

THOMAS HOEREN

# Die Online-Erschöpfung im Softwarebereich

Fallgruppen und Beweislast

IT-Vertragsrecht und eCommerce

Die Rechtsprechung zur Online-Erschöpfung im Softwarebereich ist unübersichtlich geworden. Die Fallkonstellationen überschlagen sich – ebenso wie die Einzelurteile. Im Folgen-

den werden einzelne Typen von Erschöpfungsfällen herausgearbeitet. Auch wird die Darlegungs- und Beweislast für die Erschöpfung bei IT-Produkten thematisiert.

## I. Einführung

Seit Jahren umstritten ist, ob an einer Programmkopie, die sich der Ersterwerber mittels Programmdownload selbst hergestellt hat, Erschöpfung analog § 69c Nr. 3 Satz 2 UrhG eintreten kann (sog. Online-Erschöpfung). Problematisch ist, dass eine solche Kopie nicht mit Zustimmung des Rechtsinhabers körperlich in Verkehr gebracht wurde, wie es der Erschöpfungsgrundsatz seinem Wortlaut und seiner Systematik nach erfordert. Es erscheint jedoch absurd, dass eine auf einer CD-ROM verkaufte Software weiterveräußert werden kann, während dies für ein über das Internet vertriebenes Programm nicht gelten soll. Dies haben auch einige Gerichte erkannt.<sup>1</sup> Dennoch haben das *LG München I*<sup>2</sup> und das *OLG München*<sup>3</sup> die Auffassung vertreten, dass der Erschöpfungsgrundsatz nicht auf Onlineversionen von Software zu beziehen sei. Insbesondere läge für eine Analogie bereits keine planwidrige Regelungslücke vor. Aus Art. 3 Abs. 3 und Erwägungsgrund 29 der Urheberrechtsrichtlinie,<sup>4</sup> auf der § 69c Nr. 3 Satz 2 UrhG basiert,<sup>5</sup> ergebe sich, dass sich die Erschöpfungswirkung nicht auf Onlinedienste sowie auf Vervielfältigungsstücke in Wahrnehmung eines solchen Dienstes erstrecken könne.<sup>6</sup> Diese Auffassung hat in der Literatur vielfach Zustimmung erfahren.<sup>7</sup>

## II. Dogmatische Überlegungen zur Online-Erschöpfung

Kritisiert werden muss an dieser Rechtsauffassung, dass sie die rechtshistorische Entwicklung des § 69c Nr. 3 Satz 2 UrhG nicht differenziert genug betrachtet. So lautet Erwägungsgrund 29 Satz 1 der Urheberrechtsrichtlinie zwar: „Die Frage der Erschöpfung stellt sich weder bei Dienstleistungen allgemein noch bei Online-Diensten im Besonderen.“

Allerdings ist die deutsche Fassung des Richtlinientexts offenbar nicht akkurat genug übersetzt worden. In der englischen Fassung z.B. ist von „services and online services in particular“ die Rede, was mit „Dienstleistungen und insbesondere Dienstleistungen online“ übersetzt werden kann. Ebenso lautet der Richtlinientext in der französischen,<sup>8</sup> italienischen<sup>9</sup> und spanischen<sup>10</sup> Fassung. Die deutsche Fassung der Urheberrechtsrichtlinie muss deshalb dem mehrheitlichen Sprachgebrauch angepasst und Erwägungsgrund 29 folglich so ausgelegt werden, dass sich die Frage der Erschöpfung weder bei Dienstleistungen im Allgemeinen noch bei Dienstleistungen, die online erbracht werden, stellt.<sup>11</sup>

Dass Erwägungsgrund 29 der Urheberrechtsrichtlinie und dessen Art. 3 Abs. 3 die Nichterschöpfung lediglich im Hinblick auf Dienstleistungen klarstellen,<sup>12</sup> folgt auch aus dem Umstand, dass die Urheberrechtsrichtlinie auf der Datenbankrichtlinie<sup>13</sup> basiert.<sup>14</sup> Deren Erwägungsgrund 33 ist inhaltlich nahezu identisch mit Erwägungsgrund 29 der Urheberrechtsrichtlinie und muss deshalb bei der Frage, worauf sich die Nichterschöpfung beziehen soll, berücksichtigt werden.<sup>15</sup> Eine Datenbank kann im Allgemeinen unmittelbar online genutzt werden. Der Nutzer muss sich keine Kopie davon anfertigen, um die in ihr enthaltenen Informationen wahrnehmen und nutzen zu können. Anders ist dies hingegen bei online überlassener Software. Diese kann im Falle der dauerhaften Überlassung nicht unmittelbar über das Internet genutzt werden, sondern muss zunächst auf der Festplatte des Anwenders fest installiert und zum Ablauf in den Arbeitsspeicher seines Rechners geladen werden. Anschließend muss er auf die online zur Verfügung gestellte „Kopiervorlage“ von dem Programm nicht mehr zurückgreifen.

