



BUNDESGERICHTSHOF

BESCHLUSS

I ZR 129/08

Verkündet am:
3. Februar 2011
Führinger
Justizangestellte
als Urkundsbeamtin
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

Nachschlagewerk: ja
BGHZ: nein
BGHR: ja

UsedSoft

Computerprogramm-RL Art. 5 Abs. 1, Art. 4 Abs. 2 Halbsatz 1

Dem Gerichtshof der Europäischen Union werden zur Auslegung der Richtlinie 2009/24/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 23. April 2009 über den Rechtsschutz von Computerprogrammen (ABl. L 111 vom 5.5.2009, S. 16) folgende Fragen zur Vorabentscheidung vorgelegt:

1. Ist derjenige, der sich auf eine Erschöpfung des Rechts zur Verbreitung der Kopie eines Computerprogramms berufen kann, "rechtmäßiger Erwerber" im Sinne von Art. 5 Abs. 1 der Richtlinie 2009/24/EG?
2. Für den Fall, dass die erste Frage bejaht wird: Erschöpft sich das Recht zur Verbreitung der Kopie eines Computerprogramms nach Art. 4 Abs. 2 Halbsatz 1 der Richtlinie 2009/24/EG, wenn der Erwerber die Kopie mit Zustimmung des Rechtsinhabers durch Herunterladen des Programms aus dem Internet auf einen Datenträger angefertigt hat?
3. Für den Fall, dass auch die zweite Frage bejaht wird: Kann sich auch derjenige, der eine "gebrauchte" Softwarelizenz erworben hat, für das Erstellen einer Programmkopie als "rechtmäßiger Erwerber" nach Art. 5 Abs. 1 und Art. 4 Abs. 2 Halbsatz 1 der Richtlinie 2009/24/EG auf eine Erschöpfung des Rechts zur Verbreitung der vom Ersterwerber mit Zustimmung des Rechtsinhabers durch Herunterladen des Programms aus dem Internet auf einen Datenträger angefertigten Kopie des Computerprogramms berufen, wenn der Ersterwerber seine Programmkopie gelöscht hat oder nicht mehr verwendet?

BGH, Beschluss vom 3. Februar 2011 - I ZR 129/08 - OLG München
LG München I

Der I. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 30. September 2010 durch den Vorsitzenden Richter Prof. Dr. Bornkamm und die Richter Prof. Dr. Büscher, Dr. Schaffert, Dr. Kirchhoff und Dr. Koch

beschlossen:

- I. Das Verfahren wird ausgesetzt.
- II. Dem Gerichtshof der Europäischen Union werden zur Auslegung der Richtlinie 2009/24/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 23. April 2009 über den Rechtsschutz von Computerprogrammen (ABl. L 111 vom 5.5.2009, S. 16) folgende Fragen zur Vorabentscheidung vorgelegt:
 1. Ist derjenige, der sich auf eine Erschöpfung des Rechts zur Verbreitung der Kopie eines Computerprogramms berufen kann, "rechtmäßiger Erwerber" im Sinne von Art. 5 Abs. 1 der Richtlinie 2009/24/EG?
 2. Für den Fall, dass die erste Frage bejaht wird: Erschöpft sich das Recht zur Verbreitung der Kopie eines Computerprogramms nach Art. 4 Abs. 2 Halbsatz 1 der Richtlinie 2009/24/EG, wenn der Erwerber die Kopie mit Zustimmung des Rechtsinhabers durch Herunterladen des Programms aus dem Internet auf einen Datenträger angefertigt hat?
 3. Für den Fall, dass auch die zweite Frage bejaht wird: Kann sich auch derjenige, der eine "gebrauchte" Softwarelizenz erworben hat, für das Erstellen einer Programmkopie als "rechtmäßiger Erwerber" nach Art. 5 Abs. 1 und Art. 4 Abs. 2 Halbsatz 1 der Richtlinie 2009/24/EG auf eine Erschöpfung des Rechts zur Verbreitung der vom Ersterwerber mit Zustimmung des Rechtsinhabers durch Herunterladen des Programms aus dem Internet auf einen Datenträger angefertigten Kopie des Computerprogramms berufen, wenn der Ersterwerber seine Programmkopie gelöscht hat oder nicht mehr verwendet?

Gründe:

1 I. Die Klägerin entwickelt und vertreibt Computersoftware, insbesondere Datenbanksoftware, die von Unternehmen, Behörden und Organisationen genutzt wird. Sie ist Inhaberin der ausschließlichen urheberrechtlichen Nutzungsrechte an diesen Programmen. Sie ist außerdem Inhaberin von deutschen Wortmarken und Gemeinschaftswortmarken "Oracle", die unter anderem für Computersoftware eingetragen sind.

