

Thomas Hoeren

Der urheberrechtliche Erschöpfungsgrundsatz bei der Online-Übertragung von Computerprogrammen

Die Veräußerung eines Computerprogramms kann entweder durch Übereignung eines körperlichen Vervielfältigungsstücks erfolgen, oder es kann dem Kunden die Möglichkeit eröffnet werden, das Computerprogramm aus dem Internet herunterzuladen. Den letzteren Weg bezeichnet man als Online-Übertragung. Diese stellt mangels Veräußerung eines körperlichen Vervielfältigungsstücks keine Verbreitungshandlung i.S.d. § 69c Nr. 3 UrhG dar. Folglich kann in Bezug auf die veräußerte Vervielfältigung des Programms keine Erschöpfung nach § 69c Nr. 3 S. 2 UrhG eintreten. Der Ersterwerber könnte demnach das Programm wegen des ausschließlichen Verbreitungsrechts des Urhebers aus § 69c Nr. 3 UrhG nicht weiterveräußern. Auf diesem Hintergrund untersagte das OLG München, Urt. v. 3.8.2006 – 6 U 1818/06 (demnächst in CR) in Übereinstimmung mit dem LG (LG München I, Urt. v. 19.1.2005 – 7 O 23237/05, CR 2006, 159 mit Anm. Haines/Scholz) in einem einstweiligen Verfügungsverfahren einem Gebrauchts-Softwarehändler die Weiterveräußerung von Oracle-Produkten, die über das Internet zum Abruf be-

reit gestellt worden waren (Der Begriff „Gebrauchtssoftware“ ist allerdings dubios, da sich Software nicht wie ein Gebrauchsgegenstand abnutzen kann; s. dazu Hoeren, CR 1992, 257; ähnlich auch Schuppert/Greissinger, CR 2005, 81). Arrogant und kaltschnäuzig wirken die Entscheidungsgründe des OLG München, die die komplexe Frage der Erschöpfung ohne nähere Begründung auf die Frage des gutgläubigen Erwerbs reduzieren. Die Überlegungen des LG sind vielfach publiziert und Gegenstand zahlreicher Stellungnahmen gewesen (Siehe dazu u.a. Grützmaker, ZUM 2006, 302 ff.; Huppertz, CR 2006, 145 ff.; Heydn/Schmidt, K&R 2006, 74 ff.; Sosnitzer, K&R 2006, 206 ff.). Im Folgenden werden die besonderen Probleme der „Neuen Münchener Linie“ aufgezeigt.

I. Die Online-Erschöpfung

Die Frage, ob und unter welchen Voraussetzungen auch eine Erschöpfung beim Erwerb von Produkten eintritt, die online übertragen wurden, ist bis heute streitig und vielfach diskutiert worden. Inmitten einer harten Front von Erschöpfungsgegnern¹ und Erschöpfungsbefürwortern² versucht eine dritte Meinung zu vermitteln, die je nach Übertragungsart und Umständen des Einzelfalls eine Erschöpfung annimmt.³ Letzter Auffassung ist der Vorzug zu geben.

§ 69c Nr. 3 S. 2 UrhG ist im Falle der Online-Übertragung eines Computerprogramms analog anzuwenden, wenn je nach den Umständen des Einzelfalls der Online-Übertragungsakt als funktionales Äquivalent zur körperlichen Verbreitung von Kopien im Wege der Veräußerung angesehen werden kann.⁴ In einem solchen Fall liegen die Voraussetzungen einer analogen Anwendung des § 69c Nr. 3 S. 2 UrhG eindeutig vor. Die Planwidrigkeit der Regelungslücke ergibt sich aus dem Regelungsbe- reich des Erwägungsgrundes 29 der Richtlinie zur Harmonisierung bestimmter Aspekte des Urheberrechts und verwandter Schutzrechte in der Informationsgesellschaft,⁵ im Folgenden Urheberrechtsrichtlinie genannt.

▷ Prof. Dr. Thomas Hoeren, Münster. Der folgende Beitrag basiert auf einem Parteigutachten, dass der Verfasser im Rahmen eines Gerichtsverfahrens vor dem LG München erstellt hat; die Begutachtung erfolgte aber weisungsfrei und unabhängig. Der Verfasser ist Direktor des Instituts für Informations-, Telekommunikations- und Medienrecht/Universität Münster.

1 So etwa die Prozessvertreter von Oracle in obigem Verfahren Heyn/Schmidl, K&R 2006, 74; Koch, CR 2002, 629 (631).
2 Grützmaker in Wandtke/Bullinger, Urheberrecht, 2. Aufl. 2006, § 69c Rz. 31, 36 f.; Berger, GRUR 2002, 198 (199); Grützmaker, ZUM 2006, 302 ff.; Mäger, CR 1996, 522 ff.
3 Loewenheim in Schrickler, Urheberrecht, 3. Aufl. 2006, § 69c Rz. 33; Dreier in Dreier/Schulze, UrhG, 2. Aufl. 2005, § 69c Rz. 24; Hoeren, CR 1996, 517 ff.; Walter, Öffentliche Wiedergabe und Online-Übertragung, in FS Dittrich, 2000, S. 363, 379.
4 Dreier in Dreier/Schulze, Urheberrechtsgesetz, 2004, § 69c Rz. 24; Hoeren in Möhring/Nicolini, Urheberrechtsgesetz, 2. Aufl. 2000, § 69c Rz. 16; Koehler, Der Erschöpfungsgrundsatz des Urheberrechts im Online-Bereich, 2001, S. 72; Knies, GRUR-Int. 2002, 314 (316); Walter, Öffentliche Wiedergabe und Online-Übertragung, in FS Dittrich, 2000, S. 363, 379.
5 2001/29/EG vom 22.5.2001.