Die Überlassung einer Software, auch wenn sie online erfolgt, weist somit die klassischen Merkmale eines Warengeschäfts und nicht einer Dienstleistung auf. Entsprechend nimmt der *BGH* in ständiger Rechtsprechung für die Fälle der dauerhaften Softwareüberlassung (in Abgrenzung zur bloß vorübergehenden) die Anwendung der Kaufvertragsregelungen an. Werde ein Computerprogramm zur dauerhaften Nutzung überlassen, sei darin ein Kauf oder zumindest ein käufähnliches Rechtsgeschäft zu sehen.<sup>16</sup> Dies beruhe insbesondere darauf, dass Software unabhängig von ihrer Überlassungsform immer auf einem physischen Datenträger gespeichert sein muss, um genutzt werden

<sup>1</sup> *LG Hamburg* MMR 2006, 827; *OLG Hamburg* MMR 2007, 317; ähnlich *Grützmacher*, ZUM 2006, 302; *Sosnitzka*, K&R 2006, 206.

<sup>2</sup> *LG München I* MMR 2007, 328.

<sup>3</sup> *OLG München* MMR 2008, 601 m. Anm. *Moritz*.

<sup>4</sup> RL 2001/29/EG v. 22.5.2001 zur Harmonisierung bestimmter Aspekte des Urheberrechts und der verwandten Schutzrechte in der Informationsgesellschaft, ABl. EG Nr. L 167/10 v. 22.6.2001.

<sup>5</sup> BGBl. I 2003, S. 1774.

<sup>6</sup> *LG München I* MMR 2006, 175, i.E. ebenso *OLG München* MMR 2006, 748; ebenfalls, jedoch in Bezug auf online zur Verfügung gestellte Musikdateien *LG Berlin* MMR 2010, 46.

<sup>7</sup> *Dieselhorst*, Anm. zu *LG München I*, CR 2007, 361 ff.; *Haines/Scholz*, Anm. zu *LG München I*, CR 2006, 161; *Heydri/Schmidl*, K&R 2006, 74, 76 f.; *Paull/Preuß*, K&R 2008, 526, 528.

<sup>8</sup> Dort heißt es in Erwägungsgrund 29: „services, en particulier lorsqu'il s'agit de services en ligne“.

<sup>9</sup> Dort heißt es in Erwägungsgrund 29: „servizi, soprattutto di servizi, online“.

<sup>10</sup> Dort heißt es in Erwägungsgrund 29: „servicios, y en particular de los servicios en línea“.

<sup>11</sup> Vgl. auch *Grützmacher*, in: *Wandtke/Bullinger*, § 69c Rdnr. 31.

<sup>12</sup> Zum deklaratorischen Charakter des Art. 3 Abs. 3 *Gaster*, GRUR Int. 2000, 571, 581.

<sup>13</sup> RL 96/9/EG v. 11.3.1996 über den rechtlichen Schutz von Datenbanken, ABl. EG Nr. L 77 v. 27.3.1996, S. 20, GRUR Int. 1996, 806 ff.

<sup>14</sup> Mitt. der *Kommission* zu den „Initiativen zum Grünbuch über Urheberrecht und verwandte Schutzrechte in der Informationsgesellschaft“, KOM (96) 568 endg. v. 20.11.1996 = BR-Drs. 993/96, S. 8; s.a. *Reinbothe*, ZUM 2002, 43.

<sup>15</sup> *Reinbothe*, ZUM 2002, 43, 48.