2 Die Klägerin vertreibt ihre Software in 85% der Fälle per Download über das Internet. Dabei erhält der Kunde von der Klägerin keinen Datenträger, sondern lädt die Software unmittelbar von der Internetseite der Klägerin auf seinen Computer herunter. Bei den Programmen handelt es sich um sogenannte Client-Server-Software. Das Nutzungsrecht an ihnen umfasst die Befugnis, die Software dauerhaft auf einem Server zu speichern und einer bestimmten Anzahl von Nutzern dadurch Zugriff zu gewähren, dass sie in den Arbeitsspeicher ihrer Arbeitsplatzrechner geladen wird. Im Rahmen eines Software-Pflegevertrags können aktualisierte Versionen der Software (Updates) und Programme, die der Fehlerbehebung dienen (Patches), von der Internetseite der Klägerin heruntergeladen werden. Auf Wunsch werden die Programme auch auf CD-ROM oder DVD ausgeliefert.

3 Die Lizenzverträge der Klägerin enthalten unter "Rechtseinräumung" folgende Bestimmung:

Mit der Zahlung für Services haben Sie ausschließlich für Ihre internen Geschäftszwecke ein unbefristetes, nicht ausschließliches, nicht abtretbares und gebührenfreies Nutzungsrecht für alles, was Oracle entwickelt und Ihnen auf der Grundlage dieses Vertrags überlässt.

4 Die Beklagte handelt mit "gebrauchten" Softwarelizenzen. Im Oktober 2005 bewarb sie mit der nachfolgend wiedergegebenen Anzeige eine "ORACLE SONDERAKTION", bei der sie "bereits benutzte" Lizenzen für Programme der Klägerin anbot. Dabei wies sie darauf hin, alle Lizenzen seien aktuell, da die Wartung noch bestehe; die Rechtmäßigkeit des Verkaufs werde durch ein Notartestat bestätigt. In dem Notartestat heißt es, es habe eine Bestätigung des ursprünglichen Lizenznehmers vorgelegen, wonach er rechtmäßiger Inhaber der Lizenzen gewesen sei, diese nicht mehr benutze und den Kaufpreis vollständig bezahlt habe.

ORACLE SONDERAKTION
Angebote gültig bis 30.11.2005.

Die folgenden Oracle-Lizenzrechte können wir Ihnen im Augenblick zu besonders günstigen Konditionen anbieten:

Lizenzart	Lizenztyp	Oracle Listenpreis*	usedSoft-VK*
Database Enterprise Edition	Named User Plus Perpetual	633,00	348,00
Database Enterprise Edition	CPU	31.672,00	17.419,00
Database Enterprise Edition	Named User Multi Server	(Dieser Lizenztyp ist bei Oracle nicht mehr verfügbar)	497,00
Server Enterprise Edition	Concurrent Device	(Dieser Lizenztyp ist bei Oracle nicht mehr verfügbar)	696,00
Database Standard Edition	Named User Perpetual	238,00	130,00
Server Standard Edition	Concurrent Device	(Dieser Lizenztyp ist bei Oracle nicht mehr verfügbar)	299,00
Database Partitioning Option	Named User Perpetual	158,00	86,00

*Alle Preise zzgl. 16% MwSt.
Mindestbestellwert 2000 €. Lieferung solange der Vorrat reicht.

Alle angebotenen Lizenzen sind aktuell, da die Wartung noch besteht.
Bei den genannten Lizenzrechten handelt es sich um bereits benutzte aber aktuelle neuwertige Versionen. Wir haben diese Lizenzen vorrätig und verkaufen, solange der Vorrat reicht. Der rechtmäßige Verkauf wird durch ein Notartestat bestätigt.
Bei Interesse nehmen Sie bitte Kontakt mit unserem Vertrieb auf: sales@usedSoft.de

5 Die Beklagte veranlasst dadurch Kunden, die noch nicht im Besitz der aktuellen Softwareversion sind, die Software nach dem Erwerb der Lizenzen von der Internetseite der Klägerin auf Datenträger herunterzuladen. Kunden, die

bereits über die Software verfügen und Lizenzen für zusätzliche Nutzer hinzukaufen, veranlasst die Beklagte damit, die Software in den Arbeitsspeicher der Arbeitsplatzrechner weiterer Anwender zu laden.

6 Die Klägerin ist der Auffassung, die Beklagte verletze dadurch, dass sie die Erwerber "gebrauchter" Lizenzen dazu veranlasse, die entsprechenden Computerprogramme zu vervielfältigen, das Urheberrecht an diesen Programmen. Die Benutzung der Bezeichnung "ORACLE" beim Angebot dieser Lizenzen verletze darüber hinaus ihre Marken. Die Werbung für den Kauf der Lizenzen sei irreführend.

