

Datum: 29.06.2009
Gericht: Oberlandesgericht Düsseldorf
Spruchkörper: 20. Zivilsenat
Entscheidungsart: Urteil
Aktenzeichen: I-20 U 247/08

Tenor: Auf die Berufung der Antragstellerin wird das am 26. November 2008 verkündete Urteil der 12. Zivilkammer des Landgerichts Düsseldorf ge-ändert und wie folgt neu gefasst:

Der Antragsgegnerin wird im Wege der einstweiligen Verfügung unter-sagt, im geschäftlichen Verkehr Softwareprodukte des Programms „A. O.-Version“ anzubieten, zu vertreiben und/oder in Verkehr zu bringen, wenn diese sich nicht auf einem Hardwaregerät befinden, auf dem sie von einem A. Distributor vorinstalliert wurden.

Der Antragsgegnerin wird für jeden Fall der Zuwiderhandlung gegen dieses gerichtliche Verbot ein Ordnungsgeld bis zu 250.000,-- € und für den Fall, dass dieses nicht beigetrieben werden kann, Ordnungshaft bis zu 6 Monaten oder Ordnungshaft bis zu 6 Monaten angedroht.

Die Antragsgegnerin trägt die Kosten des Verfügungsverfahrens ein-schließlich der Kosten des Berufungsverfahrens.

Gründe

A.

Von einem Tatbestand wird abgesehen. Zum Verständnis der Entscheidung sei nur Folgendes festgehalten:

Die Antragstellerin stellt eine Anwaltssoftware her, die sie über mit ihr vertraglich verbundene "Distributoren" ausschließlich vorinstalliert auf Computern vertreibt. Die Antragsgegnerin verkauft "gebrauchte" Software. Sie erwirbt von Endkunden unter anderem auch die Software der Antragstellerin, allerdings ohne die Computer, auf denen die Software installiert war. Die Erstkunden übergeben der Antragsgegnerin vielmehr die Sicherungskopie, die sie selbst mit Zustimmung der Antragstellerin angefertigt hatten, und löschen die Installation auf ihren Computern vollständig. Die Antragsgegnerin bietet die Software sodann zum Kauf an und übergibt an den Käufer die Sicherungskopie, damit der Käufer die Software auf seinem Computer installieren kann. Mit dem Verfügungsantrag begehrt die Antragstellerin, gestützt auf ihr Urheberrecht an der Software, dass der Antragsgegnerin verboten werde, die Software ohne das Hardwaregerät, auf dem sie vorinstalliert war, anzubieten, zu vertreiben oder in den Verkehr zu bringen. Das Landgericht hat mit dem angefochtenen Urteil, veröffentlicht in CR 2009, 221 und MMR 2009, 216 (Leitsatz), den Verfügungsantrag zurückgewiesen und

1

2

3

4

Erschöpfung der Urheberrechte der Antragstellerin gemäß § 69c Nr. 3 Satz 2 UrhG angenommen. Dagegen richtet sich die Berufung der Antragstellerin.

B.

Die zulässige Berufung der Antragstellerin hat in der Sache Erfolg. Entgegen der Annahme des Landgerichts steht ihr der geltend gemachte Unterlassungsanspruch aus § 97 Abs. 1 Satz 1 UrhG zu. Die Antragsgegnerin zieht nicht in Zweifel, dass das Computerprogramm der Antragstellerin, für das diese Schutz beansprucht, ein urheberrechtlich geschütztes Werk im Sinne des § 2 Nr. 1, § 2 Abs. 2 UrhG darstellt. Damit steht der Antragstellerin gemäß § 69c Nr. 3 Satz 1 UrhG das ausschließliche Recht zu, das Original oder ein Vervielfältigungsstück des Computerprogramms in jeder Form zu verbreiten. Dieses Recht der Antragstellerin verletzt die Antragsgegnerin dadurch, dass sie die fragliche Software erwirbt und weiter verkauft.