Der urheberrechtliche Erschöpfungsgrundsatz bei der Online-Übertragung von Computerprogrammen

Erwägungsgrund 29 hat seinen Ursprung in Erwägungsgrund 33 der Richtlinie über den rechtlichen Schutz von Datenbanken.⁶ Demnach müssen die Erwägungen zur Datenbankrichtlinie bei der Auslegung des Erwägungsgrundes 29 der Urheberrechtsrichtlinie,⁷ und somit auch des UrhG, das zur Umsetzung der Urheberrechtsrichtlinie im Jahr 2003 geändert wurde,⁸ berücksichtigt werden. Online-Datenbanken sind nur bei Herstellung einer Verbindung zu dieser nutzbar. Ein im Wege der Online-Übertragung erworbenes Programm kann hingegen ohne Verbindung zum Urheber genutzt werden. Die Erwägungen zur Datenbankrichtlinie passen somit nicht auf im Wege der Online-Übertragung erworbene Computerprogramme, die dauerhaft nutzbar sind. Weiterhin fehlt dem Erwerb eines Computerprogramms der Dienstleistungscharakter, der für die Anwendbarkeit des Erwägungsgrundes 29 erforderlich ist.⁹ Erwägungsgrund 29 ist demzufolge nicht auf die Online-Übertragung dauerhaft nutzbarer Computerprogramme bezogen.¹⁰ Eine planwidrige Regelungslücke besteht.

Die Vergleichbarkeit der Interessenlage ergibt sich daraus, dass der Erwerb eines körperlichen Vervielfältigungsstücks und die Online-Übertragung eines Computerprogramms in vielen Fällen zum gleichen Erfolg führen. Denn bei beiden Vertriebswegen hat der Erwerber am Ende regelmäßig eine installierte Version des Computerprogramms auf seinem Rechner.¹¹ Außerdem ist der Erschöpfungsgrundsatz dem Urheberrecht immanent. Demnach gilt er nicht nur bezüglich des Verbreitungsrechts bei der Veräußerung eines körperlichen Vervielfältigungsstücks, sondern auch bezüglich anderer Nutzungsrechte.¹² Dies hat bereits der BGH in seinem Urteil zur Kabelfernsehen in Abschattungsgebieten festgestellt.¹³

II. Erschöpfungsgrundsatz und § 69d UrhG

Über das Ergebnis zur Online-Erschöpfung mag man streiten; doch interessanter und wichtiger sind einige Folgefragen, die das landgerichtliche Urteil aus München aufgeworfen hat. Das LG hat die Anwendbarkeit des Erschöpfungsgrundsatzes nämlich letztendlich offen gelassen und darauf verwiesen, dass selbst bei Anwendung des § 69c Nr. 3 S. 2 UrhG die heruntergeladenen Softwarekopien dennoch nicht genutzt werden dürften. Denn die Nutzung der Software mache zusätzliche Vervielfältigungshandlungen (Speichern auf der Festplatte und Arbeitsspeicher) notwendig, für die es an der Zustimmung des Softwarehauses fehle. Diese Argumentation soll im Folgenden näher untersucht werden. Weiterhin stellt sich die Frage, ob der Urheber bei einer Online-Übertragung durch eine Bestimmung in den AGB oder eine Beschränkung des Nutzungsrechts eine Weiterveräußerung durch den Ersterwerber wirksam ausschließen kann. Dies wird näher geprüft.¹⁴

Das Vervielfältigungsrecht ist für alle Werkarten in § 16 UrhG geregelt. Allerdings ist in § 69c Nr. 1 UrhG eine gesonderte Regelung für Computerprogramme getroffen worden. Nach dieser hat der Urheber das ausschließliche Recht, dauerhafte oder vorübergehende Vervielfältigungshandlungen vorzunehmen oder zu gestatten. Weiterhin bedarf nach § 69c Nr. 1 S. 2 UrhG das Laden, Anzeigen, Ablaufen, Übertragen oder Speichern eines Computerprogramms, soweit es eine Vervielfältigung erfordert, der Zustimmung des Rechteinhabers. Ausnahmsweise bedürfen Vervielfältigungen i.S.d. § 69c Nr. 1 UrhG nach § 69d Abs. 1 UrhG keiner Zustimmung des Urhebers, wenn sie für die bestimmungsgemä-

ße Nutzung durch einen zur Verwendung Berechtigten erforderlich sind.

Wenn der Ersterwerber dem Zweiterwerber seine Nutzungsrechte am Computerprogramm veräußert, diesem aber keine installationsfähige Version des Programms auf einem Datenträger übergibt, muss sich der Zweiterwerber selbst das Programm zum Zwecke der Installation vom Server des Urhebers herunterladen. Dies ist allerdings dann nicht erforderlich, wenn der Zweiterwerber bereits über ein Mainframesystem verfügt, bei dem die Nutzer auf die zentral gespeicherten Computerprogramme zugreifen. In einem solchen Fall wird das Programm auf den angeschlossenen Computern nicht installiert, sondern nur simuliert.¹⁵ Weiterhin wird das Computerprogramm beim Zweiterwerber unabhängig davon, ob es sich um eine Installation auf einem einzelnen Computer handelt oder eine Nutzung im Rahmen eines Mainframesystems erfolgt, in den Arbeitsspeicher des Computers geladen. Letztlich erfolgt eine Anzeige auf dem Bildschirm des Nutzers.

Fraglich ist, ob diese Handlungen des Zweiterwerbers eine Vervielfältigungshandlung i.S.d. § 69c Nr. 1 UrhG darstellen, und ob sie ggf. nach § 69d Abs. 1 UrhG ohne Zustimmung des Urhebers vorgenommen werden dürfen.

1. Herunterladen und Installation durch den Zweiterwerber

Solange der Zweiterwerber nicht bereits über ein Mainframesystem verfügt, ist eine Installation des Computerprogramms auf mindestens einem Computer erforderlich, um dieses nutzen zu können. Sollte der Ersterwerber dem Zweiterwerber keine installationsfähige Version zur Verfügung gestellt haben, muss dieser weiterhin das Programm vom Server des Urhebers herunterladen. Es könnte sich bei diesen Handlungen um zustimmungspflichtige Vervielfältigungshandlung nach § 69c Nr. 1 UrhG handeln. Eine Vervielfältigungshandlung liegt vor, wenn die Programmdatei dem Menschen durch Ausdruck sichtbar gemacht werden können.¹⁶ Demnach stellt jedes Abspeichern des Computerprogramms auf einem selbständig verkehrsfähigem Datenträger, wie einer CD-Rom, DVD oder Festplatte, eine dauerhafte Vervielfältigungshandlung dar.¹⁷ Ob das Programm dabei von einer Offline- oder Online-Quelle bezogen wird, ist ohne Belang.¹⁸ Wenn der Zweiterwerber das Computerprogramm vom Server des Urhebers lädt und es an-

6 1996/9/EWG vom 11.3.1996.