7 Die Klägerin hat beantragt, die Beklagte unter Androhung von Ordnungsmitteln zu verurteilen, es zu unterlassen,

1. Dritte zu veranlassen, Oracle Software zu vervielfältigen, indem Dritten durch einen vermeintlichen Erwerb von Lizenzen, insbesondere durch den Hinweis auf den aktuellen Wartungsstand, der Eindruck vermittelt wird, dass sie zur Nutzung und korrespondierenden Vervielfältigung berechtigt seien;
2. im geschäftlichen Verkehr mit Software das Zeichen ORACLE zu benutzen, insbesondere unter dem Zeichen Software oder Softwarelizenzen anzubieten oder das Zeichen im Geschäftsverkehr oder in der Werbung für Software zu benutzen;
3. für Lizenzen von Oracle-Software mit den Worten
 - "Oracle Sonderaktion",
 - "Große Oracle Sonderaktion",
 - "Der rechtmäßige Verkauf wird durch ein Notartestat bestätigt" oder
 - "Jetzt begehrte ORACLE-Lizenzen sichern"zu werben.

8 Das Landgericht hat die Beklagte antragsgemäß verurteilt (LG München I, ZUM 2007, 409). Die Berufung der Beklagten ist ohne Erfolg geblieben (OLG München, ZUM 2009, 70). Mit ihrer vom Senat zugelassenen Revision, deren Zurückweisung die Klägerin beantragt, erstrebt die Beklagte weiterhin die Abweisung der Klage.

- 9 II. Der Erfolg der Revision hängt, soweit sie gegen die Verurteilung der Beklagten nach dem auf eine Verletzung des Urheberrechts an den Computerprogrammen gestützten Klageantrag zu 1 gerichtet ist, davon ab, wie Art. 5 Abs. 1 und Art. 4 Abs. 2 Halbsatz 1 der Richtlinie 2009/24/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 23. April 2009 über den Rechtsschutz von Computerprogrammen (ABl. L 111 vom 5.5.2009, S. 16; im Folgenden Richtlinie 2009/24/EG) auszulegen sind. Vor einer Entscheidung über das Rechtsmittel ist deshalb das Verfahren auszusetzen und gemäß Art. 267 Abs. 1 Buchst. b und Abs. 3 AEUV eine Vorabentscheidung des Gerichtshofs der Europäischen Union einzuholen.
- 10 1. Das Berufungsgericht hat unter Bezugnahme auf die Feststellungen des Landgerichts ausgeführt, die Computerprogramme, die in der beanstandeten Werbung der Beklagten für den Erwerb gebrauchter Softwarelizenzen genannt seien, seien als individuelle geistige Werkschöpfungen nach § 69a Abs. 3 UrhG urheberrechtlich geschützt. Die Klägerin sei als Inhaberin der ausschließlichen urheberrechtlichen Nutzungsrechte nach § 97 Abs. 1 UrhG berechtigt, die Unterlassung von Urheberrechtsverletzungen zu verlangen. Da die Beklagte ihre Kunden durch das Angebot "gebrauchter" Lizenzen dazu veranlasse, Computerprogramme der Klägerin nach dem Erwerb solcher Lizenzen von deren Internetseite auf Datenträger herunterzuladen oder in die Arbeitsspeicher weiterer Arbeitsplatzrechner hochzuladen, könne sie auf Unterlassung in Anspruch genommen werden, soweit ihre Kunden dadurch unbefugt in das nach § 69c Nr. 1 UrhG ausschließlich dem Rechtsinhaber zustehende Recht zur Vervielfältigung der Computerprogramme eingriffen. Diese Beurteilung lässt nach Auffassung des Senats keinen Rechtsfehler erkennen.

- 11 2. Das Berufungsgericht hat weiter angenommen, die Kunden der Beklagten, die Computerprogramme der Klägerin von deren Internetseite auf einen Server oder ein anderes Speichermedium herunterladen oder von ihrem Server oder einem anderen Speichermedium in den Arbeitsspeicher weiterer Computer hochladen, griffen dadurch in das ausschließliche Recht der Klägerin aus § 69c Nr. 1 UrhG ein, die Computerprogramme dauerhaft oder vorübergehend zu vervielfältigen. Diese Beurteilung begegnet auch im Blick darauf, dass § 69c Nr. 1 UrhG der Umsetzung von Art. 4 Abs. 1 Buchst. a der Richtlinie 2009/24/EG dient und daher richtlinienkonform auszulegen ist, keinen durchgreifenden rechtlichen Bedenken. Dass die fraglichen Handlungen als Vervielfältigungen im Sinne von Art. 4 Abs. 1 Buchst. a der Richtlinie 2009/24/EG anzusehen sind, ist nach Ansicht des Senats derart offenkundig, dass es insoweit keiner Vorabentscheidung des Gerichtshofs der Europäischen Union bedarf.
- 12 a) Soweit Kunden der Beklagten die Programme der Klägerin von deren Internetseite auf einen Server oder ein anderes Speichermedium herunterladen, liegt eine Vervielfältigung vor. Die Programme werden dadurch dauerhaft körperlich festgelegt und den menschlichen Sinnen mittelbar - durch Computer, die die Programme verarbeiten - wahrnehmbar gemacht (vgl. BGH, Urteil vom 4. Oktober 1990 - I ZR 139/89, BGHZ 112, 264, 278 - Betriebssystem; Urteil vom 12. November 2009 - I ZR 166/07, GRUR 2010, 616 Rn. 36 = WRP 2010, 922 - marions-kochbuch.de).
- 13 b) Eine nur mit Zustimmung des Rechtsinhabers zulässige Vervielfältigung erfolgt aber auch dann, wenn Kunden der Beklagten die bereits auf einem Server oder einem anderen Speichermedium abgelegte Software der Klägerin - wenn auch nur vorübergehend - in den Arbeitsspeicher weiterer Computer hochladen. Das Vervielfältigungsrecht erfasst zwar nicht jeden technischen Ko-