Dem steht eine Erschöpfung der Rechte der Antragstellerin nicht entgegen. Gemäß § 69c Nr. 3 Satz 2 UrhG erschöpft sich das Verbreitungsrecht - mit Ausnahme des Vermietrechts - in Bezug auf ein Vervielfältigungsstück eines Computerprogramms, das 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 wird. Erschöpfung kann danach nur bezogen auf ein in einem Vervielfältigungsstück körperlich festgelegtes Werk eintreten (vgl. nur BGH GRUR 1986, 1251 - Videofilmvorführung, zu § 17 Abs. 2 UrhG; Grüzmacher, in: Wandtke/Bullinger, Urheberrecht, 3. Aufl. 2009, § 69c UrhG Rn. 30; Heerma, ebenda, § 17 UrhG Rn. 16; Bergmann, FS Erdmann, 2002, S. 17). Der Senat sieht keine Veranlassung, von diesem herkömmlichen Verständnis des Erschöpfungsgrundsatzes abzuweichen. Diese Auffassung wird etwa auch in dem von der Antragsgegnerin vorgelegten Gutachten von H. vom 12. April 2007 geteilt. Danach kann sich das Verbreitungsrecht der Antragstellerin nur hinsichtlich des Werkstücks erschöpft haben, in dem sich ihr Computerprogramm verkörpert. Das ist die Hardware (der Computer), auf der das Programm von ihren "Distributoren" vorinstalliert wurde. Das urheberrechtlich geschützte Programm ist - derart verkörpert - mit Zustimmung der Antragstellerin von deren "Distributoren" durch Veräußerung an die Erstkunden in den Verkehr gebracht worden. Diese Computer werden indes im vorliegenden Fall nicht von der Antragsgegnerin weiter veräußert; vielmehr trennt sie Hard- und Software und veräußert letztere isoliert weiter. Diese Handlung unterfällt unzweifelhaft nicht dem § 69c Nr. 3 Satz 2 UrhG in seinem herkömmlichen Verständnis.

Entgegen der Auffassung des Landgerichts kann der Begriff des Vervielfältigungsstücks in Fällen wie dem vorliegenden auch nicht "unter Berücksichtigung der Zwecke des Erschöpfungsgrundsatzes" erweiternd ausgelegt werden. Das Landgericht sieht dies deshalb als erforderlich und möglich an, weil im vorliegenden Fall die Antragstellerin als Rechtsinhaberin "bewusst auf die Übergabe eines für sich genommen handelbaren Speichermediums verzichtet" habe. Daran trifft sicher zu, dass es zwar nicht ausgeschlossen, aber kaum praktikabel erscheint, die Software in der verkörperten Form, in der sie der Erstkunde erworben hat, weiter zu veräußern. Dazu müsste der gesamte Computer, auf dem das Programm installiert ist, oder zumindest die für die Speicherung wesentlichen Teile, die Festplatte, nach deren Ausbau veräußert werden. Diese Erschwernis mag von der Antragstellerin nicht ganz unbeabsichtigt erfolgt sein, um auf diese Weise den Weitervertrieb ihrer Software zu erschweren. Das kann indes nicht dazu führen, in derartigen Fällen die gesetzliche Regelung der Erschöpfung "erweiternd auszulegen". Das Landgericht sieht dabei offensichtlich als Zweck des Erschöpfungsgrundsatzes an, das urheberrechtlich

geschützte Werk in der Fassung der Erstverbreitung unabhängig von seiner Verkörperung verkehrsfähig zu erhalten.

Das entspricht indes nicht dem traditionellen Verständnis dieses Rechtsinstituts, an dem der Senat festhält. Die gesetzliche Regelung der Erschöpfung ist nämlich vielmehr Ausdruck des allgemeinen Grundsatzes, dass das Urheberrecht ebenso wie andere Schutzrechte gegenüber dem Interesse an der Verkehrsfähigkeit der mit Zustimmung des Berechtigten in Verkehr gesetzten Waren zurücktreten muss (BGHZ 144, 232 = GRUR 2001, 51 - Parfümflakon; BGH GRUR 1986, 736 - Schallplattenvermietung - zu § 17 Abs. 2 UrhG). Innerhalb eines einheitlichen Wirtschaftsraums soll das mit Zustimmung des Berechtigten in Verkehr gesetzte Werkstück ungeachtet des urheberrechtlichen Schutzes frei zirkulieren dürfen (BGH a.a.O.). Dem Berechtigten ist es unbenommen, die Erstverbreitung des Werkstücks zu untersagen oder von einer angemessenen, auch diese Nutzung seines Werks berücksichtigenden Vergütung abhängig zu machen. Hat er diese Zustimmung aber erst einmal erteilt, soll es ihm verwehrt sein, mit Hilfe des Urheberrechts die weiteren Absatzwege dieser Ware zu kontrollieren (BGH a.a.O.).