7 Reinbothe, ZUM 2002, 43 (48).

8 BGBl. I 2003, 1774; Knies, GRUR-Int. 2002, 314 (315).

9 Witte, ITRB 2005, 86 (90).

10 So auch Grützmacher, ZUM 2006, 302 (304).

11 Kotthoff in Dreyer/Kotthoff/Meckel, 2004, § 69c Rz. 22; Marly, Softwareüberlassungsverträge, 4. Aufl. 2004, Rz. 110; Marly, Urheberrechtsschutz für Computersoftware in der EU, S. 243; Hoeren, CR 1996, 517 (519); Knies, GRUR-Int. 2002, 314 (316).

12 Bartsch, CR 1987, 8 (10); Gounalakis, Kabelfernsehen im Spannungsfeld von Urheberrecht und Verbraucherschutz, 1989, S. 221.

13 BGH, Urt. v. 7.11.1980 – IZR 24/79, BGHZ 79, 350 (360) – Kabelfernsehen in Abschattungsgebieten.

14 Dabei geht es im weiteren nicht um die Spezifika des Oracle-Falls (der ausweislich der bisherigen Literaturhinweise anscheinend durch viele Besonderheiten gekennzeichnet ist), sondern um die sehr allgemein gehaltenen Ausführungen des LG zum Verhältnis zwischen § 69c Nr. 3 und § 69d UrhG.

15 Schneider, Handbuch des EDV-Rechts, 3. Aufl. 2003, S. 400.

16 Grützmacher in Wandtke/Bullinger, Praxiskommentar zum Urheberrecht, 2. Aufl. 2006, § 69c Rz. 4.

17 Dreier in Dreier/Schulze, Urheberrechtsgesetz, 2. Aufl. 2005, § 69c Rz. 6.

18 Loewenheim in Schrickler, Urheberrecht, 3. Aufl. 2006, § 69c Rz. 8.

Der urheberrechtliche Erschöpfungsgrundsatz bei der Online-Übertragung von Computerprogrammen

schließlich installiert, erfolgt in beiden Fällen eine Speicherung des Programms auf der Festplatte. Die Speicherung bleibt auf der Festplatte bis zu ihrer Löschung erhalten. Demnach stellen diese Handlungen eine dauerhafte Vervielfältigung i.S.d. § 69c Nr. 1 UrhG dar. Grundsätzlich dürfen sie folglich nur mit Zustimmung des Urhebers vorgenommen werden. Allerdings könnte zugunsten des Zweiterwerbers die Ausnahme vom Zustimmungserfordernis nach § 69d Abs. 1 UrhG greifen.

a) Bestimmungsgemäße Nutzung i.S.d. § 69d Abs. 1 UrhG

Nach § 69d Abs. 1 UrhG bedürfen Vervielfältigungshandlungen nach § 69c Nr. 1 UrhG keiner Zustimmung des Urhebers, wenn sie für eine bestimmungsgemäße Nutzung durch einen zur Benutzung des Programms Berechtigten vorgenommen werden. Die bestimmungsgemäße Nutzung erfasst jedenfalls alle Vervielfältigungshandlungen, die bei der Benutzung des Computerprogramms anfallen.¹⁹ Dazu gehört eine Installation des Programms auf der Festplatte.²⁰ Die dauerhafte Vervielfältigung des Computerprogramms auf der Festplatte des Zweiterwerbers als Folge der Installation gehört zur bestimmungsgemäßen Nutzung.

Fraglich ist, ob auch die Speicherung der Installationsversion nach dem Herunterladen vom Server des Urhebers durch den Zweiterwerber eine Handlung ist, die bei der Benutzung anfällt. Der Begriff der bestimmungsgemäßen Nutzung erfasst alle Handlungen, die erforderlich sind, um die Benutzung zu ermöglichen.²¹ Die Speicherung der Installationsversion eines Computerprogramms, das im Wege der Online-Übertragung zur Verfügung gestellt wird, ist notwendig, um das Programm installieren zu können. Demnach ist diese Speicherung letztlich auch dazu erforderlich, um die Benutzung zu ermöglichen. Es handelt sich bei der Speicherung eines Computerprogramms, das im Wege der Online-Übertragung zur Verfügung gestellt wird, um eine bestimmungsgemäße Nutzung.

b) Zur Benutzung des Programms Berechtigter i.S.d. § 69d Abs. 1 UrhG

Die Ausnahme vom Zustimmungserfordernis in § 69d Abs. 1 UrhG greift nur dann, wenn die Handlung durch

einen zur Benutzung des Programms Berechtigten vorgenommen wird. Berechtigter ist derjenige, der Inhaber eines Nutzungsrechts an dem Computerprogramm ist. Dies ist nicht nur der Ersterwerber, sondern auch der Zweiterwerber eines Computerprogramms, an dem sich das Verbreitungsrecht nach § 69c Nr. 3 S. 2 UrhG erschöpft hat;²² denn ihm ist das Nutzungsrecht des Ersterwerbers weiter übertragen worden.²³ § 34 Abs. 1 UrhG gilt insoweit nicht.²⁴ Bei der Veräußerung eines Computerprogramms im Wege der Online-Übertragung tritt Erschöpfung nach § 69c Nr. 3 S. 2 UrhG analog ein. Der Zweiterwerber, welcher das Nutzungsrecht am Computerprogramm vom Ersterwerber erworben hat, wäre demnach zur Benutzung des Computerprogramms berechtigt.

Allerdings wird es teilweise für notwendig erachtet, dass dem Erwerber zusätzlich noch durch den Urheber oder den zur Lizenzierung Berechtigten ein Nutzungsrecht eingeräumt wird. Sollte der Zweiterwerber keinen solchen Vertrag mit dem Urheber schließen, wäre er nicht zur Nutzung berechtigt.²⁵ Gegen das Erfordernis einer Einräumung des Nutzungsrechts durch Vertrag mit dem Urheber spricht, dass es sich bei § 69d Abs. 1 UrhG um eine gesetzliche Lizenz handelt, die der Absicherung der Erschöpfung dient.²⁶ Ein Lizenzvertrag mit dem Hersteller ist demnach nicht notwendig, um zur Benutzung berechtigt zu sein.²⁷

Auf Grund der Geltung des Erschöpfungsgrundsatz nach § 69c Nr. 3 S. 2 UrhG analog ist der Zweiterwerber, welcher das Nutzungsrecht vom Ersterwerber erworben hat, Berechtigter i.S.d. § 69d Abs. 1 UrhG.