piervorgang (vgl. BGHZ 112, 264, 277 f. - Betriebssystem; BGH, Urteil vom 20. Januar 1994 - I ZR 267/91, GRUR 1994, 363, 364 f. = WRP 1994, 299 - Holzhandelsprogramm). Das Speichern eines Programms, das - wie das Laden eines Programms in den Arbeitsspeicher eines Computers - eine zusätzliche Nutzung des Programms durch weitere Programmkopien ermöglicht, stellt jedoch eine Vervielfältigung dar, die nach Art. 4 Abs. 1 Buchst. a Satz 2 der Richtlinie 2009/24/EG und § 69c Nr. 1 Satz 2 UrhG der Zustimmung des Rechtsinhabers bedarf (vgl. Grützmacher in Wandtke/Bullinger, Urheberrecht, 3. Aufl., § 69c UrhG Rn. 5 f.; Schricker/Loewenheim, Urheberrecht, 4. Aufl., § 69c UrhG Rn. 7; Dreier in Dreier/Schulze, UrhG, 3. Aufl., § 69c Rn. 8; Kotthoff in Dreyer/Kotthoff/Meckel, Urheberrecht, 2. Aufl., § 69c UrhG Rn. 9).

14 3. Kunden der Beklagten, die nach dem Erwerb "gebrauchter" Lizenzen die entsprechenden Programme der Klägerin in der beschriebenen Weise vervielfältigen, können sich, wie das Berufungsgericht zutreffend angenommen hat, nicht auf ein ihnen von der Beklagten wirksam übertragenes Recht zur Vervielfältigung der Computerprogramme stützen.

15 Die Klägerin räumt ihren Kunden in den Lizenzverträgen zwar ein nicht ausschließliches Nutzungsrecht an ihren Programmen ein, das die Berechtigung umfasst, die Software dauerhaft auf einem Server zu speichern und einer bestimmten Anzahl von Nutzern dadurch Zugriff zu gewähren, dass sie in den Arbeitsspeicher ihrer Arbeitsplatzrechner geladen wird. Dieses Nutzungsrecht ist nach den Lizenzbedingungen der Klägerin jedoch "nicht abtretbar"; die Kunden der Klägerin sind daher nicht berechtigt, das Recht zur Vervielfältigung der Programme weiterzuübertragen. Ein gutgläubiger Erwerb urheberrechtlicher Nutzungsrechte ist nicht möglich (BGH, Urteil vom 12. Februar 1952 - I ZR 115/51, BGHZ 5, 116, 119 - Parkstraße 13; Urteil vom 26. März 2009

- I ZR 153/06, BGHZ 180, 344 Rn. 19 - Reifen Progressiv). Die Kunden der Klägerin konnten das Recht zur Vervielfältigung der Programme daher nicht wirksam auf die Beklagte übertragen; die Beklagte konnte dieses Recht folglich auch nicht wirksam auf ihre Kunden weiterübertragen.

16 4. Soweit das Laden der Software in den Arbeitsspeicher weiterer Arbeitsplatzrechner in Rede steht, greift zugunsten von Kunden der Beklagten auch nicht die Schrankenregelung des § 44a UrhG ein. Nach dieser Bestimmung, die Art. 5 Abs. 1 der Richtlinie 2001/29/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 22. Mai 2001 zur Harmonisierung bestimmter Aspekte des Urheberrechts und der verwandten Schutzrechte in der Informationsgesellschaft (ABl. L 167 vom 22.6.2001, S. 10; im Folgenden Richtlinie 2001/29/EG) wörtlich ins deutsche Recht umgesetzt, sind bestimmte vorübergehende Vervielfältigungshandlungen, die keine eigenständige wirtschaftliche Bedeutung haben, zulässig, wenn es deren alleiniger Zweck ist, eine Übertragung in einem Netz zwischen Dritten durch einen Vermittler oder eine rechtmäßige Nutzung eines Werkes zu ermöglichen.