<sup>16</sup> Vgl. nur *BGH NJW* 1988, 406, 407 – Softwaremängel; *BGH* MMR 2007, 243 f. – ASP-Software m.w.Nw.

zu können.<sup>17</sup> Kennzeichnend für einen Kauf ist, dass er auf einen bestimmten Erfolg gerichtet ist, was beim Sachkauf die Eigentumsverschaffung ist (§ 433 Abs. 1 BGB) und beim Rechtskauf die Verschaffung des Rechts (§ 453 Abs. 1 BGB). Eine Dienstleistung hingegen ist generell erfolgsunabhängig und lediglich auf die Tätigkeit als solche gerichtet.<sup>18</sup> Erwägungsgrund 29 der Urheberrechtsrichtlinie gilt somit unter ergänzender Heranziehung des Erwägungsgrunds 33 der Datenbankrichtlinie nicht für die Fälle der dauerhaften Softwareüberlassung, auch wenn diese online erfolgt.

Daran ändert sich auch nichts durch Satz 2 des Erwägungsgrunds 29 der Urheberrechtsrichtlinie, wonach auch im Hinblick auf materielle Vervielfältigungsstücke eines Werks oder eines sonstigen Schutzgegenstands, die durch den Nutzer eines Dienstes i.S.d. Satzes 1 (Dienstleistung allgemein oder Online-dienst) mit Zustimmung des Rechtsinhabers hergestellt worden sind, keine Erschöpfung des Verbreitungsrechts eintritt. Denn die durch den Ersterwerber einer online überlassenen Software selbst hergestellten Werkstücke basieren – wie gesagt – gerade nicht auf einer allgemeinen oder online erbrachten Dienstleistung, sondern auf einem Warengeschäft in Form eines Kaufs. Insgesamt erfasst daher weder Art. 3 Abs. 3 noch Erwägungsgrund 29 der Urheberrechtsrichtlinie online zur dauerhaften Nutzung überlassene Software. Eine planwidrige Regelungslücke liegt also vor.<sup>19</sup>

Die für eine Analogie zu § 69c Nr. 3 Satz 2 UrhG erforderliche vergleichbare Interessenlage ist ebenfalls anzunehmen. Weder wirtschaftlich noch technisch macht es einen Unterschied, ob der Softwarehändler dem Ersterwerber eine körperliche Programmkopie übergibt oder ob sich dieser eine Programmkopie selbst herstellt, indem er sich die Software von der Hersteller-Webseite herunterlädt. Auch werden bei dieser Überlassungsform nicht die berechtigten Vergütungsinteressen des Rechtsinhabers verletzt, da er in jedem Fall die Möglichkeit hat, für die öffentliche Zugänglichmachung der Software zum Download eine angemessene Vergütung zu verlangen. Eine etwaige erhöhte Missbrauchsgefahr ist nicht zu erkennen.

Wie *Eilmansberger*<sup>20</sup> kürzlich ausführlich begründet hat, entspricht eine Ausdehnung des Erschöpfungsgrundsatzes auf unkörperlich übertragene Software auch dem Wortlaut der Software-schutzrichtlinie und dem Schutzzweck von Art. 4 lit. c der entsprechenden Richtlinie. Wenn der Ersterwerber nach Veräußerung die Software selbst nicht mehr nutzt und es somit zu keinem Zeitpunkt zu einer doppelten oder mehrfachen Nutzung der vom Hersteller übertragenen Software komme, werde durch die Installation auf dem Rechner des Zweiterwerbers kein zusätzlicher Vervielfältigungsakt gesetzt. Insofern sehe auch die Software-richtlinie hinsichtlich jeder erworbenen „Lizenz“, unabhängig, ob sie nun online übergeben oder von einer Masterkopie auf die Rechner des Erwerbers geladen wurde, eine Erschöpfung des Verbreitungsrechts vor.

§ 69c Nr. 3 Satz 2 UrhG ist aus den vorstehenden Gründen analog auf die im Zuge eines Programm-downloads selbst angefertigten Werkstücke der Software anzuwenden, sofern sie zur dauerhaften Nutzung überlassen werden soll. Hinsichtlich der Weiterveräußerbarkeit dieser Kopien ergeben sich allerdings die gleichen Probleme wie bei der Aufspaltung einer Volumenlizenz. Dem Zweiterwerber müssen zu Installationszwecken regelmäßig entweder Zweitkopien hergestellt werden oder er muss das Programm selbst mittels eigener Masterkopie in dem Umfang installieren, wie ihm Nutzungsrechte übertragen werden. Zudem ist denkbar, dass der Ersterwerber ihm das Recht vermittelt, sich das Programm selbst von der Hersteller-Webseite herunterzuladen. In allen diesen Fällen wäre aber das Vervielfältigungsrecht des Rechtsinhabers nach § 69c Nr. 1 UrhG tangiert.