Sowohl das Herunterladen und Speichern des Computerprogramms, wie auch dessen Installation durch den Zweiterwerber, stellen dauerhafte Vervielfältigungshandlungen nach § 69c Nr. 1 UrhG dar. Der Zweiterwerber darf diese jedoch auf Grund der Ausnahme nach § 69d Abs. 1 UrhG ohne Zustimmung des Urhebers vornehmen.

2. Laden in den Arbeitsspeicher durch den Zweiterwerber

Um das Computerprogramm nutzen zu können, muss das Programm von der Festplatte des Computers in Arbeitsspeicher geladen werden. Zuerst muss geklärt werden, ob es sich bei dieser Speicherung um eine Vervielfältigungshandlung nach § 69c Nr. 1 UrhG handelt, und weiterhin, ob diese zustimmungspflichtig ist. Letztlich könnte hinsichtlich des Ladens in den Arbeitsspeicher die Ausnahme vom Zustimmungserfordernis nach § 69d Abs. 1 UrhG greifen.

a) Laden in den Arbeitsspeicher als Vervielfältigungshandlung

Fraglich ist, ob das Laden in den Arbeitsspeicher eine Vervielfältigungshandlung i.S.d. § 69c Nr. 1 UrhG darstellt. Nach § 69c Nr. 1 S. 2 UrhG bedarf das Laden, Anzeigen, Ablaufen, Übertragen oder Speichern eines Computerprogramms, soweit es eine Vervielfältigung erfordert, der Zustimmung des Rechteinhabers. Wann diese Vorgänge allerdings eine Vervielfältigung erfordern, wird in § 69c Nr. 1 S. 2 UrhG nicht definiert.²⁸ Demnach kann aus der Regelung in § 69c Nr. 1 S. 2 UrhG allein nicht geschlossen werden, dass das Laden in den Arbeitsspeicher eine Vervielfältigung darstellt. Ob es sich bei dieser Handlung um eine Vervielfältigung handelt, ist umstritten.²⁹

19 Nordemann/Vinck in Fromm/Nordemann, Urheberrecht, 9. Aufl. 1998, § 69d Rz. 3.

20 Kotthoff in Dreyer/Kotthoff/Meckel, 2004, § 69d Rz. 5.

21 Dreier in Dreier/Schulze, Urheberrechtsgesetz, 2. Aufl. 2005, § 69d Rz. 5.

22 Dreier in Dreier/Schulze, Urheberrechtsgesetz, 2. Aufl. 2005, § 69d Rz. 6; Loewenheim in Schricker, Urheberrecht, 3. Aufl. 2006, § 69d Rz. 4.

23 Grütmacher in Wandtke/Bullinger, Praxiskommentar zum Urheberrecht, 2. Aufl. 2006, § 69d Rz. 26.

24 Nordemann/Vinck in Fromm/Nordemann, Urheberrecht, 9. Aufl. 1998, § 69d Rz. 2 i.V.m. § 69c Rz. 6.

25 Haberstumpf in Lehmann, Rechtsschutz und Verwertung von Computerprogrammen, 2. Aufl. 1993, Kap. II Rz. 159; Marly, Softwareüberlassungsverträge, 4. Aufl. 2004, Rz. 485.

26 Grütmacher in Wandtke/Bullinger, Praxiskommentar zum Urheberrecht, 2. Aufl. 2006, § 69d Rz. 26.

27 Dreier in Dreier/Schulze, Urheberrechtsgesetz, 2004, § 69d Rz. 2; Nordemann/Vinck in Fromm/Nordemann, Urheberrecht, 9. Aufl. 1998, § 69d Rz. 2; Baus, MMR 2002, 14 (16); Berger, NJW 1997, 300 (302); Hoeren/Schubmacher, CR 2000, 137 (138).

28 Dreier in Dreier/Schulze, Urheberrechtsgesetz, 2. Aufl. 2005, § 69c Rz. 6.

29 Den Streit übersieht Huppertz, CR 2006, 145 (147), der das Laden ohne weitere Begründung auf eine Stufe mit dem Kopieren auf die Festplatte stellt und in beiden Fällen § 69d Abs. 1 UrhG anwenden will.

Der urheberrechtliche Erschöpfungsgrundsatz bei der Online-Übertragung von Computerprogrammen

aa) *Vervielfältigung beim Laden in den Arbeitsspeicher*

Nach einer Ansicht stellt das Laden in den Arbeitsspeicher eine Vervielfältigung dar,³⁰ da diese Speicherung ermöglicht, das Computerprogramm unabhängig von der erworbenen und installierten Programmkopie zu nutzen.³¹ Ein weiteres Argument ist, dass es erforderlich ist, das Laden in den Arbeitsspeicher als Vervielfältigung anzusehen, um den Urheber gegen unbegrenzte Nutzung im Netzwerk abzusichern; denn in einem Mainframesystem wird auf den angeschlossenen Rechnern das Computerprogramm nicht installiert, sondern nur in den Arbeitsspeicher geladen.³² Weiterhin schützt § 69c Nr. 1 UrhG auch ausdrücklich vorübergehende Vervielfältigungen.³³ Letztlich wird auf einen entsprechenden Willen des Gesetzgebers bei der Schaffung der gesetzlichen Bestimmungen zum Schutz von Computerprogrammen verwiesen.³⁴ Demnach würde das Laden in den Arbeitsspeicher durch den Zweiterwerber eine Vervielfältigungshandlung i.S.d. § 69c Nr. 1 S. 2 UrhG darstellen.

bb) *Keine Vervielfältigung beim Laden in den Arbeitsspeicher*

Nach anderer Ansicht liegt beim Laden in den Arbeitsspeicher keine Vervielfältigungshandlung vor.³⁵ Ein Argument ist, dass es sich beim Laden des Programms in den Arbeitsspeicher um eine bloße Benutzung des Programms handelt. Die bloße Benutzung oder Wahrnehmung eines urheberrechtlich geschützten Werkes ist aber urheberrechtlich unerheblich.³⁶ Weiterhin beruht die Möglichkeit der Nutzung des Computerprogramms auf mehreren Netzwerkcomputern durch Laden in deren Arbeitsspeicher allein auf der Möglichkeit des mehrfachen Zugriffs auf eine gespeicherte Kopie des Computerprogramms. Die Möglichkeit ergibt sich nicht aus dem einzelnen, im Arbeitsspeicher vorhandenen, Datensatz. Demnach ist dieser nicht der geeignete dogmatische Anknüpfungspunkt für die mehrfache Nutzung eines Computerprogramms.³⁷ Nach dieser Ansicht würde das Laden in den Arbeitsspeicher keine Vervielfältigungshandlung i.S.d. § 69c Nr. 1 UrhG darstellen. Der Zweiterwerber dürfte sie ohne Weiteres vornehmen.