17 Es kann offenbleiben, ob diese Vorschrift überhaupt anwendbar ist oder ob die Bestimmungen der §§ 69d und 69e UrhG, die der Umsetzung von Art. 5 und 6 der Richtlinie 2009/24/EG dienen, für Computerprogramme abschließend regeln, welche Nutzungshandlungen keiner Zustimmung des Rechtsinhabers bedürfen (so v. Welser in Wandtke/Bullinger aaO § 44a UrhG Rn. 23; aA Schricker/Loewenheim aaO § 44a UrhG Rn. 3; Dreier in Dreier/Schulze aaO § 44a Rn. 2). Jedenfalls sind die Voraussetzungen dieser Regelung schon deshalb nicht erfüllt, weil die in Rede stehende Vervielfältigung - das Laden der Software in den Arbeitsspeicher weiterer Arbeitsplatzrechner - eine eigenstän-

dige wirtschaftliche Bedeutung hat. Das ergibt sich bereits daraus, dass die Beklagte für die Erteilung einer Lizenz zu dieser Nutzung eine Vergütung verlangt.

18 5. Für die Entscheidung des Rechtsstreits kommt es demnach darauf an, ob sich die Kunden der Beklagten mit Erfolg auf die Regelung des § 69d Abs. 1 UrhG berufen können, die Art. 5 Abs. 1 der Richtlinie 2009/24/EG ins deutsche Recht umsetzt und daher richtlinienkonform auszulegen ist.

19 Gemäß Art. 5 Abs. 1 der Richtlinie 2009/24/EG bedarf 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. Dem entspricht die deutsche Regelung: Nach § 69d Abs. 1 UrhG bedarf die Vervielfältigung eines Computerprogramms, soweit keine besonderen vertraglichen Bestimmungen vorliegen, nicht der Zustimmung des Rechtsinhabers, wenn sie für eine bestimmungsgemäße Benutzung des Computerprogramms durch jeden zur Verwendung eines Vervielfältigungsstücks des Programms Berechtigten notwendig ist.

20 a) Zunächst stellt sich die Frage, ob derjenige, der zwar (wie die Kunden der Beklagten) nicht über ein vom Rechtsinhaber abgeleitetes Nutzungsrecht am Computerprogramm verfügt (vgl. oben unter II 3), sich aber (wie die Beklagte mit Blick auf ihre Kunden geltend macht) auf eine Erschöpfung des Rechts zur Verbreitung einer Kopie des Computerprogramms berufen kann, "rechtmäßiger Erwerber" im Sinne des Art. 5 Abs. 1 der Richtlinie 2009/24/EG - und damit ein "zur Verwendung eines Vervielfältigungsstücks des Programms Berechtigter" im Sinne des § 69d Abs. 1 UrhG - ist.

21 aa) Nach einer Ansicht ist allein derjenige "rechtmäßiger Erwerber" im Sinne von Art. 5 Abs. 1 der Richtlinie 2009/24/EG, der über ein vom Berechtigten abgeleitetes Nutzungsrecht am Computerprogramm verfügt (vgl. zu § 69d UrhG Haberstumpf in Büscher/Dittmer/Schiwy, Gewerblicher Rechtsschutz, Urheberrecht, Medienrecht, 2. Aufl., § 69d UrhG Rn. 2; Schrickler/Loewenheim aaO § 69d Rn. 4; Haberstumpf, CR 2009, 346; Moritz in FS Heussen, 2009, S. 221, 266 ff.). Nach dieser Auffassung konkretisiert Art. 5 Abs. 1 der Richtlinie 2009/24/EG lediglich die dem Nutzungsberechtigten im Falle einer Einräumung von Nutzungsrechten zustehenden Mindestrechte.

22 bb) Nach anderer Ansicht, der auch der Senat zuneigt, ist darüber hinaus auch derjenige "rechtmäßiger Erwerber" im Sinne von Art. 5 Abs. 1 der Richtlinie 2009/24/EG, der sich auf eine Erschöpfung des Rechts zur Verbreitung der Programmkopie berufen kann (Blocher in Walter, Europäisches Urheberrecht, Art. 5 Software-RL Rn. 42; Grützmaker in Wandtke/Bullinger aaO § 69d UrhG Rn. 24 und 26 f.; Dreier in Dreier/Schulze aaO § 69d Rn. 6; Fromm/Nordemann/Czychowski, Urheberrecht, 10. Aufl., § 69d UrhG Rn. 10). Für diese Ansicht spricht, dass die durch den Eintritt der Erschöpfung bewirkte Verkehrsfähigkeit des Vervielfältigungsstücks eines Computerprogramms weitgehend sinnlos wäre, wenn der Erwerber eines solchen Vervielfältigungsstücks nicht das Recht zur Vervielfältigung des Computerprogramms hätte; denn die Nutzung eines Computerprogramms erfordert - anders als die Nutzung anderer urheberrechtlich geschützter Werke - regelmäßig dessen Vervielfältigung (vgl. Dreier in Dreier/Schulze aaO § 69c Rn. 25 und § 69d Rn. 6). Bei dieser Betrachtungsweise dient die Bestimmung des Art. 5 Abs. 1 der Richtlinie 2009/24/EG - unabhängig von ihrer rechtlichen Einordnung als gesetzliche Schranke, gesetzliche Lizenz oder (auch) vertragliche Auslegungsvorschrift (vgl. zu § 69d UrhG Dreier in Dreier/Schulze aaO § 69d Rn. 2) - einer Absicherung der Erschöpfung des

Verbreitungsrechts nach Art. 4 Abs. 2 der Richtlinie 2009/24/EG (vgl. zu § 69d UrhG Grützmacher in Wandtke/Bullinger aaO § 69d UrhG Rn. 26 mwN).