Urheberrechtlich ließe sich dieser Eingriff allenfalls über eine Ausweitung der Erschöpfungswirkung des § 69c Nr. 3 Satz 2 UrhG auf das Vervielfältigungsrecht nach den Grundsätzen der „Parfumflakon“-Entscheidung des *BGH* rechtfertigen oder über eine sehr weite Auslegung der Schranke des § 69d Abs. 1 UrhG.<sup>21</sup> Beides ist aber schwierig zu begründen und umstritten.

### III. Handel mit Echtheitszertifikaten

Beim Handel mit Software-Echtheitszertifikaten geht es um die Frage, ob jemand mit den Echtheitszeugnissen der Softwarehersteller Geschäfte machen kann. Dies wurde vom *OLG Frankfurt/M.* per Beschluss abgelehnt, der allerdings nur die Frage der Gewährung der Prozesskostenhilfe betraf.<sup>22</sup> Stellt man sich wie das *OLG Frankfurt/M.* auf den Standpunkt, dass die Echtheitszertifikate die Software-Nutzungsrechte verkörpern (tatsächlich ist deren Rechtsnatur unklar),<sup>23</sup> ergeben sich hinsichtlich der verbreitungsrechtlichen Erschöpfung sowie insbesondere der Frage der rechtmäßigen Programmvervielfältigung die gleichen Probleme wie bei der Aufspaltung einer Volumenlizenz und der Weiterveräußerung einer per Download selbst hergestellten Programmkopie. Die Echtheitszertifikate als solche sind bereits kein Werkstück, an dem i.S.d. § 69c Nr. 3 Satz 2 UrhG Erschöpfung eintreten könnte. Allenfalls bei der Ausübung der durch sie verkörperten Nutzungsrechte durch den Ersterwerber sind Werkstücke vorhanden, an denen sich das Verbreitungsrecht analog § 69c Nr. 3 Satz 2 UrhG erschöpft haben könnte. Doch selbst wenn man dies annähme, müsste der Ersterwerber dem Zweiterwerber zur effektiven Weiterveräußerung des Programms entweder Zweitkopien anfertigen oder der Zweiterwerber müsste sich das Programm im Umfang der hinzu erworbenen Nutzungsrechte mittels seiner eigenen Masterkopie installieren. Beides ist aber mit Eingriffen in das Vervielfältigungsrecht nach § 69c Nr. 1 UrhG verbunden. Rechtfertigen ließen sich diese Eingriffe nur über eine Ausweitung der Erschöpfungswirkung nach den Grundsätzen der „Parfumflakon“-Entscheidung des *BGH* oder über eine sehr weite Auslegung des § 69d Abs. 1 UrhG. Ob dies möglich ist, ist umstritten und damit derzeit noch unklar.

### IV. Weiterveräußerung einer Sicherungskopie

§ 69d Abs. 2 UrhG vermittelt dem rechtmäßigen Programmnutzer das Recht, eine Kopie von dem Programm zu erstellen, wenn sie für die Sicherung der künftigen Benutzung erforderlich ist (Sicherungskopie). Der Wortlaut ist hinsichtlich der Zahl der Sicherungskopien eindeutig: Erlaubt ist nur eine einzige Kopie. Sofern der Nutzer ein Softwarepaket auf seinem Rechner installiert, ist dieses Recht bereits dadurch realisiert, dass er neben der Kopie auf dem Rechner noch das Originalpaket in Händen hält. Zusätzliche Kopien dürfen dann nicht mehr erstellt werden. Anders ist die Rechtslage bei vorinstallierter Software oder Software zum Download. Hier hat der Kunde keine zusätzliche Kopie, die Backup-Zwecke erfüllen könnte. Es muss daher gewährleistet sein, dass der Kunde sich relativ einfach eine Zusatzkopie machen kann.

Das Recht ist vertraglich nicht beschränkbar. Wenn im Vertrag ausdrücklich das Erstellen zusätzlicher Kopien untersagt wird, muss expressis verbis ein Vorbehalt im Hinblick auf § 69d Abs. 2

<sup>17</sup> *BGH* MMR 2007, 243 – ASP-Software.

<sup>18</sup> *Müller-Glöge*, in: *MüKo-BGB*, § 611 Rdnr. 22.

