-RL sei, verwiesen.

Der EuGH lässt in den Entscheidungsgründen offen, wie weit der Begriff der Erschöpfung im Rahmen der InfoSoc-RL zu fassen ist, da die Software-RL als *lex specialis* jedenfalls vorgehe<sup>18</sup>.

Unabhängig davon, dass diese Argumentation zum Verhältnis zwischen der InfoSoc- und der Software-RL sehr zweifelhaft ist und von vielen Kommentatoren kritisiert wird<sup>19</sup>, wird doch deutlich, dass der EuGH die von ihm gewollte Erstreckung der Erschöpfung auf unkörperliche Werkstücke nur erreichen konnte, in dem er zwischen den beiden Richtlinien – und damit zwischen Software und anderen digitalen Gütern – differenziert. Bezüglich der Software kann sich der EuGH immerhin noch auf den Wortlaut von Art. 4 Abs. 2 der Software-RL berufen, der – technisch offen – von einer *Programmkopie* spricht, während Art. 4 Abs. 2 der InfoSoc-RL die Erschöpfung nur für *Vervielfältigungsstücke* eintreten lässt.

Erwägungsgrund 29 der InfoSoc-RL bestimmt, dass sich bei *Online-Diensten* die Frage der Erschöpfung nicht stelle. Nach Erwägungsgrund 15 dient die InfoSoc-RL der Umsetzung des WCT, der seinerseits die Erschöpfung auf körperliche Gegenstände beschränkt<sup>20</sup>. Entsprechend ist auch die InfoSoc-RL dahin auszulegen, dass sich die Regelungen zur Erschöpfung ausschließlich auf körperliche Werkstücke beziehen. Damit ist für eine erweiternde Auslegung, wie sie der EuGH für Software vorgenommen hat, für andere digitale Güter kein Raum.

Der EuGH hat in seiner Urteilsbegründung auf den Grundsatz der einheitlichen Auslegung der Richtlinien hingewiesen. Die Frage ist aber, welche Auslegung der verschiedenen Richtlinien an die anderen angepasst werden muss. Die InfoSoc-RL muss, wie dargelegt, schon aufgrund ihrer Entstehungsgeschichte eng ausgelegt werden. Aber auch in der Datenbank-RL 1996/9/EG hat der europäische Gesetzgeber in Art. 5 (c) ausdrücklich die Erschöpfungswirkung von der Veräußerung eines körperlichen Originals einer Datenbank oder eines *Vervielfältigungsstückes* abhängig gemacht. Dies ergibt sich aus Erwägungsgrund 43 der Richtlinie und wurde durch die Rechtsprechung des EuGH<sup>21</sup> bestätigt. Schließlich knüpft die Erschöpfung auch im Markenrecht nach Auffassung des EuGH an den Vertrieb eines körperlichen Gegenstandes an<sup>22</sup>.

Nach dem vom EuGH selbst aufgestellten Grundsatz der einheitlichen Auslegung von Begriffen in europäischen Richtlinien<sup>23</sup> hätte daher eher Art. 4 Abs. 2 der Software-RL entsprechend der InfoSoc-RL ausgelegt werden müssen als umgekehrt, zumal der Hinweis auf die Spezialisierung der Software-RL gegenüber der InfoSoc-RL (Rdn. 51, 56) angesichts der Entstehungsgeschichte der Richtlinien wenig überzeugend ist. Der Grundsatz „*lex posterior derogat legi priori*“ spricht vielmehr für ein einheitliches Verständnis des Verbreitungsbegriffs i.S. der InfoSoc-RL<sup>24</sup>.

Zu beachten ist auch, dass in diesen Fällen das Recht zur Privatkopie gem. § 53 UrhG Anwendung findet, das bei Software nicht greift. Der Ersterwerber könnte für sich selbst eine Privatkopie herstellen und sodann das erworbene Exemplar weiterveräußern. Das wäre ein kaum hinzunehmendes Ergebnis.

Es gibt also gute Gründe, das UsedSoft-Urteil des EuGH *nicht* auf den Vertrieb „gebrauchter“ eBooks, ePaper, MP3s usw. zu übertragen<sup>25</sup>. Einen Anlass für eine Änderung der deutschen Rechtsprechung zum Sekundärmarkt für diese Produkte gibt es nicht. Dennoch bleibt erst einmal offen, was die deutschen Gerichte aus dem EuGH-Urteil machen werden.