23 b) Falls die erste Frage zu bejahen sein sollte, stellt sich die weitere Frage, ob sich das Recht zur Verbreitung der Kopie eines Computerprogramms nach Art. 4 Abs. 2 Halbsatz 1 der Richtlinie 2009/24/EG - und damit das Verbreitungsrecht nach § 69c Nr. 3 Satz 2 UrhG - auch dann erschöpft, wenn der Erwerber (wie im Streitfall die Kunden der Klägerin) diese Kopie mit Zustimmung des Rechtsinhabers durch Herunterladen des Programms aus dem Internet auf einen Datenträger angefertigt hat.

24 Mit dem Erstverkauf einer Programmkopie in der Union, die durch den Rechtsinhaber oder mit seiner Zustimmung erfolgt, erschöpft sich in der Union nach Art. 4 Abs. 2 Halbsatz 1 der Richtlinie 2009/24/EG das Recht auf die Verbreitung dieser Kopie; ausgenommen hiervon ist jedoch nach Art. 4 Abs. 2 Halbsatz 2 der Richtlinie 2009/24/EG das Recht auf Kontrolle der Weitervermietung des Programms oder einer Kopie davon. Dem entspricht die deutsche Regelung: Wird das Vervielfältigungsstück eines Computerprogramms mit Zustimmung des Rechtsinhabers im Gebiet der Europäischen Union oder eines anderen Vertragsstaates des Abkommens über den Europäischen Wirtschaftsraum im Wege der Veräußerung in Verkehr gebracht, erschöpft sich nach § 69c Nr. 3 Satz 2 UrhG das Verbreitungsrecht in Bezug auf dieses Vervielfältigungsstück mit Ausnahme des Vermietrechts.

25 aa) Nach einer Ansicht ist Art. 4 Abs. 2 Halbsatz 1 der Richtlinie 2009/24/EG unmittelbar anwendbar, wenn der Rechtsinhaber es einem Kunden - nach Abschluss eines Lizenzvertrags - gestattet, dadurch ein Vervielfältigungsstück des Computerprogramms herzustellen, dass er das Computerpro-

gramm von einer Internetseite herunterlädt und auf einem Datenträger abspeichert. Teilweise wird dies damit begründet, dass die Bestimmung des Art. 4 Abs. 2 Halbsatz 1 der Richtlinie 2009/24/EG die Rechtsfolge der Erschöpfung des Verbreitungsrechts an den Erstverkauf einer Programmkopie knüpfe und daher nicht unbedingt das Inverkehrbringen eines Vervielfältigungsstücks des Computerprogramms voraussetze (vgl. Sosnitzer, ZUM 2009, 521, 522 ff.; Eilmansberger, GRUR 2009, 1123, 1124 ff.; Blocher in Walter aaO Art. 4 Software-RL Rn. 28; vgl. auch Dreier in Dreier/Schulze aaO § 69c Rn. 24). Teilweise wird geltend gemacht, die Vorschrift des Art. 4 Abs. 2 der Richtlinie 2009/24/EG erfasse bereits den Fall, dass der Rechtsinhaber den Datenbestand oder Objektcode der Software als immaterielles Vervielfältigungsstück des Computerprogramms in Verkehr bringe (vgl. Mäger, CR 1996, 522, 524 ff.; Ulmer/Hoppen, CR 2008, 681 ff.). Der Zweck der Regelung, dem Rechtsinhaber die Möglichkeit zu geben, beim erstmaligen Inverkehrbringen des geschützten Erzeugnisses einen finanziellen Ausgleich für die Nutzung seines Rechts zu erhalten, sei auch dann gewahrt, wenn sich das Verbreitungsrecht bei einer dauerhaften, gegen Entgelt erfolgenden Überlassung der Software im Wege der Online-Übermittlung erschöpfe.