9

Diese Erwägungen können sich nur auf das konkrete Werkstück beziehen, dessen Verkehrsfähigkeit durch Urheberrechte an dem in ihm verkörperten Werk nicht behindert werden soll. Wollte man sich hiervon lösen, so wäre letztlich das geschützte Werk selbst unabhängig von seiner Verkörperung in jeder Form der Verbreitung (wenn auch nicht der Vervielfältigung) frei. Gerade das ist nicht Zweck des Erschöpfungsgrundsatzes. Es ist sicher richtig, wenn das Landgericht ausführt, es komme dem Ersterwerber in erster Linie auf die Nutzbarkeit des Datenbestands an, nicht aber auf die gewählte Art der Verkörperung. Das ist beim Erwerb urheberrechtlich geschützter Werke stets so. Demjenigen, der ein Buch erwirbt, kommt es regelmäßig in erster Linie auf den Inhalt an und nicht auf Einzelheiten der Verkörperung. Das besagt für die Reichweite des Erschöpfungsgrundsatzes indes nichts. Dessen Grenzen sind nicht aufgrund der Nutzerinteressen am Inhalt des Werks zu bestimmen oder zu erweitern; Maßstab kann nur das Interesse - auch des Nutzers - an der Verkehrsfähigkeit der konkreten Ware sein, nämlich die Möglichkeit der von Urheberrechten unbehinderten Veräußerung von Waren nach dem Eigentumsmodell des Bürgerlichen Gesetzbuchs (Bergmann, FS Erdmann, 2002, S. 17, 25). Es bleibt der Entscheidung des Rechtsinhabers überlassen, die Weiterverbreitung der körperlichen Werkstücke zu erleichtern oder - wie im vorliegenden Fall - zu erschweren, indem er zur Verkörperung eine Ware wählt, die nur schwer handelbar ist. Auf diese Weise mag er die Weiterverbreitung in gewissem Umfang zu steuern versuchen. Keineswegs kann diese Wahl einer bestimmten Art der Verkörperung aber sein Urheberrecht selbst inhaltlich über eine Erweiterung der Erschöpfung beeinflussen. Immerhin erschwert der Rechtsinhaber auch sich selbst die Erstverbreitung. Als Käufer des Programms scheiden nämlich diejenigen Interessenten aus, die lediglich das Computerprogramm ohne einen Computer erwerben wollen, weil derart die Software von der Antragstellerin nicht angeboten wird. Die Entscheidung zur Erschöpfung kann nicht davon abhängen, wie leicht oder schwer das geschützte Programm zusammen mit dem Speichermedium, mit dem es in den Verkehr gebracht worden war, auf dem Markt gehandelt werden kann (vgl. auch die ablehnende Anmerkung zum Urteil des Landgerichts von Moritz in jurisPR-ITR 5/2009 Anm. 3).

10

Ein abweichendes Ergebnis lässt sich entgegen der Auffassung des Landgerichts auch nicht aus der Entscheidung "Parfümflakon" des Bundesgerichtshofs (GRUR 2001, 51, 53) herleiten. Dort ging es um die Zulässigkeit einer Werbung für das in Verkehr gebrachte Produkt, die eine Abbildung des geschützten Gegenstands

11

(eines Parfumflakons) enthielt. Hierin lag eine Vervielfältigung des Flakons. Obwohl die Erschöpfung der Rechte an dem abgebildeten Flakon sich zunächst nur auf das Verbreitungsrecht bezog, hat der Bundesgerichtshof die Zulässigkeit gewisser Vervielfältigungshandlungen, wie sie die Abbildung in der Werbung darstellt, für zulässig erachtet. Er hat entschieden, dass derjenige, der urheberrechtlich berechtigt ist, die Ware zu vertreiben, auch hinsichtlich der darüber hinausgehenden, sich jedoch im Rahmen üblicher Absatzmaßnahmen haltenden Nutzung ohne weiteres als berechtigt angesehen wird, ohne dass es der Konstruktion einer - möglicherweise über mehrere Absatzstufen hinweg konkludent erteilten - zusätzlichen Nutzungsrechtseinräumung bedürfte. Die Werbung, um die es im Fall des Bundesgerichtshofs ging, hatte gleichsam eine Hilfsfunktion für die Vermarktung des vom Rechtsinhaber in den Verkehr gebrachten Produkts. Darum geht es im vorliegenden Fall aber nicht (vgl. auch Moritz a.a.O.). Hier ist nicht über die Zulässigkeit einer Förderung des Absatzes des konkreten Vervielfältigungsstücks, in dem sich das Werk verkörpert, zu entscheiden, sondern über die Zulässigkeit einer Veräußerung des Werks unabhängig von der Verkörperung, unter der es erstmals in den Verkehr gebracht worden war.