Wer daher ganz sicher gehen will, sollte die in dem EuGH-Urteil sogar für Software aufgezeigten Ausnahmen von der Erschöpfung nutzen, mit denen ein Gebrauchthandel unterbunden werden kann. Zum Einen gelten die Erschöpfungsregeln grundsätzlich nur bei endgültigem „Eigentumsübergang“ (im weiteren Sinne der EuGH-Definition), nicht aber bei Miete. Wer Nutzungsrechte daher nur zeitlich beschränkt überträgt (und die Nutzbarkeit der heruntergeladenen Datei zur Absicherung technisch beschränkt), ist vor einem Weiterverkauf dieser Kopie sicher. Dies mag gerade im Bereich der eBooks (und eingeschränkt auch bei ePapern z.B. von Monatsmagazinen) eine Option sein, da auch klassisch gedruckte Bücher erfahrungsgemäß ohnehin häufig nur einmal gelesen werden und daher Erwerber oft nichts dagegen haben dürften, z.B. gegen einen leicht reduzierten Preis nur ein zeitlich beschränktes Nutzungsrecht zu erwerben. Eine missbräuchliche Umgehung der EuGH-Vorgaben mit der Folge, dass dennoch ein „Verkauf“ i.S. der InfoSoc-RL angenommen würde, kann hierin nicht gesehen werden, immerhin ist bei gedruckten Büchern bzw. Zeitschriften der Verleih über Büchereien und Lesezirkel absolut üblich. Zum Anderen betont der EuGH ausdrücklich das Recht der Urheber, sich mit jeder denkbaren technischen Sicherung vor der Weitergabe von Kopien schützen zu dürfen, ohne dass die Kopie beim Ersterwerber gelöscht wird. Zumindest im Bereich der Software kann ein Programm üblicherweise erst (vollwertig) genutzt werden, wenn es beim Hersteller durch Eingabe eines Lizenzcodes aktiviert worden ist. Ggf. könnte man diesen Lizenzcode so gestalten, dass er erst erneut für eine weitere Aktivierung des Programms (beim Zweiterwerber) genutzt werden kann, wenn der Ersterwerber seine Kopie deaktiviert hat. Entsprechend dem Aktivierungsvorgang müsste sich der Ersterwerber beim Hersteller einloggen und seinen Code freischalten lassen, wobei aber gleichzeitig seiner Programmkopie vom Hersteller ein Befehl übermittelt wird, der diese unbrauchbar macht.

Rechtsanwalt Dr. Hauke Hansen, LL.M.,  
FPS Rechtsanwälte & Notare, Frankfurt/IM.  
Rechtsanwältin Christine Libor,  
FPS Rechtsanwälte & Notare, Düsseldorf

16. Erwägungsgrund 29 lautet: „Die Frage der Erschöpfung stellt sich weder bei Dienstleistungen allgemein noch bei Online-Diensten im Besonderen. Dies gilt auch für materielle Vervielfältigungsstücke eines Werks oder eines sonstigen Schutzgegenstands, die durch den Nutzer eines solchen Dienstes mit Zustimmung des Rechteinhabers hergestellt worden sind.“  
17. Nach dieser Gemeinsamen Erklärung zum WCT sind Gegenstand des Verbreitungsrechts und damit auch der Erschöpfung ausschließlich körperliche Werkstücke („fixed copies“), die als greifbare Medien („tangible media“) verbreitet werden können. Deutschland und die EU haben das WCT im Dezember 2009 ratifiziert. Am 14.03.2010 ist es in Kraft getreten.  
18. In Rdn. 60 heißt es: „Doch selbst wenn sich aus Art. 4 Abs. 2 der RL 2001/29 [InfoSoc-RL] in seiner Auslegung im Licht der Erwägungsgründe 28 und 29 der Richtlinie sowie des Urheberrechtsvertrags, der durch die RL 2001/29 [InfoSoc-RL] umgesetzt werden soll (Urteil vom 09.02.2012, C-277/10 – Luksan, noch nicht in der amtlichen Sammlung veröffentlicht, Rdn. 59), ergäbe, dass die Erschöpfung des Verbreitungsrechts bei den unter diese Richtlinie fallenden Werken nur materielle Güter betrafte, ließe dies die Auslegung von Art. 4 Abs. 2 der RL 2009/24 [Software-RL] unberührt, da der Unionsgesetzgeber im konkreten Kontext dieser Richtlinie einen anderen Willen zum Ausdruck gebracht hat.“  
19. Stieper, ZUM 2012 S. 668; Moritz, K&R 2012 S. 456 (458); Hansen/Wolff-Rojczyk, GRUR 2012 S. 908.  
20. Vgl. Gemeinsame Erklärung zu Art. 6 und 7 des WCT, s. Fn. 17.  
21. EuGH vom 09.11.2004 – C-203/02 – British Horseracing Board, GRUR 2005 S. 244 (250), Rdn. 58.  
22. EuGH, Urteil vom 03.06.2010 – C-127/09 – Parfümtestester, GRUR 2010 S. 723.

23. EuGH vom 04.10.2011 – C-403/08 und C-429/08 – Football Association Premier League *J. Murphy* u.a., AfP 2011 S. 462 = GRURInt 2011 S. 1063, Rdn. 187 f.  
24. Der ursprüngliche Text der Software-RL stammt aus dem Jahr 1991 (91/250/EWG). Sie wurde 2009 lediglich neu gefasst und an die veränderten Rechtsgrundlagen angepasst. Der Teil, der sich etwa mit den Vervielfältigungs- und Verbreitungsrechten der Urheber befasst, ist unverändert geblieben. Die Software-RL ist damit älter als die InfoSoc-RL. Ebenso Stieper, ZUM 2012 S. 668 (669).  
25. Ebenso Marly, EuZW 2012 S. 654 (657).