26 bb) Nach anderer Auffassung ist Art. 4 Abs. 2 Halbsatz 1 der Richtlinie 2009/24/EG im Falle der unkörperlichen Veräußerung eines Computerprogramms im Wege der Online-Übermittlung entsprechend anwendbar (vgl. zu § 69c Nr. 3 Satz 2 UrhG Grützmaker in Wandtke/Bullinger aaO § 69c UrhG Rn. 31; Dreier in Dreier/Schulze aaO § 69c Rn. 24; Hoeren in Möhring/Nicolini, UrhG, 2. Aufl., § 69c Rn. 16; Fromm/Nordemann/Dustmann aaO § 19a UrhG Rn. 29; vgl. auch Haberstumpf in Büscher/Dittmer/Schiwy aaO § 69c UrhG Rn. 8). Es bestehe eine planwidrige Regelungslücke, weil der Richtliniengeber diese Fallgestaltung weder geregelt noch bedacht habe. Es sei auch eine ver-

gleichbare Interessenlage gegeben, weil es technisch und wirtschaftlich gleichgültig sei, ob dem Erwerber ein Programmträger übergeben oder ob ein Programmträger vom Erwerber im Wege des Herunterladens des Programms erzeugt werde und der Rechtsinhaber dafür jeweils ein angemessenes Entgelt erhalte. Habe der Rechtsinhaber einem Herunterladen des Programms aus dem Internet und dem Abspeichern des Programms auf einem Datenträger zugestimmt, sei sein Verbreitungsrecht hinsichtlich dieser Programmkopie erschöpft.

27 cc) Nach einer weiteren Ansicht setzt eine Erschöpfung des Verbreitungsrechts nach Art. 4 Abs. 2 Halbsatz 1 der Richtlinie 2009/24/EG stets das Inverkehrbringen eines körperlichen Vervielfältigungsstücks des Computerprogramms durch den Rechtsinhaber oder mit seiner Zustimmung voraus. Nach dieser Auffassung ersetzt die Erlaubnis des Rechtsinhabers zur Herstellung eines Vervielfältigungsstücks nicht die Zustimmung zu dessen Verbreitung (Schricker/Loewenheim aaO § 69c UrhG Rn. 34; Fromm/Nordemann/Czychowski aaO § 69c UrhG Rn. 33; Schricker/v. Ungern-Sternberg aaO § 19a UrhG Rn. 6; Bergmann in FS Erdmann, 2002, S. 17 ff.; Spindler, CR 2008, 69, 70 ff.). Danach sind in einem solchen Fall die Voraussetzungen für eine entsprechende Anwendung des Art. 4 Abs. 2 der Richtlinie 2009/24/EG nicht gegeben, weil weder eine planwidrige Regelungslücke noch eine vergleichbare Interessenlage besteht.

28 Der Richtliniengeber habe bewusst davon abgesehen, die Regelung zur Erschöpfung des Verbreitungsrechts in Art. 4 Abs. 2 der Richtlinie 2001/29/EG zur Harmonisierung bestimmter Aspekte des Urheberrechts und der verwandten Schutzrechte in der Informationsgesellschaft auf eine Online-Übermittlung auszuweiten und damit auch die Online-Übermittlung von Software der Er-

schöpfung zu unterwerfen. In Erwägungsgrund 29 der Richtlinie 2001/29/EG sei festgehalten, dass sich die Frage der Erschöpfung weder bei Dienstleistungen allgemein noch bei Online-Diensten im Besonderen stelle und dass dies auch für materielle Vervielfältigungsstücke eines Werkes oder eines sonstigen Schutzgegenstandes gelte, die durch den Nutzer eines solchen Dienstes mit Zustimmung des Rechtsinhabers hergestellt worden seien. Die Europäische Kommission habe zudem bereits im Jahr 2000 in ihrem Bericht an den Rat, das Europäische Parlament und den Wirtschafts- und Sozialausschuss über die Umsetzung und die Auswirkungen der Richtlinie 91/250/EWG über den Rechtsschutz von Computerprogrammen darauf hingewiesen, dass sich nach Art. 4 Buchst. c Satz 2 der Richtlinie 91/250/EWG (jetzt: Art. 4 Abs. 2 der Richtlinie 2009/24/EG) das Urheberrecht nur beim Verkauf einer Programmkopie, also einer Ware, erschöpfe, hingegen die Lieferung über einen Online-Dienst keine Erschöpfung bewirke (KOM [2000] 199 endg., S. 18).

29 Darüber hinaus sei die Interessenlage beim Inverkehrbringen eines körperlichen Vervielfältigungsstücks eines Computerprogramms eine wesentlich andere als bei der Online-Übermittlung eines unkörperlichen Datenbestandes. Der Erschöpfungsgrundsatz diene dem Interesse an der Verkehrsfähigkeit der mit Zustimmung des Berechtigten in Verkehr gesetzten Waren; nur mit Zustimmung des Rechtsinhabers in Verkehr gebrachten Werkstücke, nicht aber das Werk selbst solle verkehrsfähig gehalten werden. Bei der Online-Übermittlung eines Computerprogramms gebe der Berechtigte keinen Gegenstand weiter, dessen Verkehrsfähigkeit ohne die Annahme einer Erschöpfung des Verbreitungsrechts gefährdet wäre.