<sup>19</sup> *Ebenso Dreier*, in: *Dreier/Schulze*, § 69c Rdnr. 24; *Sosnitza*, *K&R* 2006, 206, 208.

<sup>20</sup> *Eilmansberger*, *GRUR* 2009, 1123 ff.

<sup>21</sup> Hierfür *Hoeren*, *CR* 2006, 573, 574 ff.

<sup>22</sup> *OLG Frankfurt/M.* MMR 2009, 544 ff. m. Anm. *Bräutigam*.

<sup>23</sup> Vgl. hierzu *Bräutigam*, Anm. zu *OLG Frankfurt/M.* MMR 2009, 545, 546.

UrhG formuliert werden. Will der Lieferant das Recht einschränken, kann er sich lediglich auf das in § 69d Abs. 2 UrhG genannte Merkmal der Erforderlichkeit stützen. Das Recht zur Erstellung von Sicherungskopien wird nur gewährleistet „soweit erforderlich“. Backup-Kopien sind nicht erforderlich, sofern der Lieferant seinerseits einen Backup-Service anbietet. Dies kann etwa dadurch geschehen, dass der Lieferant die Lieferung von Ersatzkopien zusagt.

Die *Bundesregierung* hat jedoch eine andere Regelungslücke der EG-Richtlinie gefunden.<sup>24</sup> In Art. 5 Abs. 2 gewährt die Richtlinie ein Recht des rechtmäßigen Benutzers zur Herstellung einer Sicherungskopie; nach Art. 7 Abs. 1c der Richtlinie verbietet sie die kommerzielle Nutzung von Antikopierschutzprogrammen. Wenn solche Programme legale Sicherungskopien erstellen lassen, müssten sie eigentlich nach Art. 5 Abs. 2 zulässig vertrieben werden dürfen. Die *Bundesregierung* erörtert selbst keine Möglichkeit zur Lösung dieses Problems, sondern verweist stattdessen auf eine spätere Klärung durch die Gerichte.

Wird die Erstellung einer erforderlichen Sicherungskopie durch technische Sperren verhindert, liegt darin ein Mangel der Software, der Gewährleistungsrechte des Kunden, ggf. auch Schadensersatzansprüche auslöst. Allerdings rechtfertigt ein solches Verhalten des Lieferanten nicht, dass der Kunde seinerseits durch Umgehungsmechanismen einen Kopierschutz außer Kraft setzt oder umgeht. Wie die Rechtsprechung zu den Dongle-Fällen ausdrücklich betont, ist der Einsatz solcher Umgehungsmechanismen seinerseits urheberrechtswidrig. Der Vertrieb solcher Mechanismen gilt als unlauter i.S.v. § 3 UWG n.F.<sup>25</sup>

In einem neuen Urteil des *OLG Düsseldorf* ging es um die Frage, ob jemand bei vorinstallierter Software (OEM-Version) eine Sicherungskopie weiterverkaufen darf, wenn er das Programm auf seinem Rechner löscht. Das *LG Düsseldorf* hatte in der Vorinstanz in einem solchen Weiterverkauf keine Probleme gesehen.<sup>26</sup> Das *OLG Düsseldorf* hat dem mit beachtlichen Gründen widersprochen.<sup>27</sup> An der Sicherungskopie könne man sich keine Erschöpfung vorstellen, da diese nur zu Sicherungszwecken hergestellt worden sei. Da der Ersterwerber diese Kopie selbst angefertigt habe, läge keine Veräußerung i.S.d. § 69c Nr. 3 Satz 2 UrhG vor. Vielmehr sei mit der rechnereigenen Festplattenkopie des Programms ein konkretes Werkstück in Verkehr gebracht worden, an dem sich das Verbreitungsrecht erschöpft habe. Für eine Ausweitung der Erschöpfungswirkung auf die Sicherungskopie analog § 69c Nr. 3 Satz 2 UrhG sei deshalb kein Raum.<sup>28</sup>

Das *LG Frankfurt/M.*<sup>29</sup> hat i.R.e. Verfügungsverfahrens Anfang 2010 entschieden, dass von der Erschöpfung nicht selbstgebrannte DVDs und Lizenzurkunden umfasst seien. Die Entscheidung erfolgte lediglich in einem summarischen Verfahren und nach summarischer Prüfung des Falls. Das Urteil ist daher auch nicht rechtskräftig. Das Urteil beschäftigt sich auch in keiner Weise mit Fragen der Erschöpfung. Vielmehr geht es hier lediglich darum, inwieweit ein Händler von Gebrauchtssoftware einen