Zwar führen beide Ansichten zu unterschiedlichen Ergebnissen, die Entscheidung dieser Streitigkeit kann jedoch offen bleiben, wenn die weitere Prüfung ergibt, dass auch nach der ersten Ansicht der Zweiterwerber zur Vervielfältigung berechtigt wäre.

b) *Laden in den Arbeitsspeicher als vorübergehende Vervielfältigungshandlung nach § 44a UrhG*

Nach § 44a Nr. 2 UrhG sind vorübergehende Vervielfältigungshandlungen, die flüchtig oder begleitend sind, einen integralen und wesentlichen Teil eines technischen Verfahrens zum Zweck einer rechtmäßigen Nutzung darstellen und denen keine eigenständige wirtschaftliche Bedeutung zukommt, ohne Zustimmung des Urhebers zulässig. Eine Vervielfältigung des Programms im Arbeitsspeicher eines Computers könnte diese Voraussetzungen erfüllen. Allerdings ist fraglich, ob § 44a UrhG überhaupt auf Computerprogramme Anwendung findet.

aa) *Anwendbarkeit von § 44a UrhG*

Der § 44a UrhG hat seinen Ursprung in Art. 5 I der Urheberrechtsrichtlinie. Nach Erwägungsgrund 20 und 50 und Art. 1 II a) der Urheberrechtsrichtlinie bleiben die Regelungen der Richtlinie über den Rechtsschutz von

Computerprogrammen³⁸ unberührt. Die §§ 69a ff. UrhG dienen der Umsetzung dieser Richtlinie.³⁹ Demnach dürfte § 44a UrhG auf Vervielfältigungshandlungen, die § 69c Nr. 1 UrhG unterfallen, keine Anwendung finden.⁴⁰ Indes kann nach einer Ansicht § 44a UrhG analog auf Computerprogramme angewendet werden, wobei sich die vergleichbare Interessenlage daraus ergibt, dass der Urheber eines Computerprogramms kein größeres Interesse als sonstige Urheber daran hat, Vervielfältigungen, welche sich unter § 44a UrhG subsumieren ließen, zu kontrollieren.⁴¹ Nach anderer Ansicht ist § 44a UrhG, ungeachtet der Regelungen der Urheberrechtsrichtlinie, direkt auf die Kopie eines Programms im Arbeitsspeicher eines Computers anwendbar.⁴² Falls man § 44a UrhG grundsätzlich analog oder direkt für Vervielfältigungen im Arbeitsspeicher für anwendbar erachtet, ist fraglich, ob dessen Voraussetzungen vorliegen.

bb) *Vorliegen der Voraussetzungen von § 44a UrhG*

Die Kopie im Arbeitsspeicher stellt nach einer Ansicht eine vorübergehende Vervielfältigungshandlung dar (s.o. II.2.a)aa)). Diese müsste gem. § 44a UrhG flüchtig, also nur von kurzer Dauer,⁴³ oder begleitend, d.h. ein Zwischenschritt auf dem Weg zur bezweckten Nutzung,⁴⁴ sein. Eine Kopie im Arbeitsspeicher verschwindet erst bei Beendigung des Programms oder Ausschalten des Computers. Sie ist somit, im Gegensatz zu Speicherungen im Cache Speicher,⁴⁵ nicht flüchtig. Allerdings ist eine solche Kopie zur bezweckten Nutzung erforderlich und somit ein notwendiger Zwischenschritt. Demnach ist eine Kopie im Arbeitsspeicher begleitender Natur. Integraler oder wesentlicher Bestandteil eines technischen Verfahrens ist die Vervielfältigung dann, wenn sie der digitalen Werknutzung dient.⁴⁶ Die Vervielfältigung im Arbeitsspeicher dient einer Nutzung des Computerprogramms und erfolgt somit für den in § 44a UrhG erwähnten Zweck. Die nach § 44a Nr. 2 UrhG erforderliche Rechtmäßigkeit der Nutzung ergibt sich für den

30 Dreier in Dreier/Schulze, Urheberrechtsgesetz, 2. Aufl. 2005, § 69c Rz. 8; Loewenheim in Schrickler, Urheberrecht, 3. Aufl. 2006, § 69c Rz. 8; Grützmacher in Wandtke/Bullinger, Praxiskommentar zum Urheberrecht, 2002, § 69c Rz. 5; Haberstumpf in Lehmann, Rechtsschutz und Verwertung von Computerprogrammen, 2. Aufl. 1993, Kap. II Rz. 117; Marly, Softwareüberlassungsverträge, 4. Aufl. 2004, Rz. 163 ff.; Bartsch, CR 1999, 361.

31 Dreier in Dreier/Schulze, Urheberrechtsgesetz, 2. Aufl. 2005, § 69c Rz. 8.

32 Grützmacher in Wandtke/Bullinger, Praxiskommentar zum Urheberrecht, 2. Aufl. 2006, § 69c Rz. 5.

33 Marly, Softwareüberlassungsverträge, 4. Aufl. 2004, Rz. 164.

34 Grützmacher in Wandtke/Bullinger, Praxiskommentar zum Urheberrecht, 2. Aufl. 2006, § 69c Rz. 5.

35 Hoeren in Möhring/Nicolini, Urheberrechtsgesetz, 2. Aufl. 2000, § 69c Rz. 5; Hoeren/Schuhmacher, CR 2000, 137 (144); Schuhmacher, CR 2000, 641 (645).

36 Hoeren in Möhring/Nicolini, Urheberrechtsgesetz, 2. Aufl. 2000, § 69c Rz. 5; Hoeren/Schuhmacher, CR 2000, 137 (144).

37 Hoeren/Schuhmacher, CR 2000, 137 (144).

38 91/250/EWG vom 14.5.1991.