Auch eine analoge Anwendung des § 69c Nr. 3 Satz 2 UrhG, wie sie von manchen für die unkörperliche Erstverbreitung eines Computerprogramms vertreten wird (z. B. H. in seinem Gutachten vom 12. April 2007; ders., CR 2006, 573; Grützmaker, in: Wandtke/Bullinger, Urheberrecht, 3. Aufl. 2009, § 69c Rn. 31 m. w. Nachw.), scheidet aus. Im vorliegenden Fall fehlt es schon deshalb an den Voraussetzungen für eine Analogie, weil die Erstverbreitung nicht unkörperlich erfolgte, sondern ein konkretes Werkstück, nämlich der Computer mit der vorinstallierten Software, veräußert wurde. Es liegt damit - wie ausgeführt - genau der vom Wortlaut des § 69c Nr. 3 Satz 2 UrhG erfasste Fall vor. Eine Analogie ist auch nicht mit der Erwägung des Landgerichts gerechtfertigt, die Art der Verkörperung sei derart, dass sie die Verkehrsfähigkeit der Software erheblich erschwere, und deshalb sei der vorliegende den Fällen der Online-Übertragung von Software gleichzustellen. Unabhängig von der nicht leicht zu beantwortenden Frage einer Regelungslücke scheidet eine Analogie nach den vorstehenden Ausführungen jedenfalls daran, dass dies nicht dem Zweck der Vorschrift entspricht. Letzterer besteht - wie ausgeführt - nicht darin, eine Verkehrsfähigkeit des urheberrechtlich geschützten Werks losgelöst von seiner Verkörperung, sondern nur bezogen auf diese zu ermöglichen. Der Senat schließt sich der bislang in der obergerichtlichen - soweit ersichtlich allein - vertretenen Rechtsprechung an, die eine Erschöpfung an unkörperlich erstverbreiteten Computerprogrammen verneint (OLG München, OLGR München 2008, 722 = ZUM 2009, 70 = MMR 2008, 601, wiedergegeben in Anlage ASt 9; OLG Frankfurt am Main, Beschluss vom 12. Mai 2009 - 11 W 15/09, zugänglich über juris). Die Entscheidung, ob Erschöpfung - abweichend von den herkömmlichen urheberrechtlichen Grundsätzen - bereits als Folge einer unkörperlichen Erstverbreitung eines Computerprogramms eintreten kann, muss dem Gesetzgeber überlassen bleiben.

12

Erschöpfung ist schließlich auch nicht eingetreten bezogen auf die von den Ersterwerbern an die Antragsgegnerin weitergegebene Sicherungskopie. Letztere wurde mit - vielleicht durch § 69d Abs. 2 UrhG veranlasster - Zustimmung der Antragstellerin vom Ersterwerber zu Sicherungszwecken hergestellt und ist schon deshalb kein Vervielfältigungsstück, das mit Zustimmung der Antragstellerin durch Veräußerung in den Verkehr gebracht worden wäre (vgl. auch Heerma, in: Wandtke/Bullinger, Urheberrecht, 3. Aufl. 2009, § 17 UrhG Rn. 16: "Auch rechtmäßig hergestellte Vervielfältigungsstücke darf der Erwerber ohne Zustimmung des Urhebers demnach nicht vertreiben.").

13

Die Kostenentscheidung beruht auf § 91 Abs. 1 ZPO. Ein Ausspruch zur

14

vorläufigen Vollstreckbarkeit unterbleibt, § 704 Abs. 1, § 542 Abs. 2 Satz 1 ZPO.

Streitwert für das Berufungsverfahren: 100.000,-- € nach der Festsetzung des Landgerichts. 15

Prof. B. Dr. M. F. 16