Lizenzwerb glaubhaft machen muss und kann. Mit Verweis auf das Urteil des *OLG Düsseldorf* und in Anlehnung an die dortige Argumentation wird nur darauf verwiesen, dass die Sicherungskopien nicht mit Zustimmung des Softwareherstellers in Verkehr gebracht worden seien. Eine differenzierte Auseinandersetzung mit den unterschiedlichen Urteilen in dieser Frage nimmt das *LG Frankfurt/M.* nicht vor, sondern verweist dann fälschlicherweise auf eine angebliche „herrschende Rechtsprechung“. Egal wie man zur Frage der Erschöpfung im Softwarebereich steht, ist das Urteil daher für die weitere Diskussion in dieser Frage wenig ergiebig. Das *LG* verkennt i.Ü. die AGB-rechtlichen Grenzen des Vorgehens des klagenden Softwareunternehmens. Es stellt fest, dass das Unternehmen selbst in den AGB die Möglichkeit des Weitervertriebs, z.B. auch von Volumenlizenzen ermöglicht habe. Eine Bedingung dafür sei aber – so das *LG* –, dass der entsprechende Lizenzvertrag auf den Dritterwerber übertragen werde. Das *LG* verkennt die kartellrechtliche Problematik eines solchen „Bundling“. Es ist mit § 15 GWB und den Vorgaben von Art. 101 EG-Vertrag nicht vereinbar, dass ein Unternehmen ein anderes Unternehmen verpflichtet, beim Weiterverkauf der Produkte die ursprünglichen AGB an den Dritten weiterzugeben.<sup>30</sup> I.Ü. würde eine solche Bindung auch den Erschöpfungsgrundsatz unterlaufen. Dieser sieht ja gerade vor, dass zur Gewährleistung der Warenverkehrsfreiheit eine einmal veräußerte Kopie frei weitergegeben werden kann.<sup>31</sup> Die Freiheit der Weitergabe würde unterlaufen, wenn diese wieder nur unter dem Vorbehalt möglich wäre, die Vertriebsbedingungen des Herstellers zu beachten.

## V. Darlegungs- und Beweislast

Im Zusammenhang mit dem Urteil des *LG Frankfurt/M.* ist streitig, wer die Erschöpfung und deren Voraussetzungen darlegen und beweisen muss. Die Darlegungs- und Beweislast für den Einzug der Erschöpfung trifft daher denjenigen, der sich darauf beruft.<sup>32</sup> Würde man die Darlegungs- und Beweislast einseitig bei demjenigen ansiedeln, der sich auf die Erschöpfung beruft, könnte der Rechteinhaber diesen zur Offenlegung aller Handelsquellen veranlassen. Auf diese Weise hätte der Rechteinhaber auch ein Druckmittel, um die Erschöpfung durch Druck auf Bezugsquellen zu unterlaufen. Daher ist die Frage der Darlegungs- und Beweislast schon oft Gegenstand von Prozessen gewesen. Der *EuGH* hat gerade wegen der genannten Problematik eine differenzierte Darlegungs- und Beweislastregel aufgestellt.<sup>33</sup> Grundsätzlich muss natürlich derjenige die Erschöpfung nachweisen, der sich auf die entsprechende Erschöpfung beruft. Allerdings gebietet nach Auffassung des *EuGH* der Schutz des freien Warenverkehrs eine Modifizierung dieser generellen Beweisregel, wenn diese es einem Markeninhaber ermöglichen könnte, die nationalen Märkte abzuschotten und damit die Beibehaltung von etwaigen Preisunterschieden zwischen den Mitgliedstaaten zu begünstigen.<sup>34</sup> Danach obliegt es dem Rechteinhaber nachzuweisen, dass die Kopien ursprünglich von ihm selbst oder mit seiner Zustimmung außerhalb des europäischen Wirtschaftsraums in den Verkehr gebracht wurden, wenn der Dritte nachweisen kann, dass eine tatsächliche Gefahr der Abschottung der nationalen Märkte besteht, falls er den genannten Beweis zu erbringen hat. Diese Regel soll nach den oben genannten Entscheidungen für den Bereich selektiver Vertriebssysteme greifen; die Entscheidungen erlauben aber ausdrücklich auch eine Ausdehnung dieser Entscheidungen auf andere Vertriebssysteme. Entscheidend ist nach Auffassung des *EuGH* und des *BGH* die tatsächliche Abschottung nationaler Märkte, wenn derjenige, der den Beweis für die Erschöpfung erbringen müsste, entsprechende Unterlagen beizubringen hätte. Genau eine solche Gefahr besteht im vorliegenden Fall. Einige zentrale Unternehmen der Softwareindustrie arbeiten mit größtem Engpa-

<sup>24</sup> BT-Drs. 12/4022, S. 12.