39 Nordemann/Vinck in Fromm/Nordemann, Urheberrecht, 9. Aufl. 1998, vor § 69a Rz. 1.

40 Dreier in Dreier/Schulze, Urheberrechtsgesetz, 2. Aufl. 2005, § 44a Rz. 2 und § 69c Rz. 9; v. Welser in Wandtke/Bullinger, Ergänzungsband zum Praxiskommentar, 2003, § 44a Rz. 23.

41 Dreier in Dreier/Schulze, Urheberrechtsgesetz, 2. Aufl. 2005, § 69c Rz. 9.

42 Dreyer in Dreyer/Kotthoff/Meckel, 2004, § 44a Rz. 5; Kröger, CR 2001, 316 (317).

43 Dreyer in Dreyer/Kotthoff/Meckel, 2004, § 44a Rz. 7.

44 Dreyer in Dreyer/Kotthoff/Meckel, 2004, § 44a Rz. 8.

45 Dreyer in Dreyer/Kotthoff/Meckel, 2004, § 44a Rz. 7.

46 Dreier in Dreier/Schulze, Urheberrechtsgesetz, 2. Aufl. 2005, § 44a Rz. 6.

Der urheberrechtliche Erschöpfungsgrundsatz bei der Online-Übertragung von Computerprogrammen

Zweiterwerber aus dem Erwerb des Nutzungsrechts vom Ersterwerber.

Der Vervielfältigung kommt keine eigenständige wirtschaftliche Bedeutung zu, wenn sie keine neue eigenständige Nutzungsmöglichkeit eröffnet.⁴⁷ Ob dies bei einer Speicherung im Arbeitsspeicher der Fall ist, dürfte letztlich ebenso streitig sein, wie die Frage, ob diese eine Vervielfältigung darstellt.⁴⁸ Dies kann jedoch genau wie die Frage, ob § 44a UrhG überhaupt auf Vervielfältigungen eines Computerprogramms anwendbar ist, offen bleiben, wenn die weitere Prüfung ergibt, dass der Zweiterwerber das Laden in den Arbeitsspeicher jedenfalls nach § 69d Abs. 1 UrhG vornehmen darf.

c) Ausnahme von der Zustimmungsbedürftigkeit beim Laden in den Arbeitsspeicher nach § 69d Abs. 1 UrhG

Der Zweiterwerber kann sich für das Laden der Programmkopie in den Arbeitsspeicher möglicherweise auf die Ausnahme von der Erlaubnispflicht nach § 69d Abs. 1 UrhG berufen. Es müsste sich beim Laden in den Arbeitsspeicher um eine Handlung nach § 69c Nr. 1 UrhG handeln. Nach einer Ansicht stellt das Laden in den Arbeitsspeicher eine Vervielfältigungshandlung dar, für die nach § 69c Nr. 1 S. 2 UrhG eine Zustimmung durch den Urheber erforderlich ist. Weiterhin wird bezüglich des Ladens in den Arbeitsspeicher § 44a UrhG teils für nicht anwendbar,⁴⁹ teils für nicht einschlägig⁵⁰ und teils als subsidiär zum spezielleren § 69d Abs. 1 UrhG⁵¹ erachtet. Demnach könnte man von einer Handlung nach § 69c Nr. 1 UrhG ausgehen, für die grundsätzlich die Zustimmung des Urhebers erforderlich ist. Die Benutzung eines Computerprogramms kann nur erfolgen, wenn dieses in den Arbeitsspeicher geladen wird.⁵² Folglich ist dieser Vorgang i.S.d. § 69d Abs. 1 UrhG zur Benutzung erforderlich. Weiterhin ist auf Grund der Geltung des Erschöpfungsgrundsatz nach § 69c Nr. 3 S. 2 UrhG analog der Zweiterwerber, der das Nutzungsrecht vom Ersterwerber erworben hat, Berechtigter i.S.d. § 69d Abs. 1 UrhG.

Unabhängig davon, welcher Ansicht man bezüglich der Frage folgt, ob das Laden des Programms in den Arbeitsspeicher eine Vervielfältigung i.S.d. § 69c Nr. 1 UrhG darstellt, und ob ggf. § 44a Nr. 2 UrhG direkt oder analog einschlägig ist, ist der Zweiterwerber jedenfalls nach § 69d Abs. 1 UrhG berechtigt, das Programm in den Arbeitsspeicher zu laden. Der Zweiterwerber darf diese Handlung ohne Zustimmung des Urhebers vornehmen.

3. Anzeige auf dem Bildschirm beim Zweiterwerber

Letztlich ist fraglich, ob die Anzeige auf dem Bildschirm beim Zweiterwerber eine Vervielfältigungshandlung i.S.d. § 69c Nr. 1 UrhG darstellt, und ob diese ggf. nach § 69d Abs. 1 UrhG ohne Zustimmung des Urhebers vorgenommen werden darf. Die bloße Anzeige auf dem Bildschirm stellt keine Vervielfältigung des Computerprogramms, sondern lediglich eine unkörperliche Werkwiedergabe dar. Demnach handelt es sich bei der Anzeige auf dem Bildschirm des Zweiterwerbers nicht um eine Vervielfältigung.⁵³ Die Formulierung in § 69c Nr. 1 S. 2 UrhG „Soweit das [...], Anzeigen, [...]“ widerspricht dem nicht, da dort nur insoweit Anzeigen von einer Zustimmung des Urhebers abhängig gemacht wird, wie es eine Vervielfältigung darstellt. Dies ist bei einer bloßen Bildschirmanzeige jedoch gerade nicht der Fall.⁵⁴ Demnach fehlt es an einer Vervielfältigungshandlung, wenn der Zweiterwerber eine Anzeige auf dem Bildschirm veranlasst. Andere Nutzungsrechte sind bei bloßer Bildschirmanzeige zum Zwecke der Programmnutzung nicht betroffen. Der Zweiterwerber darf demnach eine solche vornehmen.