30 c) Falls auch die zweite Frage zu bejahen sein sollte, stellt sich schließlich die Frage, ob sich auch derjenige, der eine "gebrauchte" Softwarelizenz

erworben hat, für das Erstellen einer Programmkopie - wie im Streitfall die Kunden der Beklagten durch Herunterladen des Programms von der Internetseite des Rechtsinhabers auf einen Datenträger oder durch Heraufladen des Programms in den Arbeitsspeicher weiterer Arbeitsplatzrechner - als "rechtmäßiger Erwerber" nach Art. 5 Abs. 1 und Art. 4 Abs. 2 Halbsatz 1 der Richtlinie 2009/24/EG auf eine Erschöpfung des Rechts zur Verbreitung der vom Ersterwerber mit Zustimmung des Rechtsinhabers durch Herunterladen des Programms aus dem Internet auf einen Datenträger angefertigten Kopie des Computerprogramms berufen kann, wenn der Ersterwerber seine Programmkopie gelöscht hat oder nicht mehr verwendet.

31 Teilweise wird bei einer solchen Fallgestaltung eine entsprechende Anwendung von Art. 5 Abs. 1 und Art. 4 Abs. 2 Halbsatz 1 der Richtlinie 2009/24/EG befürwortet (vgl. Grützmaker in Wandtke/Bullinger aaO § 69c UrhG Rn. 36 f. mwN; Mäger, CR 1996, 522, 525 f.; vgl. auch Dreier in Dreier/Schulze aaO § 69c Rn. 24). Eine Weitergabe des Speichermediums sei in Fällen der Online-Übertragung nicht praktikabel, weil die Software meist nur auf der Festplatte des Rechners gespeichert sei. Bei der unkörperlichen Veräußerung eines Computerprogramms sei daher nicht auf den vom Erwerber erstellten Datenträger, sondern auf den vom Veräußerer übermittelten Datenbestand abzustellen. Der Nacherwerber könne sich auf eine Erschöpfung des Verbreitungsrechts berufen, wenn der Ersterwerber seine Programmkopie gelöscht habe und es damit nicht zu einer Verdoppelung des Datenbestandes komme. Entsprechendes gelte bei einer Veräußerung einzelner Lizenzen einer Mehrplatz- oder Volumenlizenz. Hier könne sich der Nacherwerber auf die Erschöpfung des Verbreitungsrechts berufen, wenn der Veräußerer seine Programmkopie in dem Umfang nicht mehr nutze, in dem er Lizenzen veräußert habe.

32

Nach der Gegenauffassung, die der Senat teilt, kommt bei einer solchen Fallgestaltung eine entsprechende Anwendung von Art. 5 Abs. 1 und Art. 4 Abs. 2 Halbsatz 1 der Richtlinie 2009/24/EG nicht in Betracht (vgl. OLG Frankfurt am Main, MMR 2009, 544; OLG Düsseldorf, MMR 2009, 629; Haberstumpf in Büscher/Dittmer/Schiwy aaO § 69d UrhG Rn. 8; Kotthoff in Dreyer/Kotthoff/Meckel aaO § 69c UrhG Rn. 28; Spindler, CR 2008, 69, 75 ff.; Hoeren, GRUR 2010, 665, 672). Die Erschöpfung des Verbreitungsrechts soll - so wird argumentiert - allein die Verkehrsfähigkeit einer vom Rechtsinhaber oder mit seiner Zustimmung veräußerten, auf einem bestimmten Datenträger verkörperten Programmkopie gewährleisten. Die Wirkung der Erschöpfung sollte daher nicht auf den online übermittelten unkörperlichen Datenbestand ausgedehnt werden. Anderenfalls würde durch Art. 5 Abs. 1 der Richtlinie 2009/24/EG nicht die Erschöpfung des Verbreitungsrechts nach Art. 4 Abs. 2 Halbsatz 1 der Richtlinie 2009/24/EG abgesichert, sondern die Übertragung eines Nutzungsrechts ohne Zustimmung des Berechtigten und ohne Weiterveräußerung des Gegenstands der Erschöpfung ermöglicht. Damit würde nicht die Verkehrsfähigkeit eines Vervielfältigungsstücks gewährleistet, sondern eine Verkehrsfähigkeit des Vervielfältigungsrechts oder des Werkes bewirkt. Der Zweiterwerber sollte sich deshalb nur dann als "rechtmäßiger Erwerber" nach Art. 5 Abs. 1 der Richtlinie

2009/24/EG auf eine Erschöpfung des Rechts zur Verbreitung einer Programmkopie nach Art. 4 Abs. 2 Halbsatz 1 der Richtlinie 2009/24/EG berufen können, wenn er die Programmkopie erworben hat, hinsichtlich deren das Verbreitungsrecht erschöpft ist.

Bornkamm

Büscher

Schaffert

Kirchhoff

Koch

Vorinstanzen:

LG München I, Entscheidung vom 15.03.2007 - 7 O 7061/06 -

OLG München, Entscheidung vom 03.07.2008 - 6 U 2759/07 -