<sup>25</sup> S. dazu *Raubenheimer*, CR 1996, 69 ff.

<sup>26</sup> *LG Düsseldorf* MMR 2009, 216.

<sup>27</sup> *OLG Düsseldorf* MMR 2009, 629.

<sup>28</sup> *OLG Düsseldorf* MMR 2009, 629.

<sup>29</sup> *LG Frankfurt/M.* MMR 2010, 465 m. Anm. *Wolff-Rojczyk/Hansen* – in diesem Heft.

<sup>30</sup> Zur kartellrechtlichen Unzulässigkeit solcher Klauseln *Eilmansberger*, GRUR 2009, 1123 ff.

<sup>31</sup> Zur Bedeutung der Warenverkehrsfreiheit bei der Erschöpfung *Sosnizza*, ZUM 2009, 521, 525 ff.

<sup>32</sup> Darauf beschränken sich die kurzen Hinweise im Urteil des *OLG Frankfurt/M.* v. 18.5.2010 – 11 U 69/09; *BGH* NJW 2005, 1581.

<sup>33</sup> Dies übersieht das *OLG Frankfurt/M.* im U. v. 18.5.2010 – 11 U 69/09.

<sup>34</sup> *EuGH* NJW 2003, 2895; ähnl. *BGH* GRUR 2004, 156, 158.

gement gegen die Etablierung eines Gebrauchtssoftwaremarktes seit vielen Jahren. Zahlreiche Entscheidungen dokumentieren, wie schwer es freien Händlern fällt, sich mit Gebrauchtssoftwareprodukten zu etablieren. Gleichzeitig binden die genannten Softwareunternehmen die entsprechenden Händler nach Möglichkeit so eng wie möglich an das Unternehmen und unternehmerische Ziele.

Zu beachten ist ferner, dass sich Gebrauchtssoftwarehändler wie *Usedsoft* nicht darauf beschränken, eine bloße Erschöpfung zu behaupten. Vielmehr wird durch ein sehr detailliert ausgearbeitetes Nachweissystem versucht, den Kunden Planungssicherheit beim Nachweis der Rechtekette zu geben. Dazu zählt auch die Einbindung von Wirtschaftsprüfern und Notaren, die entsprechende Testate abgeben. Würde man darüber hinaus die Gebrauchtssoftwarehändler verpflichten, die Rechtekette vollständig nachzuweisen, wäre dies nur möglich, wenn diese den Zwischenhändler und dessen Bezugsquelle benennen. Es entspricht dann der allgemeinen Lebenserfahrung, dass in einem solchen Fall der Rechteinhaber auf entsprechende Händler einwirken würde, derartige Lieferungen künftig zu unterlassen. Man gäbe damit also dem Rechteinhaber ein Mittel an die Hand, die Warenverkehrsfreiheit dadurch zu beschränken, dass die Etablierung eines Gebrauchtssoftwaremarkts nachhaltig und erfolgreich unterbunden wird. Insofern muss es als Nachweis der

Rechtekette ausreichen, wenn der Händler ohne Benennung der entsprechenden Zwischenhändler, etwa durch Notartestate, das Vorliegen eines „originalen“ Vervielfältigungsstücks nachweist. I.Ü. ist zu bedenken, dass ohnehin bei Inanspruchnahme von Endkunden seitens der Rechteinhaber dieser den vollen Beweis für das Vorliegen einer Urheberrechtsverletzung zu erbringen hat. Behauptet also ein Softwareunternehmen, dass die an einen Dritten veräußerte Kopie eine nicht rechtmäßig hergestellte Kopie sei, obliegt dem entsprechenden Unternehmen der volle Nachweis für die Rechtsverletzung.