Das Herunterladen des Computerprogramms und dessen Installation stellen eine dauerhafte Vervielfältigung i.S.d. § 69c Nr. 1 UrhG dar. Auch das Laden des Programms in den Arbeitsspeicher stellt jedenfalls nach einer Ansicht eine vorübergehende Vervielfältigung nach § 69c Nr. 1 S. 2 UrhG dar. Hingegen ist die Anzeige auf dem Bildschirm durch den Zweiterwerber keine Vervielfältigungshandlung. Allerdings darf der Zweiterwerber diese dauerhaften und vorübergehenden Vervielfältigungshandlungen auf Grund der nach § 69c Nr. 3 S. 2 UrhG analog eingetretenen Erschöpfung bei einer Online-Übertragung nach § 69d Abs. 1 UrhG ohne Zustimmung des Urhebers vornehmen.

III. Ausschluss der Weiterveräußerung durch den Ersterwerber bei einer Online-Übertragung

Der Urheber könnte im Falle der Online-Übertragung versucht sein, durch eine Klausel in den AGB die Weiterveräußerung des Computerprogramms durch den Ersterwerber an einen Zweiterwerber auszuschließen. Diese würde allerdings nur zwischen den Vertragsparteien, also dem Ersterwerber und dem Urheber, wirken.⁵⁵ Das Nutzungsrecht des Zweiterwerbers würde nicht beeinträchtigt. Würde hingegen das Nutzungsrecht des Ersterwerbers insoweit eingeschränkt, dass eine Weiterveräußerung ausgeschlossen ist, könnte der Zweiterwerber keine Nutzungsrechte vom Ersterwerber erwerben. Demnach wäre der Zweiterwerber kein berechtigter Benutzer i.S.d. § 69d Abs. 1 UrhG. Eine Vervielfältigung des Computerprogramms durch diesen nach § 69c Nr. 1 UrhG wäre nur mit Zustimmung des Urhebers zulässig.

1. Zulässigkeit des Ausschlusses der Weiterveräußerung in AGB

Fraglich ist, ob der Urheber in seinen AGB wirksam eine Weiterveräußerung des Computerprogramms durch den Ersterwerber ausschließen kann. Eine solche Klausel könnte wegen unangemessener Benachteiligung des Vertragspartners nach § 307 Abs. 1 S. 1 BGB, der wegen § 310 Abs. 1 S. 1 BGB auch im unternehmerischen Verkehr gilt, unwirksam sein. Eine Benachteiligung liegt vor, wenn die Interessen des Vertragspartners in einer

47 Dreier in Dreier/Schulze, Urheberrechtsgesetz, 2. Aufl. 2005, § 44a Rz. 8; Dreier in Dreier/Kotthoff/Meckel, 2004, § 44a Rz. 13.

48 Dreier in Dreier/Schulze, Urheberrechtsgesetz, 2. Aufl. 2005, § 69c Rz. 9.

49 v. Welser in Wandtke/Bullinger, Ergänzungsband zum Praxiskommentar, 2003, § 44a Rz. 23.

50 Dreier in Dreier/Schulze, Urheberrechtsgesetz, 2. Aufl. 2005, § 69c Rz. 9.

51 Dreier in Dreier/Schulze, Urheberrechtsgesetz, 2. Aufl. 2005, § 69d Rz. 3.

52 Grützmaker in Wandtke/Bullinger, Praxiskommentar zum Urheberrecht, 2. Aufl. 2006, § 69d Rz. 9, 11.

53 Dreier in Dreier/Schulze, Urheberrechtsgesetz, 2. Aufl. 2005, § 69c Rz. 8; Nordemann/Vinck in Fromm/Nordemann, Urheberrecht, 9. Aufl. 1998, § 69c Rz. 3; Loewenheim in Schricker, Urheberrecht, 3. Aufl. 2006, § 69c Rz. 9.

54 Grützmaker in Wandtke/Bullinger, Praxiskommentar zum Urheberrecht, 2. Aufl. 2006, § 69c Rz. 8.

55 Schulze in Dreier/Schulze, Urheberrechtsgesetz, 2. Aufl. 2005, § 31 Rz. 48.

Der urheberrechtliche Erschöpfungsgrundsatz bei der Online-Übertragung von Computerprogrammen

vom Gesetz abweichenden Weise geregelt werden. Unangemessen ist die Klausel, wenn der Verwender missbräuchlich eigene Interessen auf Kosten des Vertragspartners durchzusetzen versucht, ohne dessen Interessen angemessen zu berücksichtigen und in einen angemessenen Ausgleich zu bringen.⁵⁶ Nach § 69c Nr. 3 S. 2 UrhG analog kann der Ersterwerber auf Grund der Geltung des Erschöpfungsgrundsatzes das im Wege der Online-Übertragung erworbene Computerprogramm an einen Zweiterwerber weiterveräußern. Wenn in den AGB das Recht zur Weiterveräußerung ausgeschlossen wird, stellt dies eine Abweichung von den gesetzlichen Regelungen dar, die die Rechte des Erwerbers einschränkt. Eine Benachteiligung liegt vor. Der Ausschluss des Rechts zur Weiterveräußerung schränkt die wirtschaftliche Wertbarkeit des Computerprogramms durch den Ersterwerber erheblich ein. Das formularmäßige Weitergabeverbot, das jede Weitergabe des Computerprogramms an einen Dritten ausschließt, ist als unangemessene Benachteiligung i.S.d. § 307 Abs. 1 S. 1 BGB unwirksam.⁵⁷ Die Weiterveräußerung des Computerprogramms durch den Ersterwerber kann in AGB nicht wirksam ausgeschlossen werden.

2. Zulässigkeit der Beschränkung des Nutzungsrechts

Weiterhin könnte der Urheber versuchen, das Nutzungsrecht des Ersterwerbers insoweit zu beschränken, dass eine Weiterveräußerung des online übertragenen Computerprogramms ausgeschlossen ist. Grundsätzlich kann der Urheber auf Grund der Geltung des Erschöpfungsgrundsatzes nach § 69c Nr. 3 S. 2 UrhG analog bei der Online-Übertragung eines Computerprogramms dieses ohne Zustimmung des Urhebers an einen Zweiterwerber weiterveräußern. Fraglich ist, ob der Urheber die Geltung des Erschöpfungsgrundsatzes bei der Online-Übertragung eines Computerprogramms durch Beschränkung des Nutzungsrechts abbedingen kann.

Für das Vermietrecht und die Erteilung von Unterlizenzen i.R.e. Videolizenzvertrages hat der BGH entschieden, dass das Recht zur Weiterübertragung des Vermietrechts ausgeschlossen werden kann.⁵⁸ Bezüglich der Erschöpfung des Verbreitungsrechts nach § 69c Nr. 3 S. 2 UrhG hat der BGH jedoch entschieden, dass die Erschöpfung des Verbreitungsrechts nicht durch Beschränkung des Nutzungsrechts wirksam ausgeschlossen werden kann. Vielmehr kann der Ersterwerber ein Vervielfältigungsstück, ungeachtet der beabsichtigten Beschränkung des Nutzungsrechts durch den Urheber, an einen Zweiterwerber weiterveräußern.⁵⁹ Die Erschöpfung des Verbreitungsrechts ist bei Computerprogrammen somit unabdingbar.⁶⁰

Der Urheber kann im Falle der Online-Übertragung weder durch AGB noch durch Beschränkung des Nutzungsrechts die Weiterveräußerung eines im Wege der Online-Übertragung erworbenen Computerprogramms durch einen Ersterwerber ausschließen.

IV. Zusammenfassung der Ergebnisse und Ausblick

Bei einem veräußerungsähnlichen Erwerb eines Computerprogramms im Wege der Online-Übertragung ist der Ersterwerber regelmäßig auf Grund der Geltung des Erschöpfungsgrundsatzes nach § 69c Nr. 3 S. 2 UrhG ana-

log zur Weiterveräußerung des Computerprogramms an einen Zweiterwerber berechtigt.

Der Zweiterwerber wird zum Zwecke der Benutzung des Computerprogramms zum einen dauerhafte Vervielfältigungshandlungen nach § 69c Nr. 1 UrhG durch Speicherung einer Installationsversion und einer Installation des Computerprogramms auf der Festplatte vornehmen. Zum anderen wird er das Computerprogramm in den Arbeitsspeicher laden, was nach einer Ansicht eine vorübergehende Vervielfältigungshandlung nach § 69c Nr. 1 S. 2 UrhG darstellt. Keine Vervielfältigungshandlung ist die Bildschirmanzeige beim Zweiterwerber, es handelt sich dabei um eine bloße unkörperliche Werkwiedergabe. Die Berechtigung des Zweiterwerbers zur Vornahme der dauerhaften Vervielfältigungshandlungen ohne Zustimmung des Urhebers ergibt sich aus § 69d Abs. 1 UrhG, da diese zur bestimmungsgemäßen Benutzung gehören, und er auf Grund des Erwerbs der Nutzungsrechte vom Ersterwerber berechtigter Benutzer ist. Ein weiterer Vertrag zwischen Urheber und Zweiterwerber ist hingegen für eine Nutzungsberechtigung nicht erforderlich. Bezüglich der vorübergehenden Vervielfältigungshandlungen könnte sich die Berechtigung des Zweiterwerbers schon aus § 44a Nr. 2 UrhG ergeben. Jedenfalls ist der Urheber aber nach § 69d Abs. 1 UrhG zur Vornahme von vorübergehenden Vervielfältigungshandlungen berechtigt.

Letztlich ist die Erschöpfung nach § 69c Nr. 3 S. 2 UrhG nicht abdingbar. Bei der Online-Übertragung eines Computerprogramms gilt § 69c Nr. 3 S. 2 UrhG analog. Demnach kann der Urheber das Nutzungsrecht des Ersterwerbers insoweit nicht beschränken.

Zu klären bleibt, welche Auswirkungen diese Überlegungen für den Vertrieb sog. Einzel- und Netzwerklizenzen haben. Vereinzelt wurde bereits darüber diskutiert, dass trotz des Erschöpfungsgrundsatzes Aufteilungen von Mehrplatzlizenzen weiterhin zulässig sein sollen.⁶¹ Diese Ansicht verkennt aber, dass der Begriff der „Lizenz“ dem Urheberrecht fremd ist und bei der Anwendung im IT-Bereich zu unkonturiert und nebulös wirkt. Bei Netzwerkvereinbarungen ist zu fragen, welche Nutzungsrechte hier wo und wie berührt sind und welche Rechte der Nutzer daher wann und wie im Rahmen des Softwarevertrages erworben hat bzw. noch erwerben muss. Wie an anderer Stelle gezeigt,⁶² zeigt sich dann schnell, dass vertragliche Netzwerkbeschränkungen weitgehend unwirksam sind, insbesondere sofern der Anwender über den Bereich des Softwareeinsatzes in öffentlichen Netzen (§ 69c Nr. 4 UrhG) hinaus für LAN-Nutzung zahlen soll.

56 Roloff in Erman, BGB, Band I, 11. Aufl. 2004, § 307 Rz. 7 und 8.

57 Basedow in MünchKommBGB, Band 2a, 4. Aufl. 2003, § 307 Rz. 76.

58 BGH, Urt. v. 10.7.1986 – I ZR 102/84, MDR 1987, 117 = GRUR 1987, 37 (39) – Videolizenzvertrag.

59 BGH, Urt. v. 6.7.2000 – I ZR 244/97, BGHZ 145, 7 (10 ff.) = MDR 2001, 465 = CR 2000, 651 m. Anm. Witte = CR 2000, 738 m. Anm. Chrocziel u. Lehmann – OEM-Version; Dreier in Dreier/Schulze, Urheberrechtsgesetz, 2. Aufl. 2005, § 69c Rz. 26; Schulze in Dreier/Schulze, Urheberrechtsgesetz, 2. Aufl. 2005, § 31 Rz. 36; Kotthoff in Dreier/Kotthoff/Méckel, 2004, § 69c Rz. 28; Jäger, ZUM 2000, 1070 (1073 f.); Lehmann, CR 2000, 740 (741); Witte, CR 2000, 654 (655).

60 OLG Frankfurt, Urt. v. 22.1.1998 – 6 U 217/97, OLGReport Frankfurt 1998, 127 = CR 1999, 389 = MMR 1998, 417 – Weiterverkauf von Testversion; Dreier in Dreier/Schulze, Urheberrechtsgesetz, 2. Aufl. 2005, § 69d Rz. 6.

61 Huppertz, CR 2006, 145 (148 f.).

62 Hoeren, UFITA 1989, Band 11, 5 ff. Die dortigen Überlegungen bedürften allerdings noch einer Aktualisierung im Hinblick auf den neu eingefügten § 69c Nr. 4 UrhG.