## VI. Fazit

Die Rechtslage bleibt unklar – verbietet aber auch jede Pauschalisierung. Vor allem ist es sehr bedenklich, wenn die führenden IT-Unternehmen Kunden wegen angeblicher Rechtswidrigkeit des Ankaufs von Gebrauchtssoftware anschreiben. Fairness ist hier geboten – zumindest solange der *BGH* oder der Gesetzgeber nicht entschieden haben.



Professor Dr. Thomas Hoeren ist Direktor der zivilrechtlichen Abteilung des Instituts für Informations-, Telekommunikations- und Medienrecht (ITM) an der Wilhelms-Universität Münster und Mitherausgeber der MMR.

WERNHARD MÖSCHEL

# Investitionsförderung als Regulierungsziel

Neuausrichtung des Europäischen Rechtsrahmens für die elektronische Kommunikation

Telekommunikations- und Medienrecht

Der deutsche Gesetzgeber hatte durch § 9a TKG versucht, Investitionen in moderne TK-Netze mittels Regulierungsleichterungen zu befördern. Der EuGH hat ihn in einem von der Kommission angestregten Vertragsverletzungsverfahren zurückgepfiffen. Der Ende 2009 novellierte Europäische Rechtsrahmen für die elektronische Kommunikation hat das genannte Anliegen jetzt als ein gemeinschaftsrechtliches aufgenommen. Man kann insoweit von einer echten Neuausrichtung dieses Rechtsrahmens sprechen. Das deutsche TKG wird

noch in diesem Jahr entsprechend novelliert werden. Der Weg einer „regulativen Feinststeuerung“, den die Kommission eingeschlagen hat, wird an Grenzen dessen stoßen, was rechtsstaatlich noch leistbar ist. Der nationale Gesetzgeber ist von Brüssel faktisch ausgeschaltet, die nationale Regulierungsbehörde durch Konsultationszwänge an die Leine gelegt worden. Der gebotene Übergang von der sektorspezifischen Regulierung auf die Anwendung der allgemeinen Wettbewerbsgesetze ist noch nicht erreicht.

## I. Entwicklung

Die Herausbildung und Fortentwicklung des Europäischen Rechtsrahmens für die elektronische Kommunikation ist kompliziert. In der Frühphase gegen Ende der achtziger Jahre des vorigen Jahrhunderts war sie eingebettet in eine allgemeine Deregulierungsbewegung. Sie erfasste die Sektoren Banken, Versicherung, Verkehr, leitungsgebundene Energieversorgung und – besonders erfolgreich – die Telekommunikation. Die Politik stützte sich dabei auf das Primärrecht der Gemeinschaft. Im Jahre 2002 schuf die Gemeinschaft mit fünf Richtlinien den noch heute gültigen Europäischen Rechtsrahmen für elektronische Kommunikation.<sup>1</sup>

Der deutsche Gesetzgeber nahm ihn in die Reform des TKG von 2004 auf. Zum Jahresende 2007 schlug die *Kommission* ein wei-

teres Reformpaket vor. Angesichts von Widerständen in den Mitgliedstaaten trat es in mannigfach veränderter Form erst

<sup>1</sup> Der EU-Rechtsrahmen für elektronische Kommunikation besteht maßgeblich aus den folgenden fünf Richtlinien: Rahmenrichtlinie: RL 2002/21/EG über einen gemeinsamen Rechtsrahmen für elektronische Kommunikationsnetze und -dienste, ABl. EG Nr. L 108/33 v. 24.4.2002; Genehmigungsrichtlinie: RL 2002/20/EG über die Genehmigung elektronischer Kommunikationsnetze und -dienste, ABl. EG Nr. L 108/21 v. 24.4.2002; Zugangsrichtlinie: RL 2002/19/EG über den Zugang zu elektronischen Kommunikationsnetzen und zugehörigen Einrichtungen sowie deren Zusammenschaltung, ABl. EG Nr. L 108/7 v. 24.4.2002; Universaldienstrichtlinie: RL 2002/22/EG über den Universaldienst und Nutzerrechte bei elektronischen Kommunikationsnetzen und -diensten, ABl. EG Nr. L 108/51 v. 24.4.2002; Datenschutzrichtlinie: RL 2002/58/EG über die Verarbeitung personenbezogener Daten und den Schutz der Privatsphäre in der elektronischen Kommunikation, ABl. EG Nr. L 201/37 v. 31.7.2002.